



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



Universitat Autònoma de Barcelona

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIA POLÍTICA Y DERECHO PÚBLICO

Doctorado en Derecho

TESIS DOCTORAL

La configuración constitucional de la detención preventiva como límite específico al derecho a la libertad personal. Sus consecuencias e incidencia sobre otros derechos fundamentales

LAURA MARINA SOBERANIS SOLÍS

DIRECTOR DE TESIS

PROFESOR DOCTOR JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL

Bellaterra, 2017

Quiero dejar expresa constancia de mi agradecimiento a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) por haberme concedido durante los cursos 2011-2013 la Beca en cuyo marco se encuadra el presente trabajo.

A mis puntos cardinales,
Laura, Daniel, Danny y Markus,
gracias por su infinito amor

AGRADECIMIENTOS

Al redactar estas líneas, me invaden un cúmulo de pensamientos y sentimientos, no sólo porque se trata de las últimas palabras en esta Tesis Doctoral y suponen un momento anhelado desde hace tiempo, sino porque me emociona percatarme de todo el apoyo recibido desde que comenzara este episodio de mi vida, el cual no podría concluir si durante la travesía no hubiera contado con:

Las palabras de ánimo y el apoyo que, de distintas maneras, me brindaron la Dra. Carolina Viveros García, el Dr. José Luis Cuevas Gayosso, el Dr. Arnaldo Platas Martínez y el Mtro. Santiago Corcuera Cabezut, cuando les comenté mi decisión de dejar mi vida en Xalapa para inscribirme a este programa de Doctorado.

El primer recibimiento afectuoso en esta Universidad, una orientación constante, pláticas siempre constructivas y consejos de amigo, por parte del Dr. Rafael Rebollo Vargas. La atención afable y diligente para todo tipo de trámites administrativos de Pilar Alcaráz Aparicio. La inagotable disposición de Josep Vicens-i-Planagumà, para resolver mis dudas y consultas en la Biblioteca de Ciencias Sociales de la UAB y orientarme sobre el uso de otros recursos de investigación. Gracias a ellos pude sentirme «como en casa» en la UAB.

La concesión de una Beca de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), mi infinita gratitud a esta Institución por haber creído en el proyecto de investigación que presenté al optar para la ayuda; el trabajo concluye después del apoyo, pero mi reconocimiento a su trascendencia para la realización del mismo permanecerá siempre.

El otorgamiento de un apoyo, por parte del Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC), para realizar una estancia de trabajo en la Oficina del Alto Comisionado de

Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra (OACNUDH), donde pude colaborar en la labor de los procedimientos especiales cuya tarea, desde siempre, he seguido con especial interés y donde, además, conviví con gente que también influyó en mi vida de tesista, Giovanna Zucchelli, Miguel de la Lama y Jolene Tautakitaki, muchas gracias. Asimismo, la adjudicación de una beca de la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación de la Generalitat de Catalunya (AGAUR), para la realización de actividades académicas dirigidas de apoyo al profesorado, lo cual, además del financiamiento, me permitió colaborar en esta Universidad con el Dr. Joan Lluís Pérez Fransesch quien, desde entonces, me ha brindado su amistad y apoyo, lo cual agradezco con afecto.

El magisterio del Dr. José Carlos Remotti Carbonell, de quien he aprendido desde que fuera mi profesor en el periodo lectivo del Doctorado. A él, mi infinito agradecimiento, por el compromiso asumido en el momento mismo en que aceptó dirigir mi investigación pre-doctoral, compromiso que le llevó a dedicarme largas sesiones de asesoría, apartándose de los horarios determinados para tal efecto incluso, cuando fue necesario, tuvo tiempo para asesorarme durante sus periodos vacacionales. «Mi Director» ha sido un auténtico soporte, académico y personal, para mi formación, a lo largo de los años en que he trabajado con él no ha cesado de motivarme a leer, a investigar y a comparar; con paciencia, ha guiado mi curiosidad, me ha ayudado a desarrollar mis ideas, ha cuestionado mis reflexiones para llevarme a un mejor análisis y nunca ha dejado de debatir conmigo. Tengo la certeza de haber contado con el mejor mentor para mí y, además, sé que ahora cuento con un amigo.

El apoyo, ánimos y confianza de compañeros del doctorado y de amigos maravillosos que encontré durante el trayecto, especialmente de Paqui, Ermen, Byron, Edu, Fanny, Adri, Rox, Niamh, Aisha, Naiade, Cris, Franz, Marcos, Seisi, Sari, Ana, Carmen, Alexia, Bea y Jelen; así como de mis amigas de siempre, Delia, Mel, Laura, Angie y Paula.

El empuje y palabras de aliento de mi familia. Aquí, la familia Lofi, especialmente Ute y Wolfgang, con sorpresivos y oportunos mensajes, muestras de confianza, cariño y comprensión. Allá, mi mamá Nina, tíos y primos. Y, en todo momento, la presencia de mis padres, mi hermano y Markus, a quienes dedico esta Tesis.

A mis padres, como muestra de agradecimiento por su amor y apoyo incondicionales, por el empeño que siempre pusieron en mi educación, por sus aportes a este trabajo y por acompañarme en cada paso que doy, sin importar distancias. A mi hermano que, con su contagiosa alegría y entusiasmo, me acompañó en mi trabajo mientras escuchaba sus recitales y recomendaciones musicales, contribuyendo así a muchos momentos de inspiración. A mi Markus, por escuchar mis disertaciones y opinar, por leerme y contribuir como editor y traductor, por contagiarme su disciplina y sentido del orden, por la precisión de sus palabras en momentos de agobio, por su comprensión ante mi abstracción algunos días que parecían no tener fin, por apoyarme y acompañarme en este proyecto... *¡Vielen, vielen Dank!*

La configuración constitucional de la detención preventiva como límite específico al derecho a la libertad personal. Sus consecuencias e incidencia sobre otros derechos fundamentales

INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	xi
INTRODUCCIÓN	xiii
CAPÍTULO I. La Detención Preventiva a partir del Marco Constitucional	1
A. Nota preliminar	1
B. Consideraciones generales sobre la Detención Preventiva como límite constitucional a la libertad personal	9
1. Justificación general de la Detención Preventiva.....	16
2 Naturaleza de la Detención Preventiva	22
a. Medida justificada para averiguaciones de carácter penal	23
b. Medida de carácter policial	26
c. Medida de carácter previo a la actuación judicial	33
i) Motivación	37
ii) Principio de Excepcionalidad.....	38
iii) Legalidad y previsibilidad	39
iv) Principio de Proporcionalidad	40
3. Eventuales consecuencias de la Detención Preventiva	42
C. Configuración constitucional de la Detención Preventiva.....	46
1. Estructura.....	46
2. Finalidad de la detención preventiva.....	51
3. Supuesto habilitante	61
a. Existencia de indicios racionales de que [la persona detenida] ha cometido una infracción penal (delito).....	63
b. Necesidad de detener para impedir que la persona cometa una infracción (delito) / (reasonably considered necessary to prevent his committing an offence).....	67
c. Cuando se estime necesario [detener] para impedir que huya después de haber cometido la infracción / (fleeing after having done so)	78
4. Contenido	80
5. Titularidad.....	84

6. Límites	90
a. Conforme a derecho	92
i) La existencia de una disposición jurídica habilitante (de la restricción, de la autoridad y del supuesto de procedencia).....	94
ii) El rango legal de la disposición.....	95
iii) La calidad de ley como garantía de seguridad jurídica.....	96
b. Estricta necesidad y temporalidad limitada.....	97
c. Motivación	102
d. Control judicial	103
e. Proporcionalidad	107
f. Los derechos de los detenidos como límites a la Detención Preventiva	109
g. Otros derechos que pueden ser afectados por la detención	110
CAPÍTULO II. Derechos Fundamentales de las personas sujetas a Detención Preventiva derivados del Marco Constitucional.....	113
A. Introducción	113
B. Configuración constitucional de los Derechos Fundamentales de los Detenidos..	128
1. Derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible de las razones de su detención y de los derechos que tiene como detenido	128
a. Marco Constitucional.....	128
b. Estructura	129
c. Función	131
d. Presupuesto habilitante.....	133
e. Contenido	134
f. Titularidad	140
g. Ejercicio y límites	140
2. Derecho a intérprete	145
a. Marco Constitucional.....	146
b. Estructura	146
c. Función	148
d. Presupuesto habilitante.....	149
e. Contenido	150
f. Titularidad	154
g. Ejercicio y límites	155
3. Derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio	157
a. Marco Constitucional.....	157

b. Estructura	157
c. Función	161
d. Presupuesto habilitante.....	163
e. Contenido	164
f. Titularidad	167
g. Ejercicio y límites	167
4. Derecho a la Asistencia Letrada	170
a. Marco Constitucional.....	170
b. Estructura	171
c. Función	185
d. Presupuesto habilitante.....	191
e. Contenido	192
i) Acceso al Abogado.....	193
ii) Asistencia técnica letrada al detenido	196
iii) Presencia e intervención en las diligencias policiales.....	199
f. Titularidad	201
g. Ejercicio y Límites.....	202
i) El ejercicio del acceso al Abogado por parte de los detenidos.....	202
ii) El ejercicio de la Asistencia técnica letrada al detenido	206
iii) Presencia e intervención en las diligencias policiales.....	215
iv) Renuncia del derecho a la Asistencia Letrada.....	218
5. Derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas	221
a. Marco Constitucional.....	221
b. Estructura	222
c. Función	226
d. Presupuesto habilitante.....	227
e. Contenido	227
i) Garantía Temporal	228
ii) Garantía jurisdiccional.....	231
f. Titularidad	233
g. Ejercicio y límites	234
i) Ámbito Temporal.....	235

ii) Garantía Jurisdiccional	238
A) Formalidad procesal	239
B) Formalidad sustantiva	240
6. Derecho de acceso a un procedimiento de revisión judicial de la detención: Habeas Corpus.....	247
a. Marco Constitucional	247
b. Estructura	247
c. Función	251
i) Finalidad inmediata	251
ii) Finalidad sustantiva	252
iii) Finalidad última.....	253
d. Presupuesto habilitante.....	254
e. Contenido	255
i) Condicionamiento Procesales	256
A) Manifestación personal ante el Juez	258
B) Audiencia	259
C) Resolución judicial debidamente motivada	262
ii) Condicionamientos Sustantivos	264
iii) Condicionamientos Formales.....	265
f. Titularidad	268
g. Ejercicio y límites	269
i) Solicitud	269
ii) Audiencia	271
iii) Resolución judicial debidamente motivada.....	273
CAPÍTULO III. Otros Derechos Constitucionales que también pueden verse afectados por la Detención Preventiva	279
A. Introducción	279
B. Derechos constitucionales afectados por la Detención Preventiva.....	284
1. Detención Preventiva y el Derecho a la integridad física y moral.....	284
a. Marco Constitucional del derecho afectado.....	284
b. Alcance del derecho en el contexto de la detención preventiva.....	285
c. Afectación del derecho a la Integridad física y moral con motivo de la detención preventiva	289
i) Fin constitucionalmente legítimo.....	293
A) Aprehensión	294

B) Durante la custodia	296
ii) Adecuada Previsión Legal	301
iii) Jurisdiccionalidad	305
iv) Proporcionalidad	314
A) Aprehensión	317
B) Durante la custodia	325
d. Garantías de protección para el derecho a la integridad física y moral en el contexto de la detención preventiva	339
i) Derecho a asistencia letrada	340
ii) Derecho a informar a un tercero.....	340
iii) Derecho al reconocimiento médico.....	341
2. Detención Preventiva y el Derecho a la intimidad personal.....	345
a. Marco Constitucional del derecho afectado.....	345
b. Alcance del derecho en el contexto de la detención preventiva.....	346
c. Afectación del derecho a la intimidad personal con motivo de la detención preventiva	349
i) Fin constitucionalmente legítimo.....	352
A) Registros corporales o cacheos y el Derecho a la intimidad	353
B) Revisión del contenido de efectos personales y el Derecho a la intimidad	357
C) Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido y el Derecho a la intimidad	358
ii) Adecuada Previsión Legal	361
iii) Jurisdiccionalidad	386
A) Registros corporales o cacheos y el Derecho a la intimidad	391
B) Revisión del contenido de efectos personales y el Derecho a la intimidad	394
C) Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido y el Derecho a la intimidad	396
Motivación de la medida y control judicial ex post	403
iv) Proporcionalidad.....	404
A) Registros corporales o cacheos y el Derecho a la intimidad	407
B) Revisión del contenido de efectos personales y el Derecho a la intimidad	409
C) Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido y el Derecho a la intimidad	411

3. Detención Preventiva y el Derecho al Secreto de las Comunicaciones	414
a. Marco Constitucional del derecho afectado.....	414
b. Alcance del derecho en el contexto de la detención preventiva.....	415
c. Afectación del Derecho al secreto de las comunicaciones con motivo de la detención preventiva.....	420
i) Especial ejercicio del Derecho con motivo de la Detención Preventiva y restricción al mismo.....	422
ii) Adecuada Previsión Legal	424
A) Comunicaciones genéricas	426
B) Comunicaciones específicas.....	433
iii) Jurisdiccionalidad de la limitación de las comunicaciones.....	436
iv) Proporcionalidad de la limitación del ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones	441
CAPÍTULO IV. Excepciones al Régimen General de la Detención Preventiva	453
A. Introducción.....	453
B. Situaciones Excepcionales y la Detención Preventiva.....	456
1. Detención Preventiva y la Suspensión General de Derechos.....	456
a. Marco Constitucional de la Suspensión General de Derechos.....	456
b. Alcance de la Suspensión General de derechos en el art. 17 CE	460
c. La detención durante la suspensión general de derechos ¿nuevo supuesto de privación de libertad o modificación de los ya existentes?.....	470
i) Fin constitucionalmente legítimo de la suspensión.....	472
ii) Modificaciones al régimen general de la detención preventiva vs. nuevo supuesto de privación de libertad	474
A) Estructura	481
B) Supuesto habilitante	481
C) Finalidad.....	483
D) Titularidad	485
E) Límites	485
1) Estricta necesidad y temporalidad limitada (notas características de la detención).....	485
2) Control judicial.....	487
3) Proporcionalidad de la detención	488
4) Derechos de los detenidos	488

a) En cuanto al derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas —art. 17.2 CE / 5.1(c) y 5.3 CEDH / 6 CDFUE / 9.3 PIDCP—.....	490
b) Derecho de acceso a un procedimiento de revisión judicial de la detención: Habeas Corpus —Art. 17.4 CE / 5.4 CEDH / 6 CDFUE / 9.4 PIDCP—.....	491
c) Derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible de las razones de su detención y de los derechos que tiene como detenido; Derecho un intérprete; Derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio; Derecho a la Asistencia Letrada —Art. 17.3 CE / 5.2, 6.3.c) CEDH / 6, 48 CDFUE / 9.2, 14 PIDCP—.....	495
2. Detención Preventiva y la Suspensión Individual de Derechos.....	499
a. Marco Constitucional de la Suspensión Individual de Derechos.....	499
b. Alcance de la Suspensión Individual de derechos en el contexto de la detención preventiva.....	500
c. Afectación a la Detención Preventiva con motivo de la Suspensión Individual de derechos.....	506
i) Fin constitucionalmente legítimo de la suspensión del plazo máximo de la detención.....	509
ii) Modificaciones al régimen general de la detención preventiva.....	510
A) Flexibilización del requisito de temporalidad e incremento de la exigencia de motivación para la policía, al solicitar la prórroga de la detención y para la autoridad judicial, al autorizarla.....	510
B) Modificación del control judicial.....	513
iii) Adecuada Previsión Legal.....	515
Proporcionalidad.....	518
A) Flexibilización del requisito de temporalidad e incremento de la exigencia de motivación para la policía, al solicitar la prórroga de la detención y para la autoridad judicial, al autorizarla.....	525
B) Modificación del control judicial.....	527
1) Intervención judicial para autorizar la prórroga de la detención, preceptiva ex art. 55.2 CE y 520 bis LECrim.....	528
2) Intervención judicial potestativa, del juez que autoriza la prórroga para controlar la detención, art 520 bis 3 LECrim.....	532
3) Puesta a disposición judicial, art. 17.2 CE —límite de la detención y garantía jurisdiccional del derecho del art. 17.2 CE, conforme al art. 5.3 CEDH—.....	537

4) Intervención judicial para conocer del procedimiento de habeas corpus, art. 17.4 CE, 2 LOHC –conforme al art. 5.4 CEDH—	538
C) Otras restricciones de configuración legal en el contexto de la detención preventiva con motivo del desarrollo legislativo del art. 55.2 CE: La incomunicación	539
1) Incidencia de la incomunicación en la detención preventiva del art. 520 bis LECrim.....	542
2) Fin constitucionalmente legítimo de la incomunicación	546
3) Derechos Fundamentales afectados por la Incomunicación del Detenido.....	552
a) Derecho a la Asistencia Letrada	552
b) Derecho al Secreto de las Comunicaciones	559
4) Jurisdiccionalidad de la incomunicación	567
a) Motivación por remisión.....	572
b) Adopción provisional de la Incomunicación a cargo de la Autoridad Gubernativa	576
5) Proporcionalidad de la Incomunicación prevista en el art. 520 bis 2 LECrim.....	581
a) En cuanto al Derecho a la Asistencia Letrada	583
b) En cuanto al Derecho al Secreto de las Comunicaciones	587
CONCLUSIONES	605
FUENTES CONSULTADAS.....	625
Apéndice jurisprudencial.....	625
Bibliografía	649
Normas utilizadas	659
Otra documentación	665

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AN	Audiencia Nacional
ANT.	Antecedentes (en las Sentencias del Tribunal Constitucional).
art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<i>Cfr.</i>	Confróntese
CEDH / el Convenio / la Convención	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)
COE	Consejo de Europa
CP	Código Penal
CPT	Comité Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes
CrIDH (dec.)	Corte Interamericana de Derechos Humanos Decisión (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
DFFF	Derechos Fundamentales
DDHH	Derechos Humanos
Dirs.	Directores
D.L.	Depósito legal
Doc.	Documento
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
FD	Fundamento de derecho
FJ	Fundamento Jurídico
[GS]	Gran Sala (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOEAES	Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOHC	Ley Orgánica reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»

LOPSC [1]	Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana [derogada]
LOPSC [2]	Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana [vigente].
Magdo. / Magda.	Magistrado / Magistrada
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatus</i>
<i>p / pp.</i>	Página(s)
párr. (s)	Párrafo (s)
p.e.	Por ejemplo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Rev.	Revisión
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
<i>s.d</i>	Sine data
<i>s.l.</i>	Sine loco
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SCrIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SS	Sentencias
TC, Alto Tribunal	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
<i>v. / vs.</i>	<i>versus</i>
<i>Vid.</i>	Véase
<i>v.g.</i>	<i>Verbi gratia</i>
Vol.	Volumen
VV.AA.	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis gira sobre la detención preventiva prevista en el art. 17.2 de la Constitución Española, que se corresponde con el art. 5.1(c) – 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (entre otros tratados y convenios internacionales), como medida de investigación policial a fin de esclarecer hechos presuntamente delictivos e identificar a los posibles responsables con el objeto de, en su caso, ponerlos a disposición judicial; ha sido dirigida por el Profesor Dr. José Carlos Remotti Carbonell en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

El hecho de que esta medida sea considerada como necesaria por la mayor parte de ordenamientos jurídicos nacionales, así como que se encuentre recogida en los tratados y convenios internacionales, regionales o supranacionales de derechos humanos, no impide reconocer que la detención preventiva coloca a quien la padece en una situación de vulnerabilidad frente a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como instituciones encargadas de materializar la medida. Además, esta situación de vulnerabilidad de los derechos y garantías no solo limita sus efectos sobre la medida de detención misma, sino que también puede proyectarse, por sus efectos e incidencias, en un futuro proceso penal. En este sentido resulta importante destacar las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el contenido de los Informes o Recomendaciones por parte del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o tratos Inhumanos o Degradantes y del Comisario Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, que han destacado la especial importancia que la detención asume respecto al proceso posterior.

Lo anterior, sumado a la convicción personal de que los Derechos Fundamentales deben ser eje transversal del ordenamiento jurídico de todo Estado democrático de Derecho, nos llevaron a considerar la conveniencia de realizar un análisis de la Detención preventiva a partir de la Norma Fundamental por ser ésta la que reconoce y configura tanto a la Detención preventiva como a los Derechos Fundamentales con los que ésta se relaciona, y también, porque en ella se establecen taxativamente o pueden colegirse –según se trate– los condicionamientos para las distintas formas de interacción de tales

instituciones; teniendo en cuenta que la Detención Preventiva es, simultáneamente, un límite al derecho a la libertad personal y, como veremos en este trabajo, de otros Derechos Fundamentales.

Así bien, este trabajo tiene como objetivo central presentar desde el ámbito teórico-académico, un análisis sobre: 1) la detención preventiva y los derechos fundamentales que se reconocen al detenido a partir de su configuración constitucional, identificando los elementos configuradores que los perfilan como instituciones jurídicas; 2) desde el marco constitucional, el impacto que la detención tiene en el ejercicio de los derechos fundamentales que identificamos como vulnerables a la misma atendiendo al alcance de sus respectivos ámbitos de protección; y 3) en los supuestos de suspensión de derechos, las modificaciones a la detención preventiva y los derechos del detenido.

A tal efecto, partimos de la consideración de la Detención preventiva y de los Derechos Fundamentales como instituciones jurídicas que evolucionan y se adecuan para dar respuesta a las necesidades de la sociedad cambiante y así continuar garantizando el Estado de Derecho. A la par, tuvimos en cuenta que para alcanzar una completa interpretación de los derechos fundamentales, atendiendo a distintas cláusulas constitucionales —arts. 10.2, 93, 96 CE—, es necesario considerar la integración, aunque diferenciada, de los sistemas de derechos fundamentales: el de la Constitución, el que nace a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derivado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Universal de Derechos Humanos.

Así, dentro del sistema constitucional de Derechos Fundamentales, identificamos los diversos parámetros que habríamos de utilizar para nuestro estudio, partimos de la concreta previsión constitucional que recoge la detención preventiva como límite al derecho a la libertad personal —art. 17.2 CE— y los criterios interpretativos que al respecto ha hecho el Tribunal Constitucional, de donde pudimos desprender la necesidad de atender también a los arts. 104, 126 y 149.1.29º CE, la lectura sistemática de tales artículos y la respectiva jurisprudencia constitucional, nos permitieron apreciar los elementos configuradores identificados: estructura, finalidad, supuesto habilitante, contenido, titularidad, ejercicio y límites. Después, por la cláusula de interpretación constitucional del art. 10.2 CE, que permite definir el perfil de los derechos como instituciones, tuvimos en

cuenta, de un lado, criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativos a la detención policial –arts. 5.1(c) y 5.3 CEDH—, mismos que complementaron los contenidos de los elementos previamente señalados y, por otro lado, la CDFUE y la jurisprudencia que en esta materia tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, también atendimos al contenido del art. 9 PIDCP y a las Observaciones Generales que del mismo ha hecho su órgano de garantía, las cuales fueron tomadas como referencias orientativas en cuanto reforzaban o confirmaban el sentido y alcance de los contenidos derivados de la jurisprudencia constitucional, convencional y europea, esto en el entendido de la diferencia del carácter vinculante de tales interpretaciones supranacionales.

A partir de lo anterior, fue posible determinar no solo los derechos afectados por la detención, sino también los derechos que sirven de garantía al detenido durante la misma, considerándolos como instituciones jurídicas. Respecto a estos últimos, como en el caso anterior, también partimos de las concretas previsiones constitucionales que los reconocen –arts. 17.2, 17.3, 17.4— y la correspondiente doctrina del Tribunal Constitucional para identificar sus elementos configuradores: estructura, función, presupuesto habilitante, contenido, titularidad, ejercicio y límites. Después, por el mandato del art. 10.2 CE, tuvimos en cuenta, por un parte, las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los derechos de quienes se encuentran en custodia policial –arts. 5.2, 5.3, 5.4, 6.1 y 6.3(c) CEDH—. También analizamos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –arts. 6 y 48— que, en los mismos términos que el CEDH, reconocen unos derechos a quienes se hallen en custodia policial, como algunas consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con respecto a la interpretación que debe hacerse de los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión. Además, como referencia orientativa, se tuvo presente el contenido de los arts. 9.2, 9.3, 9.4 y 14 PIDCP y algunas observaciones generales que del mismo ha hecho su órgano de garantía, así como el TC o el TEDH.

Por último en este apartado, desde otro orden de consideraciones, también destacamos, atendiendo a lo dispuesto por el art. 93 de la Constitución, la importancia que desde un

plano infraconstitucional han tenido para reforzar a nivel europeo los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales, las diversas Directivas Europeas sobre los derechos procesales, concretamente, hasta el cierre de este trabajo, las Directivas 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, (UE) 2016/343, (UE) 2016/800 y (UE) 2016/1919.

Por otro lado, para valorar las distintas intromisiones que con motivo y en el marco de la detención pueden padecer los derechos a la integridad física y moral –art. 15 CE—, a la intimidad personal –art. 18.1 CE— y al ejercicio del secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE—, seguimos una línea de aproximación diferente debido a que éstos derechos no se ven afectados de manera directa por la privación de libertad en sí misma considerada, sino que pueden derivar de ella, por lo que no interesaba identificar la totalidad de elementos que los configuran sino determinar, atendiendo al bien jurídico que cada uno protege, si los recortes que éstos padecen en el marco de la detención o con motivo de la misma pueden considerarse constitucionalmente permisibles. De modo que tuvimos en cuenta, como criterio particular, el alcance de cada derecho en el contexto de la detención preventiva y las concretas formas de afectación a cada uno de aquéllos con motivo de ésta y, como criterio general, la doctrina constitucional sobre las medidas que limitan derechos fundamentales y la correspondiente del TEDH, a la cual frecuentemente acude el TC cuando se trata de estos derechos.

Finalmente, pasamos a analizar las modificaciones que tanto la detención preventiva como los derechos de los detenidos pueden padecer en los supuestos de suspensión de derechos prevista en el art. 55 CE. En cuanto a la detención preventiva y los derechos de los detenidos durante los estados de excepción y sitio, construimos nuestro análisis a partir del apartado primero del art. 55 en relación con el art. 116 apartados 1, 3 y 4, y los escasos criterios del TC respecto a tales preceptos; luego, por lo dispuesto en el art. 10.2 CE atendimos a criterios jurisprudenciales del TEDH en cuanto a los derechos de los detenidos y a las condiciones de detención cuando se ha acudido a una derogación ex art. 15 CEDH y, como criterio complementario y referencial, tomamos en consideración lo dispuesto en el art. 4 PIDCP y su observación general. En cuanto al régimen de la detención preventiva con motivo de investigaciones de delitos de terrorismo y bandas armadas, efectuamos nuestro análisis principalmente, a partir del art. 55.2 CE y la doctrina del Tribunal

Constitucional respecto al mismo; también, con motivo del art. 10.2 CE, se incluyeron consideraciones jurisprudenciales del TEDH cuando se ha referido a detenciones en el contexto de investigaciones de terrorismo y a las restricciones aceptables –incluyendo derogaciones ex art. 15 CEDH— al ejercicio de los derechos convencionalmente reconocidos.

Lo anterior explica que esta investigación esté fundamentada sobre la base de criterios jurisprudenciales del TC, del TEDH y del TJUE, máximos órganos de interpretación y aplicación de los textos normativos que les corresponde garantizar –la CE, el CEDH o la CDFUE, respectivamente—, para comprender y dimensionar el alcance de las instituciones jurídicas que queríamos analizar, así procuramos una sistematización y armonización de tales criterios para compilar la doctrina jurisprudencial que pudiera darnos la mejor respuesta a las distintas interrogantes que motivaron este trabajo ¿para qué sirve la detención preventiva? ¿es realmente un mal necesario? Si el detenido tiene unos específicos derechos, entonces ¿A qué se atribuye la vulnerabilidad del detenido? ¿Cuál es la función de esos derechos del detenido? ¿Por qué se acepta la limitación de tales derechos? ¿Ante qué circunstancias y de qué forma pueden limitarse esos derechos y cuáles son las consecuencias de la limitación? ¿Ante qué circunstancias puede modificarse el régimen ordinario de la detención? ¿Cuáles son las consecuencias de tal modificación en el ejercicio de la detención y en los derechos del detenido? ¿Todas las limitaciones de derechos que puede haber durante la detención preventiva están previstas en la legislación de desarrollo? ¿Las limitaciones de los derechos de los detenidos, previstas en la legislación de desarrollo, se adecuan al parámetro de constitucionalidad de tales derechos? ¿Por qué ha sido necesario que a partir de instancias supranacionales se establezcan, para toda la Unión Europea, unos estándares mínimos a respetar durante la detención? ¿La legislación de desarrollo respeta esos estándares mínimos?

En el desarrollo del presente trabajo el método de análisis seguido estuvo basado principalmente en el análisis de la detención y los derechos fundamentales con los que interactúa, como instituciones jurídicas compuestas por elementos configuradores. Para dotar estos contenidos recurrimos al estudio de los textos normativos –Constitución y, en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 y 93 CE, especialmente el CEDH y la CDFUE— y la

jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales que los interpretan y aplican, a partir de ello construimos el referente constitucional, teniendo en cuenta también, aunque en menor medida, el PIDCP. Además, hubo un trabajo de lecturas bibliográficas que nos han permitido profundizar y asimilar el actual sistema constitucional de derechos fundamentales y su interpretación, destacando para las construcciones y posiciones teóricas del presente trabajo, entre otras, las contribuciones de Bobbio; la Teoría de la integración de Smend; la Teoría de la institución de Santi Romano; la Teoría del garantismo penal de Ferrajoli; las propuestas para la Interpretación Constitucional y de los derechos fundamentales, así como sobre el Constitucionalismo Multinivel de Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell y también en estas líneas los aportes de otros autores como Gómez Sánchez y Gavara de Cara; asimismo, de las distintas obras específicas en materia de libertad personal y de detención preventiva citadas en la bibliografía.

También, una herramienta básica para el acopio de las fuentes de este trabajo fue Internet debido a las especiales características de la metodología ya mencionada. Primero, para la identificación y obtención de la jurisprudencia fueron fundamentales las distintas bases de datos electrónicas con que cuentan los órganos jurisdiccionales: a) en la web del Tribunal Constitucional, el «Buscador de jurisprudencia constitucional»; b) en la web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la base de datos «HUDOC»; c) la plataforma «EUR-Lex», respecto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; d) la base de datos del Centro de Documentación Judicial «CENDOJ», para el resto de resoluciones judiciales. Segundo, para la identificación y selección de documentación de soporte como Informes temáticos –sobre la detención, sobre los derechos de los detenidos, etc.— o de país –visitas realizadas a España por distintos organismos supranacionales— también fueron utilizadas la base de datos «HUDOC» y «EUR-Lex», esta última igualmente sirvió para la localización de la legislación de la Unión Europea relacionada con nuestra investigación y los respectivos procedimientos de elaboración. Tercero, para complementar lo anterior, también se realizaron múltiples consultas en el «Índice Universal de los Derechos Humanos», base de datos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Cuarto, para acceder al acervo legislativo estatal acudimos a la web del Boletín Oficial del Estado y para los procesos legislativos a la web del Congreso de los Diputados.

Por su parte, para recabar información bibliográfica y documental visitamos, principalmente, la Biblioteca de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Barcelona; aunque el acopio de información documental también nos llevó a visitar la Biblioteca de la Universidad Pompeu Fabra (Ciutadella), la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y la Biblioteca Nacional de Catalunya. Aunado a ello, para la concienciación y reflexión sobre las vulnerabilidades que, en términos generales, puede motivar la detención o el uso abusivo de ésta, fue de gran provecho una estancia de trabajo de seis meses en la Sección de Derechos Civiles y Políticos de la División de los procedimientos especiales (Grupo de Trabajo sobre las Detenciones Arbitrarias, entre otros) de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, Suiza.

El trabajo quedó estructurado en cuatro capítulos, un apartado de conclusiones y el correspondiente al apartado bibliográfico, jurisprudencial, de materiales y otras fuentes consultadas. El capítulo I se divide en tres apartados: el primero, con el objeto preliminar de analizar la coexistencia de tres sistemas de protección de derechos fundamentales – especialmente referidos a la detención preventiva— y las implicaciones de ello en la interpretación del alcance y contenido de tales derechos. El segundo, lo dedicamos a tres consideraciones de la detención: su justificación, su naturaleza y sus eventuales consecuencias, aspectos que le dan la condición, universalmente aceptada, de medida limitante del derecho a la libertad personal. En el tercero, nos enfocamos a la identificación y justificación de cada uno de los elementos constitucionales que configuran la detención: estructura, finalidad, supuesto habilitante, contenido, titularidad, ejercicio y límites, subsumiendo en este último al ejercicio, debido a que éste se configura por una concurrencia de limitaciones al actuar policial.

Por su parte el capítulo II se enfoca en un estudio detallado de cada uno de los derechos fundamentales que tienen a la detención preventiva como presupuesto habilitante, a saber: el derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible de las razones de su detención y de los derechos que tiene como detenido; el derecho a intérprete; el derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio; el derecho a la Asistencia Letrada; el derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo

estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas; y el derecho de acceso a un procedimiento de revisión judicial de la detención: Habeas Corpus; ello explica su división en 6 secciones, una para cada derecho, las cuales a su vez, se subdividen en siete epígrafes, cada uno dedicado al análisis de los distintos elementos configuradores de los derechos.

El capítulo III se centra en el análisis de las distintas restricciones que, con motivo de la detención preventiva o en el marco de ésta, puede padecer el detenido en el ejercicio de sus derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones. Está dividido en tres secciones, cada una enfocada a los derechos previamente referidos y éstas a su vez, se diseccionaron en tres epígrafes generales: uno para el marco constitucional del derecho analizado, otro para dimensionar su alcance en el contexto de la detención preventiva y otro para examinar las concretas afectaciones que el derecho puede padecer con motivo de la detención preventiva. En éste último epígrafe, en cada caso, se analizaron los condicionantes del i) fin constitucionalmente legítimo de la afectación del derecho, ii) la adecuada previsión legal –habilitación legal, rango y calidad de ley—, iii) la jurisdiccionalidad de la limitación—y sus excepciones como son la urgencia o el consentimiento del afectado—, y iv) la proporcionalidad, con sus tres requisitos dimanantes y el *prius lógico* de proporcionalidad –por tratarse de la investigación en el contexto penal—; por lo cual, en este epígrafe se tuvo en cuenta la legislación de desarrollo, europea y estatal.

El capítulo IV, se enfoca al estudio de las posibles excepciones al régimen general de la Detención Preventiva. Para ello se dividió en dos secciones, una dedicada al análisis de la detención preventiva y sus modificaciones en el contexto de la Suspensión General de Derechos y otra, enfocada al estudio de la detención preventiva y sus variaciones por razón de la Suspensión Individual de Derechos; cada sección se dividió en tres epígrafes, uno dedicado al marco constitucional de las correspondientes suspensiones, otro relativo al alcance constitucionalmente aceptable de cada suspensión en relación con la detención y los derechos del detenido y el tercero, con una estructura diferenciada en cada supuesto, se dedica a la determinación de las modificaciones producidas a la detención preventiva y al ejercicio de los derechos de los detenidos, así como también al análisis de la legislación que desarrolla tales modificaciones, para constatar si ésta se ajusta al parámetro de

constitucionalidad. Además, por el art. 93 CE, tuvimos en cuenta la legislación de desarrollo de la UE sobre las restricciones de algunos derechos de los detenidos, concretamente la Directiva 2013/48/UE.

Las distintas fuentes de jurisprudencia fueron citadas con el siguiente formato: para las resoluciones del Tribunal Constitucional, se señala la abreviatura TC antecedida de una «S», «A» o «D» según el tipo de resolución, posteriormente la fecha de la misma, y luego el fundamento jurídico consultado. En cuanto a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, procuramos armonizar la citación con el formato—sugerido en la base de datos «HUDOC»— siguiente: nombre del caso, número de demanda, fecha de la resolución, párrafo consultado; además, atendiendo a la trascendencia, cuando se trata de resoluciones provenientes de la Gran Sala, ello se especifica agregando seguido al nombre el registro [GS]; por otra parte, cuando se trata de decisiones, ello se especifica agregando al nombre del caso la referencia (dec.), seguida de la fecha y el párrafo en cita. Para las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, seguimos un formato similar: el nombre del caso, asunto, fecha de la sentencia, párrafos de referencia y, cuando la resolución proviene de la Gran Sala, ello se indica seguido al nombre del caso. Finalmente, para referirnos y citar las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional se ha utilizado el identificador del Repertorio Oficial de Jurisprudencia (ROJ), en el ánimo de facilitar su localización y consulta en la base «CENDOJ».

Para finalizar esta introducción, debe señalarse que esta tesis es el fruto que hoy se cosecha de una siembra conjunta comenzada hace varios años, por el director y su dirigida; indudablemente ha sido labrada con la dedicación y esfuerzo de la autora, infaliblemente con el incesante apoyo y guía del director.

CAPÍTULO I. La Detención Preventiva a partir del Marco constitucional

A. Nota preliminar

La coexistencia de tres regímenes de tutela de derechos fundamentales¹: Constitución, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta de los Derechos Fundamentales, cuya presencia simultánea implica un proceso de influencias mutuas en la configuración y alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos, hace necesario que señalemos lo siguiente:

Primero, debemos tener presente que a la luz del art. 10.1 CE, los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, adquieren sustantividad propia². Además, como ha señalado el TC en la STC 159/1986, tanto los derechos como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, forman parte integrante «[...] del orden político y de la paz social»; por tanto, «las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio» actúan recíprocamente y son igualmente vinculantes³.

Segundo, debemos destacar la importancia de los Tratados y Convenios internacionales en materia de derechos fundamentales en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 CE. A este respecto, en un principio el TC señaló que los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España «constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce»⁴; más no poseerían rango

¹ Cfr. Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 5.

² Cfr. *Ídem*. FJ 2.

³ Cfr. STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6.

⁴ Cfr. Por todas, la ya citada DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6, recordando las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8 y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b). Al respecto, conviene recordar que en la citada STC 292/2000, FFJJ 3,8, el TC señaló que tanto los tratados y acuerdos internacionales como el derecho comunitario derivado no poseen rango constitucional y así, atendiendo al mandato del art 10.2 CE, consideró de manera «global» lo dispuesto en «instrumentos o textos internacionales» relativos al derecho fundamental que se analizaba –derecho a la protección de datos personales–, señalando como tales: la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computarizados de Datos Personales; en el ámbito europeo, el Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter personal; y en el ámbito comunitario, la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que

constitucional. En este sentido, el TC remarcó el valor hermenéutico de los Tratados y Convenios para determinar el sentido y alcance de los derechos constitucionales⁵.

En esa línea, el TC señaló que el significado de «interpretación» recogido en el art. 10.2 CE, «no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales»; si ese fuera el caso, la proclamación constitucional de tales derechos sobraría⁶. De esta forma, continúa el TC, el art. 10.2 CE es un conector, una norma de vinculación que establece «una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro»⁷. Ahora bien, debemos reconocer que aunque es cierto que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por la Norma Fundamental, también es cierto que sí obliga a interpretar el contenido de los preceptos constitucionales sobre dichos derechos de acuerdo o de conformidad con el contenido de dichos tratados o convenios; por tanto, en la práctica, ese contenido se convierte de alguna manera en un «contenido constitucionalmente declarado» de los derechos y libertades de la CE⁸.

Así bien, el mandato constitucional *ex art. 10.2* sobre la interpretación de derechos tiene un doble alcance, ya que obliga a acudir tanto a la normativa supranacional de derechos fundamentales –ratificada por España–, como a la imprescindible doctrina que surge de la interpretación que llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos tratados y acuerdos internacionales⁹, reconociendo que ésta «ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales»¹⁰. Así, el TC ha acudido a ambas fuentes para determinar, desde la

respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en aquel tiempo de reciente creación.

⁵ *Cfr.* STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3.

⁶ *Cfr.* STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

⁷ *Cfr. Ídem.* FJ 5.

⁸ *Cfr. Íbidem.* FJ 5.

⁹ *Cfr.* STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.

¹⁰ *Cfr.* STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

perspectiva de un precepto constitucional, las garantías que un derecho fundamental debe tener¹¹.

Ahora bien, dicho ello, debemos recordar que el TC en relación a las vulneraciones indirectas de derechos –en caso de extradición u orden europea de detención y entrega— ha señalado en reciente sentencia que el canon de control a utilizar en estos casos de vulneración indirecta, estaría integrado también por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de derechos fundamentales, dentro de los que destacan el: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; como por la interpretación que de los mismos han hecho sus respectivos órganos de garantía; resultando todos ellos elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido [absoluto] de un derecho reconocido¹² —que en el caso correspondía al art. 24 CE—.

¹¹ Vid. STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4. El TC, para examinar la regulación que plasmaba las garantías que se imponen a toda intervención médica que afecte la integridad corporal del paciente, tuvo como medida de constitucionalidad el art. 15 CE, pero tomó como elementos hermenéuticos el art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Otro ejemplo resulta la STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 9; en su razonamiento, el TC tuvo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, en armonía con la legislación nacional.

¹² Cfr. STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4, en relación con el ATC 86/2011, de 9 de junio, vid. especialmente FFJJ 2 y 7 de esta última.

Dicho caso trataba de un recurso de amparo contra el auto de la sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, que autorizaba la entrega del demandante en ejecución de una orden de detención europea; hasta entonces, el TC había mantenido una doctrina constitucional firme relativa a las vulneraciones indirectas del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías –art. 24.2 CE— (vid. SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000, de 12 de junio; 156/2002, de 23 de julio y 183/2004, de 2 de noviembre). Sin embargo, la ejecución de dicha orden de detención y entrega –en aplicación del Derecho de la Unión— podía implicar una reducción en el nivel de protección que la Constitución Española otorga a dicho derecho; por ello, el TC actuando como órgano jurisdiccional –en los términos de art. 267 TFUE— se dirigió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para solicitar 3 cuestiones prejudiciales; la tercera de las cuales era relativa a la adecuada interpretación del art. 53 CDFUE, así tras sugerir tres posibles interpretaciones, formuló «¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?». La respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TC se encuentra en la STJUE *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* (Gran Sala), Asunto C-399/11, de 26 de febrero de 2013; la relativa a la tercera cuestión planteada puede apreciarse en los párrs. 55 a 64. Así las cosas, tras ser respondida la cuestión prejudicial y adoptarse la STC 26/2014, la única mención que el TC hace en su fundamentación respecto al criterio del TJUE, se constriñe ex art. 10.2 CE, a la interpretación del «derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo» –art. 47 CDFUE— y «de los derechos de

Tercero, el Derecho de la Unión Europea no puede ser asumido como Derecho internacional en el territorio de los Estados miembros¹³. En efecto, este ordenamiento goza y se caracteriza del principio de primacía¹⁴ y, en el caso de España, ex art. 93 CE ha sido aceptada la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese derecho le es propio¹⁵, al respecto el TC ha reiterado el reconocimiento de la «primacía de las normas

defensa» –art. 48.2 CDFUE—, precisamente en el caso Melloni para, posteriormente, aduciendo a una revisión de su doctrina anterior (iniciada con la STC 91/2000, de 30 de marzo, vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales, especial aplicación al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE) concebir una disminución del alcance que a ese derecho había dado hasta entonces (*Vid.* FJ 4). Además, no hizo ninguna especificación de que dicha interpretación tuviera solo cabida cuando se trate de supuestos de aplicación del Derecho de la Unión, por tanto, pareciera que esa modificación a la baja, afectará la interpretación general protectora del derecho hasta entonces concebida.

Atendiendo a que la fundamentación del TC omitió hacer mención a la interpretación que debe de hacerse de los derechos fundamentales en los ámbitos del Derecho de la Unión, según el criterio pronunciado por el TJUE respecto al art. 53 CDFUE –a instancia del propio TC—, fueron pronunciados tres Votos particulares críticos que ofrecen interesantes consideraciones respecto a la interacción e interpretación articulada de los distintos sistemas de derechos fundamentales, en el orden nacional y europeo. *Vid.* Votos particulares concurrentes de las Magistradas Adela Asua Batarrita, Encarnación Roca Trías y así como el Voto particular concurrente del Magistrado Andrés Ollero Tassara.

Por último, en cuanto a la determinación del contenido absoluto y vulneraciones indirectas del derecho del art. 24 CE, además de la previamente reseñada STC 26/2014, sugerimos las SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7, 8; 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 3; así como la más reciente STC 140/2016, de 21 de julio, FJ 5.

¹³ Como lo recordara la Magda. Encarnación Roca Trías en su Voto concurrente a la STC 26/2014, de 13 de febrero, razonamiento 6. A).

¹⁴ Al respecto *Vid.* STJUE *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* (Gran Sala), Asunto C-399/11, de 26 de febrero de 2013, p. 59. «en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61).». Sentencia emblemática, sobre todo para este país, por haber sido dictada en respuesta a la primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional Español planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la tercera de las cuestiones sometidas a consideración del TJUE era relativa a la interpretación del artículo 53 de la CDFUE, en virtud de que el TC entendía que dicho artículo autorizaba de forma general a que un Estado miembro aplicara el estándar de protección de derechos fundamentales garantizado por su Norma Fundamental cuando éste sea más elevado que el derivado de la Carta y, en su caso, oponerlo a la aplicación del Derecho de la Unión –en el caso, se trataba de la ejecución de una orden de detención europea—; para el TJUE dicha interpretación no puede ser acogida, puesto que menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión y al respecto señaló que «es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. » *Vid.* Párr. 55-64.

¹⁵ *Cfr.* Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4. En ese sentido el TC ha señalado que por el citado art. 93 CE «es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos»; por ello, se entiende que la Constitución ha aceptado, en virtud de dicho artículo «la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio». Esta primacía ha sido recordada en la controvertida STC 26/2014, de 13 de

del Ordenamiento comunitario, *originario y derivado*, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos.»¹⁶ [Énfasis añadido].

Así bien, el reconocimiento de la primacía del derecho de la Unión, ha llevado al TC a puntualizar dos cuestiones: a) La primacía implica la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas con plena validez, de las cuales, unas tienen capacidad de desplazar a otras «en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones», ello obliga al juez nacional a aplicar la norma prevalente, dejando sin efecto la desplazada –que no implica su expulsión del ordenamiento jurídico—¹⁷ y b) Si una norma nacional –independientemente de su rango— resulta incompatible con el Derecho de la Unión, los jueces y tribunales ordinarios de los estados miembros, «tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional», sea posterior o anterior a la norma comunitaria, obligación inherente al principio de primacía¹⁸.

Ahora bien, como ha señalado la Magistrada Roca Trias, la incorporación de la CDFUE –con el mismo valor jurídico que los tratados—al derecho de la Unión Europea, ha producido un entrecruzamiento de competencias sobre la misma materia y, en virtud de que existen derechos protegidos a nivel europeo, el TC «debe de examinar su competencia cuando se

febrero, FJ 3, que citando la Declaración 1/2004 señaló que «'producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla [...]»». En similar sentido STC 145/2012, de 2 de julio FJ 5. Con relación a la integración jurídica multinivel *vid.*, entre otros, REMOTTI CARBONELL, José Carlos «Sistema jurídico e integración constitucional Multinivel», en MAYOS, Gonçal, REMOTTI CARBONELL, José Carlos y MOYANO DÍAZ, Yanko (Coords.), *Interrelación filosófico-jurídica multinivel: Estudios desde la interconstitucionalidad, la interculturalidad y la interdisciplinariedad para un mundo global*, Linkgua, Barcelona, 2016; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, Madrid, D.L., 2011 y FREIXES SANJUÁN, Teresa, «Constitucionalismo multinivel e integración europea», en FREIXES SANJUÁN, Teresa, GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda y ROVIRA VIÑAS, Antonio (Dirs.), *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos. Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

¹⁶ *Cfr.* Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FFJJ 2,4. En este sentido, el art. 93 CE es el soporte constitucional básico de integración de otros ordenamientos –autónomos por su origen— llamados a coexistir con el nuestro; una vez que se ha producido la integración, señala el TC, la Constitución «no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla»; y además subraya, que no es posible ignorar la necesidad de proporcionar a los organismos internacionales beneficiados con la cesión del ejercicio de esas competencias, los instrumentos indispensables para garantizar el cumplimiento del Derecho por ellos creado.

¹⁷ *Cfr.* STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5.

¹⁸ *Cfr.* STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5.

trata de la aplicación de estos derechos fundamentales»¹⁹. En tal sentido, el TC ha reconocido que no le corresponde «realizar un control de validez del derecho adoptado por las instituciones de la Unión», toda vez que dicho control corresponde al Tribunal de Justicia²⁰.

De la interpretación que el TJUE haga de los derechos fundamentales contenidos en la Carta pueden derivarse nuevos estándares comunes de protección, incluso quizá con un nivel menor de protección que el reconocido por la Norma Fundamental de algún estado miembro²¹; pero no hay que perder de vista que, dichos estándares corresponderán a la aplicación del derecho comunitario, como normativa de aplicación general en unos estados que comparten una cultura de los derechos fundamentales²².

Cuarto, ha de tenerse presente también que «[...]las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales, y de conformidad con la Constitución»²³

A la luz de las cuatro consideraciones previamente señaladas, creemos que resulta diferente la interpretación que de manera general puede y debe hacerse de un derecho

¹⁹ Cfr. STC 26/2014, de 13 de febrero, Voto concurrente de la Magistrada Encarnación Roca Trías, razonamiento 4.

²⁰ Cfr. STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3.

²¹ Tal y como sucedió en el caso del alcance del derecho a un proceso con todas las garantías –art 24.2 CE— en relación con la ejecución de una orden de detención y entrega, a la luz de la interpretación –art 53 CDFUE— que debe hacerse de los derechos contenidos en los artículos 47 y 48 CDFUE. Vid. STC 26/2014, de 13 de febrero, STJUE *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* (Gran Sala), Asunto C-399/11, de 26 de febrero de 2013.

²² En este sentido nos apoyamos en lo sustentado por la Magistrada ROCA TRIAS cuando, recordando el art. 6 TUE, señalaba que «en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el contenido de los derechos fundamentales queda fijado por sus normas y por la interpretación que de ellas y de los derechos de la Carta haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual conforma una interpretación sustantiva uniforme de los mismos, canon, parámetro o estándar supranacional de derechos, que debe sustentarse en el respeto a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los derechos protegidos por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos [...] tal y como dichos derechos son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» Cfr. STC 26/2014, de 13 de febrero, Voto concurrente Magda. Encarnación Roca Trías, razonamiento 6 b). Aunado a ello, no puede perderse de vista que todos los estados miembros de la unión son parte en dicho Convenio. Por otro lado, como se desprende de la STJUE *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* (Gran Sala), Asunto C-399/11, de 26 de febrero de 2013, párrs. 62-63, la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales, se sostiene tanto en la normativa –en el caso una decisión marco—, como en *los principios de confianza y reconocimiento mutuo*. En este último sentido, téngase presente que, conforme al art. 67, apartados 3 y 4, del TFUE –del espacio de libertad, seguridad y justicia—, los Estados han acordado dar reconocimiento mutuo a las resoluciones judiciales y, en materia penal, ello puede hacerse incluso mediante la aproximación de las legislaciones penales.

²³ STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 67/1984, de 7 de junio, FJ 2.

fundamental conforme a los tratados internacionales ex. art. 10.2 CE, de aquella interpretación resultante de la aplicación del derecho comunitario. Lo cual no puede entenderse como un cambio de criterio en la interpretación general y garantista –la mayoría de las veces—que de los derechos fundamentales ha tenido nuestro Tribunal, sino todo lo contrario, un enriquecimiento para la interpretación y una protección reforzada de los derechos fundamentales.

En efecto, la primacía de la Carta de los Derechos Fundamentales se constreñirá a la aplicación del Derecho de la Unión, como se desprende de su propio art. 51, así en este caso, el perfil del derecho fundamental se encontrará delineado por la propia Carta y su intérprete –TJUE—, apoyándose indudablemente en el sentido y alcance que se derive del Convenio Europeo de Derechos Humanos, garantizando así una coherencia entre la Carta y aquél²⁴; supuesto en el que los órganos jurisdiccionales, incluso los órganos constitucionales, actuarán únicamente como juez europeo, tal y como se reconoció asimismo el Tribunal Constitucional en su ATC 86/2011²⁵. En estos casos, el papel de la Carta no puede asumirse como de un elemento hermenéutico de interpretación, sino de un estándar de protección común al cual habrá de ajustarse la interpretación del derecho²⁶.

²⁴ Vid. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, Diario Oficial de la Unión Europea C 303, de 14 de diciembre de 2007, Explicación relativa al artículo 52 –Alcance e interpretación de los derechos y principios, p. 33.

²⁵ Vid. ATC 86/2011, de 9 de junio, FJ 4 e), citando como fundamento el art. 267 TFUE.

²⁶ En este sentido vid. STJUE *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* (Gran Sala), Asunto C-617/10, Sentencia de 26 de febrero de 2013, párrs. 17-21, 28, 29. Recordando el TJUE que el art. 51, apartado 1 de la CDFUE confirma su jurisprudencia «relativa a la medida en la que la acción de los Estados miembros debe ser acorde con las exigencias derivadas de los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión». En efecto, los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, el ámbito de aplicación de los DDFF de la Unión se corrobora con las explicaciones relativas al art. 51 de la Carta, las cuales, conforme al art. 6.1. parr. Tercero TUE y art. 52.7 de la Carta, deben tenerse en cuenta para la interpretación de la misma. Por tanto, como «los derechos fundamentales garantizados en la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales». Más aún, puede darse el supuesto de que las leyes nacionales no hayan sido adoptadas para transponer el Derecho de la Unión al derecho nacional y que ello no obstante, con su aplicación se implique materialmente el cumplimiento de disposiciones de interés comunitario observando, en consecuencia, una obligación impuesta por el Tratado a los Estados miembros; ante ello, si un órgano jurisdiccional nacional debe «controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del» art. 51.1 CDFUE, en una situación en la que la acción estatal no está totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales aun estando facultadas para aplicar estándares nacionales de protección de los DDFF deberán cuidar que

En tanto que, para todo el resto del ordenamiento nacional, la interpretación de los derechos fundamentales seguirá siendo aquella derivada de la exigencia del art. 10.2 CE. Ahora bien, en este último supuesto, teniendo en cuenta que la Carta tiene el mismo valor jurídico de los tratados, ésta bien podrá ayudar a delinear los perfiles exactos de un derecho fundamental. Es decir, en estos supuestos que no impliquen la aplicación de derecho de la unión, la CDFUE sí servirá como elemento hermenéutico²⁷ cuando de interpretar un derecho se trate.

En ese orden de ideas, recordamos que el TC ha establecido como regla general que «resulta ajeno a la jurisdicción del Tribunal Constitucional controlar la compatibilidad de un precepto legal [...] con el Derecho de la Unión Europea, toda vez que este ordenamiento no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de la inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE [...], pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate [...], incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea[...]»²⁸

En definitiva, las anteriores precisiones resultan necesarias en virtud de que para analizar a cabalidad la institución constitucional de la detención preventiva, con todas sus implicaciones y consecuencias en el derecho a la libertad y otros derechos fundamentales, resulta indispensable tener en cuenta además del propio precepto constitucional que la recoge —art. 17 CE— y la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal; los artículos 5.1 (c) y 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las interpretaciones que de éstos ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el artículo 6 de la Carta de los

esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el TJUE, ni a la primacía, la unidad y efectividad del Derecho de la Unión.

²⁷ Cfr. STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

²⁸ Vid. STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 2; en términos casi idénticos la STC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5. Referimos este criterio como general, por cuanto ya hemos señalado en página anterior que en casos específicos —extradición u orden de detención y entrega europea— el TC en las SSTC 91/2000, 199/2009 y 26/2014 consideró que los tratados y convenios integraban también el canon de control.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su interpretación a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; sin perder de vista los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

B. Consideraciones generales sobre la Detención Preventiva como límite constitucional a la libertad personal

Artículo 17 CE

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

En innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional ha recordado que «en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales»²⁹.

El derecho a la libertad personal se halla directamente vinculado a la dignidad de la persona³⁰, por ello y por la trascendencia referida, en un régimen democrático donde los derechos fundamentales tienen plena vigencia, «la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción»³¹. En efecto, la libertad personal protegida por el artículo 17 CE es la libertad física; la libertad frente a una detención, una condena o un internamiento arbitrario³²; por eso el propio TC ha señalado que «no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la

²⁹ Por todas STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3; SSTC 121/2003, de 16 de junio, FJ 2, recordando aquella y 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; STC 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3.

³⁰ Cfr. SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3.

³¹ SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2; 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3; STS 4293/2013, de 17 de julio, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 1589/2012, FD cuarto.

³² Cfr. STC. 120/1990, de 27 de junio, FJ 11. El TC la diferenció de una libertad general de actuación o de autodeterminación individual, considerando que esta última, si bien, constituye un valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 CE–, sólo puede protegerse –en el caso con recurso de amparo– en las concretas manifestaciones a las que la CE reconoce con la categoría de derechos fundamentales –Capítulo Segundo, Título I–.

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'»³³.

Ahora bien, una simple lectura del artículo 17.1 CE permite apreciar que nuestra Constitución «no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones»³⁴. En tal razón sólo la Constitución y la ley, en función de otros intereses fundamentales, pueden establecer los casos y la forma en que las restricciones o privaciones de libertad pueden ser posibles³⁵. Al respecto el Alto Tribunal ha señalado que la determinación de esta frontera sirve para identificar «el propio objeto del derecho (qué sea la libertad protegida por el art. 17) y su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de privación o restricción), y para fiscalizar las actuaciones públicas que le afecten»³⁶.

Lo anterior, guarda cabal similitud con lo preceptuado sobre el derecho a la libertad personal, en los principales tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, concretamente los arts. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁷, 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸, 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁹ y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁰.

Así pues, como apuntaran Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell, la estructura general de la Constitución hace derivar una compleja regulación jurídica tanto en relación con el derecho a la libertad personal, como respecto a las posibilidades de privación de la

³³ SSTC 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4; 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5.

³⁴ Cfr. STC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3

³⁵ Vid. SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 a); STC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; ATC 308/1984, de 23 de mayo, FJ 1

³⁶ STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 a).

³⁷ Artículo 3. «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.»

³⁸ Artículo 9.1 «Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.»

³⁹ Artículo 5. 1. «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...]»

⁴⁰ «Artículo 6. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad». Aunque este precepto no hace referencia expresa a la posibilidad de limitar el derecho a la libertad; atendiendo a la explicación sobre la Carta, pueden establecerse de manera legítima limitaciones que no sobrepasen las permitidas por el CEDH en los términos del art. 5. Vid. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, Diario Oficial de la Unión Europea C 303, de 14 de diciembre de 2007.

libertad⁴¹. En este sentido podemos apreciar que, en primer lugar, la Constitución hace referencia a dos tipos de privaciones al derecho a la libertad: unas establecidas por la propia Constitución y otras habilitadas por la Constitución para ser adoptadas por medio de desarrollo legislativo. Las primeras son tres: la detención preventiva –art. 17.2 CE– y la prisión provisional –art. 17.4 CE–, ambas de carácter cautelar; y condena a pena de prisión, como pena impuesta con ocasión de un delito –art. 25.2 CE–⁴². Las segundas, conforme al último enunciado del art. 17.1 CE, serán aquéllas establecidas por ley, las cuales deberán ser razonables y proporcionadas.

En segundo lugar, la remisión que el precepto constitucional hace a una ley, para establecer los casos y supuestos en los que pueda proceder la privación de libertad, debe de entenderse «como remisión a la Ley Orgánica»⁴³. Esta reserva de ley exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y su restricción, por ello cualquier privación de libertad que resulte irrazonable, por romper el equilibrio entre el derecho y su limitación, aún prevista en la ley, deberá ser excluida⁴⁴. Por supuesto, este derecho fundamental también resultará vulnerado, cuando una persona sea privada de su libertad personal sin que se observe lo dispuesto en el precepto legal o cuando se trate de algún caso o forma no previsto en la ley⁴⁵. En consecuencia, puede reiterarse que el derecho a la libertad personal incluye como contenido el «no estar privado de la misma sino en los plazos y condiciones en que la Ley lo permite»⁴⁶.

En tercer lugar, además de reconocer el derecho a la libertad y la posibilidad de su restricción, el artículo 17 CE establece una serie de garantías que han de ser observadas en los supuestos de privación de libertad; garantías que, debido a su naturaleza, también

⁴¹ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal: Análisis de Constitución, legislación, Tratados Internacionales y Jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, p. 9.

⁴² Sobre el carácter de las privaciones de libertad vid. SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 17», en GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.), *Comentarios a la Constitución*, CIVITAS, Madrid, 3ª ed. ampliada, 2001, p. 342.

⁴³ Cfr. STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 6.

⁴⁴ Cfr. STC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3.

⁴⁵ Cfr. STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 2.

⁴⁶ STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 3.

pueden identificarse como derechos públicos subjetivos⁴⁷ estrechamente vinculados con el derecho a la libertad personal. Al respecto, el TC ha señalado que, normalmente esas garantías rigen para el acto mismo de privación o limitación del derecho a la libertad personal, salvo la primera parte del artículo 17.4 CE, que establece una «garantía adicional y a posteriori del propio acto de privación de libertad, consistente en que la ley regule un procedimiento» conocido como habeas corpus, para que la persona que se encuentre en situación de detención, si la considera ilegal, sea puesta inmediatamente a disposición judicial⁴⁸. De tal forma, queda claro que el constituyente quiso que la libertad del art. 17 CE fuera el único derecho fundamental que contiene «una garantía adicional, única y específica en el marco de los derechos fundamentales» que reconoce la Norma Fundamental⁴⁹, podríamos decir, una garantía hecha a la medida.

Así pues, teniendo en cuenta el valor cardinal de la libertad personal dentro de un Estado de Derecho, la estricta observancia de las garantías que dispone el art. 17 CE es obligatoria⁵⁰. En este contexto, al hablar de las restricciones o privaciones de libertad a la luz del art. 17 CE y de su interpretación –por mandato del art. 10.2 CE a la luz de los arts. 5 CEDH, 6 CDFUE y 9 PIDCP— nos encontramos con un concepto genérico que puede tener distintas modalidades, algunas de las cuales pueden regirse por la regla delito-privación de libertad, es decir, la presunta comisión de un hecho delictivo como título para, dentro de las investigaciones para determinar la responsabilidad del investigado, restringir la libertad. Tal es el caso de la prisión⁵¹ y detención preventiva⁵².

Ahora bien, con motivo de la amplitud que un estudio general sobre las formas de privación del derecho fundamental a la libertad personal puede generar, esta investigación

⁴⁷ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, op. cit., p. 11. El TC se refiere a éstos como derechos sustantivos, al respecto vid. SSTC 179/2000, de 26 de junio FJ 5, 98/1986, de 10 de julio, FJ 1; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4.

⁴⁸ Cfr. STC 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3.

⁴⁹ Vid. STC 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3.

⁵⁰ Vid. STC 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4. Algunas de éstas claramente resultan aplicables a otros supuestos de privación de libertad incardinados en el art. 17.1 CE, piénsese por ejemplo en la temporalidad de una privación de libertad, el plazo siempre ha de ser el estrictamente necesario, tal y como se recordara en la STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8, citando la STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6. O también, en el criterio de estricta necesidad, tal y como se recordara en la STC 250/2006, de 24 de julio, FJ 3.

⁵¹ En tal sentido vid. STC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3.

⁵² Cfr. STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 b), situaciones legales distintas tanto por su finalidad como por sus consecuencias.

se centra, dentro de todas ellas, en una sola medida de privación de libertad del ordenamiento español: la detención preventiva, prevista en el art. 17.2 CE. Entendiéndola como una medida de investigación policial, previa al proceso judicial, destinada al esclarecimiento de determinados hechos aparentemente delictivos y a la determinación de los posibles responsables. De tal forma es una medida cautelar⁵³ policial⁵⁴ de privación de libertad con motivo de una supuesta acción delictiva⁵⁵, para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que sitúa a quien la vive, ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal⁵⁶. Es decir, una situación de sujeción o compulsión personal⁵⁷ en el contexto de garantizar las investigaciones de naturaleza penal⁵⁸.

Institución que quizá represente el caso más típico de privación de libertad⁵⁹, uno de los más comunes, de los más arraigadas en los ordenamientos jurídicos modernos, pero indudablemente uno de los que hasta el día de hoy continúa suscitando controversias, quizá porque representa un estadio de suspenso para el ejercicio de uno de los derechos fundamentales más preciados del individuo; un espacio temporal decisivo para el destino procesal de quien la vive y, por demás, una afectación personal que puede cambiar el curso de su vida; institución de una trascendencia tal, que cuenta con expreso refrendo constitucional en sus propios límites y con un plazo de duración tasado⁶⁰

Artículo 17 CE

2. 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 de la autoridad judicial.

⁵³ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁵⁴ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2.

⁵⁵ Cfr. STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2.

⁵⁶ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁵⁷ Vid. STC 174/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 3, 4.

⁵⁸ Cfr. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6. Cuando el TC ha analizado la temporalidad de otras privaciones de libertad a cargo de la policía ha puntualizado la diferencia de las mismas con «la detención para la persecución penal.»

⁵⁹ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁶⁰ Cfr. STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 b).

Aunque una lectura del artículo citado permita hacer una aproximación sobre la medida, esta resultaría incompleta si se omitiera la obligación, ex art. 10.2 CE, de acudir a los tratados y acuerdos internacionales para conseguir una interpretación óptima sobre el sentido y límites del precepto constitucional. Por ello, el Alto Tribunal ha recordado al CEDH y el PIDCP como instrumentos internacionales de derechos fundamentales ratificados por España que también se refieren específicamente a la institución de la detención –preventiva, en términos de la CE—, dada su trascendencia por afectar a la libertad personal⁶¹, nos referimos a los siguientes artículos:

Art. 5 CEDH

1. [...] Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

c. Si ha sido *detenido* y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha

Art. 6 CDFUE⁶²

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

⁶¹ Cfr. STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2 a).

⁶² Recordemos que conforme a la explicación relativa al art. 6, los derechos de libertad y seguridad por él previstos se corresponden con los garantizados en el art. 5 CEDH y tienen, conforme al art. 52.3 CDFUE, el mismo sentido y alcance, razón por la cual al referirse a las limitaciones legítimas de privación de libertad se constriñen a las de la redacción del art. 5 CEDH. En ese orden de ideas, el documento explicativo también alude a la especial atención que éstos merecen cuando el Parlamento y el Consejo adopten actos legislativos en virtud de los arts. 82, 83 y 85 del TFUE como es, actualmente, el caso de las Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, Diario Oficial de la Unión Europea L 280, de 26 de octubre de 2010, p.1; Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales*, Diario Oficial de la Unión Europea L 142, de 1 de junio de 2012, p.1; Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*, Diario Oficial de la Unión Europea L 294, de 6 de noviembre de 2013, p.1; Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, Diario Oficial de la Unión Europea L 65, de 11 de marzo de 2016, p.1; Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, Diario Oficial de la Unión Europea L 132, de 21 de mayo de 2016, p.1; Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, *relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención*, Diario Oficial de la Unión Europea L 297, de 4 de noviembre de 2016, p.1. Vid. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, op. cit., Explicación relativa al artículo 6— Derecho a la libertad y a la seguridad.

cometido una *infracción* o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

[...]

3 Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c, del presente artículo deberá ser conducida *sin dilación* ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, [...]

[Énfasis añadido]

Artículo 9 PIDCP⁶³

3. Toda persona *detenida* [...] a causa de una *infracción penal* será llevada *sin demora* ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, [...]

[énfasis añadido]

Lo anterior, nos permite apreciar varias cuestiones: primero, un consenso y aceptación generalizados sobre la existencia de la detención preventiva como medida privativa de libertad de carácter cautelar, reconocimiento que se hace latente con la previsión normativa más o menos armonizada en el plano supranacional. Así, tanto la Constitución, como los instrumentos citados someten la detención al criterio de estricta necesidad y al del lapso temporal más breve posible⁶⁴; segundo, que dicha medida tiene un carácter penal. En efecto los tres artículos en cita prevén una medida cautelar de privación de libertad motivada por una probable acción delictiva⁶⁵; tercero, que la decisión y adopción

⁶³ Por mandato del art. 10.2 CE y siguiendo al TC, obligadamente hay que tomar en consideración las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto que instrumento internacional de Derecho Fundamentales ratificado por España; sin embargo lo situamos en un nivel distinto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea atendiendo a que, a diferencia de los dos últimos, aquél no tiene un órgano jurisdiccional de garantía que determine con criterios vinculantes la adecuada interpretación del contenido y alcance de sus artículos, por lo que su interpretación puede estar sujeta a una mayor amplitud en la apreciación que del mismo puedan realizar los operadores jurídicos ordinarios. Esta precisión la reproducimos en todos sus términos por cuanto a las referencias hechas al PIDCP en este documento.

⁶⁴ Cfr. STC 250/2006, de 24 de julio, FJ 3.

⁶⁵ Al respecto debemos apuntar que el hecho de que la provisión constitucional omita la mención expresa a acciones delictivas, la interpretación del TC ha sido en tal sentido, reforzando su interpretación con el sentido

de esa privación de libertad no la lleva a cabo una autoridad jurisdiccional; y cuarto, prevén también el alcance de las consecuencias que la misma puede tener.

La primera cuestión nos vincula a una justificación general de la existencia de la institución, al tiempo que, junto con la segunda y tercera, nos permiten encontrar la naturaleza y comprender mejor la cuarta, esto es, las eventuales consecuencias de la detención preventiva.

1. Justificación general de la Detención Preventiva

La justificación general de la detención consiste en asegurar el cumplimiento del deber constitucional del Estado de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, como un medio esencial para la defensa de la paz social y la seguridad ciudadana, entendidos estos últimos como bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE⁶⁶.

En efecto, «el deber estatal de perseguir eficazmente el delito»⁶⁷ resulta ser una tarea esencial, para el buen funcionamiento de la sociedad. Ello implica que, ante la presencia de hechos que aparentemente reúnan los caracteres de delito, debe haber una inmediata intervención estatal que permita poner fin a los efectos nocivos que la probable conducta típica pueda generar y que la persona eventualmente responsable de la aparente actuación ilícita sea llevada a la acción de la justicia. Así pues, de la jurisprudencia del Alto Tribunal podemos apreciar que, indubitablemente, el interés público de la investigación del delito y el descubrimiento de los delincuentes es un fin constitucionalmente legítimo⁶⁸, pues ciertamente mediante la satisfacción de tal fin pueden garantizarse otros bienes constitucionales como son la paz social y la seguridad ciudadana, previamente mencionados.

de los términos «infracción penal» e «infracción» de los instrumentos internacionales citados, sobre este punto profundizamos en el apartado 2.a. Medida justificada para averiguaciones de carácter penal, de este capítulo.

⁶⁶ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

⁶⁷ STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2.

⁶⁸ Cfr. SSTC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6; 70/2002, de 5 de abril, FJ 10.

En ese sentido, la detención preventiva se configura como el instrumento estatal primigenio de actuación ante la presencia de hechos con aspecto de delito, misma que permite en el transcurso de su duración, la realización de diligencias necesarias de investigación que permitan esclarecer los hechos y descubrir a los delincuentes, así como recabar los efectos, instrumentos, pruebas y demás circunstancias relacionadas con la conducta aparentemente delictiva⁶⁹. En ello radica la importancia de la medida para el Estado. En contrapartida, al ser ésta un instrumento de tal calado y por demás frecuente, debe ejecutarse de la forma más pulcra posible, soportada en una serie de garantías para que el sujeto que la padece vea en la menor medida posible una afectación a su derecho a la libertad —y a otros derechos—. La detención debe ser proporcional en todo momento.

En efecto, «la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales»⁷⁰; por eso, para conseguir que este deber estatal sea desarrollado eficazmente, de manera simultánea deben protegerse los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la acción estatal, evitándose que las eventuales afectaciones que pueda sufrir en los derechos inherentes a su persona sean desproporcionadas, innecesarias o ilegítimas, es decir, la tarea de prevención y persecución de los delitos debe verificarse libre de cualquier viso de arbitrariedad.

Por lo anterior, podemos señalar que esta forma de privación de libertad que configura la institución de la detención preventiva representa una doble obligación estatal simultánea: por un lado, el deber estatal de prevenir y perseguir eficazmente el delito; por otro lado, el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano⁷¹; quedando así delimitada no solo por la expresa previsión constitucional—art. 17.2 CE— sino complementada por el art. 1.1 CE, que consagra el Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores la libertad y la justicia, entre otros; y por los arts. 17.3 y 17.4 CE—primer enunciado— que consagran los derechos-garantía que apareja la institución⁷².

⁶⁹ Cfr. STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2 e), al referirse a la labor de la policía judicial en la averiguación de los delitos.

⁷⁰ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8 B).

⁷¹ Cfr. *mutatis mutandis* SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3, 41/1982, de 2 de julio, FJ 2.

⁷² Con relación a los derechos-garantía *vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.*, p. 10 y ss.

Así bien, la detención preventiva puede ser vista como una herramienta que garantiza el ejercicio adecuado de la justicia penal que, si es utilizada respetando ciertos estándares, puede llevarse a cabo sin provocar afectaciones ilegítimas en los derechos fundamentales. En otras palabras, ciertamente no puede negarse que dicha medida afecte derechos fundamentales, pero tampoco puede entenderse que esas afectaciones irremediablemente se traduzcan en violaciones de dichos derechos. Para evitarlo, la herramienta estatal debe ser utilizada respetando unos estándares previstos por la Norma Fundamental; y ello es así, porque tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son considerados por el art. 10.1 CE «fundamento del orden político y de la paz social»; por tanto, «las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio» actúan recíprocamente y son igualmente vinculantes⁷³.

En efecto, el valor del derecho a la libertad personal, en un Estado democrático de Derecho, implica que cualquier restricción a ésta únicamente proceda ante una necesidad social apremiante⁷⁴, como es el caso de la persecución e investigación de los delitos y la obligación de garantizar la seguridad ciudadana —fines constitucionales— y de forma proporcionada a esa necesidad, es decir, que responda a los criterios de estricta necesidad y proporcionalidad.

En consecuencia, podría apuntarse que la detención preventiva es una forma característica común en la mayoría de sistemas penales configurándose como un medio legítimo de protección social y de control⁷⁵. Por ello, en la academia se ha apuntado que la institución tiene mucho de legítima en cuanto trata de asegurar un ejercicio pleno del Estado de Derecho, en la medida que busca garantizar que el individuo que ha cometido o está

⁷³ Cfr. STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6.

⁷⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* [preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 diciembre 2013, párr. 221. En similar sentido podemos apreciar en la jurisprudencia del TEDH, que una intromisión en algún derecho fundamental —refiriéndose a los del art. 8 CEDH— podrá ser considerada como necesaria «en una sociedad democrática» para alcanzar un fin legítimo, si la misma responde a una necesidad social imperiosa. Vid. STEDH S. y Marper v. Reino Unido [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 101.

⁷⁵ En este sentido vid. COOK Helena, «Preventive Detention—International Standards and the Protection of the Individual», in FRANKOWSKI, Stanislaw and SHELTON Dinah; *Preventive Detention: a comparative and international law perspective*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1992, p.1.

involucrado en actividades ilícitas sea sometido a la acción de la justicia penal, lo cual contribuye a garantizar la ausencia de impunidad⁷⁶.

En ese orden de ideas, pareciera que en la institución convergen unos propósitos generales tales como el de garantizar una buena y pronta administración de justicia; garantizar el orden público, mediante el restablecimiento inmediato de la tranquilidad social perturbada por un hecho delictivo; garantizar el interés social de la investigación y persecución de los delitos; garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas; y de manera mediata, asegurar el fin general del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso de una transgresión a la ley⁷⁷.

Ahora bien, esta institución implica a dos fines de todo Estado democrático: la protección de la seguridad de los ciudadanos y el respeto del derecho a la libertad –como principio y como derecho fundamental, muchas veces configurados como mandatos constitucionales– que idóneamente no debieran traslaparse, aunque pareciera que la doctrina suele ubicarlos en un enfrentamiento constante, en tal sentido recordamos la añeja cuestión sobre si la detención preventiva ha de ser asumida como un mal necesario⁷⁸

⁷⁶ Cfr. HIGUERA ZAZUETA, Javier Alberto, «La detención preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado», en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Vol. 12, Número 12, Año 12, 2012, p. 186.

⁷⁷ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B Estudios Comparativos, b) Estudios especiales, Núm. 19, México, 1981, pp. 29-30.

⁷⁸ En tal sentido Ferrajoli, cuando se refiere a las aporías teóricas de la prisión provisional, recuerda a diversos autores que criticaron la privación de libertad que antecede a una pena y que denunciaban la «atrocidad», la «barbarie», la «injusticia» y la «inmoralidad» de la prisión provisional, sin que ninguno llegara a pedir coherentemente la supresión del instituto «cual si se tratase de una 'injusticia necesaria'», recordando a Carrara. Así, recuerda que «Hobbes justificó el 'encarcelamiento' con la necesidad de la 'custodia segura de un acusado', [...]. Beccaria, después de haberla estimado 'necesaria' contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, llegó a considerarla 'una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito'. Filangieri admitió que 'sólo se debería llegar a este paso violento de la captura...cuando el acusado no quisiese obedecer a la citación, o cuando la gravedad del delito o la condición del mismo acusado, si fuese hombre sin domicilio y sin honor, diesen motivo para temer su fuga'. Constant reconoció la misma 'necesidad', [...] para 'asegurar a las personas sospechosas de un delito. Bentham pidió la 'detención incomunicada' del imputado hasta el interrogatorio, [...] Pagano señaló 'cuánto peligro entraña dejar libres a los delincuentes importantes contra los cuales no existe prueba plena'» y finalmente, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico y, posteriormente, tal institución se pervirtió tanto, que se transformó y pasó de ser un instrumento exclusivamente procesal dirigido a unas *strictas necesidades sumariales*, a ser un instrumento de prevención y de defensa social; que hace recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad que se basa únicamente en la sospecha de un delito; transformándose de medida procesal en medida policial. Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [trad. de Perfecto Andrés Ibañez, et. al., pro. de Norberto Bobbio], Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 1995, pp. 551 y ss. En similar sentido, Rodríguez y Rodríguez señala que «pese a que en todo tiempo se ha considerado a la

o como una necesaria aunque delicada –por sus implicaciones— herramienta estatal para asegurar la paz, el orden público, la seguridad de la ciudadanía, el Estado de Derecho y el buen funcionamiento de una sociedad.

Si asumimos que en un Estado de Derecho existe una constante tensión entre la libertad y la seguridad ante la cual hay que buscar un correcto equilibrio, entonces quizá la visión que se adopte de la detención preventiva sea la de un mal necesario. Si por el contrario, asumimos que en un Estado de Derecho tal tensión es inexistente, en virtud de que la libertad y la seguridad son dos elementos imprescindibles que se encuentran interconectados y que de manera conjunta se han de ubicar de un lado de la balanza, en la cual actúan como contrapeso las facultades estatales para proteger aquéllos, y se tiene como fiel la protección frente a la actuación arbitraria⁷⁹; entonces la forma de ver a la detención, no podría ser la de un mal, sino la de una herramienta legal que procura la salvaguarda de la libertad y la seguridad –de la sociedad— y la del individuo que vive la medida, siempre y cuando sea utilizada con las cautelas –derechos garantía—que la misma apareja.

Creemos que esa es la visión más adecuada y la que permite entender porque tanto nuestra Norma Fundamental como la normativa supranacional de derechos fundamentales configuran esta forma específica de privación de libertad. No puede ser vista como un mal –que por definición es contrario a lo lícito y honesto⁸⁰—, sino asumirla como una herramienta estatal necesaria, una medida instrumental de prevención e indagación que ciertamente es riesgosa para quien la padece, razón por la cual debe estar rodeada de las garantías previstas por la propia Norma Fundamental. De no ser así, ciertamente provocará una vulneración de derechos fundamentales, comenzando por el derecho a libertad personal y probablemente desencadenando en vulneración de otros derechos constitucionalmente reconocidos.

detención preventiva como el mal a evitar, todos los derechos nacionales la han admitido como un mal necesario.» *cf.* RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *op. cit.* p. 47.

⁷⁹ *Cfr.* GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El Derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, TIRANT LO BLANCH – UNIVERSITAT DE VALENCIA, Valencia, 1995, pp. 84 y ss.

⁸⁰ *Vid.* Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario, «Mal. 2. Lo contrario al bien, lo que se aparta de lo lícito y honesto.»

En otras palabras, si habláramos en sentido figurado, podríamos señalar que se trata de una herramienta que permite ajustar las clavijas del engranaje social, si su utilización no se lleva a cabo con prudencia o se hace con una fuerza desmedida, provocará una disfunción en dicho engranaje, mismo que acabaría por romperse aparejando como funesta consecuencia la afectación de derechos fundamentales con la consecuente responsabilidad a cargo del estado.

Por todo lo anteriormente expuesto, al iniciar este epígrafe aludimos al reconocimiento y aceptación generalizados sobre este tipo de privación de libertad, resultando que quizá esta sea la forma más típica de privación de libertad con una notable permanencia histórica reflejada por su tradicional recogida en los diversos textos declarativos de derechos fundamentales⁸¹, pues tanto la CE, como el CEDH, el PIDCP y la reciente CDFUE⁸² reconocen la medida al tiempo que establecen unos estándares mínimos de

⁸¹ En este sentido, *vid.* GARCÍA MORILLO, Joaquín, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

⁸² Como anteriormente señalamos, los derechos del artículo 6 CDFUE, son derechos que corresponden a los garantizados en el art. 5 CEDH y tienen el mismo sentido y alcance, tal y como lo establece la explicación elaborada para guiar su interpretación; sin embargo llama nuestra atención que en la versión oficial en castellano del documento explicativo, aparezca una transcripción del art. 5 CEDH que no se corresponde con el texto en castellano del Convenio Europeo disponible en el sitio web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sólo se corresponde en idéntica redacción con la versión que del CEDH fuera publicada en el BOE tras la Ratificación del instrumento. Si se comparan los textos puede notarse que cada vez se alude a la «detención» en la versión en castellano del art. 5 recogida en el documento explicativo de la UE y en el publicado en el BOE se le agrega el adjetivo de «preventiva»; lo cual puede pasar inadvertido para unos; pero dar pie a pequeñas distorsiones en la interpretación, para otros. También hay que decir que esto no sucede en el caso de la versión en inglés del documento explicativo, pues en ese caso si se recoge fielmente la letra del art. 5 del CEDH. Este comentario se hace porque interesa puntualizar que, salvo el texto explicativo de la CDFUE y la versión que del CEDH se publicara en el BOE—que parece ser un descuido de traducción—, ninguno de los documentos supranacionales mencionados contempla de manera taxativa la institución de la «detención preventiva»; sino que solo aluden a una forma de privación de libertad llamada detención y que, en su contenido, equivale a la detención preventiva del art. 17.2 CE.

Art. 5.1. recogido en el documento explicativo de la CDFUE y en el *Instrumento de Ratificación del Convenio*, BOE Núm. 243, de 10 de octubre de 1979

«c) si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, [...]

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, [...]

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el apartado 1, letra c), [...]

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o

Art. 5.1 de la versión en castellano del CEDH, publicada por el Consejo de Europa

«[...]

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, [...]

2. Toda persona detenida debe ser informada, [...]

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), [...]

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso [...]

ejecución; lo cual además, hace notar su importancia cualitativa y la necesidad de supervisión.

Ahora bien, señalábamos que la justificación general ayuda a identificar mejor la naturaleza de la institución, cuestión que analizaremos a continuación.

2 Naturaleza de la Detención Preventiva

La dicción del art. 17.2 CE y su interpretación, por mandato del 10.2 CE, conforme a los arts. 5.1(c) y 5.3 CEDH, 6 CDFUE y 9.3 PIDCP, anteriormente transcritos, complementados por la justificación general de la detención preventiva, evidencian que esta institución tiene una triple naturaleza, determinada por el concurrente carácter de investigación penal, policial y cautelar⁸³.

Dicho carácter puede desprenderse también de la aproximación conceptual de la institución que previamente habíamos referido, cuando señalamos que ésta bien puede entenderse como una medida cautelar, policial de privación de libertad con motivo de una supuesta acción delictiva, para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que sitúa a quien la vive, ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal. Es decir, una situación de sujeción o compulsión personal en el contexto de garantizar las investigaciones de naturaleza penal⁸⁴.

internamiento tendrá derecho a presentar un recurso [...]

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones [...] contrarias

5. Toda persona víctima de un arresto o detención en contrarios [...]

Vid. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea. *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 6—Derecho a la libertad y a la seguridad; *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente*, BOE Núm. 243, de 10 de octubre de 1979, Convenio Europeo de Derechos Humanos (versión en castellano) disponible en el sitio web del TEDH <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>.

⁸³ El término cautelar es el utilizado por el Tribunal Constitucional al referirse a esta medida, como veremos posteriormente, *vid. infra* epígrafe B.2.c. Medida de carácter previo a la actuación judicial, en este capítulo.

⁸⁴ *Vid. supra* p. 13, aproximación que se extrae de las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 174/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 3, 4; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6.

a. Medida justificada para averiguaciones de carácter penal

El carácter penal se determina por razón de la materia, en efecto, de la doctrina del TC se desprende que el presupuesto de legalidad de una detención preventiva es que existan indicios de haberse cometido un delito del cual, el privado de libertad pueda ser responsable⁸⁵. Así pues, aunque en la literalidad del artículo 17.2 CE no aparezca el término penal o la referencia a hechos delictivos, el Alto Tribunal ha venido sosteniendo que la detención preventiva es «una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal»⁸⁶, una «detención para la persecución penal»⁸⁷, una privación de libertad «practicada en actuaciones penales»⁸⁸, una privación de libertad del orden penal cuya temporalidad máxima se proyecta a otras detenciones extrajudiciales⁸⁹ y, en definitiva, una situación fáctica en virtud de la cual, el privado de libertad «se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal»⁹⁰.

En coherencia con lo anterior, desde el inicio de la doctrina constitucional, un detenido es quien ha sido privado provisionalmente de su libertad «por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma, [...]»⁹¹.

Así pues, indubitadamente esta medida contribuye a la realización de la administración de la justicia penal⁹², por ello «[...] los hechos [...]» enunciados en el art. 17.2 CE, deben entenderse en el sentido de supuestos fácticos de apariencia delictiva.

Lo anterior se robustece a la luz de los artículos 5.1(c) CEDH y 6 CDFUE, así como con el art. 9.3 PIDCP, a los cuales se corresponde el precepto constitucional en cuestión y han de ser tenidos en cuenta para una mejor interpretación.

⁸⁵ Cfr. STC 21/2014, de 10 de febrero, FJ 3.

⁸⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6, cuando se refirió a la posición del detenido y a las garantías establecidas por los apartados 2 y 3 del art. 17 que pueden ser aplicadas en otros casos de privación de libertad distintos a la detención preventiva.

⁸⁷ STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6.

⁸⁸ STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2. En el caso dichas actuaciones penales habrían iniciado tras la correspondiente denuncia por el supuesto delito.

⁸⁹ Cfr. STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5 c).

⁹⁰ Cfr. SSTC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3.

⁹¹ Vid. STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3; en términos muy similares la emblemática STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁹² Cfr. *mutatis mutandis* STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 4 c).

Por cuanto a los dos primeros, la versión en español del art. 5.1(c) CEDH –y el correspondiente art. 6 CDFUE⁹³— alude a una «infracción»⁹⁴ tampoco recoge la expresión penal –como sucede con la CE—; sin embargo el intérprete del Convenio ha precisado que este artículo concierne únicamente a la detención en el contexto de actuaciones penales⁹⁵ previas a la presentación del detenido ante una autoridad jurisdiccional; es decir, se refiere a un arresto, aprehensión o detención preventiva, el nombre puede variar atendiendo al sistema jurídico de cada país, pero se trata en definitiva de la privación de libertad motivada por una aparente conducta delictiva. Esto se hace evidente de su redacción, la cual debe de leerse en unión con el apartado (a) y el párrafo 3 que, en conjunto, conforman un todo⁹⁶.

Así bien, el término «infracción» que aparece en el art. 5.1(c) tiene un significado autónomo, idéntico al de «infracción» [en materia penal] empleado por el artículo 6 CEDH⁹⁷ de la versión en español. El término «infracción» empleado en el Convenio es

⁹³ Tal y como ya aludimos en la nota a pie 62, el contenido del art. 6 CDFUE, de conformidad con lo señalado por las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, se corresponde con el contenido y alcance del art. 5 CEDH.

⁹⁴ Versión en español, «detenido y privado de libertad [...] una infracción»; versión en inglés «arrest or detention [...] an offence»; y versión en francés «arrête et détenu [...] une infraction». Dichos términos tienen que ser interpretadas teniendo un significado «autónomo» en el contexto del Convenio y no sobre la base de sus significados en el derecho nacional, tal y como se señaló en STEDH *Deweert v. Bélgica*, 6903/75, Sentencia de 27 de febrero de 1980, párr. 42, refiriéndose a la interpretación del término «accusation en matière pénale» [acusación en materia penal, versión en castellano]. En efecto, la Convención debe de ser interpretada a la luz de las nociones que actualmente prevalecen en los estados democráticos, *vid.* STEDH *Guzzardi v. Italia*, 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr.95. Ello demanda antes que nada que cualquier arresto o detención tenga una base legal en el ordenamiento jurídico nacional, pero también se refiere a la calidad de la ley, que deberá ser compatible con el Estado de Derecho, un concepto inherente en todos los artículos de la Convención, *vid.* STEDH *M. v. Alemania*, 19359/04, Sentencia de 17 de diciembre 2009, párr.90. Recapitulando, los derechos recogidos en el CEDH han de ser interpretados conforme a su significado específico en el contexto y sentido del Convenio, el cual es independiente de cualquier significado que puedan tener en el ordenamiento jurídico de cada país europeo –atendiendo a distinciones formalistas de términos que además, claramente pueden variar dependiendo del idioma—; esto se justifica para asegurar la uniformidad en el alcance de la interpretación que los preceptos puedan tener al interior de cada estado, así como para asegurar que la efectividad del tratado no se vea comprometida debido a interpretaciones nacionales que resulten restrictivas. En ese sentido, *vid.* MURDOCH, Jim and ROCHE, Ralph, *The European Convention on Human Rights and Policing. A handbook for police officers and other law enforcement officials*, Council of Europe, Strasbourg, 2013, p.15.

⁹⁵ *Cfr.* STEDH *Jėčius v. Lituania*, 34578/97, de 31 de julio de 2000, párr. 50, citando STEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 14, en donde se señala que tales actuaciones pueden tener lugar conforme a los tres criterios de procedencia que el propio art. 5.1(c) CEDH prescribe; sobre este punto *vid.* Apartado C 3. Supuesto habilitante, de este capítulo.

⁹⁶ *Cfr.* STEDH, *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08; 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párr. 72.

⁹⁷ *Vid.* EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 5 of the Convention. Right to Liberty and Security*, Council of Europe, s.l., 2a ed., 2014, párr. 73, disponible en <www.echr.coe.int>. Al respecto, recordamos cuando el TEDH refirió que el concepto de «accusation en matière pénale» [«criminal charge»,

como se identifica al supuesto de contravención que se halla previsto de manera específica y concreta⁹⁸ en una ley penal (delito, crimen, etc.).

Por su parte, el art. 9.3 del PIDCP a diferencia de los otros dos artículos referidos, sí recoge de manera taxativa la expresión «infracción penal», por tanto la propia redacción determina la naturaleza material de la medida. Así pues, cuando el órgano supervisor⁹⁹ del Tratado se refiere al carácter no absoluto del derecho a la libertad, ha puesto como ejemplo el caso de su limitación por la aplicación de leyes penales, precisando en tal sentido que el art. 9.3 PIDCP sólo es aplicable en supuestos de naturaleza penal¹⁰⁰. Ahora bien, el alcance de este artículo se proyecta a dos momentos diferenciados¹⁰¹: detención preventiva y prisión provisional –como son denominadas en nuestro ordenamiento—, resultando que sólo el primer enunciado concierne a las personas que son privadas de su libertad debido a la mera sospecha de actividad criminal¹⁰².

versión en inglés; acusación en materia penal, versión en español] que recoge el tratado, es autónomo y tiene que ser entendido dentro del significado y alcance del Convenio, especialmente teniendo en cuenta que la versión en inglés del Convenio emplea, tanto en el art. 6.1 como el art. 5.2, el término «charge» cuyo alcance es muy amplio. En tal sentido, la Corte se ha decantado más por el sentido «sustantivo» que por el «formal» de la concepción del término «charge» previsto en el art. 6. *Vid.* STEDH *Deweer v. Bélgica*, 6903/75, Sentencia de 27 de febrero de 1980, párrs. 42, 44. Aunado a ello hay que recordar que el TEDH ha reconocido que algunos incisos del art. 6.3 CEDH, que también emplea el término «charged» –arts. 6-1, 6-1-3-c— son aplicables a las diligencias previas a que alude el art. 5.1(c) –equivalente al 17.2 CE—; es decir, a las investigaciones preliminares o en la etapa de custodia policial. *Vid.* SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 38 y Opiniones Disidentes del Juez Pettiti, y del Juez López Rocha; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 62; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 50, 52.

⁹⁸ *Vid.* SSTEDH *M. v. Alemania*, 19359/04, Sentencia de 17 de diciembre de 2009, párr. 90; *Shimovolos v. Rusia*, 30194/09, Sentencia de 21 de junio de 2011, párr. 54; *Guzzardi v. Italia*, 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 102; *Ciulla v. Italia*, 11152/84, Sentencia de 22 de febrero de 1989, párr. 40.

⁹⁹ Nos referimos al Comité de Derechos Humanos establecido conforme al art. 28 PIDCP, en el ejercicio de sus funciones establecidas por el propio instrumento.

¹⁰⁰ *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, aprobada en el 112º periodo de sesiones, Doc. CCPR/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014, párrs. 10, 4, 31 respectivamente, precisando además que este precepto es aplicable en conexión con procedimientos penales ordinarios, militares y otros regímenes encaminados a la sanción penal.

¹⁰¹ *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 31. Así el Comité ha dicho que el primer enunciado aplica para toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal, en tanto que el segundo concierne a quienes se encuentran privados de su libertad en espera de juicio por una(s) imputación(es) criminal; situación que correspondería a la prisión provisional del ordenamiento jurídico español.

¹⁰² *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 32. En tal sentido, subraya el condicionamiento de presentar al detenido a causa de una infracción penal sin demora ante una autoridad jurisdiccional, requisito de aplicación general y además independientemente de la elección de la persona privada de libertad y de su capacidad para exigir su cumplimiento.

En efecto, el término «arrest» –que en la versión en español del PIDCP aparece como detención— se refiere a cualquier aprehensión de una persona, momento en el cual comienza una privación de libertad¹⁰³; dicho término en el sentido analizado, no tiene por qué necesitar de un auto formal de aprehensión, detención o como sea denominada tal institución en el derecho nacional¹⁰⁴. En otras palabras, se refiere a la situación fáctica de privación de libertad con motivos penales, incluso antes de que existan imputaciones o acusaciones formales, puesto que la aplicabilidad del art. 9.3 PIDCP no está vinculada a la definición formal que la legislación de cada país otorgue a esta privación de libertad.

En definitiva, hablamos de una privación de libertad llevada a cabo en el ejercicio del deber estatal de persecución penal como respuesta inmediata ante la existencia de indicios de criminalidad.

b. Medida de carácter policial

La naturaleza policial de la detención preventiva se determina en razón de la autoridad que decide la medida; aunque el TC se ha referido al carácter gubernativo¹⁰⁵ de esta detención.

A fin y efecto de dimensionar a plenitud el carácter policial de esta privación de libertad, derivado de la propia Constitución, una lectura aislada del art. 17.2 CE resultaría insuficiente puesto que, al igual que sucede con el carácter penal, este precepto no establece de manera taxativa quien lleva a cabo la detención, sin embargo en su dicción hay dos cuestiones que permiten colegir la autoridad estatal a la que compete esta medida. En primer lugar, porque la autoridad que detiene debe de realizar unas

¹⁰³ Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párr. 13.

¹⁰⁴ «La detención en el sentido del artículo 9 no tiene por qué implicar una detención formal conforme al derecho interno». Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párr. 13. En efecto, teniendo presente la regla general de interpretación de los Tratados –art. 31, *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados*— el artículo 9 PIDCP debe leerse conforme al sentido corriente del tratado, teniendo en cuenta su objeto y fin; independientemente de que la versión castellana recoja la expresión de persona «detenida o presa a causa de una infracción penal»; la versión en inglés refiera «arrested or detained on a criminal charge» y la versión en francés «arrête ou détenu d'une infraction pénale».

¹⁰⁵ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, todos los fundamentos jurídicos, especialmente el FJ 8, relativo al análisis de la suspensión del art. 17.2 CE ex. art. 55.2 CE. «El precepto constitucional permite que la detención gubernativa pueda prolongarse más allá de las setenta y dos horas, límite general a la misma previsto por el art. 17.2 de la Constitución, y esa posibilidad de prolongación es la que se configura como la 'suspensión' del derecho reconocido. [...] la suspensión del derecho se circunscribe así exclusivamente a esa prolongación del tiempo de la detención gubernativa y ni altera el significado procesal de esta detención [...]».

«averiguaciones tendentes al esclarecimiento» de unos «hechos» presuntamente delictivos y en la propia Norma Fundamental podemos encontrar quien tiene a su cargo dicha labor. En segundo lugar, porque la autoridad que lleve a cabo la medida tiene el deber de poner al privado de libertad a la disposición¹⁰⁶ de otra autoridad, una autoridad judicial; ello ya permite sugerir que al momento de practicarse materialmente la detención, la autoridad judicial no tiene conocimiento de la misma; ergo, no podría ser ésta quien decide la medida.

El análisis de la primera cuestión se debe realizar conjuntamente con lo dispuesto por los arts. 149.1.29^{a107}, 104.1¹⁰⁸ y 126 CE¹⁰⁹. El primero de estos artículos, en cuanto a la materia de seguridad pública, entendida como la «actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano», protección que se lleva a cabo preferentemente mediante la actividad policial propiamente dicha —y con otras funciones no policiales inherentes o complementarias de aquellas¹¹⁰—. En ese sentido, la seguridad pública, vista como resultado, depende de la correcta adopción de medidas preventivas y reactivas íntimamente relacionadas¹¹¹ dentro de las cuales podemos incluir la detención preventiva.

El segundo de estos artículos —art. 104.1 CE—, por cuanto encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹¹², bajo la dependencia del gobierno, la tarea de protección del

¹⁰⁶ Tengamos presente que de la doctrina jurisprudencial se desprende que la puesta a disposición de la autoridad judicial solo tiene lugar cuando tal autoridad asume «el dominio del hecho» de la privación de libertad o «la suerte final del detenido»; por tanto, la simple información que el Juez pueda tener de los hechos y de la detención no puede ser asumida como una auténtica puesta a disposición. *Vid.* STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4, recordando las SSTC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 5 y 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

¹⁰⁷ Artículo 149.1.29.a «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.»

¹⁰⁸ Artículo 104.1 CE. «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.»

¹⁰⁹ Artículo 126 CE «La policía judicial depende los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.»

¹¹⁰ *Cfr.* STC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4. En efecto, ya en ocasiones anteriores el Alto Tribunal había advertido que «la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública, competencia ésta del Estado», *vid.* STC 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 7.

¹¹¹ *Vid.* STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 4.

¹¹² La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE Núm. 63, de 14 de marzo de 1986, establece en su artículo 2 que «Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación. b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas. c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.»

ejercicio de los derechos y libertades y el mantenimiento de la seguridad ciudadana; tarea que incluye distintas funciones o servicios policiales; entre las que se encuentra las de prevención e investigación de hechos delictivos y persecución de los culpables¹¹³. Así pues, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante un hecho que presenta la apariencia de delito, deben de actuar con la utilización de los instrumentos legalmente reconocidos, como es el caso de la detención preventiva.

Por último, el tercero de estos artículos –art. 126 CE—, en la medida que se refiere a la función de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, función que taxativamente encomienda a la policía judicial, en los términos que una ley¹¹⁴ –orgánica—establezca. A propósito de la policía judicial, hay que precisar que no se trata de un específico cuerpo policial; sino de la denominación empleada para referir a una función específica¹¹⁵ que realizan, atendiendo a unos criterios organizativos, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹¹⁶.

En efecto, la función policial, concebida como preventiva y represiva, implica la averiguación del delito, la práctica de diligencias para su comprobación, el descubrimiento de los delincuentes y recolección de los efectos del delito¹¹⁷.

¹¹³ En este sentido *vid.* STC104/1989, de 8 de junio, FJ 4, 5. Ello no es óbice para recordar que las potestades administrativas para la prevención de la comisión de hechos delictivos no siempre constituirán servicios policiales o implicarán la movilización de las fuerzas de seguridad.

¹¹⁴ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que en el apartado I de su preámbulo establece que «Respecto a la Policía Judicial, el carácter de la Ley Orgánica se deduce del contenido del artículo 126 de la Constitución, [...], al concretar las funciones de la Policía Judicial, incide en materias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concretamente en lo relativo a la 'averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente', que constituyen zonas de delimitación de derechos fundamentales de la persona.»

¹¹⁵ Al respecto basta leer el art. 32 de la LO 2/1986, «La Policía Judicial constituye una función [...]»

¹¹⁶ En este sentido, la LO 2/1986 dedica su Capítulo V a *la organización de Unidades de Policía Judicial* (arts. 29 a 36), señalando que las funciones mencionadas en el art. 126 CE, serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, tendrán carácter colaborador de aquéllas en el cumplimiento de dicha Función.

¹¹⁷ *Cfr.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, Voto particular disidente del Magdo. Carlos de la Vega Benayas, 1 F). En el caso recordaba el art. 282 LECrim, que actualmente establece que: «La Policía judicial tiene por objeto, [...] averiguar los delitos públicos que se cometieron en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.[...]; asimismo el Magistrado se refirió al art. 492 y ss. LECrim de donde claramente se desprende la competencia policial para la detención y al art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Así pues, el TC ha identificado la detención preventiva como una medida policial¹¹⁸, en virtud de que se trata de una privación de libertad decidida por la policía con motivo de una supuesta acción delictiva y en el ejercicio de la competencia derivada de los arts. 126, 104 y 149.1.29^a CE previamente referidos; situación fáctica que se diferencia de otras situaciones de sujeción o compulsión personal que no se corresponden a la que expresamente refiere el art. 17.2 CE¹¹⁹ cuya procedencia es, como ya se señaló, en materia penal.

Por tanto, hay que subrayar que no toda situación jurídica de sujeción o compulsión personal de tipo policial puede calificarse como detención preventiva en los términos del art. 17.2 CE, aunque ciertamente este precepto «expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial»¹²⁰ que se proyectará a otros casos –art. 17.1 CE— de pérdida de libertad legalmente previstos diferentes al que analizamos.

En definitiva, teniendo en cuenta los preceptos constitucionales mencionados y la interpretación del TC al respecto, queda saldada la primera cuestión relativa al carácter policial de la detención preventiva; ahora bien, apuntábamos una segunda cuestión relativa al deber de poner al detenido a disposición de una autoridad judicial, asunto que corresponde abordar a continuación.

Creemos que la redacción del precepto constitucional –art. 17.2 CE— permite sugerir que quien decide la medida no es un juez, pues si así fuera, entonces perdería sentido el claro mandato constitucional de poner al detenido «a disposición de la autoridad judicial»; en tal sentido el TC ha sido cauteloso en señalar una delimitación entre la detención preventiva, identificándola como detención gubernativa, y la que es una detención judicial¹²¹, teniendo en cuenta las similitudes de la segunda con respecto a la institución que estudiamos, en cuanto a su naturaleza de investigación en materia penal y a su

¹¹⁸ Vid. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre y 288/2000, de 27 de noviembre, ambas FJ 2.

¹¹⁹ Vid. STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 3, en cuanto refiere a la ejecución de un acto administrativo que conlleve la adopción de una medida de compulsión personal que determine una privación de libertad.

¹²⁰ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 A).

¹²¹ Al respecto, vid. STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 6.

ejecución, radicando la notable diferencia en la autoridad que la decide y como consecuencia, en su fundamento constitucional.

En efecto, ambas privaciones de libertad son motivadas por la presunta comisión de un delito y son ejecutadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; sin embargo la segunda ha sido identificada por el Alto Tribunal como «una medida cautelar limitativa de la libertad personal que puede adoptar la autoridad judicial dentro del marco de un proceso penal»¹²²; como puede apreciarse, el nombre de la segunda detención que comentamos se determina, precisamente, en razón de la autoridad que decide la medida: un juez. Por lo cual, en este supuesto la policía actúa como un mero instrumento de ejecución de lo acordado judicialmente¹²³.

De modo que la notable diferencia entre la detención preventiva y la detención judicial radica en que en el caso de la segunda, desde el momento mismo de la privación de libertad, la autoridad judicial «tiene una plena disponibilidad sobre la situación del detenido»¹²⁴; mientras que por detención preventiva sólo puede entenderse aquélla que tiene lugar antes de que el afectado sea puesto a disposición de un juez, cuando el privado de libertad se encuentra a disposición policial¹²⁵. En efecto, el TC jamás ha dejado lugar a dudas de que estamos ante una situación fáctica decidida sin intervención de autoridad judicial, señalando que la detención preventiva prevista en el art. 17.2 CE es «una detención policial con motivo de una supuesta acción delictiva»¹²⁶.

La diferencia señalada no es menor, y ello es así porque el canon de constitucionalidad a utilizar para medir ambas detenciones es distinto. Esto es, el precepto constitucional que se refiere a las detenciones preventivas –art. 17.2 CE— no alcanza a las detenciones acordadas por una autoridad judicial¹²⁷ puesto que éstas últimas son «un supuesto de

¹²² STC 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 3.

¹²³ Cfr. STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 6.

¹²⁴ STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 6.

¹²⁵ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

¹²⁶ Por todas, *vid.* STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2.

¹²⁷ Cfr. STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2. Resulta interesante esta precisión sentada por la doctrina del TC, en virtud de que hasta hace algunos años en la academia se consideraba que la cobertura del art. 17.2 CE se proyectaba también a las detenciones ordenadas por un juez, p.e. Serrano Alberca, apuntaba que la detención calificada de *preventiva* por el apartado 2 del art. 17 CE «comprende y se refiere tanto a la detención gubernativa como a la judicial». *Vid.* SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 17» ..., *op.cit.*, p. 344.

privación de libertad desarrollado legislativamente conforme a lo previsto en el art. 17.1 CE»¹²⁸. En definitiva, el contenido del art. 17.2 CE se refiere a un «tipo determinado de detención, la gubernativa [...]»¹²⁹.

Lo anterior guarda cabal coherencia con lo dispuesto por los artículos 5.1(c) CEDH –y 6 CDFUE–, también con el art. 9.3 PIDCP, pues estos preceptos disponen que la persona que sea privada de su libertad sea presentada ante «la autoridad judicial competente» o «ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales». Y aunque tales preceptos omiten la mención expresa a la autoridad policial, se reconoce por el intérprete del CEDH, así como por el órgano supervisor del PIDCP que dicha presentación correrá a cargo de una autoridad policial, la cual está facultada tanto para detener, sobre la base de una sospecha razonable de la comisión de un delito, como para llevar a cabo unas diligencias de investigación¹³⁰ previas a la presentación ante el juez.

En efecto, por cuanto al art. 5.1(c) CEDH, el TEDH ha señalado que el mismo no presupone que la policía deba obtener evidencia suficiente para presentar cargos, pero reconoce la atribución que posee para que durante la detención lleve a cabo los interrogatorios de quien tiene bajo su custodia con el objeto de dar seguimiento a la investigación penal, confirmando o no la sospecha sobre la cual se basa la detención¹³¹; por lo que en caso de no encontrar motivos suficientes para imputar cargos a un detenido y llevarlo ante un juez no significará necesariamente que el objetivo de la detención sea disconforme con el artículo en cuestión¹³². Con ello puede reforzarse el reconocimiento hacia el carácter policial y no judicial de esta privación de libertad.

En el caso del art. 9.3 PIDC, la obligación de presentar al detenido por razones penales ante un juez o funcionario autorizado por ley para ejercer poderes judiciales evidencia dos cuestiones, por un lado el derecho de la persona detenida al control judicial de su

¹²⁸ STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 3.

¹²⁹ Vid. STC. 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 b).

¹³⁰ En este sentido vid. STEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párrs. 51-53. Y ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párr.29, respectivamente.

¹³¹ Cfr. STEDH *Erdagöz v. Turquía*, 21890/93, Sentencia de 22 de octubre de 1997, párr. 51.

¹³² En tal sentido, SSTEDH *Labita v. Italia [GS]*, 26772/95, Sentencia de 6 de abril de 2000, párr. 155; *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 53.

detención—que implica la presencia física del detenido¹³³— y por otro, que el hecho de la detención es decidido por una autoridad distinta a la judicial, o sea, la autoridad policial¹³⁴; quien por un lapso breve tendrá bajo su custodia al privado de libertad, custodia que se pierde en el momento mismo de presentar al detenido ante la autoridad judicial.

Por lo expuesto, creemos que la naturaleza policial de esta forma de detención se robustece con el reconocimiento generalizado de que «el buen funcionamiento de la sociedad exige que la policía tenga el poder de arrestar, detener temporalmente e interrogar a los presuntos autores de una infracción penal»¹³⁵.

Lo anterior significa que la policía estará dotada de ciertas atribuciones para la prevención e investigación de conductas delictivas con la finalidad de proteger los derechos de los demás, y con la aspiración de alcanzar una sociedad libre de amenazas o riesgos. Ahora bien, aunque la mayoría de veces esta atribución se materializa a través de la necesaria interferencia en los derechos de los sospechosos de haber provocado una afectación, la atribución policial no puede ser ilimitada¹³⁶.

En efecto, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desempeñan un papel clave en la tarea estatal de investigar las conductas de índole delictiva, es así cuando actúan bajo la supervisión de un fiscal o un juez, pero lo es más aún cuando actúan por iniciativa propia. El nivel de implicación de los oficiales de policía en la etapa previa a un eventual proceso

¹³³ En este sentido, *vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párrs. 32, 34.

¹³⁴ Al respecto, ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 36. El Comité considera que una vez que el detenido ha sido presentado ante un juez, éste deberá decidir si es necesario liberarla o permanecer en custodia, caso último en el cual la persona no debería regresar a la custodia policial.

¹³⁵ Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Desarrollo de los estándares del CPT sobre la detención policial*, Doc. CPT/Inf(2002) 15-part, *Extracto del 12º Informe General, publicado en 2002*, párr. 33, disponible en: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806cd1e9>>. Ahora bien, aunque estemos ante un reconocimiento generalizado, no podemos hacer caso omiso a lo señalado en la academia, en el sentido de que la admisión de una privación de libertad *ante iudicium*, independientemente del fin al cual se asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad —que no se limita a ser detenidos por orden de un juez, sino a serlo solo con base en un juicio—; pues como Ferrajoli ha apuntado, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza y de arbitrio pues «no existe, [...] tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso.» *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 555.

¹³⁶ *Cfr.* MURDOCH, Jim and ROCHE, Ralph, *The European Convention on Human Rights and Policing ...*, *op. cit.*, p. 42

penal es trascendental, por ello el carácter policial de esta medida resulta innegable, puesto que las fuerzas y cuerpos policiales, como agentes de la autoridad, cuentan con la atribución legal suficiente para decidir la privación de libertad, interrogar sospechosos y testigos, llevar a cabo investigaciones, labores de vigilancia y en general asegurar aquello que pueda resultar material probatorio¹³⁷ para un futuro procedimiento penal, asegurando en todo momento los intereses de la persona privada de libertad¹³⁸.

Así pues, la privación de libertad decidida y ejecutada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tiene una naturaleza policial y, dependiendo del país de que se trate, su legislación e idioma, podrá ser identificada como custodia policial¹³⁹, detención, arresto, aprehensión, apresamiento o, como en nuestro caso, detención preventiva¹⁴⁰.

Por las cuestiones referidas a lo largo de este epígrafe, puede sostenerse el carácter policial –y no judicial– de la detención preventiva, el cual que ha llevado al TC a identificarla incluso, como gubernativa.

c. Medida de carácter previo a la actuación judicial

Si bien la detención es una medida policial de investigación previa a la actuación judicial, el TC de forma reiterada la ha calificado como una «medida cautelar de privación de libertad

¹³⁷ En ese sentido, STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; la policía judicial tiene encomendada la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría y, junto a esa facultad investigadora, el ordenamiento también la habilita a asumir «una función aseguradora del cuerpo del delito [...] así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia». Además *vid.* Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, BOE Núm. 150, de 24 de junio de 1987, art. 4 «Todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración de un hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial.». Igualmente, sugerimos MURDOCH, Jim and ROCHE, Ralph, *The European Convention on Human Rights and Policing ...*, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁸ En ese sentido, *vid.* MURDOCH, Jim and ROCHE, Ralph, *The European Convention on Human Rights and Policing ...*, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁹ *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 5.

¹⁴⁰ P.e., el art. 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refiere a la *detención*, en la versión en español; *arrest*, en la versión en inglés, y *arrête*, en la versión francés. En similar sentido, el art. 5.2.c del CEDH, refiere los siguientes términos: *detenido y privado de libertad*, versión en español; *arrest or detention*, versión en inglés; *arrête et détenu*, versión en francés.

de carácter penal»¹⁴¹. El carácter cautelar de la detención lo desprende por cuanto esta medida tiene por objeto:

- Investigar los hechos aparentemente delictivos;
- Asegurar los instrumentos, efectos y pruebas de la conducta aparentemente delictiva
- Hacer diligencias de investigación sobre los hechos presumiblemente constitutivos de delitos (interrogatorio, diligencias de reconocimiento, toma de huellas, obtención de muestras).

Lo anterior para, en su caso, poner al detenido a disposición del juez. En este sentido se busca realizar una investigación y diligencias que permitan asegurar la posterior efectividad de la acción de la justicia.

El TC al referirse a las medidas cautelares de naturaleza penal, ha apuntado que su finalidad legitimadora es asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la posterior presencia del mismo en juicio¹⁴²; por lo que sí, desde una perspectiva técnica, tenemos en cuenta que un detenido preventivo no tiene de manera formal la calidad de imputado, podría resultar chocante la denominación de cautelar para esta medida, pues en este caso todavía no existe un proceso para el cual haya que asegurar la presencia del afectado con la medida. Quizá por ello algunos tratadistas prefieran referirse a la detención preventiva como medida «precautelar», mención que eufemísticamente podría

¹⁴¹ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6, reiterándolo en las SSTC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; en términos similares en la STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8. Por otro lado, el carácter cautelar de la detención preventiva se encuentra recogido en la propia legislación penal sustantiva cuando diferencia de las penas a «La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal» —art. 34—. Es claro que la funcionalidad de la prisión provisional y de la detención preventiva es distinta; aunque comparten el carácter de medidas cautelares asegurando la presencia física de una persona, la primera del imputado, y la segunda de la persona sobre la que existen indicios de vinculación a una conducta delictiva. En similar sentido, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura al referirse al canon constitucional de la privación de libertad, señala que «La detención se concibe como una medida cautelar que debe administrarse conforme al criterio de duración mínima indispensable y con un límite temporal de 72 horas, antes del cual debe producirse la puesta en libertad o el pase a disposición de una autoridad judicial.» *vid.* Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, *Informe Anual 2010*, Defensor del Pueblo, Madrid, D.L. BI-2102/2011, párr. 36

¹⁴² Cfr. SSTC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 3. En efecto, las medidas cautelares se encuentran vinculadas a un procedimiento y las de naturaleza penal que implican —con frecuencia— algún tipo de restricción a la libertad personal, pueden mantenerse vigentes a lo largo de toda la tramitación del procedimiento respetando, obviamente, las exigencias de necesidad y proporcionalidad. En este sentido *vid.* STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9.

resultar más acorde y respetuosa a la estricta finalidad de las medidas cautelares personales de naturaleza penal¹⁴³.

Ante lo anterior, el escollo para justificar la naturaleza cautelar de la detención preventiva como medida penal podría subsanarse si se evita una concepción rigurosa o formalista de figuras como detenido, acusado o imputado, asumiéndose que la persona privada de libertad que pueda ostentar alguno de dichos *status*, irremediamente tendrá la condición de sospechoso de un acto punible por el cual es «investigado»¹⁴⁴, así podemos apreciar que la detención preventiva requiere para su adopción, estar ante unos indicios racionales de criminalidad y justificar su necesidad para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo¹⁴⁵.

Efectivamente, en el caso de la detención preventiva ambas cuestiones se satisfacen puesto que el fin constitucionalmente legítimo radica en dar cumplimiento a lo ordenado por el art. 17.2 CE: la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de un hecho presuntamente delictivo. Así las cosas, podemos sostener que la detención

¹⁴³ P.e., Salido Valle distingue entre dos posiciones doctrinales respecto a la detención preventiva, atendiendo a su naturaleza jurídica; así mientras unos la entienden como una faceta de la labor de investigación encomendada a la policía; para otros es una «medida cautelar –o precautelar– adoptada en el curso de un procedimiento penal que se iniciará posteriormente con las diligencias incoadas por el órgano jurisdiccional a la recepción del atestado instruido por la policía». Por ello habla de la necesidad de una reconducción de la detención policial para que cumpla su auténtica función precautelar en el proceso penal, lo cual se lograra clarificando los presupuestos de la institución, dejando poco margen de discrecionalidad, y preservando los principios de legalidad y seguridad jurídica en la detención. Más adelante analiza distintos elementos –*fumus boni iuris*, *periculum in mora*– para realzar las características de la detención como «medida precautelar» en el proceso penal. Vid. SALIDO VALLE, CARLOS, *La Detención Policial*, BOSCH, Barcelona, 1997, pp. 72-79.

¹⁴⁴ Denominación adoptada a partir de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, 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. Al respecto *vid.* preámbulo V donde se establece la razón de modificación de las acepciones, con el objeto de adaptar el lenguaje de la LECrim a los tiempos actuales y «eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y foralmente la comisión de un hecho punible». Por eso, actualmente el término investigado «servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; [...]», a tal efecto se produjo un ajuste conceptual y terminológico para la LECrim conforme a la sustitución de términos prevista en el art. 21 de la Ley Orgánica 13/2015.

¹⁴⁵ *Cfr. mutatis mutandis*, STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 9. El TC señalaba, entre otras cosas, que «la situación ordinaria en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, [...] Su carácter excepcional y la necesaria protección del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio exige que las medidas cautelares se adopten allí donde haya indicios racionales de criminalidad (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3) y en la medida en que sean necesarias para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, [...]».

preventiva es una medida cautelar atinente a la averiguación de un hecho delictivo, al menos de unas primeras diligencias de investigación que serán presentadas ante un Juez, por tanto es una medida cautelar, de carácter previo a la intervención judicial.

En ese orden de ideas, el TC ha señalado que tanto el CEDH como el PIDCP reconocen a la detención preventiva como una medida cautelar, dada su trascendencia por afectar la libertad personal; la cual además se conecta con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento¹⁴⁶. Siguiendo la línea de justificación del carácter cautelar de la medida, recordamos que cuando el Alto Tribunal se ha referido a las repercusiones de las medidas cautelares en el derecho a la libertad ha señalado que éstas pueden¹⁴⁷:

- a) Implicar restricciones de diverso tipo de intensidad a la libertad personal, las cuales han de ser contrastadas con el criterio general que se deriva del derecho fundamental a la libertad –art. 17.1 CE—; o
- b) Constituir una auténtica privación de libertad, en el sentido del art. 17.1 inciso segundo, supuesto en el cual los poderes públicos deberán observar las exigencias adicionales que se derivan del art. 17.4 inciso segundo¹⁴⁸ y, agregaríamos, 17.2 y 17.3 CE.

Por tanto, podemos ubicar a la detención preventiva en el segundo supuesto de las medidas cautelares personales resultando que, junto con la prisión provisional, constituye una situación de privación de libertad anterior a una eventual imposición de una condena penal¹⁴⁹.

De todo lo anteriormente descrito se aprecia claramente cómo el TC reconoce el carácter o naturaleza de la detención como una medida cautelar. Ahora bien, como veremos posteriormente al analizar los límites de la detención, las medidas cautelares deben satisfacer una serie de requisitos para ser compatibles con el ordenamiento constitucional,

¹⁴⁶ *Cfr.* STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2 a).

¹⁴⁷ Al respecto *vid.* STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9.

¹⁴⁸ *Vid. mutatis mutandis* STC 56/1997, de 17 de marzo, FFJJ 9,10. en el caso analizaba la prisión preventiva militar atenuada como medida cautelar privativa de libertad, considerándola «prisión provisional en el sentido del art. 17.4, inciso segundo, C.E.»

¹⁴⁹ *Cfr.* STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 2 a)

tales como los principios de motivación, excepcionalidad, legalidad y previsibilidad, necesidad y proporcionalidad al logro de unos fines constitucionalmente legítimos¹⁵⁰.

i) Motivación

En primer lugar, hay que destacar la notable diferencia de la detención preventiva con el resto de medidas cautelares penales de naturaleza personal¹⁵¹, esto es, que no viene precedida por una resolución escrita y motivada de una autoridad judicial. En efecto, ésta halla su antecedente únicamente en la existencia de una aparente vinculación de la persona detenida con un hecho presuntamente delictivo, lo que el TC ha llamado *prius lógico de proporcionalidad*¹⁵²: la conexión que hay entre la causa que justifica la medida – averiguación de un delito— y la persona a la que se le aplica dicha medida –suspecto por autoría, participación o simple relación con el delito investigado—.

Por tanto, si tenemos en cuenta que el TC ha señalado que «' [...]la detención que embrida el art. 17 CE no es una situación adoptada en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica'»¹⁵³; podemos considerarla como una resolución –entendida como decisión¹⁵⁴—, que se encuadra dentro de un procedimiento de investigación policial, el cual requiere, como toda resolución o decisión de la administración pública, más aún cuando es limitadora o restrictiva de derechos, que deba ser motivada.

Recordemos que los problemas de motivación de las medidas limitativas de derechos fundamentales, que en cualquier caso es ineludible, conciernen directamente al propio derecho fundamental sustantivo¹⁵⁵ y, la detención preventiva es precisamente parte de la configuración negativa del derecho a la libertad personal, tanto en nuestra Norma Fundamental –art. 17.2 CE— como en las normas supranacionales de derechos humanos – art. 5.1(c) CEDH, 6 CDFUE y 9.3 PIDCP—.

¹⁵⁰ Sobre dichos principios, referidos a la prisión provisional como medida cautelar, *vid.* STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁵¹ Como también son la prisión provisional, libertad provisional –con o sin fianza—, ordenes de comparecencia periódica, prohibición de salida del territorio nacional, en tal sentido *vid.* SSTC 56/1997 de 17 de marzo, FJ 9; 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 3.

¹⁵² Sobre el *prius lógico de proporcionalidad* de las medidas penales *vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

¹⁵³ *Cfr.* STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4.

¹⁵⁴ *Vid.* Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario, «Resolución. 4. Cosa que se decide. 5. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial».

¹⁵⁵ *Cfr.* STC 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 2.

Pero además, el deber de motivación tiene una diferente exigencia de intensidad según la naturaleza, incidencia y prolongación temporal de la medida cautelar en el derecho a la libertad personal¹⁵⁶; así la intensidad es máxima en los supuestos de prisión provisional y puede ser menor –aunque nunca desaparecer—en casos como la detención preventiva.

Así pues, dada la naturaleza policial e incidencia de la medida, en el caso que nos ocupa, la motivación estará vinculada a la existencia de un delito y a la posible autoría o participación en el mismo por parte del detenido, indicios que la autoridad policial deberá poder justificar en todo momento. La motivación también debe razonar y justificar la necesidad de la medida para la averiguación del delito, pero también la necesidad de la prolongación temporal de la misma, es decir, justificar que se han desarrollado actividades investigadoras. Que la detención tenga naturaleza policial y carácter cautelar no enerva la obligación de motivar las medidas, al implicar la limitación o restricción de derechos.

ii) Principio de Excepcionalidad

Teniendo presente la configuración constitucional de la libertad, como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) y como derecho fundamental (art. 17 CE), el disfrute de la misma es la regla general y cualquier restricción a esta será una excepción¹⁵⁷. Esta característica de excepcionalidad impone la obligación de adoptar un criterio hermenéutico guiado por el principio de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertate* para la interpretación y aplicación de cualquier norma que restrinja la libertad personal¹⁵⁸. Ello supone que, en el caso estudiado, la libertad ha de ser respetada a menos que sea indispensable su pérdida por razones de cautela o de prevención¹⁵⁹.

Por tanto, cualquier medida cautelar de naturaleza personal, que restrinja o que prive del derecho a la libertad, deberá ser contrastada con el criterio general de excepcionalidad que deriva de derecho fundamental a la libertad¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Cfr. *Ídem*, FJ 3.

¹⁵⁷ Cfr. SSTC 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2.

¹⁵⁸ Vid. STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2 c); STC 98/2002, de 29 de abril, FJ 6 a).

¹⁵⁹ Vid. STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

¹⁶⁰ Cfr. STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 4 b), recordando la STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9.

Así pues, la detención preventiva también deberá regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar¹⁶¹ en aquellos supuestos en los que sea estrictamente necesario para la averiguación del delito y de sus responsables, y en su caso para asegurar la disponibilidad física del detenido con miras a su presentación ante un órgano judicial, y que tales objetivos no puedan ser alcanzados con otras medidas menos gravosas. Por tanto, también viene a ser subsidiaria en cuanto no se ventila con ella la existencia de responsabilidad penal, sino que es meramente instrumental, para alcanzar los objetivos acabados de señalar.

iii) Legalidad y previsibilidad

Como sabemos «toda restricción de libertad ha de ser cierta y previsible»¹⁶²; el principio de legalidad implica la exigencia constitucional de que toda medida restrictiva de libertad esté prevista en un supuesto legal y que se adopte mediante un procedimiento legalmente regulado (art. 17.1 CE), ello con la finalidad última de garantizar una seguridad jurídica a los ciudadanos, ya que con la previsión legal estarán en condiciones de saber en qué supuestos, en qué forma y durante cuánto tiempo pueden padecer la afectación de su derecho a la libertad por virtud de la medida de que se trate¹⁶³.

De la obligación de garantizar una seguridad jurídica y una previsibilidad en la restricción de la libertad se deriva una exigencia de certeza en la duración de la misma que apunta a que por ningún motivo la afectación a la libertad exceda de un plazo razonable.

En este sentido, respecto a la detención preventiva el TC ha dicho que la Constitución la somete a plazos persiguiendo la finalidad de ofrecer una mayor seguridad a los afectados por ésta, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o

¹⁶¹ *Cfr.* STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2, al recordar que el mandato constitucional español relativo a los principios de libertad y seguridad encuentra sus precedentes en las Constituciones españolas de 1812 (art. 290); de 1837 (art. 7); de 1845 (art. 7); de 1869 (art. 2); de 1873 (art. 4); de 1876 (art. 4) y de 1931 (art. 29); y en instrumentos internacionales como la DUDH (art. 9), CEDH (art. 5) y PIDCP (art. 9). Todos los cuales, valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad, por lo que en coherencia con el mandato constitucional, al consistir la prisión provisional –en la sentencia de referencia–, y agregamos nosotros, la detención preventiva –amparada por los tres artículos de los preceptos internacionales citados–, en privaciones de libertad, éstas deben regirse por el principio de excepcionalidad sin menoscabo de su configuración como medida cautelar judicial, la primera y policial, la segunda.

¹⁶² STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 7.

¹⁶³ *Cfr.* STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2b).

ilimitada¹⁶⁴. Vemos pues que en el caso que nos ocupa, el supuesto que recoge la detención antes de ser legal es una previsión constitucional, y ello es así porque la institución nace de la propia Norma Fundamental y, como veremos en el apartado siguiente, es ella misma quien la configura.

iv) Principio de Proporcionalidad

La detención preventiva, como medida que restringe derechos fundamentales, debe satisfacer las exigencias constitucionales de proporcionalidad de cualquier medida limitativa de derechos, esto es, que permita constatar la armonía entre: a) idoneidad de la medida b) necesidad de la medida, y c) proporcionalidad en sentido estricto; haciendo constatable la ponderación entre los sacrificios que conlleva al derecho, frente a las ventajas y beneficios que puedan obtenerse y el contexto en el que se adopta¹⁶⁵.

Si seguimos a cabalidad la redacción del art. 17.2 CE podemos apreciar que la idoneidad fue marcada por el propio constituyente al recoger esta institución como la adecuada o

¹⁶⁴ Cfr. STC 23/2004, de 23 febrero, FJ 4.

¹⁶⁵ Conforme a la doctrina del TC, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales vine determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad y, «la plasmación de las exigencias constitucionales de la proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad». La idoneidad, implica que la medida limitativa de derechos es apta o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella. La Necesidad, implica que no exista otra medida más moderada, o incluso, una que no imponga sacrificios a los derechos fundamentales y que sea igualmente apta o eficaz para la consecución del fin propuesto; se trata de una exigencia requerida por la regla constitucional de proporcionalidad de los sacrificios y debe presidir la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. Para acreditar la concurrencia de esta exigencia es preciso que su adopción se revele objetivamente imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante. La Proporcionalidad en sentido estricto, implica verificar si la medida es ponderada o equilibrada, es decir, que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios sobre otros valores o derechos en conflicto, atendidos a la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre. Ello implica que, aunque la medida sea idónea y necesaria, el sacrificio que se impone al derecho no sea desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes. Por ello, para determinar si una medida limitativa de derechos es constitucionalmente proporcionada, habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias particulares que concurren en el caso, así como la forma en que se lleva a la práctica la medida, ello con la finalidad de no ocasionar al sujeto que la padece, más limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente indispensables en el caso concreto. Vid. Sobre el Principio de Proporcionalidad y sus elementos, SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FFJJ 4, 6; 169/2001, de 16 de julio, FJ 9; 86/1996, de 21 de mayo, FFJJ 2, 6. Sobre el criterio de necesidad, vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8. Para un análisis dogmático sobre la proporcionalidad y el criterio de necesidad, vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1998, pp. 160 y 161.

apropiada para restringir por un lapso breve la libertad personal ante la presencia de un hecho con apariencia ilícita.

La necesidad también se recoge en el texto constitucional en cuanto sea imprescindible y eficaz mientras se realizan, por parte de la policía, unas primeras indagaciones con miras a esclarecer los hechos aparentemente delictivos. Esta necesidad podrá apoyarse en un juicio de razonabilidad –adoptado policialmente— acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, si ésta no satisficiera dichos elementos se convertiría en una medida desproporcionada o irrazonable y perdería el carácter de cautelar adquiriendo un carácter punitivo en cuanto al exceso¹⁶⁶.

La proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación de los intereses en juego teniendo de un lado, la libertad de la persona sobre quien solo existen indicios de implicación delictiva y, de otro lado, la persecución de los delitos como fin constitucionalmente legítimo, se determinará con las dos notas características de la detención preventiva: la estricta necesidad y la temporalidad limitada¹⁶⁷, que a su vez guardan sentido y alcance con las notas características de esta medida previstas en instrumentos internacionales, ante la ausencia de alguna de éstas la detención no puede reconocerse como legítima, precisamente por desproporcionada.

Así pues, esta privación de libertad solo puede durar «el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido»¹⁶⁸, una extralimitación a dicho plazo temporal constituirá una restricción a la

¹⁶⁶ Vid. *mutatis mutandis*, STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2 b). Por otro lado, doctrinariamente se ha insistido en señalar que una detención preventiva solo puede aplicarse en procesos penales, y en su aplicación no debe restringir la libertad más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar, que no se impida el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no se eluda la acción de la justicia, insistiendo en que constituye una medida cautelar, no punitiva. Al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas...op. cit.*, párr. 143, citando, entre otras, las SSCrIDH *Suárez Rosero v. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; *Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez v. Ecuador*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93; *Servellón García y otros v. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr.90; *Tibi v. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004; entre otros. También a este respecto vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003, pp. 279-280.

¹⁶⁷ En ese sentido vid. Doctrina del TC recogida en las SSTC 88/2011, de 6 de junio, FJ 2, 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2.

¹⁶⁸ Vid. STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.

libertad personal no consentida por la Constitución y rompería con la característica de provisionalidad de toda medida cautelar¹⁶⁹.

En sintonía con todo lo antedicho, en el plano internacional de los derechos humanos se ha puntualizado que una detención como la que analizamos sólo puede tener lugar si observa los criterios de excepcionalidad, lapso temporal más breve posible, previsión legal, y además, si la intervención de autoridad jurisdiccional ocurre sin demora¹⁷⁰; es decir se reconoce que la custodia policial debe ser, por antonomasia, de corta duración y que mientras perdura esta breve privación de libertad, la policía a través de su investigación persigue un interés legítimo¹⁷¹.

Por lo expuesto, puede apreciarse de la doctrina del Tribunal Constitucional, que la detención preventiva tiene una naturaleza diferenciada a la del resto de posibles detenciones en el ordenamiento jurídico español, ostentando a la vez el carácter penal – en cuanto a la materia investigada—, policial y cautelar.

3. Eventuales consecuencias de la Detención Preventiva

Por todo lo anterior, podemos señalar que la detención preventiva implica que la pérdida transitoria de la libertad se desarrolla en la esfera policial, debido a la existencia de unos indicios de un hecho delictivo y, por supuesto, una vinculación racional entre dicho hecho y el privado de libertad.

¹⁶⁹ En la academia se ha insistido en el carácter provisional de la en cuanto no constituye una medida definitiva, ya que ese carácter únicamente o podría tener la pena privativa de libertad. Al respecto *vid.* QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «La detención preprocesal preventiva: previsiones constitucionales y legales» en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio (Dir.), *Detención Policial y "Habeas Corpus"*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Serie Manuales de Formación Continuada, Madrid, 2010.58-59. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep y JIMENEZ QUINTANA, Elena, *Manual de Policía Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1989, p. 63.

¹⁷⁰ *Cfr.* ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 22º período de sesiones, Doc. A/HRC/22/44, 24 de diciembre de 2012, párrs. 81 - 83

¹⁷¹ Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Desarrollo de los estándares del CPT sobre la detención policial, op. cit.*, párr. 47; así como el 2º *Informe General sobre las actividades del CPT*, periodo 1 de enero al 31 de diciembre de 1991, Doc. CPT/Inf (92) 3, Estrasburgo, 13 de abril de 1992, párr. 42, disponible en: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680696a3f>>.

Ahora bien, aun y cuando constituye una medida de investigación previa y no un medio punitivo, es una situación especialmente grave y temporalmente conflictiva para el status de quien la padece, ya que tras su adopción será perfilado, en gran medida, su destino procesal y quizá penal o punitivo¹⁷². En este sentido, recordamos que el propio TC ha señalado que conforme a la norma procesal penal que reconoce el alcance del término «imputado» –art. 118 LECrim—puede entenderse por tal a cualquiera que de manera más o menos fundada se le atribuya un acto punible, atribución que puede tenerse, entre otras posibilidades, por ser objeto de detención o de otra medida cautelar¹⁷³.

La detención es pues, una situación de sujeción y como tal implica una unión o un vínculo, precisamente a un potencial procedimiento penal; tan es así que el TC ha reconocido: una persona detenida se halla «ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal»¹⁷⁴, en el cual las diligencias de investigación policial efectuadas durante la detención preventiva tendrán un aprovechamiento procesal.

Así pues, la situación fáctica de sujeción personal bajo custodia policial no es un asunto baladí, puesto que dependiendo del destino procesal de la persona detenida en muchas ocasiones ésta podrá constituir un acto procesal¹⁷⁵, tal y como lo ha considerado el Alto Tribunal al recordar el mandato de defensa por medio de Abogado «como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial»¹⁷⁶ el cual tiene lugar precisamente durante la detención preventiva.

¹⁷² Como lo señalara el Magdo. Carlos de la Vega Benayas, en su Voto particular disidente formulado a la emblemática STC 196/1987, de 11 de diciembre, al que se adhiere el Magdo. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

¹⁷³ Las otras posibilidades que refiere el TC son: la comunicación de la admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o porque se haya acordado su procesamiento; tal y como lo refirió el Alto Tribunal cuando abordó la concepción del término imputado tras la modificación del art. 118 LECrim –preconstitucional— por Ley 53/1978, de 4 de diciembre. *Vid.* STC 44/1985, de 22 de marzo, FJ 3.

¹⁷⁴ *Vid.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

¹⁷⁵ En ese sentido *vid.* STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; ATC 75/2003, de 3 de marzo, FJ 2; al referir el TC que la Constitución garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24 CE) en todas las diligencias policiales y judiciales, particularmente en la detención y en la prueba sumarial anticipada «*actos procesales* en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes» [énfasis añadido].

¹⁷⁶ *Cfr.* STC 29/1995 de 6 de febrero, FJ 4, criterio recordado en las SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; 60/2003, de 24 de marzo, FJ 4 y ATC 75/2003, de 3 de marzo, FJ 2.

Por tanto, aunque la práctica de una detención preventiva *per se* no sea arbitraria, dada la amplitud de su aplicación y la forma en que es llevada a cabo, en la práctica resulta ser un constante punto de preocupación para los organismos internacionales de derechos humanos¹⁷⁷. Ya que, aunque la privación de libertad esté justificada por fines tan legítimos como la investigación de un delito, siempre conlleva el riesgo de interferir directamente en la dignidad humana, pues restringe en gran medida la autonomía individual y coloca al detenido en una situación de impotencia¹⁷⁸.

En ese orden de ideas, dentro del ámbito europeo de protección de derechos humanos se ha considerado que «el periodo inmediatamente siguiente a la privación de libertad» es cuando los individuos son más vulnerables¹⁷⁹ ante la actuación estatal. Situación que se reputa como autoevidente en virtud de que la comunicación con el mundo exterior es abruptamente restringida de manera significativa¹⁸⁰; es más, el sentido de vulnerabilidad incluso puede agravarse con las consecuencias que ésta tenga en la reputación y vida familiar del detenido.

Así pues, aunque la detención preventiva sea considerada como un medio legítimo de protección social; también es una medida riesgosa para los derechos fundamentales que sitúa al individuo bajo el control del Estado y que, como hemos dicho, no hace como

¹⁷⁷ Vid. ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, *op. cit.*, párrs. 73-74. Preocupación manifestada respecto a las detenciones que califican como administrativas, y que motivan en dos razones: primero, la amplitud de la aplicación de las *detenciones* administrativas —en general— y segundo, al aumento de probabilidades de encarcelamiento en régimen de aislamiento, torturas, malos tratos que éste tipo de detención pudiera llegar a fomentar.

¹⁷⁸ Vid. ONU, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Sr. Manfred Nowak, Asamblea General, 64º periodo de sesiones, Doc. A/64/215, 3 de agosto de 2009, párr. 47.

¹⁷⁹ En este sentido *vid.* STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54. También *vid.* Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Desarrollo de los estándares del CPT sobre la detención policial*, *op. cit.*, párr. 41; así como el 6º *Informe General sobre las actividades del CPT*, periodo 1 de enero al 31 de diciembre de 1995, Doc. CPT/Inf (96) 21, Estrasburgo, 5 de agosto de 1996, párr. 15, disponible en: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680696a70>>. Es similar sentido, algunos autores señalan que el detenido preventivo se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, sobre todo en las primeras etapas de la detención, y que como desafortunadamente se ha demostrado en el plano fáctico, no resulta extraño que teniendo como plataforma la detención preventiva, ésta sea el escenario de abusos o violaciones graves a los derechos humanos; en este sentido *vid.* COOK Helena, «Preventive Detention –International Standards and the Protection of the Individual», *op. cit.*, p.1.

¹⁸⁰ *Cfr.* MURDOCH, Jim and ROCHE, Ralph, *The European Convention on Human Rights and Policing ...*, *op. cit.*, p. 42.

sanción por una probada transgresión de la ley, sino como una medida policial de investigación sobre la base de la presunción de una conducta delictiva a la cual se considera vinculado al detenido y que, aun momentáneamente, requiere ser investigada porque tales hechos representan una amenaza para terceros o para la sociedad en su conjunto¹⁸¹.

Así las cosas, tanto la Norma Fundamental como los Tratados Internacionales de derechos humanos imponen condicionamientos y límites estrictos para llevar a cabo privaciones de libertad como la detención preventiva –p.e. los arts. 17.2 CE, 5.1(c) y 5.3 CEDH, 6 CDFUE y 9.3 PIDCP— aunque, desafortunadamente, en la práctica dichos catálogos de garantías no siempre se respetan, y lleguen a verse reducidos a buenos propósitos que no consiguen alcanzarse¹⁸².

¹⁸¹ Vid. COOK Helena, «Preventive Detention –International Standards and the Protection of the Individual», *op. cit.*, p.1.

¹⁸² Sobre la consideración de la falta de cumplimiento de algunas garantías que deben rodear una detención y la consecuente falta de confianza en los sistemas judiciales penales. Vid. Entre otras, Unión Europea, Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, *relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención*, considerando (3); Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, considerando (4) y (5); Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales*, considerando (42) y (43) «Las disposiciones de la presente Directiva, que corresponden a los derechos garantizados por el CEDH [...] Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, establecer normas mínimas comunes sobre el derecho a la información en los procesos penales, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, [...]»; Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*, considerando (5) «Aunque los Estados miembros son partes en el CEDH y en el Pacto, la experiencia ha puesto de manifiesto que, por sí sola, esa circunstancia no siempre aporta el grado de confianza suficiente en los sistemas judiciales penales de los demás Estados miembros.». En similar sentido, Comisión Europea, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea*, presentada por la Comisión {SEC(2004)491}, /*COM(2004)328 final – CNS 2004/0113.*/ , 28 de abril de 2004, final, Exposición de motivos, párr. 29 «Todos los Estados miembros son parte en el CEDH y eso se alega en ocasiones como una base adecuada de la confianza mutua. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que, a pesar de lo necesario que es, no siempre se confía lo suficiente en los sistemas judiciales penales de otros Estados miembros, aun siendo signatarios del CEDH» y se cita como ejemplo el «asunto *Irastorza Dorronsoro*, [...donde...] la Cour d'Appel de Pau (Francia) denegó una solicitud de extradición a España porque se sospechaba que uno de los acusados había sido 'torturado' por los agentes de policía españoles».

Por otro lado, algunas reflexiones sobre la detención cautelar de libertad y el incumplimiento de las condiciones que debiera satisfacer, si bien es cierto obtenido de otra realidad, *vid.* Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la SCrIDH *Tibi v. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrs. 36-37 «[...] No será fácil, a estas alturas, hallar normas que olviden predicar la legalidad de esta medida tan relevante, delicada y devastadora. Se ha querido rodearla de condiciones: que la detención se sustente en la ley, que provenga de autoridad competente, que sea judicial la autoridad ordenadora, que conste por

Teniendo en cuenta las consideraciones generales de la institución, su naturaleza y las implicaciones y consecuencias que puede aparejar, corresponde analizar su configuración constitucional.

C. Configuración constitucional de la Detención Preventiva

1. Estructura

Originariamente es configurada como una medida limitante –restrictiva– del derecho a la libertad personal¹⁸³, así adopta la forma de un límite específico o impuesto por la Constitución, ya que mientras el apartado 1 del artículo 17 CE reconoce el derecho fundamental a la libertad personal, el segundo singulariza en lo que concierne a quienes son privados preventivamente de aquélla.

Así, como cláusula limitativa del derecho a la libertad, guarda similitud con la prisión provisional y con la condena únicamente en cuanto están previstas por la CE, en su condición de límites específicos a la libertad personal, puesto que claramente tienen distintas finalidades. Ahora bien, la detención preventiva fue tan completamente delineada por el constituyente que ha quedado configurada como el límite impuesto de mayor previsión y especificidad constitucional, tanto así que permite distinguirlo del resto de límites específicos constitucionalmente impuestos¹⁸⁴.

escrito, que se exhiba al detenido. Este catálogo de buenos propósitos, debidamente recogidos por las leyes fundamentales, entra en colisión con la práctica frecuente. [...] La mayoría, si no la totalidad de los casos de [...] tortura, desaparición forzada, proceso irregular [...] se ven precedidos por una detención en la que no se observaron, ni remotamente, las condiciones que la legitiman y que permiten distinguir entre la acción del Estado que se ampara en la Constitución política, y el secuestro de un ciudadano, perpetrado por agentes 'de la ley' que imponen su voluntad personal a la voluntad general recogida en la norma».

¹⁸³ Con relación a los límites como forma de desarrollo de un derecho, *vid.* SSTC 160/1986, de diciembre, FJ 4; 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 5 y Voto particular de los Magdos. Tomás S. Vives Antón, Guillermo Jiménez Sánchez y Javier Delgado Barrio, respecto de la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 2994/94, FJ 3; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

¹⁸⁴ Así el TC ha señalado que «Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos». *Vid.* STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9. Recordando las SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5. Así, reciben la consideración de límites de derivación directa o específicos porque se encuentran taxativamente impuestos por el texto constitucional, éstos a su vez podemos subdividirlos en dos: a) límite directo general y b) límites directos específicos. Por cuanto al primero, la doctrina constitucional ha identificado como límite genérico o contenido esencial a aquel

En efecto, vista como límite específico a un derecho fundamental –libertad personal, 17.1 CE— si se pone de contraste con otros límites específicos a derechos fundamentales, puede notarse que en la mayoría de los casos el límite específico consiste en la mención a otro derecho fundamental¹⁸⁵, a un bien constitucional¹⁸⁶, a una resolución judicial¹⁸⁷; o se prevé que una ley desarrollará la limitación que constitucionalmente se haya reconocido¹⁸⁸.

derivado del art. 53.1 CE, en términos generales podemos señalar que su estricta observancia y permeabilidad en el sistema constitucional de derechos, implica que ninguna limitación a los derechos fundamentales puede obstruir el derecho más allá de lo razonable –dejándolo inoperante o sin sustancia, haciéndolo impracticable, como un derecho ilusorio—o incluso, despojándolo de la necesaria protección. Por cuanto a los segundos, se identifican como límites específicos porque el precepto que reconoce el derecho, de manera simultánea establece los parámetros de limitación al mismo. Así bien, las limitaciones que impone la CE atienden a características propias del derecho, a la yuxtaposición con el ejercicio de otros derechos constitucionalmente reconocidos o al enfrentamiento con otros bienes constitucionales, en este último caso estaríamos ante una colisión de derechos fundamentales que deriva de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. *Vid.* Sobre el límite genérico o contenido esencial STC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 3,7 y 8; sobre límites específicos constitucionalmente previstos *vid.* STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ3, al referirse al límite del art. 28.2 CE «trae causa en la correlativa satisfacción de otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos y en la preservación de los bienes de idéntica significación».

¹⁸⁵ Por ejemplo, conforme al apartado 4 del art. 20 CE las libertades recogidas por dicho precepto «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en [...]» el Título I CE, en las leyes que desarrolle dichos derechos y, «especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

¹⁸⁶ Tal es el caso del «orden público», p.e. el art. 16 CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto si más limitación «que la necesaria para el mantenimiento del orden público»; el art. 21 CE contempla la posibilidad de prohibir reuniones y manifestaciones en lugares públicos sólo «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes»; el art. 18.2 CE reconoce la inviolabilidad del domicilio «salvo en caso de flagrante delito»; el art. 33.1 CE reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, y el apartado 3 contempla la posibilidad de privación de derechos por causa de «utilidad pública o interés social».

¹⁸⁷ La salvedad de la reserva judicial se halla constitucionalmente recogida en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), al derecho de asociación (art. 22.4 CE).

¹⁸⁸ Los siguientes preceptos constitucionales aluden a una ley que regulará la limitación del derecho que recogen: art. 17.1 CE (derecho a la libertad); art. 28.1 (libertad de sindicación). En realidad, en este caso estamos ante una limitación de derivación mediata o indirecta, es decir, de las que surgen cuando la CE manda al legislador a elaborar una ley que desarrolle el derecho fundamental reconocido, regulando su ejercicio, pero también estableciendo sus límites. Así el texto constitucional reconoce que determinado derecho subjetivo estará sujeto a limitaciones establecidas por el legislador, lo cual no implica que el límite establecido en tales condiciones sea *per se* constitucional, como tampoco implica que el mandato dado al legislador sea una carta en blanco sobre la regulación del derecho. Por último, en el contexto de límites de derivación indirecta, recordamos las apreciaciones de Freixas Sanjuán, en cuanto alude a la existencia de límites que pueden derivar de los Tratados o Convenios Internacionales ratificados por España (a la luz de los art. 10.2 y 96.1 CE), señalando que, «prácticamente todos estos tratados establecen [...] el denominado...] *standard* mínimo de eficacia y garantía de los derechos que en ellos se incluyen, y que debe ser respetado por los Estados firmantes, que podrán aumentar el nivel de protección o garantía establecido en las normas internacionales, pero nunca disminuirlo». La autora recuerda que, si bien los tratados autorizan a los Estados a establecer límites –no los imponen—, «con carácter general, prohíben que los límites incluidos en los

Sin embargo, la previsión constitucional de la detención preventiva es tal, que no tiene remisión legal, al contrario está estructurada por unos elementos configuradores¹⁸⁹, a saber: finalidad, supuesto habilitante, contenido, titularidad y ejercicio —resultando que ése último se configura a través de una serie de limitaciones en la actuación estatal, por ello lo identificamos y analizamos como límite—; los cuales la dotan de identidad propia y le permiten relacionarse con otras instituciones jurídicas —derechos fundamentales y bienes constitucionales—. Por ello, creemos que es dable sostener que quedó configurada como una institución¹⁹⁰ constitucional restringida restrictiva del derecho a la libertad personal y, eventualmente, de otros derechos y libertades fundamentales. En esencia, es un límite tanto al derecho a la libertad personal como también, como veremos, de otros derechos fundamentales.

tratados dejen sin efecto protecciones más elevadas, establecidas en las leyes internas; en consecuencia, los límites de los tratados o convenios internacionales están sometidos, de igual modo que las leyes internas reguladoras del ejercicio, a los preceptos constitucionales, y sólo se podrán aceptar si son conformes a la Constitución». FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, p. 160.

¹⁸⁹ Con relación a los elementos configuradores tomamos como referencia a Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell quienes, partiendo de «la Constitución como norma fundamental y fundamentadora» cúspide del ordenamiento jurídico integrado por normas e instituciones jurídicas, identifican a estas últimas como «entes formados a través de una serie de elementos configuradores que dan sentido y significado concreto y reconocible a la institución» y dado que cada institución posee una individualidad propia, para profundizar en el estudio de las distintas clases o categorías —sean derechos y libertades, bienes jurídicos, deberes y obligaciones, órganos, competencias, etc.— procuran, en primer lugar, identificar los «rasgos definitorios y diferenciales» que la institución jurídica a analizar pueda tener respecto a las demás. Ello sin perder de vista que la interpretación de éstas —como la de las normas— no puede realizarse en forma aislada, sino que debe «efectuarse en estrecha relación con el resto de instituciones jurídicas, configurándose así una serie de subordenamientos encadenados y sistemáticamente articulados que explican la posición de cada institución en el seno del ordenamiento jurídico y las relaciones existentes entre las diversas instituciones jurídicas.»; así identifican los elementos configuradores —titulares, objeto o contenido y función— de la seguridad ciudadana como bien constitucionalmente protegido. *Cfr.* FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, «La configuración constitucional de la Seguridad Ciudadana», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, (Nueva Época), Núm. 87, enero-marzo 1995, pp. 142-143 y 153 y ss. Aunado a ello, para un análisis sobre los elementos configuradores de los derechos fundamentales, como instituciones jurídicas, *vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, pp. 150-166.

¹⁹⁰ Para asumirla como institución jurídica, seguimos las consideraciones de los autores citadas en la nota a pie anterior, y particularmente a Freixes Sanjuán quien recordando los postulados de Santi Romano, Hauriou y Häberle, sugiere una visión doble y complementaria del ordenamiento jurídico, compuesto formalmente por normas con vínculos diversos entre sí y que han de ser interpretadas en forma unitaria y sistemática, y a la vez, compuesto materialmente por instituciones jurídicas que dan sentido y coherencia material a las normas. Así, las instituciones jurídicas, con una estructura formal interna en dependencia de su objeto material y función en el sistema jurídico, se regulan por «las distintas normas que, al agruparse y sistematizarse con coherencia formal y material», dan vida y sentido a la institución. *Vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, pp. 144 y 145.

Por un lado decimos restrictiva, en la medida en que por ella se asegura la eficacia de la actuación reactiva estatal frente a actos prohibidos o contrarios al ordenamiento jurídico¹⁹¹ porque cuando esta institución se activa –al momento de la privación material de la libertad personal– y durante su vigencia –privación de libertad por el tiempo estrictamente necesario–, la actuación de los agentes estatales puede implicar la adopción de una serie de medidas¹⁹² que además de la limitación a la libertad personal, acarreen injerencias en algún otro derecho fundamental. En efecto, con la adopción de la detención preventiva pueden tener lugar una serie de restricciones¹⁹³ que pueden ser constitucionalmente permisibles –si se llevan a cabo adecuadamente– a varios derechos fundamentales además del consabido derecho a la libertad, hablamos de derechos como la integridad física¹⁹⁴ –art. 15 CE–, la intimidad personal¹⁹⁵ –art. 18.1 CE– o al secreto de las comunicaciones¹⁹⁶ –art. 18.3 CE–. Esto no quiere decir que la institución *per se* o su puesta en práctica automáticamente provoque vulneraciones a dichos derechos, pero

¹⁹¹ En ese sentido recordamos que «el hecho de que una norma restrictiva sea razonable, por razones *iusfundamentales*, necesaria para la defensa de libertades no le quita el carácter de restrictiva», *vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* [Título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, Versión Castellana: Ernesto Garzón Valdéz, Rev.: Ruth Zimmerling], Centro de Estudios Constitucionales, Colección «El Derecho y la justicia», Madrid, 1993, p. 324.

¹⁹² Al respecto, el TC ha identificado como «operaciones propias de toda detención»: el traslado a los calabozos, despojo de algunas prendas consideradas con riesgo de seguridad –cordones de los zapatos– y otras pertenencias; cacheo; toma de huellas dactilares; traslado de unas dependencias policiales a otras con ciertas advertencias y en ciertas condiciones, p.e. manos adelante o sujetas, dependiendo del comportamiento mostrado); práctica del registro domiciliario en presencia del detenido; toma de huellas y muestras de ADN. *Cfr.* STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5.

¹⁹³ Identificamos como «restricción» a un derecho fundamental, aquello que conduce a la exclusión, o a la aminoración de la protección *iusfundamental* y que, en dicho sentido, representa la parte negativa de la Norma Fundamental. *Vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁹⁴ Uso de la fuerza para reducir a la persona que se va a detener. En efecto, el empleo de la fuerza física (golpes) durante la intervención policial, podrá ser permisible solo si de manera proporcional y racional resulta necesaria para neutralizar una actitud violenta de los sujetos sobre quienes se proyecta la actuación policial justificativa del empleo de la fuerza por éstos, en este sentido. *Vid.* STC 126/2007, de 21 de mayo, FJ 5. Sirva de ejemplo el ATC 365/2008, de 17 de noviembre, FJ 2; que refiere la necesidad que, en el caso, existió de hacer uso de la fuerza por parte de los agentes del cuerpo de los Mossos d'Esquadra que efectuaron la detención, actuación que de hecho causó lesiones al detenido y que estarían justificadas por la exigencia de cumplimiento del deber y ejercicio legítimo del cargo.

¹⁹⁵ Registro personal al cual es sometido el detenido, tanto cuando se practica la detención como cuando se ingresa al detenido en comisaría; revisión de objetos personales como puede ser la agenda telefónica del terminal móvil, la toma de muestras de ADN cuando la persona se encuentra en custodia policial. *Vid.* SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 115/2013, de 9 de mayo, FFJJ 3, 5, 6; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 10.

¹⁹⁶ En la medida en que durante la detención preventiva puedan ser vigiladas o intervenidas las comunicaciones, hablamos de la comunicación con un tercero, con la autoridad consular para el caso de los extranjeros, con el abogado –arts. 520.2.f), 520.3, 520.6.d), 520.7; 118.4 LECrim–; o las comunicaciones verbales entre detenidos, en este sentido *vid.* STC 145/2014, de 22 de septiembre; arts. 588 quater a – e LECrim, introducidos conforme a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

tampoco puede negarse que las distintas actuaciones de la autoridad constitucionalmente encargada de la institución pueden trastocar esos derechos, además del derecho a la libertad personal¹⁹⁷.

Por otro lado, decimos restringida porque la propia redacción constitucional la somete al «tiempo estrictamente necesario» y siguiendo el mandato constitucional, en la doctrina del Alto Tribunal se ha señalado que la detención preventiva tiene como notas características: la estricta necesidad y la temporalidad limitada¹⁹⁸. Además de que se encuentra acotada por los derechos-garantía que el apartado tercero del art. 17 CE y primer enunciado del cuarto establecen para el detenido preventivo, es decir, para quien es afectado por una detención para la persecución penal¹⁹⁹ sin intervención judicial²⁰⁰: la persona que es colocada dentro del marco de la institución constitucional restrictiva.

En efecto, tales derechos-garantía tienen su preferente razón de ser²⁰¹ en la detención preventiva, aunque puedan expandirse y aplicarse a otras limitaciones de libertad personal –restricción o privación— es decir, a otros «casos» y «forma previstos en la ley» (art. 17.1 CE), pero se aplicarán en la medida que resulten necesarias para contrarrestar la afectación a la libertad que se padezca, afectaciones que no en todos los casos constituyen una detención preventiva²⁰².

¹⁹⁷ Reiteramos, para el desempeño de su misión –proteger el libre ejercicio de derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana— las fuerzas de la Policía cuentan con la posibilidad del uso legítimo de la fuerza y medidas de coacción, cuyo uso equivoco supondría la puesta en peligro de la libertad y seguridad de los ciudadanos, así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona, v.g. vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc. Cfr. STC 55/1990, de 28 marzo, FJ 5.

¹⁹⁸ Cfr. SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2; 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3 y 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.

¹⁹⁹ Cfr. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6, recordando el concepto de detenido provisto en la STC 341/1993.

²⁰⁰ Cfr. STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2, recordando con respecto al art. 17.2 CE que «a pesar de que en este precepto constitucional aparece genéricamente la mención de detención preventiva, su ámbito de aplicación no alcanza a las detenciones acordadas por una autoridad judicial».

²⁰¹ Cfr. SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 C); 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3. Sobre los derechos-garantía vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, op. cit., supra nota a pie 72.

²⁰² Como ejemplo de otras formas de privación de libertad personal, atendiendo a su grado de intensidad, y agregaríamos, finalidad, podemos citar la intervención policial para efectos de identificación que preveía el art. 20.2 de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana; y que actualmente se recoge en el art. 16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE Núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Por tanto, dichos derechos-garantía están potencialmente disponibles para todo aquél que vea una afectación en su libertad –en medida del grado de afectación—. Pero tratándose del campo de una detención preventiva, toda esa batería de garantías –conformando derechos autónomos— ha de cobrar vigencia como derechos públicos subjetivos²⁰³ del detenido preventivo frente a la actuación estatal. Derechos algunos de los cuales, parte de su reconocimiento constitucional incluye el mandato al legislador para que lo desarrolle –p.e. asistencia letrada a detenidos—.

Dicho lo anterior, corresponde analizar a la detención preventiva, institución constitucional restrictiva –con forma de privación— del derecho a la libertad personal, procurando valorar cada uno de los elementos que la integran. Es decir, finalidad, supuesto habilitante, contenido, titularidad, ejercicio, límites, dejando para el capítulo IV el estudio de la detención preventiva en los casos en que, ante alguna de las circunstancias previstas en el art. 55 CE, proceda alguna variación en la ejecución ordinaria de la detención. Creemos que de esta forma pueden identificarse las particularidades que tiene y evitar caer en confusiones respecto a otras medidas privativas de libertad que tienen elementos comunes.

2. Finalidad de la detención preventiva

Artículo 17 CE

2. La detención preventiva [...] para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, [...], el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Artículo 5 CEDH

1. [...]
c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, [...]

Artículo 6 CDFUE

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

²⁰³ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.*, pp. 9, 11.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales [...].

Art. 9 PIDCP

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, [...]

Para determinar la finalidad de la detención preventiva hemos de partir del art. 17.2 CE, tomando en cuenta para una mejor interpretación –ex art. 10.2 CE— el contenido de los arts. 5.1(c) y 5.3 CEDH –y 6 CDFUE— así como el art. 9.3 PIDCP, todos con evidente homogeneidad en cuanto a la privación de libertad que regulan²⁰⁴, tal y como salta a la vista con su propia lectura y se confirma con las consideraciones del intérprete del primero y órgano de vigilancia del segundo.

Pues bien, la lectura del precepto constitucional establece con claridad para qué tiene lugar la detención preventiva: «para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»; en cambio en el art. 5.1(c) CEDH con igual claridad señala que la detención que regula es «para hacerle comparecer [al detenido] ante la autoridad judicial competente»; entonces habrá que determinar si se trata de dos finalidades distintas o de una finalidad y, en todo caso, un fin último complementarios. Veamos.

²⁰⁴ Así lo ha considerado el Alto Tribunal, por ejemplo, cuando analizó el derecho a la asistencia letrada durante la detención preventiva en la controvertida STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; o más puntualmente cuando al analizar la Ley Orgánica 9/1984, respecto a la suspensión individual del derecho del art. 17.2 CE señaló que los artículos 9.3 del PIDCP y el art. 5.3 CEDH eran puntos necesarios de referencia, *vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8. Por su parte, el TEDH ha insistido en señalar que el art. 5.1(c) CEDH permite el arresto o detención de una persona solo en el contexto de actuaciones penales –sea cual fuere el supuesto de los 3 contemplados por el epígrafe— y que ello resulta aparente de la propia dicción, además ha puntualizado que éste debe ser leído en conjunción con el párrafo 3 (art. 5-1-c+5-3) con el cual forma un todo, *vid.* SSTEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 14; *Ciulla v. Italia*, 11152/84, Sentencia de 22 de febrero de 1989, parr. 38; *Jėčius v. Lituania*, 34578/97, Sentencia de 31 de julio de 2000, párr. 50; *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08 y 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párr.72. Por cuanto al art. 9.3 PIDCP aunque su literalidad hace evidente que se trata de privaciones de libertad a causa de infracciones penales, el órgano de vigilancia ha puntualizado que todo el párrafo tercero se aplica únicamente en relación con acusaciones de haber cometido un delito. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 4.

Como deriva de la dicción del art. 17.2 CE, la finalidad de la detención preventiva es la de realizar tantas y cuantas averiguaciones sean necesarias para esclarecer los hechos aparentemente delictivos²⁰⁵ en los que tiene causa o, dicho en palabras del TC «el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos que [la] motivaron»²⁰⁶.

La finalidad investigadora de la detención preventiva constituye su significado procesal, y éste no varía ni siquiera en supuestos de suspensión individual de derechos—art. 55.2 CE—, tal y como lo ha subrayado el TC²⁰⁷. En efecto, si las averiguaciones se agotan—respetando los plazos del art. 17.2 CE—, la finalidad inmediata desaparece y la institución preventiva queda sin fundamento constitucional²⁰⁸. Así pues, dada la invariabilidad de la finalidad de la detención preventiva podríamos apuntar que esta es la esencia de la institución, si ésta se alterara entonces estaríamos ante un supuesto distinto de limitación de la libertad personal.

Ahora bien, esta finalidad investigadora debe ser entendida en unos términos acotados, es decir, solamente como unas «oportunas pesquisas»²⁰⁹, unas primeras diligencias dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo atendiendo al supuesto habilitante de esta privación de libertad, indagaciones que arrojarán unos primeros resultados que determinarán la puesta en libertad o la puesta a disposición judicial del detenido, propósito expresamente previsto por el art. 5.1(c) CEDH.

En efecto, a diferencia del art. 17.2 CE, el art. 5.1 (c) CEDH no alude a la finalidad investigadora de la institución; sin embargo ésta se encuentra reconocida en la jurisprudencia del TEDH *v.g.* cuando refiere que el objetivo del interrogatorio durante la detención en virtud del apartado (c) del artículo 5.1 CEDH es para promover la

²⁰⁵ A mayor abundamiento, *vid. supra* Apartado B) 2. a. Medida justificada para averiguaciones de carácter penal, de este capítulo.

²⁰⁶ SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 4, 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8.

²⁰⁷ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8, al señalar que la suspensión ex art. 55.2 CE, del derecho reconocido en el art. 17.2 CE se circunscribe a la prolongación del tiempo de la detención sin que ésta vea alterado su significado procesal, y que ello se traduce en que el detenido permanece a disposición gubernativa a efectos de las indagaciones, es decir, de la actividad investigadora policial. Sobre esta suspensión *vid.* Capítulo IV, apartado B.2.b. Alcance de la Suspensión Individual de derechos en el contexto de la detención preventiva.

²⁰⁸ En este sentido, SSTC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 4, 23/2004, de 23 de febrero, FJ 4; así el TC ha señalado que esta queda privada de fundamento constitucional en el instante que acaban las averiguaciones policiales tendentes al esclarecimiento de los hechos.

²⁰⁹ *Cfr.* SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2, 250/2006, de 24 de julio, FJ 3.

investigación penal, para confirmar o disipar las sospechas concretas que fueron base de la detención²¹⁰; por eso esta privación de libertad no siempre implica que la policía debe obtener pruebas suficientes para imputar cargos, sea al momento de la detención o mientras tiene a la persona detenida bajo su custodia²¹¹. Sólo en el supuesto que del resultado o de tales investigaciones se aprecie responsabilidad del detenido, se le pondrá a disposición judicial, en caso contrario en libertad.

Consiguientemente, atendiendo a que se trata de una etapa de investigación en materia penal, los hechos que dan lugar al supuesto habilitante de la detención no demandan el mismo nivel de contundencia de aquéllos que resultan necesarios para realizar una imputación formal o incluso justificar una condena, lo que tiene lugar en distinta etapa procesal²¹².

En un sentido similar, en el art. 9 PIDCP apartados 2 y 3, tampoco se alude de manera taxativa a un fin investigativo, sin embargo el órgano supervisor del Tratado se ha referido a esta privación de libertad que tiene lugar con el objeto de investigar los delitos que pueda haber cometido la persona detenida²¹³ – investigación que comienza muchas veces antes de la detención—.

²¹⁰ Vid. SSTEDH *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párr. 55; *Gusinskiy v. Rusia*, 70276/01, Sentencia de 19 de mayo de 2004, párr. 53; *K.-F. v. Alemania*, 25629/94, Sentencia de 27 de noviembre de 1997, párr. 61-62, p.e. en este último caso, señaló el Tribunal que no había algún elemento que evidenciara que las pesquisas policiales no hubieran sido conducidas de buena fe, o que el arresto y detención del demandante hubieran tenido algún propósito distinto al de complementar unas averiguaciones a través de la verificación de su identidad y la investigación de las alegaciones hechas en su contra; a tal efecto fueron interrogados tanto los detenidos (el demandante y su esposa) como quien denunciara ante la policía sus sospechas respecto a la probable comisión de un delito –en su perjuicio– y posterior sustracción del demandante; situaciones que fueron desvirtuadas y dieron lugar a la puesta en libertad del demandante (en un lapso de casi 13 horas). En este sentido, para el TEDH era legítimo suponer que, si hubiese sido posible confirmar las sospechas del delito alegado, el demandante habría sido presentado ante la autoridad judicial competente, razón por la cual considero, en cuanto a la finalidad de la detención, que ésta había sido conforme con el propósito del art. 5.1(c) CEDH.

²¹¹ En este sentido vid. SSTEDH *Labita v. Italia* [GS], 26772/95, Sentencia de 6 de abril de 2000, párr.155; *Erdagöz v. Turquía*, 21890/93, Sentencia de 22 de octubre de 1997, párr. 51; *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 53; al respecto, el Tribunal señaló que la evidencia puede ser de obtención imposible o, a la luz de la naturaleza de los presuntos delitos, imposible de presentarse en un Tribunal sin poner en riesgo la vida de otros.

²¹² Vid. SSTEDH *Erdagöz v. Turquía*, 21890/93, Sentencia de 22 octubre de 1997, párr. 51; *K.-F. v. Alemania*, 25629/94, Sentencia de 27 noviembre 1997, párr. 57.

²¹³ Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párrs. 29, 32, 36.

Pues bien, parece que queda claro esa finalidad, diríamos esencial, investigativa de la institución del art. 17.2 CE. Ahora bien, es necesario tener presente que esta labor investigativa no debe entenderse referida a investigaciones generales sobre la conducta o actividades de una persona, es decir, a investigaciones meramente prospectivas²¹⁴. La finalidad investigativa de esta privación de libertad debe encontrarse vinculada al conocimiento de una *notitia criminis* concreta.

Esta concreta e inmediata finalidad de la detención preventiva se corresponde a la existencia de dos fines constitucionalmente reconocidos: la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente –art. 126 CE—; cuyo interés superior constitucionalmente relevante ha sido confirmado en distintas ocasiones por el Alto Tribunal, integrando dentro de aquéllos, actividades como la prevención e investigación de un delito, la recogida de instrumentos, efectos y pruebas del mismo, el descubrimiento de los delincuentes y la determinación de hechos que pueden ser relevantes para el proceso penal²¹⁵. Bajo esa tesitura, parece incontestable que la investigación del delito además de ser una cuestión de interés público, es un fin constitucionalmente legítimo²¹⁶.

Ahora bien, para la consecución de un fin constitucional de interés público como es el caso de la investigación de los delitos, los derechos fundamentales pueden ceder²¹⁷ –si resulta necesario y se respeta su contenido esencial— ante la actuación estatal, de no ser así los órganos estatales se verían impedidos para cumplir adecuadamente con las tareas que el

²¹⁴ Sobre la prohibición de las investigaciones prospectivas, podemos referirnos a la amplia doctrina del TC cuando expone la necesidad de contar con indicios racionales suficientes de la comisión de hechos delictivos y de la implicación en ellos de las personas afectadas, por ejemplo, tratándose de afectaciones al derecho al secreto de las comunicaciones debido a intervenciones telefónicas en el contexto de investigaciones criminales. *Vid.* SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 a); 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 5/2010, de 7 de abril, FJ 2; en un sentido similar, tenemos en cuenta los argumentos que en condición de Votos particulares ha formulado la Magistrada Adela Asua Batarrita, en distintas SSTC donde en su opinión –con la cual coincidimos— ha habido una afectación al derecho a la intimidad personal derivada de la toma de muestras de ADN de personas detenidas, sin que exista mandamiento judicial y además, con una finalidad prospectiva general sin suficiente base indiciaria. *Vid.* Votos particulares de la Magda. Asúa Batarrita, a los que se ha adherido el Magdo. Luis Ignacio Ortega Álvarez, pronunciados en las SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, consideraciones 4 b) y 5; 14/2014, de 30 de enero, consideración 1; 23/2014, de 13 de febrero, consideración 1.

²¹⁵ *Cfr.* SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a) y b); 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

²¹⁶ *Cfr.* STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 b).

²¹⁷ *Cfr.* STC 207/1996, de 26 de diciembre, FJ 4 A).

propio orden constitucional les impone²¹⁸. Aunque claramente, si sólo bastara la afirmación de un interés general o público para justificar el sacrificio de algún derecho, la garantía constitucional de los derechos perdería toda eficacia²¹⁹ por ello, para justificar una restricción de derechos además de un interés general o público —que debe regir cualquier actuación de la administración ex art. 103 CE— han de tomarse en cuenta otros elementos, que en el caso de la detención preventiva vienen provistos por el art. 17.2 CE.

En efecto, atendiendo a esta finalidad instrumental concreta de indagar, la detención preventiva esta constitucionalmente caracterizada por ciertas notas²²⁰: la estricta necesidad y la temporalidad limitada. Ello implica que la institución solo podrá existir mientras de manera razonada resulte indispensable para concretar unas primeras averiguaciones y, además, que esté inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible —sin que exceda de 72 horas, art. 17.2 CE —. Para el Alto Tribunal esto se corrobora con lo dispuesto por los arts. 5.2 y 3 CEDH y 9.3 PIDCP, que exigen la conducción del detenido «sin dilación» o «sin demora» ante la autoridad judicial²²¹, cuando de lo actuado

²¹⁸ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6, tras analizar el inciso a) del art. 527 LECrim respecto a la posibilidad de privar a un detenido del derecho a elegir Abogado, señaló que la CE no impide al Estado «proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de protección constitucional». En similar sentido, el TEDH ha reconocido que esta detención —art. 5.1(c) CEDH— no puede ser aplicada en forma tal que ponga al camino de las autoridades policiales, dificultades desproporcionadas en la adopción de medidas efectivas para combatir ciertos delitos de especial gravedad, p.e. terrorismo, delitos graves como la delincuencia organizada (mafia) o luchar contra ciertos flagelos endémicos como la corrupción; pues es consciente de la dificultad de algunas investigaciones penales que requieren estrategias complejas de coordinación, unificación e implementación y que motivan la adopción de medidas serias y firmes. Sin embargo, la lucha contra esos flagelos sociales no puede justificar recursos de arbitrariedad o áreas de ilegalidad, en todo momento debe poder apreciarse el aseguramiento de la garantía de racionalidad prevista por el artículo 5.1 (c) del Convenio. Al respecto *vid.* SSTEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párrs. 32, 34; *Labita v. Italia* [GS], 26772/05, Sentencia de 6 de abril de 2000, párr. 157; *Creangă v. Rumania* [GS], 29226/03, Sentencia de 23 de febrero de 2012, párrs. 108-109.

²¹⁹ Cfr. SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

²²⁰ Cfr. SSTC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 23 de febrero, FJ 3; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2.

²²¹ Cfr. SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2. Ahora bien, sin pretender contradecir el criterio del Alto Tribunal, consideramos necesario señalar que el art. 5.2 CEDH alude a la celeridad con la que se debe informar a una persona, de manera que le resulte comprensible, sobre los motivos de su detención y sobre la acusación formulada contra ella; por ello creemos que el párrafo segundo del art. 5 CEDH tiene mayor compatibilidad y permite la interpretación conforme del art. 17.3 CE primer enunciado «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, [...]» y en cambio, no se corresponde con el criterio de lapso temporal más breve posible como nota característica de la detención preventiva, como sí ocurre con lo previsto por el art. 5.3 CEDH.

se desprenda que la persona detenida es probable responsable del ilícito investigado; consiguiéndose así el propósito que taxativamente establece el art. 5.1(c) y 5.3 CEDH subrayado por su intérprete²²², que corrobora el art. 9.3 PIDCP²²³, que se desprende de la jurisprudencia constitucional²²⁴ y que, a nuestro parecer, puede identificarse como el fin último de la detención preventiva; pues sería la respuesta a la interrogante ¿para qué se realizan esas averiguaciones policiales tendentes al esclarecimiento de los hechos? Para, en caso de confirmarse los indicios de responsabilidad, inmediatamente llevar al detenido ante la autoridad judicial.

Así pues, en caso de confirmarse los indicios de responsabilidad, la puesta a disposición judicial del detenido, como fin último de la detención, no sólo resulta compatible con el art. 5.1(c) y 5.3 CEDH, sino que además permite diferenciarla de otras medidas policiales

²²² En efecto, desde hace varias décadas el TEDH señaló que de la redacción del art. 5 párrafo 1 (c) (art. 5-1-c) CEDH, resulta evidente que la expresión «para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente» califica cada categoría de los casos de arresto o detención referidos en el subapartado (art. 5-1-c); por tanto dicha cláusula permite una privación de libertad solo cuando ésta es llevada a cabo con el propósito de presentar a la persona detenida ante una autoridad judicial competente, independientemente de si el afectado: 1) es una persona de quien racionalmente se sospecha que ha cometido una infracción, 2) o una persona a la que racionalmente se considera necesario «detener» para evitar la comisión de una infracción, 3) o una persona a quien razonablemente se considera necesario «detener» para evitar su fuga después de haber cometido una infracción. Más aún, el artículo 5-1-c, solo puede ser interpretado si se lee conjuntamente con el párrafo 3 del mismo artículo (art. 5-3), con el cual forma un todo; dado que el párrafo 3 prevé de manera categórica que «toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez». Así, plenamente se establece la obligación de presentar a cualquier persona detenida o arrestada en cualquiera de las circunstancias contempladas por el párrafo 1 (c) (art. 5-1-c) ante un juez con el objeto de que éste examine la cuestión de la privación de libertad o para que decida sobre los méritos. Ese es el sentido claro y natural de la redacción de ambos párrafos, es decir, del párrafo 1 (c) y del párrafo 3 del artículo 5 (arts. -1-c, art. 5-3) CEDH. Este significado, a la luz del análisis gramatical, está en total armonía con el propósito de la Convención: proteger la libertad y seguridad de un individuo contra una detención o arresto arbitrario. Por ello, dado que en el caso en cuestión la detención del demandante no habría sido efectuada con el propósito de presentarlo «ante una autoridad judicial competente» y que, durante su detención no fue presentado ante un juez para ser juzgado dentro de un plazo razonable, pese a fundarse en la legislación nacional, el Tribunal consideró que dicha detención resultaba contraria a lo previsto por el art. 5, párrafos 1 (c) y 3 (art. 5-1-c + 5-3 CEDH). *Vid. STEDH Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párrs. 14, 15.

²²³ Como ha dicho el Comité de Derechos Humanos ONU, el primer enunciado del párrafo 3, exige que el detenido sea llevado sin demora ante un juez, requisito de aplicación general sin excepción, es independiente de la elección de la persona privada de libertad y de su capacidad para exigir su cumplimiento; así reconoce que la finalidad de este derecho es que la reclusión de una persona en el marco de investigaciones penales sea sometida cuanto antes a un control judicial. *Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 35. Artículo 9..., op. cit., párr. 32.*

²²⁴ *Vid. STC 107/1985*, de 7 de octubre, FJ 3. Al recordar que los derechos declarados en el art. 17.3 CE, corresponden al detenido, es decir, a quien es «privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma.»

que también tienen una finalidad de indagación o investigación y que también pueden ser privaciones de libertad pero que, ni a su comienzo ni a su conclusión, tienen como objetivo una eventual puesta a disposición judicial, v.g. «la privación de libertad con fines de identificación [...] a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal [...]»²²⁵

Así las cosas, el agente estatal que lleve a cabo una detención preventiva debe tener, en la mayor medida posible, la convicción de que realmente está ante un supuesto habilitante de la institución –independientemente de cuál sea este—; teniendo en mente que, de confirmarse los indicios de responsabilidad, dentro del plazo más breve posible presentará a la persona ante un juez. Por ello comentábamos al inicio de este apartado que la institución tiene una finalidad instrumental e inmediata de averiguación y, creemos, un fin último o mediato que complementa lo investigado, la puesta a disposición judicial prevista en el art. 17.2 CE y arts. 5.1.(c) - 5.3 CEDH y 6 CDFUE , y 9.3 PIDCP.

En ese orden de ideas, conforme al tenor literal del art. 17.2 CE «el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial» y ello dependerá de los resultados de la finalidad instrumental, pues si con las primeras indagaciones desaparecen los indicios de responsabilidad de la persona investigada, ésta será puesta en libertad²²⁶ y, atendiendo a la nota constitucional de temporalidad limitada y al mandato convencional de «sin dilación», así tendría que hacerse.

²²⁵ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5, además FFJJ 4 y 6. Actuación policial instrumental de prevención o de indagación, que el TC reconoció como privación de libertad, pero distinta a la detención preventiva del art. 17.2 CE, razón por la cual señaló que no resultan de aplicación todas las garantías dispuestas en el art. 17.3 CE, ya que el afectado con esta privación de libertad –quien está en la disposición de cometer un delito, y no es identificado— no tiene la condición de detenido –en términos de art. 17.2 y .3 CE—. Al no tener la condición de detenido ex art 17.2 CE, no se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, es decir, ante la presencia de un juez. Así que, teniendo presente que el TC reconoce que el detenido –como lo refiere en la STC 341/1993— se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, y por eso tiene durante su detención unas garantías específicas tendentes a evitar cualquier situación de indefensión; nos parece que hay un reconocimiento, si se quiere, implícito de que la actuación investigativa policial es con miras a una puesta a disposición judicial, por eso señalamos tal puesta a disposición como el propósito o fin último de la detención preventiva.

²²⁶ Como ha sucedido en los casos analizados en la STC 196/1987, de 11 de diciembre y SSTEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párrs. 53, 54; *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párr. 67, 69, 70. Todos en los cuáles los detenidos, tras haber sido interrogados, han sido puestos en libertad sin haberseles imputado cargos ni haber sido puestos a disposición judicial, y sin que su detención hubiera sido considerada arbitraria.

Si, por el contrario, en el contexto de la investigación penal subsiste el supuesto que habilitó la privación de libertad, ésta debe cumplir con el propósito de averiguar los hechos e identificar a los responsables, y en su caso, presentar a la persona detenida ante la autoridad judicial competente²²⁷ en el lapso temporal más breve posible, tal y como advierte el intérprete constitucional²²⁸,

Así, cuando el TC apunta que la detención preventiva ha de estar inspirada en el lapso temporal más breve posible, lo hace refiriéndose a la celeridad con la que deben hacerse las indagaciones que permitan a la autoridad policial dejar en libertad al individuo o ponerlo a la disposición judicial—si se confirma el hecho ilícito y la posible responsabilidad de la persona— que, conforme a lo dispuesto por los citados arts. 5.1 (c) - 5.3 CEDH, 6 CDFUE y 9.3 PIDCP es el propósito de esta privación de libertad en el contexto de actuaciones penales. En similar sentido, cuando el TEDH se refiere a la valoración del criterio de la rapidez—sin dilación—, señala que ésta no puede lesionar la propia esencia del derecho garantizado por el art. 5.3 CEDH, hasta el punto de negar la obligación estatal de asegurar una pronta liberación o una pronta presentación ante una autoridad judicial²²⁹ y, en ese sentido, reconoce que la presentación ante la autoridad judicial—como propósito final—siempre debe tenerse presente, independientemente de que se consiga o no²³⁰.

Y ello parece bastante lógico puesto que la finalidad investigadora debe ir dirigida a un objetivo concreto, clarificar los indicios que motivaron la detención; si se desvanecen, parece no haber razón para llevar al detenido ante un Juez—será puesto en libertad ex art. 17.2 CE—y si se confirman corresponderá ponerle a disposición de la autoridad judicial ex art. 17.2 CE, en armonía con los arts. 5.1 (c) - 5.3 CEDH y 9.3 PIDCP, pues sólo esta autoridad

²²⁷ Vid. SSTEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 14 y ss.; *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 1978, párr. 199; recientemente STEDH *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08; 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párr. 72.

²²⁸ Entre otras, vid. STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3 recordando las emblemáticas SSTC 199/1987 y 224/1998.

²²⁹ Vid. STEDH *Brogan y otros. v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 59.

²³⁰ Por ejemplo, en la STEDH *Engel y otros v. Países Bajos*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72; Sentencia de 8 de junio de 1976, párr. 69. Al analizar la privación de libertad de uno de los demandantes, pese a que tenía apariencia de adecuarse a la prevista por el art. 5.1(c) CEDH, no podía asumirse como tal en virtud de que no habría tenido lugar con el objeto de presentarlo ante la autoridad judicial competente.

puede ser quien, con la debida ponderación y motivación, determine la situación personal del individuo.

Por lo anterior, habíamos señalado que la presentación del detenido ante la autoridad judicial puede tenerse como el fin último de la institución; y entendemos que ello, en un Estado democrático de Derecho representa una doble garantía; por un lado, para la situación personal del investigado que será definida por el guardián natural de la libertad²³¹ y por el otro, para asegurar una adecuada administración de justicia.

Así que, puede señalarse que la institución de la detención preventiva se constituye como una herramienta que busca proteger unos valores o bienes constitucionalmente reconocidos: paz social, seguridad ciudadana²³² y el libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales –art. 104.1 CE—; que las investigaciones para esclarecer los hechos e identificar a los responsables son la finalidad concreta de la medida, la cual tiene como fin último, la puesta a disposición judicial, que se encuentra vinculada a un ulterior ejercicio del *ius puniendi*.

A nuestro parecer, lo previamente expuesto se concreta en lo sostenido por el TC: la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y la seguridad ciudadana, entendidos estos últimos como bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE²³³.

Con todo lo anterior, podemos apreciar que en la detención preventiva convergen distintos intereses constitucionalmente protegidos, de un lado la preservación de unos bienes constitucionales –arts. 10.1 y 104.1 CE— y de otro lado, el derecho fundamental a la libertad personal del detenido que experimenta una restricción –con forma de privación— considerada razonablemente necesaria, justificada por la finalidad instrumental de averiguar y esclarecer hechos para descubrir las conductas delictivas y asegurar a los responsables –art. 17.2 y 126. CE— y por un propósito o fin último de presentarlos ante un juez en el lapso temporal más breve posible, sin dilación y sin demora — arts. 17.2 CE, art. 5.1(c) + 5.3 CEDH, art. 6 CDFUE y art. 9.3 PIDCP—.

²³¹ Como lo ha identificado el Alto Tribunal, *vid.* SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 5.

²³² *Cfr.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FFJJ 6,7.

²³³ *Cfr.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

Sentado lo anterior, corresponde referirnos al supuesto habilitante.

3. Supuesto habilitante

Artículo 17 CE

2. La detención preventiva [...] esclarecimiento de los hechos, [...] deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Art. 5.1(c) CEDH

«[...] Cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;»

Art. 6 CDFUE

«Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.»

Art. 9 PIDCP

3. Toda persona detenida o [...] causa de una infracción penal [...].

En el apartado correspondiente a la naturaleza penal de la detención preventiva señalamos que pese a que la literalidad del art. 17.2 CE no recoja el adjetivo delictivo o el carácter penal de los hechos a investigar, éste se deriva de la interpretación sistemática de la Constitución —arts. 17.2 CE y 126 CE—, de la jurisprudencia constitucional²³⁴, de los arts. 5.1 (c) del CEDH y la jurisprudencia del TEDH; del art. 6 CDFUE y se complementa con el art. 9.3 PIDCP que, conforme al mandato del art. 10.2 CE, han de tenerse en cuenta.

La lectura del art. 17.2 CE y una interpretación gramatical del mismo sugieren respecto del término hechos, que la detención preventiva procede ante la presencia de un acto

²³⁴ El Alto Tribunal ha sostenido que la detención contemplada en el art. 17.2 CE es: «una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6); una «detención para la persecución penal» (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6.); una privación de libertad «practicada en actuaciones penales» (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2. En el caso dichas actuaciones penales habrían iniciado tras la correspondiente denuncia por el supuesto delito); una privación de libertad del orden penal cuya temporalidad máxima se proyecta a otras detenciones extrajudiciales (STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5 c); una situación fáctica en virtud de la cual el privado de libertad «se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal» (SSTC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3).

consumado que presumiblemente es antijurídico, también cabrían los hechos preparatorios y los constitutivos de tentativa²³⁵. La literalidad del art. 9.3 PIDCP quizá pudiera dar lugar a pensar en una cláusula más abierta, pues refiere a la detención motivada –a causa– de una infracción penal, ello permitiría suponer que dentro de los supuestos habilitantes para esta privación de libertad pueda incluirse a las antiguamente calificadas como faltas en nuestro ordenamiento²³⁶. Por otra parte, el tenor literal del artículo art. 5.1(c) CEDH es suficientemente claro, según su intérprete, en cuanto permite distinguir tres categorías²³⁷ —supuestos habilitantes— para la detención que estudiamos²³⁸:

a) cuando existan indicios racionales de que [la persona detenida] ha cometido una infracción (delito) / (on reasonable suspicion of having committed an offence)

²³⁵ Tentativa –art. 16 CP— o Actos preparatorios, entendiéndose por tales a la conspiración, proposición y provocación y que sólo son punibles en algunos casos, tal y como se señala en los arts. 17 y 18 del Código Penal: la conspiración y proposición, se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley –art. 17 CP— la provocación, se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea –art. 18—. Actualmente, se castigan la provocación, conspiración y proposición para cometer: homicidio o asesinato –art. 141—; lesiones –art. 151—; detenciones ilegales y secuestros –art. 168—; trata de seres humanos –art. 177 bis.8—; delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida –art. 269—; los delitos previstos en los arts. 301 a 303 –art. 304—; cultivo, elaboración o tráfico, o favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas –art. 373—; alguno de los delitos previstos en el Título XIX delitos contra la Administración Pública –art. 445—; rebelión –art. 477—; delitos contra la corona –art. 488—; el delito de asociación ilícita –art. 519—; sedición –art. 548—; atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos –art. 553—; delitos de traición –art. 585—; delitos contra la Comunidad Internacional, previstos en los Capítulos I a III del Título XXIV –art. 615—.

Hay que señalar, el código penal no identifica a la conspiración, proposición y provocación con la expresión de actos preparatorios; pero podemos identificarlos como tales tomando como referencia el Código Penal Militar donde, en cambio, tales conductas sí se identifican con la mención expresa de «actos preparatorios». Vid. Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, BOE Núm. 247, de 15 de octubre de 2015, preámbulo III.

²³⁶ Se debe recordar, con la modificación al Código Penal por virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se eliminó la figura de las faltas, configurando en su lugar la figura de los «delitos leves»; de todas maneras, cabe resaltar que, según la normativa anterior, no procedía la detención por faltas salvo en caso de que la persona no tuviera domicilio conocido o no proveyese fianza. En ese sentido vid. Voto particular disidente del Magdo. Carlos de la Vega Benayas a la STC 341/1993, de 18 de noviembre, razonamiento 1 L) y el art. 495 LECrim.

²³⁷ Cfr. STEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 14.

²³⁸ Tal y como lo señalamos en el apartado anterior y que encuentra sustento en la doctrina jurisprudencial del TEDH, vid. STEDH, *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08 y 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párr. 71, recordando las SSTEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 14; *mutatis mutandis*, *Jėčius v. Lituania*, 34578/97, de 31 de julio de 2000, párr. 50; *Engel y otros v. Países Bajos*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72; Sentencia de 8 de junio de 1976, párr. 69.

b) cuando se estime necesario [detener] para impedir que la persona cometa una infracción (delito) / (when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence)

c) cuando se estime necesario [detener] para impedir que huya después de haber cometido la infracción (delito) / (or fleeing after having done so)

Lo anterior nos lleva reflexionar, a la luz de las interpretaciones del TC y del TEDH, si realmente es posible diferenciar entre esas tres categorías; si las mismas constituyen un auténtico supuesto habilitante de la detención o si, por el contrario, las mismas tienen un elemento común que es el supuesto habilitante y tales categorías solo son matizaciones.

a. Existencia de indicios racionales de que [la persona detenida] ha cometido una infracción penal (delito)

En la jurisprudencia del TC parece claro que el supuesto habilitante para la detención preventiva es la comisión de un hecho delictivo, es decir, una conducta típica previamente realizada; al respecto tenemos en cuenta cuando el TC se refiere a la condición de una persona detenida «por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial[...]»²³⁹; cuando señala que la detención prevista en el art. 17.2 CE es «una detención policial con motivo de una supuesta acción delictiva»²⁴⁰ o simplemente cuando se alude a la duración de esta privación, solo el tiempo indispensable para unas «oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido»²⁴¹. Aunque no puede perderse de vista que una conducta típica podría ser la comisión del delito, la tentativa o la fuga.

Así que, en un sentido amplio podría señalarse que el motivo de la detención preventiva será una supuesta acción delictiva, pues es ésta y todas sus circunstancias lo que se pretende averiguar o indagar, sin ésta la detención preventiva perdería su razón de ser pues no podría satisfacer la inmediata finalidad instrumental de comprobación, ni el propósito último de poner a disposición de un juez al detenido investigado.

²³⁹ STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3 y la emblemática STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

²⁴⁰ STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2.

²⁴¹ STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.

Sin embargo creemos que, en un sentido estricto, la mera presencia de la supuesta acción delictiva no puede ser el presupuesto material habilitante de la detención preventiva; en efecto, obligadamente el conocimiento de un hecho con las características de delito motivará una investigación policial, pero para llevar a cabo dicha investigación no resultaría necesario privar a alguien de su libertad, ello solo puede suceder cuando de manera racional se perciba una vinculación entre la supuesta acción delictiva y la persona que se va a detener. Es decir, unas sospechas fundadas o racionales.

Para el TC esa relación entre la supuesta acción delictiva y la persona investigada se manifiesta en las sospechas fundadas y señala que solo pueden tener tal carácter aquéllas que están apoyadas en datos objetivos²⁴²; lo cual se consigue si se satisfacen dos requisitos: por un lado, que sean accesibles a terceros, pues en caso contrario no podrían ser susceptibles de control y, por otro lado, si permiten proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va cometer un delito, sin que puedan convertirse en valoraciones acerca de la persona²⁴³. Para ello, las sospechas deben fundarse en «datos fácticos o indicios», en «buenas razones», en «fuertes presunciones» o como señala el TC acudiendo al texto de la LECrim –arts. 579.2²⁴⁴—«indicios de responsabilidad criminal»²⁴⁵ o, en otros términos, «algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim para el procesamiento»²⁴⁶.

Al respecto el TEDH ha precisado que las sospechas razonables de haber cometido un delito a las que se refiere el art. 5.1 (c) CEDH no pueden ser entendidas como genéricas ni abstractas²⁴⁷; en efecto, para que unos indicios puedan tener la condición de razonabilidad o racionalidad en los términos del CEDH, deben existir hechos o información que pudieran

²⁴² Cfr. STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.

²⁴³ Cfr. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ. 8)

²⁴⁴ Conforme a la redacción anterior a la Ley Orgánica 13/2015.

²⁴⁵ Cfr. STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.

²⁴⁶ STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11 a).

²⁴⁷ Vid. STEDH *Petkov y Profirov v. Bulgaria*, 50027/08; 50781/09, Sentencia de 24 de junio de 2014, párrs. 43, 46.

satisfacer a un observador objetivo de que la persona implicada pudo haber cometido la infracción penal²⁴⁸.

Ahora bien, lo que puede ser denominado como «racional» dependerá de todas las circunstancias del caso; la racionalidad de los indicios es un elemento fundamental que no puede ser exceptuado u obviado bajo ninguna circunstancia, incluso ante algunas categorías especiales en las que la policía esté obligada a actuar con urgencia en su investigación y seguimiento de información²⁴⁹.

Así pues, no podría esperarse que la policía actuara sobre una base que no fuera la de unos indicios racionales, puesto que precisamente tras unas primeras averiguaciones y comprobaciones sobre dichos indicios –finalidad instrumental–, tendrán la obligación de dejar a la persona sospechosa en libertad o, en caso contrario, llevarla ante la autoridad jurisdiccional; y que sea esta última quien en el ejercicio de sus facultades determine con la debida ponderación y motivación la situación personal del individuo.

Por tanto, si los indicios racionales que motivaron la detención dejan de existir, la detención carecerá de sustrato fáctico, porque si aquéllos se desvanecen la persona ha de ser puesta en libertad²⁵⁰; y si la creencia de la existencia de vinculación entre la conducta

²⁴⁸ Vid. STEDH *Labita v. Italia* [GS], 26772/05, Sentencia de 6 de abril de 2000, párr. 155. En el mismo sentido, SSTEDH *Erdagöz v. Turquía*, 21890/93, Sentencia de 22 de octubre de 1997, párr. 51; *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párr. 32

²⁴⁹ En este sentido, el propio Tribunal ha reconocido que existen algunas categorías especiales, como el terrorismo –atendiendo al riesgo que representan para la vida humana–, casos en los que la policía está obligada a actuar con urgencia en el seguimiento de información, incluyendo aquella que provenga de fuentes secretas. Así pues, en ocasiones la policía puede detener a un sospechoso de terrorismo sobre la base de información que, aunque sea confiable, no puede ser puesta a disposición del sospechoso o reproducida en juicio, sin poner en peligro la fuente. Por ello, en estos casos la razonabilidad de los indicios que justifiquen la detención no puede ser valorada con el mismo criterio de «racionalidad» aplicado a los delitos convencionales. Sin embargo, el tratamiento de este tipo de situaciones tampoco puede justificar la laxitud del criterio de racionalidad, al punto de dañar la esencia de la salvaguarda del artículo 5.1(c) CEDH. Así pues, aunque la exigencia de la racionalidad de los indicios, establecida en el artículo 5.1 (c) de la Convención, no debe aplicarse en forma tal que ponga a las autoridades policiales de los Estados Contratantes dificultades desproporcionadas en su camino a adoptar medidas efectivas para combatir situaciones especiales –v.g. terrorismo organizado–, aun así en todo momento, debe poder apreciarse el aseguramiento de la garantía de racionalidad prevista por el artículo 5-1-c del instrumento. Cfr. STEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párrs. 32-34.

²⁵⁰ En efecto, con la detención de una persona por la policía en diligencias de investigación criminal, no siempre pasa el detenido a disposición judicial, incluso a veces, ni siquiera interviene el fiscal, pues al dejar de existir la necesidad de la privación de libertad, el detenido es puesto en libertad lo antes posible. En este sentido recordamos la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4, donde la persona permaneció detenida incomunicada por un lapso de 14 horas y posteriormente quedó en libertad. En este orden de ideas

delictiva y el detenido se refuerza, entonces corresponde su inmediata puesta a disposición judicial²⁵¹.

En efecto, las sospechas de la autoridad policial de que la persona ha cometido un delito, inicialmente justifican la detención, pero la propia finalidad de la detención hace que, pasado un tiempo, dichas sospechas dejen de ser base suficiente o pertinente que permita el mantenimiento de la custodia²⁵², de lo contrario se desconocerían las notas características de estricta necesidad y lapso temporal más breve posible²⁵³.

Ante todo lo anterior, creemos que puede señalarse que estamos ante un auténtico supuesto habilitante de la detención preventiva –arts. 17.2 CE, 5.1(c) - 6 CEDH— consistente en la existencia de «indicios de haberse cometido un delito del que el detenido

recordamos también, que el TEDH refiriéndose a una detención policial bajo el parámetro del art. 5.1(c) CEDH, señaló que el hecho de que la persona no sea imputada ni presentada ante un Tribunal no necesariamente significará que el propósito de la detención fuera contrario al del artículo en comento; la existencia de tal objetivo debe de ser considerada independientemente de su logro; el propósito del epígrafe c) del art. 5.1 CEDH no presupone que la policía deba obtener pruebas suficientes para presentar cargos, sea en el momento de la detención o mientras ésta tiene bajo su custodia al detenido. Así pues, con esta detención se promueve una investigación de un posible delito a modo de confirmar o disipar las sospechas que existieron para justificar su procedencia. *Vid. STEDH Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84, 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 53.

²⁵¹ P.e. *vid. STC 173/2011*, de 7 de noviembre, FJ 6. En el caso, tras la realización de una diligencia policial de comprobación del hecho delictivo con el cual aparecía racionalmente vinculado el recurrente en amparo, éste fue detenido al día siguiente por la Policía Nacional y tras ser oído en manifestación en dependencias policiales, al día siguiente fue puesto a disposición judicial.

²⁵² *Vid. STEDH Jėčius v. Lituania*, 34578/97, Sentencia de 31 de julio de 2000, párrs. 93-94. El TEDH señala que la persistencia de unos indicios racionales de que la persona detenida ha cometido un delito es una condición *sine qua non* para la legalidad de la detención y su continuación; sin embargo, transcurrido cierto tiempo deja de ser suficiente. En ese sentido, el Tribunal debe valorar si los otros motivos dados por una autoridad judicial son pertinentes y suficientes como para justificar una privación de libertad; en ese sentido, p.e. en el caso, la persona habría sido detenida por las sospechas de que había cometido un asesinato, lo cual inicialmente justificaba su detención, pero no podía constituir una base pertinente y suficiente para mantenerlo en custodia –prisión provisional—durante casi 15 meses. A este respecto, sugerimos: MACOVEI, Monica, *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, The Human rights handbooks series, Handbook No. 5, Strasbourg, 2002, p. 27 y ss; MCBRIDE, Jeremy, *Human Rights and criminal procedure. The case law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, p. 13.

²⁵³ En ese sentido recordamos el criterio del TS, la detención «que supone un status, si bien limitado o acortado temporalmente, no deja de ir precedida ordinariamente de un fugaz o pasajero período en el que se dan cita la sospecha fundada, el impulso investigador y la corroboración mínima, [...] Esta no es fruto de la arbitrariedad ni tampoco necesariamente correlato de la certeza.» Si bien es cierto que debe contar con una base indiciaria mínima, ésta no debe aguardar comprobaciones exhaustivas, por ello la detención es concebida «como antesala de la prisión preventiva, intromisión más grave en la esfera de libertad del individuo, o de la libertad provisional, como alternativa a aquélla –arts. 496, 503, 528 y ss. de la L.E.Cr y artículo 17.2 de la C.E.—, o bien como preludeo de una libertad sin trabas consecuencia de dejarse sin efecto la medida.» *Cfr. STS 7124/1995*, de 1 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, FD Tercero.

pueda ser [...provisionalmente...] responsable»²⁵⁴, haber participado en él o hallarse relacionado con él²⁵⁵; es decir un doble sustrato indiciario mínimo; por un lado, el indicio racional de la presencia de un hecho delictivo y, por otro lado, un indicio igualmente racional, sobre la participación en ese hecho de un concreto individuo.

Así pues, ante la comisión de un delito (en cualquiera de sus grados) y sólo sobre la base de unos indicios racionales de la vinculación entre aquél y la persona, será procedente ejercer la detención preventiva²⁵⁶; es decir, cuando la persona de manera racional y provisional puede ser considerada sospechosa²⁵⁷.

b. Necesidad de detener para impedir que la persona cometa una infracción (delito) / (reasonably considered necessary to prevent his committing an offence)

El segundo de los supuestos establecidos por el CEDH es claro en su tenor literal, pero no así en la jurisprudencia del TC o en la del TEDH aunque en ambas se aluda a una privación de libertad ante un potencial delito que pretende evitarse.

En diversas ocasiones el TC se ha referido a la actuación policial para prevenir delitos, en cuanto está recogida en el ordenamiento legal; varias veces ha sido recordada como un genérico presupuesto de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²⁵⁸, pero cuando se analizó la cuestión de impedir la comisión de un delito como presupuesto de una privación de libertad, se llegó a la conclusión de que tal privación de libertad es una detención, pero no es la prevista en el art. 17.2 CE, es decir, una detención preventiva.

²⁵⁴ Vid. STC 21/2014, de 10 de febrero, FJ 3

²⁵⁵ Cfr. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8, al referirse al *prius lógico del juicio de proporcionalidad* de las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales.

²⁵⁶ En similar sentido, el TS ha señalado que «dentro del marco de las detenciones ‘típicas’ la única causa que legitima la detención vienen constituida por la presunta comisión de un delito, apuntando a la postre a la incoación de un proceso penal depurador de responsabilidades.» Cfr. STS 7124/1995, de 1 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, FD Segundo.

²⁵⁷ Recordemos que para que alguien pueda tener la condición de sospechoso, es necesario que los hechos invocados con los que se le vincula estén considerados un comportamiento tipificado por el derecho nacional; por tanto, claramente no podría existir una sospecha razonable en contra de una persona detenida si los hechos en cuestión no constituyen un delito en el momento en el que fueron cometidos. Vid. STEDH *Kandzhov v. Bulgaria*, 68294/01, Sentencia de 6 de noviembre de 2008, párr. 57.

²⁵⁸ Como botones de muestra, SSTC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3, cuando se refirió al requerimiento policial para la realización de una prueba de alcoholemia, descartando que ese acto de molestia tuviera los efectos de una detención; STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2), cuando el TC se refirió a la habilitación legal que ampara la práctica de ciertas actuaciones de la policía judicial al momento de llevar a cabo una detención penal.

Así es, cuando el TC se ha referido a la necesidad de que existan unos indicios racionales de que una persona sospechosa intenta cometer un delito, lo ha hecho señalándolo como requisito para solicitar la autorización judicial de una actuación policial que, en el contexto de investigaciones penales, afecte derechos fundamentales v.g. intervención de las comunicaciones²⁵⁹ –art. 18.3 CE— o un registro domiciliario²⁶⁰ –art. 18.2 CE— ; más no refiriéndose a una actuación policial decidida *motu proprio* de privar de la libertad a alguien para evitar la comisión de un delito. Ello, no obstante, es de suponerse que si de dichas investigaciones se deriva la necesidad de detener para evitar la comisión del delito o para suspender uno que ya está siendo cometido, la policía podrá proceder a la detención *motu proprio* sin necesidad de que ésta fuera ordenada por un juez y sin que, por el hecho de que el juez hubiera autorizado unas investigaciones previas a la detención, tal detención debiera asumirse como judicial²⁶¹.

De ello se desprende que si la policía tiene indicios o elementos para creer que se va a cometer un delito, debe comunicarlo al juez para que éste ordene las medidas que considere adecuadas, incluyendo la posible detención, pudiendo actuar la policía sin este requisito previo, sólo en caso de urgente necesidad para impedir la inmediata comisión del delito.

Sin embargo, lo anterior nos lleva a reflexionar, si debido a la investigación policial se impide la comisión de un delito, éste no llega a cometerse por causas independientes a la voluntad del potencial actor –la investigación policial y su detención—, por lo que su conducta quedaría en tentativa²⁶²; sin embargo, como la tentativa es punible el sujeto debe ser presentado ante el juez. Entonces en este supuesto, *stricto sensu*, la detención

²⁵⁹ Cfr. SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 a); 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; recordada entre otras, en las SSTC 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2 y 26/2010, de 27 de abril, FJ 2 a).

²⁶⁰ Cfr. STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 4.

²⁶¹ En este sentido *vid.* STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4, donde el TC consideró que el hecho de que la autoridad judicial tuviera conocimiento de unas diligencias previas que tenían por objeto los hechos que motivaron la detención, no era razón suficiente para que el recurso de habeas corpus presentado fuera denegado, principalmente porque no fue dicha autoridad judicial quien, en el seno de tales diligencias previas ordenó la detención, sino que fue la policía la que lo hizo, situación que hacía imposible dudar de la naturaleza gubernativa y no judicial de la detención.

²⁶² Código Penal, Art. 16 «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

preventiva tiene lugar para evitar que se cometa una conducta delictiva o tiene lugar porque los actos encaminados a la ejecución de una conducta ilícita son punibles²⁶³ y por eso el detenido, tras confirmarse policialmente su responsabilidad por tales actos preparatorios, puede ser presentado ante el Juez, independientemente de que el acto delictivo que intentaba cometer no haya llegado a realizarse.

De esta forma la detención tiene lugar para el esclarecimiento de unos hechos, lo que permitirá presentar al detenido cuya comisión delictiva fue impedida ante un Juez; pero entonces quizá fácticamente ya no estaríamos en el supuesto de evitar una conducta; sino en el de una conducta efectivamente realizada, la tentativa. Tales vicisitudes surgen a partir de la jurisprudencia del TC y del TEDH por lo siguiente:

El TC tuvo ocasión de referirse puntualmente a una privación de libertad²⁶⁴ vinculada a «impedir la comisión de un delito»²⁶⁵ cuando fue llamado a analizar la alegada inconstitucionalidad del art. 20.2 de la LOPSC [1]²⁶⁶ que establecía, como parte de unas

²⁶³ Código Penal, Art. 15. «Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.»

²⁶⁴ Vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4. El TC señaló que atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido a dependencias policiales en donde debe permanecer un tiempo imprescindible), la conducción a dependencias policiales para efectos de identificación, supone una situación que va más allá de una mera inmovilización, instrumental de prevención o indagación, considerándose como una modalidad de privación de libertad; «Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de 'los casos' a que se refiere el art. 17.1 C.E.».

²⁶⁵ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5, En efecto, el TC expresamente señaló «[...] es lo cierto que la privación de libertad con fines de identificación solo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal 'para impedir la comisión de un delito o falta') [...], estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad».

²⁶⁶ Artículo 20 «1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible. 3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal. 4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento

diligencias policiales con fines de identificación personal, la conducción a dependencias policiales de determinadas personas que no pudieran ser identificadas al momento de ser requeridas policialmente para ello, conducción prevista únicamente a los efectos de identificación por un tiempo imprescindible²⁶⁷.

El TC consideró esta medida policial como una auténtica forma de privación de libertad, aclarando que ésta no podía ser aplicada a cualquier persona cuya identificación no hubiera sido posible pues de entenderse así, aparejaría una gravosidad que la haría inconstitucional por una desproporcionalidad manifiesta y precisó que, atendiendo a la literalidad del artículo impugnado, esta medida privativa de libertad solo podía afectar a dos grupos de personas²⁶⁸:

- a) las personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal, forma única de entender el tenor textual del precepto «para impedir la comisión de un delito o falta»
- b) a las personas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una infracción administrativa.

Así pues, siguiendo el análisis del Tribunal, pareciera que el supuesto que habilita la privación de libertad realmente no es la identificación *per se* porque ello aparejaría, según lo señaló, una gravosidad que haría desproporcionada la medida²⁶⁹; lo que verdaderamente parece habilitar la privación de libertad es el hecho de estar ante la probable comisión de un ilícito penal o una consumada infracción administrativa²⁷⁰. En ese

Criminal.». Actualmente este artículo ha desaparecido del ordenamiento jurídico, pero la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, en su art. 16 recoge disposiciones en sentido muy similar.

²⁶⁷ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6. El TC refirió que la expresión del «tiempo imprescindible» recogida en el artículo impugnado era una expresión análoga a la empleada por el art. 17.2 CE y tal vinculación legislativa de la actuación policial para la identificación privaba de fundamento el reproche a la norma basado en una indefinición temporal. Por otro lado, contrastando las garantías derivadas del art. 17.3 CE para los detenidos preventivo, señaló que la norma que analizaba «no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación» para la obtención de los «datos personales», a los que se refería el art. 9.3 de la LOPSC [1].

²⁶⁸ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5.

²⁶⁹ Criterio que al parecer resultaría aún más proteccionista que el que puede derivarse del TEDH, que sí ha reconocido la posibilidad de privar de la libertad a alguien, por un plazo brevísimo, a los efectos de cumplir la obligación de comprobar la identidad ante la policía, si es que existe una cobertura legal para ello. Al respecto *vid.* STEDH *Vasileva v. Dinamarca*, 52792/99, Sentencia de 25 de septiembre de 2003, párrs. 38-40.

²⁷⁰ En este sentido, recordamos la opinión del Magistrado Vega Benayas al señalar que los fines de esa detención, a la luz de la redacción del presupuesto impugnado, hacían parecer que la medida se refería tanto a la detención por imposibilidad o negativa de identificarse, como a la finalidad de impedir la comisión de un

sentido vemos que el Tribunal reconoció a esta detención como un instrumento utilizable para los casos en que la necesidad de identificación surgiera de: 1) la exigencia de prevenir un delito o falta o 2) de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad²⁷¹.

De estas dos circunstancias concentrémonos en la primera. Si la detención es para identificar a «personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal 'para impedir la comisión de un delito [...]')»²⁷² podría pensarse en el supuesto habilitante de la detención preventiva que analizamos, es decir la detención del art. 17.2 CE entendida conforme al segundo supuesto del art. 5.1 (c) CEDH. Pero atendiendo a la finalidad de la detención que estudiamos, tendrían que realizarse unas averiguaciones tendentes a esclarecer unos hechos que, en el caso, podrían ser las circunstancias que hubiesen hecho suponer a la policía de manera racional, que la persona afectada se encontraba en disposición de transgredir la ley penal y si procede, presentarlo ante la autoridad judicial.

delito o falta; por cuanto al segundo supuesto consideraba que «si los Agentes tienen datos o elementos de juicio por temer la comisión de un delito [...] por el indocumentado, podrán proceder a su detención, sí, pero no porque este art. 20.2 lo diga, sino por lo dispuesto en la [LECrim]...». A lo que agregaríamos, por lo dispuesto en el art. 17.2 CE, la realización de unas indagaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos [...], que originan la sospecha racional en la policía de que la persona se halla en la disposición de cometer un delito, por lo que se estime necesario para impedirle que cometa una infracción penal, es decir el segundo supuesto del art. 5.1(c) CEDH. Por ello, Vega Benayas consideró que el artículo impugnado adolecía de una ambigüedad imposible de corregir, a menos que se concluyera que «lo que quiere autorizar es a 'detener a un indocumentado sospechoso, o mejor, a un sospechoso, por delito, indocumentado. Pero si es únicamente por indocumentado vemos que no es constitucional, y si lo es por sospechoso de delito no documentado podrá hacerse o practicarse la detención, pero ya al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con las garantías constitucionales, todas, no las que indica la mayoría. Posibilidad que es también ambigua, porque no hay que olvidar que el apartado 2 del art. 20 termina diciendo que el traslado (detención) a las dependencias policiales lo será a los solos efectos de identificación». Por ello consideró que la norma impugnada además de innecesaria resultaba perturbadora por su ambigüedad «¿se puede detener sólo a los fines de identificación o sólo para prevenir o reprimir un delito?» Si sólo es posible en el último supuesto, el art. 20.2, no solo es inútil, sino inválido por permitir una detención desproporcionada y sin garantías. En un similar sentido, el Magistrado González Campos, mediante su Voto particular señaló que la finalidad esencial de la medida del art. 20.2 es la simple identificación de las personas en dependencias policiales, pero recordó que el propio TC señaló que ello no justifica que cualesquiera personas que no puedan ser identificadas sean conducidas a las dependencias más próximas pues ello sería desproporcionado a tal finalidad; por eso apuntó que aquella finalidad va unida a otra, la de prevenir un delito o falta o sancionar una infracción, y consideró que esta es la finalidad prevalente. *Vid.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, Voto particular disidente del Magdo. Carlos de la Vega Benayas, razonamientos jurídicos 1 K), L) y Voto particular del Magdo. Julio D. González Campos, razonamiento jurídico 5 B).

²⁷¹ *Cfr.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5.

²⁷² *Ídem.*, FJ 5.

Sin embargo, el TC tuvo en cuenta que la medida privativa de libertad tiene otra finalidad que la justifica: la identificación²⁷³, y por eso señaló que esa privación de libertad no se acomoda enteramente a las concretas prevenciones establecidas en el art. 17.2 CE²⁷⁴—art. 5.1(c) CEDH—; sino que se trata de uno de «los casos» a los que se refiere el art. 17.1 CE, y que además es compatible con lo dispuesto en el art. 5.1 CEDH, cuyo apartado b) prevé privaciones de libertad «[...] conforme a derecho, [...] para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley»²⁷⁵, señalando que el deber de cumplir la exigencia

²⁷³ Cfr. *Íbidem.*, FJ 6.

²⁷⁴ Cfr. *Íbidem.*, FJ 6. Precisamente el reconocimiento de la falta de acomodo al art. 17.2 CE, llevo al TC a recordar que dicho precepto expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que inspira la regulación de cualquier caso —art. 17.1 CE— de pérdida de libertad que pueda ser dispuesto por el legislador diferente al típico de la detención preventiva, tal y como era el caso; y también esa diferencia lo hizo concluir que algunas de las garantías que dispone el art. 17.3 CE para la detención preventiva no resultan aplicables a este tipo de detención.

²⁷⁵ Para el TEDH, el segundo supuesto que recoge el apartado b), refiere a los casos en donde la ley permite la detención de una persona para obligarle a satisfacer una concreta y específica obligación que le incumbe y que hasta entonces ha incumplido —obligación que ha de ser conforme con la Convención—; por ello, tan pronto como sea satisfecha la obligación, la razón de esta detención deja de existir; esta medida no puede ni debe tener un carácter punitivo. Ahora bien, reconociendo que una interpretación muy amplia de este supuesto podría acarrear consecuencias incompatibles con la noción de Estado de Derecho que inspira a toda la Convención, señala que este supuesto no podría amparar, p.e. una detención administrativa destinada a obligar a un ciudadano a cumplir su deber general de obedecer la Ley o la obligación —genérica— de no cometer un delito en el futuro inminente, al menos mientras que no se hayan ordenado medidas específicas que la persona haya incumplido. Por último, dentro de una sociedad democrática, debe procurarse el equilibrio entre la importancia de asegurar el cumplimiento de la obligación en cuestión y la importancia del derecho a la libertad, a tal fin deben tomarse en cuenta factores importantes como la naturaleza de la obligación derivada de la legislación pertinente, su objeto subyacente y su finalidad, la persona afectada y las circunstancias particulares que conducen a la detención, así como su duración. *Vid.* SSTEDH *Engel y otros v. Países Bajos*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Sentencia de 8 de junio de 1976, párr. 69.; *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08 y 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párrs. 73, 82; *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párr. 69- 73. Como ejemplos de situaciones que el TEDH ha considerado que se ajustan a la detención prevista en el segundo supuesto del apartado (b) del artículo 5 podemos referir: El deber de cumplir con una orden de prohibición, *vid.* STEDH *Epple v. Alemania*, 77909/01, Sentencia de 24 de marzo de 2005, párrs. 36-38; la obligación de declarar como testigo también se considera lo suficientemente concreto y específico a los efectos de este artículo y por tanto podría ser exigida mediante la detención en una comisaría de policía, *vid.* STEDH *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, 65755/01, Sentencia de 22 de mayo de 2008, párrs. 73-75; la detención para asegurar la presencia de una persona en una audiencia ante un Tribunal, *vid.* STEDH *Lolova-Karadzova v. Bulgaria*, 17835/07, Sentencia de 27 de marzo de 2012, párrs. 31-32; el pago de una garantía en caso de incumplimiento de las condiciones de fianza, *vid.* STEDH *Gatt v. Malta*, 28221/08, Sentencia de 27 de julio de 2010, párr. 47; y también, el arresto o detención con la finalidad hacer cumplir a una persona su obligación —legalmente prevista— de comprobar ante la policía su identidad, señalando al respecto, que para la policía ello puede resultar una condición fundamental en el cumplimiento y desarrollo de sus tareas y del cumplimiento de la ley. En ese sentido, recuerda la obligación en cuestión en el asunto *Reyntjens*, en cuanto a los controles rutinarios de identidad independientes de cualquier sospecha de que la persona requerida hubiera cometido un delito, y que el incumplimiento de dicha obligación podría acarrear una multa, *vid.* STEDH *Vasileva v. Dinamarca*, 52792/99, Sentencia de 25 de septiembre de 2003, párrs. 39-40, recordados entre otros en STEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párr. 92.

de identificación ante el requerimiento de los agentes constituye una obligación legal en dicho sentido²⁷⁶. En pocas palabras, razonó que esta privación de libertad no constituye una detención preventiva.

Ante tal consideración creemos que cabe preguntarnos, si el Tribunal había dicho que el requerimiento de acompañamiento a comisaría para efectos de identificación, reconocida como una privación de libertad, no es aplicable a cualquier persona que no pueda ser identificada sino solo a quienes sean requeridos por ser racionalmente sospechosos de hallarse ante una eventual acción delictiva, entonces una vez identificados en cuanto a sus datos personales ¿quedan en total libertad de abandonar las instalaciones policiales sin que la policía realice más indagaciones sobre aquella supuesta acción delictiva que presumiblemente estaba a punto de cometer? ¿Sólo se recogerían sus datos personales? Ello se pregunta porque parecería razonable suponer que la policía, al tener sospechas fundadas de que alguien está en la disposición de cometer un delito, además de la identificación personal realice alguna otra indagación sobre la conducta delictiva que sospechaba se iba a cometer pues si no fuera así y solo fuera para identificar a la persona, entonces fácticamente el supuesto quedaría reducido a la mera identificación personal pero, como el TC lo señalara, si el traslado a comisaría es únicamente porque una identificación personal no puede tener lugar en el momento de ser requerida resultaría una medida de una gravedad manifiesta. Entonces ¿la necesidad de detener para impedir que la persona cometa una infracción penal constituye o no un supuesto habilitante de la detención preventiva, ex art. 17.2 CE? Depende.

Si acudimos a la jurisprudencia del TEDH para tener mayor claridad sobre la detención para impedir la comisión de un delito, vemos que ello puede ser un supuesto habilitante tanto de una privación de libertad prevista en el apartado (b) como en el apartado (c) del artículo 5.1 CEDH²⁷⁷; y la delimitación de cuando se trata de uno u otro puede resultar

²⁷⁶ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5.

²⁷⁷ Vid. STEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párrs.69, 82, 83, 89-96. En este caso el Tribunal consideró que la privación de libertad con fines preventivos que afectó al demandante no podía ser entendida como aquella prevista por el segundo supuesto habilitante del art. 5.1(c) CEDH —en ningún momento existió la intención de presentar al detenido ante un Juez, fin último o mediato—. Sino que se consideró una privación de libertad conforme con la prevista en el segundo supuesto del artículo 5.1 (b) CEDH, el cual deja un espacio para la custodia con fines preventivos en unas circunstancias limitadas que derivan del mismo (p.e., cuando la ley permite la detención de una persona para obligarle a cumplir con una

compleja, puesto que los elementos que éstos tienen pueden coincidir, salvo uno: el fin último o mediato –la puesta a disposición judicial—; que, como apuntamos en el epígrafe anterior, es común a los 3 supuestos habilitantes que recoge el art. 5.1(c)CEDH y que, a la luz del art. 10.2 CE, también puede entenderse como fin último de la detención prevista en el art. 17.2 CE²⁷⁸

A la luz de la CEDH, la posibilidad de detener personas con fines preventivos ciertamente es una potestad estatal que permite satisfacer la obligación de proteger a los ciudadanos frente a delitos inminentes; sin embargo, dicha potestad ha de ser teniendo en cuenta que la Convención obliga a las autoridades estatales a adoptar medidas razonables dentro del ámbito de sus poderes de prevención de delitos de los cuales tienen o debieran tener conocimiento; lo cual no puede entenderse como una autorización a los estados para proteger a la ciudadanía de actos delictivos de una persona a través de medidas que vulneren sus derechos convencionales, en particular su derecho a la libertad garantizado

obligación concreta y específica que le incumbe y que hasta el momento no ha satisfecho). En el caso, la privación de libertad se encontraba legalmente prevista por la legislación de seguridad y orden público del estado federado; además, se tuvo en cuenta que lo que se pretendía evitar era lo suficientemente concreto y específico: que el afectado organizara un altercado entre hooligans de dos equipos de fútbol en el contexto de un partido y evitar que éste cometiera infracciones –específicas— de lesiones físicas y quebrantamiento de la paz durante dichos altercados. Aunado a ello, también fue determinante que el demandante, previo a su detención, había sido advertido por la policía de abstenerse de organizar cualquier tipo de altercado antes, durante y después del partido en la ciudad o en los alrededores y de cometer cualquier infracción de las señaladas, dicho apercibimiento policial también incluía que ninguno de los integrantes del grupo de aficionados hooligans del cual formaba parte, podría separarse del grupo y que éste sería escoltado por la policía hasta el estadio –obligación de abstención de una conducta determinada e identificada—; orden que incumplió al intentar evadir la vigilancia policial separándose del grupo y escondiéndose en el baño de mujeres de un bar al que acudió el grupo previo al partido y, además, se tuvo en cuenta también que durante un chequeo rutinario de identidad de los miembros del grupo, habrían sido encontrados en posesión de instrumentos normalmente utilizados por los hooligans durante los altercados que organizan en el contexto de los eventos deportivos.

²⁷⁸ Como hemos dicho, en la STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3, se establece que el detenido preventivo es quien se encuentra provisionalmente privado de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal «y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma.». En similar sentido, el TEDH valora si la detención tiene una naturaleza penal, subrayando en todo momento que la detención del art. 5.1 (c) CEDH se refiere a privaciones de libertad en conexión con un procedimiento penal –aun uno potencial—. *vid.* SSTEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párrs. 68, 97 y *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08 y 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, par. 79.

por el art. 5.1 CEDH²⁷⁹. Lo que realmente hace este supuesto habilitante es reconocer a los estados parte un medio que les permita prevenir delitos específicos y concretos²⁸⁰.

Así las cosas, este supuesto habilitante impone la concurrencia de tres factores. Primero, como se deriva de su redacción, ha de ser considerada razonablemente necesaria²⁸¹ para impedir al privado de libertad la comisión de ese delito concreto y específico.

Lo anterior requiere la existencia de suficiente información y hechos que puedan satisfacer a un observador objetivo, que generen y permitan suponer razonablemente a la policía que la persona a la que se detiene llevará a cabo aquella conducta típica específica; solo así puede resultar necesaria la afectación del derecho a la libertad²⁸².

²⁷⁹ Vid. STEDH *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08 y 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, par. 85.

²⁸⁰ Vid. SSTEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párr. 66; *Shimovolovs v. Rusia*, 30194/09, Sentencia de 21 de junio de 2011, párrs. 54, 55; *Guzzardi v. Italia*, 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 102

²⁸¹ Como ejemplo de la falta de este factor *vid.* STEDH *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08 y 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párr.78, (sobre el contexto de la detención y procedimientos internos, párr. 11-13, 19). En el caso se trató la detención con supuestos fines preventivos duró 5 días y medio; aparentemente motivada por la finalidad de evitar una incitación de liberación de presos. El TEDH tuvo en cuenta que, como lo reconoció el Tribunal de Apelación, las consignas inscritas en los carteles (libertad para todos los prisioneros y liberen a todos ahora) podían ser entendidas de diferentes formas, los demandantes habían argumentado que se trataba de consignas para la policía y las autoridades exigiendo el cese de detenciones a manifestantes y que no estaban destinados como un llamamiento para otros a liberar prisioneros por la fuerza; tuvo en cuenta también que los demandantes no traían consigo ningún instrumento que pudiera haber servido para liberar violentamente a prisioneros. Ante dichas circunstancias, el TEDH no podía convencerse de que la detención continuada pudiera ser considerada razonablemente necesaria para impedir que los demandantes cometieran un delito concreto y específico, tampoco podía convencerse de la necesidad de la detención porque, en cualquier caso, habría sido suficiente incautar los carteles en cuestión con el fin de que tomaran conciencia de las potenciales consecuencias negativas y para evitar que incitaran a otros –por negligencia– para liberar presos. Por otro lado, como ejemplo de la satisfacción de este factor, *vid.* STEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párr. 81., el TEDH determinó que la privación de libertad analizada sí podía considerarse razonablemente necesaria –aunque bajo el supuesto del art. 5.1(b) CEDH– teniendo en cuenta que la experiencia policial evidenciaba que los altercados entre hooligans normalmente son organizados con antelación, por eso, una medida como la de solamente incautar el teléfono móvil del afectado y posiblemente separarlo de su grupo, no habría sido suficiente en sí misma para impedirle la organización de un altercado dado que podría haber accedido a otro terminal móvil; también tuvo en cuenta que la detención duró solamente cuatro horas, y solo hasta aproximadamente una hora después de que el partido de fútbol había terminado, cuando los aficionados de los respectivos equipos habían abandonado el estadio y los alrededores y, por tanto, un altercado resultaba improbable.

²⁸² *Cfr.* STEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párrs. 79, 80, para contextualizar sugerimos también párrs. 6-12(antecedentes de hecho), 19 (procedimientos a nivel interno). En este caso se trató una detención que tuvo por finalidad fines preventivos, los de evitar que el demandante organizara o participara en un altercado entre hooligans aficionados de los clubes de fútbol Werder Bremen –apoyado por el demandante– y Eintracht Frankfurt en el marco de un partido de fútbol que se celebraría el día de la detención. El TEDH tuvo en cuenta que la Policía de Frankfurt basó su consideración de que el demandante había estado preparando y tenía planeado participar en un altercado entre hooligans de dichos equipos de fútbol –provocando infracciones tales como agresiones corporales y quebrantamientos de la

Segundo, el carácter específico y concreto²⁸³ de la conducta típica que como consecuencia de los datos objetivos mencionados, racionalmente se considera necesario impedir. En efecto, este supuesto no puede entenderse en el sentido de permitir una política general de prevención dirigida contra un individuo o una categoría de individuos que puedan ser percibidos por las autoridades, correcta o incorrectamente, como peligrosos o propensos a cometer ilícitos²⁸⁴, o que representen un peligro atendiendo a su continua propensión a delinquir²⁸⁵.

Por eso, el TEDH ha insistido en señalar que este supuesto se refiere a delitos concretos y específicos, pues solo ello es pertinente conforme al art. 5.1 (c) CEDH, de tal suerte que no puede privarse de la libertad a un sujeto atendiendo solamente a sus antecedentes delictivos²⁸⁶ o porque exista el riesgo genérico de que una persona pudiera cometer más

paz— en toda una serie de distintos elementos de hecho y no solo en los registros del demandante en bases de datos policiales, por ejemplo: La policía de Frankfurt habría sido informada por la policía de Bremen — quien ha dado seguimiento al demandante debido a distintos altercados en los que ha participado como hooligan en el contexto de distintos partidos de futbol, motivo por el cual había sido incluido en una base de datos de personas preparadas para utilizar la violencia en el contexto de eventos deportivos, además era considerado el líder de un grupo de hooligans aficionados al F.C. Werder — de que un grupo de hooligans aficionados al Club Werder Bremen se trasladarían a Frankfurt am Main con motivo del partido que ahí se celebraría contra el Club de la ciudad; la policía de Frankfurt acudió a la estación central de tren donde arribaron dichos aficionados y tras un control de identidad encontró, a varios de ellos, una serie de dispositivos típicamente utilizados en peleas de hooligans del Futbol; el grupo de aficionados fue advertido por la policía de que ésta les acompañaría hasta el estadio de futbol —con la finalidad de evitar la organización o el comienzo de una pelea entre hooligans— y de que cualquier persona que dejara el grupo sería arrestada; previo al estadio, el grupo acudió a un bar en donde el demandante fue visto platicando con un hooligan del Club contrario y, posteriormente, pese a la advertencia de la policía, se apartó del grupo escondiéndose en el baño de mujeres, resultando que al momento de ser sorprendido por la policía no pudo dar ninguna explicación plausible al respecto; por último, cuando su teléfono móvil sonó, apareció desplegado en la pantalla el nombre de una persona de Frankfurt que habría sido identificada como hooligan del equipo de dicha ciudad.

²⁸³ Por ejemplo, la mención de que una persona podría cometer delitos de tipo extremista, no podría satisfacer la especificidad que exige este supuesto habilitante del art. 5.1(c) CEDH. *Vid.* STEDH *Shimovolos v. Rusia*, 30194/09, Sentencia de 21 de junio de 2011, párr. 55.

²⁸⁴ *Vid.* SSTEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párr. 66; *Guzzardi v. Italia*, 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980, párr. 102.

²⁸⁵ *Vid.* STEDH *M. v. Alemania*, 19359/04, Sentencia de 17 de diciembre de 2009, párr. 89. En este sentido, el TC siempre ha subrayado los datos en que se apoya una sospecha fundada, deben de poder proporcionar una base real de la que pudiera inferirse que se va a cometer un delito sin que pudieran consistir en valoraciones acerca de la persona. *Vid.* Por todas STC 49/1999, 5 abril, FJ 8.

²⁸⁶ En este sentido, *vid.* STEDH *Ciulla v. Italia*, 11152/84, Sentencia de 22 de febrero de 1989, párr. 40. En el caso, el demandante habría sido objeto de una privación de libertad con fines preventivos, para evitar el riesgo de que pudiera evadir cualquier medida preventiva que se adoptara. Sin embargo, observa el TEDH que en dicha orden no se mencionaba ningún delito concreto y/o específico cuya comisión por parte del demandante se pretendía evitar —pese a que sólo frente a delitos concretos y específicos resulta pertinentes el artículo 5, párrafo 1 (c) del CEDH— ; por el contrario, la orden se apoyaba en anteriores delitos graves que

delitos; en definitiva, unos delitos potenciales no podrían satisfacer los parámetros de especificidad y concreción que se desprenden de la doctrina jurisprudencial del TEDH²⁸⁷. Para la determinación de la concreción y especificidad de delito cuya comisión intentan impedir las autoridades puede atenderse a circunstancias tales como el lugar y el momento de la supuesta comisión y a las víctimas²⁸⁸ que podría haber de no efectuarse la privación de libertad.

Tercero, conforme a la jurisprudencia del TEDH, la detención para prevenir que una persona cometa un delito deberá ser efectuada con el propósito de hacerle comparecer ante una autoridad judicial competente, propósito común que califica cada una de las categorías de detención referidas en el art. 5.1(c)²⁸⁹ y que habíamos identificado como fin último o mediato de la detención que analizamos. Por tanto, este supuesto habilitante solo regulará detenciones previas a un juicio y no caben dentro de éste custodias a efectos meramente preventivos²⁹⁰ —aunque eso pueda sonar confuso con el nombre que esta institución detenta en el ordenamiento español—.

habrían conducido a la «dura sentencia» por la que anteriormente fuera condenado y en circunstancias — indeterminadas— que indicaban que el demandante era un «peligro para la sociedad».

²⁸⁷ En este sentido, *vid.* STEDH *M. v. Alemania*, 19359/04, Sentencia de 17 de diciembre de 2009, párr. 102.

²⁸⁸ *Cfr.* SSTEDH *M. v. Alemania*, 19359/04, Sentencia de 17 de diciembre de 2009, párrs. 89, 102; *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08; 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párrs. 70, 77, por ejemplo, en este caso hubieron divergencias en las consideraciones de los órganos jurisdiccionales del país en cuanto a la específica conducta delictiva que hubieran realizado los demandantes si no hubiesen sido detenidos; así mientras que en la primera instancia parece haberse considerado que los demandantes, apoyados en unos carteles con distintas consignas, tenían la intención de incitar a otros a liberar por la fuerza a los prisioneros detenidos en la Prisión Waldeck; lo cual fue inferido de su presencia en el estacionamiento enfrente de dicha prisión —aunque, además de los pasajeros en una camioneta, no había ninguna otra persona en el estacionamiento—; el Tribunal de apelación consideró que los demandantes tenían la intención de manejar a Rostock y mostrar los carteles en unas manifestaciones violetas en dicho lugar y así incitar a la multitud presente en Rostock a liberar a los prisioneros por la fuerza.

²⁸⁹ Por todas, la clásica STEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 32/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 14, recordada en SSTEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párrs. 67, 82; *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08 y 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011, párr. 71, entre otros.

²⁹⁰ *Vid.* STEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párrs. 82-85. En este caso, la detención sirvió únicamente a la finalidad preventiva de asegurar que el afectado no cometiera delitos en un inminente altercado entre hooligans: Así, una detención a los puros efectos preventivos —en el sentido gramatical— debe de cesar cuando el riesgo a prevenirse deja de existir, pero su finalidad en ningún momento es presentar al detenido ante un juez en el contexto de una detención prejudicial. Y aunque pareciera que el art. 5.1(c) TEDH permite custodias policiales puramente preventivas con la finalidad de evitar un inminente delito específico, apunta el TEDH que, tal interpretación no podría reconciliarse con el entero contenido del inciso (c) del art. 5.1 CEDH y tampoco con el sistema de protección del art. 5 CEDH, como un todo. Y ello es así porque, el inciso 5.1(c) CEDH exige que la detención de una persona sea con el propósito de presentarla ante una autoridad judicial; este precepto debe leerse en conjunto con el art. 5.3

Por tanto, para el TEDH, una detención por este supuesto habilitante puede ser ordenada, particularmente, a una persona que ha realizado actos preparatorios –punibles— de un delito, o que inició su perpetración, con la finalidad de impedirle que cometa ese delito. Esa persona podría, en consecuencia, ser puesta a disposición de un juez y, posteriormente, ser juzgada en un procedimiento penal a los propósitos del artículo 5.3 CEDH, respecto a los actos preparatorios punibles del delito²⁹¹ cuya comisión haya sido impedida.

c. Cuando se estime necesario [detener] para impedir que huya después de haber cometido la infracción / (fleeing after having done so)

Esta categoría –quizá supuesto habilitante— parece superflua o redundante con respecto a la primera, puesto que la persona cuya huida pretende impedirse, igualmente podrá ser detenida por la existencia de unos indicios racionales de la comisión de un delito²⁹² –primera categoría—.

En efecto, si las autoridades policiales tienen unas sospechas racionales de que una persona ha cometido un delito y creen que ésta puede huir, no resulta ilógico sugerir que lo relativo a la huida es, para efectos prácticos, solo una adenda, puesto que ante las sospechas razonables de la comisión de un delito la policía siempre podrá detener al presunto responsable para ponerlo a la disposición de un juez, independientemente de que el detenido pretenda o no pretenda huir.

Al respecto, podemos constatar en la jurisprudencia del TEDH que, cuando se ha referido a detenciones a la luz del art. 5.1(c) CEDH en donde la policía contaba con datos suficientes que permitían suponer que el afectado había cometido un delito y podía huir, consideró la

CEDH, conforme al cual, la persona privada de libertad tendrá derecho, posteriormente, a ser juzgada en un plazo razonable. El TEDH puntualiza que el término «trial» [ser juzgado] recogido en este último apartado, que conforma un todo con el art. 5.1(c) CEDH, no se refiere a la decisión judicial sobre la legalidad de la custodia policial preventiva pues, ese procedimiento está contemplado en el art. 5.4 CEDH—y recordemos que no se limita a la privación de libertad del art. 5.1(c) CEDH—. Lo anterior apunta a que la segunda alternativa del art. 5.1(c) CEDH sólo concibe privaciones de libertad relacionadas con procedimientos penales o, agregaríamos, actuaciones de naturaleza penal, quedando fuera de su amparo custodias policiales para efectos únicamente preventivos, sin que la persona sea sospechosa de ya haber cometido una conducta punible.

²⁹¹ Vid. STEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013, párr. 86.

²⁹² Vid. HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Third edition, United Kingdom, 2014, p. 316.

detención bajo el primer supuesto habilitante: la sospecha racional de que había cometido un presunto acto delictivo²⁹³.

Ahora bien, tratando de encontrar el contenido de este supuesto, podría pensarse que dentro del mismo se ubica la situación del flagrante delito²⁹⁴, en sentido amplio, que incluye la persona que es sorprendida cometiendo un delito e inicia la huida. Aunque ésta no se encuentre como tal prevista en ninguna parte del art. 17.2 CE, ni en el art. 5 CEDH – y por ende tampoco en el art. 6 CDFUE—, ni en el art. 9 PIDCP; sin embargo, consideramos que ésta *per se* no puede ser tomada o asumida como el supuesto habilitante de la privación de libertad –a diferencia de lo que sí ocurre, por ejemplo, en el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio ex. art. 18.2 CE—; debido a que, en el caso de la privación de libertad, la policía tiene la atribución de llevar a cabo la privación de libertad cuando tiene o existen unas sospechas razonables del vínculo entre el delito presuntamente cometido y la persona a detener²⁹⁵.

²⁹³ Por ejemplo, en el asunto *K.-F. v. Alemania*, 25629/94, 27 noviembre 1997, párrs. 58,-62. El TEDH –siguiendo lo considerado por el Tribunal de apelación doméstico— encontró que la sospecha de la policía sobre el probable delito investigado y el riesgo de que los demandantes huyeran estaban justificados; por lo que considero que la detención había tenido lugar sobre la base de una sospecha razonable de haber cometido un delito, dentro del significado del artículo 5.1.(c) CEDH, valorando también que tal detención tenía como último propósito presentar a los detenidos ante la autoridad judicial competente aunque ello finalmente no hubiera tenido lugar en virtud de que tras la realización de unas diligencias policiales de averiguación –interrogatorios a detenidos, a parte acusadora y consulta con la fiscalía—, fueron puestos en libertad.

²⁹⁴ Tal y como aparece recogido en el art. 18.2 CE, concepto que el texto fundamental no define de manera directa o expresa, pero cuyos contornos esenciales ha delineado el TC, reconociendo la arraigada imagen de la flagrancia como la «situación fáctica en la que el delincuente es 'sorprendido' —visto directamente o percibido de otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.» por lo que la «evidencia del delito» y la «urgencia de la intervención policial», son connotaciones de la flagrancia delictiva recogida en el art. 18.2 CE. En el caso de este artículo, la noción de flagrante delito constituye la situación fáctica en la que queda excusada la autorización judicial para llevar a cabo entradas o registros domiciliarios, «precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención». *Cfr.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8 B).

²⁹⁵ Por ejemplo, en el contexto de un operativo organizado por el servicio antidrogas que tenía como objetivo arrestar a una persona en flagrante delito, de quien ya habían sido informados que se trataba de alguien altamente peligroso –es decir, contaban con suficiente información objetiva— procedieron a su detención justo en el momento en que fue sorprendido realizando una entrega de drogas; el TEDH siguiendo lo establecido por la Comisión, consideró que la detención no contravenía el art. 5.1 CEDH dado que existía una sospecha razonable de que el demandante había cometido el delito de tráfico de drogas. *Vid.* STEDH *Egmez v. Chipre*, 30873/96, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párrs.12, 82, 83. También STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6; donde los recurrentes habrían sido sorprendidos por los agentes de la policía, ante lo cual emprendieron la huida y, tras ser localizados unas horas después fueron detenidos; el presupuesto de la detención no varió con motivo de la huida, sino que siguió siendo el primero, es decir, la existencia de indicios racionales de que habían cometido un delito.

Para concluir, creemos que puede señalarse, lo esencial del supuesto habilitante para la detención preventiva radica en la razonabilidad de unas sospechas o indicios sobre la comisión de una conducta tipificada en la ley penal con la cual el detenido se encuentra vinculado, y es ello lo que lleva a la autoridad policial a estimar necesario efectuar la privación de libertad. La razonabilidad de la sospecha o indicios es el corazón del presupuesto habilitante de esta privación de libertad²⁹⁶, si se constata, la institución *prima facie*, no puede ser considerada arbitraria.

4. Contenido

La unidad normativa de la Constitución implica que ninguno de sus preceptos pueda ser interpretado, desarrollado o aplicado por los poderes públicos, de forma que desnaturalice o desconozca el contenido de otro precepto constitucional, pues ello rompería la armonía que guarda la Norma Fundamental; por lo que ante una colisión de intereses constitucionalmente protegidos unos podrán ceder ante otros, dentro de la propia Constitución, de manera proporcionada y sin exceder su contenido –esencial, en el caso de los derechos fundamentales—²⁹⁷.

Así bien, si consideramos a la detención preventiva como institución constitucional dotada de un contenido propio²⁹⁸, necesariamente debemos de hacer referencia al objeto o a los bienes jurídicos subyacentes a la misma, especialmente para determinar las potestades de acción que ésta otorga a sus titulares a efecto de que puedan ejercitarla dentro de los límites constitucionalmente admitidos. Por ello, el contenido de la detención preventiva se define en relación con los intereses constitucionales que en ella convergen.

En ese sentido recordamos que en el marco de la detención preventiva convergen diversos intereses constitucionales: la libertad personal, como valor superior del Ordenamiento jurídico –art. 1.1 CE— y como derecho fundamental –art. 17 CE—, que además es

²⁹⁶ El TEDH señala que la razonabilidad de la sospecha en la que se basa una detención forma una parte esencial de la garantía contra un arresto arbitrario y detención establecida en el art. 5.1(c) CEDH. *Vid.* STEDH *K.-F. v. Alemania*, 25629/94, 27 noviembre 1997, párr. 57.

²⁹⁷ En este sentido *vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6.

²⁹⁸ Siguiendo la estructura propuesta por FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, pp. 155 y ss.

presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales²⁹⁹—, el interés público de la persecución y averiguación de los delitos³⁰⁰ —arts. 17.2 y 126 CE—, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y la garantía de la seguridad ciudadana —art. 104.2 CE—.

Así las cosas, el reconocimiento constitucional de la detención preventiva para esclarecer unos hechos delictivos y posteriormente poner a disposición judicial, parece evidenciar que el interés subyacente es el de la averiguación de los delitos, el descubrimiento y aseguramiento de los responsables, con el objetivo final de garantizar a todas las personas la seguridad ciudadana. Si el interés mencionado desaparece, la institución adolecería de sentido.

Ahora bien, también hay que tener en cuenta que la institución se configura como una limitación de la libertad personal, que a su vez se proyecta constitucionalmente como valor del ordenamiento jurídico y como un derecho fundamental —cuyo contenido esencial ha de permanecer intocado— y que como tal, vincula a todos los poderes públicos en su actuación —art. 53 CE— cuyo libre ejercicio, además, debe ser protegido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad —art. 104.1 CE—.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos apuntar que el contenido de la institución se integra por dos momentos diferenciados de afectación del derecho a la libertad personal.

a) Un primer momento de consumación inmediata: la aprehensión, consistente en la adopción de la institución, es decir el hecho material de la privación de libertad, el instante mismo en el cual un individuo, por la decisión y acción de una autoridad policial, se ve impedido para orientar, en el marco de las normas generales, su propia acción³⁰¹ determinando en dónde estar o hacia dónde dirigirse, su libertad física³⁰².

²⁹⁹ Cfr. STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3.

³⁰⁰ Cfr. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

³⁰¹ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4. El TC señaló que la libertad a la que se refiere el art. 17.1 CE, es la de quien orienta, en el marco de las normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud.

³⁰² En este sentido, *vid.* STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11. El TC recordó que la libertad protegida por el art. 17 CE es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios. Este momento no debe confundirse con la restricción a la libertad de circulación —art. 19 CE / art. 2 del Protocolo Nº 4 al CEDH—; recordamos que, como el TEDH ha señalado, existe una diferencia —no siempre sencilla— entre una privación de libertad a la luz del art. 5 CEDH y una restricción de la libertad de circulación; así para

b) Un segundo momento que inicia a partir de la privación de libertad, durante el cual y con motivo de la cual, se pueden realizar una serie de actuaciones de comprobación y diligencias de investigación –que pueden provocar restricciones a algún otro derecho fundamental³⁰³–; este momento subsiste mientras el detenido está a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³⁰⁴ y termina cuando el afectado es puesto en libertad o a disposición judicial – art. 17.2CE–; lo identificamos como la custodia.

De la jurisprudencia del TC podemos confirmar la diferenciación de los momentos de la detención preventiva, cuando se refiere a la habilitación legal específica que regula la actuación de la policía interviniente al momento de llevar a cabo la privación de libertad – detención³⁰⁵– y cuando se refiere a la actuación policial en las diligencias de investigación que sí pueden³⁰⁶ llevarse a la práctica –y las que no³⁰⁷– en el contexto de la detención preventiva, teniendo siempre presente que el periodo de validez constitucional de la institución, abarcando ambos momentos, oscilará entre el tiempo estrictamente necesario y un máximo de 72 horas.

determinar si estamos ante una privación de libertad en el contexto del art. 5.1 CEDH, el punto de partida debe de ser la concreta situación y tener en cuenta un amplio rango de criterios como el tipo, la duración, los efectos y la forma de implementación de la medida en cuestión. La diferencia entre una privación y una restricción de libertad es una de grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia. *Vid. SSTEDH Austin y otros v. Reino Unido* [GS], 39692/09, 40713/09 y 41008/09, Sentencia de 15 de marzo de 2012, párr. 57; *Medvedyev y otros v. Francia* [GS], 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010, párrs. 73-74.

³⁰³ En este sentido, *vid. MCBRIDE, Jeremy, Human Rights and criminal procedure...*, *op. cit.*, p. 14.

³⁰⁴ *Cfr. STC 199/1987*, de 16 de diciembre, FJ 8. En efecto, cuando el TC analizó la suspensión individual del derecho del art. 17.2 CE ex art. 55.2 CE, señaló que ésta consistía en la posibilidad de que el detenido, en virtud de una autorización judicial, continúa para los efectos de las indagaciones, a disposición de la autoridad gubernativa o policial.

³⁰⁵ *Cfr. STC 70/2002*, de 3 de abril, FJ 10.b.2). Señalando como tal, lo previsto por los arts. 282 LECrim, 11.1 f) y g) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 14 en relación con el art. 1, de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana –actualmente derogada–.

³⁰⁶ *Vid. Entre otras, STC 165/2014*, de 8 de octubre, FJ 2. Recordando los arts. 282 y 292 LECrim, señala que el resultado de las diligencias que realice la policía judicial, en su encomienda de averiguación de los delitos y la práctica de las diligencias necesarias para su comprobación, descubrimiento de los delincuentes y recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, deben documentarse en un atestado. El atestado, idóneamente, debe especificar con la mayor exactitud posible los hechos averiguados, insertado declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que se observen y puedan ser prueba o indicio del delito; por ello, señala el TC, forma parte del contenido natural del atestado la declaración de cuantas personas pudieran contribuir para el esclarecimiento de los hechos investigados. Así, al concluir las diligencias policiales, el atestado debe ser remitido a la autoridad judicial.

³⁰⁷ *Vid. STC 145/2014*, de 22 de septiembre, FJ 7, al referirse a la falta de habilitación legal para que la policía intervenga las comunicaciones verbales directas que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención.

Así pues, esos dos momentos que integran el contenido de la detención preventiva están supeditados a la subsistencia del interés subyacente pues si éste desaparece la institución se desnaturaliza. En efecto, si durante y con motivo de la privación de libertad las primeras investigaciones no permiten descubrir y probar –siquiera primariamente– el vínculo del detenido con el delito investigado, el interés de aseguramiento no puede subsistir. Si, por el contrario, se descubre o confirman los indicios del vínculo entre el detenido y el delito investigado, deja de ser necesaria la detención preventiva por resultar obligada la presentación del afectado ante la autoridad judicial para que éste determine la situación jurídica.

Por tanto, atendiendo al contenido de la institución privativa de libertad que analizamos, podemos afirmar que «no toda compulsión personal constituye una detención preventiva»³⁰⁸; que aunque el TC también se refiera a ella como detención «gubernativa»³⁰⁹ o detención «policial»³¹⁰, en este sentido, no pueden homologarse a la detención preventiva del art. 17.2 CE todas las detenciones decididas por una autoridad distinta a la judicial, pese a los puntos en común que puedan tener³¹¹ y, finalmente,

³⁰⁸ Cfr. STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4. Así lo refirió el TC señalando que las leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas, como podría ser la ejecución forzosa de una orden de devolución.

³⁰⁹ En la STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B), se señala que el art. 17.2 CE refiere el plazo máximo para la detención gubernativa. Por su parte, a lo largo de la STC 199/1987, de 16 de diciembre, de manera indistinta se alude a la detención preventiva y a la detención gubernativa y, en el FJ 8 cuando específicamente se analiza el alcance de la suspensión constitucional del art. 17.2 CE por aplicación del art. 55.2 CE, se dice que la suspensión consiste exclusivamente en la prolongación del tiempo de la detención gubernativa sin alterar el significado procesal de la misma.

³¹⁰ Cfr. SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 23/2004, de 23 de febrero, FFJJ 2, 3; 165/2007, de 2 de julio, FJ 3; 88/2011, de 6 de junio, FFJJ 3, 5; 12/2013, de 28 de enero, FJ 4.

³¹¹ Así, en la STC 21/1997, de 10 febrero, FJ 4, entre otras, se reconoce que el art. 17.2 CE expresa un «un principio de limitación temporal de toda privación de origen policial» (recordando la STC 341/1993). Por tanto, cualquier detención decretada por autoridad gubernativa debe responder al criterio de plazo temporal más breve posible y, por consistir en una restricción al derecho a la libertad deberán ser estrictamente necesarias; pero no siempre estarán vinculadas a hechos presumiblemente delictivos, *p. e.* la detención cautelar de un extranjero en situación administrativa irregular previa a la solicitud de internamiento (conforme al art. 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, será una detención gubernativa, será policial, pero atendiendo al presupuesto que la habilita y sobre todo, al interés subyacente, no podría calificarse como detención preventiva a la luz del art. 17.2 CE.

tampoco puede identificarse con la detención preventiva del art. 17.2 CE la detención que, en el contexto de una investigación penal, es acordada judicialmente³¹².

5. Titularidad

Artículo 17 CE

2. La detención preventiva [...] tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, [...] el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Artículo 5 CEDH

1.c) Si ha sido detenido [...] para hacerle comparecer ante la autoridad competente [...]

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c, [...] deberá ser conducida [...] ante un juez [...]

Artículo 6 CDFUE

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Artículo 9. PIDCP

3. Toda persona detenida [...] a causa de una infracción penal será llevada [...] ante un juez [...].

³¹² Las detenciones que, en el curso de unas diligencias previas incoadas en un Juzgado, son acordadas por un Juez, aunque también respondan a la investigación de algún hecho delictivo y pese a que la persona detenida permanezca durante un tiempo en custodia policial, son determinadas por la autoridad que es concebida como máximo guardián de la libertad y por tanto, se encuentran a su disposición, asumiendo el Juez «el dominio del hecho» de la privación de libertad». Por ello, aun compartiendo el interés de la investigación del delito, propio de la detención preventiva del 17.2 CE, tienen un contenido distinto. Así, en la detención judicial, la autoridad gubernativa se constriñe a ejecutar, a dar cumplimiento a un mandato judicial que, se presupone, ha sido razonado, ponderado y motivado. En tanto que, la detención preventiva, es una privación que decide la policía y que, tras la realización de una serie de actuaciones, concluye en un plazo breve, sea con la puesta en libertad del afectado o sea con la puesta a disposición del juez. Por tanto, esta detención emanada de una autoridad judicial, se ajusta a las privaciones de libertad del art. 17.1 CE, y aunque no tenga un *nomen* constitucionalmente reconocido, de la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal, podemos identificarla como detención judicial. En este sentido *vid.* SSTC 180/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 1, 2, 3; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

El tenor literal del precepto constitucional en cita, como el de los preceptos de obligada observancia ex art. 10.2 CE para una completa interpretación, son omisos en cuanto a la autoridad habilitada para poner en práctica la institución privativa de libertad de la detención preventiva; sin embargo, todos coinciden en señalar que quien la practique deberá conducir al privado de libertad a la presencia de una autoridad judicial.

Por tanto, si quien lleva a cabo esta detención tiene la obligación de poner a disposición judicial a un detenido –o la opción de dejarlo en libertad–, es evidente que esta limitación de la libertad personal constitucionalmente prevista no se refiere a las que son decididas por un Juez, se trata pues, de una situación de privación de libertad sin conocimiento y, por tanto, sin acuerdo judicial.

Aunado a lo anterior, el tenor literal del art. 17.2 CE, también a diferencia de los otros preceptos referidos, reconoce otra obligación para quien lleve a efecto la institución: que realice unas averiguaciones para esclarecer unos hechos –delictivos–.

Así bien, teniendo en cuenta que la Constitución es, como señalara el TC, «concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores»³¹³, podemos ver que la propia Norma Fundamental ofrece respuesta a la aparente omisión del art. 17.2 CE en relación con la autoridad habilitada como titular de la institución que analizamos y que, con tal condición deberá cumplir ese mandato de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

En efecto, hemos de tener en cuenta el contenido de los arts. 104.1, 126 y 149.1.29.^a CE para determinar la titularidad.

Artículo 104.1 CE

«1. *Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad*, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.»

Artículo 126 CE

«*La policía judicial* depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal *en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente*,»

Artículo 149.1.29.^a CE

«El Estado tiene *competencia exclusiva* sobre las siguientes materias: [...] *Seguridad pública*, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por

³¹³ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

en los términos que la ley establezca»

las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.»

[énfasis añadido]

En primer lugar, la seguridad pública hace referencia a una actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano, esta protección se lleva a cabo, preferentemente, mediante la actividad policial propiamente dicha, aunque su ámbito puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la policía de seguridad, es decir, de las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Ergo, no es posible realizar una identificación absoluta entre la materia de seguridad pública y las actuaciones que son propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública³¹⁴.

Ahora bien, aunque en principio la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, la propia CE modula tal exclusividad al contemplar salvedades –«sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas [...]»— cuyos límites también establece el precepto en cuestión –; en efecto es doctrina constitucional que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado y sólo se encuentra limitada por las competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido respecto a la creación de su propia policía³¹⁵.

Ahora bien, como señala el TC teniendo en cuenta también el art. 104 CE, la creación de policías autónomas puede realizarse en la forma que establezca el respectivo Estatuto en el marco de lo que disponga una ley orgánica³¹⁶; esta Ley, según reconoce el Alto Tribunal, realiza la función delimitadora del régimen jurídico de las policías estatal y autonómica y en su art. 38 fija las funciones de las Policías autonómicas del modo siguiente: con el

³¹⁴ Vid. SSTC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4; 148/2000, de 1 de junio, FJ 6.

³¹⁵ Cfr. SSTC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 148/2000, de 1 de junio, FJ 7, recordando la STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3.

³¹⁶ Cfr. STC 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 3. Se refiere a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

carácter de propias, en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y como prestación simultánea e indiferenciada con estas últimas³¹⁷.

Pues bien, la imposibilidad de asimilar la materia de seguridad pública y el ámbito de los servicios policiales *stricto sensu*, tiene consecuencias para la delimitación de competencias en la materia, de tal suerte que a las CCAA con competencias asumidas les corresponde la organización de sus propios servicios policiales y el ejercicio de las funciones o servicios policiales no estatales así como las potestades administrativas, complementarias o inherentes a las tareas de prevención e investigación de hechos delictivos, persecución de los culpables, del mantenimiento del orden ciudadano y otras análogas que se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³¹⁸. A manera de epítome: la única excepción a la exclusiva competencia estatal en materia de seguridad pública, es la relativa a la creación de la policía de seguridad.

Cabe entonces la pregunta de que debe entenderse por policía de seguridad, ya que es un concepto que no apreciamos en el texto fundamental pero sí es mentado por el intérprete de la Constitución; pues bien, cuando el TC se refiere a las intervenciones de la policía de seguridad, aclara que son las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³¹⁹.

Como consecuencia hemos de acudir, en segundo lugar, al art. 104.1 CE –previamente transcrito– que encomienda a las referidas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Para el Alto Tribunal el sentido del art. 104.1 CE permite deducir que «las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen»³²⁰.

³¹⁷ Cfr. SSTC 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 86/2014, de 29 de mayo, FJ 3.

³¹⁸ Cfr. STC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4, citando las SSTC 104/1989, de 8 de junio, FJ 6 y 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 5.

³¹⁹ Cfr. STC 148/2000, de 1 de junio, FJ 6. Y agrega citando su STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3. «En efecto, hemos dicho que 'por relevantes que sean, esas actividades policiales, en sentido estricto, o esos servicios policiales, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública...Otros aspectos y otras funciones distintas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas...componen sin duda aquel ámbito material'. Sobre la seguridad pública y el orden público como bienes constitucionalmente diferenciados y protegidos, *vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, «La configuración constitucional de la Seguridad Ciudadana», *op. cit.*, pp. 144-153.

³²⁰ STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 5.

En ese orden de ideas, el precepto configura a la policía como un servicio público a la comunidad, que se especializa en la prevención y lucha contra la criminalidad, adaptando el sistema policial—sus funciones, principios básicos—al orden constitucional y lo hace con una doble significación, de un lado prevé la misión de garantizar derechos y libertades fundamentales y de otro lado, implica que la actuación de la fuerza de la Policía deberá ajustarse, respetar y garantizar esos derechos y libertades fundamentales del ciudadano que está llamada a proteger³²¹.

Así pues, esta disposición constitucional refleja el necesario «y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de la Policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y la seguridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad de aquéllos, así como de otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.). [...]»³²².

Teniendo en cuenta lo anterior, vemos que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad—art. 104 CE— en cuanto a sus funciones de mantenimiento del orden ciudadano, prevención e investigación de los hechos delictivos y persecución de los culpables, dentro de las cuáles se incardina la detención preventiva, son asimiladas en conjunto como Policía, Fuerzas de Policía y/o Policía de Seguridad. En ese sentido el TC reconoce que «la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador [...es...] para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores»³²³.

En consecuencia, atendiendo a los señalamientos referidos del TC y considerando la finalidad instrumental y el fin último, el presupuesto habilitante y el contenido de la detención preventiva, todos intrínsecamente vinculados a la satisfacción del interés general y constitucionalmente legítimo de la persecución de los delitos, aseguramiento del delincuente y efectos del delito, creemos posible sostener que la autoridad habilitada para decidir y ejecutar la detención preventiva es, la policía —de seguridad o fuerza policial—entendiendo por tal, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mencionadas en el art.

³²¹ Cfr. STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 5.

³²² STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 5.

³²³ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9.

104 CE, en el ejercicio de las distintas funciones que le encomienda la Constitución (Policía administrativa, policía de seguridad pública, de seguridad ciudadana de investigación). En este sentido, la policía judicial, no es una corporación policial más, sino una función derivada del mandato constitucional—art. 126 CE—, que deben cumplir el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con carácter colaborador el personal de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales³²⁴, como es el caso de la Ertzaintza³²⁵ o la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra.

Así las cosas, todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben realizar, en el marco de lo dispuesto por la Ley Orgánica, tareas de prevención e investigación de hechos delictivos, persecución de los culpables, mantenimiento del orden ciudadano y otras análogas que se atribuyen a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³²⁶, dentro de las que podemos incluir la detención preventiva, al menos en su primer momento; y quizá, si las circunstancias de la detención preventiva requieren una actividad investigativa especializada, entonces corresponderá la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúen como policía judicial, en el entendido de la especialización, dedicación y exclusividad que ello demanda³²⁷.

³²⁴ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 1. Cuando el TC analizaba la legitimidad de las asambleas promotoras de los recursos de inconstitucionalidad frente a la LO 9/1984—hoy derogada—, recordó que la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, reconoce en su art. 1.2 la participación de las comunidades autónomas en el mantenimiento de la seguridad pública, que por el art. 3 se establece un principio de cooperación recíproca y coordinación entre todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y que en el mismo sentido «el art. 29.2 reconoce 'carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al personal de Policía de las Comunidades Autónomas' para el cumplimiento de las funciones de Policía Judicial.»

³²⁵ Al respecto vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 1. Al recordar que en la STC 74/1987, de 25 de mayo, se había reconocido la legitimación del Gobierno Vasco en relación con la impugnación de las normas legales sobre asistencia letrada a detenidos, por cuanto las mismas deben ser aplicadas también por la Policía autonómica vasca.

³²⁶ Cfr. STC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4, citando las SSTC 104/1989, de 8 de junio, FJ 6 y 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 5.

³²⁷ Vid. LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, art. 32 y art. 33. «Los funcionarios adscritos a las Unidades de Policía Judicial desempeñarán esa función con carácter exclusivo, sin perjuicio de que puedan desarrollar también las misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomienden, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.»

En ese sentido recordamos lo establecido por los arts. 282. LECrim y el 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de los que se deriva como obligación de la policía judicial³²⁸:

- Averiguar los delitos públicos que se cometieron en su territorio o demarcación (art. 282 LECrim) y prevenir la comisión de actos delictivos (11.1 f), LO 2/86),
- Practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes (art. 282 LECrim), es decir, la investigación de los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables (11.1 g), LO 2/86),
- Recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolo a disposición de la Autoridad Judicial (art. 282 LECrim), es decir, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez (11.1 g), LO 2/86)

Señalaba el TC que la detención preventiva es una excepción a la garantía de que la situación de libertad o pérdida transitoria de la misma se encuentra en manos de un Juez³²⁹, así quienes resultan ser titulares de dicha excepción son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad previamente referidos.

6. Límites

En un Estado democrático de Derecho, una privación de libertad debe de corresponderse con la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos, debe de ser proporcional y debe de contar con una determinación tal que permita tener seguridad y certidumbre sobre su modo de aplicación efectiva³³⁰. Este último aspecto es el que corresponde analizar en el presente epígrafe, el modo o forma de

³²⁸ Como se apunta en las SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9, 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

³²⁹ *Cfr.* STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 13.

³³⁰ *Cfr.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5. Al referirse a los condicionamientos a observar por el legislador en la creación de algún *caso* de privación de libertad conforme al art. 17.1 CE, recordando que la proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de la misma hace que se excluyan aquellas privaciones que aún previstas en la ley, no sean razonables y rompa el equilibrio entre el derecho y su limitación.

llevar a cabo de manera efectiva la institución de la Detención Preventiva que se conforma a través de una coexistencia de limitaciones.

Por un lado, tengamos presente que la finalidad de la detención preventiva reconocida en el art. 17.2 CE es el esclarecimiento de un hecho(s) delictivo(s) con los cuales se encuentra racionalmente vinculado el detenido y, a tal efecto, la policía realizará las pesquisas que considere oportunas³³¹ de cuyo resultado podrá poner en libertad al detenido o en su caso, ponerlo a disposición judicial. Por otro lado, recordemos que la detención preventiva es una institución cuyo efecto se proyecta en dos momentos, el de la aprehensión misma y el del desarrollo de las actuaciones de averiguación. De igual manera hay que tener presente que conforme al mandato constitucional –art 17.2CE— ésta durará el tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo las diligencias policiales que permitan averiguar y medianamente esclarecer unos hechos, las cuales pueden ser practicadas por un lapso cuyo tope máximo es de setenta y dos horas, en las cuales el detenido debería contar con la asistencia de un abogado, entre otros derechos. Ello significa que ésta institución siempre debe ajustarse al marco de respeto a los derechos fundamentales de la persona bajo custodia.

Teniendo en cuenta lo anterior, al comenzar el apartado concerniente a la configuración constitucional de la institución de la detención preventiva, cuando aludimos al «ejercicio» como uno de sus elementos configuradores, acto seguido aclaramos que atendiendo a que la institución se configura a través de una concurrencia de limitaciones razonables al actuar policial, creemos más apropiado identificar y referirnos como elemento configurador a los límites de la institución³³².

³³¹ Cfr. SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3; 250/2006, de 24 de julio, FJ 3. El TC recuerda que una detención puede ser calificada como privación de libertad ilegal, por indebidamente prolongada o mantenida, si sobrepasa «el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido», aun cuando ésta no rebase el límite máximo constitucional; señalando que si no es necesario realizar nuevas diligencias para el esclarecimiento de los hechos, no debe prolongarse la detención gubernativa.

³³² Siguiendo el esquema sugerido por Freixes Sanjuán para un óptimo estudio de los derechos fundamentales como instituciones jurídicas, estamos conscientes de que distingue entre el ejercicio y los límites como elementos configuradores de aquéllos; así la autora señala que el elemento del ejercicio, se refiere a las formalidades y procedimientos necesarios para conseguir la efectividad de la institución –el derecho fundamental–, para lo cual el legislador cuenta con una cierta discrecionalidad marcando condiciones y límites al ejercicio, siempre y cuando éstos no acaben por desnaturalizar la institución *ius fundamental*; y por cuanto a los límites, los define como las restricciones al ejercicio «que resulten conformes

El carácter restringido de esa institución parte, a nuestro parecer, del propio valor cardinal de la libertad personal, del principio *favor libertatis* que siempre ha de orientar la interpretación constitucional, principio que además, como ha señalado el TC, está presente en la configuración de los derechos del apartado 2 – y 4 inciso segundo— del art 17 CE³³³, mismo que da vida a la institución que estudiamos.

Por ello, con el objeto de garantizar la protección de los ciudadanos frente a una eventual actuación estatal excesiva, señalamos que el ejercicio de esta institución *iusfundamental* se encuentra configurada a través de una concatenación de limitaciones, unos elementos acotadores que deben encontrarse presentes siempre, tanto en el momento de la aprehensión –señalado primer momento— como durante la custodia policial; constituyen una serie de contrapesos –sin impedir más allá de lo razonable— a la actuación estatal, si acaso uno de ellos no se tuviese en cuenta, entonces la detención devendría en arbitraria; por eso atendiendo a su indispensable presencia durante la vigencia de la detención preventiva, insistimos en señalar que se trata de una institución restringida. Pues bien, nos referimos a lo establecido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³⁴: la conformidad con el derecho, el criterio de estricta necesidad y temporalidad limitada –notas características de esta institución ex art. 17.2³³⁵—, el deber de la adecuada motivación, el control judicial, la proporcionalidad y el respeto a los derechos de los detenidos. Veamos

a. Conforme a derecho

Por mandato constitucional «toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art.

con las coordenadas constitucionales». Ahora bien, el análisis que sigue la autora, como hemos dicho, es el de los derechos fundamentales; el nuestro, tomando como referencia aquél, es el de una limitación o restricción, es decir un elemento configurador, tal y como lo señalamos al inicio del apartado C. Configuración constitucional de la Detención Preventiva y, para más detalle sobre el análisis, sugerimos a FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, pp. 157-161

³³³ Cfr. STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B).

³³⁴ Vid. entre otras STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2 y jurisprudencia ahí citada; SSTDH *Shimovolos v. Rusia*, 30194/09, Sentencia de 21 de junio de 2011, párr. 49 y ss y *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 3 de octubre de 2006, párr. 30 y ss.

³³⁵ Cfr. Entre otras, SSTC 288/2000, de 23 de febrero, FJ 3, 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.

81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal»³³⁶ y esa norma legal que habilita la injerencia debe reunir unas condiciones mínimas suficientes que satisfagan las exigencias de necesidad jurídica y certeza del derecho³³⁷. Siguiendo ese orden de ideas, el TC puntualmente ha señalado que toda restricción a la libertad ha de ser cierta y previsible, pues de no ser así sometería el ejercicio del derecho a la voluntad del aplicador de la ley³³⁸.

Así pues, el primer condicionamiento de toda restricción del derecho a la libertad, es la conformidad con el derecho. Lo cual implica no sólo la existencia de una previsión normativa, sino además la definición de las modalidades y extensión del ejercicio del poder que ha sido otorgado con una claridad suficiente que permita aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad³³⁹. Este condicionamiento, también identificado como principio de legalidad³⁴⁰, tiene una doble función³⁴¹:

- a) Asegura que los derechos que la CE atribuye a los ciudadanos no sufran afectación alguna por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes, y
- b) Garantiza las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, en un ordenamiento jurídico como el español, donde los Jueces y Magistrados se encuentran únicamente sometidos al imperio de la ley

³³⁶ Vid. SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.

³³⁷ Cfr. STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.

³³⁸ Cfr. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 7.

³³⁹ Cfr. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a); recordando las SSTC 49/199, de 5 de abril, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.

³⁴⁰ Principio que se desprende del criterio jurisprudencial del TEDH cuando se refiere a la noción de *Lawfulness*, basada en la redacción introductoria del artículo 5.1 CEDH (versión en inglés) conforme al cual «Nadie puede ser privado de su libertad, salvo [...] y con arreglo al procedimiento establecido por ley: [...]», lo cual se reitera con mayor precisión aún en el apartado (c) al señalar «Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, [...]». Tal principio de legalidad presupone una conformidad con el derecho nacional, en primer lugar; pero además conformidad con el propósito de las restricciones permitidas por el artículo 5.1 CEDH [en el caso se trataba del apartado e)]; respecto a la conformidad de la detención con el derecho nacional, el TEDH ha señalado que el término «conforme a derecho» [(lawful, en la versión en inglés) con la que comienza cada epígrafe del art. 5.1] abarca tanto a normas sustantivas como adjetivas; además ha reconocido que existe un cierto traslape entre el término «conforme a derecho» y la exigencia general establecida al comienzo del art. 5.1, cuando señala «con arreglo al procedimiento establecido por la ley» («in accordance with a procedure prescribed by law», versión en inglés). Al respecto *vid.* STEDH *Winterwerp v. Países Bajos*, 630173/73, Sentencia de 24 de octubre de 1979, párr. 39.

³⁴¹ Cfr. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.

y no existe, en puridad, la vinculación al precedente. Así, la seguridad jurídica se caracteriza como la suma de la legalidad y certeza del Derecho³⁴²

Siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, la cobertura legal específica de una disposición que implique una restricción de derechos fundamentales, debe analizarse desde una triple condición³⁴³: a) La existencia de la disposición jurídica habilitante –en cuanto a la restricción, la autoridad y el supuesto concreto de procedencia³⁴⁴—; b) El rango legal que tenga dicha disposición; y c) La calidad de ley como garantía de seguridad jurídica.

i) La existencia de una disposición jurídica habilitante (de la restricción, de la autoridad y del supuesto de procedencia).

En su condición de límite específico a la libertad personal —y medida restrictiva de otros derechos fundamentales— es la propia Norma Fundamental la previsión habilitadora³⁴⁵, así lo ha reconocido el TC al recordar las dos clases de límites a que se refiere el art. 17 CE, señalando en primer lugar a los expresamente referidos los distintos párrafos del artículo³⁴⁶, resultando que el párrafo segundo es el que prevé la institución objeto de nuestro estudio.

En efecto, como hemos insistido a lo largo de este capítulo, es el art. 17.2 del texto fundamental el que da origen a la institución de la detención preventiva. La institución nace de la propia norma suprema y es ésta también la que primordialmente delinea sus coordenadas sin hacer ningún tipo de remisión a una ley.

Ahora bien, esta ausencia de remisión a una ley no impide a que el legislador regule cuestiones procedimentales de la institución que lógicamente no podrían ser previstas en el texto fundamental –atendiendo a su propia naturaleza³⁴⁷—.

³⁴² Cfr. STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.

³⁴³ Vid. SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.

³⁴⁴ Sobre la identificación de los tres elementos de la disposición jurídica habilitante sugerimos la STC 169/2001, de 16 de junio, FFJJ 7, 8, sucintamente recordada en la STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7 b).

³⁴⁵ Cfr. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, En el caso, cuando el TC analizó la «norma legal» que habilitaba la injerencia al derecho reconocido en el art. 18.3 CE, se refirió a la Norma Fundamental como norma habilitadora.

³⁴⁶ Cfr. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 5.

³⁴⁷ Como el TEDH lo ha reconocido, debido a la naturaleza general de las provisiones constitucionales, el nivel de precisión exigido puede ser menor que el de otra normativa. Vid. STEDH *Rekvényi v. Hungría* [GS], 25390/94, Sentencia de 20 de mayo de 1999, párr. 34.

Por cuanto a la habilitación a la autoridad y al presupuesto de procedencia³⁴⁸; anteriormente señalamos que la dicción del precepto constitucional no incluye la mención expresa de la autoridad que lleva a la práctica la detención preventiva, pero sí reconoce dos obligaciones de quien la practique: a) realizar unas averiguaciones para esclarecer unos hechos –delictivos— y b) presentar al detenido ante una autoridad judicial. Ello nos llevó a depurar la posibilidad de que se tratase de una detención ordenada judicialmente, lo que puede confirmarse con la doctrina del Alto Tribunal³⁴⁹.

Sin embargo, pese a que el art. 17.2 CE sea omiso en cuanto a la autoridad habilitada, vimos que de una interpretación sistemática de la Constitución, siguiendo a su intérprete, la detención está encomendada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³⁵⁰ –arts. 149.29.^a, 104.1, 126 CE—, para un concreto supuesto de procedencia³⁵¹—supuesto habilitante—: las investigaciones o averiguaciones tendentes a esclarecer unos hechos – art. 17.2 CE— con apariencia de delito, a los que se encuentra vinculado el afectado con la medida –descubrir y asegurar al delincuente, ex art 126 CE— .

ii) El rango legal de la disposición

La perspectiva del análisis de la previsión normativa deviene de una interpretación conjunta de los arts. 53.1 y 81.1 CE, en cuanto el desarrollo de los derechos fundamentales es una materia reservada a la ley, misma que deberá tener el carácter de Ley Orgánica.

³⁴⁸ Recordemos que la cobertura legal debe ser clara en cuanto a la autoridad habilitada, por eso, no podría constituir una cobertura legal específica una disposición que establece habilitaciones para una autoridad administrativa y no judicial o viceversa, o disposiciones que habiliten «[...] a los órganos judiciales a adoptar la medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes». *Vid.* SSTC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.b); 169/2001, de 16 de julio, FJ 8.

³⁴⁹ *Cfr.* STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 3. Además, *vid. supra* Apartado B.2.b. Medida de carácter policial, de este capítulo.

³⁵⁰ Y además ello también puede desprenderse de la jurisprudencia del TC, p.e. al referirse a la vulneración del art. 17.2 CE que se produce cuando el detenido permanece «bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes» sin la debida observancia de los límites temporales constitucionales. *Cfr.* SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 4.

³⁵¹ Para que la cobertura legal pueda considerarse adecuada, debe de ser precisa en cuanto al ámbito jurídico y presupuesto de aplicación en relación con la concreta habilitación otorgada a la autoridad actuante. *vid.* STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 8.

En este caso, las medidas que regulan la detención, en cuanto medida que afecta derechos fundamentales, deberá guardar la reserva de Ley Orgánica, conforme a lo establecido en Constitución Española.

En este caso la libertad de actuación del legislador será más restringida puesto que, gran parte de los elementos que perfilan los contenidos de la institución vienen determinados en la norma suprema.

iii) La calidad de ley como garantía de seguridad jurídica

Señalábamos que cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales, además de estar autorizada por una disposición con rango de ley, debe reunir unas condiciones mínimas suficientes que permitan satisfacer las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho³⁵².

Sobre esta cuestión el TC ha considerado los criterios del TEDH señalando que «una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad»³⁵³.

Más aún, conforme al criterio del TEDH sobre las características de una previsión legal que permite la privación de libertad a la luz del artículo 5 CEDH, las expresiones «conforme a derecho»³⁵⁴ y «con arreglo al procedimiento establecido por ley», mencionadas en el párrafo 1 del artículo, no solo implican un adecuado cumplimiento con las normas sustantivas y procedimentales del derecho nacional, implican además que la privación de libertad sea conforme al propósito del artículo 5 CEDH —no arbitraria—. Además, dada la importancia de la libertad personal, es esencial que el derecho nacional aplicable reconozca el estándar de legalidad establecido por la Convención, mismo que requiere que toda la ley, escrita o no escrita, sea suficientemente precisa para permitir a los ciudadanos —si es necesario, con el asesoramiento adecuado— prever, en una medida razonable y

³⁵² Cfr. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 2.

³⁵³ STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.

³⁵⁴ «Lawful» en la versión en inglés del CEDH. Sobre el principio de legalidad en el art. 5 CEDH *vid.* nota a pie *supra* 340.

atendiendo a las circunstancias, las consecuencias que un determinado acto puede tener³⁵⁵.

A la luz de lo anterior, la institución de la detención preventiva, tal y como está prevista en la Norma Fundamental parece ser lo suficientemente precisa en cuanto a su contenido como medida limitativa del derecho a la libertad, las autoridades que pueden llevarla a cabo, los supuestos habilitantes, las condiciones para su mantenimiento y las consecuencias que la misma puede tener, atendiendo a la institución misma y sobre todo, al derecho fundamental a la libertad –arts. 17 CE / 5 CEDH / 6 CDFUE / 9 PIDCP—. Se trata pues de una restricción cierta y previsible en cuanto a su existencia y sus consecuencias; por tanto, bien puede constatarse la certeza y seguridad jurídica de la institución como media restrictiva del derecho a la libertad personal, al menos *ius fundamentalmente*.

b. Estricta necesidad y temporalidad limitada

La estricta necesidad resulta ser un imperativo del propio art. 17.2 CE al aludir a una duración estrictamente necesaria. Además, la condición de estricta necesidad, se refuerza atendiendo a la estricta temporalidad. El TC ha insistido en señalar que la detención preventiva prevista en el art. 17.2 CE «ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible»³⁵⁶, para el TC esto se corrobora con lo dispuesto por los arts. 5.2 y 3 CEDH y 9.3 PIDCP, que exigen la conducción del detenido ante la autoridad judicial «sin dilación» o «sin demora»³⁵⁷.

Respecto a la actuación policial, el TC se ha referido a la habilitación legal específica que regula la actuación de la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito³⁵⁸, así como para practicar las diligencias necesarias para la averiguación de los

³⁵⁵ Vid. STEDH *Steel y otros v. Reino Unido*, 24838/94, Sentencia de 23 de septiembre de 1998, párr. 54-55. [Refiriéndose al concepto de violación al orden público]. En igual sentido respecto al alcance de la legalidad vid. SSTEDH *S.W. v. Reino Unido*, 20166/92, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, párrs.35-36; y *mutatis mutandis*, *Sunday Times v. Reino Unido*, 6538/74, Sentencia de 26 de abril de 1979, párr. 49.

³⁵⁶ Entre otras, vid. STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3 recordando las SSTC 199/1987 y 224/1998.

³⁵⁷ Cfr. SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2.

³⁵⁸ Cfr. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9, recordando la argumentación sostenida en las pasadas SSTC 173/2011, de 7 de noviembre y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, señalando como tal, lo previsto por los arts. 282 LECrim, 11.1 f) y g) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 14 en relación con el art. 1, de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana –actualmente derogada—.

delitos y el descubrimiento de los delincuentes. Aunque reconoce que la ley no enumera casuísticamente dichas diligencias, considera que sí las limita adjetivándolas y orientándolas a un fin. Estas actuaciones podrán ser legítimas si consiguen satisfacer el criterio de estricta necesidad, el cual deberá valorarse atendiendo a las circunstancias del caso y observando los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad³⁵⁹.

Este criterio de estricta necesidad debe poder constatarse en cada actuación policial practicada durante la detención preventiva. Por ejemplo, pensemos en el uso proporcionado de la fuerza durante el primer momento de la institución –la aprehensión—, ésta no puede tener ningún tipo de legitimidad si adoleciera de este condicionamiento de proporcionalidad, en similar sentido podemos referirnos al uso de instrumentos a los que puede recurrir la autoridad para llevar a efecto la detención, p.e. el empleo de esposas³⁶⁰.

En similar sentido, durante en el segundo momento –custodia policial— la policía realizará, p.e. una serie de interrogatorios que le permitan verificar la identidad del detenido, así como de averiguar o indagar las alegaciones que puedan existir en su contra y las sospechas sobre su participación en el delito investigado; en este sentido los interrogatorios no se limitan a la persona detenida, pueden dirigirse también, por ejemplo, al denunciante³⁶¹. Así, tales interrogatorios podrían satisfacer el criterio de estricta necesidad en cuanto permiten satisfacer la finalidad inmediata de investigar y en su caso, la mediata de poner a disposición judicial. Por ello, si hechos los interrogatorios es posible confirmar las sospechas racionales, entonces el detenido tendría que ser puesto a disposición judicial, cesando a partir de ese momento la estricta necesidad de la privación de libertad policial.

³⁵⁹ Cfr. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2).

³⁶⁰ Este es quizá uno de los instrumentos más antiguos y plenamente identificado con la figura policial; sobre el esposamiento de los detenidos el TEDH ha señalado, que éste *per se* normalmente no da lugar a alguna afectación a la luz del art. 3 del CEDH –integridad física—; cuando esta medida es practicada en el contexto de una detención conforme a derecho y además, no implica uso de la fuerza o exposición pública, excediendo lo que puede ser considerado razonablemente necesario en las circunstancias; es importante que el esposamiento se realice sólo como medida de aseguramiento en la actuación policial y nunca con la intención de humillar o degradar; por tanto tendría que estar originado o motivado en la creencia de que el afectado podría resistirse al arresto o huir, causar alguna lesión o daño o sustraer la evidencia. *Vid.* STEDH *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre 1997, párr. 56. A mayor abundamiento *vid.* Capítulo III.B.1. Detención Preventiva y el Derecho a la integridad física y moral.

³⁶¹ Cfr. STEDH *K.-F. v. Alemania*, 25629/94, Sentencia de 27 de noviembre, párr. 62.

Así pues, las actuaciones policiales pueden, e idóneamente deben, realizarse en todo momento hasta que el individuo sea liberado o puesto a disposición judicial y no limitarse a un estricto horario de oficina; por ejemplo para confirmar si la persona tiene o no antecedentes penales³⁶²; si estas diligencias son realizadas bajo el criterio de estricta necesidad y dentro del plazo estrictamente necesario, la privación de libertad resulta justificable.

Por otro lado, hay que referirnos al condicionamiento de la temporalidad limitada. Primero hay que recordar que el principio de limitación temporal es una característica común a todas las privaciones de libertad; aunque tratándose de detenciones preventivas, la CE impone aún con mayor intensidad el imperio de la estricta limitación temporal³⁶³. En este sentido, el TC ha dicho que este tipo de detenciones deberá estar siempre inspirado por el criterio del lapso temporal más breve posible³⁶⁴.

Pues bien, la limitación temporal de la detención preventiva establecida por la Constitución se materializa en la existencia de dos plazos de duración³⁶⁵: el primero, se identifica como plazo «estrictamente necesario», por lo cual es relativo; el segundo, es un plazo claramente tasado, es un «plazo máximo absoluto»³⁶⁶.

El primero, consiste en un lapso mínimo indispensable para la realización de las averiguaciones previas tendentes a esclarecer los hechos que motivaron la detención; es decir, se conforma por el tiempo estrictamente necesario para que la autoridad gubernativa realice las diligencias que considere estrictamente necesarias previo a la disposición del sujeto investigado ante la autoridad judicial. Así, la determinación temporal de lo que se considere «estrictamente necesario» será variable, pues habrá que atender a las circunstancias de cada caso, a la luz de ciertas variables como pueden ser: las circunstancias que concurren, el fin perseguido de la medida de privación de libertad, la

³⁶² P.e. STEDH K.- F v. Alemania, 25629/94, Sentencia de 27 de noviembre, párr. 68, 69.

³⁶³ Vid. SSTC 23/2004, de 23 de febrero de 2004, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 288/2000, de 27 de noviembre de 2000, FJ 3 y 224/2002, de 25 de noviembre de 2002, FJ3.

³⁶⁴ Vid. SSTC 23/2004, de 23 de febrero de 2004, FJ 2, 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

³⁶⁵ Cfr. STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2.

³⁶⁶ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.

actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la detención³⁶⁷.

El segundo, se encuentra taxativamente establecido por el artículo 17.2 CE: «plazo máximo de setenta y dos horas»; es decir, el constituyente consideró este lapso, como el máximo prudencial a los efectos de una detención preventiva.

Ambos plazos comenzarán a computarse desde el inicio de la detención, que no necesariamente habrá de coincidir con el momento en el cual el afectado con la medida se encuentra en dependencias policiales³⁶⁸. Además, como dichos plazos –absoluto y relativo—no siempre coinciden³⁶⁹, subrayando el carácter garantista de la Constitución, el TC ha sentado que el plazo relativo se superpone, sin remplazarlo, al plazo absoluto; es decir, tendrá preferencia aquél que resulte más beneficioso para el detenido³⁷⁰. Así las cosas, una vez agotado el plazo de la detención preventiva, solamente puede haber dos posibilidades legales para el detenido: a) Ser puesto en libertad o b) Quedar a disposición de una autoridad judicial, convirtiéndose la detención gubernativa en una detención judicial, a todos los efectos y en los locales correspondientes³⁷¹. Por lo que se refiere al juicio de Proporcionalidad de la medida, debemos tener bien claro: el plazo relativo se superpone al máximo absoluto.

Ante lo anterior, tomando en consideración el capital valor de la libertad personal y reconociendo los estándares internacionales citados por el TC³⁷², de conducir a un detenido «sin dilación» o «sin demora» ante una autoridad judicial, existe una única posibilidad constitucionalmente reconocida para extender, dentro de un régimen normal

³⁶⁷ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3, 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2, citando las SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.

³⁶⁸ Cfr. STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3.

³⁶⁹ De hecho, esta es la situación más normal; situación que habría previsto el constituyente, de otra forma no tendría razón de ser el establecimiento de dos plazos diferenciados, *Vid.* STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3.

³⁷⁰ *Vid.* SSTC 23/2004, de 23 de febrero de 2004, FJ 2 y 31/1996, de 27 de febrero de 1996, FJ 8; 288/2000, de 27 de noviembre de 2000, FJ 3.

³⁷¹ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

³⁷² *Vid.* STC 165/2007, de 2 de julio de 2007, FJ2, donde alude a la consonancia del art. 17.2 CE con las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 5.2 y 3) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3).

de derechos, el plazo de duración de la detención preventiva: el artículo 55.2 CE³⁷³. Este precepto permite, con intervención judicial, una prolongación de la detención preventiva más allá de esas setenta y dos horas³⁷⁴ para la «realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»; así pues, constitucionalmente es posible permanecer, en situaciones excepcionales, bajo la custodia y a disposición de los Cuerpos de Seguridad del Estado³⁷⁵ por un plazo superior al máximo constitucional; sin embargo hay que señalar que como esta prórroga excepcional sólo puede ser acordada por una autoridad judicial, en principio, parece satisfacerse el requisito de una pronta intervención judicial³⁷⁶.

Finalmente, a este respecto vale la pena señalar que la duración de la prolongación excepcional del límite temporal máximo de la detención preventiva, aun cuando autorizado por la autoridad judicial, no está fijada por la Constitución, sino que ésta ordena que el mismo sea establecido por una Ley Orgánica³⁷⁷.

³⁷³ Artículo 55.2 CE «Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma Individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, [...] pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.»

³⁷⁴ Hay que tener siempre presente, que este precepto «expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial». *Vid.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 a).

³⁷⁵ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, FJ 8.

³⁷⁶ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, FJ 8. Subrayadamente señalamos: «en principio, parece», en virtud de que el propio TC ha reconocido que esta intervención judicial no constituye, «una puesta a disposición de la autoridad judicial» a la que alude el 17.2 CE; y en consecuencia, es lógico pensar que tampoco se referiría a la puesta a disposición judicial a que aluden los artículos 5.1(c) y 5.3 CEDH «Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, [...]» o 9.3 del PIDCP «Toda persona detenida [...] a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez [...]» Así bien, se trata solamente de una intervención judicial que valida la prolongación de la detención gubernativa, pues el detenido permanece a disposición de la policía a efectos de que pueda continuarse con las indagaciones. Este tema se aborda con detenimiento en el apartado B.2.c. Afectación a la Detención Preventiva con motivo de la Suspensión Individual de derechos, capítulo IV de este trabajo.

³⁷⁷ Para la elaboración de la disposición normativa que establezca la duración máxima del tiempo excepcional de duración de la detención preventiva, el legislador debería de tener como parámetros de referencia los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 5.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—ratificados por España—pues son estos los que establecen la obligación de conducir a un detenido frente a la autoridad judicial «en el plazo más breve posible». Ha de considerar también que el propio texto constitucional limita la duración de este tipo de detención al «tiempo estrictamente necesario» para la realización de las correspondientes averiguaciones. Todo ello supone que el legislador debe ponderar tanto de las exigencias derivadas de las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, como la aplicación del criterio de necesidad estricta y de la mayor brevedad posible en tales términos. En este sentido, *vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, FJ 8.

Considerando lo anterior, podemos señalar que los plazos máximos para la detención preventiva pueden ser dos, el ordinario constitucionalmente reconocido de 72 horas y el excepcional, que por mandato del art. 55.2 CE, se establecerá en la legislación de desarrollo.

En conclusión, debe ser dentro de este marco temporal, en el que la policía podrá desplegar sus actuaciones tendentes a conseguir la finalidad de la detención preventiva, considerando además que ésta responde efectivamente a un análisis de necesidad y proporcionalidad con el criterio de estricta limitación temporal en el cual está inspirada la detención preventiva³⁷⁸. Por tanto, la autoridad policial desde el momento en el que comienza su actuación en el contexto de una detención preventiva, sobradamente sabe que la institución se somete a los plazos constitucionales de absolutamente necesario o máximo de 72 hrs, lo cual la obliga a actuar bajo la obligación de tomar todas las precauciones necesarias para respetar dichos plazos.

c. Motivación

Tratándose de limitaciones a derechos fundamentales la motivación de las medidas que los limitan es ineludible; por eso la simple ausencia de motivación ocasionaría *per se*, la vulneración del derecho fundamental sustantivo. Esta exigencia suele vincularse con la intervención del órgano judicial que es quien, por regla general, puede autorizar *ex ante* alguna injerencia en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el hecho de que en el caso de la detención preventiva la decisión de la afectación al derecho a la libertad sea adoptada por la policía, no impide ver que esta medida satisfaga el requisito de motivación de toda medida limitativa de derechos; y es que una limitación al libre ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce es un acto grave que necesita contar con una «especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones

³⁷⁸ Con relación a este criterio, *vid.* SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3 y 224/2002, de 25 de noviembre, FJ3. También el TEDH ha señalado que solo en algunas circunstancias excepcionales podría aceptarse algún retraso antes de la liberación de la persona; así consideraciones prácticas relacionadas con la actuación de los tribunales y el cumplimiento de formalidades especiales pueden significar que la puesta a disposición judicial pueda tomar tiempo; sin embargo, tales circunstancias excepcionales no pueden tener cabida en casos en los que el periodo máximo de detención esté previsto en la ley, sobre todo si éste es absoluto. *Vid.* STEDH K.- F. v. Alemania, 25629/94, Sentencia de 27 de noviembre, parr. 71-72.

por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo [...], la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Por ello «toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado»³⁷⁹.

En ese orden de ideas, en el caso de la detención preventiva la policía, como autoridad actuante, tiene que dar cumplimiento a la exigencia de motivación en una doble vía: ante el detenido y ante la autoridad judicial. En cuanto al primero, porque ese deber de motivación apareja el cumplimiento de un derecho básico del detenido: saber la razón que lleva a la autoridad administrativa a privarle de su libertad, y esto debe de hacerse de manera inmediata –art. 17.3 CE— al momento mismo o en el plazo más breve posible –art. 5.2 CEDH / 6 CDFUE—. En cuanto al segundo, en la medida en que al poner al detenido ante la presencia judicial, deberá entregar constancia escrita de cada una de las razones que justifiquen los hechos en los cuales se basó para llevar a cabo su actuación y las diligencias que en consecuencia consideró pertinente hacer, es decir, el atestado policial.

Ahora bien, atendiendo a la naturaleza de la institución, hacen que la motivación no pueda ir más allá de una presunción o indicios racionales de vinculación del detenido a un delito, indicios que la autoridad policial deberá poder justificar en todo momento.

d. Control judicial

Como mandato básico toda privación de libertad ha de estar controlado por un juez, por ello es identificado como «guardián natural de la libertad»³⁸⁰. Este control es un imperativo que bien puede considerarse como parte del núcleo duro de garantías con las que debe contar cualquier persona privada de libertad; ello se hace evidente de la simple lectura tanto del art. 17 CE como del art. 5 CEDH / 6 CDFUE y 9 PIDCP.

A pesar de ello la dicción del art. 17.2 CE, como ha dicho el TC, revela que la detención preventiva constituye «la exclusiva excepción» a la garantía constitucional de que la pérdida transitoria del derecho a la libertad esté en manos de un juez³⁸¹. Ello no obstante,

³⁷⁹ *Vid.* STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3.

³⁸⁰ *Cfr.* SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 5; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9; 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

³⁸¹ *Cfr.* STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 13.

también el propio art. 17.2 CE —a la luz y conforme al art. 5.1(c) - 5.3 CEDH / art. 6 CDFUE y 9.3 PIDCP— somete esta institución limitativa al escrutinio judicial³⁸², y es que éste constituye una medida importante de protección contra cualquier eventual comportamiento arbitrario, detención incomunicada y malos tratos³⁸³. Ahora bien, el control judicial de la detención preventiva puede hacerse efectivo de dos maneras, una de oficio —vía ordinaria— y otra a requerimiento del detenido.

La primera se refiere a la puesta a la disposición judicial prevista en el art. 17.2 CE, una intervención judicial que debe ser expedita y de oficio³⁸⁴ cuando, si no ha sido puesto en libertad, se agota el tiempo estrictamente necesario para las averiguaciones de los hechos o, como máximo, transcurridas 72 hrs. Esta fiscalización judicial no está sujeto a la elección del detenido y tampoco puede hacerse depender de su capacidad para exigir su cumplimiento³⁸⁵; tan es así, que ésta puede verse también como el fin último de la medida

³⁸² Vid. STEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 3 de octubre de 2006, párrs. 32-34. Como se desprende de la jurisprudencia del TEDH debe existir una protección para quienes sean arrestados o detenidos por la sospecha de haber cometido un delito, a través de un control judicial. Este control sirve para proporcionar garantías suficientes contra malos tratos y/o abuso de los poderes conferido a los agentes de la ley u otras autoridades, que es mucho mayor durante la etapa de la detención; el control judicial deberá satisfacer las exigencias de celeridad y procedencia automática.

³⁸³ Vid. SSTEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 3 de octubre de 2006, párr. 32; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, parr. 103. Con respecto a la detención incomunicada, como se sabe, es un régimen especial de detención que con mucha frecuencia aparece vulneraciones de derechos fundamentales, algunos países signatarios del CEDH han sido condenados por el TEDH con motivo de torturas y/o malos tratos sufridos —o por la falta de investigación adecuada cuando tales conductas han sido denunciadas— por personas privadas de libertad que, a la luz de los delitos de los que presuntamente eran responsables, fueron detenidas preventivamente bajo dicho régimen. Como ejemplos en donde han sido abordadas situaciones de incomunicación citamos las SSTEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993; *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Arratibel Garcíandia v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015. Notoriamente las condiciones de detención en régimen de incomunicación varían conforme a la legislación nacional y por tanto su posible compatibilidad o contravención con el CEDH dependerá de las circunstancias en las que sea puesta en práctica —p.e. habrá que tomar en consideración si hay control judicial, aunque haya restricción de otros derechos, o si las restricciones no son desproporcionadas, si existe alguna declaración de derogación ex. art. 15 CEDH, entre otras—. Profundizamos en el estudio de esta condición de detención en el apartado B.2.c. iii).C) Otras restricciones de configuración legal en el contexto de la detención preventiva con motivo del desarrollo legislativo del art. 55.2 CE: La incomunicación, del capítulo IV.

³⁸⁴ El TEDH identifica a este control como de naturaleza automática Vid. STEDH *Harkmann v. Estonia*, 2192/03, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 36.

³⁸⁵ Para el TEDH, la revisión inicial automática de la detención debe ser apta para examinar cuestiones de legalidad y para determinar si existe o no una sospecha razonable de que el detenido ha cometido la supuesta conducta delictiva, en otras palabras, para determinar si la detención se ajusta a la excepción permitida en el art. 5.1(c) CEDH. Vid. STEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 octubre de 2006, parr. 40.

y su fin en el sentido más llano del término, pues marca la terminación³⁸⁶ de la institución, a menos que el detenido previamente haya sido puesto en libertad.

Sin embargo, el simple hecho de que el detenido tenga acceso a la autoridad judicial no es suficiente para que pueda entenderse satisfecha la exigencia de la puesta a disposición³⁸⁷. En efecto, la puesta a disposición implica una doble exigencia, tanto de procedimiento como de fondo³⁸⁸. Por un lado, obliga a la autoridad judicial a escuchar a la persona presentada ante él³⁸⁹, y no podría ser de otra forma pues a partir de entonces es el juez quien asume el dominio del hecho de la privación de libertad o, dicho en otras palabras, la suerte final del detenido³⁹⁰.

Por otro lado, impone la obligación de revisar todos los méritos y circunstancias existentes en torno a la detención para decidir, conforme derecho, si existen razones para justificar la detención —elevándola a prisión— o para ordenar la puesta en libertad ante la inexistencia de tales razones³⁹¹. De ahí que la autoridad policial que presenta al detenido tenga la obligación de documentar en un atestado los resultados de todas las diligencias que lleve a efecto durante la detención, sentando con la mayor especificidad posible los hechos averiguados, insertando declaraciones, informes y todas las circunstancias que

³⁸⁶ Vid. Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, art. 5 «Cualquiera que sea el funcionario policial que haya iniciado la investigación, habrá de cesar en la misma al comparecer para hacerse cargo de ella la Autoridad Judicial o el Fiscal encargado de las actuaciones, directamente o a través de la correspondiente Unidad Orgánica de Policía Judicial, a quienes hará entrega de las diligencias practicadas y de los efectos intervenidos, así como de las personas cuya detención se hubiese acordado».

³⁸⁷ Vid. STEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 47. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8. P.e. en el caso de una suspensión individual de derechos, ex. art. 55.2 CE, el detenido tiene «acceso», si acaso indirectamente, a la autoridad judicial en la medida en que ésta es la que debe autorizar —tras revisar la solicitud y analizar la motivación— que el detenido permanezca, a efectos de las indagaciones, a disposición de la autoridad policial, es decir, en situación de detención preventiva.

³⁸⁸ Vid. STEDH *Harkmann v. Estonia*, 2192/03, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 36.

³⁸⁹ Vid. STEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 50.

³⁹⁰ Cfr. SSTC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4, recordando las SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1 y 82/2003, de 5 de mayo, FJ 5. p. e. En el caso de la última, el detenido fue puesto a disposición judicial dentro del plazo previsto por el art. 17.2 CE, aclarándose por la autoridad policial que éste se encontraba ingresado en el módulo de detenidos de un hospital; no fue sino hasta 16 días después de la puesta a disposición judicial cuando el órgano judicial tomó declaración del detenido —en condición de imputado— quien aún se encontraba ingresado y tras la celebración de la audiencia —art. 504.2 bis LECrim— decretó la prisión provisional comunicada. El TC señaló que una vez transcurrido el plazo legal con que contaba el órgano judicial para decidir sobre la situación jurídica del detenido —arts. 497 y 504 bis 2 LECrim— sin haberlo hecho, a partir de entonces la detención careció de cobertura legal por lo que desde ese momento el afectado estuvo privado ilegalmente de libertad. La omisión de quien tenía el dominio del hecho produjo la quiebra del derecho, en consecuencia, se consideró vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente.

³⁹¹ Vid. STEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 47.

hubiese observado y pudieran ser prueba o indicio de delito³⁹²; así, a fin de esclarecer tales extremos el juzgador puede llamar a su presencia a los funcionarios policiales que puedan dar razón del acto de la declaración, de sus circunstancias y de todo lo actuado conforme al atestado, dichos elementos analizados en su conjunto permitirán constatar la motivación de la actuación policial y formar el juicio del órgano judicial acerca de las circunstancias en que se realizaron las declaraciones y demás diligencias³⁹³ durante la vigencia de la institución.

La segunda, el control judicial a requerimiento del detenido, que abarca tanto: a) desde el momento de la privación de libertad hasta que ésta termina, a partir del procedimiento de habeas corpus –art. 17.4 CE, conforme al art. 5.4 CEDH / 6 CDFUE— quizá con un carácter más modesto que el control judicial previamente referido, pero no por ello desprovisto de efectividad y b) el control posterior, la vía penal ordinaria a partir de la cual se proceda a formular la denuncia que corresponda por la vulneración de derechos realizada al momento o durante el periodo de detención. Estando este trabajo referido a la detención nos centraremos en el primero de los supuestos, es decir, en el habeas corpus.

En efecto, este mecanismo, previsto en el art. 17.4 CE, lo referimos como más modesto al tratarse de un proceso especial a través del cual solo se juzga sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad, sin más consecuencias que la terminación o la modificación de la misma³⁹⁴ en atención a las circunstancias en las que la detención se produce o se está realizando³⁹⁵.

Este control judicial especial y de cognición limitada³⁹⁶, pese a sus características de agilidad y sencillez, exige que el control judicial realizado a su amparo sea plenamente efectivo, pues de no ser así, la actividad judicial no sería un auténtico control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo que a su vez implicaría un menoscabo en la eficacia del derecho a la libertad³⁹⁷.

³⁹² *Cfr.* STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2. Esa es la normal idoneidad del atestado para ser incorporado al proceso.

³⁹³ *Cfr.* STC 165/2014, de 8 de octubre, FFJJ 3, 6.

³⁹⁴ *Cfr.* STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7.

³⁹⁵ *Cfr.* STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1.

³⁹⁶ *Cfr. Ídem*, FJ 1.

³⁹⁷ *Cfr.* STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 4, recordando las SSTC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 250/2006, de 24 de julio, FJ 2.

Por ello, es doctrina reiterada y constante del Alto Tribunal que «la esencia de este proceso consiste precisamente en que 'el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida', es decir, 'haber el cuerpo' de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas»³⁹⁸

En consecuencia este control judicial debe asegurar siempre que la persona se halle efectivamente privada de libertad por decisión de una autoridad gubernativa y se satisfagan los requisitos formales de la solicitud, una revisión de fondo y, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, determinar sobre la licitud o ilicitud de la detención³⁹⁹ a través de una resolución judicial debidamente motivada, sobre todo teniendo en cuenta que éste constituye una garantía procesal específica constitucionalmente prevista cuyo acceso no puede ser denegado sin que a la persona que se acoja a él no se le haga saber la razón legal de la eventual negación; por tanto la resolución de habeas corpus debe satisfacer a cabalidad la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales⁴⁰⁰.

Por lo expuesto, podemos constatar que la institución de la detención preventiva, como el resto de medidas que limitan derechos fundamentales, está sometida a un control judicial que permite ponderar todos los extremos que concurren en cada caso.

e. Proporcionalidad

Conforme a la doctrina del TC, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad» y la «plasmación de las exigencias constitucionales de la proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales [...] son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad»⁴⁰¹.

La idoneidad, implica que la medida limitativa de derechos es apta o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella. La Necesidad, implica

³⁹⁸ STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4.

³⁹⁹ Cfr. STC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2 b).

⁴⁰⁰ Cfr. SSTC 66/1996, de 16 de abril, FJ 5; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 6.

⁴⁰¹ Sobre el Principio de Proporcionalidad y sus elementos, *vid.* SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FFJ 4, 6; 169/2001, de 16 de julio, FJ 9; 86/1996, de 21 de mayo, FFJJ 2, 6.

que no exista otra medida más moderada, o incluso, una que no imponga sacrificios a los derechos fundamentales y que sea igualmente apta o eficaz para la consecución del fin propuesto; se trata de una exigencia requerida por la regla constitucional de proporcionalidad de los sacrificios y debe presidir la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. Para acreditar la concurrencia de esta exigencia es preciso que su adopción se revele objetivamente imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante. La Proporcionalidad en sentido estricto, implica verificar si la medida es ponderada o equilibrada, es decir, que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios sobre otros valores o derechos en conflicto, atendidos a la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre. Ello implica que, aunque la medida sea idónea y necesaria, el sacrificio que se impone al derecho no sea desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes. Por ello, para determinar si una medida limitativa de derechos es constitucionalmente proporcionada, habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias particulares que concurren en el caso, así como la forma en que se lleva a la práctica la medida, ello con la finalidad de no ocasionar al sujeto que la padece, más limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente indispensables en el caso concreto.

Bajo ese tenor, es también doctrina jurisprudencial que toda restricción a la libertad debe ser proporcionada, es decir, idónea, necesaria y ponderada⁴⁰². Ahora bien, a nuestro parecer, el criterio de proporcionalidad de la institución que estudiamos se vincula y supedita, como medida limitativa de derechos, con las dos notas características de la detención preventiva; así, por ejemplo, la valoración que se haga para comprobar la necesidad en sentido estricto de la detención frente a la duración de la misma dará como resultado un juicio de proporcionalidad. Igualmente, si se valora la actuación policial durante la aprehensión y la custodia policial en atención a las circunstancias del caso —lo cual mide la necesidad—podrá arrojar el resultado del test de proporcionalidad.

⁴⁰² Cfr. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 8.

f. Los derechos de los detenidos como límites a la Detención Preventiva

Como el TC lo ha señalado, las garantías constitucionales del art. 17 CE hallan su sentido en asegurar la situación de la persona que, privada de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal; de tal suerte que la Norma Fundamental procura evitar que la situación de sujeción no devenga en productora de la indefensión del afectado⁴⁰³.

Así, las condiciones en las que la detención preventiva tiene lugar deben ser tales que le permitan al implicado el acceso a los derechos que nacen de la propia situación de privación de libertad⁴⁰⁴. El art. 17 CE en sus apartados 2 y 3, dispone los derechos que apareja la institución de la detención preventiva; es decir de quien es afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal⁴⁰⁵; así lo ha considerado el TC al señalar que el art. 17.3 CE declara los derechos que corresponden a una persona detenida, entendiendo por tal a «quien ha sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial [...], según prescribe el núm. 2 del mismo artículo»⁴⁰⁶.

Además, para el ejercicio de la detención preventiva, teniendo en cuenta el mandato del art. 10.2 CE, hay que tener presente la doctrina del TEDH en materia de privaciones de libertad que tienen lugar por la sospecha de la comisión de un delito, conforme a la cual el privado de libertad está sujeto a las garantías del artículo 5.3 CEDH⁴⁰⁷ y, por extensión, a algunas del art. 6.3 CEDH⁴⁰⁸.

A la luz de lo anterior, podemos señalar como derechos constitucionales de los detenidos:

⁴⁰³ En este sentido, SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3.

⁴⁰⁴ Vid. STEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 70; al mencionar la Gran Sala las consideraciones de la Sala de origen (primera sección) en cuanto a las circunstancias en que fue detenido el peticionario, aludiendo a que este había sido mantenido en total aislamiento evitándole que pudiera utilizar un recurso personalmente; no tenía algún tipo de formación legal y no tuvo la posibilidad de consultar a un abogado mientras estuvo en custodia policial.

⁴⁰⁵ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁴⁰⁶ Vid. STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3.

⁴⁰⁷ Cfr. STEDH *Gatt v. Malta*, 28221/08, Sentencia de 27 de julio de 2010, párr. 43.

⁴⁰⁸ Cfr. STEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 76; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 50.

1. Derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible de las razones de su detención y de los derechos que tiene como detenido –arts. 17.3 CE / 5.2 y 6.3(a) CEDH / 6 - 48 CDFUE / 9.2 PIDCP—
2. Derecho a intérprete –arts. 17.3 CE / 5.2 - 6.3(a)(e) CEDH / 6 + 48 CDFUE / 9.2 – 14.3 (a) PIDCP—
3. Derecho a no ser obligado a declarar o derecho a guardar silencio—art. 17.3 CE—
4. Derecho a la Asistencia Letrada –art. 17.3 CE / art. 6.3 (c) CEDH / 6 + 48 CDFUE / 14.3 (b) PIDCP—
5. Derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas –art. 17.2 CE / 5.1(c) - 5.3 CEDH / 6 CDFUE / 9.3 PIDCP—.
6. Derecho de acceso a un procedimiento de revisión judicial de la detención: Habeas Corpus –art. 17.4 CE / 5.4 CEDH / 6 CDFUE / 9.4 PIDCP—

Y, debido a su importancia es necesario estudiarlos con mayor profundidad, por ello se detiene aquí la mención a éstos y dedicamos a ellos el siguiente capítulo.

g. Otros derechos que pueden ser afectados por la detención

Además del Derecho a la libertad, la puesta en marcha de la detención preventiva puede provocar afectaciones a otros derechos fundamentales, por eso en un epígrafe anterior la identificábamos como institución restringida y restrictiva de derechos. Al respecto tenemos en mente el Derecho a la Integridad física y moral, el Derecho a la intimidad y el Derecho al Secreto de las Comunicaciones.

Por cuanto al primero, éste puede verse afectado en ambos momentos de la detención preventiva, es decir tanto al momento de la aprehensión si ésta es practicada mediante el uso de la fuerza, como durante el mantenimiento de la custodia, refiriéndonos a las condiciones en las que son efectuados los traslados, hacia la comisaría o en entregas inter policiales, o ante el Juez.

Por cuanto al segundo, en el momento de la detención, la fuerza policial actuante podría necesitar examinar algunos efectos personales del detenido, p.e. una agenda y su

contenido o la agenda de contactos de un terminal móvil, como parte de los efectos de la persona sospechosa que se examinan y posteriormente se ponen a disposición judicial⁴⁰⁹.

Por cuanto al tercero, pensamos en la modulación del ejercicio de este derecho durante la detención preventiva⁴¹⁰, así como la intervención de las comunicaciones verbales que el detenido pueda sostener, p.e. con su abogado⁴¹¹ o con compañeros de celda⁴¹².

Hasta aquí nuestro comentario, porque en el capítulo III nos avocamos al estudio del impacto que las actuaciones y circunstancias propias de la detención preventiva pueden tener en los derechos mencionados.

⁴⁰⁹ *Vid.* SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 b); 115/2013, de 9 de mayo, FJ 3

⁴¹⁰ Tenemos en mente las comunicaciones con terceros o con su representación consular, si fuera extranjero. *Vid.* Arts. 520.2.f) y g) LECrim.

⁴¹¹ En este sentido *vid.* Arts. 118.4 y 520.7 LECrim.

⁴¹² Tal y como ocurrió en el caso que diera lugar a la STC 145/2014, de 22 de septiembre.

CAPÍTULO II. Derechos Fundamentales de las personas sujetas a Detención Preventiva derivados del Marco Constitucional

A. Introducción

Dedicamos este capítulo a analizar los derechos fundamentales que, a partir de la Norma Fundamental, tienen reconocidos las personas que se encuentren en la situación de detención preventiva.

Tomamos como punto de partida el art. 17 CE, en sus apartados 2, 3 y 4. Además, en cumplimiento del mandato del art. 10.2 CE, consideramos las disposiciones de los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aplicables en la materia, así como las interpretaciones que sus órganos jurisdiccionales de garantía han hecho de éstos, pues tales criterios ayudan a delinear el perfil exacto del contenido de cada derecho constitucional de las personas detenidas. Igualmente, como criterio orientador de interpretación procuramos tener presente las disposiciones aplicables del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las consideraciones de su órgano de vigilancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos dimos a la tarea de identificar cada uno de los elementos configuradores de los derechos de los detenidos para poder determinar su alcance y cuál es la concreta función que tiene cada uno de ellos en el iter de la detención preventiva, teniendo siempre presente la finalidad de esta privación de libertad. En ese sentido, hemos puesto especial cuidado en la delimitación del contenido de cada uno de los derechos analizados para, posteriormente, determinar en qué medida y hasta qué extremo pueden ser limitados.

Lo anterior permitió confirmar que, a partir de la propia Norma Fundamental la actuación del titular de la institución privativa de libertad se encuentra limitada no sólo por los elementos señalados en el capítulo anterior sino que, cuidadosamente delimitada por los parámetros que se derivan de las garantías que la CE ha previsto para el derecho fundamental a la libertad personal, garantías que, atendiendo a su estructura, se erigen en derechos públicos subjetivos del detenido con un reconocimiento universal. Veamos.

El artículo 17 CE establece que:

2. 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 de la autoridad judicial.
3. 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.
4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. [...]

Artículo 5 CEDH⁴⁴³

Artículo 6 CDFUE⁴⁴⁴

⁴⁴³ Además de este precepto convencional debemos tener en cuenta los contenidos del art. 6 CEDH, especialmente los de su tercer apartado pues, conforme a la jurisprudencia del TEDH el art. 6 CEDH—referido principalmente a los derechos dentro del proceso penal— también se proyecta sobre los derechos de los detenidos; al respecto *vid.* SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs.50; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 131; *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 36; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párr. 45. En la academia sugerimos a HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention...*, *op. cit.*, p. 468. En cuanto nos ocupa, el CEDH establece que: «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. [...] 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; [...] c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; [...] e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.». Además, atendiendo a la vigencia y trascendencia de la CDFUE, creemos adecuado tener presente también el art. 48 de la misma puesto que, su contenido, coincide con los apartados 2 y 3 del art. 6 CEDH y conforme al art. 52.3 del CDFUE, «tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH». *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta ...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 48—Presunción de inocencia y derechos de defensa. En lo conducente, el art. 48 CDFUE prevé que «1. [...] 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.»

⁴⁴⁴ Conforme a la explicación relativa al artículo 6, los derechos a la libertad y a la seguridad por él previstos se corresponden con los garantizados en el art. 5 CEDH y tienen, conforme al art. 52.3 CDFUE, el mismo sentido y alcance, razón por la cual al referirse a las limitaciones legítimas de privación de libertad se constriñen a las de la redacción del art. 5 CEDH. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 6—Derecho a la libertad y a la seguridad.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales [...]

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

A la normativa supranacional citada debemos agregar también la contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴⁵, en concreto el art. 9, en cuanto dispone:

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, [...]

⁴⁴⁵ Por mandato del art. 10.2 CE debemos de tomar en consideración las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto que instrumento internacional de Derecho Fundamentales ratificado por España; sin embargo lo situamos en un nivel distinto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea atendiendo a que, a diferencia de los dos últimos, aquél no tiene un órgano jurisdiccional de garantía que determine con criterios vinculantes la adecuada interpretación del contenido y alcance de sus artículos, por lo que su interpretación puede estar sujeta a una mayor amplitud en la apreciación que del mismo puedan realizar los operadores jurídicos ordinarios. Esta precisión la reproducimos en todos sus términos por cuanto a la previsión constitucional de los derechos contemplados en este capítulo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

La lectura integral del artículo 17 constitucional nos permite constatar que, como lo ha reconocido el TC en su doctrina, los distintos apartados de este precepto establecen una serie de derechos sustantivos autónomos⁴¹⁶; la ausencia de alguno de ellos puede provocar que la detención en cuestión sea arbitraria.

Estos derechos sustantivos autónomos de las personas detenidas por estar así reconocidos en la Norma Fundamental, están configurados con una estructura de derecho público subjetivo –puesto que los poderes públicos no sólo están obligados a no atentar contra los mismos, sino que están obligados a garantizarlos—⁴¹⁷. Además de ubicados en el Título primero, capítulo segundo, sección primera, conforme al art. 53 CE, son vinculantes para todos los poderes públicos y su tutela puede recabarse primero ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, ante el TC a través del recurso de amparo⁴¹⁸.

En el art. 17 CE se establecen distintos mecanismos de protección de un derecho, un principio y valor superior del ordenamiento español: la libertad⁴¹⁹; todo ello es expresión jurídica del sistema de valores⁴²⁰ que reconoce la Constitución, ya que están vinculados a

⁴¹⁶ Cfr. STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1. Así lo reconoce referirse al habeas corpus como «medio de defensa de los derechos sustantivos establecidos en los apartados» del art. 17 CE.

⁴¹⁷ En ese sentido, *vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, pp. 149-151.

⁴¹⁸ *Vid.* art. 53.2 CE.

⁴¹⁹ Tempranamente el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de recordar que el principio de libertad, encuentra sus precedentes en las Constituciones españolas de 1812, 1837, 1845, 1869, 1873, 1876 y 1931, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 9; Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 5 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 9. *Vid.* STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2; y en distintas ocasiones ha insistido en la posición constitucional preeminente de la libertad personal, como bien constitucional con una doble vertiente, tanto de valor superior del ordenamiento jurídico, ex. art. 1.1 CE; como de derecho fundamental, ex. art. 17 CE, que además tiene una especial trascendencia por «ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales»; *vid.* SSTC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 10; 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3; 121/2003, de 16 de junio, FJ 2.

⁴²⁰ En ese sentido el Alto Tribunal ha puntualizado que los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo en razón de que «son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar en conjunto de la organización

un valor superior constitucionalmente reconocido, al tiempo que encarnan otros valores y principios que derivan del Estado democrático de Derecho, como es el caso del derecho al debido proceso⁴²¹ con todas las garantías (art. 24 CE, integrado en la tutela judicial

jurídica y política»; resultando que, como se deriva del art. 10.1 CE, «son fundamento del orden político y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado.» En consecuencia, el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución no se reduce a la obligación negativa estatal de no lesionar la esfera individual o institucional que protegen los derechos fundamentales, sino que implica la obligación positiva de contribuir a que dichos derechos y los valores que representan sean reales y efectivos, con independencia de la pretensión subjetiva del titular del derecho; p.e. derechos reconocidos en los arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución. Así las cosas, los «impulsos y líneas directivas» de los derechos fundamentales obligan muy especialmente al legislador, sobre todo cuando un derecho o valor fundamental corra el riesgo de quedar vacío si no se establecieran los supuestos para su defensa. *Vid.* STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4

⁴²¹ Aunque en el caso de la detención preventiva estamos en una etapa previa a la intervención de la autoridad judicial, hablamos del debido proceso en virtud de que algunos de los derechos de los detenidos preventivos se encuentran directamente vinculados con aquél, p.e. la obligación de proporcionar información en modo comprensible puede implicar la necesidad de intérprete en caso de que el afectado no comprenda el idioma de las autoridades –en nuestro caso, el castellano– y este derecho a intérprete forma parte del derecho a un juicio justo, ya que como el TC lo ha señalado, este derecho se encuentra comprendido en el art. 24.1 CE, y aunque el mismo «parece referirse a las actuaciones judiciales debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar». *Cfr.* STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3. En el caso de Estrasburgo, la prohibición de obligar a declarar a un detenido (libertad de autoincriminación) art. 17.3 CE - 6.1 CEDH, el TEDH sostiene que el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse, pese a no estar específicamente mencionados, son estándares generales internacionalmente reconocidos que descansan en el corazón de la noción de un juicio justo –proceso equitativo– del artículo 6 del CEDH. *Vid.* SSTEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 266; *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, de 17 de diciembre de 1996, párr. 68. En similar sentido, la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, Diario Oficial de la Unión Europea L 65, de 11 de marzo de 2016, considerando (27).

efectiva)⁴²², la dignidad de la persona⁴²³, el principio de proporcionalidad en las restricciones de derechos fundamentales⁴²⁴ o el principio *pro libertatis*.

En consecuencia, podemos constatar que los derechos de las personas detenidas, recogidos en el art. 17 CE, poseen un doble carácter –subjetivo y objetivo— que define a los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, al cual se ha referido el Alto Tribunal⁴²⁵.

⁴²² Este derecho también ha sido considerado como parte del derecho a un juicio justo. «El derecho a la tutela judicial es el equivalente, en el Derecho anglosajón, a la obligación de respetar el *due process of law*, que también aparece contemplado en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América» *Vid.* Sitio web del Congreso de los Diputados, «Sinopsis artículo 24», en *índice sistemático de la Constitución Española*, disponible en: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>>, consultado el 9 de junio de 2015.

⁴²³ *Cfr.* STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3. El TC sostiene que el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, conforme al art. 10 CE, es reconocido «como germen o núcleo de los derechos ‘que le son inherentes’»; este valor tiene una relevancia y significación superior que se pone de manifiesto con su ubicación en la Norma Fundamental, pues el artículo que la reconoce –10 CE— aparece a la cabeza del título que recoge los derechos y deberes fundamentales; ello evidencia que dentro del sistema constitucional, es considerado como uno de los puntos de arranque, un «*prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.»

⁴²⁴ Constantemente referido por el Alto Tribunal, p.e. *vid.* SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FFJJ 4, 6; 169/2001, de 16 de julio, FJ 9; 86/1996, de 21 de mayo, FFJJ 2, 6.

⁴²⁵ Por un lado, como derechos subjetivos, es decir, como derechos de los ciudadanos en sentido estricto y como garantes de un «‘status’ jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia». Por otro lado y de manera simultánea son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional», pues éstos dan sus contenidos básicos al ordenamiento y atañen al conjunto estatal con independencia de la estructura organizativa del Estado; por ello el TC ha señalado que éstos fundan un status jurídico-constitucional unitario, son un elemento unificador y constituyen un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, «establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna». *Vid.* STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5. Ese doble carácter de los derechos fundamentales, como lo señalara el TC en la sentencia previamente referida, también ha sido desarrollado por la doctrina. Como ejemplo podemos citar a Schneider, cuando se refiere a la función que tienen los derechos fundamentales en el Estado de Derecho, en el régimen democrático y en el Estado social; señalando por cuanto al primero, que éstos se constituyen en sentido subjetivo como derechos de defensa frente al Estado, así como barreras y directrices para la actuación estatal, destinados a asegurar la esfera de la libertad del individuo, lo que le lleva a señalar que el Estado de Derecho libre debe ser equivalente a «‘Estado de derechos fundamentales’», razón por la cual toda injerencia excesiva o innecesaria en los derechos fundamentales se manifiesta como una descomposición del carácter del Estado de Derecho; por ello apunta que «quien contempla los derechos fundamentales especialmente como un obstáculo para una mayor seguridad y orden, no sigue ni en su comienzo el mandato de Estado de Derecho de la Ley Fundamental». Por cuanto al segundo, en donde «como derechos subjetivos de *participación y conformación* del *status politicus* constituyen ‘el fundamento funcional de la democracia’ representando así las garantías constitutivas de la función del orden democrático, por lo que de derechos de defensa frente al Estado constitucional han experimentado una transformación «en derechos funcionales de la democracia» frente al Gobierno. Por cuanto al tercero, en donde «los derechos fundamentales vigentes bajo las condiciones del Estado de prestaciones sociales cristalizan como *directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa*, de las cuales se desprende la obligación –no accionable, pero sí jurídicamente vinculante—de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal». En consecuencia, cada derecho permite reconocer, «tanto una significación en el Estado de Derecho como una significación democrática y,

Pues bien, el artículo 17 CE y los preceptos supranacionales de derechos humanos —arts. 5 CEDH, 6 CDFUE y 9 PIDCP— previamente transcritos, imponen la obligación de que cualquier acto que implique privación de la libertad satisfaga el principio de legalidad; en ese sentido el TC ha sostenido que la primera de todas las garantías es la exigencia de que la privación de libertad, sea cual fuere, solo se realice «en los casos y formas previstos por la Ley», constituyendo así una garantía genérica del derecho a la libertad personal cuya proyección se debe reflejar a cualquier situación que provoque una afectación al derecho y, concretamente en el ámbito penal, tanto a situaciones anteriores a una condena penal como a situaciones posteriores; es decir tanto en los casos de privaciones de libertad con motivo de la detención preventiva o la prisión provisional —que además cuentan con garantías concretas cada una de ellas— como en los supuestos de privación de libertad por virtud de una condena penal⁴²⁶. Tras ello, los artículos referidos —17 CE, 5 CEDH, 6 CDFUE y 9 PIDCP— recogen diversos derechos sustantivos que identifican como garantías que pretenden asegurar que la privación de libertad no sea arbitraria, que la actuación policial sea conforme a derecho, que el privado de libertad sepa porqué se encuentra en tal situación, qué puede hacer y qué consecuencias puede haber; en fin, que la situación de privación de libertad se ajuste a las exigencias que derivan del Estado de Derecho.

Vemos así que una función primordial de los derechos sustantivos del artículo 17 CE —y concordantes— es de garantía⁴²⁷. En efecto, la Constitución, a través de estos derechos

finalmente, una significación en el Estado social de Derecho»; es decir, los derechos fundamentales presentan «una eficacia simultánea como elemento de defensa y elemento del ordenamiento jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz parra el legislador». Vid. SCHNEIDER, Hans-Peter, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, No. 7. Dedicado a: Monográfico sobre garantías institucionales, 1979, pp. 24, 27, 32, 34. Sobre el carácter también vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, pp. 152-153.

⁴²⁶ Cfr. STC 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4. Esta garantía genérica también puede apreciarse en el texto de los tratados internacionales referidos y de hecho, quizá de forma más limitada aún, ya que el art. 5.1 CEDH prevé taxativamente cuáles son los casos en los que es posible una privación de libertad que se adecue a los parámetros del Convenio, condicionando además tal privación al procedimiento establecido por la ley —principio de legalidad—, en idénticos términos debe entenderse el art. 6 CDFUE. Y en similar sentido el art. 9.1 PIDCP impone que tanto las causas como los procedimientos de privación de libertad estén fijadas en la ley.

⁴²⁷ El TC ha sostenido que el art. 17 CE recoge unas garantías concretas referidas a la detención preventiva y a la prisión provisional, y una garantía genérica: la garantía legal del derecho a la libertad, esto es que la privación de libertad se realice en los casos y formas previstos por la ley; lo cual implica que la norma legal que contiene esos casos y formas satisfaga unas características relativas al tipo, rango y modo de aprobación, todas derivadas del mandato constitucional. Vid. SSTC 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4;

prevé que en toda privación de libertad exista una protección, son derechos-garantía de la libertad como derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico⁴²⁸, son la expresión de la necesidad, históricamente contrastada, de salvaguardar la libertad en situaciones muy cualificadas, aun siendo perfectamente legítimas⁴²⁹. En ese sentido, el TC ha señalado que las garantías del art. 17.3 CE, muy en especial el de la asistencia letrada, se configuran como garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE⁴³⁰, acotando la esfera de autonomía individual frente a la acción estatal.

Estos derechos además de públicos subjetivos (autónomos), instrumentalmente constituyen medios de defensa, de forma tal que son potestades que le permiten a la persona afectada protegerse frente a la actuación estatal, con miras a conseguir que esta última sea acorde a la propia Constitución y evitando injerencias desproporcionadas a la libertad personal del afectado⁴³¹. También cabe destacar que las garantías del derecho a la libertad para las personas detenidas pueden alcanzar una importancia clave respecto a los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso debido, en caso de un procedimiento penal posterior, p.e. el TC ha reconocido que aunque el artículo 24.1 CE parece referirse a las actuaciones judiciales, debe interpretarse de manera extensiva «como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a *las diligencias policiales* cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar»⁴³², [énfasis añadido], y puntualmente ha señalado que los derechos a la información de

140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5. Además, esta garantía genérica de cobertura legal sobre los casos y formas de privación de libertad implica obligaciones tales como la motivación; en efecto, aun cuando un supuesto de privación de libertad se encuentre previsto por la ley, si aquella no satisface requisitos tales como la motivación –como parte de las formas– entonces se provocará una lesión del derecho a la libertad. *vid.* STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5.

⁴²⁸ Ese reconocimiento como valor superior del ordenamiento jurídico implica que la interpretación constitucional siempre esté orientada por el principio *favor libertatis*. *Vid.* STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 b).

⁴²⁹ *Cfr.* STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 4.

⁴³⁰ *Cfr.* STC 208/2007, de 24 de septiembre, FJ 2.

⁴³¹ Sobre los derechos garantía *vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.*, *supra* nota a pie 72

⁴³² *Vid.* STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3. Cuando analizaba el derecho a ser asistido de un intérprete durante la detención señaló que este derecho estaba comprendido en el art. 24.1 CE en cuanto proscribía la indefensión, es decir, valoró la trascendencia que un derecho de los detenidos que puede tener para la defensa, señalando que aunque se trate de un derecho reconocido en el ámbito de actuaciones judiciales, debía entenderse que también se reconoce «en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que, en muchos casos, les sirven de antecedente.»

derechos y razones de detención tienen una innegable importancia para el ejercicio de la defensa⁴³³.

Vemos pues que en la detención se practican diligencias autónomas que pueden proyectarse sobre el desarrollo del proceso posterior del art. 24 CE. Más aún, el TC reconoce que las garantías constitucionales del tercer apartado del art. 17 han sido «dispuestas específicamente en protección del detenido»⁴³⁴, con éstas la Norma Fundamental procura que «aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado»⁴³⁵. «Aquella situación» es la detención preventiva y durante ésta puede producirse la indefensión del afectado; la indefensión «se concibe constitucionalmente como una negación de tal garantía»⁴³⁶ y, la forma de evitar la negación de tal garantía durante la detención preventiva es mediante las garantías del art. 17.3 CE. Por tanto, parece que existe un reconocimiento del TC en el sentido de que una afectación de cualquiera de esos derechos podría deparar una situación de indefensión de quien, probablemente, resulte imputado –en sentido formal—. Así que, ciertamente son garantías del derecho del art. 17.1 CE, pero si también sirven para evitar indefensión, no puede negarse que integran el más genérico derecho de defensa.

Por tanto, que a los detenidos no les resulte aplicable el derecho a la defensa que el art. 24.2 CE garantiza a los acusados no debiera entenderse como una negación de dicho derecho, sino de manera matizada, como una aseveración que implica que el máximo alcance o la plenitud que el derecho puede tener –con cada uno de sus aspectos— no puede

⁴³³ Vid. STC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3, y recuerda que su finalidad es la de «asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando así la norma constitucional que la situación de sujeción que la detención implica *no produzca* en ningún caso la *indefensión* del afectado» [énfasis añadido], recordando en este sentido las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁴³⁴ Cfr. STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3.

⁴³⁵ Cfr. *Ídem*, FJ 3.

⁴³⁶ Vid. STC 181/1994, de 20 de junio de 1994, FJ 2. Al respecto el TC señala «la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de tal garantía y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 C.E., ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión 'material' y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías 'en relación con algún interés' de quien lo invoca».

materializarse para quien está en detención preventiva. Y ello así, simplemente porque no puede haber una negación absoluta del derecho pues como la propia CE prescribe «en ningún caso, puede producirse indefensión» y ésta bien puede gestarse en la etapa prejudicial, es decir, durante la detención preventiva y, para evitarlo, la Norma Fundamental contempla las garantías del art. 17.3 CE.

Así pues, los detenidos preventivos gozan de unas garantías cuya vulneración puede afectar al futuro proceso penal y al derecho de defensa, conforme a las consideraciones y reconocimientos –quizá a veces un poco velados– del TC previamente señalados y además conforme al carácter instrumental de los derechos reconocidos en el art. 17.3 CE interpretados, tal y como lo exige el principio fundamental consagrado en el art. 10.2 CE, no sólo conforme al contenido de los correspondientes preceptos en los tratados internacionales de derechos fundamentales ratificados, sino también y de manera imprescindible, conforme a la interpretación que de cada uno de ellos han realizado los órganos de garantía de dichos tratados, ya que solo así puede satisfacerse la regla hermenéutica del art. 10.2 CE y su concatenada regla de interpretación evolutiva⁴³⁷.

Por cuanto al Sistema Europeo de Derechos Humanos, el TEDH ha señalado que aun cuando el objetivo principal del art. 6 CEDH en lo que respecta a asuntos penales, es garantizar un proceso equitativo, ello no quiere decir que no tenga aplicación a las diligencias preliminares; por tanto algunos apartados del art. 6 CEDH, sobre todo las garantías reconocidas en la mayoría de incisos del apartado 3, son aplicables a las diligencias previas a que alude el art. 5 CEDH—equivalente al 17 CE—; es decir, a las investigaciones preliminares en la etapa de custodia policial⁴³⁸ y ello así porque la imparcialidad del juicio podría llegar a verse seriamente perjudicada con la ausencia de alguna de dichas garantías en la etapa inicial⁴³⁹

⁴³⁷ Cfr. STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.

⁴³⁸ Vid. SSTEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 76; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs.50, 52; *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 38 y Opiniones Disidentes del Juez Pettiti, y del Juez López Rocha; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 62; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41.

⁴³⁹ Cfr. SSTEDH, *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 36; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 62.

Esta proyección de algunos derechos del art. 6 CEDH a la detención preventiva –art. 5.1(c)— se justifica porque el primero busca asegurar la equidad del procedimiento visto como un todo y, en ese sentido, el TEDH es consciente de que durante la etapa prejudicial pueden tener lugar abusos en la actuación policial que incidan en el procedimiento⁴⁴⁰. En este orden de ideas, por ejemplo, se señala que para que el derecho a un procedimiento equitativo sea suficientemente práctico y efectivo, el art. 6.1 CEDH demanda que, como regla general, el acceso a un abogado sea proporcionado desde el primer interrogatorio del sospechoso por la policía⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Ahora bien, dado que la finalidad primaria del art. 6 CEDH es asegurar la equidad del procedimiento como un todo; en principio, una persona en detención preventiva o en prisión provisional no podría argüir ser víctima de una violación de las garantías procesales del art. 6 CEDH cuando aún está pendiente el procedimiento penal en su contra y cuando no se ha pronunciado una sentencia definitiva. En este sentido recordamos lo establecido en *Van Thuil v. Países Bajos* (dec.), 20510/02, párr. 1, de 9 de diciembre de 2004, donde el peticionario había sido detenido y puesto en custodia policial por la sospecha de estar implicado en la exportación de drogas sintéticas; después de 2 días en detención y después de haber sido interrogado por la policía fue presentado ante el Juez de Instrucción quien, sobre la base de los registros documentales de los hallazgos en la investigación, ordenó su prisión provisional. En el caso, la queja del peticionario era en relación con las etapas iniciales del procedimiento y no en el juicio ante un Tribunal en el sentido del art. 6.1 CEDH, la autoridad judicial que ordenó la prisión provisional del peticionario no determinó una acusación en su contra; por el contrario, al momento de que se presentara la petición, al juicio contra el peticionario se encontraba aún en la primera instancia; por tanto, la queja en cuanto al art. 6 CEDH resultaba prematura. Así las cosas, aunque es cierto que algunas de las garantías de defensa reconocidas en el art. 6 CEDH se proyectan más allá de la etapa judicial dando cobertura a la situación de detención preventiva, la constatación de vulneración de alguna de éstas, generalmente, podrá verificarse cuando haya finalizado el procedimiento al comprobarse que la ausencia de la garantía en cuestión durante la etapa policial haya provocado efectivamente una indefensión. Siguiendo ese orden de ideas, en el asunto *Ibrahim y otros*, la GS del TEDH señaló que, las quejas al amparo del art. 6 con relación a la etapa de investigación, tienden a cristalizarse en la etapa del juicio propiamente dicho, con respecto a la evidencia –y el tratamiento de ésta—, cuando la fiscalía solicita la admisión de evidencia obtenida durante la etapa prejudicial y la defensa se opone a tal solicitud. Aun así, en el asunto *Pishchalnikov*, reconociendo que el cumplimiento de los requisitos de un juicio equitativo debe examinarse en cada caso, teniendo en cuenta el desarrollo del procedimiento como un todo y no sobre la base de la consideración aislada de un aspecto o incidente en particular, el TEDH señaló que esto no implica descartar que un factor específico pueda resultar tan decisivo como para permitir que la equidad del procedimiento sea valorada a partir de una etapa temprana del mismo. En ese sentido, recordamos el asunto *Karaman*, donde frente al argumento estatal de que el afectado tendría que esperar hasta el final de todo el procedimiento para poder reclamar una violación de derecho a la presunción de inocencia, el TEDH señaló que dicho argumento podría ser válido en el supuesto de que un peticionario se quejara de una violación de las garantías procesales consagrados en el artículo 6.1 y 6.3 CEDH en el contexto de un procedimiento penal propiamente dicho y donde correspondería a la Corte evaluar la equidad del procedimiento tomado como un todo; sin embargo esto no impide a un peticionario presentar una queja por una violación del derecho a la presunción de inocencia antes de la conclusión del procedimiento penal seguido en su contra. *Vid. SSTEDH Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 254, 274; *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 64; *Karaman v. Alemania*, 17103/10, Sentencia de 27 de febrero de 2014, párr. 51, respectivamente.

⁴⁴¹ *Cfr. STEDH Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, par. 55; criterio que se retoma en *STEDH Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 77-78. Que

El TC, sobretodo en el contexto de la asistencia letrada, diferenci^ó entre los derechos que por virtud del art. 17.3 CE tienen las personas detenidas de aquellos que conforme al art. 24.2 CE tienen las personas procesadas, asumiéndolos en este último caso como claras y auténticas expresiones del derecho de defensa, pues en este caso la persona afectada ya actúa ante un Juez. El TC, para apoyar esta distinción, acude a la diferencia entre los artículos 5 y 6 del CEDH, en donde el primero regula, entre otras, lo relativo la detención preventiva, equiparable a nuestro art. 17 CE; y el segundo recoge las garantías procesales, equiparable por tanto a nuestro art. 24 CE.

Tal referencia al CEDH nos obliga a recordar que, el TEDH ha insistido en señalar que los conceptos recogidos en el texto del Convenio tienen significados autónomos en el contexto del propio tratado, y éstos no pueden interpretarse conforme a la terminología legislativa de cada país⁴⁴²

Cierto es que el artículo 6 CEDH se avoca a las garantías procesales que aseguren el derecho a un proceso equitativo. Ello se constata, sobre todo si nos acogemos únicamente a la versión en castellano del Convenio, al ver que en el apartado 1 refiere a una «acusación en materia penal»; y los apartados 2 y 3 se refieren a «toda persona acusada» y a los derechos mínimos de todo acusado. Lo anterior casa perfectamente con el contenido del art. 24 CE y con la interpretación del TC en cuanto a que esos derechos son de los imputados o acusados.

En las versiones oficiales del tratado –inglés y francés—ocurre algo similar. El artículo 6 recoge el término «charge» en el apartado 1 y «charged» en los apartados 2 y 3, para referirse a la persona que está sometida a un proceso. Pero, como el TEDH ha dicho, el alcance de la expresión «charge» es muy amplio, y para constatarlo cita el artículo 5.2 CEDH que utiliza el mismo vocablo, refiriéndose al detenido –preventivo—: «Everyone

se desprende de la Directiva 2013/48/UE y parece reconocerse a partir de los arts. 520.2.c), 520.6, 118.1 y 118.2 LECrim tras la reforma de 2015. Vid. Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*, Diario Oficial de la Unión Europea L 294, de 6 de noviembre de 2013 y Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, 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.

⁴⁴² Vid. STEDH *Deweert v. Bélgica*, 6903/75, Sentencia de 27 de febrero de 1980, parr. 42.

who is arrested shall be informed [...] of [...] any *charge* against him» [énfasis añadido]. De manera equivalente, la versión en castellano prescribe que toda persona detenida deberá ser informada de los motivos de su detención y «de cualquier *acusación* formulada contra ella» [énfasis añadido]. Aquí, a diferencia de lo que sucede con el art. 6 CEDH, resulta más complicado entenderlo de manera taxativa conforme al ordenamiento estatal, pues podríamos concluir que un detenido no puede estar acusado.

Sin embargo, el TEDH ha entendido que el momento en el que una persona es «charged» —se le imputan cargos— puede ser en una fecha previa a la apertura del juicio o momentos tales como la detención⁴⁴³. Así, cuando la medida que adopta la autoridad estatal conlleva la alegación de la comisión del delito y ésta afecta sustancialmente la situación del sospechoso, estamos ante un «charge», en el sentido de la Convención⁴⁴⁴. Por tanto, el sentido del término «charge» a los propósitos del artículo 6 párr. 1 CEDH, puede ser definido como los cargos que se le imputan a un individuo señalando que ha cometido un delito⁴⁴⁵. Siguiendo este orden de ideas vemos que en nuestro ordenamiento el detenido experimentará una afectación sustancial en su situación personal con motivo de la actuación estatal por el reproche de la comisión de una conducta delictiva⁴⁴⁶.

Por tanto, aunque el reconocimiento de estos derechos como derechos de defensa del detenido no implique un cambio en los criterios del TC sobre el alcance de lo que consagra el art. 17.3 y el 24.2 CE; por virtud del 10.2 CE existe la obligación de ampliar el criterio interpretativo asumiendo abiertamente que el art. 17.3 CE guarda relación con el art. 24.2 CE en cuanto la detención puede originar efectos que pueden incidir en un proceso posterior⁴⁴⁷. Vinculación que ha sido posteriormente desarrollada por el legislador con la

⁴⁴³ Por todas, STEDH *Corigliano v. Italia*, 830478/78, Sentencia de 10 de diciembre de 1982, párr. 34.

⁴⁴⁴ En este sentido *vid.* SSTEDH *Corigliano v. Italia*, 8304/78, Sentencia de 10 de diciembre de 1982, párr. 34; *Eckle v. Alemania*; 81307/78, Sentencia de 15 de julio de 1982, párr. 73.

⁴⁴⁵ *Vid.* STEDH *Deweert v. Bélgica*, 6903/75, Sentencia de 27 de febrero de 1980, párr. 46. El TEDH señaló que, a los propósitos del art. 6.1 CEDH, la expresión «charge» podría definirse como la notificación oficial que se otorga a un individuo por la autoridad competente de la alegación de que ha cometido un delito. Consideración que recientemente se recordara en STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 249.

⁴⁴⁶ Así que, aunque la versión castellana diga acusación, ésta no puede entenderse como el término específico de una etapa procesal concreta en el procedimiento penal español; mientras que en la versión inglesa charge se entiende como cargos, en cuanto a los indicios razonables de la vinculación del detenido con una conducta delictiva, lo que origina que tenga la condición de investigado.

⁴⁴⁷ A este respecto cabe mencionar, que la interpretación de esos derechos de los detenidos como expresión del genérico derecho de defensa reconocido por el TEDH, ha llevado a que en el seno de la UE se vayan

aprobación de las Leyes Orgánicas 5/2015 y 13/2015 de modificación de la LECrim, las cuales a su vez incorporaron al ordenamiento jurídico interno las disposiciones de las Directivas 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/UE.

Teniendo en cuenta lo anterior corresponde hacer una referencia panorámica de los derechos de los detenidos; los apartados 2 y 3 del artículo 17 CE y concordantes – arts. 5.2, 5.3 CEDH; 9.2, 9.3 PIDCP, cuya interpretación se refuerza por el carácter extensivo de los derechos consagrados en el art. 6.3 CEDH y 48 CDFUE— de los tratados internacionales citados, coinciden en referirse específicamente a los derechos de las personas privadas de libertad por una detención preventiva penal⁴⁴⁸; es decir, el detenido entendido como «el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal»⁴⁴⁹; ello casa con la justificación del TC en cuanto a que las garantías exigidas ex art. 17.3 CE – información de derechos, información razones de detención, inexistencia de obligación de declarar, asistencia letrada— tienen su razón de ser en asegurar la situación de quien, privado de su libertad a disposición policial, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal. Con estas garantías la Norma Fundamental procura evitar que dicha situación de sujeción pueda devenir o provocar de alguna forma la indefensión del afectado⁴⁵⁰.

Cabe aclarar que con la referencia a la detención preventiva como la concreta y específica situación de privación de libertad que antecede a estos derechos subjetivos no sugerimos que dichos derechos no cobren vigencia ante otras situaciones restrictivas de la libertad,

incelando como tales, esto quizá no sea muy palpable a partir de la CDFUE debido a lo lacónico de los artículos que al respecto nos interesan; sin embargo esto bien puede apreciarse en el derecho derivado v.g. Directivas 2012/13/UE y 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, transpuesto en 2015; Directiva (UE) 2016/343, a transponerse a más tardar el 1 de abril de 2018 y Directiva (UE) 2016/1919 que deberá ser transpuesta a más tardar el 25 de mayo de 2019.

⁴⁴⁸ Vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6. Idea refrendada en distintas ocasiones, a veces solo señalando que el art. 17 CE en sus distintos apartados—sin mencionar el 2 y el 3— se regula específicamente la detención preventiva, vid. STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 4; o señalando claramente que las garantías previstas en los apartados 2 y 3 del art. 17 CE son las que rodean a la detención preventiva. Vid. STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 4. Se reafirma lo anterior cuando el TC advierte con respecto al art. 17 CE, que «sólo en su último apartado, el cuarto, se detiene específicamente en la prisión provisional para establecer que por ley se determinará el plazo máximo de su duración», vid. STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3.

⁴⁴⁹ En este sentido vid. SSTC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6. Es decir, quien es privado de su libertad, de manera provisional, por razón de la presunta comisión de un ilícito penal con la finalidad de ponerle a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de 72 hrs. en caso de no haber cesado la detención, tal y como lo establece el art. 17.2 CE.

⁴⁵⁰ Cfr. SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6, 107/1985, de 7 de octubre de 1985, FJ 3; ATC 234/2005, de 6 de junio, FJ 3.

todo lo contrario; estos derechos deben ser pauta a tener en cuenta por el legislador cuando configure algún otro caso de privación de libertad distinto a la institución de la detención preventiva, y los derechos dispuestos en los apartados 2, 3 y 4 –primer enunciado—del art. 17 CE resultarán aplicables dependiendo de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad en cuestión⁴⁵¹.

Ahora bien, hemos hecho referencia a los derechos previstos en los apartados 2 y 3 del art. 17 CE como derechos de un detenido preventivo, excluyendo al apartado 4 del art. 17 CE –y coincidentes apartado cuarto de los arts. 5 CEDH /6 CDFUE y 9 PIDCP—en virtud de que la garantía reconocida por éstos últimos tiene una mayor amplitud *ratione personae* que aquéllos. En efecto, esta garantía judicial al derecho a la libertad personal se trata de una garantía reforzada, una garantía que posibilita el control judicial posterior de la legalidad y condiciones en las que se desarrolla cualquier situación de privación de libertad que no haya sido acordada judicialmente⁴⁵² dentro de las cuales se encuentra la institución que analizamos; pero también constituye un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE⁴⁵³ que, como hemos dicho, primariamente le corresponden al detenido preventivo.

Por otro lado, debemos señalar que excluimos de nuestro estudio el derecho a una reparación previsto en el apartado quinto común de los arts. 5 CEDH-6 CDFUE y 9 PIDCP porque consideramos que pese a que pueda configurarse como un derecho garantía de la libertad personal⁴⁵⁴; atendiendo a su naturaleza, su vigencia y aplicación tienen lugar fuera del marco de la detención preventiva, que en estricto sentido es el marco de nuestro trabajo.

Hechas las anteriores precisiones, podríamos apuntar que a las personas sujetas a una detención preventiva, atendiendo a la finalidad de la institución y a las consecuencias que ésta puede tener, la Constitución les reconoce la titularidad de una serie de derechos en

⁴⁵¹ *Cfr.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; reiterado en otras como la STC 179/2000, de 26 de junio, FJ2.

⁴⁵² Tal y como se deriva de la STC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2, en la cual se recoge sucintamente la consolidada doctrina del Alto Tribunal sobre el procedimiento de habeas corpus.

⁴⁵³ *Cfr.* SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3 a), 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3, 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4); 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3.

⁴⁵⁴ Sobre los derechos garantía y su naturaleza, como se mencionó, *vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.*, p. 10 y ss.

virtud de que se colocan bajo la custodia de agentes del estado padeciendo una injerencia en uno de los derechos más sagrados: la libertad; teniendo en cuenta también que, eventualmente, enfrentarán la intervención estatal más extrema que hay, la punitiva penal⁴⁵⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizaremos cada uno de los derechos fundamentales que corresponden a cualquier persona sometida a una detención preventiva, derechos todos derivados del Marco Constitucional; entendiéndolos como auténticas instituciones jurídicas constitucionalmente reconocidas⁴⁵⁶ que por tanto, se configuran por una serie de elementos tales como la estructura jurídica, función, presupuesto habilitante, contenido, titularidad, ejercicio y límites⁴⁵⁷; que hacen posible apreciar los aspectos identitarios de cada uno de ellos y que permiten distinguirlos entre sí como parte del entero sistema de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

B. Configuración constitucional de los Derechos Fundamentales de los Detenidos

1. Derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible de las razones de su detención y de los derechos que tiene como detenido

a. Marco Constitucional

Artículo 17 CE

3. 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, [...]

⁴⁵⁵ En ese sentido, en la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4; el Tribunal recuerda que tanto imputados como acusados gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso, asimetría que encuentra justificación dada la trascendencia de sus intereses en juego, pues «al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales.»

⁴⁵⁶ En este sentido, recordamos cuando el TC se ha referido al habeas corpus como una institución, *vid.* STC 169/2006, de 5 de junio, FJ 4.

⁴⁵⁷ Seguimos y sugerimos el método de análisis empleado por FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, pp. 150-166.

Artículo 5 CEDH

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

Artículo 6 CDFUE⁴⁵⁸

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Artículo 9. PIDCP⁴⁵⁹

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

b. Estructura

El derecho a ser informado en forma inmediata y de modo comprensible, es un derecho público subjetivo, éste puede pedirse, el Estado tiene la obligación de otorgarlo y aun sin que fuera solicitado, tiene la obligación de brindarlo.

El artículo 17.3 CE y, sostiene el Tribunal Constitucional, el art. 520.2 LECrim en aplicación de aquél imponen la obligación de informar al detenido de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten⁴⁶⁰.

Así, estructurados como garantías del derecho a la libertad –arts. 17.3 CE y 5.2 CEDH— para evitar que puedan producirse privaciones arbitrarias a la misma⁴⁶¹, representan la garantía más elemental de toda persona detenida: la de saber de manera sencilla y comprensible las razones esenciales de hecho y de derecho que motivan la actuación policial, es decir permitirle saber por qué ha sido privada de libertad⁴⁶², así como hacer de

⁴⁵⁸ Recordemos que los derechos a la libertad y a la seguridad previstos por el artículo 6, se corresponden con los garantizados en el art. 5 CEDH con el mismo sentido y alcance. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 6—Derecho a la libertad y a la seguridad.

⁴⁵⁹ *Vid. supra* nota a pie 415 de este capítulo.

⁴⁶⁰ *Cfr.* ATC 234/2005, de 6 de junio, FJ 3; ATC 282/1993, de 20 de septiembre, FJ 4; así también ver las SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5 B); 74/1987, de 25 de mayo, FFJJ 2,3.

⁴⁶¹ *Vid.* STEDH *Van Deer Leer v. Países Bajos*, 11509/85, Sentencia de 21 de febrero de 1990, párr. 27.

⁴⁶² En este sentido *vid.* STEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párr. 40; en la doctrina sugerimos a GONZALEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención: los derechos del detenido*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 79.

su conocimiento los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce para afrontar tal situación de sujeción⁴⁶³.

Ahora bien, si leemos con detenimiento el art. 17.3 CE, vemos que impone a la autoridad una sola obligación: informar a toda persona detenida; acto seguido establece cómo ha de cumplirse tal obligación: de forma inmediata y de modo que le sea comprensible; y después indica qué es aquello que debe informarse a toda persona detenida: sus derechos y las razones de su detención⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Como apuntan Álvarez García y Queralt Jiménez, «para rebatir la legalidad de una detención tendremos que conocer cuanto antes las razones que la motivan. [...] las garantías previstas en el art. 5.2 CEDH son autónomas» *cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)», en GARCÍA ROCA, Javier y SANTAOLAYA, Pablo (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª ed., 2009, p. 191.

⁴⁶⁴ A partir de ello, creemos que es posible sostener que se trata de dos aspectos que integran una obligación estatal que se traduce en un genérico derecho de los detenidos a ser informados; si alguno de éstos aspectos no fuera satisfecho, el genérico derecho resultaría incompleto. Ahora bien, respecto a la obligación estatal de informar a los detenidos hay matices en la interpretación, p.e. Serrano Alberca, entiende que en el art. 17.3 CE se consagra un derecho, el derecho a la información, con «un doble contenido: causas que han determinado la detención y derechos; un plazo: de forma inmediata; y de una forma de realizarse: de modo que sea comprensible», nosotros coincidimos con este autor; en similar sentido opina Rodríguez Ramos, diferenciando tres extremos a informar: los hechos que se le imputan y las razones de la detención, los derechos que le asisten con una connotación especial y unos derechos «no especiales»; para González Ayala, se trata de «un derecho general de información [...] que se concreta en dos derechos específicos: la información sobre las razones de la detención y, seguidamente de los derechos que le asisten, [...]». *Vid.* SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 17» ..., *op. cit.*, pp. 362, 366-367; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La Detención*, AKAL, Madrid, 1987, pp. 46-47; GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *op. cit.*, p. 76. Por otra parte, sobre esta obligación estatal, a partir de previsiones supranacionales encontramos distintas apreciaciones; por un lado, con respecto al CEDH algunos autores señalan que el artículo 5.2 equivalente en esta materia, «recoge explícitamente los siguientes derechos: derecho a recibir información de los motivos de la detención, derecho a recibirla en un plazo breve y, además, de forma comprensible.» *cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *op. cit.*, p. 193. Por su parte el TEDH, a partir de la Directiva 2012/13/UE, que se fundamenta en los derechos establecidos por la CDFUE, en particular los arts. 6, 47 y 48, basándose en los arts. 5 y 6 de la Convención, conforme han sido interpretados por el TEDH, considera que el art. 1 de la citada Directiva clarifica que el derecho a la información tiene dos aspectos: la información sobre los derechos procesales y la información sobre la acusación, *vid.* STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs.203 y 204. Mientras que el TJUE al resolver la cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 2, 3, apartado 1, letra c), y 6, apartados 1 y 3, de la citada Directiva 2012/13/UE, *relativa al derecho a la información en los procesos penales*, señaló que efectivamente el art. 1 de la Directiva «consagra el derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas», pero que según se desprende de la lectura del art. 3 en relación con el art. 6 de la misma, el derecho mencionado en el art. 1 de la norma europea se refiere «al menos a dos derechos distintos». Por un lado, conforme al art. 3, «las personas sospechosas [...] deben ser informadas, como mínimo, de ciertos derechos procesales enumerados en dicha disposición, [...]»y, por otro lado, el art. 6 de la Directiva, define «las normas relativas al derecho a recibir información sobre la acusación.» y por cuanto a este último derecho, señala que conforme al ámbito de aplicación de la Directiva –art 2–, este aplica «desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en

Por otro lado, evidencia la lectura de los artículos transcritos del CEDH y del PIDCP que éstos, a diferencia de la Norma Fundamental, refieren de manera expresa a la obligación de informar los motivos de la detención pero no prevén de manera taxativa la obligación de informar al detenido sobre los derechos que le asisten; este silencio, sin embargo, no podría traducirse en una inexistencia de tal obligación estatal pues el estándar mínimo de los derechos obliga a aplicar el nivel superior de protección.

A la luz de lo anterior podemos sostener, que la obligación estatal de proporcionar a todo detenido información sobre los derechos y razones de la su detención, recogido con el resto de garantías propias del derecho consagrado en el art. 17.1 CE interpretado, por mandato del art. 10.2 CE, conforme a los arts. 5.2 CEDH - 6 CDFUE, adopta la estructura de derecho público subjetivo, una omisión en el derecho a informar es constitucionalmente inaceptable⁴⁶⁵.

c. Función

El derecho a ser informado, de las razones de la detención y de los derechos que asisten a todo detenido, cumple la función de crear una esfera de autonomía, contribuye a que se respeten los demás derechos de los detenidos, sirve de garantía a la libertad personal, a la dignidad –contribuye a evitar malos tratos–, evita la indefensión y de manera genérica legitima el sistema democrático; con éste, la norma constitucional procura que la situación de sujeción que la detención preventiva implica, de ninguna manera produzca indefensión del afectado⁴⁶⁶.

En efecto, cuando una persona es adecuadamente informada de las razones de su detención, en primer lugar, le permitirá saber qué es lo que ha llevado al agente estatal a provocarle el acto de molestia consistente en la limitación temporal de su derecho a la libertad, pues como sabemos «nadie puede ser privado de su libertad sin conocer los motivos que lo determinan»⁴⁶⁷. En este sentido, este derecho puede verse como una manifestación de la ineludible obligación estatal de motivar cualquier medida que limite

conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal, [...]» *vid.* STJUE *Covaci* (Primera Sala), Asunto C-2016/14, Sentencia de 15 de octubre de 2015, párrs. 52-58.

⁴⁶⁵ *Vid.* 141/2012, de 2 de julio, FJ 7 b).

⁴⁶⁶ *Cfr.* SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5 B). A estas garantías agrega otras como la asistencia letrada o el intérprete.

⁴⁶⁷ STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5 b).

derechos fundamentales y, no cabe duda alguna de que la detención preventiva tiene tal naturaleza.

En ese sentido recordamos que el propio TC ha referido que la obligación de proporcionar al afectado la información sobre las razones que motivan la privación de libertad, de manera inmediata y de modo comprensible «es cosa que apenas requiere ser argumentada», proporcionar tal información es algo inexcusable para que la persona afectada por la actuación policial sepa a qué atenerse. Así pues, la ausencia de información o motivación al afectado con respecto a la actuación policial, sería a todas luces contraria a la Constitución⁴⁶⁸.

Aunado a ello, cuando una persona es adecuadamente informada de los derechos que le asisten como detenido, estará en mejores condiciones de determinar cómo actuar, decidir si declara o permanece en silencio, negar el hecho que se le atribuye, solicitar la presencia de un abogado, solicitar una revisión médica, entre otros; y si considera que su privación de libertad es infundada o ilegal, solicitar su puesta en libertad o la intervención judicial interponiendo el procedimiento de habeas corpus⁴⁶⁹. En consecuencia, puede sostenerse que la trascendencia de la transmisión de esta información radica en ser la llave de acceso a la gama de derechos fundamentales constitucionales y legales que el detenido tiene y que puede hacer valer⁴⁷⁰.

Así las cosas, quizá no pueda descartarse que a partir del conocimiento general, especialmente a partir de los medios de comunicación, los afectados tengan asumido que frente a una detención las personas tienen unos derechos básicos como contactar a un abogado, no decir nada porque se puede usar en su contra o a hacer una llamada

⁴⁶⁸ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FFJJ 5, 6 B). En el caso el TC se refería a la privación de libertad que constituye el requerimiento de acompañamiento a dependencias policiales, hecho por la fuerza policial, a los efectos de lograr una identificación que no hubiera podido practicarse al momento de ser requerida y solo en el supuesto de personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pudiera presumirse que se hallaban en disposición actual de cometer un ilícito penal, para impedir la comisión de un delito o falta; o en el caso de personas no identificadas que ya hubieran incurrido en una infracción administrativa.

⁴⁶⁹ En este sentido *vid.* STEDH *Fox, Campbell y Hartely v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párr. 40; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 25.

⁴⁷⁰ En similar sentido Moreno Catena señalaba que la transmisión de esta información «es la pieza fundamental para que no sea una vana formulación o un *desiderátum* lo que aparece como garantía constitucional. [...]», entendiendo que la información completa que debe proporcionarse al detenido comprende tanto los derechos que le asisten como las razones de su detención. *vid.* MORENO CATENA, Víctor, *La defensa en el proceso penal*, CIVITAS, Madrid, 1982, p. 66.

telefónica; pero ello jamás podría asumirse como regla general de que todo detenido al momento de ser privado de su libertad sabe con certeza los derechos que efectivamente le reconoce el ordenamiento, y menos aún los derechos específicos que surgen por situaciones especiales p.e. derecho a intérprete, o las restricciones que éstos pudieran tener atendiendo a las circunstancias del caso, p.e. asistencia letrada solamente asignado de oficio.

Aunado a ello no puede perderse de vista que la detención *per se*, es una situación fáctica de carácter inesperado para la persona que, muy probablemente, la colocará en un estado de desconcierto que incidirá en el bagaje de aquel conocimiento genérico que más o menos pudiera tener sobre ese adagio de que todo detenido tiene unos derechos. En síntesis, la omisión de la información de derechos no es, como ha señalado el TC, constitucionalmente aceptable⁴⁷¹, pues si el detenido no conoce sus derechos no puede ejercerlos.

Por lo anterior, el derecho a ser informado de las razones de la detención y de los derechos que le asisten es el punto de partida para el ejercicio del resto de derechos que tienen las personas detenidas y por ello, la ausencia o defecto en la transmisión de información muy probablemente incidirá en la eficacia de alguno de éstos⁴⁷².

d. Presupuesto habilitante

De conformidad con la Constitución, el presupuesto habilitante del derecho a ser informado de las razones de la detención y de los derechos que tiene como detenido, es la propia detención. Así, el art. 17.3 CE establece que se deberá realizar de manera inmediata.

El TC alude al sentido protector del derecho a ser informado de manera inmediata⁴⁷³ y de modo comprensible sobre las razones de la detención y los derechos que le asisten ante la

⁴⁷¹ Vid. STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 7 b).

⁴⁷² En ese sentido el TEDH ha señalado que, en principio, no puede haber justificación para el incumplimiento de notificar al sospechoso de derechos tan básicos como el derecho a guardar silencio o el derecho a no autoincriminarse; ello, sumado a otras circunstancias como el aplazamiento de la asistencia letrada, podría incluso provocar una inequidad en el procedimiento. Vid. STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 273.

⁴⁷³ Vid. STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 3, recordando que tanto el art. 17.3 CE como el 520 LECrim aluden a ese criterio de inmediatez.

situación establecida en el art. 520.1 LECrim⁴⁷⁴ «[...] en que hayan de realizarse, tras la detención preventiva de una persona y su conducción a dependencias policiales, diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos, incluida la declaración del detenido [...]»⁴⁷⁵.

Por tanto, el presupuesto habilitante para el pleno alcance del derecho a ser informado – de razones y derechos— se encuentra en el momento de ser detenido⁴⁷⁶.

En consecuencia, durante el *iter* de la detención preventiva el momento para hacer efectivo el derecho a ser informado –de razones y derechos— será a partir o después de la inmovilización personal y conducción a dependencias policiales, pero antes de la realización de la primera diligencia de esclarecimiento de hechos, que puede ser, la declaración del detenido.

En síntesis, el derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible sobre las razones de la detención y sobre los derechos que le asisten adquieren su sentido protector ante el hecho mismo de la detención y más aún si se tiene en cuenta la finalidad inmediata de la misma y su innegable importancia de evitar indefensión⁴⁷⁷.

e. Contenido

Apuntábamos que el derecho a informar implica poner en conocimiento del detenido dos cuestiones: a) los motivos de su detención y b) los derechos que le asisten, ambas deben coexistir para poder sostener que la persona ha obtenido la información necesaria que le permita oponerse, si lo considera necesario, a su detención. Al tiempo, la transmisión de la información de ambas cuestiones debe satisfacer una doble exigencia: la celeridad y la asequibilidad; las cuestiones a informar vinculadas a la doble exigencia conforman el contenido de este derecho y ello se constata porque si alguno de dichos elementos estuviera ausente, este derecho carecería de efectividad. Veamos.

⁴⁷⁴ «Artículo 520.1 La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. [...]».

⁴⁷⁵ Vid. STC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3.

⁴⁷⁶ Vid. SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5 b).

⁴⁷⁷ Vid. STC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3.

Por cuanto a los motivos, estos se refieren al hecho aparentemente delictivo, a la vinculación del afectado con el mismo y a la base legal en la que encuentra sustento la supuesta conducta antijurídica⁴⁷⁸.

En este sentido, el Alto Tribunal señala que lo relevante es que el detenido tenga conocimiento de los hechos que se le atribuyen, no tanto de su calificación jurídica, este aspecto asegura que la persona sea impuesta y sabedora de los hechos que se le imputan y que motivaron la detención para evitar que por algún déficit de información, virtualmente pueda generarse algún tipo de indefensión⁴⁷⁹. En similar criterio el TEDH considera que la mera información respecto a la base legal de la detención, por sí sola, es insuficiente para satisfacer la exigencia de este derecho⁴⁸⁰.

La información sobre los motivos de la detención asegurara que el afectado, antes de la realización de cualquier diligencia de investigación, tenga la completa comprensión sobre la naturaleza de la investigación, los intereses en juego, la trascendencia del hecho delictivo con el que se le relaciona e incluso, la eventual sanción que éste podría aparejar⁴⁸¹. Lo anterior contribuirá a disminuir la sensación de intimidación que la detención preventiva implica.

En cuanto a la información de derechos, ésta abarca todas las garantías previstas por virtud del art. 17 CE, apartados 2, 3 y 4 primer enunciado, interpretados conforme a los arts. 5 CEDH apartados 2, 3 y 4 -6 CDFUE, y de la legislación que los desarrolla⁴⁸².

⁴⁷⁸ La noción de «razones», contemplada en el art. 9.2 PIDCP refiere tanto al fundamento legal general de la detención, como a los elementos de hecho que pudieran servir de base a la denuncia, el supuesto acto ilícito cometido; es decir, la causa oficial de la detención; la noción de «acusación», específicamente prevista en la segunda parte del art. 9.2, se refiere a la información sobre los delitos que se imputan al detenido. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párrs. 25, 29.

⁴⁷⁹ *Cfr.* ATC 234/2005, de 6 de junio, FJ 3.

⁴⁸⁰ *Vid.* SSTEDH *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párr. 76; *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párrs. 9, 41.

⁴⁸¹ En este sentido *vid.* STEDH *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 67; en el caso el TEDH se refería al tratamiento de un menor durante su detención.

⁴⁸² En cuanto a la legislación de desarrollo, concretamente en el ámbito de la Unión Europea, el TEDH ha destacado la especial trascendencia de informar a los detenidos, con celeridad, sobre al menos los cinco derechos procesales enunciados en el art. 3.1 de la Directiva 2012/13/UE, a saber: a) derecho a tener acceso a un abogado; b) eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla; c) derecho a ser informado de la acusación –en los términos previstos en el art. 6 de la misma Directiva–; d) derecho a interpretación y traducción y e) derecho a permanecer en silencio; y de estos derechos enfatiza contundentemente en la trascendencia de informar sobre el derecho de acceso a un abogado y el derecho a

Así pues, antes de llevar a cabo la primera diligencia de investigación, incluida la declaración, el detenido deberá ser informado al menos, de que cuenta con los derechos constitucionales a no declarar, a la asistencia de un letrado, a un intérprete si no comprende el idioma empleado por las autoridades, a que su detención tendrá una duración mínima indispensable que no podrá exceder de 72 horas, a un control judicial de la detención que se realizará de oficio a menos que antes sea puesto en libertad, a incoar el procedimiento de habeas corpus si duda de la legalidad de su detención, para adelantar ese control judicial. A éstos podrán agregarse los derechos que la legislación de desarrollo haya incluido⁴⁸³.

La información de ambas cuestiones siempre será preceptiva, pues de ésta dependerá que el detenido, sabedor de aquello que se le imputa y de los derechos con que cuenta, se conduzca de una forma determinada y ejerza los derechos informados; en efecto, la transmisión de información –sobre las razones y derechos– no está sujeta a la solicitud del detenido⁴⁸⁴, sino en todo caso a las exigencias de celeridad y asequibilidad.

Respecto a la exigencia de celeridad en relación con los dos aspectos anteriores, bajo la noción de inmediatez conforme al art. 17.3 CE, la del plazo más breve posible a la luz de los

permanecer en silencio, en cuanto ello es inherente al privilegio contra la autoincriminación; por ello destaca que cuando se ha incumplido con la notificación de derechos, el acceso a un abogado que pueda proporcionar la información sobre los derechos procesales, puede prever una eventual inequidad motivada por la ausencia de la notificación oficial de estos derechos. Así mismo, cuando el acceso a un abogado ha sido retrasado, se hace particularmente necesario que las autoridades notifiquen al sospechoso sobre sus derechos a la asistencia letrada, a guardar silencio y a no autoincriminarse. *Vid.* STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 204, 272, 273.

⁴⁸³ P.e. en la LECrim encontramos: el Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención –arts. 520.2.d)–; Derecho a poner en conocimiento de la oficina consular del país, la privación de libertad y lugar de custodia –arts. 520.2.e) y 520.3–, así como a recibir visitas, comunicarse y mantener correspondencia con las autoridades consulares –art. 520.2.g) y 520.3–; Derecho a comunicarse sin demora con un tercero de la elección –art. 520.2.f)–; Derecho al reconocimiento médico –art. 520.2.i)–; Derecho a recibir información sobre el plazo máximo legal de duración de la detención hasta su puesta a disposición judicial y sobre el procedimiento para impugnar la legalidad de la detención –art. 520.2–. Ello en correspondencia con los derechos reconocidos a los detenidos en la legislación de desarrollo de la Unión Europea, concretamente, en la Directiva 2012/13/UE, incluso expresamente recogidos en el Modelo indicativo de declaración de derechos que se anexa a la misma; aunado a los que se recogen en las Directiva 2013/48/UE, Directiva (UE) 2016/343 y Directiva (UE) 2016/1919.

⁴⁸⁴ *Vid.* STEDH *Saadi v. Reino Unido* [GS], 13229/03, Sentencia de 29 de enero 2008, párr. 83.

arts. 5.2 CEDH - 6 CDFUE, en el momento de la detención / sin demora según el art. 9.2 PIDCP⁴⁸⁵.

Al momento de practicarse la detención bien puede indicársele al detenido la razón que motiva la actuación de los agentes del Estado⁴⁸⁶, así de una manera llana darle una información meramente verbal que le permita tener conciencia del sustrato fáctico que motiva la privación de libertad; igualmente puede decírsele con que derechos cuenta. Sin embargo, el hecho de que al detenido se le proporcione un cúmulo de información al momento de la aprehensión, quizá pudiera satisfacer el criterio de celeridad o inmediatez —art. 17.3 CE— pero probablemente no el de asequibilidad, piénsese por ejemplo en el caso de una detención en la que se tiene que acudir al uso de la fuerza, esta situación colocará al afectado en un estado de confusión y nerviosismo que incidirá en la forma de acoger la información brindada en ese momento.

En coherencia con lo anterior puede entenderse que el TEDH considera que la celeridad, entendida como el plazo más breve posible para informar al detenido, no se traduce en que ésta deba ser proporcionada en su totalidad por quien efectúa la detención en el momento mismo de llevarla a cabo⁴⁸⁷; ello no obstante para determinar si el contenido y la rapidez de la información fueron suficientes tendrá que valorarse en cada caso teniendo en cuenta sus particulares circunstancias.

Así pues, para el TEDH la exigencia temporal impuesta por la noción de plazo más breve posible se respeta si el detenido es informado de las razones de su arresto dentro de las

⁴⁸⁵ El intérprete de este tratado entiende que el criterio temporal o exigencia de celeridad para la información, conforme al apartado 2, impone dos requisitos; el primero, de aplicación general, es del informar las razones en el momento de la detención, entendiendo por detención el inicio de una privación de libertad cualquiera que sea; el segundo, es un requisito de aplicación en materia penal, informar «sin demora» las acusaciones —en el sentido autónomo del tratado—. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 24. Esto, aplicado a la detención preventiva, puede entenderse que el requisito general debería aplicarse al momento de la aprehensión —primer momento de la detención— y el segundo requisito al momento de formalizarse la detención y de manera previa a la realización de cualquier diligencia.

⁴⁸⁶ Al respecto *vid.* STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 a). En el caso, al momento de llevarse a cabo la detención los policías informaron al afectado que lo detenían por terrorismo, al tiempo que mostraron su placa de identificación.

⁴⁸⁷ *Vid.* SSTEDH *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párr. 72; *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párr. 40.

primeras horas⁴⁸⁸, en el mismo sentido, la exigencia de informar sin demora del art. 9.2 PIDCP no se traduce en que esta sea en el momento mismo de la privación de libertad, por lo que puede tenerse cumplido si la información es proporcionada incluso unas pocas horas después de la aprehensión⁴⁸⁹.

Por tanto, aunque parece que la Norma Fundamental es más exigente que el CEDH, en virtud de que ordena que la información se proporcione inmediatamente, sí la inmediatez provocara incomprendibilidad, la efectividad del derecho resultaría trastocada, por eso, tal inmediatez bien puede entenderse como una primera sencilla información sobre la razón fáctica de la detención y posteriormente pero de manera previa a la primera diligencia de investigación, la transmisión completa de la información sobre las razones y los derechos. Es decir, transcurrido un plazo breve a partir de la privación de libertad.

El TEDH ha manifestado que también se deben tener en cuenta las circunstancias del momento de la detención, p.e. si cuando se produce hay un tiroteo o circunstancias parecidas que originen tener que esperar para dar esta información⁴⁹⁰.

Con relación a la exigencia de asequibilidad de la información, de modo comprensible señala el art. 17.3 CE y en una lengua que comprenda, prevén los arts. 5.2 CDEH - 6 CDFUE; esta exigencia se proyecta tanto a los motivos –fácticos y legales—, como a los derechos y busca asegurar que el detenido comprenda la situación que enfrenta, porqué está en esa situación de sujeción, qué puede hacer y qué le convendría dejar de hacer ante la misma, según le resulte más conveniente y que garantía(s) puede hacer valer ante una actuación que considere fuera del marco legal.

⁴⁸⁸ Como ocurrió en STEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párr. 42, donde se consideró que la información fue proporcionada dentro de un plazo razonable; en contraste, en STEDH *Saadi v. Reino Unido* [GS], 13229/03, Sentencia de 29 de enero 2008, párrs. 84-85 y 14, la información sobre los motivos de privación de libertad se proporcionó al representante del detenido aprox. 76 horas después de la aprehensión y éste último se lo comunicó al afectado, en este caso existió una vulneración de la celeridad exigida por el art. 5.2 CEDH.

⁴⁸⁹ Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párr. 30.

⁴⁹⁰ Al respecto vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La suspensión individual de Derechos y Garantías*, COLEX, Madrid, 1999, p. 162; del mismo autor, «El Derecho de Derogación en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Criterios Especiales», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, Valencia, Núm. 18-19, 1997, p. 191.

La obligación que deriva del art. 5.2 CEDH implica que la información sobre los motivos esenciales legales y fácticos en los que se apoya la detención se proporcione de manera sencilla, no en un lenguaje con tecnicismos que resulten ininteligibles para el detenido; pues solamente sí la información es adecuadamente comprendida por el afectado, podrá estar en condiciones de oponerse a la legalidad de su detención, p.e. incoando el procedimiento de habeas corpus⁴⁹¹.

Además, cuando las condiciones personales del afectado –limitaciones auditivas y de expresión oral, incapacidad—, lo coloquen en una especial situación de vulnerabilidad, la exigencia de asequibilidad de la información implicará que la autoridad, teniendo en cuenta dichas condiciones, tome las medidas necesarias como la presencia de un abogado o quien ejerza la guarda, para que la información sea transmitida a éstos en representación del afectado y pueda considerarse que el detenido ha sido informado, que comprende la situación que enfrenta y que se haga un uso inteligente y efectivo de sus derechos, sobre todo del que le permite cuestionar la detención⁴⁹².

Por último, la exigencia de asequibilidad comprende también la cuestión idiomática, y no podría ser de otra manera pues aun y cuando a una persona detenida se le proporcione información sobre las razones de la detención y los derechos que le asisten, se haga de manera rápida y de modo sencillo, si no habla el idioma de las autoridades, lógicamente nada de lo informado tendrá sentido, el derecho adolecería de efectividad y por tanto no alcanzaría la finalidad de evitar situaciones de indefensión.

Sin embargo, teniendo en cuenta el reconocimiento de la autonomía del derecho a intérprete y a la traducción, conviene dejar aquí las consideraciones al respecto y profundizar en su análisis en el siguiente subaparatado.

⁴⁹¹ Cfr. SSTEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párr. 40; *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párr. 72; *Z.H. v. Hungría*, 28973/11, Sentencia de 08 de noviembre de 2012, párr. 41; *Nowak v. Ucrania*, 60846/10, Sentencia de 31 de marzo de 2011, párr. 63.

⁴⁹² En este sentido *vid.* STC 288/2000, de 27 de noviembre, ANT. 2 d) y e), en el caso los agentes de policía no tomaron la declaración del menor detenido hasta que se contó con la presencia del letrado de oficio. Así como SSTEDH *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 69-74, menor detenido; *Z.H. v. Hungría*, 28973/11, Sentencia de 08 de noviembre de 2012, párr. 41, el detenido era sordomudo, analfabeta e incapaz.

f. Titularidad

El titular de éste derecho es la persona detenida en los términos del art. 17.2 CE, es decir, el detenido preventivo⁴⁹³, la persona afectada por la detención preventiva, entendida como la medida cautelar⁴⁹⁴ policial⁴⁹⁵ de privación de libertad con motivo de una supuesta acción delictiva⁴⁹⁶, para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Es decir, una situación de sujeción o compulsión personal⁴⁹⁷ cuya finalidad inmediata es la realización de averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

g. Ejercicio y límites

Parece que la incuestionable importancia del derecho de los detenidos a ser informados de sus derechos en un Estado democrático y de Derecho, hubiera provocado el efecto de asumirlo como una obviedad tal que no ameritara mayor análisis, evidentemente es una obligación que debe de ser satisfecha, sin embargo, cómo ha de hacerse y la determinación de la suficiencia de la información proporcionada muchas veces dependerá de las características especiales de cada caso.

De la jurisprudencia constitucional consultada apreciamos que existen pocas formalidades sobre la información –de motivos y razones de la detención—, normalmente se apunta al cumplimiento de esta obligación en el relato de antecedentes cuando se alude a que en la declaración del detenido consta que fue informado de los motivos de la detención⁴⁹⁸.

Por su parte, en la jurisprudencia del TEDH vemos que el derecho a proporcionar información –art. 5.2 CEDH—no exige que la información necesaria deba de proporcionarse en una forma específica, sea a través de un texto escrito o solo de forma verbal⁴⁹⁹, ni que éste consista en una lista completa de las imputaciones que se sostienen contra la persona detenida⁵⁰⁰. Ahora bien, aunque se entienda que idóneamente la

⁴⁹³ Cfr. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6, recordando la acepción de detenido que fuera dada desde la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁴⁹⁴ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁴⁹⁵ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2.

⁴⁹⁶ STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2.

⁴⁹⁷ STC 174/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 3, 4.

⁴⁹⁸ Como ejemplo, STC 23/2004, de 23 de febrero, ANT. 2.

⁴⁹⁹ Vid. *X. v. Alemania* (dec), 8098/77, de 13 de diciembre de 1978, párr. 1. Igualmente vid. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁰⁰ Vid. STEDH *Bordovskiy v. Rusia*, 49491/99, Sentencia de 08 de febrero de 2005, párr. 56; *Nowak v. Ucrania*, 60846/10, Sentencia de 31 de marzo de 2011, párr. 63.

información debe ser proporcionada a la persona detenida, el TEDH no ha descartado que pudiera tenerse por satisfecha esta garantía si la información se da verbalmente al abogado del detenido⁵⁰¹, lo cual puede entenderse sólo si el abogado tiene una comunicación efectiva con el detenido quien es el titular del derecho. Además, en caso de que las condiciones de la persona detenida le imposibiliten a comprender el alcance de lo que se le está informando, los aspectos que comprenden el derecho deberían proveerse a quien represente los intereses del afectado, p.e. su abogado o quienes ostenten la guarda⁵⁰².

Por otro lado, a la luz del art. 9.2 PIDCP, la obligación de informar puede tenerse por satisfecha con la pura notificación oral⁵⁰³. Y es de destacar que, de la legislación de desarrollo de la UE se desprende que la información debe proveerse de dos formas: con prontitud, de manera verbal o escrita, la información sobre los derechos y, con prontitud, de manera escrita una «declaración de derechos» dándosele la ocasión de leerla y que podrá conservar durante todo el tiempo que dure la privación de libertad⁵⁰⁴.

El cauce común de la detención preventiva es que, tras la aprehensión a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad –titulares de la institución—; el detenido es trasladado a las dependencias policiales; donde se debería dar cumplimiento a las exigencias previstas

⁵⁰¹ Vid. SSTEDH *Saadi v. Reino Unido* [GS], 13229/03, Sentencia de 29 de enero 2008, párr. 84; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 273.

⁵⁰² Vid. STEDH *Z.H. v. Hungría*, 28973/11, Sentencia de 08 de noviembre de 2012, párrs. 42, 43.

⁵⁰³ Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 26.

⁵⁰⁴ Más aún, con la finalidad de homologar los estándares mínimos de la información de derechos, se establece una lista taxativa de los derechos sobre los cuales deberá de informarse: Derecho de acceso a los materiales del expediente; derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona; derecho de acceso a atención médica urgente, informar el máximo número de horas o días que puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial; así como una serie de requerimientos v.g. las características de sencillez y asequibilidad de la información, brindándose un modelo indicativo de dicha declaración. Vid. arts. 3 y 4, Anexo I de la Directiva 2012/13/UE. Aunado a ello, en los considerandos (31) y (32) de la Directiva (UE) 2016/343, se establece que los Estados examinen la posibilidad de que cuando los sospechosos reciban la información de sus derechos y la correspondiente Declaración de Derechos, sea proporcionada también la «información relativa al derecho a no declarar contra sí mismo», según se establezca en el Derecho nacional conforme a lo establecido en la segunda Directiva mencionada. En cuanto a la LECrim, al transponerse la Directiva 2012/13/UE, actualmente el art. 520.2 LECrim establece contundentemente que a todo detenido se le informe por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de manera inmediata, tanto los hechos que se le atribuyen y las razones de la privación de libertad, como los derechos que le asisten.

y a las derivadas del art. 17.3 CE; en tales dependencias «se continúan las averiguaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos constitutivos del delito»⁵⁰⁵.

El TC ha señalado que durante el periodo de duración de la detención preventiva, atendiendo a lo dispuesto en el art. 17.3 CE, «debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos al detenido»⁵⁰⁶; sin embargo, como señalamos en el capítulo anterior, ésta tiene dos momentos, por ello cabe sugerir que una genérica información puede –o debería– proporcionarse verbalmente al momento de la aprehensión y después, en dependencias policiales⁵⁰⁷ como primer diligencia informar a cabalidad de las razones fácticas y jurídicas de la detención y de cada uno de los derechos⁵⁰⁸, esto es, la diligencia de lectura de derechos.

Así, en el primer momento de la detención, puede indicársele al afectado cual es la conducta delictiva que se le atribuye sin necesidad de que, en ese instante, se le diga el preciso precepto legal en el que se apoya pues este último dato resultaría irrelevante para la finalidad de este derecho; ello no obstante, en un segundo momento de la detención

⁵⁰⁵ Cfr. STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5 A).

⁵⁰⁶ Cfr. SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.

⁵⁰⁷ Vid. P.e. STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 b). En este sentido tenemos en cuenta que la interpretación del art. 9.2 PIDCP es que la información sobre las razones se haga desde el comienzo de la detención, con independencia del carácter oficial u oficioso con que se lleve a cabo la detención. vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párr. 24.

⁵⁰⁸ P.e. En la ya citada STC 288/2000, de 27 de noviembre, ANT. 2 c) y d), en la que se evidencia se evidencia que el primero de los detenidos tuvo tal condición tras haber sido citado a la comisaría de policía y ésta, tras el reconocimiento de aquél en cuanto al hecho denunciado procedió a detenerlo informándole en ese momento de sus derechos; en cambio, otra persona relacionada con los mismos hechos fue detenida en su domicilio y tras ser conducida a dependencias policiales, aprox. 1:15 hr después de la aprehensión, le fueron leídos sus derechos. La STC 23/2004, de 23 de febrero, ANT. 2, FJ 3, ante unos hechos aparentemente delictivos –delito contra los derechos de los trabajadores– el instructor policial ordenó la búsqueda y detención de una persona, la cual fue detenida un 10 de junio a las 13 hrs; fue trasladada a dependencias policiales, media hora después el instructor policial dispuso que fuera informado de los derechos que le asisten y finalmente la información de derechos tuvo lugar a las 13:48 hrs y más tarde, hacia las 17:45 hrs. le fue tomada su declaración, en presencia de su letrado. Otro ejemplo, en la STC 88/2011, de 6 de junio, FJ 3, se desprende que la persona habría sido detenida sobre la 01:00 hrs en la calle, tras una discusión con su pareja, fue conducida a la comisaría de centro del Cuerpo Nacional de Policía y, conforme al atestado, se procedió a la identificación y reseña dactiloscópica, extendiéndose la oportuna diligencia de lectura de derechos sobre la 01:35 hrs, informándosele los hechos de la detención: presunto delito de violencia doméstica; posteriormente sobre las 10:50 hrs de la mañana fue oída en declaración en presencia de Abogado de oficio y la detenida se acogió a su derecho a no declarar en sede policial y hacerlo cuando fuese requerida a tal efecto ante autoridad judicial, finalizando así por concluidas las actuaciones en sede policial.

preventiva forzosamente habrá de proporcionarse la información sobre el sustento legal que motiva la detención⁵⁰⁹.

En efecto, de la jurisprudencia constitucional se desprende que el detenido es informado a cabalidad –de motivos y derechos— cuando se formaliza la detención, levantándose las respectivas actas tanto de la detención como de la lectura de los derechos; ello tiene lugar en la comisaría, salvo circunstancias excepcionales, p.e. que el detenido por su estado de salud, se encuentre privado de libertad en un hospital⁵¹⁰.

Así las cosas, una vez que se realice la lectura de derechos, el detenido podrá constatar que se cumplen los derechos preceptivos como el de la asistencia letrada, hacer valer alguno potestativo como manifestar que no declarará sino sólo en presencia judicial, oponerse a los hechos que se le atribuyen y comprender el porqué de las diligencias de esclarecimiento de hechos que se practiquen; por ello señala el TC que es en tal situación cuando el derecho a ser informado –de las razones y derechos— de forma inmediata y de modo comprensible adquiere su pleno sentido protector⁵¹¹.

Por tanto, la diligencia de lectura de derechos que se practique con ocasión de la detención deberá contar con la firma del afectado y si se negase a firmar así debe de hacerse constar, ésta forzosamente debe obrar en el atestado policial y su vital importancia radica en que a través de la misma podrá constatarse si se realizó la lectura de derechos y si le fue proporcionada la información relativa a las razones de su detención⁵¹². Esta información de derechos será independiente de la que se le proporcione en sede judicial⁵¹³.

⁵⁰⁹ Como ya se señaló al momento adecuado para proceder a la comunicación de los motivos y derechos según las circunstancias del caso.

⁵¹⁰ Como ejemplo, STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 4, en el caso, la diligencia de detención y lectura de derechos se formalizó horas más tarde de la detención, en la sala de detenidos del Hospital donde fue ingresado.

⁵¹¹ Vid. *Mutatis mutandis* STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5.

⁵¹² Vid. SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 2, 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 b).

⁵¹³ P.e. En el caso que motivara la STC 127/2000, el detenido –incomunicado—fue informado de las razones de su detención y de los derechos que le asistían como detenido según constaba en el atestado policial una hoja de información de derechos firmada por el recurrente; al momento de ser presentado ante el Juez Central de Instrucción éste le hizo saber, aun sin cita literal a la legislación procesal –arts. 520 a) y b) LECrim— de sus derechos en los siguientes términos: «Yo soy el Juez del Juzgado Central de Instrucción número uno, en funciones en el número cinco ... Se encuentra presente el representante del Ministerio Fiscal, también la Secretaria del Juzgado y ha sido llamado un Abogado designado por el turno de oficio para asistencia al detenido por que Vd. está incomunicado, porque así he dictado yo esa resolución. No tiene por ello derecho a la libre designación de Letrado ... sí sin embargo después en el procedimiento cuando se levante la

En cuanto a los límites, dependiendo de las circunstancias encontramos modulaciones por cuanto:

a) Al momento, proveyéndose la información de forma no inmediata, p.e. en un enfrentamiento, en un tiroteo.

b) La información de los motivos de la detención, en especial en casos relativos a presuntos delitos relacionados con el terrorismo. Así p.e. el TEDH ha tenido por satisfecha la exigencia del art. 5.2 CEDH cuando se brinda una lacónica información sobre la base legal de la detención y ésta se complementa con una subsiguiente actuación policial de la cual se desprenden o hacen aparentes las razones de la detención, generalmente durante el curso del interrogatorio posterior a la detención⁵⁴⁴. Esta flexibilización del derecho, atendiendo al presupuesto habilitante y contenido del mismo, parece dotarlo de ineffectividad pues resulta difícil conciliar que la obligación de informar para evitar

incomunicación. Tiene también impedido el derecho a mantener una entrevista reservada con el Abogado, cuando termine esta declaración. Y tampoco es informada su familia ni ninguna otra persona que Vd. pudiera designar para saber que está Vd. aquí. la Guardia Civil ha practicado su detención supuestamente por un supuesto delito de colaboración con ETA, en concreto por haber facilitado alojamiento de un comando de ETA, formado por [...]; alojamiento que habría podido ser darle en casa de [...] ... Sepa que tiene derecho a no contestar a las preguntas que no desee, tiene derecho a no contestar a nada si no quiere, y que por supuesto puede decir cuanto quiera en relación a estos hechos'». *Vid.* STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 b). Sirva éste como un ejemplo de una información sobre las razones de la detención y los derechos que tiene que, aun omitiendo la base legal, le permiten tener conocimiento al privado de libertad de las causas que motivaron su detención, de las garantías que el ordenamiento legal le brinda y derivar en consecuencia unas expectativas.

⁵⁴⁴ *Vid.* STEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párrs. 9, 41-43. Cuando se formalizó la detención de los demandantes, aprox. 25 minutos después de haber arribado a la comisaría de policía, fueron informados de la base legal de la detención —un específico precepto de La Ley 1978, legislación de emergencia— y de que quedaban detenidos conforme a tal debido a las sospechas de que eran terroristas. Para el TEDH esta información escueta resultaba insuficiente para satisfacer la obligación de informar derivada del art. 5.2 CEDH, sin embargo, tuvo en cuenta que, tras el arresto, los demandantes fueron interrogados respecto a su presunta implicación en unos actos delictivos específicos y sobre su pertenencia a una organización prohibida. El TEDH consideró que no había motivos para suponer que a partir de dichos interrogatorios los demandantes no pudieran comprender porque habían sido detenidos pues las razones por las que se sospechaba de que eran terrorista fueron puestas en su conocimiento durante los interrogatorios que además tuvieron lugar a las pocas horas de haberse efectuado cada detención. En consecuencia, no se consideró que el art. 5.2 CEDH hubiera sido vulnerando. En similares circunstancias, STEDH *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párrs. 77-78. El TEDH consideró que para la demandante debió haber sido aparente, a la luz de los cuestionamientos, el hecho delictivo con el que posiblemente se le vinculaba, considerando así que las razones de la detención fueron suficientemente puestas en conocimiento de la demandante durante el interrogatorio, aunado a que con respecto al «plazo más breve posible» para la información de derechos, tuvo en cuenta que el interrogatorio a partir del cual se hacían evidentes las razones de la detención fue dentro de un lapso menor a 2 horas a partir de la privación de libertad, por tanto se consideró que la exigencia temporal fue respetada.

indefensiones, pueda tenerse por cumplida si la persona detenida tiene que desprender los motivos de su detención a la luz de los cuestionamientos de la policía⁵¹⁵.

c) En el caso de la detención en flagrancia. En el caso de que la detención tenga lugar inmediatamente después de la comisión flagrante del delito; el TEDH ha considerado que el afectado no puede aducir que desconoce el motivo de su detención preventiva y alegar una vulneración del derecho reconocido en el art. 5.2 CEDH⁵¹⁶.

2. Derecho a intérprete

Habíamos señalado que la exigencia de asequibilidad de la información proporcionada comprende también la cuestión idiomática, pues si el detenido no habla el idioma de las autoridades, la información proporcionada carecerá de sentido. A este respecto creemos que, aunque el art. 17.3 CE no alude de manera taxativa a la obligación de informar en la lengua del detenido, por medio de la cláusula de informar «de modo que le sea comprensible», interpretada a la luz del arts. 5.2 CEDH – y 6 CDFUE— que sí refiere expresamente a «una lengua que comprenda» el detenido y de la jurisprudencia del TEDH, bien puede entenderse que en caso de que el afectado no comprenda el idioma será necesaria la intervención de un intérprete⁵¹⁷. Así bien, parecería casi una obviedad que la exigencia derivada del derecho a la información implique que ésta sea proporcionada en un idioma que el detenido comprenda y, por ello, bien pueden entenderse que el cumplimiento de esta obligación provoque un pequeño retraso en la transmisión de información⁵¹⁸ sin que ello implique la inobservancia de la exigencia de celeridad; sobre

⁵¹⁵ Sobre las críticas a esta interpretación *vid.* HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention...*, *op. cit.*, pp. 336-3387; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *op. cit.*, pp. 197-198.

⁵¹⁶ *Vid.* STEDH *Dikme v. Turquía*, 20869/92, Sentencia de 11 de julio de 2000, párr. 54. El TEDH subraya la naturaleza intencional –dolo— y criminal del hecho que motivó la detención; pues en este caso la persona fue detenida al momento de presentar documentación falsa durante un control policial de identidad.

⁵¹⁷ *Vid.* STEDH *Kamasinski v. Austria*, 9783/82, Sentencia de 19 de diciembre de 1989, párr. 77, el Tribunal constató que en cada ocasión que fue interrogado por la policía, contó con la presencia de un intérprete y, en ese sentido, no se desprendía que el demandante hubiera estado imposibilitado para comprender lo las preguntas que se le formulaban o para hacerse entender en sus respuestas, es decir, para interactuar.

⁵¹⁸ *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párrs. 26, 27, 30.

todo teniendo en cuenta tanto la finalidad como los plazos a los que está sometida la detención preventiva.

Así pues, la necesidad de la intervención de un intérprete durante las diligencias policiales es algo que no está en discusión y en ese sentido, el Alto Tribunal lo ha reconocido, más que como un instrumento del derecho del detenido a ser informado, como un derecho autónomo⁵¹⁹ que hemos de analizar de manera independiente.

a. Marco Constitucional

Artículo 17 CE

3. Toda persona detenida debe ser informada [...], y de modo que le sea comprensible, [...]

Artículo 5 CEDH

2. Toda persona detenida debe ser informada, [...] en una lengua que comprenda, [...].

Artículo 6 CDFUE⁵²⁰

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Artículo 9. PIDCP⁵²¹

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

b. Estructura

El derecho a intérprete, no se encuentra señalado expresamente como tal en el art. 17.3 CE, aunque podría derivarse del mandato de informar al detenido de sus derechos y razones de la detención de modo comprensible. Quizá de manera más clara se infiere a partir de la letra del art. 5.2 CEDH que hace explícita la obligación de informar al detenido

⁵¹⁹ Un derecho que deriva «directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa» *cfr.* STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4.

⁵²⁰ Téngase presente que los derechos a la libertad y a la seguridad previstos por el artículo 6, se corresponden con los garantizados en el art. 5 CEDH con el mismo sentido y alcance. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 6—Derecho a la libertad y a la seguridad.

⁵²¹ *Vid. supra* nota a pie 415 de este capítulo.

«en una lengua que comprenda»⁵²². Visto así, este derecho parece estar literal y funcionalmente concatenado con el derecho a ser informado de los motivos de la detención y los derechos que asisten, puesto que resulta imprescindible para que éste último sea efectivo.

En efecto, para que una persona pueda ser realmente informada de sus derechos y de las razones de su detención, es necesario que comprenda aquello que se le está informando pues de no ser así la información proporcionada sería fútil al no satisfacer la forma impuesta por la Constitución: «de modo que le sea comprensible» y en consecuencia el derecho a informar las razones de la detención y los derechos que le asisten sería inefectivo, pues aunque el hecho objetivo de informar se realizase, la forma sería ineficaz afectando al contenido del derecho.

Sin embargo, el efecto dañino iría más allá, si la persona no es capaz de entender la situación que enfrenta debido al desconocimiento del idioma, quedaría en un absoluto estado de indefensión. Así las cosas, el derecho a contar con un intérprete en las

⁵²² La referencia a una lengua que comprenda permite considerar que dicha lengua no debe ser necesariamente la lengua materna del detenido, si la exigencia fuera de tal entidad podría llegar a desnaturalizar la actuación policial, p.e. si el detenido tuviera como idioma originario alguna lengua de las identificadas como minoritarias o, simplemente, si la dificultad de encontrar un intérprete cualificado que domine la lengua nativa del detenido pudiese provocar un retraso en las diligencias de investigación y en general, atentar contra el tiempo estrictamente necesario que debe imperar de la detención. Por tanto, es preciso encontrar un punto de equilibrio entre, de un lado, el derecho a que la persona tenga conocimiento y comprenda y, de otro lado, la actuación policial. Como botón de muestra *vid.* STS 4993/2007, de 3 de julio, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 10144/2007, FD primero y ANT. 1, el recurrente de nacionalidad lituana fue detenido en el aeropuerto de Madrid-Barajas, portando en el interior de su organismo 22 cuerpos cilíndricos que contenían 217 gramos de cocaína; al ser detenido y sometido a una prueba radiológica no fue informado de sus derechos, porque en ese momento no se disponía de intérprete y el desconocía el idioma español, consideró que de esa forma se violó el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, pues la obtención de las pruebas se produjo de forma irregular. El TS recapitula que: «[...] al llegar a la aduana de Madrid [...] los funcionarios de aduanas y la policía le tratan de explicar, al parecer inútilmente por desconocer el idioma, que va a ser sometido a un examen radiológico abdominal. [...] 3. Antes de que al recurrente le fuera realizada la placa radiográfica y después de su resultado, momento en que se produjo la detención, la policía judicial intentó por todos los medios proveer de intérprete al afectado por la diligencia. Ante tal dificultad se llevan a cabo diferentes llamadas telefónicas al Consulado de Lituania, que no las atendió, insistiendo en participarlo a través de un fax. En las diligencias policiales se hace constar la imposibilidad de leer los derechos por falta de intérprete o por la ausencia de colaboración del interesado. Eso mismo, según el atestado, se comunica de inmediato al juez de instancia, el cual el mismo día (horas después) y bajo fe de secretario se le informa de sus derechos, usando como idioma, perfectamente conocido por el recurrente, el ruso. Informado no opuso ningún reparo o resistencia al sometimiento de la expulsión de las cápsulas bajo la supervisión médica y policial. Los intentos de localizar a un intérprete para proceder a la lectura de los derechos del detenido han sido exhaustivos por parte de la policía, ante una situación de emergencia, urgencia o fuerza mayor, perfectamente diferenciable de un incumplimiento de lo que en modo alguno podía cumplirse.» [sic].

declaraciones ante la Policía deriva directamente de la Constitución, al exigir ésta que la información a los detenidos se realice de forma comprensible⁵²³ y no requiere para su ejercicio de una configuración legislativa, aunque ésta última resulte conveniente para dotar al derecho de una mayor eficacia⁵²⁴.

En consecuencia, como el TC ha señalado, este derecho debe considerarse desde una perspectiva global y totalizadora⁵²⁵, atendiendo a sus implicaciones con el resto de derechos y al fin para el que ha sido previsto; por eso es dable sostener que se trata de un derecho plurifuncional⁵²⁶, pues tiene un carácter vehicular, en la medida en que de éste puede depender la efectividad del derecho elemental a ser informado —de razones y derechos— y el ejercicio del resto de derechos de los detenidos, como el de asistencia letrada o habeas corpus; tiene una estructura de derecho público subjetivo prestacional, en cuanto corresponde al Estado proporcionarlo oficioso y gratuitamente⁵²⁷, y sobre todo, funge como garantía frente a toda indefensión .

c. Función

Este derecho tiene por finalidad inmediata remediar la carencia de conocimiento lingüístico del detenido para poder asegurar la efectividad del canal de comunicación con las autoridades; esta finalidad se integra por dos propósitos, por un lado, satisfacer la necesidad de comprender la información que se le brinda sobre las razones de la

⁵²³ Como señala el TC, se trata de un derecho que ya está reconocido en el ámbito de las actuaciones judiciales y «que también ha de reconocerse en el ámbito de las actuaciones policiales que preceden a aquéllas y que, en muchos casos, les sirven de antecedente.». En efecto, para el TC señala este derecho «debe entenderse comprendido en el art. 24.1 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión.», pero aclara que aunque ciertamente el artículo 24.1 CE parece referirse a las actuaciones judiciales, debe interpretarse de manera extensiva «como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, a *las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar*» [énfasis añadido]. En este sentido *vid.* SSTC 74/1987, de 25 de mayo, FFJJ 3, 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 3; 30/1989, de 7 de febrero, FJ 3.

⁵²⁴ *Cfr.* STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4.

⁵²⁵ *Vid.* STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 4.

⁵²⁶ Sobre el carácter plurifuncional de los derechos fundamentales, sugerimos FREIXES SANJUAN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op.cit.*, p.153 y STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, ahí citada. De la misma autora sugerimos *Constitución y Derechos Fundamentales. I- Estructura jurídica y función constitucional de los Derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución Española de 1978*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Colección Manuales, Serie Constitución y derechos fundamentales, Barcelona, 1992, p. 118.

⁵²⁷ Como se reconoce y consigna en la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, Diario Oficial de la Unión Europea L 280, de 26 de octubre de 2010, específicamente art. 4 en relación con los arts. 2 y 3; y como se ha establecido en la LECrim –art. 123— tras la transposición de aquélla.

detención, es decir, el hecho delictivo que se le atribuye y su naturaleza, así como las sospechas que hay sobre su persona; y la de saber qué derechos le asisten y estar en condiciones de ejercitarlos. Por otro lado, posibilitar la adecuada interacción con las autoridades⁵²⁸ policiales que lo tienen bajo custodia en el desarrollo de las diligencias policiales de investigación, así como una relación efectiva con otras personas en el ejercicio de sus derechos, es decir, con su abogado⁵²⁹. Todo lo anterior con el objeto de satisfacer un último objetivo, evitar la situación de desventaja en que se encuentra quien no comprende la lengua, constituyendo un complemento de garantía que evite la indefensión de los detenidos⁵³⁰

Por tanto, la finalidad de este derecho será cabalmente satisfecha si a través del intérprete es posible la interacción con las personas que intervienen en el transcurso de la detención preventiva, policía, letrado y hasta su puesta a disposición judicial; y además con la traducción de la documentación esencial relativa a su causa.

d. Presupuesto habilitante

El derecho a ser asistido de un intérprete nace única y exclusivamente del desconocimiento del idioma empleado por las autoridades⁵³¹; y por desconocimiento puede entenderse tanto la total ignorancia del idioma, como el conocimiento insuficiente del mismo⁵³².

⁵²⁸ Cfr. STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4.

⁵²⁹ Cfr. STC 71/1988, de 19 de abril, FFJJ 4, 5. En este caso se analizaba la importancia del derecho a intérprete para hacer posible la comunicación con el abogado de oficio en la fase procesal.

⁵³⁰ Cfr. STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 3. Para el TEDH la obligación prevista en el art. 6.3(e) CEDH significa que el afectado que no comprenda o no hable el idioma empleado por las autoridades tiene el derecho a la asistencia gratuita para la traducción o interpretación de los documentos o declaraciones del procedimiento instituido en su contra y que resulten necesarios para permitirle comprender o acceder al lenguaje de la autoridad con la finalidad de que cuente con el beneficio de un juicio justo. Vid *Diallo v. Suecia* (dec.), 13205/07, de 5 de enero de 2010, párr. 23. Para el TJUE, las normas mínimas comunes para la interpretación y traducción en los procesos penales establecidos en la Directiva 2010/64/UE, deben garantizar una asistencia lingüística adecuada que permita a los sospechosos que no hablan o no entienden la lengua empleada por las autoridades «el pleno ejercicio del derecho de defensa y que salvaguarde la equidad del proceso» Vid. STJUE *Covaci* (Primera Sala), Asunto C-2016/14, Sentencia de 15 de octubre de 2015, párr. 36-37, en el mismo sentido 32, 33, 43.

⁵³¹ Cfr. STC 74/1987, de 25 de mayo, FFJJ 3, 4.

⁵³² En este sentido, vid. STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3. Igualmente sugerimos a GONZALEZ AYALA, María Dolores, *op. cit.*, pp. 80-81.

Y ello es así, porque esa situación de desconocimiento impide que el detenido sea informado de sus derechos, que los haga valer, que manifieste lo que considere pertinente, que se comunique con su representante, que presente algún recurso, en fin; impide entender la situación que atraviesa y las consecuencias que la misma puede tener⁵³³.

Así pues, teniendo en cuenta que la etapa de investigación puede ser de crucial importancia para la preparación del futuro procedimiento penal, en la medida en que la evidencia obtenida durante ésta determina el marco en el que el delito atribuido al detenido será considerado, para evitar declaraciones auto incriminatorias durante el interrogatorio policial además de contar con el acceso a un abogado, debería proporcionarse la asistencia de un intérprete desde la primera declaración ante la policía⁵³⁴ a fin de que pueda hacer valer sus derechos en esta etapa de investigación.

e. Contenido

A través de este derecho se asegurará el establecimiento de un canal de comunicación entre el detenido, las autoridades y el abogado; en efecto, por medio de éste el detenido recibirá adecuadamente la información proporcionada por la autoridad sobre sus derechos y sobre las razones de la detención de una manera clara que le permitirá comprender los hechos que se le atribuyen y dimensionar el alcance de la situación que enfrenta, al tiempo, podrá dar respuesta a los cuestionamientos que se le hagan, oponerse a los hechos que se le atribuyen, manifestar lo que considere conveniente y hacer valer cualquiera de sus derechos.

Atendiendo a lo anterior y al objetivo último de respetar el derecho a un procedimiento equitativo, a la luz del cual se construye este derecho⁵³⁵, podemos señalar que el contenido del derecho a intérprete se conforma por:

⁵³³ Cfr. STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3.

⁵³⁴ Vid. *Diallo v. Suecia* (dec.), 13205/07, de 5 de enero de 2010, párrs. 23-25. En similar sentido SSTEDH *Hermi v. Italia* [GS], 18114/02, Sentencia de 18 de octubre de 2006, párr. 69; *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 5 de abril de 2011, párr. 30. Para el TEDH la aplicación del derecho a la asistencia gratuita de intérprete previsto en el art. 6.3(e) CEDH no se constriñe al procedimiento, sino que abarca también el material documental y la etapa prejudicial; así el TEDH ha señalado que la asistencia de un intérprete debe ser proporcionada durante la etapa de investigación, a menos de que pueda demostrarse atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, que existen razones convincentes para restringir este derecho.

⁵³⁵ En este sentido, vid. STEDH *Luedicke, Belkacem y Koç v. Alemania*, 6210/73; 6877/75; 7132/75), Sentencia de 28 de enero de 1978, párr. 48. Es de destacar que el TEDH, se refiere al derecho a intérprete, reconocido en el art. 6.3(e) CEDH, y señala que éste implica la asistencia gratuita de un intérprete para la traducción o

- a) La traducción o interpretación de los motivos y de los derechos,
- b) La traducción de aquéllos documentos y declaraciones que puntualmente resulten necesarios⁵³⁶ para que el afectado pueda comprender el sentido de las actuaciones y lo manifestado por las autoridades, así mismo la traslación de las manifestaciones del detenido al idioma de las autoridades⁵³⁷ y de éstas a aquél, de tal suerte que sea posible la interacción entre las partes.
- c) La interpretación que facilite la comunicación con el abogado de oficio⁵³⁸.
- d) La exigencia de gratuidad. Este requisito es pleno e indispensable para la efectividad del derecho⁵³⁹.

Sobre la primera cuestión. Algunos de los derechos de los detenidos pueden respetarse mediante escritos traducidos, como puede ser el caso de la información de los derechos a través de un formato estandarizado en una lengua que comprenda el detenido⁵⁴⁰.

interpretación de los documentos o declaraciones. Por su parte, en la Unión Europea, en el establecimiento de unas normas mínimas sobre los derechos de las personas durante un procedimiento penal y con referencia a las obligaciones derivadas del CEDH, se estableció por la Directiva 2010/64/UE, el «derecho a interpretación y traducción» —art. 1— con dos aspectos diferenciados: de un lado, el derecho a la interpretación, que «se refiere a la interpretación oral de declaraciones orales», al cual únicamente se tiene derecho si el afectado no puede expresarse por sí solo en la lengua del procedimiento; esta disposición garantiza que cuando la persona haya de realizar, por sí misma, declaraciones orales en el marco de un proceso penal —ya sea directamente ante las autoridades judiciales o con su abogado— pueda hacerlo en su propia lengua; el objeto de este derecho es «la traducción por un intérprete de las comunicaciones orales entre sospechoso [...] y los servicios de investigación, las autoridades judiciales o, en su caso, su abogado, pero no la traducción escrita de todo documento escrito aportado por dicho sospechoso [...]». De otro lado, el derecho a la traducción, que «versa sobre la traducción escrita de determinados documentos esenciales», éste «se refiere únicamente, en principio, a la traducción escrita en una lengua que la persona afectada entienda de determinados documentos redactados por las autoridades competentes en la lengua del procedimiento.» Este derecho tiene como finalidad «'[permitir] que el sospechoso [...] tenga conocimiento de los cargos que se le imputan'», por tanto, en principio, no incluye «la traducción escrita en la lengua de procedimiento de un documento, [...], redactado por la persona afectada en un idioma que domina pero que no es la lengua de procedimiento». Lo Anterior sin dejar de recordar que la Directiva sólo establece normas mínimas. *Vid.* STJUE *Covaci* (Primera Sala), Asunto C-2016/14, Sentencia de 15 de octubre de 2015, párrs. 30, 31, 33, 40, 43, 44, 46, 47, 48.

⁵³⁶ En cada caso concreto, porque lo que se trata es de explicar los motivos de la detención; los agentes que llevan la investigación tendrán que valorar, si es necesario la traducción de un documento o parte del mismo con tal de que el detenido pueda entender cabalmente los motivos de la detención y no sufra indefensión.

⁵³⁷ En este sentido STEDH, *Kamasinski v. Austria*, 9783/82, Sentencia de 19 de diciembre, párr. 74.

⁵³⁸ *Vid.* STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 5.

⁵³⁹ *Vid.* OPEN SOCIETY, *European Standards on Criminal Defence Rights: ECtHR Jurisprudence*, Case Digests, Open Society Justice Initiative, s.l., 2013, p. 51.

⁵⁴⁰ En este sentido *vid.* STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3; art. 4 Directiva 2012/13/UE y art. 520.2 último párrafo LECrim.

A la luz de lo anterior, puede ser suficiente si durante los interrogatorios de un detenido que no domina el idioma, se encuentra presente un intérprete que facilite la comunicación entre los funcionarios de policía y el afectado, haciéndole a éste comprensible las preguntas formuladas y transmitiendo sus respuestas a la autoridad⁵⁴¹, en este escenario, teniendo en cuenta que la cuestión medular del derecho radica en dotar de efectividad a la comunicación entre el afectado y la autoridad subsanando el desconocimiento del idioma, la omisión de traducción de documentos no provocaría una afectación al derecho, no en esta etapa⁵⁴².

Sobre la comunicación con el abogado de oficio. Tomando en cuenta que con el derecho a intérprete se pretende en última instancia evitar cualquier tipo de indefensión —art. 24.1 CE—, su consideración debe de hacerse desde una perspectiva totalizadora; por eso bien puede ligarse al derecho a la asistencia letrada pues para que ésta última sea efectiva resulta necesario el establecimiento de una comunicación interpersonal inteligible, incluso fluida⁵⁴³, que permita al abogado desarrollar adecuadamente su función. Y es que, aun y cuando en este estadio pre-judicial no se desarrollen cuestiones de extrema complejidad como las que tienen lugar en un proceso, la función del abogado no deja de incluir, además de constatar que no haya sido víctima de malos tratos y que se le hayan leído los derechos, un asesoramiento técnico, la intervención en diligencias, además de comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración, la cual habrá tenido que ser en presencia de ese letrado⁵⁴⁴.

⁵⁴¹En este sentido STEDH *Kamasinski v. Austria*, 9783/82, Sentencia de 19 de diciembre, párr. 77.

⁵⁴² Es importante apuntar los límites de esta obligación. Para ello resulta interesante lo establecido por el TEDH en cuanto al contenido del derecho a intérprete establecido en el art 6.3(e) CEDH, comprende la traducción de algunos documentos, pero ésta no puede entenderse al extremo de que se espere la traducción escrita de toda la documentación; al respecto, el TEDH destaca que el artículo en cuestión refiere a un intérprete no a un traductor; por lo que una asistencia lingüística oral puede satisfacer la exigencia este derecho, siempre y cuando ésta le permita al detenido la comprensión de las actuaciones que se siguen en su contra y defenderse. Al respecto *vid. SSTEDH Hermi v. Italia* [GS], 18114/02, Sentencia de 18 de octubre de 2006, párr. 70; *Kamasinski v. Austria*, 9783/82, Sentencia de 19 de diciembre, párr. 74; *Diallo v. Suecia* (dec.), 13205/07, de 5 de enero de 2010, párr. 23.

⁵⁴³ *Vid. mutatis mutandis*, STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 4; STJUE *Covaci* (Primera Sala), Asunto C-2016/14, Sentencia de 15 de octubre de 2015, párrs. 32, 40, en cuanto refiere a la comunicación con el abogado en relación con cualquier interrogatorio o toma de declaración, dentro de las comunicaciones orales en las que debe garantizarse la asistencia de un intérprete.

⁵⁴⁴ *Cfr. SSTC* 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4, siempre recordando la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

Ante todo eso, parece más que evidente que si el letrado asignado de oficio se encuentra lingüísticamente impedido para comunicarse con su representado, el derecho a la asistencia letrada queda desvanecido⁵⁴⁵ pues será tanto como si el detenido no tuviera abogado, y si un detenido preventivo no tiene abogado tiene menos oportunidad de ser informado de sus derechos y, en consecuencia, menos oportunidad de que éstos sean respetados⁵⁴⁶.

Por ello, aunque el derecho a intérprete para las comunicaciones con el Abogado de oficio no estuviera contemplado en ningún precepto del ordenamiento español, el TC consideró que podía entenderse comprendido al interpretar el derecho a la asistencia letrada conforme a la Constitución y a los Convenios Internacionales⁵⁴⁷. Por último, puntualizar que nos hemos venido refiriendo a la asistencia del abogado de oficio; y ello es así porque, como lo señalara el Alto Tribunal, la condición del turno de oficio «tiñe la función del abogado con un carácter semipúblico», a partir de la que se establece la obligación estatal de proveer asistencia letrada de oficio, la cual no se satisface con la mera nominación, sino que implica la responsabilidad de que ésta sea efectiva⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Cfr. STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 5. En el caso, el Tribunal otorgó el amparo reconociendo el derecho al nombramiento de un intérprete para las comunicaciones con el abogado del turno de oficio, en una causa penal, señalando que no se trataba «de una comunicación o conversación privada entre cliente y Abogado»; primero, porque la cualidad del Abogado de oficio tiñe la función de dicho profesional con un carácter semipúblico, pues no solo colabora con su defendido, sino con los fines de un juicio justo y la institución del proceso, «en cierto modo asume la responsabilidad de que la garantía de la defensa se cumpla en su plenitud»; y segundo, «no se trata de un acto extraprocesal puro. [...] no se trata [...] de un acto aislado y ajeno al proceso, sino preparatorio del juicio oral, para ser luego integrado en él, y sin el cual mal podría el Abogado realizar una adecuada defensa, ni el Tribunal llegar a una Sentencia acertada.». Para el TC, resulta evidente que si un Abogado no conoce el idioma de los interesados y éstos el de su defensor de oficio, no podría realizarse una defensa adecuada.

⁵⁴⁶ Vid. STEDH *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párr. 33.

⁵⁴⁷ Vid. STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 5. Téngase en cuenta que esta sentencia es de 1988, actualmente el derecho a la asistencia de intérprete para las conversaciones sostenidas con el Abogado se encuentra previsto en el art. 123.1.b) LECrim, tras la reforma hecha por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, BOE Núm. 101, de 28 de abril de 2015.

⁵⁴⁸ Vid. STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 5. Sobre la efectividad de la asistencia letrada de oficio, por todas *vid.* STEDH *Artico v. Italia*, 6694/74, Sentencia de 13 de mayo de 1980; sobre el derecho a la asistencia letrada durante la custodia policial, por todas *vid.* STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008; sobre el efecto nocivo de la ausencia de asistencia letrada e intérprete durante la custodia policial, *vid.* STEDH *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011.

Por cuanto a la exigencia de gratuidad. Este requisito no aparece recogido de manera expresa en el texto constitucional, pero deriva del texto del CEDH y de la interpretación del TEDH quien señala, que el término «gratuitamente» recogido en el art. 6.3 (e) CEDH no denota una remisión condicional, una excepción temporal o una suspensión al pago de costes por los servicios de traducción; en este caso la interpretación del precepto debe hacerse conforme a la letra del mismo: «gratuitamente», es decir, una exención o exoneración, y esta interpretación no contraviene ni el contexto de este precepto ni el objeto y fin del artículo 6 CEDH. Al contrario, esta exigencia alcanza al pago de los costes de la traducción e interpretación de las razones de la detención, de cualquier imputación formulada y de sus derechos, ya que se trata de cuestiones sobre las que cualquier persona detenida, conforme al art. 5.2 CEDH, debe ser informado en una lengua que comprenda⁵⁴⁹.

La ausencia de gratuidad implicaría un trato desigual que atentaría contra el art. 14 CE y además se traduciría en un obstáculo irrazonable del derecho de defensa recogido en el art. 24.1 CE⁵⁵⁰

f. Titularidad

El titular de este derecho solo puede ser la persona detenida que no comprende el idioma utilizado por las autoridades, independientemente de su nacionalidad⁵⁵¹ u origen. Es decir,

⁵⁴⁹ Vid. STEDH *Luedicke, Belkacem y Koç v. Alemania*, 6210/73; 6877/75; 7132/75), Sentencia de 28 de enero de 1978, párrs. 40, 42, 45, 46.

⁵⁵⁰ Cfr. STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4.

⁵⁵¹ Cfr. STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3. En ese sentido el TC puntualizó que el derecho a intérprete es atribuible tanto a extranjeros como a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano, lo contrario implicaría una flagrante discriminación prohibida por el art. 14 CE. Al resolver la alegada inconstitucionalidad del art. 520.2 e) LECrim, el TC consideró que el hecho de que la previsión legal solo refiriera al extranjero podía ser una deficiencia legislativa pero no suponía una inconstitucionalidad por omisión, como alegaba el Gobierno Vasco, pues ese tipo de inconstitucionalidad solo se configura cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo y éste no lo hace; así las cosas, señaló que el precepto impugnado resultaba constitucional si su interpretación no era en sentido excluyente –reconociendo el derecho a intérprete al extranjero y negándose a un español que se encontrara en las mismas circunstancias—, en cambio si la norma se interpreta con arreglo a la Constitución podía disiparse todo reproche de inconstitucionalidad. Ahora bien, es de llamar la atención que pese a la mención del Alto Tribunal sobre la deficiencia legislativa que entonces tenía el precepto «520.2. e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano»; con la última reforma a LECrim –LO 13/2015— el legislador no haya echado mano de tal oportunidad para enmendar un error de técnica legislativa, señalado desde hace casi 30 años por el guardián de la Constitución, que puede dar lugar a interpretaciones discriminatorias; sobre todo teniendo en cuenta que seis meses antes había introducido a la LECrim los arts. 123-127 al transponer la Directiva 2010/64/UE, relativa al derecho a la interpretación y a traducción. En efecto, en el actual art. 520.2 LECrim se aprecian los siguientes cambios: 1) la modificación por corrimiento del epígrafe que contiene el derecho, pasando de ser el inciso e) al inciso h); 2) se reconoció el derecho a asistencia gratuita de intérprete para personas sordas,

será titular del derecho quien se encuentre en la situación real de no comprender suficientemente lo que se le dice⁵⁵², así como de expresar lo que considere pertinente en su condición de detenido, lo que podría producir indefensión.

Por lo anterior, debe descartarse la idea de que todo extranjero sometido a detención preventiva pueda gozar de este derecho ya que, si habla y escribe la lengua empleada por las autoridades estará en condiciones de comprender lo que se le diga, entender la situación que enfrenta, y sobre todo interactuar de manera efectiva con quienes tienen su custodia y con quien le preste asistencia letrada, etc.

g. Ejercicio y límites

Atendiendo a la finalidad de este derecho, el nombramiento del intérprete debe ser preceptivo pues ante la ausencia de éste, la finalidad de la detención preventiva difícilmente podría conseguirse, en efecto, parece hartamente difícil la realización de diligencias de investigación, entre las que se encuentra la declaración del detenido, si no es posible la comunicación con éste.

Concatenado con lo anterior, para el ejercicio de este derecho resulta indispensable la satisfacción de la exigencia de gratuidad⁵⁵³ a cualquiera que lo necesite⁵⁵⁴. Si el ejercicio del derecho a intérprete tuviera algún coste que el detenido no pudiera asumir, se atentaría contra la prohibición constitucional, dejando al detenido en un estado de indefensión por su insuficiencia de medios para sufragar el coste de quien le permitiría interactuar con las autoridades.

con discapacidad auditiva y a quienes tengan dificultades del lenguaje; 3) Se reconoce el derecho a los extranjeros que no hablen o no comprendan el castellano, ampliando el ámbito material del derecho a supuestos de incomprensión de otra lengua oficial de la actuación; sin embargo se insiste en reconocer expresamente el derecho sólo a extranjeros.

⁵⁵² Cfr. STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2.

⁵⁵³ STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4, citando como fundamento «el art. 520.3 e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» [sic] parece que estamos ante un error mecanográfico y que la referencia al precepto legal correspondía al art. 520.2 e), que taxativamente establecía la gratuidad del intérprete. Actualmente, en el art. 520.2.h LECrim, se hace expresa la exigencia de gratuidad en la asistencia del intérprete.

⁵⁵⁴ Por virtud de la LO 5/2015, se establecieron una serie de requisitos y precisiones –arts. 123-127 LECrim— para el ejercicio adecuado del «derecho a traducción e interpretación», como lo reconoce la Directiva 2010/64/UE transpuesta, y se alude a los art 5 y 6 CEDH como fuente de este derecho. Vid. preámbulo III, IV, Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, vigentes a partir del 28 de mayo 2015.

Aun cuando en principio pareciera que la función del intérprete debe estar limitada a la explicación de los motivos y derechos que el detenido tenga, de todo lo expuesto se puede apreciar que la función del intérprete debe ser entendida, como ya hemos señalado, al interrogatorio, comunicaciones con el abogado y otras actuaciones que se practiquen de tal forma que se evite al detenido sufrir algún tipo de indefensión⁵⁵⁵.

Ahora bien, la exigencia de gratuidad no se traduce en que cualquier persona que conozca o domine el idioma del detenido y de las autoridades pueda realizar dicho servicio, en ese sentido el Alto Tribunal recuerda que las exigencias constitucionales de este derecho suponen una garantía de objetividad en el cumplimiento de la función⁵⁵⁶. Además, este requisito apareja otra cuestión, no es suficiente que el estado designe a un intérprete; para que éste sea práctico y efectivo, la obligación se extiende también a verificar o vigilar la adecuación de la interpretación proporcionada y ello podrá advertirse de las circunstancias particulares del caso⁵⁵⁷. En ese sentido, la legislación de desarrollo establece las exigencias para la designación de intérprete, el modo de actuación y garantías, las circunstancias excepcionales y la renuncia al derecho⁵⁵⁸.

Por último, teniendo en cuenta que el derecho a intérprete nace del desconocimiento del idioma y que su finalidad es asegurar que el titular comprenda el alcance de la situación que enfrenta, que comprenda y ejerza adecuadamente sus derechos, y posibilitarle la interacción con la administración policial, será ejercitable con independencia del lugar donde se produzcan las diligencias de investigación⁵⁵⁹.

En tal sentido, en todas las dependencias policiales debería haber un listado completo de traductores oficiales a los que llamar si fuera necesario.

⁵⁵⁵ Vid. STJUE *Covaci* (Primera Sala), Asunto C-2016/14, Sentencia de 15 de octubre de 2015, párr.40

⁵⁵⁶ Vid. SSTC 30/1989, de 7 de febrero, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 3. En ese último caso, se trataba de la audiencia del art. 504.4 LECrim, la audiencia omitió designar intérprete porque uno de los miembros del Tribunal conocía la lengua inglesa y podía llevar a cabo la labor de traducción, para el TC este criterio carecía de fundamento y resultaba inadecuado a las exigencias constitucionales.

⁵⁵⁷ Vid. SSTEDH *Hermi v. Italia* [GS], 18114/02, Sentencia de 18 de octubre de 2006, párr. 70; *Kamasinski v. Austria*, 9783/82, Sentencia de 19 de diciembre, párr. 74; *Diallo v. Suecia* (dec.), 13205/07, de 5 de enero de 2010, párr. 23.

⁵⁵⁸ Vid. arts. 123-127 LECrim que transponen la Directiva 2010/64/UE.

⁵⁵⁹ En este sentido vid. STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4. En el caso el TC se refería a diligencias que tuvieran lugar dentro o fuera de la Comunidad Autónoma Vasca.

3. Derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio

a. Marco Constitucional

Artículo 17 CE

3. Toda persona detenida [...], no pudiendo ser obligada a declarar. [...]

b. Estructura

El derecho a no ser obligado a declarar se estructura como derecho público subjetivo. La Constitución, de manera inequívoca, ordena a la autoridad policial no sólo a abstenerse de obligar a declarar a cualquier detenido preventivo, sino que la obliga a tomar activamente todas las medidas necesarias para garantizar la efectividad del derecho. Esta obligación de abstención se traduce en un derecho para toda persona detenida sospechosa de haber cometido un delito: derecho a no declarar⁵⁶⁰, derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, en los términos del art. 24.2 CE; genérico derecho a guardar silencio⁵⁶¹, conforme a la jurisprudencia del TEDH que hemos de tener cuenta por mandato del art. 10.2 CE. Es así que la Norma Fundamental reconoce un derecho que garantiza la esfera de decisión al individuo, lo que inequívocamente implicará que al detenido se le respete su voluntad: sea de declarar o de guardar silencio⁵⁶².

⁵⁶⁰ Vid. STC 103/1985, de 4 de octubre, FJ 3.

⁵⁶¹ Identificación dada por el TEDH. *vid. SSTEDH John Murray v. Reino Unido* [GS], pár. 45; *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, párrs. 68, 69; *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párr. 40. Y que en la Unión Europea se recoge en la Directiva (UE) 2016/343, reconociéndose el derecho a guardar silencio como un aspecto importante de la presunción de inocencia que, además, sirve como protección frente a la autoinculpación, *vid. Directiva (UE) 2016/343*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, considerando (24).

⁵⁶² El TC señala que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y el derecho a no contribuir a la propia autoincriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, pero considera que el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio, por tanto, una genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. *Vid. STC 127/2000*, de 16 de mayo, FJ 4, citando la STEDH *Saunders v. Reino Unido* [GS], pár. 68. Ciertamente en la jurisprudencia del TEDH generalmente se alude al «derecho a guardar silencio» y al «privilegio» o «el derecho contra la autoincriminación», quizá como dos entidades que, sin embargo, están íntimamente relacionadas; como el TEDH reconoce, el privilegio contra la autoincriminación, no protege *per se*, contra la realización de declaraciones inculpativas, sino contra la obtención de evidencia a través de la coerción o la opresión, es decir, presupone que la autoridad investigadora no acuda a métodos coactivos o de opresión en detrimento de la voluntad de la persona a permanecer en silencio. *Vid. SSTEDH Saunders v. Reino Unido* [GS], previamente referida; *Allan v. Reino*

Pues bien, el TC considera que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al cual le presta cobertura en una manifestación pasiva ya que se ejerce mediante la inactividad del sujeto sobre quien puede recaer –o ya ha recaído- una imputación⁵⁶³, al cual debe reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, esto es, tanto en su decisión de proporcionar o no una declaración, como en el contenido de la misma, dado que la declaración constituye un acto de investigación y eventualmente un futuro medio de prueba⁵⁶⁴.

Con éstas garantías se reconoce que el imputado, o quien pueda adquirir tal condición, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, mediante constricción o compulsión, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable⁵⁶⁵.

Unido, 48539/99, Sentencia de 5 de noviembre de 2002, párr. 44; *Bykov v. Rusia* [GS], 4378/02, Sentencia de 10 de marzo de 2009, párr. 92; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 266 y 267. Lo anterior como criterio de interpretación para el art. 17.3 CE y 24.2 CE, permite ver que el derecho a no ser obligado a declarar –art. 17.3 CE– implicará que la persona puede permanecer en silencio si así lo desea; en tanto que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable –art. 24.2 CE– aparejan el privilegio contra la autoincriminación.

⁵⁶³ Cfr. STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 a), recordando la STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b) y la cita en ésta última a las SSTC 36/1983, FJ 2; 127/1992, FJ 2; 197/1995, FJ 6.

⁵⁶⁴ Cfr. STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5. En este caso el TC refiere que la declaración, a la vez que en medio de prueba o acto de investigación, debe ser asumida como una manifestación o un medio idóneo de defensa. Al respecto, conviene recordar también que conforme a la doctrina constitucional, las diligencias sumariales, entre las que se encuentra la declaración ante la policía, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, ya que su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral y a tal efecto, proporcionan los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador; aunque ello no quiere decir que haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales que se practican con las formalidades que derivan de la Constitución, entre las que se encuentra la garantía de libre declaración. Así, si tales diligencias son reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan ser sometidas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, por tanto, pueden constituir medios de prueba válidos para destruir la presunción de inocencia; al respecto *vid.* STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2, recordando las SSTC 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril, y 137/1988, de 7 de julio.

⁵⁶⁵ Cfr. STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 a), recordando la STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 y la cita en ésta última a las SSTC 36/1983, FJ 2; 127/1992, FJ 2; 197/1995, FJ 6. Hay que señalar que las dos primeras sentencias tienen diferencias sustanciales entre sí en la forma en que consideraron la afectación de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y también señalar que ambas analizan la alegación de una vulneración que tuvo lugar el contexto de una declaración ante autoridad judicial, y no en el marco de la institución de la detención preventiva. En el caso de la STC 127/2000, el recurrente fue detenido en régimen de incomunicación, durante su detención sí fue informado de sus derechos, incluido el de guardar silencio, constando en el atestado policial la diligencia de lectura de derechos en donde se señalaba que había sido informado de éstos verbalmente al momento de la detención

Por tanto, puede decirse que se trata de un derecho cuya vigencia comienza desde el primer cuestionamiento que la autoridad competente, en nuestro caso la policía, hace a una persona sospechosa de haber cometido un delito, y se mantiene a lo largo de todo el procedimiento –visto globalmente– aunque su ejercicio pueda tener impactos distintos dependiendo de la etapa procedimental en la que se encuentre el afectado⁵⁶⁶.

Aunado a ello, siguiendo al Alto Tribunal, hay que destacar que el reconocimiento al derecho a no declarar no suele preverse de manera expresa en los textos constitucionales del entorno, sino que su previsión se encuentra en las leyes procesales y, en el ámbito supranacional, el PIDCP los proclama en el art. 14.3 como derechos de toda persona acusada durante el proceso, en tanto que el CEDH ni siquiera los consagra de manera formal y expresa, lo que ha llevado a su intérprete a reconocer el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera en la propia incriminación, en el marco de las garantías del art. 6.1 CEDH, pero recordando que el término acusado tiene un sentido autónomo en el contexto del Convenio frente al Derecho

y luego en comisaría y que, además, ante el órgano policial no se efectuó ninguna declaración. Por tanto, la alegada vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable era en relación con el art. 24.2 CE, porque en el interrogatorio ante el Juzgado Central de Instrucción si bien, fue informado del derecho a guardar silencio –con base en el art. 520.2 a) LECrim–, no lo fue expresamente respecto al derecho a o declarar contra sí mismo y no confesarse culpable –art. 520.2 b) LECrim–. *Vid.* STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4). En el caso de la STC 229/1999, el recurrente alegaba haber quedado en una situación de indefensión debido a una declaración autoinculpatoria que formulara ante el Juez de Instrucción, declaración que hizo sin asistencia letrada dado que se había admitido su renuncia a este derecho; sin embargo, en este caso el recurrente nunca tuvo la condición de detenido preventivo, por lo que en el momento de la comparecencia y declaración ante el Juez de Instrucción estaba en situación de libertad. En el caso, el TC tuvo en cuenta, entre otras cosas, que en ningún momento se había alegado por el imputado que hubiera realizado su declaración de forma no voluntaria o que hubiera sido sometido a algún tipo de compulsión. *Vid.* STC 229/1999, de 13 de diciembre, FFJJ 1, 2. **Ver también** STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4, el TC retoma todas las garantías del detenido derivadas del art. 17.3 CE con especial hincapié en la de la asistencia letrada, como garante para evitar la autoinculpación del detenido.

⁵⁶⁶ En este sentido el TC ha dicho que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, están efectivamente relacionados con el derecho de defensa y derecho a la presunción de inocencia, de los que constituyen una manifestación concreta; pero matiza, que con respecto al derecho a la presunción de inocencia entroncan con una de sus manifestaciones, a saber, la que impone a la acusación la carga de la prueba, que no se puede cambiar fácticamente haciendo recaer al imputado la obligación de aportar elementos probatorios que supongan una autoincriminación. *Vid.* STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5. Por otro lado, en la legislación de desarrollo de la Unión Europea, apreciamos que en la Directiva (UE) 2016/343, se reconocen tanto el derecho a guardar silencio como el derecho a no declarar contra sí mismo como aspectos importantes de la presunción de inocencia, *vid.* Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, considerandos (24) y (25).

interno⁵⁶⁷—lo que impide asimilar el término acusado a la noción que se tenga en el derecho nacional—.

En efecto, el intérprete del CEDH ha señalado que aun sin estar específicamente mencionados en el art. 6 CEDH, no hay duda de que el derecho a guardar silencio durante el interrogatorio policial y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que se encuentran en el corazón de la noción del debido proceso del art. 6—proceso equitativo, versión castellano del CEDH —; que proporcionan al acusado una garantía de protección contra coacciones o compulsiones indebidas por parte de las autoridades, mismas que contribuyen a evitar futuros errores judiciales y aseguran los objetivos del art. 6 CEDH⁵⁶⁸.

Vemos pues, que con todo y que su fuente sea el artículo relativo a la etapa procesal —aún sin estar expresamente previsto— el TEDH lo reconoce vía jurisprudencial y además extiende su proyección protectora a la etapa policial, es decir, al interrogatorio realizado en custodia policial; y esto es interesante puntualizarlo porque cuando el TC retoma el criterio derivado del art. 6 CEDH, generalmente lo ha hecho incluyéndolo como parámetro al analizar el respeto al derecho en sede judicial, aun sin dejar de reconocer que el Tribunal de Estrasburgo lo aplica al interrogatorio policial⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Cfr. STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6. Aunado a ello, el Tribunal acude a criterios doctrinales que sitúan ambos derechos como una manifestación del derecho de defensa «en la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías que se inicia en la Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso penal inquisitivo. Mientras que en éste, regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones.»

⁵⁶⁸ Vid. SSTEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 266; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 febrero de 1996, párr. 45; en similar sentido *Funke v. Francia*, 10828/84, Sentencia de 25 de febrero de 1983, párr. 44; *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, párr. 68.

⁵⁶⁹ Al respecto, basta con leer la STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4, donde primero acude al criterio derivado de la STEDH *John Murray v. Reino Unido* y después, aclara que las circunstancias del caso que analiza no refieren, como en aquélla, a los interrogatorios policiales, pues conforme al atestado policial constaba que al detenido le habían sido informados y respetados todos sus derechos y que éste no había hecho ninguna declaración ante la policía ni se alegaba ningún intento de la fuerza policial para obligarle a prestar declaración.

Por tanto, reconocido en el art. 17.3 CE, interpretado conforme a la doctrina del TEDH y reforzado por la proyección que a esta etapa tienen las garantías a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable previstas en el art. 24.2 CE; se configura como un derecho garantía del detenido⁵⁷⁰ que constituye una esfera de autonomía para responder a los interrogatorios policiales sobre los hechos delictivos que motivaron la detención, al tiempo que asegura que su voluntad de permanecer en silencio no se vea quebrada por presiones o constricciones inadecuadas, por lo que funcionalmente contribuye a evitar la indefensión.

c. Función

El derecho a no ser obligado a declarar, es decir, a guardar silencio, cobra pleno sentido en la medida en que la persona será interrogada o investigada sobre los extremos⁵⁷¹ relativos al hecho delictivo con el cual se encuentra vinculada a la luz de los indicios racionales que llevaron a su detención; es así que este derecho implica que se respete tanto la decisión de rendir o no declaración, como el contenido de sus manifestaciones⁵⁷²

En ese sentido bien puede verse como un derecho tendente a evitar la autoincriminación y que, junto con la garantía de la asistencia letrada, permitirá afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración⁵⁷³, cumpliendo así la finalidad de actuar como «instrumento de garantía de la libertad del detenido al prestar su declaración»⁵⁷⁴.

Pero el derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio va más allá de responder o no a los cuestionamientos que haga la policía sobre el hecho delictivo que investiga y por eso lo señalamos como un mecanismo de protección muy importante para el detenido, al garantizarle la esfera de autonomía en su capacidad de decisión. En efecto, este derecho

⁵⁷⁰ En el sentido antes mencionado, *vid. supra* nota a pie 72.

⁵⁷¹ *Cfr.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 C).

⁵⁷² *Vid.* SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8, haciendo eco de la STEDH *John Murray v. Reino Unido* donde, como hemos dicho, se reconoce el derecho a permanecer en silencio durante el interrogatorio policial.

⁵⁷³ *Cfr.* SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 b); 8/2000, de 17 de enero, FJ 3. En ambos casos el TC valoraba la validez probatoria de la declaración que prestaran los recurrentes –acusados– a partir de un registro domiciliario con vulneración del derecho 18.2 CE por motivación insuficiente del auto judicial de autorización de entrada y registro. Por su parte, el TEDH también se ha referido a la necesidad de que la declaración, específicamente ante la policía, sea un acto espontáneo y no inducido del afectado, el cual irá acompañado de otras garantías como la información de derechos y, sobre todo, la asistencia del abogado; *vid.* STEDH *Allan v. Reino Unido*, 48539/99, Sentencia de 5 de noviembre de 2002, párr. 52.

⁵⁷⁴ STC 7/2004 de 9 de febrero, FJ 8.

supone que la autoridad investigadora realice las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos sin apoyarse en recursos que coaccionen u opriman la voluntad del detenido⁵⁷⁵, y esto no se limita a presiones que de manera directa pueda ejercer la policía sobre él durante un interrogatorio, sino que incluye también la oposición a otros medios por los que pudiera incitarse a una declaración, ya sea por una previsión legal que prevea la posibilidad de sancionar la omisión de proporcionar información a la autoridad investigadora⁵⁷⁶, que llevaría al detenido a declarar algo para evitar una eventual sanción; o por subterfugios policiales que, aun indirectamente, destruyan la voluntad del detenido de no emitir manifestación alguna sobre los hechos que le cuestionen, como p.e. la utilización de un compañero de celda del detenido para que éste, previo acuerdo con la policía, extraiga información o datos que la policía no hubiera conseguido por virtud del silencio ejercido por el detenido⁵⁷⁷.

⁵⁷⁵ Vid. STEDH *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párr. 40; *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, párrs. 68- 69; y a este respecto es que el derecho puede vincularse a la presunción de inocencia. Como señala el TEDH, la justificación del derecho a guardar silencio durante el interrogatorio policial y de la no autoincriminación radica, *inter alia*, en la protección al acusado contra compulsiones indebidas por las autoridades, contribuyendo así a evitar errores de la justicia y a alcanzar los objetivos del art. 6 CEDH. Vid. STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 266.

⁵⁷⁶ P.e. En STEDH *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, cuando los peticionarios fueron detenidos por sospecha de su participación en una explosión de consecuencias graves, fueron advertidos conforme a la legislación ordinaria de su derecho a guardar silencio, pero después conforme a la legislación especial fueron interrogados e informados de que si no daban cuenta de sus movimientos realizados durante los lapsos temporales específicamente cuestionados, tenían el riesgo de una sanción de seis meses de prisión —que efectivamente fue impuesta—; para el TEDH ello constituyó un grado de compulsión inadecuado con el propósito de persuadirles a proporcionar información relacionada con las imputaciones contra ellos por lo que, aún prevista en la ley, tiene el efecto de destruir la esencia del derecho contra la autoincriminación y el derecho a guardar silencio, *vid.* párrs. 53, 55; en similar sentido STEDH *Funke v. Francia*, 10828/84, Sentencia de 25 de febrero de 1983, párr. 44. En este sentido el TC ha señalado que los valores esenciales que se encuentran en el art. 24.2 CE, no podrían garantizarse si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar su fechoría o los actos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar, y ello es así, porque el ejercicio del *ius puniendi* estatal, en sus diversas manifestaciones, está sometido al juego de la prueba de cargo o incriminatoria de la conducta que se reprocha y a un procedimiento en el que la persona a quien se pueda imputar dicha conducta pueda ejercer su derecho de defensa. *vid.* STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7.

⁵⁷⁷ P.e. STEDH *Allan v. Reino Unido*, 48539/99, Sentencia de 5 de noviembre de 2002, párrs. 50, 52, 53. En el caso, tras ser detenido, por consejo de su letrado, el peticionario manifestó a la policía su deseo permanecer en silencio durante el interrogatorio policial, sin embargo las autoridades buscaron la forma de obtener del sospechoso confesiones o declaraciones que pudieran tener naturaleza incriminatoria, declaraciones que no habían podido obtener durante el interrogatorio policial y, a tal efecto, colocaron en su celda a una persona que actuaría como informante; el TEDH consideró que estas declaraciones y el contenido de las mismas no pueden tomarse como declaraciones espontáneas, libres de inducción y voluntarias del afectado; ya que fueron inducidas por preguntas persistentes del informante de la policía, sin ninguna de las garantías propias del interrogatorio policial, como es el caso de la asistencia letrada, aprovechándose de su estado susceptible. Por tanto, en este caso, aunque no hubiera existido una coerción directa, el TEDH consideró que el

Así, este derecho tiene la finalidad directa de actuar como «medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima [...]»⁵⁷⁸ que pueda mermar o destruir la decisión voluntaria de permanecer en silencio, siendo por tanto su fin último asegurar el respeto de tal voluntad.

d. Presupuesto habilitante

Este derecho, como el resto de los previstos en el art. 17.3 CE, tiene su preferente razón de ser en la detención preventiva, para evitar que quien se encuentra en sujeción del poder coercitivo del estado, ante la eventualidad de quedar sometido a un proceso padezca algún tipo de indefensión.

Así pues, la específica advertencia al detenido preventivo sobre su derecho a no declarar cobra sentido cuando, en el marco de la detención preventiva, es sometido a interrogatorios e investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos delictivos con los que presumiblemente se encuentra relacionada⁵⁷⁹.

Y ello es así, porque aun y cuando la declaración ante la policía no pueda ser un auténtico medio de prueba, sí puede tener una notoria influencia en una posterior etapa procesal. Como se ha dicho, una declaración auto inculpatoria realizada en el curso de las diligencias

petionario pudo haber sido sometido a una presión psicológica que afectó la voluntariedad de sus manifestaciones. Así pues, como la decisión de la policía de meter a un informante a la celda para obtener información se hizo en detrimento de la voluntad del individuo y, además, al haber sido empleada en juicio parte de la evidencia así obtenida, el TEDH consideró afectado el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la auto incriminación, declarando violado el art. 6.1 CEDH.

⁵⁷⁸ Vid. STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8, citando las SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 a) y b); 8/2000, de 17 de enero, FJ 3. Aunque en los tres casos el TC se refiere a la primera declaración judicial, no deja de recordar como garantías constitucionales que rodean la práctica de la declaración: el derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada, ex art. 17.3 CE si la persona está privada de libertad y ex art. 24.2 CE en el caso de juicio oral. Además, hay que decir, pese a que el pronunciamiento de la STC 7/2004 refiere a dichas garantías en el marco de la primera declaración ante autoridad judicial, sustenta su afirmación en diversas sentencias del TEDH, entre ellas las de *John Murray v. Reino Unido*, párr. 45, en donde, como ya lo hemos dicho, el TEDH reconoce el valor de estas garantías para las declaraciones de los detenidos en los interrogatorios policiales, es decir en la etapa preprocesal; por lo que a la luz del art. 10. CE, se integran en el criterio de interpretación para la garantía de «no ser obligado a declarar» prevista en el 17.3 CE. Además, sobre el reconocimiento de esta garantía durante el interrogatorio policial vid. STEDH *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párrs. 41-42.

⁵⁷⁹ En este sentido en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 C), el Alto Tribunal consideró que en el caso del requerimiento de conducción a dependencias policiales para efectos de identificación, la advertencia al afectado sobre el derecho a no declarar no tenía sentido en virtud de que la norma en que se fundamenta ese supuesto de privación de libertad «no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación (para la obtención de los 'datos personales') [...]» a los que se refería la ley en cuestión.

policiales no puede ser una prueba de confesión; pero si es una manifestación voluntaria y libre que, si se realiza observando los requisitos legales, adquiere existencia jurídica como elemento de contraste con posteriores declaraciones judiciales, incidiendo en su propia credibilidad y, además, puede contener datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba⁵⁸⁰.

Hay que tener en cuenta, que hablando de diligencias de investigación para el esclarecimiento de los hechos delictivos, la detención preventiva a diferencia de otras investigaciones policiales, implica la sujeción individual al poder coercitivo estatal y, en cuanto la autoridad comience a hacerle preguntas al detenido en el marco de esa especial situación de sujeción se configurará el presupuesto habilitante.

Por tanto, el presupuesto habilitante del derecho a guardar silencio o a no ser obligado a declarar es el momento en el que se inicien los cuestionamientos en situación de detención, no requiriendo que se esté en el interrogatorio formal, en tanto que medida cautelar policial de privación de libertad con motivo de una supuesta acción delictiva, para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; dada la situación de sujeción o compulsión personal en la que se sitúa la persona de quien se espera alguna manifestación. Lo cual coincide con el fin último del derecho, evitar que los agentes del estado puedan trastocar la voluntad del detenido de permanecer en silencio.

e. Contenido

El derecho a no declarar –art. 17.3 CE–, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable –art. 24.2 CE–, interpretados conforme al art 6.1 CEDH –derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación–, implicarán que el privado de libertad no sea obligado a hacer manifestación alguna o que, si la hace, el contenido no se pretenda dirigir en un

⁵⁸⁰ *Cfr.* STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 5. Como sabemos, el atestado policial se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba; así, una declaración ante la policía no será prueba en sí, pero sí puede ser el objeto sobre el cual debería versar una posterior actividad probatoria, en ese sentido la parte acusadora –por virtud del art. 24.2 CE– tiene derecho a proponer medios de prueba que permitan acreditar que el imputado fue veraz cuando reconoció el hecho delictivo.

determinado sentido, p.e. de culpabilidad⁵⁸¹. Es decir, garantizan la libertad de decisión del sospechoso de declarar sobre los hechos que se le atribuyen⁵⁸².

De modo que, la declaración y el contenido de la misma deberán depender únicamente de la voluntad del detenido y no ser respuesta a un acto de compulsión, intimidación o inducción fraudulenta por parte de las autoridades⁵⁸³. Vemos pues, que la voluntariedad es el interés jurídico protegido por este derecho, así si se alega o es evidente que la declaración realizada no fue de forma voluntaria o que hubo algún tipo de sometimiento a compulsión indebida, entonces podríamos estar ante una afectación del mismo⁵⁸⁴.

En efecto, las garantías que evitan la autoincriminación –no declarar contra sí mismo o no confesarse culpable— principalmente se refieren al respeto de la voluntad de la persona detenida a no declarar, o sea, a guardar silencio⁵⁸⁵. Concibiéndose así, como un derecho que descansa en el respeto a la autonomía individual y en el principio de que las investigaciones se desarrollen bajo un cauce respetuoso con los derechos del detenido sin que resulte necesaria la asistencia del detenido para alcanzar la averiguación y descubrimiento de los hechos investigados⁵⁸⁶.

Teniendo claro que el bien protegido es la voluntad individual de manifestación sobre unos hechos que se le atribuyen y que, en todo caso, el conocimiento de los mismos le es propio;

⁵⁸¹ Vid. STC 103/1985, de 4 de octubre, FJ 3, cuando analizó la alegación de inconstitucionalidad de la realización de la prueba de alcoholemia en relación con el art. 24.2 CE en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo y que, reconoce «puede también situarse en el marco del art. 17.3» de la Constitución. También STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 10.

⁵⁸² Vid. *mutatis mutandis* STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 a) y b), el TC refería a las garantías frente a la autoincriminación –derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, asistencia letrada—, refiriéndose al acusado, previamente imputado, pero señalando como preceptos constitucionales los arts. 17.3 y 24.2 CE.

⁵⁸³ Vid. STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 c). refiriéndose específicamente a la validez de la confesión.

⁵⁸⁴ En ese sentido, vid. SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 b).

⁵⁸⁵ Vid. SSTEDH *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, párr. 69; *Allan v. Reino Unido*, 48539/99, Sentencia de 5 de noviembre de 2002, párr. 44; *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párr. 40. En similar sentido Serrano Alberca, considera que el derecho no sólo comprende la posibilidad de guardar silencio, sino que «incluso permite infringir la obligación de decir la verdad cuando fuera en el propio perjuicio, pues a nadie se le puede imponer la obligación de condenarse a sí mismo, ni de facilitar la prueba de su delito.», como consecuencia de este derecho está prohibido el empleo de métodos para obtener la declaración contra la voluntad del detenido, concatenado al respeto de la dignidad de la persona. Vid. SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 17» ..., *op. cit.*, p. 363.

⁵⁸⁶ En ese sentido vid. SSTEDH *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, párr. 69; *Bykov v. Rusia* [GS], 4378/02, Sentencia de 10 de marzo de 2009, párr. 92; *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párrs. 100, 102.

hay que puntualizar que el ámbito protector del derecho no puede extenderse a la obtención de material probatorio o sometimiento a pericias técnicas que permitan a la autoridad encontrar una información o determinar una cuestión científica, como es el caso de documentos adquiridos a través de una orden judicial, pruebas de aliento, sangre y muestras de orina, tejidos corporales a los propósitos de pruebas de ADN⁵⁸⁷ o exámenes médicos; y ello parece evidente porque su existencia es independiente de la voluntad del sospechoso en tanto que éstas no implican u obligan al detenido a realizar un reconocimiento o exteriorizar una información que confirme o desvirtúe aquello que se investiga, sino a tolerar un sometimiento a una modalidad de pericia, lo que implica una colaboración con la justicia que no puede equipararse a «la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución»⁵⁸⁸, en este caso la persona afectada sería requerida para actuar de manera pasiva tolerando una interferencia menor en su integridad personal⁵⁸⁹.

Lo anterior no quiere decir que las actuaciones para la obtención de dicho material probatorio tangible estén libres de cualquier autorización y parámetro de control. Claramente lo tiene, en tanto que es obtenido como parte de los poderes compulsivos del Estado, sin embargo el parámetro de constitucionalidad para su análisis no es el que deriva del derecho a no declarar⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Vid. STEDH *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, párr. 69. En ese mismo sentido, en la legislación de desarrollo de la UE, se señala que el derecho a no declarar contra sí mismo no debe impedir que las autoridades recaben pruebas que puedan obtenerse legalmente del sospechoso, incluso mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos, pruebas cuya existencia sea independiente de la voluntad del sospechoso, como es el caso de las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis de ADN. Vid. Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, Diario Oficial de la Unión Europea L 65, de 11 de marzo de 2016, considerando (29) y art. 7.3.

⁵⁸⁸ Cfr. SSTC 161/1997, de 2 de octubre FJ 7; 103/1985, de 4 de octubre, FJ 3; confirmando su criterio en la STC 76/1990, de 26 de abril FJ 10, al considerar que la exhibición de los documentos contables acreditativos de la situación económica y financiera de un contribuyente con la finalidad de hacer posible el cumplimiento de una obligación tributaria y una posterior inspección, no puede ser considerada como una colaboración equiparable a la «declaración» comprendida en los arts. 17.3 y 24.2 CE. También vid. ATC 837/1988, de 4 de julio, FJ 2, sobre el test de alcoholemia.

⁵⁸⁹ Vid. STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 5481/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 114; o si se requiere la participación activa del afectado, la misma es con respecto a sustancias o materiales producidos por el funcionamiento normal del cuerpo, p.e. la respiración, la orina o muestras de voz, citando el caso Saunders.

⁵⁹⁰ En este sentido vid. ATC 221/1990, de 31 de mayo, FJ 2, en relación a la negativa y obstrucción de la práctica de una prueba biológica para la determinación de la paternidad, el TC señaló que tal prueba «no consiste ni implica declaración o falta de declaración sobre hechos o circunstancias, sino el análisis y

En definitiva, lo que da vida a este derecho es la voluntad individual de hablar o callar, si ésta no es respetada el derecho habrá desaparecido.

f. Titularidad

A la luz del art. 17.3 CE, este es otro derecho-garantía más de los que goza el detenido preventivo y que como se desprende la jurisprudencia del Alto Tribunal, en distintas ocasiones se acoge a éste. La imposición constitucional a las autoridades de no obligar a nadie a declarar, constituye un derecho del privado de libertad, detenido preventivo, como sujeto sobre quien puede recaer una imputación⁵⁹¹, pues como dice el TC, el detenido se encuentra ante la eventualidad de ser sometido a un procedimiento penal y con este derecho también se contribuyen a evitar alguna situación de indefensión del afectado⁵⁹².

En efecto, a todo detenido se le reconoce su derecho constitucional a no declarar o a guardar silencio –art. 17.3 CE—.

g. Ejercicio y límites

Teniendo en cuenta la finalidad, el presupuesto habilitante y el contenido del derecho a no declarar o a guardar silencio –arts. 17.3 CE - 6.1 CEDH— el órgano policial deberá ilustrar al detenido sobre este derecho desde los primeros momentos de la detención, desde el primer acto investigación que le implique la revelación de información que pueda dirigirse en su contra, *v.g.* la diligencia de declaración o durante el hecho de la detención o traslado a las dependencias policiales.

Este derecho, como el de no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable –art. 24.2 CE - 6.1 CEDH— se ejerce mediante la inactividad, es decir la omisión de explicaciones del detenido, como sujeto a quien eventualmente recaiga una imputación⁵⁹³, quien por

comprobación de unos datos biológicos que escapan al conocimiento del propio interesado y sólo pueden ser sacados a la luz e interpretados por personal científico.» y, recordando la STC 103/1985, señaló que esta prueba –como la de la alcoholemia— no implicaba una obligación a emitir una declaración que exteriorice un contenido, sino a tolerar ser objeto de una especial modalidad de pericia.

⁵⁹¹ *Cfr.* SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 a); 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b).

⁵⁹² Entre otras, *vid.* SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; STC 202/2000, de 24 de julio, FJ 3; 107/1985, de 7 de octubre de 1985, FJ 3; ATC 234/2005, de 6 de junio, FJ 3.

⁵⁹³ *Cfr.* STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6, refiriéndose a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplados en el art. 24.2 CE; y STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5.

ello, puede suponer que le resulte más conveniente a sus intereses guardar silencio ante la autoridad policial y declarar ante un Juez.

Normalmente se ejerce tras la lectura de derechos. El detenido, tras saber que puede guardar silencio y esperar a rendir su declaración hasta que esté en presencia judicial decide hacerlo así⁵⁹⁴. Así las cosas, cuando la autoridad policial proceda a realizar la diligencia de declaración, el detenido en presencia de Abogado⁵⁹⁵, en un ejercicio de voluntariedad, opta por guardar silencio⁵⁹⁶ acogiéndose a su derecho a no declarar en sede policial y a hacerlo ante la autoridad judicial⁵⁹⁷, concluyendo así la diligencia de declaración.

Con todo, lo que siempre resultará inaceptable es basar una condena solamente o principalmente en el silencio del acusado o en su rechazo a responder, puesto que ello sería a todas luces incompatible con el derecho a guardar silencio y la no autoincriminación. En este sentido, el ejercicio del derecho no puede acarrear consecuencias negativas a su titular⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Vid. STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3. Señala el TC «Durante el período de detención preventiva, y en atención a lo dispuesto por el art. 17.3 CE, debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos al detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla.» En idénticos términos SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, ANT. 2, FJ 2.

⁵⁹⁵ Vid. STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 a).

⁵⁹⁶ Vid. STC 23/2004, de 23 de febrero, ANT. 2, FJ 3.

⁵⁹⁷ Vid. STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 3; cuando decimos «sede policial», entendemos que puede darse el caso de que el detenido preventivo, por circunstancias excepcionales, no se encuentre físicamente en sede policial, aunque ésta autoridad sea quien lo tiene bajo custodia, p.e. si es que éste se encuentra hospitalizado; en este supuesto, mientras dure la detención preventiva habrá que tomársele declaración en ese lugar y, en dicho acto, el detenido puede acogerse a su derecho a declarar ante el Juez, así sucedió en la STC 7/2004, de 9 de febrero, ANT. 2ª).

⁵⁹⁸ Cabe recordar que el TEDH tuvo ocasión de señalar que el derecho a no declarar no tiene un carácter absoluto, sin que ello implique la utilización de métodos coactivos o coercitivos; sino en el sentido de que puede llegar a un punto –en una etapa procesal– en donde claramente se requiera una explicación por parte del acusado y, en ese extremo, la decisión del silencio pueda tener consecuencias. Sin embargo, para determinar si la actuación de la autoridad o las consecuencias atribuidas al ejercicio del derecho vulneran la esencia del mismo, o si se ha atentado contra el privilegio de no autoincriminarse, hay que tener en cuenta todas las circunstancias del caso. En la jurisprudencia del TEDH podemos apreciar que, para analizar si el derecho a la no autoincriminación fue violado hay que tomar en cuenta los siguientes criterios: a) la naturaleza y grado de compulsión utilizado para obtener la evidencia, b) el peso del interés público en la investigación y la sanción del delito en cuestión, c) la existencia de cualquier garantía en el procedimiento y d) el uso que se le atribuye al material así obtenido. Vid. SSTEDH *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 febrero de 1996, párr. 47; *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 117; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 267-269. Además, OPEN SOCIETY, *European Standards on...*, op. cit., p. 37.

Conforme a la jurisprudencia del TC no podemos apreciar que haya alguna limitación a este derecho durante la detención preventiva; antes al contrario, se evidencia que cuando el detenido manifiesta su voluntad de no declarar, la autoridad policial debe de respetarla y en todo caso ponerlo a disposición del juez. Creemos que para garantizar el ejercicio de este derecho sería muy conveniente la instalación de cámaras en las celdas, pasillos, servicios, locales de interrogatorio y demás zonas comunes⁵⁹⁹.

Por tanto, el derecho a no declarar o a guardar silencio –arts. 17.3 - 6.1 CEDH— ejercido durante la etapa policial, quizá constituya una posible estrategia defensiva de quien pueda ser imputado o una decisión para garantizar la futura elección de su defensa⁶⁰⁰, quizá sólo sea la consecuencia del temor que la situación de detención preventiva le supone, pero ciertamente el ejercicio de este derecho durante la detención preventiva no debería generar mayor consecuencia para el detenido que «dar por concluidas las actuaciones en lo que a él se refiera»⁶⁰¹, seguida de su puesta a disposición judicial, es decir, su presentación ante el órgano supervisor de la legalidad de la detención⁶⁰²

Esto es importante especialmente en los casos en que no existan mayores elementos probatorios en contra del detenido, mientras que, por el contrario, si éstos existieran, la situación del detenido al no declarar podría verse afectada.

⁵⁹⁹ Como muchas veces sostuvo en clase el Prof. Dr. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, «Seguridad Ciudadana y Derechos Fundamentales», asignatura del curso del *Doctorado en Derecho Público. Las transformaciones del Estado de Derecho desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal*, Departament de Ciència Política i Dret Públic, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, junio 2008.

⁶⁰⁰ En ese sentido STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5.

⁶⁰¹ Vid. STS 3366/2011, de 30 de mayo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 2281/2010, FD primero.

⁶⁰² Por ejemplo, debemos recordar la citada STC 288/2000, de 27 de noviembre, ANT. 2 d) y e), en la que, como ya explicamos, los agentes de policía tomaron declaración en presencia del abogado designado a un menor detenido, quien se negó a declarar y expresó su deseo de hacerlo en el juzgado. En la STC 7/2004, de 9 de febrero, ANT. 2 a), FJ 7, el detenido hospitalizado se negó a declarar ante la autoridad policial señalando que lo haría ante el juez. En este sentido, algún autor ha señalado que, tras ejercerse el derecho a no declarar, la consecuencia debería ser la puesta a disposición judicial; vid. GONZALEZ AYALA, María Dolores, *op. cit.*, p. 89.

4. Derecho a la Asistencia Letrada

a. Marco Constitucional

Artículo 17 CE

3. [...] Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

Artículo 6 CEDH

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

[...]

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

Artículo 48 CDFUE⁶⁰³

«2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa»

Artículo 14 PIDCP⁶⁰⁴

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

[...]

⁶⁰³ El artículo 48 CDFUE, coincide con los apartados 2 y 3 del artículo 6 del CEDH y, conforme al art. 52.3 CDFUE, tiene el mismo sentido y alcance que esos derechos garantizados por el CEDH. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 48—Presunción de inocencia y derechos de defensa.

⁶⁰⁴ *Vid. supra* nota a pie 415.

b. Estructura

El Tribunal Constitucional al analizar⁶⁰⁵ la primera normativa que desarrolló el art. 17.3 CE en cuanto al derecho a la asistencia letrada de los detenidos⁶⁰⁶, consideró que este derecho tenía una doble proyección que permitía diferenciar entre la asistencia letrada que correspondía a los detenidos de la que atañía a los procesados, fueran imputados o acusados⁶⁰⁷, conforme a la terminología utilizada por la LECrim en ese momento.

Tal criterio lo señaló al buscar una interpretación de dicha normativa que fuera compatible con la CE, y permitió al Tribunal diferenciar «los derechos a la asistencia letrada que se protegen de manera individualizada y autónoma» en dos preceptos constitucionales⁶⁰⁸ dada la distinta función de garantía que cumple en atención a la diversidad de los derechos tutelados en cada uno de los preceptos constitucionales referidos, es decir, en atención al bien jurídico protegido⁶⁰⁹, pues por un lado se estructura como una garantía del derecho a la libertad y, por el otro, se asume como una de las garantías esenciales del derecho de defensa⁶¹⁰.

Con esta perspectiva el TC sostuvo que el art. 17.3 CE reconoce el derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales a quien se encuentre detenido, y lo hace como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el art. 17.1 CE⁶¹¹, «encaminada esencialmente a asegurar con la presencia personal del Abogado el respeto

⁶⁰⁵ Al resolver la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 286/1984 promovida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, por la alegada inconstitucionalidad del art. 527 a) LECrim, dando lugar a la emblemática STC 196/1987, de 11 de diciembre.

⁶⁰⁶ Ley Orgánica 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.

⁶⁰⁷ Criterio establecido a partir de la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4, diferenciando entre el reconocimiento ex art. 17.3 CE del ex art. 24.2 CE. Una exposición sobre los criterios doctrinales a favor y en contra de la doble faz del derecho sugerimos a BLASCO SOTO, Carmen, «El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid, Núm. 14, enero 2008, pp. 279-283.

⁶⁰⁸ Vid. Cfr. STC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 4; recordando las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 a). Aunque hay que decir que las sentencias de referencia si bien distinguen el alcance del derecho a la asistencia letrada, no se referían en plural a *los derechos* a la asistencia letrada, como si fueran dos.

⁶⁰⁹ Cfr. STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.

⁶¹⁰ Vid. STC 18/1995, de 24 de enero, FJ 2 B).

⁶¹¹ Cfr. SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 a); 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.

de los derechos constitucionales del detenido»⁶¹². Por eso el Alto Tribunal afirmó que «funcionalmente, el derecho a la asistencia letrada del detenido tiende a 'asegurar (con la presencia personal del Letrado) 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 [...]»⁶¹³, reconociendo que puede ejercer el derecho a guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a firma⁶¹⁴.

En ese hilo de razonamiento, se consideró que el art. 24.2 CE reconocía el derecho a la asistencia letrada de los anteriormente denominados acusado o imputado en el marco de la tutela judicial efectiva y del derecho al debido proceso⁶¹⁵, especialmente del penal⁶¹⁶, formando parte del haz de garantías que integran el derecho al debido proceso⁶¹⁷. De tal suerte que el derecho a la asistencia letrada reconocido en el art. 24.2 CE, junto con el derecho a la defensa privada o autodefensa del imputado, también se consideraba una garantía esencial del derecho constitucional de defensa que, como el resto de garantías que conforman ese derecho en que se integra, trata de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción entre las partes, evitando desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho de defensa que puedan traer como resultado la indefensión y, en último término, hacer valer con eficacia el derecho a la libertad de todo ciudadano⁶¹⁸.

Así, el TC señaló que, la exigencia de la asistencia letrada tiene una especial proyección cuando se trata del proceso penal debido a la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que ahí se debaten y, evidentemente, por las consecuencias que pueden darse en

⁶¹² Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; ATC 174/1990, de 23 de abril, FJ 4.

⁶¹³ STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.

⁶¹⁴ Cfr. SSTC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4, siempre recordando la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁶¹⁵ Vid. SSTC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11; 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 4; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2, todas aludiendo a la emblemática STC 196/1987.

⁶¹⁶ Vid. SSTC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4.

⁶¹⁷ Vid. STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11.

⁶¹⁸ Vid. SSTC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2 B); 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 2.

los bienes jurídicos implicados⁶¹⁹. Lo cual no sucede durante la detención, y por eso a los detenidos «no les es aplicable el derecho a la defensa y asistencia letrada que el art. 24.2 de la C.E. garantiza a los acusados en un proceso penal [...]»⁶²⁰. En coherencia con lo anterior, se habría considerado que «la exigencia de la asistencia letrada no tiene un alcance único ni un contenido unívoco en todos los supuestos en que está reconocida constitucionalmente, sino que está vinculada a la diferente función que como garantía constitucional ha de cumplir en cada uno de dichos supuestos»⁶²¹.

En consecuencia, podríamos deducir que se trata de un derecho constitucional sustantivo estructurado en favor de los detenidos, ex art. 17.3 CE; y de los imputados, encausados o acusados, ex art. 24.2 CE, con una estructura de derecho público subjetivo puesto que no sólo crea una esfera de libertad para la persona, sino que genera una obligación de los poderes públicos para garantizar que si la persona no tiene los medios para contar con asistencia letrada, ésta se le brinde; y una función destinada a proteger derechos fundamentales tales como la libertad personal y derechos de defensa.

Pero esto es solo una primera aproximación a la estructura constitucional del derecho a la asistencia letrada de los detenidos, y ello así porque por virtud del art. 10.2 CE, estamos obligados a interpretar los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales de acuerdo al contenido de los derechos y libertades internacionalmente proclamados en los instrumentos de derechos humanos de los que España es parte, por lo que, en la práctica, dicho contenido se convierte de cierto modo en contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades enunciados en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución⁶²².

Así pues, retomando el criterio de la doble proyección de la asistencia letrada derivada de la forma en que se estructura en la Constitución, subraya el TC, que ésta no es originalidad de la Norma Fundamental; antes al contrario, considera que guarda un «paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España,

⁶¹⁹ Cfr. SSTC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4; 165/2005, de 20 de junio, FJ 11; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁶²⁰ Cfr. STC 46/1988, de 21 de marzo, FJ 6, recordando la doctrina sentada en la STC 196/1987, de 11 de diciembre.

⁶²¹ Vid. STC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4.

⁶²² Vid. STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

aunque [...] en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más *amplia y generosa*, al menos explícitamente, que dicho textos internacionales»⁶²³. [énfasis añadido]

⁶²³ STC 196/1987, de 11 de diciembre, FFJJ 4, 6. En ese sentido el Alto Tribunal sostuvo que en materia de asistencia letrada al detenido, tanto el CEDH como el PIDCP eran más restrictivos que la Constitución Española, pues aquéllos no incluyen ese derecho entre la gama de derechos que reconocen al detenido y solo lo reconocen en sus arts. 6 y 14 respectivamente, en relación con los acusados en proceso penal, supuesto que no es aplicable al detenido en diligencias policiales o judiciales al cual se refiere el art. 17.3 CE. Esta consideración al paralelismo con los textos internacionales ha sido reiterada constantemente a lo largo de su jurisprudencia, siempre recordando al criterio sentado hace casi treinta años en la STC 196/1987. Por ejemplo *vid.* SSTC 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 4; 165/2005, de 20 de junio, FJ 11. En este orden de ideas, resultan interesantes los argumentos sostenidos por el Fiscal General del Estado y por el Letrado del Estado ante el recurso de Inconstitucionalidad núm. 286/1984 que motivara la emblemática STC 196/1987, visibles en los Antecedentes 3 y 4 de la misma. El primero pretendió destacar, a la luz del art. 10.2 CE, que el art. 9 PIDCP a diferencia del art. 17 CE, silenciaba totalmente el tema de la asistencia letrada; en similar sentido el CEDH en su art. 5, armonizable con el art 17 CE, establecía un amplio abanico de garantías del detenido entre las cuales, no se encontraba el de la asistencia letrada. Por ello, en su criterio, los arts. 5 CEDH y 9 PIDCP no aportaban nada al art. 17.3 CE, significando además que «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha producido declaraciones expresas en torno al derecho de asistencia letrada al detenido, ya que no se menciona el tema en las Sentencias relativas a la aplicación del art. 5 del Convenio y solamente aborda dicho tema en las sentencias en que se discute sobre el art. 6»; por último, descartaba cualquier tipo de remisión hacia los arts. 6 CEDH y 14 PIDCP considerándolas inoperantes pues dichos artículos se hermanan o armonizan con el art. 24.2 CE, entendiendo que esos tienen su punto de partida en la existencia de un proceso, o sea, cuando a la persona se le imputa ante un Tribunal la posible realización de una conducta delictiva. Por su parte, el segundo, resaltó que el derecho previsto en el art. 17.3 CE se garantizará en los términos que la ley establezca, por lo que dicha remisión hacía posible afirmar que el contenido esencial del derecho consiste en que se produzca la asistencia, lo que no significa que ésta deba de ser en todos los casos necesariamente en el momento mismo de la detención y con el derecho a designar al defensor de la elección. Por cuanto al ejercicio impuesto por el art. 10.2 CE, consideraba que no era posible que el término procesado que recoge el art. 14 del PIDCP pudiera incluir al detenido gubernativo, porque el procesado es una figura completamente distinta; conforme al derecho procesal español se trata de quien ha sido objeto de un auto de procesamiento cuestión que, en principio, está desconectada de la detención. Por cuanto al CEDH la situación no era mejor ya que éste emplea un término menos preciso aún: acusado, que en sentido estricto de acuerdo a los conceptos procesales propios del Estado, esa condición surge hasta el primer escrito de calificación, lo cual resultaba evidentemente excesivo, por lo que era conveniente tener presente algunas sentencias del TEDH, de las que se derivaba que «la acusación' es la notificación oficial, emanada de una autoridad competente, del reproche de haber cometido una infracción penal. Desde esta perspectiva, la detención implicará 'acusación' según discurra el procedimiento posterior, no pudiéndose afirmar la existencia de acusación desde la simple detención y, por tanto, desde esta perspectiva, no procede la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado». Al respecto, si bien nos parecen interesantes tales argumentaciones, debemos señalar que, respetuosamente, disentimos de las mismas por resultarnos de un riguroso formalismo alejado del sentido y alcance de los términos autónomos que recogen los tratados internacionales de los que España es parte. Primero, cierto es, como señaló el Fiscal, que en ese momento el TEDH no había hecho un pronunciamiento extensivo del derecho a la asistencia letrada a la fase pre-procesal de custodia policial, pero cierto es también que el órgano de supervisión del Pacto Internacional ya comenzaba a sugerir el carácter extensivo de algunas de las garantías procesales el art. 14 a la etapa de la detención. Segundo, como el letrado lo reconoció, la detención puede implicar una acusación si es que, efectivamente, tras aquélla el detenido queda sometido a un proceso, lo cual no sucederá en todos los casos; sin embargo, una interpretación *pro persona* no permite disociar la nota de acusación o imputación –fácticas– que conlleva la detención del art. 17.2 CE conforme al art. 5.1(c) CEDH; de hecho ésta, como la detención, encuentran su base en indicios racionales; la detención, en caso de seguirse un proceso se convertirá en imputación y/o

Creemos que ello es parcialmente cierto porque encontramos, en principio, una evidente amplitud o generosidad de la Norma Fundamental con respecto al derecho a la asistencia letrada de los detenidos.

Si nos acogemos a una interpretación textual, basta leer el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que como el art. 17 CE proclama el derecho a la libertad y señala los derechos de los detenidos preventivos— para constatar que no incluye el derecho a la asistencia letrada. En forma contraria, el art. 6 CEDH que consagra el derecho al proceso debido y determina los derechos del acusado, sí hace mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección.

En el caso de la CDFUE, el art. 6 que reconoce el derecho a la libertad, no realiza el reconocimiento al derecho a la asistencia letrada de los detenidos, como sí sucede a partir del art. 48.2, que reconoce los derechos de defensa a los acusados.

Por último, si acudimos a los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos podemos apreciar que el artículo que prevé los derechos del detenido tampoco contempla el de la asistencia letrada, en tanto que, aquél que alude a los derechos del acusado, lo reconoce en los mismos términos que el artículo 6 CEDH.

Por tanto, la destacada amplitud y generosidad descansa en la literalidad del art. 17 CE con el reconocimiento explícito del derecho; sin embargo, hay que analizar si su interpretación se corresponde con la interpretación que los órganos de garantía de los instrumentos internacionales citados han hecho sobre la asistencia letrada de los detenidos. Y es que, como sabemos, la exigencia del art. 10.2 CE no se limita a que las normas de derechos fundamentales contenidos en el Título I de la CE se interpreten de conformidad con la DUDH y los tratados internacionales que sobre la materia ha ratificado España, sino que tal interpretación imprescindiblemente ha de incluir la efectuada por los órganos de

acusación; la detención, al estar basada en indicios racionales, no deja de ser también un reproche de haber cometido una infracción penal. Además, hay que subrayar la constante insistencia del TEDH, en cuanto a que los términos del Convenio tienen un significado sustantivo y autónomo en el contexto de la Convención. Al respecto *vid.* SSTEDH *Deweert v. Bélgica*, 6903/75, de 27 de febrero de 1980, párr. 42, precisamente refiriéndose a los términos empleados en los arts. 6.1 y 5.2 CEDH; *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 36, al referirse a los términos del art 6 CEDH y su aplicación a la etapa pre-procesal, como comentamos más adelante.

garantía que dichos tratados y acuerdos internacionales establecen⁶²⁴. Y en ese sentido hay que decir que, si bien es cierto que dichos textos internacionales no reconocen taxativamente la asistencia letrada al detenido, no menos cierto es que los intérpretes de éstos han hecho extensivos a la etapa pre-judicial, es decir, a la detención policial, algunos de los derechos reconocidos para un proceso equitativo o justo.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el TEDH ha reconocido que algunos apartados del art. 6 CEDH –derecho a un proceso equitativo–, especialmente los apartados 1 y 3, pueden ser aplicables a las diligencias prejudiciales, como es el caso de la detención –art. 5.1(c) CEDH que integra el contenido del art 17.2 CE–; es decir, a las investigaciones preliminares o en la etapa de custodia policial, en la medida en que la equidad del procedimiento puede verse seriamente afectada por el incumplimiento inicial de tales disposiciones⁶²⁵. Y dentro del abanico de derechos-garantía del concepto proceso equitativo –debido proceso– en el procedimiento penal del art. 6.1 CEDH⁶²⁶ que extienden su alcance protector a la etapa de la custodia policial, ocupa un destacado lugar la asistencia de un abogado en favor del detenido preventivo⁶²⁷.

En efecto, el Tribunal Europeo ha subrayado la crucial importancia de la etapa de detención gubernativa en cuanto a la preparación del procedimiento penal, en función de que el material probatorio obtenido durante esa etapa determinará el marco dentro del

⁶²⁴ Cfr. STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.

⁶²⁵ Vid. SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 36; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 62; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 50; *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párr. 30; *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 64; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 76, 102; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 253. Aunque reconoce que la forma en que el los arts. 6.1 y 6.3 (c) CEDH, sean aplicados durante la etapa pre-procesal de investigación preliminar dependerá de las circunstancias especiales de los procedimientos implicados y de las circunstancias del caso.

⁶²⁶ Vid. SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 37; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre de 2001, párr 45; *Salduz v. Turquía* [GS], Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 50.

⁶²⁷ Vid. SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 38 y Opiniones Disidentes del Juez Pettiti y del Juez López Rocha; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párrs. 63, 66; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41, 43, 44; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 131; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs.51, 52; *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 30-31; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 77-78; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 253, 255.

cual el delito imputado será considerado en el juicio⁶²⁸. Además, considera que el detenido⁶²⁹ frecuentemente se encuentra en una particular situación de vulnerabilidad durante esa etapa del proceso⁶³⁰; y esa particular vulnerabilidad⁶³¹ solamente puede ser adecuadamente compensada por la asistencia de un abogado cuya tarea, entre otras, será ayudar a asegurar el respeto del derecho a no auto incriminarse⁶³². Por tanto, para el TEDH, el concepto de equidad consagrado en el art. 6 CEDH –debido proceso—exige que el acusado cuente ya con el beneficio de la asistencia de un abogado durante la etapa preliminar de los interrogatorios policiales⁶³³, es decir, en la detención preventiva.

Por lo antedicho, para el TEDH, con la finalidad de que el derecho a un proceso equitativo sea suficientemente práctico y efectivo, el art. 6.1 CEDH requiere que, como regla, el acceso a un abogado sea proporcionado desde el primer interrogatorio del sospechoso por

⁶²⁸ Vid. SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 52, 54; *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párr. 30; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 108; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 253.

⁶²⁹ Se alude al acusado, pero en el sentido autónomo de la Convención. Vid. STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54.

⁶³⁰ Recordemos que para el TEDH es necesario evaluar *la equidad* del proceso penal, visto como un todo *vid.* STEDH *Karaman v. Alemania*, 17103/10, Sentencia de 27 de febrero de 2014, párr. 51; y en ello incluye las actuaciones de investigación preliminar en custodia policial, como interrogatorios o recolección de material probatorio; *vid.* entre otras SSTEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párrs. 95-97; *Bykov v. Rusia* [GS], 4378/02, Sentencia de 10 de marzo de 2009, 88-90; *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000, párr. 47; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 77.

⁶³¹ Apunta el TEDH a una situación de vulnerabilidad, cuyo efecto se ve ampliado por el hecho de que la legislación procesal penal tiende a ser cada vez más compleja, particularmente con respecto a la regulación sobre la recolección y uso del material probatorio. *Vid.* SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 255.

⁶³² *Vid.* STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 párr. 54. Para el TEDH el acceso a un abogado en las primeras etapas es parte de las salvaguardas procesales esenciales a las que poner esencial atención cuando se analiza si en el proceso se atentó contra la esencia del privilegio contra la auto incriminación. En este sentido, *vid.* STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 101 y apartado B.3. Derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio, de este capítulo.

⁶³³ *Vid.* SSTEDH *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 66; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78.

la policía⁶³⁴, aunque no se trate de un derecho explícitamente establecido en el Convenio⁶³⁵.

En ese sentido el TEDH ha tenido en cuenta las recomendaciones del CPT⁶³⁶, que insiste en que el derecho de todo detenido a contar con el acceso a un abogado constituye una garantía fundamental contra los malos tratos. Además, este derecho resulta particularmente exigible en caso de imputaciones relativas a delitos graves, pues es respecto a las penas más graves que el respeto al derecho a un proceso debido ha de ser asegurado, con el mayor grado posible, en las sociedades democráticas⁶³⁷.

Ahora bien, este derecho no tiene un carácter absoluto, pero cualquier excepción al mismo deberá estar claramente delimitada y restringida en el tiempo⁶³⁸. En efecto, el TEDH reconoce que, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, excepcionalmente pueden existir razones de peso, debidamente justificadas y proporcionadas, que permitan restringir el derecho de acceso a un abogado⁶³⁹; pero tales restricciones —cualquiera que sea su justificación— no deben ocasionar un perjuicio irreparable al resto de derechos del

⁶³⁴ Vid. STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 55. De hecho, posterior a este caso, el TEDH ha señalado que la asistencia letrada durante la detención no se limita al interrogatorio, vid. STEDH *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 32. Y también ha reconocido que, desde la etapa inicial del procedimiento y atendiendo a la importancia de la etapa de investigación, una persona a quien se le atribuye un hecho delictivo que no desea defenderse a sí mismo, debería tener la posibilidad de contar con asistencia letrada de su propia elección, vid. STEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78 y 108.

⁶³⁵ Vid. SSTEDH *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 63; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre de 2001, párr. 45; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 131;

⁶³⁶ Vid. STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54, refiriéndose a las recomendaciones que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) realizó al Estado tras sus visitas en julio de 2000 y septiembre de 2001, publicadas en los informes de 8 de noviembre de 2001 y 24 de abril de 2002, respectivamente.

⁶³⁷ Vid. SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 252, 255 y Opinión conjunta parcialmente disidente y parcialmente concurrente de los Jueces Sajó y Laffranque, párr. 2.

⁶³⁸ Vid. SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 79, 80, 81, 82; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 256-260.

⁶³⁹ Por cuanto a las razones en que se apoye la restricción a la asistencia letrada, hay que hacer notar que, atendiendo a la gravedad o intensidad de la restricción durante la etapa policial, el TEDH ha diferenciado entre unas razones imperiosas —«compelling reasons»— y unas razones pertinentes y suficientes —«relevant and sufficient»—, vinculando las primeras a la justificación de una denegación de asistencia letrada y las segundas a la denegación de la elección del abogado que brinde dicha asistencia. Razones que, ciertamente, deberán estar previstas en la ley. Vid. STEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 81, 105.

sospechoso ex art. 6 CEDH⁶⁴⁰. Por eso, el TEDH señala que habrá que analizarse en cada caso en concreto, a la luz de todo el procedimiento, si la restricción del derecho de acceso al abogado durante la etapa policial afectó el derecho al debido proceso⁶⁴¹ o a los derechos de defensa reconocidos en el art. 6 CEDH⁶⁴².

⁶⁴⁰ Vid. STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 55-55, recordando STEDH *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 44. En *Salduz*, el TEDH señaló que, en principio, los derechos de defensa se verán irremediablemente perjudicados cuando declaraciones incriminatorias realizadas durante el interrogatorio policial sin acceso a un abogado sean utilizadas para la condena.

⁶⁴¹ Vid. STEDH *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 63; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre de 2001, párr. 45; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 111.

⁶⁴² En ese sentido, el TEDH valora que la restricción al derecho a la asistencia letrada durante la custodia policial, independientemente de la intensidad de la misma, no haya provocado un perjuicio irremediable a los derechos de defensa reconocidos en el art. 6 CEDH o que no afecte a la equidad del procedimiento visto como un todo. Y aunque en el asunto *Salduz*, que analizó una denegación de asistencia letrada durante la custodia policial, señaló que los derechos de defensa serán en principio irremediablemente perjudicados cuando declaraciones incriminatorias realizadas durante el interrogatorio policial sin acceso a un abogado sean usadas para la condena. En el asunto *Ibrahim y otros*, señaló que el criterio establecido en *Salduz* en cuanto a que los derechos de defensa podrían verse, «en principio» irremediablemente afectados si se emplean declaraciones incriminatorias realizadas durante la custodia policial sin asistencia letrada para la condena, se trataba de una regla ciertamente estricta, pero no absoluta. Y aclaró que, el Test establecido en *Salduz* para valorar si una restricción a la asistencia letrada es compatible con el derecho a un juicio justo se compone de dos fases: en la primera, la Corte debe de valorar si existieron razones imperiosas para la restricción, y posteriormente establece un test para valorar el carácter imperioso de las razones; en la segunda, evaluar el perjuicio causado a los derechos de defensa con motivo de la restricción en el caso concreto. Sin embargo, creemos que implicando un retroceso, el TEDH señaló que la ausencia de razones imperiosas para la restricción, no lleva en sí misma a la constatación de una violación del art. 6 CEDH. Así, al examinar el procedimiento como un todo, con la finalidad de valorar el impacto de errores procesales en la etapa previa al juicio, y valorar la equidad global del procedimiento, el TEDH enumeró una lista no exhaustiva de factores, extraídos a partir de su jurisprudencia, que pueden tenerse en cuenta: a) Si el peticionario era particularmente vulnerable, por ejemplo, por razón de su edad o capacidad mental; b) El marco legal que regula los procedimientos (las actuaciones) previos al juicio y la admisibilidad de evidencia en el juicio, y si esto ha sido satisfecho; cuando una regla de exclusión es aplicada, es particularmente poco probable que el procedimiento en su conjunto sea considerado inequitativo; c) si el peticionario tuvo la oportunidad de cuestionar la autenticidad de la evidencia y oponerse a su utilización; d) La calidad de la evidencia y si las circunstancias en las que fue obtenida ponen duda en cuanto a su confiabilidad y corrección, tomando en cuenta el grado y naturaleza de cualquier compulsión; e) Si la evidencia fue obtenida de manera ilegal, la ilegalidad en cuestión y, cuando provenga de una violación de algún otro artículo de la Convención, la naturaleza de la violación encontrada; f) En el caso de declaración, la naturaleza de la declaración y si rápidamente (inmediatamente, sin dilación) fue retractada o modificada; g) El uso que se le atribuye a la evidencia y, en particular, si la evidencia formó una parte integral y significativa del material probatorio sobre el cual se basa la condena, y la fuerza de la demás evidencia en el caso; h) Si la evaluación de la culpa fue llevada a cabo por jueces de carrera o por un jurado lego, y en este último caso el contenido de cualquier instrucción al jurado; i) El peso del interés público en la investigación y la sanción del delito en particular en cuestión; j) Otras garantías procesales importantes garantizadas por la legislación y prácticas nacionales. Vid. STEDH *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párrs. 44, 45, 46; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 55, 56-62; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 254, 256-265, 274.

Tales consideraciones del TEDH evidencian la evolución de la interpretación para la efectiva protección de los derechos fundamentales, pues ha ido subsanando por vía jurisprudencial la ausencia en el Convenio del reconocimiento taxativo del derecho a la asistencia letrada de los detenidos, haciendo extensivo su alcance protector de derecho-garantía procesal, a la etapa de la detención preventiva. Pero es muy importante destacar que al hacer extensivo el derecho reconocido en el art. 6.3(c) CEDH a la etapa de custodia policial, éste no pierde su carácter de elemento esencial del concepto de juicio justo en un procedimiento penal reconocido en el art. 6.1 CEDH⁶⁴³. Criterio que debe proyectarse a la interpretación de lo dispuesto por el art. 17.3 CE⁶⁴⁴.

Así pues, atendiendo a la trascendencia de la etapa de la detención preventiva y a las consecuencias perjudiciales que la misma puede traer, tanto para el detenido como para el futuro proceso; el TEDH ha hecho extensivas algunas de las garantías del proceso debido a la etapa policial y entre ellas, de manera muy destacada, el derecho a la asistencia

⁶⁴³ Vid. *SSTEDH Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 30; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 50-51.

⁶⁴⁴ En un sentido similar, en el Sistema Universal de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas había señalado en su *Observación General No. 8* que, los casos de detención por razones de seguridad pública donde se formularan imputaciones penales –detención preventiva–, debía otorgarse la protección establecida en los apartados 2 y 3 del art. 9 PIDCP, así como la del artículo 14 del instrumento que, como hemos dicho, refiere a las garantías procesales de defensa dentro de las cuales se contempla el derecho a contar con la asistencia de un abogado de su elección –art. 14.3 (b) PIDCP—. Aunque esta *Observación General* ha sido reemplazada por la No. 35, en esta última el intérprete del Tratado señala que debe asegurarse un acceso rápido y sistemático a los abogados y además, considera que algunas condiciones de la detención, como la denegación del acceso a un abogado, pueden provocar infracciones de procedimiento con relación a los párrafos 3 y 4 del art. 9 PIDCP; así aunque ya no refiere de manera expresa a las garantías del art. 14 PIDCP recuerda que algunas de las garantías procesales del artículo 9 PIDCP coinciden e interactúan con otras garantías del Pacto y, si tenemos presente que tratándose de derechos fundamentales un principio fundamental es la no regresión, creemos que no puede desconocerse que desde 1982 ya se hubiera considerado el carácter extensivo de algunas garantías procesales reconocidas por el art. 14 de este instrumento. Creemos que la aplicación del art. 14.3 PIDCP para la custodia policial podemos confirmarla en la jurisprudencia del TEDH que, junto con algunas consideraciones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas dirigidos específicamente al Estado y otras plasmadas en su *Observación General No. 2* de 24 de enero de 2008, lo incluye como parte de los estándares internacionales reconocidos que, junto con otros derivados del entorno europeo, forman el marco normativo en que se apoya el reconocimiento al derecho a la asistencia letrada durante la custodia policial. Al respecto vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 8, Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)*, adoptada el 16º periodo de sesiones, de 30 de junio de 1982., párr. 4; ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párrs. 53, 58, 59 y *STEDH Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs. 41-43, respectivamente.

letrada reconocido en el art. 6.3(c) CEDH y también en el art. 48.2 CDFUE, así como en el art. 14.3 PIDCP⁶⁴⁵.

Así las cosas, entendemos que el derecho a la asistencia letrada tenga una doble proyección en el texto constitucional y que, siguiendo al TC, en ambas proyecciones se configure como derecho constitucional que, por un lado, funciona como garantía de la libertad y por otro, como parte del derecho de defensa en el contexto de un debido proceso. También creemos que la interpretación del derecho reconocido en el art. 17.3 CE que sentara el TC en la STC 196/1987, en la cual se restaba importancia a las diligencias realizadas en esta etapa y, por tanto, a la participación del abogado en la misma, que se había seguido a nivel interno hasta hace relativamente poco, no se corresponde con la que había venido constuyendo el TEDH⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Y en otros instrumentos de derecho internacional que el TEDH ha tenido en cuenta para establecer los criterios generales de este derecho y sus restricciones durante la etapa policial, tales como el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia –arts. 18 y 21— y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda –arts. 17 y 20—; las Reglas de Procedimiento y Prueba de ambos Tribunales; jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia (*Prosecutor v. Karadžić*, Caso No. IT-95-5/18-T, Decision on the Accused’s Motion to Exclude Intercepted Conversations, 30 de septiembre de 2010.); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –arts. 55, 67, 69— y jurisprudencia de este Tribunal (*Prosecutor v. Lubanga*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 29 de enero de 2007). Y también reconocido en la legislación de desarrollo de la Unión Europea, que se ha ido construyendo sobre la base de los derechos establecidos en la CDFUE, particularmente los artículos 4, 6, 7, 47 y 48, basándose en las interpretaciones que de los arts. 3, 5, 6 y 8 del Convenio ha hecho el TEDH, refiriendo en concreto a la Directiva 2013/48/UE. *vid.* STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 206-211, 216- 227.

⁶⁴⁶ Que podríamos señalar que comenzó en la década de los 90’s con las SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza*; *John Murray, Magee y Brennan*, todas contra Reino Unido; que se apuntaló a partir del asunto de *Salduz v. Turquía*, que se consideró consolidada con lo que en la academia se ha identificado como «Doctrina Salduz», todas referidas previamente, *vid.* SPRONKEN Taru, VERMEULEN Gert, et. al., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Maklu, Antwerpen – Apeldoorn- Portland, 2009, p. 41; VERMEULEN Gert (ed), *Defence Rights. International and European Developments*, Maklu, Antwerpen – Apeldoorn- Portland, 2012, p. 100; y que en fecha reciente, la Gran Sala del TEDH consideró necesario aclarar en el asunto *Ibrahim y otros*, Sentencia con importantes aportaciones en cuanto a los principios generales pero también con diversos Votos, concurrentes y disidentes, tanto por cuanto a los principios establecidos como en la aplicación de los mismos al caso, señalándose incluso que, bajo la apariencia de una interpretación, se disminuyó el nivel de protección a los estándares de juicio justo, como fueron determinados en el asunto *Salduz*, frustrando así, años de esfuerzos europeos para proporcionar un alto nivel de protección de los derechos procesales. *vid.* STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 257-262 y las interesantes opiniones que acompañan esta Sentencia del TEDH, muy destacadamente la opinión conjunta parcialmente disidente y parcialmente concurrente de los Jueces Sajó y Laffranque –en cuanto a los principios— y la opinión conjunta parcialmente disidente de los Jueces Hajiyev, Yudkivska, Lemmens, Mahoney, Silvis y O’Leary –a favor de los principios establecidos, pero en desacuerdo con su aplicación al caso concreto en cuanto a uno de los cuatro peticionarios—.

Así que, aunque pudiera argüirse que la interpretación del Alto Tribunal es de data anterior a la construcción jurisprudencial que en esta materia ha venido diseñando el TEDH, creemos que no puede perderse de vista la interpretación extensiva que ofreciera el intérprete del PIDCP a través de la Observación General No. 8,

Creemos que cobra una especial trascendencia el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada durante la custodia policial que vía jurisprudencial forjó el TEDH⁶⁴⁷ y, atendiendo al principio fundamental de interpretación impuesto por el art. 10.2 CE, obligadamente debemos de considerarlo para ayudarnos a identificar el perfil exacto del derecho a la asistencia letrada de los detenidos en el ordenamiento español⁶⁴⁸

Con base en ello nos parece que ya no es posible sostener que la asistencia letrada de los detenidos ex art. 17.3 CE, solamente tenga el carácter de garantía del derecho a la libertad personal; sino que ha de entenderse además como una garantía para evitar la indefensión de los detenidos, especialmente teniendo en cuenta la proyección que estas actuaciones pueden tener en un posible proceso posterior⁶⁴⁹.

Ahora bien, es importante señalar, lo anterior no quiere decir que tenga que entenderse como extensivo a la etapa de la detención preventiva el derecho de asistencia letrada del art. 24.2 CE o que la doble proyección del derecho que se deriva de la Constitución deje de existir, pues ésta permanecerá mientras los artículos 17.3 y 24.2 CE se mantengan como hasta ahora y podrá seguirse entendiendo que la asistencia letrada prevista en el segundo de los preceptos tenga un alcance mayor que la del primero, de hecho no podría ser de otra forma, tan solo atendiendo a la vigencia misma de la etapa procedimental en que uno y otro se activa.

Sin embargo, sí existe la necesidad de armonizar la interpretación del derecho a la asistencia letrada de los detenidos expresamente reconocida en el art. 17.3 CE con la que hace el TEDH, según la cual el derecho se configura como derecho de defensa. En

que es cinco años más antigua que la emblemática STC 196/1987. Por eso, no puede dejar de llamar la atención la interpretación formalista y rigorista que el TC dio específicamente a este instrumento internacional, queriendo destacar un alcance protector de un derecho expresamente reconocido en el art. 17.3 CE que, aunque lo tiene, creemos que quedó seriamente disminuido.

⁶⁴⁷ Y que se plasma en la Directiva 2013/48/UE y Directiva (UE) 2016/1919.

⁶⁴⁸ Sobre la interpretación de los órganos de garantía de los Tratados de DDHH y el perfil exacto de un derecho constitucionalmente reconocido *vid.* SSTC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4; 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

⁶⁴⁹ Quizá desde hace tres décadas ya lo entendía así el Magdo. De la Vega Benayas, cuando señalaba que la asistencia letrada al detenido en la CE se configuraba como un derecho fundamental que garantiza, a su vez, el de la libertad de toda persona en una situación especialmente grave y temporalmente conflictiva para su status; razón por la cual la intervención del abogado para el detenido o sospecho, podía ser crucial e incluso determinante de su posterior destino procesal y quizá penal o punitivo. *Vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, Voto particular disidente formulado por el Magdo. Carlos de la Vega Benayas, al que se adhiere el Magdo. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

consecuencia, el derecho a la asistencia letrada de los detenidos, en el ordenamiento español tendrá doble carácter, además de contar con la ya mencionada configuración de derecho garantía de la libertad consagrada en el 17.1 CE, adopta también la configuración de garantía del genérico derecho de defensa que ya comienza a tener vigencia desde la detención y ello así no por extensión del art. 24.2 CE, sino por la interpretación extensiva del art. 6.1 - 6.3(c) CEDH a las privaciones de libertad ex art. 5.1(c) CEDH, es decir, a la detención preventiva configurada por el art. 17.2 CE.

Así pues, reconocido como un derecho público subjetivo del detenido que funcionalmente garantiza dos bienes constitucionales: la libertad, derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico; y el mandato constitucional de evitar indefensión que puede vincularse con el derecho de defensa de quien se encuentra privado de su libertad en una fase prejudicial, ante la eventualidad de quedar o no, sometido a un proceso penal⁶⁵⁰; de verdad puede apreciarse el carácter amplio y generoso del derecho reconocido en nuestra Constitución.

Aunado a lo anterior, debemos señalar que el TC ha ido modulando progresivamente su jurisprudencia hasta poder apreciarse un reconocimiento, si acaso velado, de que el derecho a la asistencia letrada forma parte de las garantías de defensa que tiene una persona detenida.

En ese sentido el TC ha reconocido que:

- «el mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial, [...]»⁶⁵¹
- la ley procesal penal configura la defensa técnica «como preceptiva desde el mismo instante de la detención (art. 27.3 C.E.) y a lo largo de todo el proceso penal.[...]»⁶⁵²[sic], recordando que a partir de la preconstitucional Ley 53/1978, que

⁶⁵⁰ Vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁶⁵¹ Vid. STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; AATC 38/2004, de 9 de febrero, FJ 3; 75/2003, de 3 de marzo, FJ 2;

⁶⁵² Cfr. STCC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4.

redactara el art. 118 LECrim, quedó posibilitado el ejercicio del derecho de defensa por medio de Abogado, desde que la persona haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar⁶⁵³, entre otros supuestos.

- «La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en *la efectividad de la defensa*, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención»⁶⁵⁴ [énfasis añadido].

Para finalizar, la asistencia letrada es un derecho que, como otros, resulta plurifuncional⁶⁵⁵, pues además de cumplir la función de derecho garantía, con respecto al derecho a la libertad –art. 17.3 en relación con art. 17.1 CE— y al derecho de defensa y del proceso debido, como elemento esencial del mismo –art. 17.3 CE interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.3(c) en relación con el 6.1 CEDH—, se configura como un derecho público subjetivo que cuenta además, como lo ha señalado el TC, también con un carácter prestacional⁶⁵⁶, pues en caso de que el detenido no designe a su abogado, corresponderá al Estado proporcionarle uno y además asegurarse de que la asistencia sea efectiva, no puede tenerse por satisfecha la obligación si únicamente se hace el nombramiento⁶⁵⁷.

En efecto, la obligación de garantizar la asistencia del letrado ex art. 17.3 CE debe entenderse, por mandato del 10.2 CE conforme al art. 6.3 (c) CEDH, no en el sentido del

⁶⁵³ Cfr. STCC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4. Y recuerda que tras las reformas del art. 520 LECrim –L.O 14/1983, de 12 de diciembre— se determina que si el detenido o preso no designa Abogado para que le asista a diligencias policiales y judiciales debe procederse a su designación de oficio.

⁶⁵⁴ STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5. Y es de destacar que esto lo señalara en la misma Sentencia donde definió al derecho a la asistencia letrada como garantía de la libertad y no del genérico derecho de defensa, *vid.* FJ 4 de la misma.

⁶⁵⁵ Como lo ha reconocido el TEDH al referir a las tareas multifacéticas del abogado. *Vid.* STEDH *Bandaletov v. Ucrania*, 23180/06, Sentencia de 31 de octubre de 2013, párr. 57. Además, sobre el carácter plurifuncional de los derechos *vid. supra* nota a pie 526.

⁶⁵⁶ Cfr. STC 18/1995, de 24 de enero, FJ 3; criterio que se refuerza a partir de la Directiva (UE) 2016/1919, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, *relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención*, Diario Oficial de la Unión Europea L 297, de 4 de noviembre de 2016.

⁶⁵⁷ Cfr. STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 7.

simple nombramiento o en palabras del TC «una mera designación rituaría que redunde en una ausencia de asistencia efectiva»⁶⁵⁸, sino que la asistencia debe ser real y efectiva.

Por todo lo anterior, creemos que es necesario destacar el mérito de que nuestra Constitución, a diferencia de los Tratados internacionales y de otros textos constitucionales del entorno, reconozca de manera expresa este derecho en la etapa policial, cristalizando así el avance que hace 38 años plasmó el constituyente en materia de derechos fundamentales; teniendo en cuenta además «que la Constitución es un árbol vivo»⁶⁵⁹ y ello permite que su interpretación se adecue a la evolución de la ciencia jurídica, tal y como lo ha reconocido el Alto Tribunal cuando ha modificado sus criterios doctrinales⁶⁶⁰. En tal sentido, el derecho a la asistencia letrada se debe entender no sólo como garantía de la libertad, sino como una garantía para evitar la indefensión por la proyección que las actuaciones realizadas durante la etapa policial pueden tener en un eventual proceso ulterior⁶⁶¹.

c. Función

Sin hacer distinciones entre los términos utilizados en las distintas etapas del proceso, sean: sospechoso, detenido, investigado, imputado, encausado, indiciado, procesado,

⁶⁵⁸ Cfr. STC 18/1995, de 24 de enero, FJ 3.

⁶⁵⁹ Vid. STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.

⁶⁶⁰ Como ejemplo vid. STC 26/2014, de 13 de febrero.

⁶⁶¹ Lo cual puede confirmarse a partir de la Directiva 2013/48/UE que «establece normas mínimas relativas al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales [...]» promoviendo la aplicación de la CDFUE, especialmente arts. 4, 6, 7, 47 y 48, y desarrollando lo establecido en los arts. 3, 5, 6 y 8 del CEDH, conforme a la interpretación del TEDH que «en su jurisprudencia, establece con frecuencia normas sobre el derecho a la asistencia de letrado. Dicha jurisprudencia establece, entre otras cosas, que la imparcialidad del proceso exige que el sospechoso [...] pueda contar obtener toda la gama de servicios que se asocian específicamente con la asistencia letrada. En tal sentido, el letrado del sospechoso [...] debe poder ejercer sin restricciones los aspectos fundamentales de la defensa.» Recordando así, «[...] debe tenerse presente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual los derechos de la defensa se verán en principio irrevocablemente lesionados si se utilizan para la obtención de una condena declaraciones inculpatorias efectuadas durante los interrogatorios policiales sin posibilidad de acceso a un letrado.» vid. considerandos (12) (50).

Lo establecido en esta Directiva ha sido transpuesto a partir de la Ley Orgánica 13/2015 que modificó la LECrim en materia de asistencia letrada al detenido, reconociéndolo como parte del ejercicio del derecho de defensa, vid. preámbulo III de la citada Ley Orgánica y redacción dada al art. 118.2 LECrim «[...] El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos.»

acusado o cualquier otra nominación⁶⁶², señala el Alto Tribunal que el fin común a toda asistencia letrada es «lograr el correcto desenvolvimiento del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho.»⁶⁶³

Por su parte, hace tres décadas en el seno del sistema europeo de derechos humanos, la extinta Comisión se refería, a la luz del art. 6.3(c) CEDH, a la función del abogado como «el guardián de la regularidad del procedimiento»⁶⁶⁴

En efecto, la salvaguarda de la equidad en el procedimiento requiere que el sospechoso, desde que está detenido, pueda contar con todo un espectro de servicios específicamente asociados con la asistencia legal, lo que incluye apoyo moral al detenido, verificar las condiciones de su detención, la preparación de los interrogatorios, entre otros⁶⁶⁵. Por eso se considera que normalmente, salvo muy excepcionales limitaciones, el detenido debe tener derecho desde el comienzo de su custodia policial, a ser visitado por un abogado y a discutir todo lo concerniente a su defensa y sus legítimas necesidades⁶⁶⁶.

Por tanto, teniendo en cuenta la estructura y función garantizadora del derecho a la asistencia letrada del art.17.3 CE, interpretado conforme a la doctrina del TC y muy especialmente del TEDH, podemos afirmar que este derecho tiene la finalidad de salvaguardar el derecho a la libertad –art. 17.1 CE—; el genérico derecho de defensa y proceso debido; la seguridad e integridad personal del detenido –art. 17.1 y 15 CE— y todos los derechos del detenido –art. 17.3 CE y los contemplados por la legislación que los desarrolla—.

⁶⁶² Como ya hemos señalado en la nota a pie 144, en la actualidad la LECrim solo se refiere al investigado y al encausado.

⁶⁶³ Vid. STC 47/1987, de 22 de abril, FJ 3, al analizar la naturaleza del derecho a la asistencia letrada gratuita, como derecho subjetivo y como garantía de los intereses de la justicia. En similar sentido, SSTC 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 5.

⁶⁶⁴ Vid. *Ensslin, Baader y Raspe v. República Federal de Alemania* (dec.), 7572/76; 7586/76; 7587/76, de 8 de julio de 1978, Capítulo de derecho, párr. 20; criterio recientemente recordado por algunos jueces del TEDH. vid. STEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, Opinión conjunta concurrente de los Jueces Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque y Turković, párr. 20.

⁶⁶⁵ Vid. SSTEDH *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 32; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 78, 108.

⁶⁶⁶ Cfr. SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Opinión concurrente del Juez Zagrebelsky, a la que se suman los Jueces Casadevall y Türmen; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 106.

Es así, que la asistencia del Letrado durante la detención preventiva puede identificarse por perseguir una finalidad bien clara: asegurar, lo previamente mencionado. En efecto, con su presencia personal el abogado cumplirá la función de asegurar⁶⁶⁷:

- a) que los derechos fundamentales del detenido sean respetados,
- b) que el detenido no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad,
- c) la libertad de declaración del detenido,
- d) que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio,
- e) el derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a firma.

Por cuanto a que los derechos fundamentales del detenido sean respetados; destaca el TC que la pretensión de este derecho constitucional es «proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de la detención». Y esta finalidad se alcanza de manera objetiva con la asistencia de un abogado, independientemente de que éste sea de oficio o sea de libre elección⁶⁶⁸.

A la luz de tal criterio consideró el Alto Tribunal que la modalidad de la designación del abogado no desnaturaliza el derecho a la asistencia letrada ex art. 17.3 CE, pues su esencia no radica en el modo de designación del letrado sino en la efectividad de la defensa⁶⁶⁹ de los derechos del detenido.

⁶⁶⁷ Vid. SSTC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5 b); 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; AATC 23/2006, de 30 de enero, FJ 1; 174/1990, de 23 de abril, FJ 4; todas recordando la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5. De manera sistemática, GRIMA LIZANDRA, identifica una triple función de la asistencia letrada del detenido, atendiendo a los bienes a proteger: a) una función de garantía, al asegurar con su presencia personal que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o malos tratos y que se respete su libertad de declaración; b) una función probatoria, al comprobar la fidelidad de las transcripciones en el acta de declaración; c) una función de defensa, con el asesoramiento técnico. Vid. GRIMA LIZANDRA, Vicente, «El Derecho de Defensa y el Derecho de Asistencia Letrada en las detenciones policiales», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, Núm. 13, 2005, p. 28.

⁶⁶⁸ Cfr. STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6, recordando la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁶⁶⁹ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

En ese sentido, p.e. el TEDH considera que al garantizarse el acceso al abogado, se facilita el acceso a un procedimiento como es el habeas corpus –arts. 17.4 CE, 5.4 CEDH— pues éste último implica que la persona no solo tenga derecho de ser escuchado personalmente, sino que además, cuente también con la asistencia efectiva de su abogado⁶⁷⁰

Con respecto al aseguramiento de que el detenido no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad; se reconoce la función del Letrado como garante de la integridad física del detenido⁶⁷¹. En efecto, este derecho en conjunción con el derecho a informar a un tercero de la detención y la realización de un examen médico, constituyen salvaguardas fundamentales contra conductas que puedan constituir malos tratos de las personas detenidas, por eso es que se espera que su vigencia comience desde el primer momento de la privación de libertad⁶⁷².

Sobre esta función del abogado para impedir malos tratos, el TC suele apoyarse en la doctrina del TEDH y éste a su vez en los estándares internacionales generalmente reconocidos que, de hecho, forman parte del marco normativo de su jurisprudencia⁶⁷³, en este sentido el Tribunal Europeo también ha tenido en cuenta para fundamentar sus

⁶⁷⁰ Vid. STEDH *Castravet v. Moldavia*, 23393/05, Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 47-49.

⁶⁷¹ Vid. STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.

⁶⁷² Cfr. SSTC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4 a); 12/2013, de 28 de enero, FJ 3 a); citando al Tribunal de Estrasburgo SSTEDH *Türkan v. Turquía*, 33086/04, Sentencia de 18 de septiembre de 2008, párr. 42; *Parnov v. Moldavia*, 35208/06, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 30.

⁶⁷³ Vid. STEDH *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 32; o como se desprende de STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre, párr. 54.

sentencias, normativa del Consejo de Europa⁶⁷⁴, de la Organización de las Naciones Unidas⁶⁷⁵, de la Unión Europea⁶⁷⁶ y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁶⁷⁷.

Con relación a la libertad de declaración del detenido; parece evidente que, si un detenido es debidamente asistido por un abogado, éste evitará que aquél, por la ignorancia que pueda tener sobre sus derechos, realice declaraciones autoinculporatorias⁶⁷⁸, preservándose así una protección frente a la autoincriminación⁶⁷⁹

En cuanto al debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio; la asistencia del Abogado, es una garantía

⁶⁷⁴ Vid. Entre otras, SSTEDH *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre, párr.39 y *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre, párrs. 37-40. Ambas refiriéndose específicamente a la Regla 93 de las *Reglas Mínimas para el tratamiento de Prisioneros*, Resolución (73)5, adoptada por el Comité de Ministros, el 19 de enero de 1973, Consejo de Europa; en *Salduz*, agrega al marco normativo elaborada por el Consejo de Europa, la atención a los apartados 23.1, 23.2 y 23.5 de la *Recomendación Rec (2006) 2*, del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada el 11 de enero de 2006, 952º periodo de sesiones; como a la que pueda derivar del Comité Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), en el caso *Salduz*, específicamente citando los informes de 2001 y 2002 que elaboró el Comité tras sus visitas a Turquía en los años 2000 y 2001, respectivamente. Sin embargo, en otras Sentencias, como *Türkan v. Turquía*, 33086/04, Sentencia de 18 de septiembre de 2008, párr. 42 y *Parnov v. Moldavia*, 35208/06, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 30, puede apreciarse que el TEDH acude a los estándares del CPT contenidas en sus informes, por ejemplo, en el «CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2006, § 36», que coincide con el Documento *Desarrollo de los estándares del CPT sobre la detención policial, op. cit., párr. 40*; retomando los párrafos 40 del 12º Informe General y 36 del 2º Informe General del CPT, previamente citados, en los que se consigna que, para el CPT, hay tres derechos con una particular importancia, tratándose de personas detenidas: derecho a que una tercera persona de la elección del detenido, sea notificada del hecho de la detención; el derecho de acceso a un abogado y el derecho de solicitar examen médico por un doctor de la propia elección (de manera adicional a cualquier examen médico llevado a cabo por el doctor asignado por las autoridades policiales). Para el CPT, esta «trinidad de derechos» son las garantías fundamentales contra un tratamiento cruel o inhumano de las personas detenidas, que debería aplicar desde el comienzo de la privación de libertad, al margen de como sea descrito bajo el sistema legal en cuestión (aprehensión, arresto, etc.).

⁶⁷⁵ Vid. STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre, párrs. 41-43. Se refiere tanto al art. 14.3(b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como a la *Observación General No. 2* del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, de fecha 24 de enero de 2008, DOC. CAT/C/GC/2, y agrega además, una recomendación del órgano de la Convención específicamente dirigido al Estado.

⁶⁷⁶ Vid. STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre, párr. 44. Refiriéndose al artículo 48 de la CDFUE y a la interpretación del mismo conforme al art. 52.3 de la Carta.

⁶⁷⁷ Vid. SSTEDH *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre, párr. 38. Se refiere al artículo 8 *garantías judiciales* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé «2. Toda persona inculpada de delito [...] tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;»

⁶⁷⁸ Vid. STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.

⁶⁷⁹ Vid. SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54; *mutatis mutandis* *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 101; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 44-45; *Martin v. Estonia*, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013, párr. 79.

«cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido»⁶⁸⁰ Así, la asistencia del letrado permitirá hacer valer, por ejemplo, el derecho del detenido a guardar silencio⁶⁸¹ y sólo declarar ante autoridad judicial o a solicitar un intérprete⁶⁸² si es que el detenido desconoce el idioma empleado por las autoridades.

Así pues, el mandato de defensa del Abogado tiene una legitimidad propia y específica, primero en beneficio del propio titular del derecho pero además, como garantía del correcto desenvolvimiento del proceso penal ya que asegura, en particular, «la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial, [...]»⁶⁸³ de esta forma, se asegura que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica.

Todo lo anterior, se reasegurará mediante la comprobación de la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a firma y mediante la constatación del debido registro de todo lo actuado en el expediente⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 C), citando la «STC 196/1987, fundamento jurídico 2». Solo una pequeña observación de forma, el fundamento jurídico aludido no incluye en su contenido ningún análisis sobre la finalidad del derecho a la asistencia letrada, su contenido se limita a resolver el problema planteado por el Fiscal sobre una posible incompetencia del órgano que presentó la cuestión de inconstitucionalidad; suponemos que se trata de un pequeño descuido atribuible a un error mecanográfico, pues el fundamento jurídico de la sentencia citada que sí alude a la finalidad de la asistencia letrada en el supuesto de detención en primeras diligencias policiales es el quinto.

⁶⁸¹ Vid. STEDH *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párrs. 70-73.

⁶⁸² Vid. STEDH *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párrs. 29, 31, 36, 37. La detenida no contó ni con asistencia de letrado ni intérprete durante su detención preventiva.

⁶⁸³ Cfr. STC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4; recordada en SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; 60/2003, de 24 de marzo, FJ 4; ATC 38/2004, de 9 de febrero, FJ 3.

⁶⁸⁴ A este respecto hay que destacar que en la Directiva 2012/13/UE se desarrolla el «Derecho de acceso a los materiales del expediente», estableciéndose unas reglas mínimas en cuanto a su alcance y limitaciones en el art. 7; destacando la importancia de informar de este derecho en el art. 4.2(a); y en general en los considerandos (30, en cuanto al acceso de documentos esenciales) (33) (34) y (36). Al ser transpuesta a la legislación nacional, quedó regulado por el art. 520.2(d) LECrim –y 118.1(b)—y 527.1(d) en cuanto a su «privación». Consideramos que este derecho y la asistencia letrada se encuentran estrechamente vinculados, pero, aunque el primero propicie la optimización del ejercicio del segundo y compartan la finalidad de evitar situaciones que provoquen indefensión, deben ser analizados de manera separada. En este sentido tomamos como referencia la STEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párrs. 130- 148, donde el Tribunal analizó los efectos de diversas restricciones a los derechos de defensa que garantizan un proceso equitativo, tal y como está previsto en el art. 6 CEDH; por un lado se refirió a la asistencia jurídica que tuvo el detenido –art 6.3(c) CEDH— y por otro lado, al acceso que tanto él como sus abogados tuvieron al expediente; así, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, entre ellas la ausencia de los abogados del detenido durante los interrogatorios en custodia policial; la imposibilidad de comunicar con sus abogados sin la escucha de terceras partes; restricciones al número y duración de visitas de los abogados; la imposibilidad de acceder al expediente hasta una etapa tardía del procedimiento, consideró vulnerado el art. 6.1 CEDH, tomado en conjunto con los arts. 6.3 (b) y (c) CEDH. A mayor abundamiento, sugerimos BLACKSTOCK Jodie, CAPE Ed et. al., *Inside Police Custody. An Empirical*

Para concluir, nos interesa comentar que cuando el TC se refirió a la doble proyección de la asistencia letrada, en el fundamento jurídico 5 de la emblemática STC 196/1987 señaló que «de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» la intervención del Letrado responde a la finalidad de asegurar con su presencia personal que, entre otros derechos, el detenido tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios. Creemos que es de llamar la atención que el TC haya definido la finalidad de la asistencia letrada en este supuesto partiendo de la legislación de desarrollo –art. 520 LECrim— y no de la Norma Fundamental –art. 17.3 CE—⁶⁸⁵. Dicho ello, se debe señalar que la actual redacción del art. 520 LECrim ha cambiado, siguiendo lo establecido en la Directiva 2013/48/UE, permitiendo la vinculación de la asistencia letrada de los detenidos no sólo a la garantía de la libertad, sino también vinculándola al ejercicio del derecho de defensa, y para ello desarrollando una participación técnico-profesional. De todas maneras, debemos reiterar que a esa conclusión se podría haber llegado haciendo un análisis del texto constitucional sin tener que utilizar como referente lo establecido en la legislación de desarrollo o esperar a la aparición de un estándar europeo como es la Directiva 2013/48/UE.

d. Presupuesto habilitante

Este derecho surge a partir de la privación de libertad por la detención preventiva; por tratarse de una medida cautelar⁶⁸⁶ policial⁶⁸⁷, que coloca a quien la padece ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal⁶⁸⁸. Es decir, una situación de sujeción o compulsión personal⁶⁸⁹ en el contexto de garantizar las investigaciones de naturaleza penal⁶⁹⁰.

Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 10-11 y OPEN SOCIETY, *European Standards on...*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸⁵ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5. Y creemos ello fue así, porque más adelante considera aquellas circunstancias caracterizadoras de la situación del detenido, unidas a que el art. 17.3 CE habilita al legislador para establecer los términos del derecho a la asistencia letrada del mismo.

⁶⁸⁶ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁶⁸⁷ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2.

⁶⁸⁸ Cfr. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁶⁸⁹ Cfr. STC 174/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 3, 4.

⁶⁹⁰ Cfr. STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6. Cuando el TC ha analizado la temporalidad de otras privaciones de libertad a cargo de la policía ha puntualizado la diferencia de las mismas con la «detención para la persecución penal.»

En efecto, el reconocimiento general a los estándares internacionales reconocidos por el TEDH y por el TC al citar a aquél, permiten afirmar que, desde el comienzo de la detención preventiva, la persona sospechosa de haber cometido un delito debe tener la posibilidad de ser asistido por un abogado –de su propia elección⁶⁹¹—en esa etapa preliminar, y no únicamente durante el interrogatorio; en la medida en que la imparcialidad del futuro proceso puede verse seriamente perjudicada por una falla en la etapa inicial⁶⁹², criterio que, actualmente, ha sido incorporado a la LECrim –arts. 520.5, 520.6—, conforme a la ya mencionada modificación por virtud de la LO 13/2015.

e. Contenido

Teniendo en cuenta la finalidad de este derecho y reconociendo que el mismo no ostente la amplitud que puede alcanzar dentro de un proceso⁶⁹³, consideramos que el contenido de la asistencia letrada a los detenidos se integra por tres elementos básicos:

- a. El acceso a un abogado
- b. La asistencia técnica letrada
- c. La presencia e intervención del abogado en las diligencias policiales

Dichos elementos a su vez deben satisfacer ciertos requisitos para conseguir que el derecho sea práctico y efectivo. Veamos.

⁶⁹¹ Cuestión que hay que destacar de la STEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78, 108, como se subraya en la Opinión conjunta concurrente de los Jueces Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque y Turković, párr. 2.

⁶⁹² Vid. SSTC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4 a); 12/2013, de 28 de enero, FJ 3 a); recordando las SSTEDH *Türkan v. Turquía*, 33086/04, Sentencia de 18 de septiembre de 2008, párr. 42; *Parnov v. Moldavia*, 35208/06, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 30. También sobre la etapa de la custodia policial como presupuesto habilitante del derecho a la asistencia letrada vid. SSTEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 255-256; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78, 108; *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 32; *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párr. 30; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 55; *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 36; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 62.

⁶⁹³ En ese sentido el Tribunal Constitucional con frecuencia alude a la complejidad técnica de las cuestiones procesales y sustantivas que se debaten en el proceso penal y a la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados. Vid. SSTC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 b); 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3, 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5, entre otras.

i) Acceso al Abogado

Este elemento se refiere a la posibilidad del nombramiento del abogado que represente al detenido, lo cual puede obtenerse por dos vías: la libre y voluntaria designación o la asignación de un profesional del turno de oficio.

El contenido normal⁶⁹⁴ y podríamos decir, la regla general⁶⁹⁵, es que el titular elija libremente a la persona que le asesorará y velará por sus intereses, lo que implica que el afectado asumirá los costos de la representación legal. Este es el supuesto de la designación.

Sin embargo, puede ser el caso que la persona no pueda o no quiera designar a un profesional del derecho para que le brinde asesoramiento técnico y en este caso, corresponderá al Estado proporcionar al detenido la debida representación legal y en ese supuesto dicha representación no generará ningún costo para el afectado, este es el caso de la asignación de abogado de oficio.

Recordamos que la asistencia letrada, a la luz de la interpretación dada por el TEDH del art. 6.3 (c) del CEDH y de lo dispuesto por el art. 48 CDFUE⁶⁹⁶, implica que se proporcione el derecho cuando los intereses de la justicia así lo exijan y ello, integrado al contenido del art. 17.3 CE implica que el detenido cuente con un abogado durante las diligencias policiales, por así exigirlo la Norma Fundamental sobre todo teniendo en cuenta los bienes jurídicos constitucionales que garantiza este derecho. Por esa misma razón, ya habíamos señalado que se trata de un derecho constitucionalmente preceptivo: todo detenido contará para las diligencias policiales –y judiciales– con la asistencia de un abogado,

⁶⁹⁴ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁶⁹⁵ Vid. STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2; SSTEDH *Croissant v. Alemania*, 13611/88, Sentencia de 25 de septiembre de 1992, párr. 29; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78.

⁶⁹⁶ También se debe tener en cuenta, aun cuando no dentro del marco constitucional, lo establecido en las Directivas 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, *relativa a la información en los procesos penales*; 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*; 2016/1919, de 26 de octubre de 2016, *relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención*.

independientemente de la voluntad o de la posibilidad del detenido para designar a un letrado⁶⁹⁷, el Estado debe de cumplir con la obligación constitucional.

En efecto, en el ordenamiento jurídico español, la asistencia del letrado durante las diligencias policiales resulta preceptiva a la luz de Norma Fundamental y, como lo menciona el TC, en la legislación procesal también se configura de manera preceptiva para algunos supuestos, como es el caso de los detenidos⁶⁹⁸, por lo que constitucional y legalmente se debe garantizar «designándoles Abogado de oficio cuando éstos no lo hubiesen nombrado por si mismos y lo solicitaren o cuando no tuvieren aptitud legal para hacerlo»⁶⁹⁹.

Este elemento del derecho es absoluto, pues difícilmente podría concebirse del derecho a la asistencia letrada sin la existencia de un abogado; lo que no es absoluto es la forma de designación⁷⁰⁰, así aunque la regla general sea la libertad de elección, ésta puede restringirse por razones legalmente previstas, proporcionadas y justificadas; o simplemente aún sin restringirse, puede darse el supuesto que señalábamos de que el detenido decida no elegir abogado –incluso porque no lo crea necesario– y, aun así, correspondería al Estado proporcionarle a un letrado.

Así pues, cuando el TC se refiere al derecho a la asistencia letrada y lo interpreta, siguiendo el art. 10.2 CE, «de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable»⁷⁰¹, lo cual implica que «éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y

⁶⁹⁷ En este sentido *vid.* STC 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2.

⁶⁹⁸ El criterio de la preceptividad de la asistencia letrada durante la detención, incluso gratuita, se refuerza con lo establecido en las Directivas Europeas 2013/48/UE –art. 3.2– y 2016/1919 –art. 4.4–, previamente mencionadas.

⁶⁹⁹ *Cfr.* STC 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2.

⁷⁰⁰ *Vid.* SSTEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 79; *Martin v. Estonia*, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013, párr. 90; *Croissant v. Alemania*, 13611/88, Sentencia de 25 de septiembre de 1992, párr. 29. Además, sugerimos a BLACKSTOCK Jodie, CAPE Ed *et. al.*, *op.cit.*, p. 17.

⁷⁰¹ *Cfr.* SSTC 18/1995, de 24 de enero, FJ 2 B); 165/2005, de 20 de junio, FJ 11.

considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa.»⁷⁰², artículos que son, a su vez, interpretados en este mismo sentido por el TEDH.

Por tanto, teniendo en cuenta que la regla general es que el titular del derecho elija a quien le represente, la restricción de este elemento del derecho incide en la voluntariedad individual del detenido. En efecto, consiste en que al titular no se le permita elegir a un abogado de su confianza, en cuyo caso dicha carencia o restricción deberá satisfacer las características de las limitaciones de derechos⁷⁰³ y, además, se garantice de otra forma el derecho: con la asignación de oficio.

En ese sentido el TC tuvo ocasión de señalar que la confianza del detenido en el abogado que le asiste durante su detención integra el contenido normal del derecho; sin que pueda considerarse que esa confianza forme parte del contenido esencial del derecho fundamental⁷⁰⁴, entendiéndose que la efectiva asistencia puede conseguirse a través del

⁷⁰² Cfr. STC 18/1995, de 24 de enero, FFJJ 2 B), 3. Así, teniendo claro que el TC en este caso se refería a la asistencia letrada prevista en el art. 24.2 CE que consagra además el derecho a la defensa; señaló que la asistencia letrada comporta de manera esencial «que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa. [...] lo que alcanza especial relieve cuando se trata de la defensa del acusado en un proceso penal (STC 196/1987, fundamento jurídico 5º).».

⁷⁰³ Como es el caso de la previsión legal. El intérprete del Convenio ha señalado que las autoridades deben tener en cuenta la voluntad del defendido en cuanto a su elección de representación legal, aunque pueden invalidar tal voluntad cuanto existan razones pertinentes y suficientes para sostener que ello es necesario en interés de la justicia. Si tales razones no existen, una restricción a la libre elección de asistencia letrada puede suponer una violación al art. 6.1 CEDH junto con el párrafo 3 (c) CEDH, si ello afectó desfavorablemente la defensa del detenido, tomando en cuenta el procedimiento como un todo. Así, considera el TEDH que su tarea consiste primero, en valorar si, a la luz de las circunstancias del caso, puede demostrarse la existencia de circunstancias pertinentes y suficientes para invalidar u obstruir la voluntad del detenido en cuanto a la elección de su representación legal y, cuando tales razones no existan, el TEDH deberá evaluar si, a la luz del procedimiento como un todo, los derechos de defensa han sido afectados de manera desfavorable, al punto de socavar la equidad global. En tal tarea debe tenerse en cuenta una variedad de factores, como son: la naturaleza del procedimiento, la aplicación de ciertos requisitos profesionales, las circunstancias que rodean la designación del abogado y la existencia de oportunidad para impugnarla, la efectividad de la asistencia legal y si el privilegio contra la autoincriminación ha sido respetado, la edad del acusado, si el tribunal utilizó las declaraciones dadas por el acusado en el momento de la restricción, la oportunidad de combatir la autenticidad de la evidencia obtenida sin asistencia de letrado y de oponerse a su utilización, si las declaraciones obtenidas sin la asistencia de letrado son un elemento significativo en el que se basa la condena y la fuerza que se da al resto de material probatorio. Vid. SSTEDH *Croissant v. Alemania*, 13611/88, Sentencia de 25 de septiembre de 1992, párr. 29; *Martin v. Estonia*, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013, párrs. 90-97; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 79-82, 105.

⁷⁰⁴ Cfr. SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6. En similar sentido, como hemos dicho, el TEDH, aun reconociendo la importancia de la relación de confianza entre el abogado y su cliente, reconoce que este derecho no es absoluto. Vid. SSTEDH *Croissant v. Alemania*, 13611/88, Sentencia de 25 de septiembre de 1992, párr. 29; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78.

imperativo nombramiento de abogado de oficio sin que se despoje al detenido de la necesaria protección constitucional⁷⁰⁵.

Por lo anterior, podemos afirmar que el nombramiento por asignación no se superpone al de libre elección, sino sólo lo subsana cuando ésta no tenga lugar por causa atribuible al titular o porque sea restringida conforme al ordenamiento legal, en el ánimo de satisfacer la obligación constitucional.

Ahora bien, claramente la asistencia no se satisface con la asignación⁷⁰⁶, pero ésta puede ser la condición para conseguir aquélla, entendiéndola como el servicio prestado por el abogado en favor del detenido a través de sus conocimientos técnicos-jurídicos para la defensa de sus derechos⁷⁰⁷.

ii) Asistencia técnica letrada al detenido

Entendemos que el asesoramiento técnico implica o es el alcance que tiene el término asistencia, reconocido en el art. 17.3 CE y 6.3(c) CEDH, y consiste en la posibilidad que tiene el detenido de interactuar con su abogado, abarcando tanto las comunicaciones orales, visitas y entrevistas; como las escritas; y para la efectividad de este elemento un requisito importante a satisfacer es la confidencialidad⁷⁰⁸.

Así es, resultan elementos clave para la asistencia letrada la posibilidad real de reunirse con el abogado, y ello implica contar con un número suficiente de visitas de una duración razonable⁷⁰⁹; y contar con las condiciones de confidencialidad o privacidad en la reunión con el abogado.

⁷⁰⁵ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁷⁰⁶ Vid. STC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 5; 18/1995, de 24 de enero, FJ 3; STEDH *Artico v. Italia*, 6694/74, Sentencia de 13 de mayo de 1980, párr. 33.

⁷⁰⁷ Entendida conforme a la definición del término «asistencia jurídica» en nuestro idioma. Vid. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario. En el mismo sentido Grima Lizandra y a Esteban y López Guerra, apuntan que el término debe ser entendido como equivalente al socorro o ayuda que brinda el abogado, en el asesoramiento jurídico orientado a la defensa. Vid. GRIMA LIZANDRA, Vicente, *op. cit.*, p. 34; ESTEBAN, Jorge de y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El Régimen Constitucional Español*, vol. I, Labor Universitaria, Colección Manuales, Barcelona, 1984, p. 154.

⁷⁰⁸ Vid. STEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 131-136. A mayor abundamiento sugerimos HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention...*, *op. cit.*, pp. 481-483; BLACKSTOCK Jodie, CAPE Ed et. al., *op. cit.*, pg. 16-17.

⁷⁰⁹ Vid. SSTEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 135; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 106.

En efecto, un elemento clave para la efectiva representación es el principio de que la confidencialidad de la información intercambiada entre el abogado y el defendido sea protegida, pues este privilegio propicia una comunicación abierta y honesta entre abogados y clientes. Así, para el TEDH, la comunicación confidencial con el abogado está protegida por la Convención, como una importante garantía del derecho de defensa⁷¹⁰.

La importancia que debe atribuirse a la confidencialidad de tales consultas, particularmente que las mismas tengan lugar sin la escucha de terceras personas, deviene de estándares internacionales⁷¹¹; la presencia de alguna persona durante la entrevista del abogado con el detenido puede tener el efecto de inhibir cualquier comunicación de información indebida –en el supuesto que existiera— y, aunque la presencia de un tercero fuera de buena fe, p.e. un policía, es difícil encontrar una razón de peso para justificar la restricción a la confidencialidad de la consulta⁷¹²; aun cuando esta sea de breve duración, es en ella donde el detenido tiene la posibilidad de buscar y recibir el asesoramiento técnico de su abogado⁷¹³.

En efecto, si un abogado no pudiera reunirse en privado con su cliente y recibir de él instrucciones confidenciales, sin vigilancia, su asistencia perdería mucho de su utilidad, y se correría el riesgo de que este derecho se tornara en teórico e ilusorio, al perder su efectividad⁷¹⁴.

Además, teniendo en cuenta los intereses jurídicos que este derecho protege, su importancia como su susceptibilidad son grandes, es así que, para hablar de una injerencia

⁷¹⁰ Vid. SSTEDH *Castravet v. Moldavia*, 23393/05, Sentencia de 13 de marzo de 2007, párr. 49-51, 21; *Campbell v. Reino Unido*, 13590/88, Sentencia de 25 de marzo de 1992, párr. 46; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 133; y la *Recomendación Rec(2006)2*, del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por el Comité el 11 de enero de 2006, específicamente los párrs. 23.1, 23.4 y 23.6.

⁷¹¹ Vid. STEDH *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párrs. 58, 60. Al respecto cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las Reglas Mínimas del Consejo de Europa para el tratamiento de Prisioneros, el Acuerdo Europeo relativo a las personas que participan en procedimientos de la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁷¹² Vid. STEDH *Lanz v. Austria*, 24430/94, Sentencia de 31 de enero, de 2002, párr. 52; *Kempers v. Austria* (dec.), 21842/93, de 27 de febrero de 1997, párr. 1. También sugerimos SPRONKEN Taru, VERMEULEN Gert, et. al., *EU Procedural Rights...*, op. cit., p. 39; MCBRIDE, Jeremy, *Human Rights and criminal procedure...*, op. cit., pp. 13-14.

⁷¹³ Cfr. STEDH *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párrs. 60-63.

⁷¹⁴ Vid. SSTEDH. *S. v. Suiza*, 12629/87, Sentencia de 28 de noviembre 1991, párr. 48; *Campbell v. Reino Unido*, 13590/88, Sentencia de 25 de marzo de 1992, párr. 46

a este elemento del derecho, o sea al privilegio de la confidencialidad en la relación abogado-cliente, no resulta necesario que exista una interceptación real o un espionaje. Al contrario, la simple creencia genuina, basada en indicios razonables, de que la conversación está siendo escuchada puede ser suficiente, desde el punto de vista del TEDH, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar. Tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención⁷¹⁵. Por eso, este elemento del derecho no puede desaparecer, antes al contrario, puede cobrar una particular relevancia en la primera entrevista del detenido⁷¹⁶.

Por lo anterior, creemos que el requisito de la confianza en el derecho a la asistencia letrada de los detenidos, tiene una doble proyección⁷¹⁷; por un lado, dirigida a la libre elección del letrado y, por otro lado, en cuanto a la interacción abogado-detenido, en la confidencialidad o privacidad que exista en el desarrollo de la relación⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Vid. SSTEDH *Castravet v. Moldavia*, 23393/05, Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 50-51; *S. v. Suiza*, 12629/87, de 28 de noviembre 1991, párr. 48.

⁷¹⁶ Tal y como sucedió en STEDH *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párrs. 60-63, donde la primera entrevista del detenido con su abogado fue en presencia de la policía; el TEDH valoró precisamente, que dicha entrevista era la primera ocasión en la que el detenido tenía la posibilidad de buscar consejo legal de su abogado y concluyó que la presencia de un oficial de policía inevitablemente habría impedido al detenido hablar abiertamente con su abogado, dándole razones para dudar antes de abordar cuestiones de potencial importancia para su caso. Aunque tanto el detenido como el abogado fueron advertidos de que no deberían mencionar nombres y de que la entrevista podría ser detenida si algo de lo dicho se percibía como obstáculo para la investigación, el TEDH subrayó que la posibilidad de comunicarse abiertamente con el abogado, reconocido *inter alia*, en el art. 93 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Prisioneros (Consejo de Europa) fue objeto de limitación expresa. También tuvo en cuenta que el detenido había realizado admisiones antes y después de la consulta; para el TEDH es indiscutible que, en ese momento, el detenido tenía la necesidad de consejo legal, además, las respuestas que diera en interrogatorios subsecuentes que se llevarían a cabo en ausencia de su abogado, podrían continuar siendo de potencial importancia para su juicio y podrían inevitablemente perjudicar su defensa. Por todo ello, el TEDH consideró que la presencia de un oficial de policía escuchando la primera entrevista del detenido con su abogado, vulneró el derecho reconocido en el art. 6.3(c) CEDH tomado en relación con el art. 6.1 CEDH.

⁷¹⁷ La confianza respecto a la elección del abogado, entendido el término conforme a su propia nomenclatura «1. Esperanza firme que se tiene de alguien o algo, [...]». Y la confidencialidad, en la forma de efectuarse la asistencia; término que se entiende como cualidad de confidencial «Que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho». Vid. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario.

⁷¹⁸ Vid. STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009, FD Séptimo, 3 y 5. Es importante resaltar que al plasmar estos criterios, el TS refiere que el derecho de defensa se desarrolla sustancialmente a través de la asistencia letrada reconocida ex art. 17 CE para los detenidos, como ex art. 24 CE para los imputados; después se refiere a los «aspectos esenciales para su efectividad», señalando de un lado, la confianza en el letrado, aquella inspirada por las condiciones profesionales y humanas de su Letrado; y de otro lado, la confidencialidad, en cuanto a las relaciones entre el imputado y el letrado, considerándolo un elemento esencial. Para reforzar su consideración acude a

Y en cuanto a este último aspecto sí podríamos señalar que el elemento de confidencialidad puede resultar determinante para la efectividad del derecho, pues la ausencia de confidencialidad en la relación abogado-detenido sí podría incidir en la eficacia del debido asesoramiento, asistencia técnica, ayuda profesional en el momento de la detención, que el TC señala como efectividad de la defensa que mediante la asistencia del art. 17.3 CE se pretende alcanzar, y que no se trastoca con la imposición de abogado de oficio⁷¹⁹.

iii) Presencia e intervención en las diligencias policiales

La asistencia del letrado al detenido durante las diligencias policiales resulta preceptiva a la luz de la Norma Fundamental y, como lo menciona el TC, en la legislación procesal penal –art. 520.2.c LECrim—siguiendo el mandato constitucional también se configura de manera preceptiva para el caso de los detenidos, corresponde designar un «Abogado de oficio cuando no lo hubiesen nombrado por si mismos y lo solicitaren o cuando no tuvieren aptitud legal para hacerlo»⁷²⁰.

Así, señala el TC que la defensa técnica, está configurada como preceptiva desde el mismo instante de la detención y a lo largo de todo el proceso penal⁷²¹. Al respecto cabe preguntar, teniendo en cuenta que durante la detención preventiva se realizarán las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos ¿la presencia e intervención del abogado es preceptiva para todos los actos de investigación realizados durante la detención preventiva? sobre todo teniendo en cuenta que las diligencias policiales son actuaciones que pueden incidir en el posible juicio y condena y, en ese

jurisprudencia europea, a las SSTEDH *Castravet v. Moldavia*, *S. v. Suiza*, *Brennan v. Reino Unido*, que ya hemos citado.

⁷¹⁹ Cfr. STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6, recordando la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁷²⁰ Cfr. STC 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2. Llama la atención que la ley de desarrollo no hace distinciones entre el derecho, se refiere a una sola asistencia letrada de quienes finalmente tienen la condición de sospechosos: detenidos (detención preventiva, 17.2) o presos (prisión provisional, 17.4). Artículo 520 LECrim «2. Toda persona detenida o presa será informada [...] de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: [...] c) Derecho a designar Abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible.» Redacción dada conforme a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, vigente a partir del 1 de noviembre de 2015.

⁷²¹ Vid. STC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4;

sentido, tienen una importancia para la defensa que, como señala el TC «no es necesario ponderar»⁷²².

Sobre esta cuestión podemos derivar de la jurisprudencia del Alto Tribunal, que la presencia del abogado resulta indispensable para la toma de declaración del detenido⁷²³, y también lo es para otras diligencias tales como aquéllas referidas a reconocimientos, reconstrucciones de los hechos⁷²⁴ o la toma de muestras biológicas⁷²⁵.

De la jurisprudencia del TEDH podemos derivar que, es regla general que al sospechoso se le garantice el derecho a la asistencia letrada desde el momento de la custodia policial, el acceso a un abogado debe garantizarse desde el primer interrogatorio policial⁷²⁶. A menos que existan razones imperiosas⁷²⁷, previstas en la ley que permitan que, de manera

⁷²² Vid. STC 74/1987, de 25 de marzo, FJ 3.

⁷²³ En la medida en que puede evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten. Vid. STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.

⁷²⁴ Conforme a los mínimos establecidos por el Derecho de la Unión, si tales actuaciones de investigación están previstas en la legislación nacional, vid. art. 3.3 (c) de la Directiva 2013/48/UE.

⁷²⁵ Tal y como se ha reconocido en la LECrim al transponer la Directiva 2013/48/UE, vid. art. 520.6 (b) y (c) LECrim.

⁷²⁶ En el asunto *Imbrioscia*, la cuestión fue parcialmente abordada debido a que el peticionario haría sido interrogado por la policía sin la presencia de su representante legal, a quien él había designado voluntariamente; sin embargo el TEDH tuvo en cuenta, entre otras cosas, que la legislación cantonal no hacía exigible la presencia del letrado para tal diligencia y además posteriormente el peticionario tuvo la debida asistencia a lo largo del resto de procedimientos; sin embargo, en su opinión disidente, el Juez De Meyer, recordando el conocido Juicio Miranda (13 de junio de 1966, Corte Suprema de los Estados Unidos de América) señaló que no puede existir ningún interrogatorio si la persona afectada indica que desea consultar con su abogado antes de hablar o sí, estando sola, manifiesta que no desea ser interrogado; ambos principios claramente definidos pertenecen a la esencia más prístina del debido proceso. En similar sentido el Juez Lopes Rocha recordó que el disfrute del derecho a la asistencia letrada está indudablemente justificado, especialmente en las etapas iniciales del procedimiento, cuando el imputado tiene que enfrentarse a las autoridades investigadoras en términos desiguales, y el hecho de que éste cuente con la asistencia de un especialista legal en los subsecuentes interrogatorios no puede subsanar de manera efectiva este defecto. Ciertamente, en el juicio el acusado tiene el derecho de refutar la evidencia obtenida, incluyendo cualquier confesión que haya podido haber hecho, sin embargo, la experiencia demuestra que en esta etapa del procedimiento ese derecho es frecuentemente insuficiente para revertir opiniones formadas sobre la base de declaraciones hechas en ausencia de un abogado. vid. STEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, párr. 36 y las opiniones disidentes de los Jueces De Meyer y Lopes Rocha. Ahora bien, en otras sentencias del TEDH como *Salduz* (2008), *Dayanan* (2009), *Şaman* (2011) todas contra Turquía o *Panovits v. Chipre* (2008), podemos apreciar el imperativo de la presencia del letrado durante la detención preventiva, al menos durante el interrogatorio policial.

⁷²⁷ Para el TEDH, el criterio de las razones imperiosas para restringir —aplazando— la asistencia letrada debe ser muy estricto, teniendo en cuenta la naturaleza fundamental y la importancia de un pronto acceso a la asistencia letrada, especialmente en el primer interrogatorio del detenido. Las restricciones a la asistencia letrada pueden permitirse: 1) en circunstancias excepcionales, 2) si éstas son de naturaleza temporal; 3) están basadas en la valoración individual de las circunstancias particulares de cada caso; 4) Si tienen una previsión legal, esto es, si la decisión de restringir tiene base en el derecho nacional, y si el alcance y contenido de las restricciones están suficientemente circunscritos por la ley, para orientar la toma de decisión de los responsables de aplicarlas; 5) Existencia de una necesidad urgente de evitar graves

excepcional y temporal, se restrinja el acceso y presencia del abogado; siendo posible que se practique alguna diligencia, como la toma de declaración, sin la presencia de letrado. Para el TEDH, la cuestión será determinar si, a la luz de todas las circunstancias del caso, las diligencias practicadas sin la asistencia de letrado durante la detención preventiva, tienen un impacto tal en el procedimiento que puedan considerarse afectados de manera irremediable los derechos de defensa y por tanto, socavada la equidad global del procedimiento, lo cual puede ocurrir si durante la custodia policial se realizan declaraciones autoincriminatorias sin la asistencia de abogado y éstas son la base central o principal de la condena, o si no existen en el ordenamiento vías de recurso para impugnar la validez de tales declaraciones y su empleo en cuanto al juicio y condena⁷²⁸.

f. Titularidad

Será titular de este derecho cualquier persona que se encuentre privada de su libertad en dependencias policiales con motivo de la detención contemplada en el art. 17.2 CE; esto es, quien es provisionalmente privado de su libertad por razón de las investigaciones relativas a determinar su posible participación en un hecho delictivo, dentro del margen de temporalidad constitucionalmente previsto. En efecto, a la luz del art. 17.3 CE, la condición de detenido preventivo hace que resulte constitucional y legalmente precisa la asistencia de letrado.⁷²⁹.

Y no puede ser de otra manera pues la condición de detenido preventivo, sobre quien existen indicios de responsabilidad criminal, demanda que pueda contar con todo el rango de servicios específicamente asociados con la asistencia legal; esto es, los aspectos fundamentales de la defensa: apoyo moral, discusión del caso, preparación de interrogatorios, comprobación de las condiciones de detención, comprobación del

consecuencias adversas para la vida, la libertad, la integridad física –valores protegidos en los arts. 2, 3 y 5 CEDH— en un caso determinado. Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH aclara que, por ejemplo, una afirmación no especificada de un riesgo de fuga, no podría considerarse como una razón imperiosa para restringir la asistencia letrada. *Vid.* STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 258-259.

⁷²⁸ *Vid.* SSTEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr.82; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 258- 274.

⁷²⁹ *Cfr.* ATC 38/2004, de 9 de febrero, FJ 2. Como el TC lo ha señalado, agregando como fundamento los arts. 118 y 520 LECrim

respeto de los derechos , asesoramiento técnico, recolección de material probatorio que pueda resultar favorable, planeación y organización de una futura defensa⁷³⁰

g. Ejercicio y Límites

Indudablemente el derecho a la asistencia letrada de los detenidos durante las diligencias policiales es un imperativo constitucional y convencional, pero también es indudable que la Norma Fundamental impuso al legislador la obligación de desarrollar el ejercicio del mismo en una ley, para lo cual el legislador debería de tener en cuenta los elementos esenciales de este derecho pues la atribución constitucionalmente dada para desarrollar el ejercicio del derecho y establecer las limitaciones que considere pertinentes no es una carta en blanco⁷³¹.

Así las cosas, aunque el derecho esté reconocido constitucionalmente, su ejercicio precisa de un desarrollo legislativo, sin embargo, aun sin entrar a analizar⁷³² tal legislación, es posible desprender de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, y del TEDH, las formalidades y procedimientos necesarios para que este derecho sea efectivo.

i) El ejercicio del acceso al Abogado por parte de los detenidos

Como habíamos señalado, en principio deberá primar la designación voluntaria del abogado sobre la asignación de oficio. Esta primacía ha sido abordada por el TC «en el proceso penal el órgano judicial habrá de proceder a nombrar al imputado o acusado o

⁷³⁰ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5, y Voto particular disidente formulado por el Magdo. Carlos de la Vega Benayas, al que se adhiere el Magdo. Luis Díez-Picazo y Ponce de León; SSTEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 108; *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009, párr. 32; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54, entre muchas otras. En similar sentido, GRIMA LIZANDRA refiere las facultades que debería implicar la defensa del detenido-imputado –por la policía–: con un carácter esencial, el derecho de rebatir, que se concreta en los derechos de declarar, proponer diligencias e intervenir en todas las que se practique; y con un carácter instrumental, el derecho de preparar eficazmente las alegaciones y las pruebas, lo que implica conocer los elementos materiales de cargo y comunicarse con un abogado para recibir asesoramiento práctico y jurídico. Vid. GRIMA LIZANDRA, Vicente, *op. cit.* p. 34.

⁷³¹ En similar sentido, el CEDH no especifica la forma en que ha de ejercerse el derecho, dejando a los Estados parte la opción de elegir los medios que consideren adecuados para asegurar el derecho dentro de su sistema judicial, y corresponderá al TEDH determinar si las medidas elegidas por el Estado en cuestión se adecuan a las exigencias del proceso equitativo que derivan del art. 6 CEDH, teniendo en cuenta que el Convenio ha sido diseñado para garantizar derechos que resulten prácticos y efectivos y no teóricos e ilusorios. Vid. SSTEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 135; *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 66.

⁷³² Con mayor detenimiento analizamos algunas restricciones al ejercicio de este derecho en el capítulo IV, al abordar la incidencia de la incomunicación en la detención ex art. 520 *bis* LECrim.

condenado un Letrado del turno de oficio tan sólo en los casos en los que, siendo preceptiva su asistencia, aquél, pese a haber sido requerido para ello, no hubiese designado Letrado de su elección o pidiese expresamente el nombramiento de uno de oficio, así como en los supuestos en que, siendo o no preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite al órgano judicial o éste estime necesaria su intervención»⁷³³ o lo establezca la ley.

Sin embargo, el Derecho a la asistencia letrada puede verse limitado en el ejercicio de la posibilidad de designar letrado de libre elección en aras de proteger otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando esas limitaciones no se traduzcan en una vulneración del derecho a la asistencia letrada, y ello sólo puede ser cuando queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho⁷³⁴, es decir, su contenido esencial.

Por tanto, pueden existir circunstancias excepcionales que permitan su restricción, siempre y cuando estén previstas en la ley y su aplicación sea proporcional al fin constitucionalmente lícito que persigan; a la luz de ello en ciertos casos, el nombramiento del abogado se hace a través de una asignación del Abogado de oficio, al margen de la voluntad del titular del derecho. Esta limitación, que no debiera ser la regla sino la excepción, es constitucionalmente permitida⁷³⁵.

Así pues, para el Tribunal Constitucional, la privación de la posibilidad de elegir libremente al Abogado que asista al detenido en las diligencias policiales de investigación, aparejada del consiguiente nombramiento imperativo de oficio «constituye una indudable restricción del derecho» que no puede ser impuesta al libre arbitrio del legislador, ésta, como el resto de limitaciones de derechos fundamentales, requiere estar prevista en la ley, tener una temporalidad limitada, respetar el contenido esencial del derecho y además resultar razonable y proporcionada en atención al fin que persiga⁷³⁶. Pero hay que insistir,

⁷³³ Vid. SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 5.; 130/2001, de 4 junio, FJ 3. Carácter preferente que de manera expresa parece reconocer el TEDH al destacar la importancia de que durante la etapa de investigación el detenido sospechoso tenga la posibilidad de contar con el recurso de la asistencia letrada de su propia elección, *vid.* STEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 78, 108, Opinión conjunta concurrente de los Jueces Kalaydjieva, Pinto de Albuquerque y Turković, párr. 2.

⁷³⁴ *Cfr.* STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3.

⁷³⁵ Vid. SSTC 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 7; 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 7.

⁷³⁶ *Cfr.* STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6.

la imposibilidad de elegir al abogado no puede aparejar la ausencia total de letrado, lo que implica es que seguida a la negación de la designación de abogado, se proceda a la asignación de un Abogado de oficio que asista al detenido⁷³⁷.

En ese sentido, vemos que la restricción incide directamente en la voluntad individual de la elección del letrado afectando, en consecuencia, a una característica específica de la asistencia letrada: la confianza. El TC como el TEDH han valorado el requisito de la confianza como una característica importante del ejercicio de este derecho, sin que la misma alcance un carácter esencial del derecho o tenga un carácter absoluto⁷³⁸.

Nosotros creemos que la valoración de la confianza no puede radicar en la diferencia de las complejidades propias de un proceso frente a las de la detención, y ello así por dos razones; primero, porque durante un proceso penal también puede restringirse la designación voluntaria del abogado⁷³⁹ viéndose por tanto igualmente afectada la confianza. Y segundo, porque como mencionamos anteriormente, la asistencia letrada durante la detención preventiva es un derecho que garantiza varios bienes constitucionalmente protegidos –libertad, defensa e integridad— por tanto su importancia no es menor, aun en una etapa de poca complejidad.

En cuanto a lo segundo, además, recordamos lo sostenido por los Magdos. Begué Cantón, Latorre Segura y Leguina Villa cuando referían, que aun reconociendo que la asistencia letrada al detenido puede ser menos compleja que aquella que debe prestarse a un procesado penalmente, no puede entenderse como que al detenido le sea indiferente ser

⁷³⁷ Tal y como sucedió, p.e. en la STC 46/1988, de 21 de marzo, FJ 6, donde la designación del abogado de oficio solo tuvo lugar mientras duró la medida de incomunicación de los detenidos. El Alto Tribunal consideró que la previsión legal que prevía la imposición de un abogado de oficio al detenido –anterior art. 527 a) LECrim—, es una medida de las que el legislador puede establecer en el ejercicio de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada previsto en el art. 17.3 CE; *vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6, en similar sentido STC 60/1988, de 8 de abril, FJ 3.

⁷³⁸ *Vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; SSTDH *Croissant v. Alemania*, 13611/88, Sentencia de 25 de septiembre de 1992, párr. 29; *Mayzit v. Rusia*, 63378/00, Sentencia de 20 de enero de 2005, párr. 66; *Martin v. Estonia*, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013, párr. 90; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 79, el TEDH señala que este aspecto del derecho necesariamente estará sujeto a ciertas limitaciones, p.e. en cuanto concierne a la asistencia legal gratuita y también cuando corresponda a los Tribunales –y, agregaríamos, otras autoridades—decidir que, los intereses de la justicia requieren que la persona sea defendida por un abogado designado, si ello está avalado en razones pertinentes y suficientes, previstas legalmente y además, atendiendo a las circunstancias del caso.

⁷³⁹ Piénsese por ejemplo en el supuesto de incomunicación durante la prisión provisional (arts. 527, 509 LECrim).

asistido por cualquier Abogado o que tenga que confiar en el letrado que el turno de oficio le asigne⁷⁴⁰.

A nuestro parecer, la confianza no puede asumirse como una característica indispensable para el ejercicio del derecho, porque entonces difícilmente podría entenderse la efectividad de la asistencia letrada cuando ésta se brinda de oficio porque así lo solicite un detenido. Por eso entendemos que indudablemente es un elemento que optimiza el ejercicio del derecho, pero su ausencia no desnaturaliza el derecho; si así fuera no estaría previsto constitucional y convencionalmente la obligación de proveer asistencia letrada de oficio al detenido, pues al ser esta última una relación abogado-detenido que comienza sin el elemento confianza, podría entenderse como inefectiva en su origen.

Por lo anterior, creemos, como lo señalaron los magistrados, que difícilmente puede afirmarse que la asistencia técnica, apoyo moral y ayuda profesional durante la detención pueda lograrse de igual modo con el abogado de oficio que con aquél que goza de la confianza del detenido⁷⁴¹, pero también creemos que la confianza, la cual puede caracterizar de manera genérica a cualquier asistencia letrada de oficio –sea por decisión del detenido o por restricción del derecho—, no afecta la efectividad del derecho al grado de hacerlo desaparecer⁷⁴².

⁷⁴⁰ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, Voto particular que formulan los Magdos. Gloria Begué Cantón, Ángel Latorre Segura y Jesús Leguina Villa.

⁷⁴¹ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, Voto particular que formulan los Magdos. Gloria Begué Cantón, Ángel Latorre Segura y Jesús Leguina Villa.

⁷⁴² En ese sentido, el TEDH ha señalado que, en abstracto, el hecho de que un sospechoso reciba asistencia de un abogado cualificado, obligado por la ética profesional, en lugar del abogado que voluntariamente se quería designar, no es en sí mismo suficiente para demostrar que la imparcialidad general del procedimiento se ha visto comprometida; ello, sujeto a la salvedad de que no haya evidencia de una manifiesta incompetencia o parcialidad. Ahora bien, cuando se deniegue la posibilidad de elección de abogado, además de valorarse la existencia de los motivos pertinentes y suficientes para la restricción, debe valorarse si, a la luz del procedimiento como un todo, los derechos de defensa se vieron negativamente comprometidos, al punto de socavar la imparcialidad general del procedimiento. Para tal valoración se tomarán en cuenta las circunstancias particulares del caso y una serie de factores como la naturaleza del procedimiento, los criterios profesionales, circunstancias que rodean la designación del abogado y la posibilidad de impugnarlo, la efectividad de la asistencia y el privilegio contra la autoincriminación, el uso y valor que se da a las declaraciones y actuaciones realizadas durante la restricción. Además, también hay que tomar en cuenta la actitud de las autoridades policiales para garantizar o evitar que el afectado tenga acceso a la asistencia letrada de libre elección y a las consecuencias que tal conducta puede tener en el subsecuente procedimiento. En cuanto a esto último, p.e. en el asunto *Dvorski*, el Tribunal consideró que la consecuencia objetiva de la conducta de la policía para evitar que el abogado elegido –por el peticionario y su familia— fuera quien le asistiese, ocultándole incluso que dicho abogado se habría personado en la comisaría y, teniendo en cuenta el significativo «impacto probable» de la confesión de los delitos atribuidos, realizada en

ii) El ejercicio de la Asistencia técnica letrada al detenido

Anteriormente habíamos señalado que, tratándose de la asistencia letrada a los detenidos, en ocasiones parece que el TC para realizar su análisis, parte de la legislación de desarrollo y no de la propia Norma Fundamental, así cuando se refirió a la finalidad de ésta en la STC 196/1987⁷⁴³. Ello quizá porque el mandato constitucional es que el legislador desarrolle el ejercicio del derecho.

Sin embargo, creemos que en un Estado democrático de Derecho comprometido constitucionalmente –art 10.2 CE– con el contenido de los instrumentos de Derechos Fundamentales –CEDH, CDFUE, PIDCP– no puede aceptarse que una ley de desarrollo sea la que mida el alcance de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y convencionalmente reforzado; al contrario, los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos deben de ser el parámetro de validez de la ley; y ello adquiere especial relevancia cuando hablamos de una legislación que, con todo y sus modificaciones, vio la luz hace más de 100 años⁷⁴⁴.

Lo anterior cobra sentido cuando nos referimos a la comunicación del detenido con el abogado, pues el TC, teniendo en cuenta el artículo de la ley procesal penal que establecía el contenido del derecho a la asistencia letrada de los detenidos⁷⁴⁵, desarrollando el art. 17.3 CE, señaló que ésta consistía, entre otras cosas, «en la celebración de una entrevista reservada entre el Abogado y el detenido 'al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido'» y no con anterioridad a ésta⁷⁴⁶ entendiendo que la necesidad de

custodia policial sin asistencia del abogado libremente elegido, en el posterior proceso penal, consideró violado el derecho del art. 6.1 y del art. 6.3 (c) del CEDH. *Vid.* SSTEDH *Martin v. Estonia*, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013, párrs. 90-97; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párrs. 81-82, 111-113.

⁷⁴³ *Vid.* Apartado B.4 de este capítulo, final del epígrafe 4.c. Función, citando la STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5, donde el TC señaló que «en el supuesto de detención en primeras diligencias policiales, constitutiva de una situación jurídica en la que la intervención del Letrado responde a la finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de [...]».

⁷⁴⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al Real decreto de 14 de septiembre de 1882, Gaceta de 17 de septiembre de 1882, en vigor desde el 07 de octubre de 1882. Para una crítica sobre el peso que se ha dado a la tradición legislativa y a cuestiones disciplinadas en la LECrim, concernientes a derechos fundamentales, *vid.* Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica*, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, 12 de enero de 2015, pp. 53- 54

⁷⁴⁵ Artículo 520.6 LECrim

⁷⁴⁶ *Cfr.* ATC 23/2006, de 30 de enero, FJ 1.

entrevistarse de manera previa a la declaración no podría ser considerado como parte del contenido esencial del derecho⁷⁴⁷.

En efecto, para el Alto Tribunal al analizar lo dispuesto por el art. 520.6(c) LECrim señaló que dicho texto era bastante claro: la entrevista reservada con el abogado debía ser posterior a la declaración, y al respecto no cabía una interpretación en el sentido de que la entrevista pudiera ser previa pues tal interpretación no solo iría más allá de lo que establecía el precepto, sino que además sería contraria a lo que el mismo disponía⁷⁴⁸.

En opinión del TC, al analizar dicho artículo, no era posible sostener que la necesidad de una entrevista reservada entre el detenido y su abogado de manera previa a la toma de

⁷⁴⁷ Cfr. *Idem*, FJ 2

⁷⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, FJ 2. En efecto, para el TC la interpretación que de ese precepto sugería el recurrente iba más allá y resultaba contraria a lo entonces establecido por el art. 520.6 c); como se aprecia en los antecedentes de hecho número 2, la interpretación sugerida por el recurrente era que el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada del detenido «incluye el derecho a una entrevista reservada con su Abogado antes de cualquier interrogatorio o declaración, pues sólo así podría recibir de dicho profesional el debido asesoramiento acerca de su interrogatorio.» Consideraba que esa conclusión puede alcanzarse en aplicación de lo dispuesto en el art. 6.3 CEDH que conforme a la jurisprudencia del TEDH ha sido interpretado en el sentido de que «el término 'acusado' utilizado en el citado precepto del Convenio recibe en esa jurisprudencia una interpretación laxa al hacerse equivalente en ellas el concepto de 'acusación' a la 'notificación oficial, proveniente de la autoridad competente del reproche de haber cometido una infracción penal', lo que el demandante de amparo considera que sucede cuando un particular es detenido por la Policía». Además, señalaba que la necesidad de una entrevista entre el detenido y el abogado constituía una exigencia para un eficaz ejercicio del derecho a la defensa, de no celebrarse el Abogado no podría conocer la versión de los hechos del detenido ni ponderar debidamente si le conviene o no declarar, ni aconsejarle de manera eficaz en las respuestas que puede dar al interrogatorio ni establecer líneas de defensa en descargo de la imputación policial. En ese orden de ideas, sugería que el art. 520.6 c), no debía ser interpretado como excluyente de la posibilidad de que se celebre una entrevista previa entre el detenido y su Abogado, pues tal interpretación resultaría lesiva de derecho a la asistencia letrada en tanto que limitativa de uno de los elementos de su contenido esencial y además, si se asumiera tal interpretación, se establecería una diferencia de trato que no tiene justificación constitucional, entre las diligencias policiales y las judiciales, ya que en las últimas –por mandato del art. 775.2 LECrim— se permite la celebración de una entrevista reservada entre el imputado y su Abogado de manera previa y de manera posterior a la declaración; por ello señalaba que solo una interpretación del art. 520.6 c) LECrim no excluyente de la posibilidad de entrevista previa sería conforme a la Constitución. El artículo citado de la ley procesal establecía: «Artículo 775. En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario le informará de sus derechos [...] Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527.» Actualmente, tras la modificación realizada por LO 13/2015, el artículo en cuestión señala que: «Artículo 775. En la primera comparecencia el Juez informará al investigado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario judicial le informará de sus derechos, en particular de los enumerados en el apartado 1 del artículo 118, [...]. Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del artículo 527». Nosotros, teniendo en cuenta la interpretación que del derecho a la asistencia letrada de los detenidos ha hecho el TEDH, coincidimos con la interpretación planteada por la representación del demandante de amparo.

declaración en sede policial, formara parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada pues, recordando lo sostenido por el Ministerio Fiscal, tanto la legislación de desarrollo acerca de la posibilidad de una entrevista reservada posterior como «la exigencia de asistencia letrada al detenido al tiempo de prestar declaración en sede policial, con absoluta libertad del Letrado para intervenir en la práctica de dicha diligencia cuidando de que sean respetados en su integridad los derechos de su defendido, haciendo las observaciones que juzgara oportunas y denunciando ante las autoridades judiciales competentes aquellos comportamientos policiales que, en su caso, pudieran resultar lesivos de tales derechos, constituyen prevenciones que respetan escrupulosamente el contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 17.3 CE, sin que pueda considerarse que la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre el detenido y su Abogado afecte a dicho contenido esencial» En definitiva, constituyen garantías susceptibles de efectivo cumplimiento sin la necesidad de la celebración de una entrevista previa pues, en el curso de la declaración, el detenido, quien todavía no es acusado en el sentido del art. 6.3 CEDH, puede contar con el debido asesoramiento técnico al celebrarse la misma bajo la garantía de contradicción⁷⁴⁹.

⁷⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, FJ 2, ANT. 4. En efecto, el dicho del Alto Tribunal se apoyó en lo argumentado por el Ministerio Fiscal, quien como se aprecia en el Antecedente 4 del Auto, señaló que el art. 17.3 CE deja en las manos del legislador la regulación del derecho a la asistencia letrada y éste, en ejercicio de tal mandato, lo había regulado como se sabe: «únicamente contempla la posibilidad de una entrevista reservada entre el detenido y su Abogado 'al término de la práctica de la diligencia en que hubiera intervenido'», por eso el Fiscal opina que tal previsión, así como «una asistencia coetánea al detenido al tiempo de prestar declaración en sede policial y la absoluta libertad del Letrado para intervenir en la práctica de dicha diligencia, cuidando de que sean respetados en su integridad los derechos de su defendido, haciendo las observaciones que juzgara oportunas y denunciando ante las autoridades judiciales competentes aquellos comportamientos policiales que, en su caso, pudieran resultar lesivos de tales derechos, constituyen prevenciones que respetan escrupulosamente el contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido, sin que la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre este último y su Abogado afecte a dicho núcleo esencial, viniendo justificada, por otra parte, por la necesidad de mantener un cierto ámbito de autonomía en el desarrollo de las iniciales pesquisas policiales a fin de que no pueda perjudicarse su buena marcha en prosecución del legítimo derecho de la sociedad a la persecución de los delitos». Al respecto, llama nuestra atención que, al parecer, el TC solo se concretó a validar o repetir lo que dice la ley procesal penal y de manera casi literal, lo que sostuvo el Ministerio Fiscal, omitiendo cualquier mención al criterio de interpretación establecido en el art. 10.2 CE, sobre todo teniendo en cuenta que en la demanda de amparo se sugería una interpretación del art. 17.3 CE a la luz de la jurisprudencia del TEDH –art. 6 CEDH—. Ciertamente la CE le dio un mandato al legislador, y éste en cumplimiento, desarrolló el derecho como creyó más conveniente; pero si el contenido dado vía legislativa deja de ajustarse a la interpretación que actualmente tiene el derecho, sorprende que el intérprete de la Constitución en un caso como éste se limite a parafrasear lo sostenido por otra autoridad remitiéndose a un criterio establecido hace casi 30 años –STC 196/1987–, o se refiera a conceptos como el de acusado en el sentido del art. 6.3 CEDH, y sostenga que el mismo no era aplicable para el recurrente –detenido por su presunta participación en un delito de homicidio y otro de lesiones–; basta

Al respecto creemos que hay que reflexionar, la asistencia letrada al detenido realmente se satisface con la asistencia⁷⁵⁰, entendida como presencia, del abogado cuando el detenido preste declaración en sede policial, porque si éste lo considera pertinente puede intervenir cuando considere que los derechos de aquél no son respetados ¿Realmente es ese el sentido de una garantía amplia y generosa que en favor de los detenidos contempla la Constitución? O, por el contrario, debe entenderse como asistencia, ayuda, asesoría jurídica teniendo en cuenta que parte de la finalidad del derecho a la asistencia letrada del 17.3 CE es prestar «el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar durante los interrogatorios, incluida la de guardar silencio»⁷⁵¹, creemos que la asistencia letrada del art. 17.3 CE, interpretada conforme a la jurisprudencia del TEDH –art. 6.3 (c) CEDH— se debe entender en el segundo sentido sugerido⁷⁵². Y, en ese hilo de razonamiento cabe cuestionar ¿cómo dará asesoramiento técnico el letrado, sobre la conducta a observar en los interrogatorios, si no es a través de la entrevista previa con el detenido? Sobre todo si tenemos en cuenta que en ocasiones, tras la toma de declaración del detenido, se cierra el atestado y el detenido pasa a disposición judicial ¿podría hablarse de una asistencia letrada efectiva durante la detención?

En ese sentido apelamos al criterio del TEDH cuando señala que, la mera asignación de abogado no asegura una asistencia efectiva, para que ésta sea tal, es necesario que el abogado efectivamente asista a su defendido y que ejerza de modo efectivo la defensa; de otra forma, se trataría únicamente de un derecho teórico e ilusorio, más no efectivo en la práctica⁷⁵³.

El propio TC, citando al TEDH ha recordado que el art. 6.3(c) CEDH no habla de nombramientos, sino de una asistencia, «expresión por cierto idéntica a la de nuestro art.

leer las sentencias del TEDH citadas a lo largo de este apartado –p.e. SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza* (1993); *Magee* (2000) y *Brennan* (2001), ambas *v. Reino Unido*, anteriores a esta resolución del TC— para apreciar que el derecho a la asistencia letrada previsto en el art. 6 CEDH que prevé el término acusado, alcanza a quienes son detenidos por la existencia de unos indicios racionales de la comisión de un delito, como era el caso del demandante, su detención obedecía a su supuesta implicación en un delito de homicidio y en otro de lesiones.

⁷⁵⁰ La «Asistencia», bien puede entenderse solamente como la «1. Acción de estar o hallarse presente.»; pero también es la «3. Acción de prestar socorro, favor o ayuda.» *Vid.* Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario.

⁷⁵¹ STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

⁷⁵² En ese sentido sugerimos a Grima Lizandra y a Esteban y López Guerra, *vid. supra* nota 707.

⁷⁵³ *Cfr.* STEDH *Artico v. Italia*, 6694/74, Sentencia de 13 de 1980, párr. 33.

24.2 C.E.»⁷⁵⁴ y agregaríamos, también a la de nuestro art. 17.3 CE; expresión de la cual se infiere que lo que el CEDH dispone es que el acusado –y el detenido, como el TEDH lo ha dejado claro⁷⁵⁵—goce de un asesoramiento técnico efectivo. Dicho ello se debe recordar también que el art. 24.2 CE habla de «derecho de defensa y asistencia letrada» mientras que el art. 17.3 CE solo lo hace de la «asistencia letrada». Ahora bien, si de ello pueden desprenderse elementos diferenciados entre ambas situaciones, lo que no se puede obviar es que la asistencia letrada en ambos casos debe ser real y efectiva.

Por último a este respecto, hay que hacer notar que el TEDH, atendiendo a las características especiales de los procedimientos involucrados y de las circunstancias del caso, considera que el derecho a la asistencia letrada puede ser objeto de restricciones por una razón debidamente justificada⁷⁵⁶, así ha reconocido que durante la detención se deniegue la elección de abogado⁷⁵⁷ o que se retrase la entrevista del detenido con su abogado⁷⁵⁸, pero no parece que haya reconocido que tal entrevista o el acceso a la

⁷⁵⁴ Cfr. STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6, recordando el caso Artico.

⁷⁵⁵ Vid. *supra* epígrafes b. Estructura y c. Función de este apartado B.4 Derecho a la Asistencia Letrada, así como la jurisprudencia del TEDH citada en los mismos, especialmente los asuntos *Salduz v. Turquía* [GS] y *Dvorski v. Croacia* [GS], constantemente referidos.

⁷⁵⁶ Y será en cada caso que se determine si la restricción se encuentra justificada y además, si a la luz del procedimiento en su conjunto no se ha privado al afectado de un juicio justo, pues incluso una restricción justificada es capaz de tal efecto en ciertas circunstancias. Vid. SSTEDH, *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 67; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 52; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 63; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párr. 45.

⁷⁵⁷ Como ocurrió los casos *Dvorski* o *Croissant*, que hemos aludido con frecuencia a lo largo de este apartado.

⁷⁵⁸ Señala el Tribunal que desde hace tiempo ha sido reconocido que existe un margen para que el acceso a la asistencia letrada pueda ser, excepcionalmente, «retrasado». Vid. SSTEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 256; recordando entre otros, sus SS *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párrs. 64-66; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párrs. 41, 43-46, y *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párrs. 54-55, 58-63. En el primer caso, se restringió el acceso a un abogado durante las primeras 48 hrs. de detención, como parte de la legislación de emergencia que aplicaba en su caso, sobre la base de que la policía tenía motivos suficientes para considerar que el acceso a un abogado podría, *inter alia*, interferir en la obtención de información acerca de los delitos que se investigaban; el TEDH aun reconociendo que la restricción del acceso al abogado pudiera resultar del ejercicio legítimo de poder estatal, en ciertas circunstancias, podía traducirse en una restricción a un proceso equitativo en perjuicio del sospechoso. Así, teniendo en cuenta que al detenido le fue restringido el acceso a un abogado durante las primeras 48 hrs. de detención e investigación policial, independientemente de la justificación que a ello pretendía darse, resultó incompatible con los derechos del sospechoso detenido a la luz del art. 6 CEDH. En el segundo caso, el Tribunal consideró vulnerado el art. 6.1 CEDH tomando en conjunto con el art. 6.3(C) CEDH en cuanto a la denegación de asistencia letrada, porque el detenido permaneció incomunicado por un periodo de 48 horas, durante el cual fue objeto de varios largos interrogatorios por la policía sin que antes le fuera permitido ver a su abogado, al finalizar el séptimo de éstos, firmó una confesión y tras ello, finalmente tuvo la posibilidad de consultar a su abogado. Tales

asistencia letrada de manera total pueda suspenderse durante la etapa policial⁷⁵⁹, el detenido deberá tener la posibilidad de entrevistarse con su abogado antes de pasar a disposición judicial.

actuaciones, se convirtieron en la plataforma central de la investigación y la base de su condena. En el tercer caso, al demandante le fue restringido el acceso a un abogado durante las primeras 24 hrs. y cuando fue entrevistado por la policía dentro de ese periodo, no hizo ninguna declaración que resultara incriminatoria; así que, en cuanto al aplazamiento de la entrevista con el abogado, el TEDH no encontró violación al derecho a la asistencia letrada; suerte distinta tuvo la cuestión relativa a la presencia de un oficial de policía durante la entrevista del detenido con su abogado, tanto porque la entrevista era visual y auditivamente asequible para el oficial de policía como por el hecho de que dicha entrevista fue el primer encuentro del detenido con su abogado tras levantarse la restricción al aplazamiento del acceso a la asistencia letrada.

⁷⁵⁹ Como ejemplos, las SSTEDH: 1) *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párrs. 43-46; el Tribunal consideró que la situación de incomunicación del peticionario, es decir, su confinamiento solitario y exclusión de contacto con el mundo exterior –salvo el contacto con el médico– durante la detención policial (casi 48 hrs) estaban dirigidos a ser psicológicamente coercitivos y conducirlo a quebrantar cualquier decisión de guardar silencio que hubiera podido manifestar al inicio de su detención; y señaló que, como una cuestión de equidad procesal, el peticionario debió haber tenido acceso a un abogado en las etapas iniciales de los interrogatorios como un contrapeso a la atmósfera intimidatoria concebida específicamente a debilitar su voluntad y hacerle confesar a sus interrogadores. Y señaló que denegar el acceso a un abogado por un periodo tan prolongado (48 horas) en una situación donde los derechos de defensa fueron irreversiblemente perjudicados fue, cualquiera que sea la justificación del estado, incompatible con los derechos derivados del art. 6 CEDH. Ello independientemente de que no hubiera evidencia de malos tratos y aun cuando su confesión hubiera sido voluntaria, pues tomo en consideración que las declaraciones incriminatorias que hizo el peticionario, las hizo sin contar con asistencia legal y fueron la plataforma central de la acusación en su contra. 2) *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párrs. 66, 67, 77; el Tribunal señaló, en cuanto a la queja relativa a la falta de asistencia legal en la etapa prejudicial del procedimiento, que el concepto de equidad consagrado en el art. 6 exige que un acusado tenga el beneficio de la asistencia de un abogado ya en la etapa inicial del interrogatorio policial. La falta de asistencia legal durante el interrogatorio del peticionario constituiría una restricción a sus derechos de defensa, en ausencia de razones imperiosas que no perjudiquen la equidad general del procedimiento. Además, no hay que perder de vista que, en este caso, al momento de ocurrir los hechos, el peticionario era menor de edad. Por estas circunstancias, *inter alia*, la Corte concluyó que existió violación del art. 6.3(c) en conjunción con el art. 6.1 CEDH por la ausencia de asistencia legal del peticionario en la etapa inicial del interrogatorio policial. 3) *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párrs. 7-9 (relato de hechos) y 70, 76, 78, 80, 81, 84-86; la persona no contó con asistencia letrada durante los primeros días de custodia policial, pese a haber indicado que quería que le representara un abogado –incluso proporcionando sus datos–, tampoco se le dio razón justificando tal ausencia; durante ese lapso, fueron practicados diversas diligencias de investigación –interrogatorios y un experimento de investigación a cargo de la fiscalía–, en donde el detenido realizó declaraciones autoincriminatorias respecto a los hechos delictivos que motivaran su detención y también, respecto a otros delitos de gravedad. El Estado pretendió justificar que las autoridades investigadoras habrían quedado eximidas de su obligación de proporcionar asistencia letrada al detenido, enfatizando que, al menos antes del primer interrogatorio, le había sido notificado su derecho constitucional a no hacer declaraciones autoincriminatorias; por tanto, consideraba que la decisión del detenido de confesar a la autoridad investigadora su culpabilidad, constituía una renuncia implícita de su derecho a abogado. Ante ello, el TEDH subrayó que el derecho a abogado, siendo un derecho fundamental entre aquéllos que constituyen la noción de un juicio justo y aseguran la efectividad del resto de garantías previstas en el art. 6 CEDH, es un claro ejemplo de aquellos derechos que requieren la protección especial del estándar de renuncia «consciente e informada». Así que, aunque no pueda descartarse que, tras haber sido informado de sus derechos, un acusado pueda, válidamente, renunciar a sus derechos y responder al interrogatorio; también se subraya que deben proporcionarse garantías adicionales cuando el acusado solicita un abogado; si un acusado no tiene abogado, tiene menos

En cambio, conforme al criterio previamente referido del TC, parece que se aceptó, al analizar el anterior texto de la Ley de desarrollo⁷⁶⁰, que la entrevista reservada con el abogado fuera aplazada como forma normal de ejercicio del derecho, al menos aplazada al momento posterior al primer interrogatorio policial. Por el contrario, el TC aceptó como válido que los detenidos incomunicados no tenían derecho a esa entrevista reservada con el abogado. Criterio que lastimosamente se mantiene en la nueva ley⁷⁶¹ originando con ello, tal como venimos señalando, que la Asistencia Letrada para los detenidos

oportunidad de ser informado de sus derechos y, en consecuencia, menor posibilidad de que éstos sean respetados. El TEDH destaca que el derecho penal –sustantivo y adjetivo– y los procedimientos penales son una cuestión técnica y compleja que frecuentemente es incomprensible para personas legas; además, prácticamente en cada etapa del proceso penal tienen que tomarse decisiones y una decisión errónea puede causar un daño irreparable. Por ello, con la finalidad de valorar las consecuencias de tales decisiones, generalmente es necesario un conocimiento fiable del derecho y de la práctica. De tal suerte que, ante la ausencia de asistencia de un abogado, que proporcione asesoría legal y técnica, un detenido puede no hacer uso pleno e informado de los derechos que le garantiza el ordenamiento procesal penal. Aunado a ello, hay que tener en cuenta el hecho de que la policía y las autoridades investigadoras –p.e. fiscalía–, son expertos en el campo de la acción penal, suelen estar bien capacitados con diversas técnicas –incluso psicológicamente coercitivas– de interrogación que facilitan, o incluso provocan, el recibo de información del acusado. Así, en el caso, el TEDH tuvo en cuenta que los interrogatorios sin asistencia letrada realizados durante los primeros dos días de detención, fueron a instancia de las autoridades; por lo que no podía descartarse que, en una situación donde la solicitud de asistencia letrada había quedado sin respuesta, el peticionario, que no había tenido ningún encuentro previo con la policía, no entendiera qué era necesario para detener el interrogatorio; siendo posible que no haya objetado ningún otro cuestionamiento en ausencia de asistencia letrada, viendo la confesión (cierta o no) como la única forma de terminar con el interrogatorio. Ante la ausencia de asistencia letrada, la Corte consideró que resultaba difícil suponer que el peticionario pudiera, de manera razonable, haber apreciado las consecuencias de su proceder de ser interrogado sin asistencia letrada en un caso penal relativo a la investigación de varios delitos graves. Así que, considerando que la restricción a la asistencia letrada no tenía justificación, el TEDH, en principio, no veía necesario considerar además, el efecto de tal restricción en la equidad general del procedimiento penal; pues el concepto mismo de equidad consagrado en el art. 6 CEDH exige que un acusado tenga el beneficio de la asistencia de letrado ya en las etapas iniciales del interrogatorio policial, a menos que una restricción al derecho sea excepcionalmente impuesta por una razón justificada.

4) *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 23, 37-39, 43, 47-49, 55-56, 188-190, 193-198. El Tribunal valoró el impacto de las declaraciones obtenidas con restricción del derecho a la asistencia letrada durante la custodia policial, en aplicación de una legislación antiterrorista, por virtud de la cual se permite que el acceso al abogado se retrase hasta por 48 hrs. y que se lleve a cabo una entrevista urgente [«safety interview»] con la finalidad de proteger la vida o evitar graves daños a la propiedad, el detenido es interrogado con la finalidad de asegurar información que pueda ayudar a evitar daños a la comunidad, p.e. evitando un futuro ataque terrorista. Esta entrevista puede llevarse a cabo en ausencia de abogado y antes de que el detenido tenga oportunidad de buscar asistencia letrada. Pues bien, en el caso de tres peticionarios, se llevó a cabo tal entrevista sin asistencia de letrado, sin embargo, estando en custodia policial, fue levantada la restricción y tuvieron acceso a un abogado antes de que transcurrieran más de 10 horas de haber sido detenidos.

⁷⁶⁰ Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 520 «6. La Asistencia del Abogado consistirá en: [...] c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido»

⁷⁶¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 527 «1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: [...] c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. [...]»

incomunicados vea mermada en gran medida su eficacia. Es cierto, como ha señalado el TC, que la medida de incomunicación es excepcional, justificada y proporcionada; es cierto que existe conflicto con bienes jurídicos que la sociedad democrática tiene que proteger; también es cierto que la confianza no es parte esencial de la Asistencia letrada y por tanto se puede asignar abogado de oficio. Pero ello por ningún motivo puede justificar que aun cuando sea un abogado de oficio el que asista al detenido, no pueda brindar el asesoramiento técnico jurídico propio de la asistencia letrada, desde el primer momento y a través de la entrevista reservada. Si se considera al detenido incomunicado especialmente peligroso o que el abogado pueda ser utilizado para llevar y traer mensajes, la policía debería pedir expresamente orden judicial para poder intervenir las comunicaciones entre el detenido y abogado. Este último argumento no deja de ser discutible puesto que en el caso de los detenidos incomunicados se trata de un abogado de oficio, asignado por el Colegio de Abogados.

En efecto, para el TC, un límite del derecho a la asistencia letrada lo constituye la medida de incomunicación de detenidos, en cuanto ésta supone tanto la imposibilidad de nombrar letrado de la confianza del detenido como la de entrevistarse de forma reservada con el letrado⁷⁶². Al respecto nosotros, de manera respetuosa, disentimos parcialmente del criterio del Alto Tribunal; dadas las consecuencias de la medida de incomunicación, creemos que ésta va más allá de ser un simple límite al derecho a la asistencia letrada en lo referente a no permitir una reunión reservada con el abogado, sea éste de libre designación o de oficio; sin embargo por las implicaciones que ésta puede tener, dejamos hasta aquí los comentarios respecto a la misma y la abordamos de manera especial en el capítulo IV de esta investigación.

En otro orden de ideas hay que señalar, por la importancia que tiene la comunicación entre el detenido y su abogado, se espera que la misma se desarrolle de manera reservada, así pues, la confidencialidad resulta ser elemento clave para la representación legal efectiva⁷⁶³. En efecto, pese al hecho de que el art. 6 del Convenio Europeo sea silencioso

⁷⁶² Cfr. ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4 a).

⁷⁶³ SSTEDH *Istratii y otros v. Moldavia*, 8721/05; 8705/05; 8742/05, Sentencia de 27 de marzo de 2007, párr. 89; *Castravet v. Moldavia*, 23393/05, Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 49-51; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 133; *S. v. Suiza*, 12629/87, Sentencia de 28 de noviembre de 1991, párr. 48.

en cuanto a esta exigencia, a diferencia de lo que sucede p.e. con la CADH⁷⁶⁴, el TEDH considera que la exigencia se establece en el ámbito europeo a partir del art. 93 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros y sostiene que el derecho del detenido a comunicarse con su abogado de manera reservada constituye un elemento básico del concepto de proceso equitativo en una sociedad democrática y se desprende del art. 6.3(c) CEDH. Así considera que si un abogado no pudiera comunicarse con su defendido y recibir instrucciones confidenciales de éste sin que tal comunicación esté sometida a vigilancia, la asistencia perdería mucho de su utilidad⁷⁶⁵. Para el TEDH, esta confidencialidad debe permear a todo tipo de comunicaciones entre el detenido y su abogado, es decir, orales y escritas⁷⁶⁶.

Al respecto hay que recordar que, para el TC, atendiendo a las circunstancias propias de la detención y a que el art. 17.3 CE habilita al legislador para establecer los términos del derecho a la asistencia letrada durante la detención sin imponer formas concretas; el elemento de la confianza en la relación detenido-abogado, aun teniendo cierta importancia, no alcanza la entidad suficiente para hacer residir en ella el núcleo esencial del derecho⁷⁶⁷.

A nuestro parecer, como señalamos en el epígrafe e.ii) de este apartado, la confianza en el derecho a la asistencia letrada de los detenidos, tiene una doble proyección, dirigiéndose por una parte a la elección del letrado y por otra, a la confidencialidad o privacidad de la relación entre el detenido y su abogado; siendo que por cuanto a la primera, parece razonable suponer que la confianza en el abogado de oficio puede afectar el derecho pero sin hacerlo desaparecer; pero en cuanto a la segunda, es decir, la confidencialidad de la información intercambiada entre el detenido y su abogado –sea libremente elegido o sea

⁷⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 8.2 «d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de *comunicarse libre y privadamente con su defensor*; [...]» [énfasis añadido]

⁷⁶⁵ Vid. SSTEDH *Istratii y otros v. Moldavia*, 8721/05; 8705/05; 8742/05, Sentencia de 27 de marzo de 2007, párr. 90; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 133; *Lanz v. Austria*, 24430/94, Sentencia de 31 de enero de 2002, párr. 50; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párr. 58; *S. v. Suiza*, 12629/87, Sentencia de 28 de noviembre de 1991, párr. 48.

⁷⁶⁶ Vid. SSTEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párrs. 132-133; *Campbell v. Reino Unido*, 13590/88, Sentencia de 25 de marzo de 1992, párrs. 46 y ss. Aunque en esta última, al referirse a las comunicaciones escritas entre cliente y abogado lo analizó a la luz del art. 8 CEDH, que integra el contenido del art. 18.3 CE.

⁷⁶⁷ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5.

asignado de oficio— sí podría incidir en la eficacia del debido asesoramiento, asistencia técnica, ayuda profesional en el momento de la detención.

iii) Presencia e intervención en las diligencias policiales

A principios de los años ochenta⁷⁶⁸, el Alto Tribunal señalaba que no podía alegarse vulnerado el derecho de defensa consagrado en la Constitución, simplemente porque se recibiera una declaración en sede policial sin la presencia de abogado, porque, tal y como lo expresa la Norma Fundamental, «la asistencia de Abogado se garantiza 'en los términos que la ley establezca' [...]» y en ese sentido aludía al art. 118 LECrim⁷⁶⁹ que permitía deducir que «los actos realizados sin la asistencia de Abogado pueden tener validez hasta que 'la causa llegue al estado en que se necesite el consejo de aquéllos o se haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación'»⁷⁷⁰.

Así pues, aunque la Constitución garantiza la asistencia del Abogado en todas las diligencias policiales y judiciales –arts. 17.3 CE—; esta exigencia no implicaba en la práctica, la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios⁷⁷¹. Para el TC esta intervención debía tener lugar en la detención y en la prueba sumarial anticipada; considerando que ya sea por requerimiento constitucional o

⁷⁶⁸ Tras la LO 14/1983, de 12 de diciembre, que desarrolló el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de Asistencia Letrada al Detenido y al Preso, pero antes de la STC 196/1987, de 11 de diciembre.

⁷⁶⁹ Artículo redactado conforme a la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 31, 333, 520 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se deroga el artículo 316 de la misma, BOE Núm. 293, de 8 de diciembre de 1978, «Artículo ciento dieciocho.- Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido *objeto de detención* o de cualquiera otra medida cautelar [...], a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. [...] Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo. [...] cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.» Este artículo fue reformado por Ley Orgánica 13/2015, a nuestro parecer, debido a la evolución normativa y al constitucionalismo multinivel existente actualmente, el actual artículo 118 es más clarificador en cuanto al derecho de defensa que tienen los detenidos.

⁷⁷⁰ Cfr. STC 47/1986, de 21 de abril, FJ 1. En el caso el TC tuvo en cuenta dos cosas para considerar que no existió vulneración del derecho consagrado en el art. 17.3 CE: primero, que tras la primera declaración sin abogado en sede policial, al adquirir consistencia las sospechas sobre el recurrente, fue informado de sus derechos y, a su requerimiento, fue solicitada la presencia de un Letrado del Colegio de Abogados, por lo que en las dos declaraciones sucesivas y ampliatorias posteriores fueron en presencia de Abogado. Segundo, que el recurrente habría tenido ocasión de rectificar una confesión prestada en sede policial ante el Juez de Instrucción, y que dicha rectificación era una forma del ejercicio del derecho de defensa.

⁷⁷¹ Cfr. STC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2.

ya por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, «en dichos actos procesales» debía de garantizarse la contradicción entre las partes⁷⁷²

En 2007, el Alto Tribunal afirmó que «la asistencia letrada sólo es constitucionalmente imprescindible en la detención y en la prueba sumarial anticipada y que, 'en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del abogado defensor'»⁷⁷³

Al respecto cabe cuestionar, teniendo en cuenta que la detención preventiva puede durar hasta 72 hrs. mientras se realizan las diligencias de investigación, cuando el TC señaló que la asistencia letrada es constitucionalmente imprescindible en la detención ¿se refería a la asistencia en todas y cada una de las diligencias en las que participe el detenido o solamente en la declaración ante la policía?

Parece que no hay duda en que durante el interrogatorio policial, la ausencia de asistencia legal, al menos de la presencia del abogado, puede constituir una restricción a los derechos de defensa⁷⁷⁴. De la jurisprudencia consultada se puede derivar como criterio general que sólo se pueda tomar declaración al detenido cuando esté en presencia de su abogado⁷⁷⁵. Por otro lado, también se aprecia que el TC aceptó, con la normativa anterior, que el

⁷⁷² Cfr. STC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2, citando por cuanto a la detención las SSTC 42/1982, 47/1986, 196/1987, 66/1989.

⁷⁷³ Cfr. STC 208/2007, de 24 de septiembre, FJ 2. Citando las SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 5.

⁷⁷⁴ Vid. SSTEDH *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 81; *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 66; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 55; *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párr. 34.

⁷⁷⁵ Ejemplo de ello lo encontramos en la ya varias veces citada STC 288/2000, de 27 de noviembre, ANT. 2 d) y e), en la que recordamos que los agentes de policía esperaron a tomar declaración de un menor detenido hasta que este estuvo en presencia del abogado designado y fue en presencia de éste que el detenido expresó su deseo de solamente declarar en el juzgado. En la STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 3, tras su detención, la persona fue ofrecida para declarar solamente en presencia de su abogado, manifestando que optaba por guardar silencio y hacerlo solo en presencia del Juez.

abogado esté presente p. e. en la apertura de correspondencia⁷⁷⁶, y en cambio, en otras que parecen de extrema importancia se han llevado a efecto sin la presencia del letrado, sin que ello fuera considerado en su momento por el TC como una afectación de derechos, p.e. cuando durante la detención preventiva se obtuvo del detenido una muestra biológica, sin contar con la asistencia de letrado⁷⁷⁷. En este caso el TC tuvo en cuenta que al detenido, con carácter previo a la práctica de dicha diligencia de muestreo, se le había informado de su derecho a ser asistido de letrado, y pese a ello, en el momento en que la diligencia se llevó a la práctica, no solicitó la presencia de letrado.

Así, parece que en dicho caso para el TC fue suficiente haberle hecho saber al detenido que podía designar abogado para satisfacer el requisito del art. 17.3 CE, en tanto que, para el TEDH, la mera información al afectado de que puede contar con asistencia legal no es suficiente para tener por satisfecho el derecho⁷⁷⁸.

Finalmente, a partir de la Directiva 2013/48/UE podemos referir que el letrado debe estar presente en, al menos, las siguientes actuaciones⁷⁷⁹: declaración –interrogatorio policial— con la posibilidad de intervenir; ruedas de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos. Aunque hay que decir, a partir de esta normativa puede derivarse la posibilidad de

⁷⁷⁶ Vid. STC 202/2000, de 24 de julio, ANT. 2. Tras su detención, como parte de las diligencias de instrucción, la persona fue conducida al Aeropuerto donde se le instó a declarar ante el servicio de aduanas con relación a un paquete que recibió del extranjero, donde habría sido encontrada droga, la detenida estuvo en presencia de su abogado y manifestó su preferencia de guardar silencio y solo declarar ante el Juez de Instrucción. La sentencia de instancia la condenó delito contra salud pública.

⁷⁷⁷ Vid. STC 135/2014 de 8 de septiembre, FJ 4. La policía realizó un frotis bucal al detenido, y según la información del atestado policial, la policía comunicó al detenido la conveniencia de tomarle dichas muestras y se le informó que tal acto tenía fines identificativos a lo que él, se dice, prestó su consentimiento de manera libre y voluntaria. Cabe señalar que el canon de constitucionalidad a este respecto fue el derecho a la intimidad –art. 18.1 CE—; sin embargo, no puede dejar de mencionarse que para la realización de dicha diligencia el detenido, que solo tenía un cierto conocimiento del castellano, no contó ni con intérprete ni con asistencia de abogado, razón por la cual puede reflexionarse sobre el alcance que pudo tener la información que, en castellano, le brindara la policía respecto a la diligencia que iba a practicar.

⁷⁷⁸ P.e. STEDH *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 72. Para el TEDH una actitud pasiva por parte de las autoridades, sobre todo en las circunstancias de ese caso donde el detenido era un menor de edad y el delito que se le imputaba era de naturaleza grave, no fue suficiente para satisfacer la obligación positiva de proveer al afectado con la información necesaria que le permita acceder a la representación legal.

⁷⁷⁹ Vid. Art. 3.3 (b) y (c), siempre que tales actuaciones estén previstas en la legislación nacional y si se permite la asistencia del investigado a tales actos. Tras la transposición de esta Directiva mediante la LO 13/2015, actualmente el art. 520.6 LECrim establece que el letrado participará en las siguientes actuaciones: a) diligencias de declaración del detenido; b) diligencias de reconocimiento de que sea objeto; c) diligencias de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. Así mismo, el Letrado debe informar al detenido de las consecuencias a la prestación o denegación de consentimiento para practicar las diligencias que sean solicitadas.

que se lleven a cabo diligencias con alguna restricción excepcional y temporal a este derecho, imponiéndose la obligación de contar con algún recurso efectivo para el caso de que se vulnere el derecho a la asistencia letrada –u otro reconocido por la Directiva–; señalando que el deber estatal de garantizar los derechos de defensa y las garantías de un juicio equitativo deberán tenerse en cuenta al momento de sopesar las declaraciones que se realicen o las pruebas que se obtengan con vulneración del derecho a la asistencia letrada, en los casos en que se autorice alguna de las restricciones a este derecho previstas en la Directiva –art. 3, apartado 6 en relación con apartado 3—⁷⁸⁰. A este respecto se debe recordar que esta Directiva sirvió de base para la modificación efectuada en 2015 del art. 520 de la LECrim.

Por último, recordemos que el letrado debe de comprobar la veracidad no sólo de lo que se asiente en las actas de declaración –y otras diligencias– sino la coincidencia de lo asentado en el atestado con la realidad⁷⁸¹.

iv) Renuncia del derecho a la Asistencia Letrada

Para el TEDH, la renuncia de cualquiera de los derechos de defensa, en la medida en que ello sea permisible, no debe ir en contra de ningún interés público importante, debe ser establecida de manera inequívoca y debe ser asistida de un mínimo de garantías

⁷⁸⁰ Directiva 2013/48/UE, además de los artículos citados *vid.* art. 8 sobre las excepciones temporales y art.12, sobre las vías de recurso por vulneración de los derechos reconocidos en la Directiva. Además, interpretación del TEDH en *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 210-211, 258-259, 263. El Tribunal reconoce la posibilidad de restringir el derecho cuando se demuestre la existencia de una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física en un caso determinado, lo cual puede entenderse como «razones imperiosas», a la luz del test de las razones imperiosas establecido en ese caso, para restringir el derecho a la asistencia letrada a los propósitos del art. 6 CEDH; el TEDH considera que en dichas circunstancias las autoridades tienen una apremiante obligación de proteger los derechos de víctimas, potenciales o reales, bajo los arts. 2, 3 y 5.1 del CEDH.

⁷⁸¹ P.e. En la STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 3. La diligencia de terminación y remisión, según la cual el instructor policial ordenaba el pase del detenido a disposición judicial y el envío del atestado policial, fue extendida a las 20:30 hrs del mismo día en que se practicara la detención; sin embargo, ello no se ajustaba a la realidad, ya que la puesta a disposición se pospuso hasta el día siguiente, hecho que motivó que el letrado del detenido promoviera el procedimiento de habeas corpus, cuya incoación fue denegada mediante resolución que se comunicó vía fax a las dependencias policiales. Debe señalarse que tras la transposición de la Directiva 2013/48/UE, en el art. 520.6 (b) LECrim se establece que, el abogado puede pedir al funcionario que practique la diligencia en la que haya intervenido, al término de ésta, la declaración o ampliación de lo que considere pertinente, así como la consignación de cualquier incidencia que haya tenido lugar.

proporcionales a la trascendencia de la renuncia⁷⁸². Aunado a ello, antes de que pueda decirse que un imputado de manera implícita, por su conducta, ha renunciado a algún derecho que contribuya a su defensa –art. 6 CEDH— debe demostrarse que, de manera razonable, podía haber previsto cuales podrían ser las consecuencias de su conducta⁷⁸³.

En este sentido, una renuncia de un derecho tan importante como es la asistencia letrada, solo puede ser aceptada cuando sea expresado en una manera inequívoca, después de que las autoridades hayan tomado todas las medidas razonables para asegurarse de que el titular tiene plena conciencia de sus derechos de defensa y puede apreciar, en la medida de lo posible, la consecuencia de su renuncia⁷⁸⁴ y que la decisión se toma voluntariamente⁷⁸⁵.

Ahora bien, el TC ha considerado conformes con los arts. 17.3 y 24.2 CE, las declaraciones en dependencias policiales que han tenido lugar sin que el detenido cuente con la asistencia del abogado, cuando la falta de asistencia resultó imputable al afectado con la detención preventiva, como fue el caso de la renuncia al derecho a la asistencia letrada en declaración ante la Policía⁷⁸⁶, pero ello dejó de ser así a partir de 1983⁷⁸⁷. El TC, con referencia a la legislación de desarrollo entonces vigente –art. 520.5 LECrim—reconoció la posibilidad de renunciar a la asistencia letrada en supuestos en que los hechos que motivan la detención son susceptibles de ser calificados como delitos contra la seguridad en el tráfico⁷⁸⁸.

⁷⁸² Vid. SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 59; *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párr. 32, 33; *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 68,

⁷⁸³ Vid. SSTEDH *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011, párr. 32,33; *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 68,

⁷⁸⁴ Vid. STEDH *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008, párr. 68. En efecto, la renuncia del derecho a la asistencia letrada es un claro ejemplo de los derechos que exigen la protección especial del estándar de «renuncia consciente e informada»; vid. SSTEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 101; *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 77-78.

⁷⁸⁵ Vid. STEDH *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 77.

⁷⁸⁶ En la STC 175/1985, de 17 de diciembre, ANT. 2, 8, FJ 2; así lo consideró el Tribunal teniendo en cuenta que se trataba de una renuncia expresa y además, que conforme a la redacción que en ese momento tenía el art. 520 LECrim el derecho a la asistencia letrada no resultaba irrenunciable.

⁷⁸⁷ A partir de la Ley Orgánica 14/1983, que desarrolló el art. 17.3 CE modificando los artículos 520 y 527 LECrim, se estableció legalmente la irrenunciabilidad del derecho salvo en el caso de los delitos contra la seguridad del tráfico –art. 520.5 LECrim—.

⁷⁸⁸ Cfr. STC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4.

Ahora bien, debe de mencionarse que en la Directiva 2016/48/UE, sí se reconoce la posibilidad de renunciar al derecho a la asistencia letrada⁷⁸⁹, y se retoman algunos requisitos derivados de la jurisprudencia del TEDH, como son, la información sobre el contenido del derecho y las consecuencias de renunciar a él o la posibilidad de revocación. Sin embargo, teniendo en cuenta el contenido del precepto europeo que regula la renuncia y a la luz de la redacción de la ley procesal penal tras la transposición de la Directiva en comento, entendemos que en este país la renuncia al derecho a la asistencia letrada continúa siendo posible sólo en caso de que los hechos puedan tipificarse como delitos contra la seguridad del tráfico⁷⁹⁰.

Por todo lo dicho, la importancia del derecho a la asistencia letrada durante la detención preventiva es innegable, este derecho resulta una garantía de todos los demás derechos del detenido, tanto del derecho a la libertad —17.1 CE - 5.1 CEDH—, como de los derechos de defensa y garantía de un proceso equitativo —art. 17.3 CE - 6.1 / 6.3(c) CEDH / 48 CDFUE—.

⁷⁸⁹ Vid. art. 9 «Renuncia. 1. Sin perjuicio de si la normativa nacional exige la presencia o la asistencia obligatoria de un letrado, los Estados miembros garantizarán que, en lo que se refiere a toda renuncia a un derecho contemplado en los artículos 3 y 10: a) se haya facilitado al sospechoso o acusado, verbalmente o por escrito, información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las posibles consecuencias de renunciar a él, y b) la renuncia sea voluntaria e inequívoca. 2. La renuncia, que podrá hacerse por escrito u oralmente, se hará constar, así como las circunstancias de la misma, con arreglo al procedimiento previsto para ello por la normativa del Estado miembro de que se trate. 3. Los Estados miembros garantizarán que todo sospechoso o acusado pueda revocar una renuncia posteriormente en cualquier momento del proceso penal y que el sospechoso o acusado haya sido informado de tal posibilidad. La revocación de una renuncia surtirá efectos desde el momento en que se efectúa.»

⁷⁹⁰ En efecto, tras la reforma hecha por Ley Orgánica 13/2015, la cuestión de la renunciabilidad se recoge en los siguientes términos: art. 520.8 LECrim «[...] el detenido [...] podrá renunciar a la preceptiva asistencia de abogado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.»

5. Derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas

a. Marco Constitucional

Artículo 17 CE

2. 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 de la autoridad judicial.

Artículo 5 CEDH

1. [...]

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, [...]

3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales [...].

Artículo 6 CDFUE⁷⁹¹

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Artículo 9 PIDCP⁷⁹²

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, [...]

⁷⁹¹ No perdamos de vista que los derechos a la libertad y a la seguridad previstos en este artículo se corresponden, en el mismo sentido y alcance, con los garantizados en el art. 5 CEDH. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 6—Derecho a la libertad y a la seguridad.

⁷⁹² *Vid. supra* nota a pie 415 de este capítulo.

b. Estructura

Una primera lectura del artículo 17.2 CE evidencia que estamos ante un derecho-garantía que establece la temporalidad de la privación de libertad, esto es, el plazo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y el plazo máximo de setenta y dos horas. En particular el TC se ha referido a «la garantía» o «al derecho» del art. 17.2 CE cuando:

- Advierte que la garantía fundamental del art. 17.2 CE es la observancia de un plazo máximo de setenta y dos horas para que el detenido sea puesto en libertad o a disposición judicial⁷⁹³;
- Declara que la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir porque se rebase alguno de los plazos constitucionales de la detención preventiva⁷⁹⁴.
- Refiere a la suspensión del derecho reconocido por el art. 17.2 CE, señalando que ésta se configura por la posibilidad de prolongación de la detención preventiva⁷⁹⁵, por tanto si la suspensión del derecho reconocido, consiste en la extensión de temporalidad, parece claro que el derecho o garantía se refiere a la duración de la detención;

Así, vemos que el criterio de estricta temporalidad que en el capítulo anterior identificamos como una nota característica y un límite de la detención preventiva, se configura como un derecho-garantía en favor del detenido para asegurar que su privación de libertad por decisión policial con motivo de una supuesta acción delictiva para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, esté sometida al criterio del lapso temporal más breve posible⁷⁹⁶.

Para el Alto Tribunal, esa garantía de temporalidad está en consonancia con los artículos 5.3 CEDH y 9.3 PIDCP que recogen la exigencia de que «sin dilación» o «sin demora» el detenido sea conducido ante la presencia judicial⁷⁹⁷ cesando así la detención preventiva; y

⁷⁹³ Vid. Cfr. STC 11/1985, de 30 de enero, FJ 3.

⁷⁹⁴ Vid. STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2.

⁷⁹⁵ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

⁷⁹⁶ Cfr. STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2.

⁷⁹⁷ Vid. Entre otras, SSTC 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

destaca, además, que el apartado segundo del art. 17 CE también fija un plazo máximo de la detención preventiva, por lo que la «garantía» —entendemos temporal— es «más rigurosa que la que se contiene en instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos»⁷⁹⁸.

A dichos instrumentos hemos de acudir, por imperativo del art. 10.2 CE, para identificar mejor el sentido y alcance de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, así como atender a las interpretaciones que de éstos han hecho sus órganos de garantía para poder identificar el perfil exacto del derecho⁷⁹⁹.

La lectura del art. 5.3 CEDH y del 9.3 PIDCP refleja, como dice el TC, que sin dilación y sin demora, la persona sea conducida ante un juez u otra autoridad habilitada legalmente para ejercer poderes o funciones judiciales; y en la jurisprudencia del TEDH con relación al precepto convencional también se hace referencia a una garantía, pero entendiendo por tal al control judicial de la detención⁸⁰⁰, que deberá ser de una forma específica: sin demora⁸⁰¹.

Al respecto tenemos en cuenta que cuando el TEDH se refiere a la estructura del art. 5.3 CEDH, puntualiza que el mismo abarca dos cuestiones separadas, una de las cuales concierne a las primeras etapas que siguen al arresto, cuando la persona es tomada en poder de las autoridades, esto es, la parte inicial de artículo —citada al inicio de este epígrafe—. Las dos cuestiones comprendidas en el artículo en comentario confieren distintos

⁷⁹⁸ Vid. STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; criterio retomado en SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3, entre otras.

⁷⁹⁹ En este sentido, SSTC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 5; 41/2013, de 14 de febrero, FJ 2.

⁸⁰⁰ Vid. STEDH *Ladent v. Polonia*, 11036/03, Sentencia de 18 de marzo de 2008, párr. 72-73. Apunta que a partir de su jurisprudencia se establece que debe de haber una protección para las personas arrestadas o puestas en detención preventiva por la sospecha de haber cometido un delito, protección que se da mediante el control judicial.

⁸⁰¹ Vid. STEDH *Jėčius v. Lituana*, 34578/97, Sentencia de 31 de julio de 2000, párr. 84. El TEDH consideró que la expresión «ser llevado sin demora» del art. 5.3 implica que el derecho a ser presentado ante una autoridad judicial —o con poderes judiciales— se refiere al momento cuando la persona es privada de libertad conforme al art. 5.1(c) CEDH, por tanto, la obligación estatal a la luz del art. 5.3 CEDH se limita a la presentación del detenido, sin dilación, ante la autoridad judicial en esa etapa inicial. En un sentido similar el intérprete del Pacto señala que el apartado 3 del artículo 9 exige que toda persona detenida por una infracción penal sea llevada sin demora ante un juez; este requisito se aplica a todos los casos sin excepción, independientemente de la elección de la persona detenida y de su capacidad para exigir el cumplimiento; cuando la persona se encuentra detenida este requisito debe aplicarse antes de que se presenten acusaciones formales. Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 32.

derechos, siendo que la parte inicial del artículo garantiza el derecho a ser presentado, sin dilación, ante un Juez⁸⁰².

Así las cosas, el TEDH sostiene que el art. 5.3 CEDH consagra «una garantía» para todas las personas detenidas por la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito⁸⁰³ —art. 5.1(c) CEDH—: el control judicial. Y subraya, que el control judicial de las injerencias por la autoridad administrativa en el derecho a la libertad personal es una característica esencial de la garantía consagrada en el artículo 5.3 CEDH, la cual está destinada a minimizar el riesgo de arbitrariedad, por lo que, a cuenta de ello y ante la importancia del derecho fundamental reconocido en el artículo 5 CEDH, ha de ser valorado el criterio sin dilación⁸⁰⁴.

Aunado a ello, el TEDH recuerda y puntualiza que el control judicial está implícito en la noción de Estado de Derecho, principio fundamental de una sociedad democrática, expresamente reconocido en el preámbulo del Convenio y fuente de inspiración del mismo⁸⁰⁵.

Como podemos apreciar, los dos preceptos señalados aluden tanto a una presentación ante un juez, como a una duración breve, aunque con un énfasis distinto a una y otra respectivamente, énfasis que ambos tribunales hacen al referirse de manera singular a «la

⁸⁰² Vid. SSTEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 47; *Stephens v. Malta* (no. 2), 33740/06, Sentencia de 21 de abril de 2009, párr. 52, en este caso el TEDH recuerda que el art. 5.3 CEDH se encuentra estructurado con relación a dos cuestiones separadas; por un lado a las primeras etapas que siguen al arresto, cuando la persona es tomada en poder de las autoridades; por otro lado, al periodo de espera del juicio ante un tribunal penal durante el cual el sospechoso puede estar privado de libertad o en situación de libertad con o sin condiciones. Estas dos cuestiones confieren distintos derechos y no se encuentran lógicamente o temporalmente vinculadas. Por tanto, lo que en la jurisprudencia ha sido descrito como la parte inicial del artículo 5.3 garantiza el derecho a ser presentado, sin dilación, ante un Juez u otra autoridad; la segunda parte del artículo garantiza el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable o a la libertad en espera de juicio.

⁸⁰³ Vid. SSTEDH *Assenov y otros v. Bulgaria*, 24760/94, Sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 146; *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párr. 76, ambas señalan que el control judicial de las injerencias del ejecutivo en el derecho a la libertad personal es una característica esencial de la garantía consagrada en el art. 5.3 CEDH.

⁸⁰⁴ Vid. STEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 58.

⁸⁰⁵ Vid. SSTEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 58; *Engel y otros v. Países Bajos*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Sentencia de 8 de junio de 1976, párr. 69. En efecto, el último párrafo del preámbulo del Convenio, en la versión en inglés establece «[...] European countries which are likeminded and have common heritage of political traditions, ideales, freedom and the rule of law, [...]»; en tanto que la versión en castellano reza: «[los] Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, [...]».

garantía» del precepto en cuestión. Por un lado, el art. 17.2 CE parece concentrarse más en la duración tasada de la privación de libertad, quedando la puesta a disposición judicial no tanto como una garantía sino más bien como un fin último o una consecuencia; aunque creemos que ello no es óbice para que al mismo tiempo pueda verse también como un derecho o garantía⁸⁰⁶ de control judicial.

Lo anterior puede justificar porqué, como señala el TC, el art. 17.2 CE tiene una mayor rigurosidad en cuanto a la duración de la detención preventiva que la que contienen los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues abarca dos cuestiones, por un lado fija la duración de la detención, entre el plazo estrictamente necesario y un máximo de 72 horas, y por otro lado prevé la obligación de la puesta a disposición judicial, ciertamente dentro de esos dos plazos tasados.

Por su parte, el art. 5.3 CEDH, parece enfatizar en el control judicial como garantía, dejando lo relativo al plazo no tanto como un derecho sino como una condición del ejercicio de tal garantía. En efecto, este precepto establece la obligación inequívoca de presentar al detenido ante el juez y señala que ello habrá de hacerse sin dilación, como el modo en el que deberá de actuar la policía para hacer efectiva la garantía de presentación ante la autoridad judicial; en ese orden de ideas quizá resulte menos relevante fijar un plazo, porque lógico es que éste dependerá de las circunstancias que rodeen la detención y lo que idóneamente se espera es que la persona permanezca bajo la custodia de la autoridad administrativa el menor tiempo posible.

A partir de ello estamos ante dos interpretaciones complementarias que de manera conjunta permiten, en el ámbito de protección del art. 17.2 CE, apreciar un derecho que se integra por dos garantías hermanadas, interdependientes y absolutamente necesarias en una sociedad democrática: una garantía temporal y una garantía jurisdiccional, así podemos hablar de un Derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo

⁸⁰⁶ En este sentido recordemos que el TC, con cita en la jurisprudencia del TEDH, subraya que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal; por eso la detención policial debe respetar el bloque de competencia judicial que existe en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de habeas corpus. *Vid.* SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9. Creemos que de ahí se deriva un reconocimiento a la «garantía» de un control judicial en las detenciones gubernativas, tanto al que procede oficiosamente por mandato constitucional a la luz del art. 17.2 CE, como al que se activa a través del habeas corpus ex art. 17.4 CE.

estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas.

Por tanto, el derecho del art. 17.2 CE –conforme al art. 5.3 CEDH–, se estructura como un derecho público subjetivo al exigir una actuación positiva por parte de las autoridades, conformándolo como una genérica garantía de la libertad protegida por el art. 17 CE –art. 5 CEDH– configurando además dos derechos—garantías que junto a proteger el derecho a la libertad personal, funcionalmente permiten una pronta vigilancia de la situación personal del detenido en custodia policial y, muy especialmente, la garantía jurisdiccional expedita, garantiza el respeto al Estado de Derecho.

c. Función

La garantía de temporalidad contenida en el art. 17.2 CE interpretado conforme al art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE (y 9.3 PIDCP), tiene como finalidad ofrecer una amplia seguridad al afectado por una detención preventiva, para evitar que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada⁸⁰⁷.

Además, la inclusión de un tope máximo de duración, evita que la libertad quede sometida a consideraciones subjetivas sobre lo que pueda entenderse por un tiempo estrictamente necesario; como lo recordara el Magdo. González Campos, es criterio del TC que la fijación de un plazo máximo de privación de libertad no es un ataque a la misma, antes al contrario, es una medida dirigida a su protección⁸⁰⁸, y así debe entenderse a la luz del art. 17.2 CE que aunque refiere a un plazo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones, inmediatamente establece un plazo de cierre, con carácter infranqueable, setenta y dos horas.

Así las cosas, podemos señalar que la finalidad conjunta del derecho previsto en el art. 17.2 CE interpretado conforme al art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE y 9.3 PIDCP, es asegurar que la

⁸⁰⁷ Vid. SSTC STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 A).

⁸⁰⁸ Voto particular que formula del Magdo. Julio D. González Campos en la Sentencia de 18 de noviembre de 1993, razonamiento 5 c), citando la STC 11/1985, de 30 de enero, FJ 6.

privación de libertad policial sea muy limitada en el tiempo y, si antes no se recupera la libertad, procurar la celeridad del inicio de la actuación judicial⁸⁰⁹.

d. Presupuesto habilitante

Atendiendo a la estructura y función constitucional de las dos garantías que conforman el derecho que deriva de la interpretación conjunta de los arts. 17.2 CE y 5.3 CEDH –que junto con el 5.1(c) CEDH, conforma un todo⁸¹⁰—, es evidente que el presupuesto habilitante del derecho lo constituye la institución de la detención preventiva⁸¹¹, entendida como, ya se ha indicado, una medida cautelar⁸¹² policial⁸¹³ de privación de libertad con motivo de una supuesta acción delictiva⁸¹⁴, para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que sitúa a quien la vive, ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal⁸¹⁵. Es decir, una situación de sujeción o compulsión personal⁸¹⁶ en el contexto de garantizar las investigaciones de naturaleza penal⁸¹⁷.

e. Contenido

De acuerdo con lo señalado hasta este momento, la letra y espíritu de los artículos 17.2 CE, 5.3 CEDH / 6 CDFUE y 9.3 PIDCP, consagran un derecho que incluye dos garantías y son éstas, y las características de las mismas, las que conforman el contenido del derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas.

⁸⁰⁹ Entendida como la garantía jurisdiccional o control judicial referido en el art. 5.3 CEDH –puesta a disposición ex art. 17.2 CE—, para proteger al individuo de detenciones arbitrarias asegurando que el acto de privación de libertad esté sujeto a un escrutinio judicial independiente. En este sentido vid SSTEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 49; *Niedbala v. Polonia*, 27915/95, Sentencia de 04 de julio de 2000, párr. 50.

⁸¹⁰ Por todas vid. STEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 14

⁸¹¹ Es criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la parte inicial del art. 5.3 CEDH está dirigido a asegurar un rápido y automático control judicial de las detenciones policiales o administrativas conforme a los términos del art. 5.1(c) CEDH. Vid. STEDH *De Jong, Baljet y Van Den Brink v. Países Bajos*, 8805/79; 8806/79; 9242/81, Sentencia de 22 de mayo de 1984, párr. 51.

⁸¹² STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁸¹³ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2.

⁸¹⁴ STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2.

⁸¹⁵ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

⁸¹⁶ STC 174/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 3, 4.

⁸¹⁷ STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6. Cuando el TC ha analizado la temporalidad de otras privaciones de libertad a cargo de la policía, ha puntualizado la diferencia de las mismas con la «detención para la persecución penal».

En efecto, por un lado, la garantía temporal de la detención preventiva, extensible a toda privación de libertad de origen policial, al menos en cuanto al plazo estrictamente necesario⁸¹⁸. Por otro lado, la obligación de la puesta a disposición judicial o control judicial que implica el imperativo de que, confirmada las sospechas iniciales de la policía, la autoridad judicial revise la privación de la libertad y los méritos en los que ésta se apoya. Y aunque las dos cuestiones pueden ser analizadas de manera independiente, la primera siempre deberá observarse previo a la activación de la segunda, y esta última no siempre llega a tener efecto dado que, como hemos señalado, puede ser que por el desvanecimiento de los indicios racionales delictivos sobre la persona detenida, ésta sea puesta en libertad sin pasar por el control judicial⁸¹⁹.

i) Garantía Temporal

El TC tiene reconocido que el art. 17.2 CE «expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad», éste principio debe inspirar a cualquiera de los casos de pérdida de libertad, es decir, tanto a la detención preventiva, como a otros casos que pueda regular el legislador⁸²⁰. Este principio cobra especial relevancia en el caso de las detenciones preventivas, pues la propia CE lo impone sin ninguna remisión a la ley, a diferencia de lo que sucede en el caso de la prisión provisional; así pues, el principio de limitación temporal es establecido de manera rigurosa por el texto fundamental⁸²¹.

Así, con el establecimiento de dicho principio se configura, a la luz del art. 17.2 CE, una garantía temporal en favor del detenido: su privación de libertad no durará más allá del plazo estrictamente necesario para realizar sin dilación las actuaciones de investigación, y además da la certeza de que ésta durará como máximo 72 horas.

⁸¹⁸ Como es el caso de las compulsiones personales derivadas de unas diligencias de identificación personal, la permanencia en zonas de tránsito o de rechazados de terminales aéreas, sin que preceda la correspondiente orden de devolución o expulsión, *vid.* SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 a); 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 179/2000, de 26 de junio, FJ 3 o como lo recordaran los Magdos. Adela Asúa Batarrita, Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos, en su Voto particular a la STC 154/2016, de 22 de septiembre, razonamiento 4 (i).

⁸¹⁹ Como ha sucedido en los casos analizados en la STC 196/1987, de 11 de diciembre, SSTEDH *Brogan y otros. v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 53; *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párr. 67. Todos en los cuáles los detenidos, tras haber sido interrogados, han sido puestos en libertad sin demora, sin habérseles imputado cargos ni haber sido puestos a disposición judicial.

⁸²⁰ *Cfr.* STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8, 179/2000, de 26 de junio, FJ 2.

⁸²¹ *Cfr.* STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.

Por tanto, esta garantía de temporalidad se conforma por dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que atendiendo a las circunstancias será variable⁸²². Y el segundo es el marcado por el texto constitucional, un plazo máximo absoluto con plena concreción temporal fijado en 72 horas⁸²³. Es así que el plazo estrictamente necesario, nunca puede superar las 72 horas previstas por la Norma Fundamental, límite máximo absoluto.

El plazo relativo, que el TC identifica como «el lapso temporal más breve posible»⁸²⁴, guarda armonía con lo dispuesto por los art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE y 9.3 PIDCP que, como habíamos dicho, recogen la exigencia de que el control judicial sea sin dilación o sin demora. Al respecto, el órgano de garantía del Convenio tiene señalado que la interpretación del criterio sin dilación, debe entenderse con poco margen de flexibilidad, de lo contrario se llevaría a desnaturalizar el alcance protector del art. 5.3 CEDH⁸²⁵, por eso insiste en la celeridad del control judicial⁸²⁶.

⁸²² Cfr. SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.

⁸²³ Cfr. SSTC 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3.

⁸²⁴ Cfr. SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2; 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.

⁸²⁵ En este sentido SSTDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 33; *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 48.

⁸²⁶ Cuando el TEDH se refiere la protección de los detenidos mediante el control judicial, señala que dicho control sirve para proporcionar una protección efectiva contra el riesgo de malos tratos, riesgo que considera mayor en esta primera etapa de privación de libertad, así como contra el abuso de los poderes conferidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a otras autoridades, para lo que deberían ser unos fines estrictamente restringidos y ejercitables con riguroso apego a los procedimientos prescritos. Así, la garantía jurisdiccional derivada del art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE, y del 17.2 CE interpretada conforme aquél, es la de asegurar el control judicial de todas las circunstancias que rodean la detención preventiva, esto es, motivación, fundamentación y condiciones de la privación de libertad; además, si toda persona privada de libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, este derecho se acentúa más tratándose de una detención en materia penal. En ese sentido, *vid.* STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1, recordando la exigencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el control judicial de la legalidad de toda privación de libertad que, en el caso, se consideraba tanto por la posibilidad de incoar un procedimiento de habeas corpus durante la fase gubernativa de privación de libertad, como por la obligada intervención judicial para decidir una privación de libertad más allá de las 72 horas, es decir, el internamiento de un extranjero. En la jurisprudencia de Estrasburgo *vid.* SSTDH *Ladent v. Polonia*, 11036/03, Sentencia de 18 de marzo de 2008, párr. 72-74; *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párrs. 32, 33. En el mismo orden de ideas, el órgano de vigilancia del Pacto, señala que la finalidad del derecho reconocido en el art. 9.3 PIDCP es que la detención de una persona en el marco de una investigación penal sea sometida a un pronto control judicial, considera que la prolongación de la detención en dependencias de las fuerzas del orden sin un control

El plazo máximo absoluto de setenta y dos horas, establecido por la Norma Fundamental, es un tope necesario a la duración de la detención policial, su cómputo es inequívoco y simple⁸²⁷. Este plazo máximo absoluto es un límite temporal prescrito con carácter general, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo el plazo relativo, es decir, el tiempo «estrictamente indispensable» para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad⁸²⁸. Aunque puede parecer un plazo excesivo para una privación de libertad de origen policial, hay que destacar la conveniencia de su establecimiento en la Norma Fundamental, pues ello ha evitado en nuestro ordenamiento la previsión legal de detenciones policiales de duración inusitada⁸²⁹, y además, respeta el tope máximo de cuatro días de duración que hasta ahora ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸³⁰.

Así, la garantía temporal, es decir la celeridad con la que el detenido sea puesto a disposición judicial o en libertad, debe analizarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso⁸³¹, el fin perseguido por la medida privativa de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida⁸³²; a la luz de estos criterios

judicial, aumenta el riesgo de malos tratos. Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párrs. 32, 33.

⁸²⁷ Cfr. STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8.

⁸²⁸ Cfr. STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 A); 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8.

⁸²⁹ Como ejemplo, la duración máxima de hasta 10 días que pretendía reconocérsele a la detención preventiva en los casos de suspensión del art. 17.2 CE por virtud del art. 55.2 CE, conforme a la Ley Orgánica 9/1984, que motivara los recursos de inconstitucionalidad que dieron lugar a la STC 199/1987, de 16 de diciembre.

⁸³⁰ Criterio que comenzara a partir de la STEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 62, donde un periodo de más de cuatro días en situación de detención sin ser presentados ante un juez, fue considerado violatorio del art. 5.3 CEDH, incluso en el contexto especial de investigaciones por delitos de terrorismo. Y que ahora se retoma como plazo máximo de detención previo al control judicial automático, es decir, la puesta a disposición judicial. Vid. SSTEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 47; *Oral y Atabay v. Turquía*, 39686/02, Sentencia de 23 de junio de 2009, párr. 43. Por otro lado, desde una perspectiva no jurisdiccional, hay que señalar que, a juicio del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, un plazo de 48 horas es suficiente, en condiciones normales, para trasladar a la persona a la presencia judicial, señalando que todo plazo superior a dichas 48 horas debe obedecer a circunstancias excepcionales. Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párr. 33.

⁸³¹ Vid. STEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 48.

⁸³² Cfr. Estos criterios para valorar el límite máximo inferior a las 72 horas comenzó a citarse en las SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8; que a su vez aludían a las SSTC 41/1982, de 2 de julio, FJ 5; 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3; 8/1990, de 18 de enero, FJ 2; y 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; las cuales en realidad analizaban el plazo de duración de la prisión provisional. Sin embargo, partir de las dos primeras sentencias citadas, quedaron sentados como criterios aplicables a la detención preventiva y no cabe duda de que a partir de ellos se puede determinar si la duración de la detención fue por el plazo

podrá determinarse, en cada caso, si la detención preventiva ha respetado los plazos constitucionales, es decir el límite máximo, inferior al de 72 horas, que será el tiempo estrictamente necesario; o si por el contrario, resultó excesiva e innecesaria, y por ende disconforme con el art. 17.2 CE⁸³³.

ii) Garantía jurisdiccional

Del art. 17.2 CE, conforme al art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE y 9.3 PIDCP, se deriva la garantía jurisdiccional, es decir, el control judicial o fiscalización judicial⁸³⁴ a que debe someterse la detención decidida por la autoridad policial y que debe tener lugar dentro de los plazos que integran la garantía temporal.

De esta forma, de conformidad con la previsión constitucional, cuando el detenido sea puesto a disposición judicial, corresponderá al juez asegurar de manera efectiva «la protección y defensa judicial de la libertad que le corresponde», a través de ésta verificará también, junto a los aspectos penales y procesales de apertura del proceso, la legalidad y condiciones en que tuvo lugar la detención, la efectiva existencia de indicios racionales y comprobará que los derechos constitucionales del detenido hayan sido respetados⁸³⁵, es decir, la regularidad de la detención y el trato dispensado al detenido.

estrictamente necesario, tal y como se desprende de las SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3.

⁸³³ Como ejemplo, STC 224/1998, de 24 de noviembre, ANT. 2, FJ 3. El recurrente habría sido denunciado y detenido por su alegada participación en una riña tumultuaria, su detención se efectuó un 25 de mayo a las 11:25 hrs. y permaneció en dependencias policiales hasta las 12:09 hrs del 27 de mayo, momento en el que fuera puesto a disposición judicial, los funcionarios policiales que lo tuvieron bajo custodia no realizaron ninguna diligencia investigadora más allá de la información de derechos y la toma de declaración; ante tales circunstancias el TC consideró inaceptable que la detención preventiva se hubiera prolongado más de 24 horas, un lapso tan prolongado no se ajusta al criterio constitucional del tiempo estrictamente necesario; la vulneración del mandato derivado del art. 17.2 CE fue, a todas luces, vulnerado.

⁸³⁴ Término utilizado por Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell cuando, al sintetizar y analizar la STEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, se refieren al control judicial de las detenciones como una garantía propia de una sociedad democrática apuntando que «La fiscalización judicial de las actuaciones policiales es un elemento esencial de la garantía del art. 5.3 CEDH concebida para reducir al mínimo el riesgo de arbitrariedad en las detenciones, siendo dicha fiscalización inherente a la preeminencia del Derecho como principio fundamental en una sociedad democrática». Cfr. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, op. cit., p. 361-362.

⁸³⁵ Cfr. SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6 y 153/1988, de 20 de julio, FJ 3, En concreto la primera, en cuanto a la asignación, hecha por el legislador, a los Juzgados Centrales de Instrucción para el conocimiento de la detención –caso de banda armada o elementos terroristas–, el TC señaló que aunque pueda implicar algunas dificultades para el justiciable, ello «no supone un obstáculo que impida el control judicial de esas detenciones, [...]».

Como señala el TEDH, el control judicial de cualquier intromisión en el derecho a la libertad personal a cargo de la autoridad administrativa, como es la detención preventiva, constituye un elemento clave de la garantía consagrada en el art. 5.3 CEDH⁸³⁶, cuya finalidad es minimizar el riesgo de arbitrariedad y asegurar el Estado de Derecho. En ese sentido el TEDH considera que la pronta y adecuada intervención judicial sirve para detectar y prevenir malos tratos que, como es sabido, su incidencia es mayor durante esta etapa de privación de libertad, así como cualquier otra conducta que represente un abuso de los poderes conferidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁸³⁷, conductas que no pueden tener lugar en ningún Estado democrático y que por tanto, están prohibidos por la CEDH —y cualquier instrumento de derecho fundamentales— en términos absolutos e inderogables⁸³⁸.

En consonancia con lo anterior, se resalta la importancia de que el control judicial cumpla dos requisitos: primero y antes que todo la celeridad, pues solo así se podrá satisfacer la finalidad de detectar eventuales conductas de malos tratos y mantener al mínimo cualquier injerencia injustificada a la libertad personal⁸³⁹. Segundo, el control judicial de la detención debe realizarse en todos los casos en que se pongan los detenidos a disposición judicial.

Para el TEDH, la naturaleza del control judicial⁸⁴⁰ en todos los casos con detenidos, se justifica también por la propia finalidad del mismo, ya que probablemente una persona que ha sido sometida a algún tipo de maltrato no se sienta en condiciones de solicitar que un juez revise su detención y las circunstancias de ésta. En similar sentido, otras categorías de personas vulnerables arrestadas, como quienes padecen algún tipo de discapacidad

⁸³⁶ Vid. SSTEDH *Assenov y otros v. Bulgaria*, 24760/94, Sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 146; *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párr. 76; *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre, párr. 58.

⁸³⁷ Vid. SSTEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 103; *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 62.

⁸³⁸ Vid. STEDH *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párr. 76.

⁸³⁹ Vid. STEDH *Ladent v. Polonnia*, 11036/03, Sentencia de 18 de marzo de 2008, párr. 73; *Mckay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 33.

⁸⁴⁰ Hay que subrayar, el Tribunal de Estrasburgo apunta que el control o la revisión judicial de la detención tiene una naturaleza automática en la medida en que su ejercicio no puede depender de la solicitud del detenido; y precisa que el art. 5.3 CEDH tiene por finalidad asegurar el control judicial pronto y automático de una detención policial o administrativa ordenada conforme a lo establecido por el art. 5.1(c) CEDH. Vid. SSTEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 3 de octubre de 2006, párr. 34; *Harkmann v. Estonia*, 2192/03, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 36.

mental, los menores de edad o aquellos que desconocen el idioma empleado por las autoridades⁸⁴¹, por lo general tampoco estarían en condiciones de solicitarlo, por tanto, si ésta garantía se sujetara a la solicitud del detenido, se frustraría la finalidad de la misma⁸⁴².

En ese orden de ideas, hay que subrayar, la intervención judicial para la revisión de la regularidad de la detención no puede hacerse depender de la petición por parte del detenido, porque si así fuera, la naturaleza garantista de esta medida se desvanecería y por tanto, dejaríamos de estar ante la garantía de control judicial derivada del art. 17.2 CE conforme al 5.3 CEDH; situándonos en aquella prevista por el art. 17.4 CE conforme al art. 5.4 CEDH, es decir, el procedimiento de habeas corpus⁸⁴³

En este sentido, ni del art. 17.2 CE ni del 5.3 CEDH, puede entenderse que pueda haber excepciones a la exigencia de que el Juez controle la regularidad de la detención; ni siquiera sobre la base de que una intervención judicial previa haya tenido lugar⁸⁴⁴; por tanto, no toda intervención judicial puede asimilarse a la garantía jurisdiccional que la Norma Fundamental, interpretada conforme al CEDH, reconoce al detenido preventivo.

Por último, debe distinguirse este derecho a la puesta a disposición judicial de la posibilidad que tiene el detenido, si es puesto en libertad para iniciar el proceso penal posterior si considera que su detención preventiva fue ilegal o arbitraria, situación que como ya se ha dicho reiteradamente queda fuera del presente trabajo.

f. Titularidad

El titular de las garantías derivadas de los arts. 17.2 CE - 5.1 (c) y 5.3 CEDH / 6 CDFUE y 9.3 PIDCP, es el detenido preventivo. En efecto, como titular del derecho reconocido en el primer apartado del artículo 17 CE⁸⁴⁵, concordante con los arts. 5.1 CEDH y 9.1PIDCP;

⁸⁴¹ Vid. SSTEDH *Ladent v. Polonia*, 11036/03, Sentencia de 18 de marzo de 2008, párr. 74; *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 34; *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 49.

⁸⁴² Vid. STEDH *Niedbala v. Polonia*, 27915/95, Sentencia de 4 de julio de 2000, párr. 50.

⁸⁴³ Vid. SSTEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 34; *Ladent v. Polonia*, 11036/03, Sentencia de 18 de marzo de 2008, párr. 74.

⁸⁴⁴ En este sentido, STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8, hay una intervención judicial para autorizar la prolongación de la detención, pero el TC la distingue de la puesta a disposición; STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4, aunque ante el Juzgado se instruyan diligencias previas en relación a unos hechos delictivos, si la detención la decide la policía, ésta tendrá carácter gubernativo. En similar sentido, STEDH *Bergmann v. Estonia*, 38241/04, Sentencia de 29 de mayo de 2008, párr. 45.

⁸⁴⁵ Vid. STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 4.

solamente él puede ser titular del derecho a que la detención dure el tiempo mínimo indispensable, esto es, solo por un plazo estrictamente necesario; así como de la garantía del control judicial que decida sobre su situación de libertad, si es que antes no la ha recuperado.

g. Ejercicio y límites

Procederemos ahora a hacer referencia a las características del ejercicio y los límites que tiene el derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas. Toda vez que se integra por dos garantías, estas se abordan de manera separada.

El derecho se ejercita desde el momento mismo de la privación de libertad. Para ello es necesaria la existencia de un registro donde figuren⁸⁴⁶: La fecha y hora de la detención, motivo de la misma, la identificación del detenido –nombre, referencia al documento de identificación, fecha de nacimiento, nacionalidad, si habla castellano—, los agentes intervinientes en la detención y custodia, el momento de entrada, si hubo revisión médica antes del ingreso a calabozo debe hacerse constar, las diligencias practicadas y las incidencias durante la custodia y traslados, fecha y hora de salida, motivo de la salida –puesta en libertad, puesta a disposición judicial, traslado definitivo a otro destino externo—.

Asimismo, debe sentarse una valoración sobre la peligrosidad o circunstancias especiales –p.e. enfermedades, si presenta signos de depresión o cualquier otro aspecto— que deban tenerse en cuenta para adoptar las medidas necesarias que permitan manejar dichas circunstancias mientras dure la privación de libertad. También debe hacerse constar si el detenido proviene de otra unidad policial –si figura o no ese registro—, la cadena de custodia, las anotaciones de entrada y salida del detenido, el número de atestado y la Unidad que lo tramita. Así, el registro es ineludible, sin éste, una persona podría ir pasando

⁸⁴⁶ Estas referencias las encontramos en la Instrucción 12/2009, del Secretario de Estado de Seguridad, por la que se regula el «Libro de registro y custodia de detenidos», de 3 de diciembre de 2009, especialmente disposiciones primera, segunda, quinta, sexta, decimosegunda. Y la Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», de 1 de octubre de 2015, especialmente disposición 3.b.

de comisaría en comisaría, sin que hubiera constancia de ello y haciendo ilusorio este derecho.

i) Ámbito Temporal

Se corresponde con el cómputo de los plazos que la integran, el cual ha de comenzar en el instante mismo de la privación de libertad, es decir, el primer momento de la detención preventiva: la aprehensión; y no en el momento en que se formalice de manera documental la situación de la privación de libertad unas horas más tarde, cuando el afectado se encuentre en dependencias policiales⁸⁴⁷. Y abarca hasta que el detenido es puesto en libertad o a disposición judicial que, como hemos dicho, jamás será después de que hayan transcurrido 72 horas, porque entonces la garantía desaparecería.

Además, como dichos plazos –absoluto y relativo—no siempre coinciden⁸⁴⁸, subrayando el carácter garantista de la Constitución, el TC ha sentado que el plazo relativo se superpone, sin remplazarlo, al plazo absoluto; es decir, tendrá preferencia aquél que resulte más beneficioso para el detenido⁸⁴⁹. Así pues, cuando se agotan las actuaciones de averiguación, el detenido, sin dilación, debe ser puesto en libertad o quedar a disposición de una autoridad judicial⁸⁵⁰.

Por tanto, esta garantía puede verse vulnerada no sólo por rebasarse el plazo máximo absoluto de las 72 horas, sino también cuando aún sin haber transcurrido tal plazo, se traspasa el relativo, esto es, cuando deja de ser necesaria la detención porque ya se han

⁸⁴⁷ Vid. STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7, el Tribunal diferencia el momento de la privación de libertad, al momento en que se formaliza documentalmente la situación de privación de libertad materializada con antelación; o SSTC 88/2011, de 6 de junio, FJ 2 y 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2, donde el Tribunal subrayó que el cómputo comienza desde el inicio de la detención que no tiene por qué coincidir necesariamente con el momento en que el detenido está en dependencias policiales. Como ejemplos, 1) STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3, la detención ocurrió sobre las 22:30 hrs del 23 de diciembre, pero se formalizó a la 1:34 hr. del 24 de diciembre, cuando el detenido había sido conducido a la comisaría; 2) STC 82/2003, de 5 de mayo, ANT. 2 a), al intentar huir de la policía, el detenido sufrió una caída que le provocó fuertes dolores en la zona lumbar; por ello fue inmediatamente llevado un centro médico y posteriormente ingresado en la unidad de detenidos del Hospital General de la ciudad, a las 13 hrs. de ese día se le comunicó su condición formal de detenido.

⁸⁴⁸ Como hemos dicho en la nota a pie 369, al referirnos a estos plazos, esta es la situación más común, incluso prevista por el constituyente, de lo contrario carecería de sentido establecer dos plazos diferenciados, Vid. STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3.

⁸⁴⁹ SSTC 23/2004, de 23 de febrero de 2004, FJ 2 y 31/1996, de 27 de febrero de 1996, FJ 8; 288/2000, de 27 de noviembre de 2000, FJ 3.

⁸⁵⁰ «convirtiéndose la detención gubernativa en una detención judicial, a todos los efectos y en los locales correspondientes». Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

efectuado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, pese a ello, el detenido permanece en custodia policial, sin que se proceda a su liberación o sin que sea puesto a disposición judicial⁸⁵¹.

En efecto, cuando la policía efectúa todas las diligencias de averiguación que estima necesarias, como son el interrogatorio del detenido y diversas comprobaciones⁸⁵², si no existen más circunstancias, la actuación de la autoridad policial solo puede ser: dejar a la persona en libertad o dirigirse a la autoridad jurisdiccional competente, porque llegado este momento la detención policial deja de tener fundamento constitucional⁸⁵³ y por ende, si se mantuviera al detenido bajo custodia gubernativa, la garantía temporal desaparecería, produciéndose una violación del derecho a la libertad personal.

Así pues, puede darse la hipótesis de que una detención preventiva sea plenamente lícita en su origen pero devenga contraria al art. 17.2 CE por desconocer la garantía temporal, esto es, al superarse el tiempo estrictamente necesario constitucionalmente establecido⁸⁵⁴ sin que se adopte con rapidez alguna de las medidas previamente mencionadas. Además, aunque parezca una obviedad, hay que precisar que la garantía temporal derivada del art. 17.2 CE ha de ser observada por autoridades policiales y judiciales, y ello ha de subrayarse porque en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede observarse que no son pocos los casos en los que es la autoridad judicial la que contraviene la garantía temporal⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ Cfr. SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3.

⁸⁵² Como por ejemplo las pesquisas sobre la identidad de otras personas que hubieran podido participar del hecho delictivo investigado. Vid. STC 288/2000, de 27 de noviembre, ANT. 2 d).

⁸⁵³ Cfr. SSTC 88/2011, de 6 de junio, FJ 3; 165/2007, de 2 de julio, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 4; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 4.

⁸⁵⁴ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 5. Igualmente, STEDH *Kandzhov v. Bulgaria*, 68294/01, Sentencia de 6 de noviembre de 2008, párr. 66. Cuando no existen dificultades especiales o circunstancias excepcionales que impidan a las autoridades presentar al detenido ante la autoridad judicial habrá vulneración del art. 5.3 CEDH.

⁸⁵⁵ Como botón de muestra: 1) STC 224/1998, de 24 de noviembre, ANT. 2, FJ 3. El recurrente fue detenido tras presentarse en la comisaría obedeciendo a una citación de policía con motivo de una denuncia presentada en su contra —y de otras personas— por los delitos de robo con violencia o intimidación; en ese momento fue detenido —domingo, 11:25 hrs— e informado de sus derechos; no consta en el atestado que se hubiera practicado ninguna diligencia para esclarecer los hechos, tampoco fue oído en declaración. Transcurridas 22 horas a partir de la detención, se solicitó al Colegio de Abogados la presencia de Letrado de oficio. Una vez en presencia del abogado de oficio se procedió a la lectura de derechos y a la toma de declaración; al concluir las diligencias de investigación que se estimaron necesarias se dio por terminada la actuación policial y se comunicó la detención al Juzgado de Instrucción que estaba en servicio de guardia; el

En síntesis, si no se observa la garantía temporal, la detención preventiva se convertirá en arbitraria porque, aún sin rebasar el máximo absoluto de 72 hrs., la prolongación más allá del tiempo estrictamente necesario para realizar las «oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido» – finalidad de la detención preventiva— se traduce en una restricción del derecho a la libertad personal que la Norma Fundamental no consiente⁸⁵⁶. Incluso en los supuestos previstos por el art. 55.2 CE para casos de bandas armadas y elementos terroristas⁸⁵⁷, este precepto permite, con la debida intervención judicial, una prolongación de la detención preventiva más allá de esas setenta y dos horas para la «realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»; así pues, constitucionalmente es posible permanecer, en situaciones excepcionales, bajo la custodia y a disposición de los Cuerpos de Seguridad del Estado⁸⁵⁸.

Juzgado negó la admisión de los detenidos indicando que la puesta a disposición se celebraría al día siguiente por la mañana, obligando así, el propio guardián de la libertad, a que la detención preventiva se prolongara unas horas más, consciente de que ya no había ninguna diligencia pendiente por practicar. Más aún, el representante legal del detenido, incoó procedimiento de habeas corpus en nombre de su representado, la policía corrió traslado de la solicitud y del atestado policial al Juzgado de Guardia, el cual como trámite único dio audiencia al Ministerio Fiscal y posteriormente denegó la solicitud ese mismo día lunes. Por consiguiente, la detención preventiva se prolongó otro día más, pasando el detenido otra noche más en comisaría; finalmente, se acordó su puesta a disposición judicial a la mañana del martes y tras realizarse así, el Juzgado de Instrucción de Sabadell acordó su puesta en libertad. Claramente la garantía temporal del detenido fue nulificada por todas las autoridades intervinientes. Primero la policía, puesto que en el momento de efectuar la detención únicamente informó al detenido de sus derechos, sin llevar a cabo durante ese día ninguna otra diligencia, espero hasta el día siguiente para solicitar el abogado del turno de oficio y una vez en presencia de éste, tomo declaración del detenido ¿cómo puede justificarse el lapso de casi un día entre el momento de la detención y la toma de declaración? ¿cuál era el efecto de mantener a la persona privada de libertad? El hecho de que al concluir las diligencias intentaran poner al detenido a disposición judicial, a nuestro parecer, no subsana una demora de 22 horas para realizar las diligencias de averiguación. Segundo, la autoridad judicial, escapa de toda lógica que la autoridad judicial ante la cual se pone a disposición un detenido, con desdén a la garantía temporal derivada de la Norma Fundamental, incumpla su función de verificar la legalidad de la detención –garantía jurisdiccional— ordenando que éste le sea presentado hasta el día siguiente. Un derecho tan sagrado como es la libertad personal, no puede someterse a horarios de oficina o trámites burocráticos. Además, insiste el juzgador en vulnerar el derecho a la libertad personal cuando, al recibir la petición de habeas corpus –actuando como juzgado de guardia— niega en *limine Litis* la solicitud; así que no conforme con haber incumplido la obligación del control judicial automático de la detención que se pone a disposición, incumplió la que le corresponde cuando el control judicial es solicitado a petición de parte, provocando así la vulneración del derecho a la libertad personal de manera doble. 2) STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9. El recurrente solicitó el habeas corpus cuando habían transcurrido más de 30 horas desde que finalizaran las diligencias policiales de investigación, es decir, el plazo estrictamente necesario, por lo que a todas luces su privación de libertad habría devenido en arbitraria; no obstante ello, el Juez denegó el habeas corpus solicitado con lo cual confirmó una privación de libertad contraria a derecho.

⁸⁵⁶ Vid. STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2; 250/2006, de 24 de julio, FJ 3.

⁸⁵⁷ Al respecto vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, op. cit., pp. 196-197.

⁸⁵⁸ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

Como es evidente, esta ampliación del plazo de detención deberá estar prevista legalmente, procurando conciliar, en medida de lo posible, el mandato constitucional de que la detención no dure más del tiempo estrictamente necesario y que tanto el art. art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE como el art. 9.3 PIDCP garantizan al señalar que la conducción del detenido ante la presencia judicial sea «en el plazo más breve posible»⁸⁵⁹ Pues bien, esta prolongación de la detención preventiva es la materialización de la suspensión individual –ex art. 55.2 CE— del derecho reconocido en el art. 17.2 CE, misma que considera el TC, no altera el significado procesal de la misma ni hace decaer, en principio, las demás garantías⁸⁶⁰.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que esta restricción constituye una situación excepcional al régimen ordinario de la detención preventiva, la abordamos como tal en el capítulo IV de este trabajo.

ii) Garantía Jurisdiccional

En este apartado nos referiremos al control jurisdiccional que se efectúa al concluir la actividad investigadora policial, dentro de los márgenes de temporalidad previamente descritos; como dijimos, desde el momento en que se dan por concluidas las investigaciones policiales necesarias para el esclarecimiento de los hechos en los que se sospecha que ha participado el detenido, deja de tener fundamento la detención bajo el control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁸⁶¹.

Entonces, concluidas las diligencias policiales de investigación que resulten necesarias, se extenderá una diligencia de terminación, en la que se hará constar que se da por concluido el atestado policial, y en caso de que haya elementos para considerar a la persona investigada como posible responsable se deberá remitir al Juzgado a cuya disposición se pone al detenido⁸⁶². Ahora bien, para constatar la efectividad del control judicial de la

⁸⁵⁹ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

⁸⁶⁰ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8. A mayor abundamiento *vid.* Capítulo IV, apartado B.2.c.ii) y iii)

⁸⁶¹ *Cfr.* SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 5.224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4.

⁸⁶² *Vid.* STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; STC 23/2004, de 23 de febrero, ANT. 2.

detención preventiva deberán satisfacer una formalidad procesal y una de carácter sustantivo⁸⁶³.

A) *Formalidad procesal*

Ésta concierne a la forma en la cual debe de realizarse el control que, salvo situaciones extraordinarias, habrá de ser de manera personal, es decir, el detenido tiene que ser escuchado por la autoridad judicial⁸⁶⁴.

En efecto, como regla general la puesta a disposición implicará la entrega física del detenido; aunque se reconoce que puede haber situaciones excepcionales en las que esta entrega resulte imposible, p.e. circunstancias geográficas o personales, como el caso de una detención en alta mar⁸⁶⁵ o cuando el detenido se encuentra hospitalizado⁸⁶⁶; en estos

⁸⁶³ Hay que señalar que tanto el CEDH como el PIDCP contemplan la posibilidad de que el detenido sea llevado ante un Juez o «ante otra autoridad habilitada por ley para ejercer poderes o atribuciones judiciales». Como esta cláusula ha llevado a distintas interpretaciones estatales sobre la autoridad que puede realizar dicho control y al alcance del mismo, el TEDH ha ido definiendo las atribuciones que debe tener la autoridad habilitada para estar en condiciones de llevar a cabo un auténtico control judicial efectivo. Por todas *vid.* STEDH *Schiesser v. Suiza*, 7710/76, Sentencia de 4 de diciembre de 1979. Ahora bien, en el caso español, a la luz de la Norma Fundamental, el control judicial de la regularidad de la detención sólo puede realizarlo el Juez; aunque ello no es óbice para tener en cuenta las formalidades que, conforme al TEDH, debe satisfacer este control judicial.

⁸⁶⁴ *Vid. mutatis mutandis* S TEDH *Niedbala v. Polonia*, 27915/95, Sentencia de 04 de julio de 2000, párr. 49; *Nikolova v. Bulgaria* [GS], 31195/96, Sentencia de 25 de marzo de 1999, párr. 49; *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 49.

⁸⁶⁵ Caso que motivara la emblemática STC 21/1997, de 10 de febrero, y que posteriormente llegó al TEDH motivando el asunto *Rigopoulos v. España* (Dec), 37388/97, de 12 de enero de 1999. En el contexto de este caso, el Alto Tribunal afirmó que la presencia física del detenido, aunque es idónea no es indispensable para que se entienda la puesta a disposición. Sin embargo, como señalábamos, se trataba de una detención practicada en alta mar, por lo que resultaba, física-material y geográficamente imposible presentar al detenido ante autoridad judicial; ante ello, antes de que transcurrieran la primeras 72 hrs de privación de libertad, el Juez, consciente de las circunstancias locales y temporales de imposibilidad para la presentación física del detenido y tras la valoración de los indicios de criminalidad que existían, acordó la prisión provisional; pero además hay que subrayar que cuando el detenido llegó a puerto español, tras haber estado un total de dieciséis días privado de libertad en alta mar, inmediatamente fue trasladado a la presencia de un Juez de Instrucción. Esto último fue de capital importancia para la valoración que posteriormente hiciera el TEDH y que lo llevó a desechar la demanda presentada.

⁸⁶⁶ *Vid.* STC 82/2003, de 5 de mayo, ANT. 2, 6 a), FJ 4. Cuando el detenido fue puesto a disposición judicial – 18 de diciembre 2001— se encontraba hospitalizado en la unidad de detenidos del nosocomio, por tanto tal puesta a disposición fue únicamente mediante la entrega del atestado, pues su condición de salud le impedía la presentación física; en la diligencia de entrega se hacía indicación expresa de que el detenido se encontraba ingresado en el módulo de detenidos del Hospital. En este caso lo normal hubiera sido que se trasladase una comisión judicial –Juez de Instrucción, Secretario judicial y letrado, de oficio o voluntariamente designado— al lugar donde se encontraba el privado de libertad para la comparecencia. No obstante, ello no sucedió y no fue sino hasta transcurridos 16 días tras la puesta a disposición, que dicha comisión judicial se personó en la sala de detenidos del hospital donde la persona se encontraba privada de libertad. Pese a tal demora, en la fecha de la comparecencia –3 de enero de 2002—, el Juez de Instrucción tomo declaración del privado de libertad en calidad de imputado y en auto de misma fecha acordó la prisión

casos habrá una entrega simbólica o una puesta a disposición sin entrega física, aunque ello no debe ser óbice para que el juzgador cumpla su obligación de, tras analizar el material que tiene frente a sí, decidir sobre la situación jurídica del detenido, dejándolo en libertad o elevando la detención a prisión⁸⁶⁷.

Así las cosas, hay que decir que por lo general, el TC no acepta puestas a disposición sin la presencia física del detenido, siendo que cuando no ha ocurrido así, ha encontrado vulneración al art. 17.2 CE por prolongaciones innecesarias de la custodia policial⁸⁶⁸.

B) Formalidad sustantiva

Esta comprende la materia objeto del control, es decir la legalidad o regularidad de la detención, analizando la existencia de indicios racionales de la participación del detenido en el hecho que se investiga y las condiciones de la detención. La verificación de estos elementos permitirá que quien realice el control judicial tome una decisión sobre la situación personal del detenido: ordenar su libertad o reclusión⁸⁶⁹, independientemente de que se inicie una etapa procesal.

provisional comunicada sin fianza; ante tal decisión se interpuso recurso de reforma, que fue desestimado el 17 de enero de 2002; contra el cual se interpuso recurso de apelación, igualmente desestimado el 19 de febrero de 2002. La justificación que la autoridad judicial pretendía hacer valer en cuanto a la tardanza –18 de diciembre al 03 de enero— para decidir sobre la situación jurídica del detenido fue, que en la carátula del atestado policial entregado en la puesta a disposición, no constaba la circunstancia de que se hallaba detenida una persona, o la ausencia de una manifestación verbal de la Guardia Civil de que ponía a disposición del Juzgado a una persona. Sin embargo, como señalara el Ministerio Fiscal, tal circunstancia era susceptible de conocerse con la lectura de los únicos cinco folios que conformaban el atestado o, como mínimo, de la diligencia final de entrega. En este sentido hay que insistir en subrayar que el control que amerita la privación del derecho a la libertad no puede quedar sujeto a requisitos formales o burocráticos.

⁸⁶⁷ En este sentido recordamos que, como lo sostuviera un Ministerio Fiscal, el Juez a cuya disposición se pone un detenido, está obligado a tomar decisiones inmediatas sobre la situación personal de aquél; el legislador constitucional no ha querido que permanezca privada de libertad ninguna persona que tenga una expectativa de ser libre. Además, el Alto Tribunal ha recordado que una vez que el detenido es puesto a disposición judicial, dentro de la temporalidad marcada por el art. 17.2 CE, el Juez cuenta con un plazo legal –arts. 497 y 504 *bis* 2 LECrim [el segundo actualmente derogado]—de setenta y dos para que tome alguna decisión sobre la libertad o prisión de detenido. *Vid.* STC 82/2003, de 5 de mayo, ANT. 6 c), FJ 5.

⁸⁶⁸ Prueba de ello es la STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, en este caso según lo documentado en actuaciones, las investigaciones habían concluido por la tarde del 24 de diciembre «extendiéndose diligencia en la que se hace constar que en ese momento se da por terminado el atestado policial, que se remite al Juzgado de detenidos núm. 1, a cuya disposición pasa también el detenido [...]. Sin embargo, pese a lo que se hace constar en la diligencia de remisión del atestado policial, lo cierto es que el detenido [...] no fue puesto a disposición de la autoridad judicial hasta las 9 horas del día 25 de diciembre[...]», por lo que el TC señaló que desde el momento en el que se dieron por concluidas las investigaciones policiales necesarias para el esclarecimiento de los hechos, careció de fundamento la detención bajo el control de los agentes de policía, por lo que esta privación de libertad devino en inconstitucional.

⁸⁶⁹ En este sentido *vid.* STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 5. Al recordar el plazo legal con que cuenta la autoridad judicial para tomar una decisión sobre la libertad o prisión del detenido que se pone a disposición. También

Para ello, el Juez deberá contar con el atestado policial pues a partir de dicho atestado, podrá verificar o controlar todas las circunstancias de la detención, esto es, la hora de la detención⁸⁷⁰, los méritos de la misma, que el detenido haya sido informado de sus derechos—acta de información de derechos—, que éstos hayan sido respetados, que tenga conocimiento de los hechos que motivaron la detención, las condiciones de salud⁸⁷¹ en las que se encuentra y las que tenía al momento de quedar bajo custodia policial —parte facultativo de los reconocimientos médicos— y verificar la actividad investigadora realizada por la policía —identificación del detenido, declaración de éste y de los posibles perjudicados, entre otras—. Pero para que dicho control sea completo y efectivo, idóneamente, también deberá tener ante sí al detenido; pues es difícil concebir la «puesta a disposición» sin la presencia física del privado de libertad⁸⁷².

Por otro lado, habíamos señalado que el control judicial debe caracterizarse por ser sin dilación. En ese sentido, no es permisible que éste se sujete a horarios laborales o a acuerdos de colaboración entre las autoridades policiales y judiciales. Y esto es importante subrayarlo porque no son pocos los casos en los que debido a acuerdos de conducción de

SSTEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 47; *Krejčíř v. República Checa*, 39298/04; 8723/05 Sentencia de 26 de marzo de 2009, párr. 89. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas subraya que una vez que el detenido se encuentra en presencia judicial, éste debe decidir si el detenido es puesto en libertad o permanece en reclusión preventiva —prisión provisional, en nuestro ordenamiento—mientras continúa la investigación o está en espera de juicio. A juicio del Comité, si no se optara por la puesta en libertad y en su lugar se determinase la reclusión preventiva, ésta no debe implicar la vuelta a dependencias policiales, sino el ingreso en dependencias distintas bajo una autoridad diferente, donde los riesgos que corren los derechos de la persona detenida puedan ser mitigados con mayor facilidad. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 36.

⁸⁷⁰ Atendiendo a que la detención preventiva es una situación fáctica, es trascendente saber la hora exacta en la que ésta tiene lugar, a los efectos de verificar la adecuación de la misma a las garantías constitucionales. *Vid.* STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 3.

⁸⁷¹ Puede ser el caso, de que inmediatamente después de la aprehensión se conduzca al detenido a revisión médica y, si el caso lo amerita, quede hospitalizado en situación de detención preventiva, *vid.* STC 82/2003, de 5 de mayo. Puede ser también, que tras la aprehensión sea conducida a las dependencias policiales y que a petición sea trasladado a un centro de salud por requerir asistencia facultativa, *vid.* STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 3.

⁸⁷² En este sentido el intérprete del PIDCP puntualiza que este control se caracteriza por la comparecencia física del detenido ante el juez, ya que esta permite que se le pregunte sobre el trato recibido durante la privación de libertad, de tal forma que constituye una garantía para el derecho a la seguridad personal y la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 34.

detenidos, la puesta a disposición se prorroga hasta al día siguiente, quedando la persona afectada privada de su libertad solamente en espera de ser escuchada por el juez⁸⁷³.

⁸⁷³ En este sentido sirvan de ejemplo: 1) STC 165/2007, de 2 de julio, ANT. 2, FJ 3, la detención tuvo lugar entre las 00:15 y las 2:10 hrs de un 5 de abril, imputándosele la presunta comisión de delito de resistencia y desobediencia grave a los agentes de la autoridad –funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía—, se realizó el traslado a dependencias policiales, fue tomada la identificación, la reseña dactiloscópica y fotográfica y posteriormente la declaración con asistencia de letrado, concluyendo las diligencias a las 12:00 hrs. de ese mismo día, disponiéndose en la diligencia de remisión que se acordaba el cierre de las actuaciones y ordenándose la entrega del atestado y puesta a disposición judicial. Sin embargo, a la detenida se le comunicó que la puesta a disposición se haría efectiva hasta el día siguiente, 6 de abril, porque solamente se realiza una conducción de detenidos al día, a las nueve de la mañana. En este caso, la autoridad policial señaló que existía un «Protocolo de colaboración entre los Juzgados y las Fuerzas y Cuerpos de seguridad» por medio del cual se establecía como «pauta general una única conducción diaria de detenidos al Juzgado de guardia de Detenidos, antes de las 9:30 hrs.» Para el TC tal circunstancia no puede justificar en principio un alargamiento desproporcionado del periodo de detención.

2) STC 88/2011, de 6 de junio, ANT. 2, FJ 3. La persona fue detenida en la madrugada del 6 de julio, se realizaron las diligencias de identificación y reseña dactiloscópica, lectura de derechos, en presencia de abogado de oficio fue oída en declaración sobre las 10:50 de ese mismo día, se acogió a su derecho a no declarar y hacerlo en presencia judicial; como fue informada de que permanecería detenida hasta el día siguiente porque las conducciones de detenidos al Juzgado de guardia solo se hacen una vez en las primeras horas de la mañana, formuló solicitud de habeas corpus misma que fue denegada señalando que «la detención es conforme a Derecho, al existir indicios de la comisión de un posible delito de [...] que legitima la detención policial, dada la flagrancia del hecho, conforme el art. 492.1 en relación con el 490. De la *[LECrim]*. Lo que se alega por el solicitante de habeas corpus es que en Comisaría tienen un tiempo prefijado para pasar a disposición judicial al detenido, pero, sin perjuicio de la valoración probatoria que en su caso pudiera efectuar el órgano enjuiciador, lo cierto es que existen indicios, derivados de la unidad de actuación, para atribuir a este detenido la comisión del delito citado. En todo caso, basta la existencia de tales indicios para justificar la detención, [...]» este auto que fue notificado a la detenida por fax, por lo que permaneció en dependencias policiales en calidad de detenida un día más, a pesar de que ya se habían practicado todas las diligencias de averiguación.

3) STC 224/2002, de 25 de noviembre, ANT. 3, FJ 4, donde la Policía Nacional detuvo, en la noche de un 23 de diciembre, a una persona por daños graves y amenazas; en la mañana del día siguiente, 24 de diciembre, se le tomó declaración asistido de letrado, tras dicha diligencia se constató que ya no había ninguna otra pendiente por desahogar y por eso se solicitó que el detenido fuera puesto a disposición judicial. Sin embargo, los funcionarios policiales señalaron que el día 24 solo se realizaba una conducción, la cual ya había tenido lugar a las 8 hrs de ese día; por lo que resultaba altamente probable que la puesta a disposición judicial fuera hasta las 8 hrs del día siguiente, 25 de diciembre. Ante ello, en la tarde del 24 de diciembre, el abogado del detenido incoó el procedimiento de habeas corpus, que fue recibido por el Juzgado de Instrucción Nº 1 de Barcelona en funciones de Guardia, respecto al cual dictó auto declarando no ha lugar. Así, tal y como lo sugirieran los policías, el detenido permaneció en tal condición hasta las 9 horas del día 25 de diciembre, y tras su puesta a disposición, el Juzgado de Instrucción que actuaba en funciones de Guardia acordó su puesta en libertad. Como vemos, tras haberse practicado las diligencias, el detenido permaneció más de 12 horas privado de su libertad solo en espera del control judicial automático, control que además quiso acelerar a través del habeas corpus siéndole negada tal oportunidad.

4) STC 288/2000, de 27 de noviembre, ANT. 5, 2). Al efectuarse la detención del afectado ya habían sido practicadas todas las pesquisas policiales tendentes al esclarecimiento del hecho delictivo – los participantes del mismo estaban identificados y a todos se les habían tomado declaración, los denunciantes habían sido escuchados— y la diligencia de declaración del recurrente concluyó antes de las 14 hrs. del día de la detención, en ese momento se extendió la diligencia de terminación y remisión al Juzgado con la puesta a disposición del detenido. No obstante ello, el detenido fue puesto a disposición judicial hasta el día siguiente, la única razón o causa que eventualmente podría explicar tal demora en la puesta a disposición judicial del detenido era que la organización del Juzgado de guardia y la de las conducciones de detenidos desde las dependencias policiales tuvieran establecido un horario de entregas, p.e. antes de las 14 hrs de cada día, por

La existencia de acuerdos de colaboración entre autoridad policial y judicial no debería entorpecer o dilatar la duración de la detención estableciendo una única franja horaria para la entrega física del detenido, pues evidentemente cada detención preventiva está rodeada de circunstancias fácticas y temporales que a lo único que deben sujetarse, desde la perspectiva constitucional, es al cumplimiento efectivo de las garantías que la rodean⁸⁷⁴, entre las que se encuentra la garantía temporal.

Lo anterior no sugiere que dichos acuerdos no existan, antes al contrario, puesto que los mismos bien pueden prever cómo se realizará la entrega durante las 24 horas del día⁸⁷⁵, sobre todo cuando se trate de horarios y/o fechas especiales, p.e. durante la madrugada, fines de semana o días feriados⁸⁷⁶. Sin embargo, ningún protocolo o acuerdo para la entrega de detenidos puede justificar un alargamiento de la detención preventiva, menos aun cuando se presenta alguna solicitud de habeas corpus para acelerar la presentación y éste es denegado⁸⁷⁷. La detención preventiva debe concluir cuando se terminan las investigaciones policiales.

En ese sentido, el TC considera que la existencia de protocolos de colaboración con la finalidad de ordenar el traslado de los detenidos, no es del todo incompatible con la exigencia constitucional de no prolongar la detención de manera indebida, pues éstos bien pueden existir siempre que su aplicación se haga de manera razonada y tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, y sobre todo si incluyen alguna

lo que, al concluirse un atestado a esa hora —o posteriormente— la conducción tendría que efectuarse al día siguiente. Sin embargo, aun en ese supuesto, la organización de los servicios de los Juzgados de guardia y de conducciones policiales, no podría justificar la prolongación de una detención preventiva, pues tal limitación no se contempla ni en el art. 17 CE, ni en la legislación de desarrollo. 5) STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 4. Las diligencias policiales concluyeron a las 20:30 hrs del día de la detención, sin embargo el detenido fue retenido en dependencias policiales hasta el día siguiente en que fue puesto a disposición del Juzgado de Guardia, el cual, tras escuchar su declaración, decretó su libertad sin fianza. En este caso la detención habría quedado sin fundamento legal a partir de las 20:30 hrs, ya que la policía ni lo dejó en libertad ni lo puso a disposición judicial.

⁸⁷⁴ Vid. STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3)

⁸⁷⁵ En este sentido, STC 165/2007, de 2 de julio, FJ.3, el protocolo de colaboración en el cual el instructor policial pretendía justificar la demora en la entrega del detenido, no excluía la presentación de detenidos ante el Juez de Guardia en hora distinta a la pre-establecida como pauta general —9:30 hrs—, por el contrario, reconocía que el Juzgado de Instrucción de Guardia podía recibir detenidos durante las 24 horas cuando las circunstancias así lo aconsejasen.

⁸⁷⁶ En efecto, los días de descanso no pueden justificar un incumplimiento de la exigencia de celeridad en la presentación ante el Juez ex art. 5.3 CEDH. Vid. STEDH *Moulin v. Francia*, 37104/06, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 49.

⁸⁷⁷ Vid. STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3; 88/2011, de 6 de junio, FJ 3; 165/2007, de 2 de julio, FJ3.

disposición en donde además de los horarios prefijados se prevea la presentación de un detenido ante el Juez de guardia en una hora distinta a la establecida como habitual⁸⁷⁸, no será lo mismo retrasar la presentación unas pocas horas que posponerla hasta el día siguiente.

Así las cosas, al ser el Juez el guardián natural de la libertad, éste debe conducirse con el mayor de los cuidados para verificar de manera efectiva la legalidad de la detención, tanto en su procedencia como en sus condiciones. Y en ese sentido, especial atención merece el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos para la definición de la situación jurídica del detenido, pues de no observarse se provocará, por parte del órgano de control⁸⁷⁹, una afectación a la garantía genérica del art. 17.1 CE en la medida en que la privación de libertad dejaría de tener sustento legal⁸⁸⁰.

Por último, atendiendo a las formalidades procesal y sustantiva del control judicial, no deben confundirse las intervenciones judiciales que pueda haber durante el transcurso de la detención preventiva con la puesta a disposición judicial.

En efecto, si en el marco de unas diligencias previas incoadas en un juzgado con respecto a unos hechos delictivos tiene lugar una detención, ésta no dejará de tener carácter policial a menos que hubiera sido el juez quien la ordenara, al respecto el TC diferencia la simple información que el Juez puede tener de los hechos que se investigan y de alguna detención que se practique, de lo que verdaderamente implica la puesta a disposición, señalando que ésta se traduce en el dominio del hecho de la privación de libertad, de la suerte final del detenido y, en definitiva, en la responsabilidad sobre la situación personal del privado de libertad⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ Vid. SSTC 88/2011, de 6 de junio, FJ 3, 165/2007, de 2 de julio FJ 3, con especial referencia la cláusula que preveía la entrega de detenidos al Juzgado de Instrucción de Guardia durante las 24 horas cuando las circunstancias así lo aconsejen.

⁸⁷⁹ En este sentido, *vid.* STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 5. En el caso, cuando el órgano judicial definió la situación de la persona privada de libertad decretando la prisión comunicada, lo hizo después de 16 días de haber sido puesto a disposición, es decir, habiendo excedido el plazo legal con que cuenta para adoptar tal decisión, provocando con ello una lesión al derecho a la libertad, pues al momento de definir la situación, el privado de libertad ya no se encontraba en una situación de detención preventiva, si bien esa habría sido su situación inicial, debido a su prolongación excesiva, ésta habría devenido en una atípica privación de libertad carente de fundamento legal.

⁸⁸⁰ Al respecto, *vid.* SSTC 99/2006, de 27 de marzo, FJ 4; 121/2003, de 16 de junio, FJ 2.

⁸⁸¹ Vid. STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

Y ello es así, porque mientras una persona permanece en custodia policial, las fuerzas actuantes realizaran sus actividades de investigación y puede ser el caso que alguna de éstas implique la afectación a algún derecho fundamental del detenido, por tanto deberá requerirse la autorización judicial⁸⁸²; pero tal intervención judicial autorizando la actuación policial para el desahogo de una concreta diligencia de investigación, no implica ni puede asumirse como que aquélla tuviera el dominio de la detención.

En similar sentido podemos referirnos a la prolongación de la detención preventiva que, como se trata de una restricción de derechos fundamentales, debe ser autorizada por una autoridad judicial, de tal suerte que existirá una intervención judicial con relación a la detención preventiva; sin embargo la misma no tiene la amplitud necesaria que permitiría identificarle con la puesta a disposición judicial, pues sólo se hace para consentir la prolongación de la duración de la detención bajo la custodia y disposición de los Cuerpos de Seguridad de Estado para la realización de averiguaciones⁸⁸³, sin que concurren otros elementos esenciales que caracterizan a la puesta a disposición, como la inmediación con la toma de declaración del detenido.

Por ello, al concluir esa detención preventiva –prolongada– seguirá existiendo la obligación de poner al detenido a la disposición judicial, dejando así de ser una medida policial para convertirse en una medida judicial⁸⁸⁴.

En el mismo sentido el TEDH ha señalado que el hecho de que una persona tenga acceso a una autoridad judicial no es suficiente para satisfacer el cumplimiento del control judicial previsto por el art. 5.3 CEDH, éste solo podrá ser efectivo si el control judicial de la detención policial o gubernativa –art. 5.1(c) CEDH– tiene lugar de manera rápida y automática; además, de la dicción del art. 5.3 CEDH y de su objeto y propósito se hace

⁸⁸² En este sentido recordamos la STC 82/2003, donde el mismo día de la detención policial, el Juzgado de guardia dictó autos en los que se acordaron la incoación de diligencias previas y la apertura de una maleta que la Guardia Civil le había intervenido al detenido, dentro de la cual se encontraron sustancias identificadas como hachís y cocaína. STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 4.

⁸⁸³ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

⁸⁸⁴ Vid. *Ídem*, FJ 8.

evidente que éste implica una exigencia procesal: el juez realmente deberá escuchar a la persona detenida⁸⁸⁵ y tomar una decisión.

A la luz de todo lo anterior, bien puede entenderse por qué el Alto Tribunal subraya que la puesta a disposición de la autoridad judicial implica que el Juez asuma el dominio del hecho de la privación de libertad o la suerte final del detenido⁸⁸⁶.

Por todo lo expuesto, atendiendo a los intereses que están en juego, el control judicial es de vital importancia para asegurar la libertad y la situación personal del detenido preventivo, y por ello su existencia resulta imprescindible en un Estado democrático de Derecho. Si acaso se permite algún retraso en su aparición, pero esto se limita a situaciones excepcionales de suspensión de derechos, sea por virtud del art. 55 CE o con motivo de la cláusula de derogación del art 15 CEDH, y siempre que existan ciertas garantías en favor del detenido que permitan contrarrestar, en medida de lo posible, la demora en la puesta a disposición judicial⁸⁸⁷.

Así, podemos concluir señalando que el Derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas, está destinado a asegurar que la duración de la privación de libertad sea limitada al tiempo estrictamente necesario y proporcionar certidumbre sobre el tope máximo de duración; así como a disminuir el riesgo de arbitrariedades al derecho a la libertad y a cualquier otro tipo de afectación a algún otro derecho de la persona detenida –p.e. integridad, intimidad— que, como es sabido, resulta inaceptable en un Estado democrático de Derecho y cuya prohibición se desprende en sentido estricto de la Norma Fundamental y del CEDH.

⁸⁸⁵ Vid. SSTEDH *De Jong, Baljet y Van Den Brink v. Países Bajos*, 8805/79; 8806/79; 9242/81, Sentencia de 22 de mayo de 1984, párr. 51; *Moulin v. Francia*, 37104/06, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrs. 46, 50; *Medvedyev y otros v. Francia* [GS], 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010, párrs. 118, 121, 122.

⁸⁸⁶ Cfr. STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

⁸⁸⁷ En este sentido vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre y STEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993. Sobre este tema profundizamos en el capítulo IV.

6. Derecho de acceso a un procedimiento de revisión judicial de la detención: Habeas Corpus

a. Marco Constitucional

Artículo 17 CE

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. [...]

Artículo 5 CEDH

4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

Artículo 6 CDFUE⁸⁸⁸

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

Artículo 9 PIDCP⁸⁸⁹

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

b. Estructura

Del art. 17.4 CE se desprende que el acceso al procedimiento de habeas corpus tiene la estructura de un derecho público subjetivo, al ser configurado como un procedimiento al que todo detenido tiene derecho, respecto al cual, no sólo se ordena al legislador que actúe

⁸⁸⁸ Como hemos venido señalando, el artículo 6 CDFUE se corresponde con el contenido —mismo sentido y alcance— del art. 5 CEDH. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 6—Derecho a la libertad y a la seguridad.

⁸⁸⁹ *Vid. supra* nota a pie 415 de este capítulo.

desarrollando una ley que lo regule, sino que también a tomar todas las medidas necesarias para que sus disposiciones sean reales y efectivas⁸⁹⁰.

Si el artículo 17.4 CE se lee conforme a los artículos 5.4 CEDH y 9.4 PIDCP, podemos confirmar lo anterior y agregar que la autoridad judicial que reciba al detenido tiene que pronunciarse rápidamente sobre la legalidad de la detención y, si procede, ordenar la recuperación de la libertad. Con ello, podemos constatar la especificidad de este procedimiento: sólo juzgará sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad, sin otra consecuencia que su terminación o la modificación⁸⁹¹ de ésta.

A la luz del art. 17.4 CE, conforme a los arts. 5.4 CEDH y 9.4 PIDCP⁸⁹², este procedimiento cumple la función de producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida que alegue serlo ilegalmente, es evidente que podrán ser materia de este procedimiento todos los supuestos en los que se produce una privación de libertad no acordada por una autoridad judicial ⁸⁹³, quedando excluidas del mismo aquellas privaciones de libertad que hayan sido decididas judicialmente.

Así las cosas, bien puede afirmarse que este precepto reconoce el derecho de todo detenido preventivo a buscar activamente la revisión judicial para cuestionar la legalidad de su detención⁸⁹⁴, y tal revisión es la que adopta la forma de procedimiento que versará sobre las condiciones procesales y sustantivas que resulten esenciales para valorar la legalidad⁸⁹⁵ de la detención en el sentido del art. 17 CE, conforme al art. 5.1 CEDH.

En ese sentido, aunque la Norma Fundamental prevé que este procedimiento produce la puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, tal adjetivación debe

⁸⁹⁰ En similar sentido, Gimeno Sendra ha señalado que el habeas corpus constituye, de un lado, un derecho público subjetivo constitucional y de otro, un procedimiento penal especial. *Vid.* GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 2ª ed, 1996, p. 39 y ss.

⁸⁹¹ *Vid.* STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 4.

⁸⁹² Para el intérprete del Pacto esta disposición consagra el principio de habeas corpus. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 39.

⁸⁹³ *Cfr.* STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 2.

⁸⁹⁴ *Vid.* SSTEDH *Mooren v. Alemania* [GS], 11364/03, Sentencia de 9 de julio de 2009, párr. 106; *Rakevich v. Rusia*, 58973/00, Sentencia de 28 de octubre de 2003, párr. 43. En similar sentido, el intérprete del PIDCP considera que el apartado 4 del artículo 9 del tratado consagra el derecho de toda persona privada de libertad, en detención o prisión, a recurrir ante un Tribunal a fin de que éste decida, a la brevedad posible, sobre la legalidad de la privación de libertad y, en su caso, ordene la puesta en libertad. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 39.

⁸⁹⁵ *Vid.* SSTEDH *Idalov v. Rusia* [GS], 5826/03, Sentencia de mayo de 2012, párr. 161; *Reinprecht v. Austria*, 67175/01, Sentencia de 15 de noviembre de 2005, párr. 31.

entenderse, como el TC lo hace, en el sentido de que puede acudir al mismo toda persona privada de libertad que considere que lo ha sido ilegalmente⁸⁹⁶; y a ello acude, a cuestionar la legalidad de su detención y es, precisamente la valoración sobre la legalidad de la privación de libertad, lo que será el objeto mismo del procedimiento.

La nota de rapidez de este procedimiento no es exclusiva para la puesta a disposición judicial—inmediatamente, dice el art. 17.4 CE— pues tomando en cuenta el art. 5.4 CEDH también implica que el órgano judicial decisor se pronuncie con rapidez, en un breve plazo, lo que implica que el detenido tiene derecho no sólo a un acceso rápido a la autoridad judicial, sino también a que la decisión judicial sobre la legalidad de la detención sea expedita⁸⁹⁷. En ese orden de ideas, el TC lo destaca como un medio de defensa que permite hacer cesar de manera inmediata las situaciones irregulares de privación de libertad⁸⁹⁸.

La valoración de la legalidad implicará una revisión no sólo de los méritos de la detención, sino también de la observancia de los derechos que tiene el detenido con motivo de la detención preventiva, por ello el TC también reconoce al procedimiento de habeas corpus como un medio de defensa de los demás derechos sustantivos reconocidos en el resto de apartados del art. 17 CE⁸⁹⁹ y dado que dichos derechos son, en conjunto, garantías del derecho a la libertad, su afectación redundará en una vulneración del derecho fundamental a la libertad personal que de manera genérica consagra el art. 17.1 CE⁹⁰⁰.

Por lo anterior, el TC señala que este procedimiento supone una garantía reforzada del derecho a la libertad⁹⁰¹, una garantía procesal⁹⁰² que salvaguarda tanto a la libertad en sí

⁸⁹⁶ Entre otras, SSTC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2a); 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3 a); 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3 a); 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 31/1985, de 5 de marzo, FJ 2;

⁸⁹⁷ Al respecto *vid.* SSTEDH *Idalov v. Rusia* [GS], 5826/03, Sentencia de mayo de 2012, párr. 154; *Baranowski v. Polonia*, 28358/95, Sentencia de 28 de marzo de 2000, párr. 68. En el mismo sentido el intérprete del PIDCP señala que el apartado 4 del artículo 9 no solo implica el derecho a acudir al control judicial, sino también a la resolución sin demora, el procedimiento referido en este precepto tiene que resolverse lo más rápidamente posible. *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, *op. cit.*, párr. 47.

⁸⁹⁸ *Vid.* STC 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5

⁸⁹⁹ *Vid.* SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 21/1996, de 12 de febrero, FJ 5; 98/1986, de 10 de julio, FJ 1.

⁹⁰⁰ *Cfr.* STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 5.

⁹⁰¹ *Vid.* SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3; 94/2003 de 19 de mayo, FJ 3; 122/2004 de 12 de julio, FJ 3; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 250/2006, de 24 de julio, FJ 2.

⁹⁰² En este sentido, SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 6; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 6; 66/1996, de 16 de abril, FJ 5 B); 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.

misma, como al resto de garantías de ésta y que se establecen como derechos sustantivos en el art. 17 CE⁹⁰³. Así bien, dado que el procedimiento versa sobre la regularidad o legalidad de la detención y, en ese contexto, sobre el resto de derechos sustantivos previstos en el art. 17 CE, el Alto Tribunal lo identifica como un instrumento de naturaleza judicial, un proceso, de «cognición limitada»⁹⁰⁴.

A lo anterior hay que sumar la importancia del procedimiento de habeas corpus, en la medida en que no sólo es garantía reforzada que tutele un derecho fundamental de la persona, sino que ese derecho fundamental es, a la vez, un valor superior del ordenamiento jurídico⁹⁰⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos referirnos al habeas corpus como un procedimiento de origen constitucional, ágil y sencillo de cognición limitada; pero de calidad e intensidad trascendentes, en la medida en que implica el derecho de toda persona detenida a acceder a un control judicial expedito de la detención⁹⁰⁶; que evidencia

⁹⁰³ Vid. STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2; 250/2006, de 24 de julio, FJ 2)

⁹⁰⁴ STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4.

⁹⁰⁵ Vid. STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

⁹⁰⁶ En este sentido, SSTC 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4. Por otro lado, creemos oportuno mencionar, que el Alto Tribunal tuvo ocasión de decir respecto a este precepto constitucional que «no contiene propiamente un derecho fundamental sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes», garantía que se salvaguarda tanto mediante la obtención de una resolución de fondo como una liminar de rechazo a trámite del incidente, ambas debidamente fundadas. Vid. STC 44/1991, de 25 de febrero, FJ 2. A nuestro parecer, con el mayor de los respetos para el Alto Tribunal, tal declaración es una fuente de confusiones; por un lado creemos, como sostenemos en el cuerpo del trabajo, que el procedimiento de habeas corpus —quizá no sea pero indudablemente— implica un derecho fundamental de todo detenido preventivo: el derecho a buscar activamente la revisión judicial para cuestionar la legalidad de su detención y a tener una respuesta judicial rápida, esto es así, si entendemos el art. 17.4 CE conforme al art. 5.4 CEDH, siguiendo lo preceptuado por el art. 10.2 CE. Por otro lado, un sinnúmero de demandas de amparo que se quejan del rechazo liminar del habeas corpus, se basan en el art. 17.4 CE junto con el art. 24.1 CE por no contar con una decisión judicial debidamente motivada, lo que ha llevado al TC a declarar que, pese a que haya señalado que el art. 17.4 CE no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional resultante de la tutela judicial efectiva, el canon para analizar la resolución judicial de habeas corpus no es el de la tutela judicial, sino que la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, por ser tal derecho el que está en juego considerando, en consecuencia, que la eventual ausencia de motivación suficiente y razonable de la decisión judicial no supondría un problema de falta de tutela judicial propio del art. 24.1 CE sino una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, dado que la suficiencia o razonabilidad de la resolución judicial de la garantía constitucional del procedimiento de habeas corpus forma parte de esa garantía. Por tanto, ahora es de la opinión, de que la invocación de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de un procedimiento de habeas corpus es redundante con el art. 17, apartados 1 y 4 CE, porque aquélla supondría el incumplimiento por parte del órgano judicial de lo previsto en el art. 17.4 CE, lesionando así el derecho a la libertad personal previsto en el art. 17.1 CE. Al respecto, *vid.* SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 2; 122/2004, de 12 de julio, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 2.

la pretensión de la Norma Fundamental y de otros instrumentos de derechos fundamentales, de que las privaciones de libertad cuenten con un control judicial plenamente efectivo⁹⁰⁷. Así, podemos diferenciar entre el habeas corpus como procedimiento y el acceso a él como derecho.

c. Función

Tanto el TC como el TEDH, señalan que este procedimiento se encuentra en íntima conexión con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 17 CE y 5 CEDH, respectivamente; en cuanto ambos sientan claramente el reconocimiento y obligación de observar el principio de legalidad de toda privación de libertad ⁹⁰⁸; en ese sentido, el derecho del detenido a la revisión de la legalidad de su detención debe ser no solo a la luz de los requerimientos de derecho nacional, sino también teniendo en cuenta los que deriven del CEDH⁹⁰⁹ y de la CDFUE.

En ese orden de ideas, el Alto Tribunal destaca que en la exposición de motivos de la Ley que regula el procedimiento de habeas corpus, se establece su finalidad fundamental: la verificación judicial de la legalidad y condiciones de la detención, en un procedimiento ágil, sencillo, sin complicaciones innecesarias, que permita el acceso a la autoridad judicial⁹¹⁰; por eso apunta que el fin de esta garantía constitucional es «posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente»⁹¹¹.

Para nosotros, ese fin genérico o finalidad fundamental puede diseccionarse en tres, bien específicas, a saber:

i) Finalidad inmediata

Creemos que la finalidad primaria es la inmediata puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial competente⁹¹².

⁹⁰⁷ En este sentido, SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6.

⁹⁰⁸ En este sentido STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 2.

⁹⁰⁹ Vid. SSTEDH *Suso Musa v. Malta*, 42337/12, Sentencia de 23 de julio de 2013, párr. 50; *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 202.

⁹¹⁰ Cfr. SSTC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 4.

⁹¹¹ Cfr. SSTC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4.

⁹¹² Cfr. STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3 f.

En efecto, no hay duda alguna en que lo primero que se busca con este procedimiento es «la puesta en presencia del Juez de toda persona privada de libertad que denuncie la ilegalidad de la privación de libertad de la que es objeto»⁹¹³y, a partir de la presencia física del detenido y de otros elementos, el Juez llevara a cabo el objeto propio de este procedimiento: el enjuiciamiento de la legalidad de la detención practicada, en el caso de la detención preventiva, por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁹¹⁴.

Por eso, cuando el TC se refiere a la cognición limitada de este procedimiento la vincula a que con éste sólo se busca «la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente»⁹¹⁵.

ii) Finalidad sustantiva

Puede definirse como finalidad sustantiva o material el objeto propio de este procedimiento: el «juicio 'sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad' [...] el control de la 'legalidad material de la detención administrativa' [...]»⁹¹⁶

En efecto, al ser el habeas corpus un medio de defensa de la libertad y de los demás derechos reconocidos en el resto de apartados del art. 17 CE, su finalidad material fundamental es la verificación judicial de la regularidad o legalidad y condiciones en las que se desarrolla la detención⁹¹⁷, es decir, la conformidad a derecho de la situación privativa de libertad.

Así pues, este control implicará que el Juez verifique la razonabilidad de los indicios de la comisión de un delito y de la vinculación del detenido con el mismo, indicios que habrán servido de base para llevar a efecto la privación de libertad, así como también la legitimidad de la finalidad perseguida con la detención⁹¹⁸.

Por lo anterior, creemos que hay que diferenciar la finalidad que señalamos como inmediata, es decir la presencia física ante la autoridad judicial, a la que hemos identificado

⁹¹³ STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6

⁹¹⁴ Vid. STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

⁹¹⁵ STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1.

⁹¹⁶ Cfr. STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6, recordando la STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 4, por cuanto a lo primero y la STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3.

⁹¹⁷ Vid. SSTC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 303/2005, de 24 noviembre, FJ 2; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3.

⁹¹⁸ Vid. SSTC 21/2014, de 10 de febrero, FJ 3; 88/2011, de 6 de junio, FJ 5; 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 6; STEDH *Nikolova v. Bulgaria* [GS], 31195/86, Sentencia de 25 de marzo de 1999, 58.

como finalidad sustantiva o material porque, desafortunadamente, no siempre que el detenido es llevado ante un juez, éste revisa las circunstancias de la detención, con lo cual se da el caso de que aun en presencia judicial, no se concrete el control judicial de la legalidad⁹¹⁹.

iii) Finalidad última

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que el procedimiento no se agotará con la verificación del fundamento de la detención, sino hasta el momento en que esta situación de privación de libertad se modifique o, en su caso, se ponga fin a la misma⁹²⁰. Y ello es así porque definitivamente, lo que se pretende con este procedimiento es corregir las situaciones de privación de libertad afectas de alguna ilegalidad⁹²¹.

Por ello cuando hablamos de la finalidad, resulta vital el sentido de la decisión judicial que se adopte que, como señalamos, puede ser la puesta en libertad o el acuerdo de que la persona sea puesta inmediatamente a disposición judicial si ya hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para la detención⁹²²; o que se cambien las condiciones de la detención o el lugar en que se desarrolla o a los responsables de la misma. Así pues, este procedimiento no sirve sólo para verificar el fundamento –legalidad– de cualquier detención, sirve también para poner fin a detenciones que en su origen se ajustaban a la legalidad, pero que se mantienen o prorrogan ilegalmente o que tienen lugar en condiciones ilegales⁹²³.

⁹¹⁹ Baste como muestra la STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3. La detención tuvo lugar un sábado por la noche, tras la información de derechos la detenida se acogió a su derecho a no declarar y solo hacerlo ante autoridad judicial; así tras concluirse las diligencias la detenida fue informada de que su puesta a disposición tendría lugar hasta el siguiente día hábil, esto es, un lunes. Ante ello, incoó procedimiento de habeas corpus, la solicitud fue cursada por la Guardia Civil vía telefónica; la magistrada de guardia ordenó a la autoridad policial que retuvieran en custodia a la detenida hasta el día siguiente en que le fue presentada por la mañana para tramitar el habeas corpus y en dicho momento, sin audiencia, la Juez inadmitió de plano la solicitud, por lo que la detenida fue devuelta a comisaría donde permaneció un día más privada de libertad, hasta que al día siguiente fue puesta a disposición judicial, es decir, el día lunes como inicialmente se lo había indicado la policía. En este caso, como es evidente, solo se satisfizo la finalidad inmediata de llevar al detenido a presencia del Juez, pero la finalidad sustantiva no pudo conseguirse.

⁹²⁰ Vid. SSTC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1; 21/1996 de 12 de febrero, FJ 4.

⁹²¹ Cfr. SSTC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3 C); 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6.

⁹²² Cfr. SSTC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3 F); 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4.

⁹²³ Cfr. SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4.

Así bien, teniendo en cuenta la finalidad –tal y como la hemos analizado— podemos comprender por qué se dice que el objeto directo del procedimiento y de la resolución final del mismo es la protección de la libertad personal⁹²⁴.

d. Presupuesto habilitante

Podemos señalar como presupuesto habilitante del procedimiento de habeas corpus cualquier situación de privación de libertad⁹²⁵ que no haya sido acordada por autoridad judicial⁹²⁶, esto es, cualquier tipo de privación de libertad adoptado en forma tal que vulnere la forma, las condiciones, las garantías, los plazos previstos en la Constitución o, simplemente, que haga considerar al afectado que tal privación de libertad adolece de legalidad⁹²⁷.

Así, para que la privación de libertad pueda constituir presupuesto habilitante del procedimiento de habeas corpus, habrá de satisfacer una doble exigencia⁹²⁸:

a) que la situación de privación de libertad sea real y efectiva; pues si no existiera tal situación, la solicitud bien puede ser negada de modo preliminar ya que, sin privación de libertad, no habría situación sobre la cual verificar la legalidad.

b) Que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente en un proceso regular, pues sólo en dichos supuestos tiene sentido la garantía procesal instaurada ex art. 17.4 CE, interpretada conforme al art. 5.4 CEDH. Por tanto, si se tratase de una detención judicial, sería plenamente aceptable el rechazo liminar de la incoación del procedimiento. En ese sentido, para el TC tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente: las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares.

⁹²⁴ Cfr. STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3.

⁹²⁵ Vid. STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 5; STC 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5, señalando que así se pone de manifiesto en distintos preceptos de la Ley Orgánica 6/1984 que lo regula: arts. 1, párrafos 1 y 2; 2, párrafos 1 y 3; 3 apartado a); 4, apartado b); 5, párrafos 1º, 7, 1º y 2º.

⁹²⁶ Cfr. SSTC 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 3; 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2 A).

⁹²⁷ Cfr. STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3 C), STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6;).

⁹²⁸ Vid. SSTC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2 f); 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2 f), 122/2004, de 12 de julio, FJ 2 f); 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3 e);

Por tanto, constituye un presupuesto para este procedimiento la detención del art 17.2 CE interpretado conforme al art. 5.1(c) CEDH, que hemos identificado como la detención preventiva: una medida cautelar policial de privación de libertad con motivo de una supuesta acción delictiva, para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que sitúa a quien la vive, ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal. Es decir, una situación de sujeción o compulsión personal en el contexto de garantizar las investigaciones de naturaleza penal.

Por último, una aclaración, el mero conocimiento del órgano judicial sobre la detención no debe ser óbice para la admisión del procedimiento de habeas corpus, incluso cuando el que reciba la solicitud, fuera el mismo que tuviera conocimiento de las diligencias previas⁹²⁹. En efecto, la simple información que el Juez pueda tener de los hechos y de la detención antes o con independencia de la solicitud de habeas corpus no justificaría la inadmisión del procedimiento, resolución que privaría al detenido de su derecho a ser escuchado por el juez y a proponer prueba sobre la legalidad de su privación de libertad, puesto que en dicho procedimiento no solo se discute el hecho de la detención -que puede estar bajo conocimiento judicial—sino que también se pueden discutir las condiciones en que la detención se desarrolla, el respeto a las garantías del detenido o el cumplimiento de los plazos de la detención.

e. Contenido

El Alto Tribunal tiene declarado que la esencia del habeas corpus consiste en que el Juez compruebe personalmente la situación de la persona detenida que pide el control judicial. De tal suerte que su propia nominación evidencia su contenido: «‘haber el cuerpo’ de quien se encuentra detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer sus alegaciones y sus pruebas»⁹³⁰.

De ahí que haya de insistirse en que esta garantía procesal de la libertad personal y de los derechos de los detenidos que son garantía de aquélla, requiere para su efectividad «que el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial,

⁹²⁹ Vid. STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

⁹³⁰ Tal y como lo reconoció a partir de la STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12, y continuamente lo recuerda en SSTC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4.

siempre que se encuentra efectivamente detenida'»⁹³¹ ofreciéndole la oportunidad de ser escuchada⁹³², pues sólo así podrá conseguirse el objetivo directo de resguardar o proteger la libertad personal.

Consecuentemente, forma parte del contenido esencial de este procedimiento la audiencia del detenido y los elementos de ésta, es decir, las alegaciones y pruebas que en su favor pueda formular y proponer⁹³³.

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, tanto la naturaleza procesal del habeas corpus y las finalidades específicas y última que persigue, podemos señalar que su contenido está integrado por unos condicionamientos de tipo procesal, unos de tipo sustantivo y unos de tipo formal; los cuales de manera conjunta aseguran la efectividad de este procedimiento, bastaría la ausencia de alguno de ellos para provocar su desvirtuación. Veamos.

i) Condicionamiento Procesales

Del art. 17.4 CE, interpretado conforme al art. 5.4 CEDH, resulta evidente la naturaleza judicial de la garantía de habeas corpus que además, en tanto que es un procedimiento, deberá satisfacer ciertas garantías procesales⁹³⁴.

Como cuestión de previo pronunciamiento debemos referir el juicio de admisibilidad de la solicitud, es decir, solicitado que ha sido el habeas corpus el Juez deberá de manera previa verificar la concurrencia de los requisitos para la tramitación del procedimiento, esto es constatar la existencia del presupuesto habilitante y de los requisitos formales de la solicitud; ya que tal y como se ha señalado reiterada e inequívocamente en la jurisprudencia constitucional, únicamente el incumplimiento o la ausencia de alguno de

⁹³¹ Cfr. STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 10, recordando la STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3; en donde se pretendía dar el valor de comparecencia a una conversación vía telefónica mantenida entre la Secretaría del Juzgado con una persona no identificada de la Comisaría de Policía que habría indicado que [quien solicitara el habeas corpus] se encontraba detenida, habiéndose iniciado un expediente de expulsión. Dicha conversación telefónica, lógicamente, carece de virtualidad para acreditar las circunstancias reales de la detención del solicitante del habeas corpus.

⁹³² Cfr. STC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2, recordando la 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4.

⁹³³ Vid. STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3 B).

⁹³⁴ Vid. STEDH A. y otros v. Reino Unido [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 203; *Idalov v. Rusia* [GS], 5826/03, Sentencia de 22 de mayo de 2012, párr. 161.

éstos puede ser motivo constitucionalmente legítimo para no admitir un procedimiento de habeas corpus, permitiéndose la negación liminar del procedimiento⁹³⁵.

En efecto, el rechazo liminar del procedimiento se reduce únicamente a los supuestos de incumplimiento del presupuesto procesal necesario –detención no acordada judicialmente— o de los requisitos formales previstos en la ley orgánica: nombre y circunstancias personales del solicitante –y de quien actuare en su nombre, si lo pidiera persona distinta—; lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, así como cualquier otra circunstancia que pudieran ser relevantes; y el motivo concreto por el que se solicita el procedimiento. Por tanto, siempre que se cumplan los requisitos formales para la admisión a trámite y se dé el presupuesto de la privación de libertad, es ilícito denegar la incoación del procedimiento⁹³⁶. Por último a este respecto hay que señalar, para el trámite de admisión no se produce la puesta a disposición judicial de la persona detenida, ésta sólo puede producirse una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación⁹³⁷.

Constatada la concurrencia del presupuesto habilitante y los requisitos formales, resulta imprescindible desahogar el procedimiento con las garantías procesales que lo caracterizan⁹³⁸, so riesgo de que, en caso contrario, se desnaturalice la finalidad propia – genérica— del procedimiento de habeas corpus⁹³⁹. Nos referimos a:

- a) La manifestación de la persona privada de libertad ante el Juez, garantía de especial relieve constitucional, ocupando un primer y principal lugar, es indispensable.

⁹³⁵ Entre otras, *vid.* SSTC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 303/2005, 24 noviembre, FJ 2 d); 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4. Como en varias de estas sentencias se refiere, tales requisitos formales son los contemplados por el artículo 4 de la LOHC; aunque también recuerda el Alto Tribunal que puede admitirse el rechazo liminar en supuestos de falta de competencia, tal y como sucedió en la STC 25/1995, de 6 de febrero, FJ 2, en donde señaló que «el conocimiento de los procedimientos de 'habeas corpus' corresponderá a la jurisdicción militar cuando la detención tenga como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, [...] así se deriva inequívocamente del art. 2, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984 [...] y del art. 61.3 de la Ley Orgánica 4/1987, que se remite a la anterior, que establece que 'en el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de 'habeas corpus' el Juez Togado militar'».

⁹³⁶ *Cfr.* SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5.

⁹³⁷ *Vid.* STC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2.

⁹³⁸ *Cfr.* STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 5; STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 7.

⁹³⁹ *Vid.* STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

- b) La posibilidad de realizar alegaciones y proponer los medios de prueba pertinentes para acreditarlas, es decir, garantía de audiencia que permita satisfacer el principio de contradictorio y asegurar la igualdad de armas procesales entre las partes.
- c) Una resolución judicial debidamente motivada.

A) Manifestación personal ante el Juez

Esto parece evidente debido a que el procedimiento exige la inmediata puesta a disposición judicial de la persona detenida; así que una vez superado el juicio de admisibilidad esta es la primera medida que debe seguir el Juez, ordenar a la autoridad a cuya disposición se encuentra la persona privada de libertad que la ponga de manifiesto ante él, sin que quepa ningún pretexto de demora y ello implica que, incluso, sea el Juez el que se persone en el lugar donde la persona privada de libertad se encuentre⁹⁴⁰.

En este sentido el TC considera que la primordial eficacia del habeas corpus es la puesta del detenido a presencia del juzgador⁹⁴¹, y en ese orden de ideas podríamos identificarla como la primera garantía procesal propia de este procedimiento⁹⁴², razón que también nos llevó a identificarla como una finalidad inmediata. Y aquí hay que subrayar que sólo puede tratarse de un juez, no de un funcionario judicial⁹⁴³.

Y ello es así porque sólo mediante la percepción personal de la situación del detenido que pide el control judicial, el Juez podrá imponerse de las circunstancias que provocan la privación de libertad, las que la mantienen y las que la hubieran hecho necesaria. Al respecto, piénsese en una detención cuyo origen sea conforme a derecho, pero debido a las circunstancias en la que se desarrolla la convirtieran en arbitraria, p.e. porque no tuviera acceso asistencia letrada, no se respetara su derecho a intérprete o alguno de los derechos enunciados en el 17.3 CE.

⁹⁴⁰ Vid. STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3.

⁹⁴¹ Vid. STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 3

⁹⁴² Vid. STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 7.

⁹⁴³ Como fue el caso que motivara la STC 32/2014, donde tuvo lugar una comparecencia ante un secretario judicial; el TC declaró que ésta no podía colmar la exigencia de que, incoado el procedimiento de habeas corpus, el detenido sea escuchado por un Juez. Vid. STC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 4

B) Audiencia

A través de esta, la persona detenida podrá formular sus alegaciones y proponer los medios de prueba pertinentes para acreditarlas; la garantía de audiencia debe tener las condiciones que permitan satisfacer el principio de contradictorio y asegurar la igualdad de armas procesales para tener un adecuado juicio de fondo.

En efecto, no basta con garantizar que el detenido sea llevado ante el juez de habeas corpus, sino que hay que asegurar que éste le da la oportunidad de oírle para posteriormente pronunciarse sobre la legalidad de la situación de privación de libertad, pues es así es como se garantiza el derecho consagrado en el art. 17.4 CE⁹⁴⁴. De lo contrario, la intervención judicial no sería un verdadero control, sino un simple expediente ritual o de carácter simbólico, lo que se traduciría en un menoscabo a la eficacia de la protección del derecho a la libertad⁹⁴⁵ y a los demás derechos fundamentales contenidos en el art. 17 CE.

Así pues, una vez constatada la privación de libertad «debe llevarse a cabo el enjuiciamiento de su legalidad en el juicio de fondo dado que tal enjuiciamiento constituye el núcleo de la garantía [...]»⁹⁴⁶; de tal forma, la audiencia constituye el vehículo para llevar a cabo el juicio sobre la licitud de la detención o juicio de fondo, que es la cuestión medular del proceso de habeas corpus.

En efecto, no puede concebirse la existencia del habeas corpus sin la audiencia del detenido, ésta siempre será de obligado cumplimiento⁹⁴⁷ en tanto que constituye la oportunidad del detenido para ser escuchado en persona —o a través de su representante legal—por tanto, constituye uno más de los elementos fundamentales que caracterizan a este procedimiento⁹⁴⁸.

Así bien, tenemos que la comparecencia y la audiencia de la persona privada de libertad, harán posible la adecuada valoración sobre la situación de privación de libertad, es decir,

⁹⁴⁴ Cfr. STC 179/2000, de 13 de diciembre, FJ 5.

⁹⁴⁵ Vid. SSTC 303/2005, de 24 noviembre, FJ 2 b); 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6.

⁹⁴⁶ Cfr. STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4. Recordando las SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FFJJ 4, 5; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5.

⁹⁴⁷ Vid. STEDH *Nikolova v. Bulgaria* [GS], 31195/96, Sentencia de 25 de marzo de 1999, párr. 58; refiriendo al carácter obligatorio de una audiencia cuando el recurso previo en el art. 5.4 CEDH se promueve debido a una detención practicada a la luz del art. 5.1(c) CEDH.

⁹⁴⁸ Vid. STEDH *Idalov v. Rusia* [GS], 5826/03, Sentencia de 22 de mayo de 2012, párr. 161.

el enjuiciamiento del fondo de la cuestión; pues como señalábamos, la esencia del procedimiento de habeas corpus radica, precisamente, en que «siempre que la persona se encuentra efectivamente detenida, 'el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial' [...] para que el detenido, una vez puesto en presencia del Juez, pueda formular las alegaciones y pruebas que estime conveniente en relación con la legitimidad de la situación de privación que padece.»⁹⁴⁹.

Por eso, si existe una efectiva situación de privación de libertad, el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias debe realizarse en el fondo, examinando tales circunstancias⁹⁵⁰, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y en su caso practicar pruebas, de no ser así, quedaría desvirtuado el procedimiento⁹⁵¹. Además, este enjuiciamiento es «aún más necesario cuando el solicitante alega que la privación de libertad se ha prolongado indebidamente»⁹⁵².

Teniendo en cuenta lo anterior, el TC insiste en señalar que es inaceptable fundamentar la improcedencia de la inadmisión de habeas corpus cuando se funda en la afirmación de que el solicitante no se encuentra ilícitamente privado de libertad, pues ese es el contenido propio de la pretensión del procedimiento, determinar la licitud o ilicitud de la privación⁹⁵³. En efecto, siempre que exista alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la detención, éstas deben de examinarse⁹⁵⁴ y no, como desafortunadamente pasa, proceder a la inadmisión⁹⁵⁵.

⁹⁴⁹ STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 5.

⁹⁵⁰ Cfr. STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 5.

⁹⁵¹ En este sentido, *vid.* SSTC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 303/2005, de 24 noviembre, FJ 2 e); STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6

⁹⁵² *Vid.* SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4 y 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5.

⁹⁵³ *Vid.* SSTC 88/2011, de 6 de junio FJ 4; 303/2005, de 24 noviembre, FJ 2 e); 250/2006, de 24 de julio, FJ 2.

⁹⁵⁴ Cfr. SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2.

⁹⁵⁵ Sirva como ejemplo de denegación de habeas corpus con comparecencia, pero sin audiencia, la STC 250/2006, de 24 de junio, ANT. 2 b), c), d), 7, FJ 3. Finalizada la declaración, al afectado le comunicaron que no sería puesto en libertad sino a disposición judicial; solicitó acogerse al procedimiento de habeas corpus mediante escrito redactado por su letrado y firmado por él. En su solicitud alegó la indebida detención justificando la razón de su argumento; los funcionarios de policía pusieron en conocimiento inmediato del Juzgado —en funciones de guardia— la solicitud de habeas corpus, y éste señaló vía telefónica que el detenido, el atestado y la solicitud de habeas corpus fueran trasladadas a las 9 de la mañana del día siguiente. Así las cosas, el detenido permaneció retenido una noche en comisaría solamente en espera de comparecer ante el Juez de habeas corpus; a la hora señalada por el Juzgado, el detenido compareció a la denegación liminar de la solicitud, es decir, sin la existencia de audiencia de él o de su abogado, solamente teniéndose

Además, hay que recordar que la audiencia de habeas corpus debe caracterizarse por respetar el principio contradictorio y el de igualdad de armas procesales. En efecto si la audiencia no fuera contradictoria conllevaría a una desvirtuación del procedimiento, puesto que la intervención del juez no se limita a controlar la pérdida de la libertad sino, sobre todo, radica en la presencia física del detenido –«haber el cuerpo» – para que presente sus medios de defensa⁹⁵⁶

En ese sentido, tanto el TC como el TEDH se han referido a la igualdad de armas procesales como principio ínsito en el procedimiento de habeas corpus; ello implica que el Juez de habeas corpus escuche tanto al funcionario público que ostenta la custodia del detenido, como a éste último; ambas partes han de ser escuchadas en audiencia⁹⁵⁷.

Así pues, debe garantizarse que el procedimiento sea contradictorio, asegurándose la igualdad de armas entre las partes⁹⁵⁸; y para ello, el TEDH considera fundamental que tanto el detenido como su abogado tengan un acceso adecuado a aquellos documentos

en cuenta lo manifestado por el Ministerio Fiscal que había considerado que no se desprendía causa alguna de irregularidad de la detención. El fundamento jurídico único del auto denegatorio razona la improcedencia de la solicitud debido a que no concurrían los requisitos necesarios para su tramitación conforme a lo establecido en los arts. 1 y 6 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»; en particular señala que al detenido se le imputa un delito de robo con intimidación, castigado con penas de hasta 5 años de prisión y que fue identificado por la víctima; por lo que la detención se amparaba en la más estricta legalidad, al haber sido practicada por autoridad competente y en dependencias policiales, por estar incurso el detenido en causa por delito grave, siendo que en principio existían indicios suficientes para considerar su implicación en un delito de robo con violencia; debiendo ser en la posterior tramitación que en consecuencia de ello se lleve a cabo cuando se determinarán las circunstancias concurrentes, la calificación del hecho delictivo. El TC reprobó la conducta adoptada por el Juez de habeas corpus, ya que al afirmar este último que había indicios racionales de la incursión del detenido en un delito grave, ya se realizaba precisamente el examen de fondo sobre la legalidad de la privación de libertad, que es exactamente el objeto del habeas corpus. Por tanto, resultaba patente que se había pronunciado sobre el fondo en fase de admisión, anticipando el examen de fondo, impidiendo la comparecencia del detenido, la presentación de sus alegaciones y pruebas. El proceder judicial desconoció la garantía prevista en el art. 17.4 CE. Además, criticó que el órgano judicial no actuara con la celeridad requerida por el art. 17.4 CE, al conocer la solicitud de habeas corpus por la noche y ordenar que se aguardara al detenido hasta al día siguiente para, sin escucharle, inadmitir a trámite el procedimiento, es decir, negarle la garantía de audiencia procediéndose a regresarlo a las dependencias policiales de procedencia.

⁹⁵⁶ Vid. STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12 recordando la STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 4.

⁹⁵⁷ P.e. en el caso de la STC 86/1996, el TC señaló lo debilitado de la actuación judicial al haber concedido audiencia solamente a la administración policial, a espaldas del detenido, señalando que ello viola el principio de igualdad de armas procesales derivado del art. 24 CE y recogido en el art. 7 LOHC. En efecto, en dicho caso solo una hubo una comparecencia, la de la autoridad; por tanto, no fueron respetados ni el principio de contradictorio y mucho menos la igualdad de armas procesales. Vid. STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12.

⁹⁵⁸ Vid. SSTEDH *Reinprecht v. Austria*, 67175/01, Sentencia de 15 de noviembre de 2005, párr. 31 (c); *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 204.

del expediente que resulten esenciales para poder cuestionar de manera efectiva la legalidad de la detención⁹⁵⁹; y también considera que puede resultar esencial que el detenido no sólo tenga la oportunidad de ser escuchado en persona sino también la oportunidad de contar con la asistencia efectiva de letrado⁹⁶⁰

C) Resolución judicial debidamente motivada

Para el Tribunal Constitucional, la suficiencia o razonabilidad de la resolución judicial relativa a la garantía constitucional del habeas corpus, forma parte de la propia garantía⁹⁶¹, se reconoce así como parte del contenido.

Ello no impide recordar que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales alcanza a cualquier decisión de un órgano jurisdiccional⁹⁶² y lógico es que el habeas corpus, como procedimiento de naturaleza judicial, no podría ser la excepción. Por ello, la debida motivación del pronunciamiento judicial sobre la solicitud de habeas corpus, constituye una garantía más de este procedimiento.

Así, en el caso del habeas corpus, como procedimiento constitucional específico de protección del derecho fundamental a la libertad personal y del resto de derechos-garantía previstos en el art. 17 CE, tanto la decisión de admisibilidad como la del fondo exigen que la persona que acuda al mismo pueda saber la precisa razón legal por la que se le deniega el acceso a éste o la que lleva al Juez a decidir sobre la legalidad o no de la detención administrativa y sobre la consecuente liberación o modificación de la privación de libertad; pues de no ser así, en principio, el órgano judicial incurriría en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Vid. SSTEDH *Ovsjannikov v. Estonia*, 1346/12, Sentencia de 20 de febrero de 2014, párr. 72; *Mooren v. Alemania* [GS], 11364/03, Sentencia de 09 de julio de 2009, párr. 124; *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 204.

⁹⁶⁰ Vid. SSTEDH *Černák v. Eslovaquia*, 36997/08, Sentencia de 17 de diciembre de 2013, párr. 78, *Lutsenko v. Ucrania*, 6492/11, Sentencia de 03 de julio de 2012, párr. 96.

⁹⁶¹ Vid. SSTC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 2; 122/2004, de 12 de julio, FJ 2; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 2.

⁹⁶² Recordemos que la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales patentiza el sometimiento del Juez al imperio de la ley –art. 117.1 CE– o al ordenamiento jurídico –art. 9.1 CE– y de manera más puntual, la motivación permite «lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial»; además la motivación facilita el control de las sentencias a cargo de los Tribunales Superiores, incluido el Alto Tribunal en caso del recurso de amparo. En general, la motivación de las resoluciones judiciales opera como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad, por lo que resulta a todas luces justificada su inclusión en el contenido constitucionalmente protegido por el art. 24.1 CE. Vid. STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 5.

⁹⁶³ Como sucedió en STC 154/1995, de 24 de octubre, FJ 5 y fallo.

Ahora bien, la amplitud de la motivación ha sido matizada por la doctrina jurisprudencial, de tal suerte que ésta no hace exigible «un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide», siendo suficiente para considerar adecuadamente motivada una resolución judicial, el apoyo de ésta en razones que permitan conocer cuáles son los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión judicial, es decir, la *ratio decidendi*⁹⁶⁴.

Así, una resolución que deniega el habeas corpus puede ser escueta o lacónica, pues la motivación no necesariamente está peleada con el laconismo; sin embargo, estaremos ante una motivación insuficiente cuando ésta solo se reduzca a referir o reproducir los preceptos de la ley orgánica que regula el procedimiento, sin justificar el porqué de su cita o cómo es que éstos se adecuan al caso en cuestión⁹⁶⁵.

En similar sentido el TEDH ha señalado que aunque en el art. 5.4 CEDH no se imponga la obligación al Juez de habeas corpus de abordar cada argumento contenido en la solicitud, las garantías del mismo podrían verse privadas de efectividad si el juez, únicamente basándose en la legislación o en la práctica nacionales, pudiera tratar como irrelevantes o indiferentes los hechos concretos invocados por el detenido, capaces de poner en duda la existencia de condiciones esenciales de la legalidad de la privación de libertad, en el sentido de la Convención⁹⁶⁶.

Como el TC ha señalado «el procedimiento de 'habeas corpus' es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la

⁹⁶⁴ Vid. STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 5.

⁹⁶⁵ Por ejemplo, en la STC 154/1995 el Juez que denegó el habeas corpus únicamente señaló como fundamento que no concurrían «los presupuestos que para la tramitación del procedimiento de 'habeas corpus', se prevén en los arts. 2, 3, 4 y 6, de la Ley Orgánica 6/1984», al respecto el TC hizo notar que de los preceptos citados, dos no estaban siquiera referidos a los presupuestos de admisión de una demanda de tal naturaleza, y que los dos primeros abordaban extremos dispares –del juez competente y de los legitimados para instar el procedimiento—; el TC recordó que la obligación de «motivación de las resoluciones judiciales no se compadece con una denegación de incoación de un determinado procedimiento en la que, de modo indistinto y genérico, se remite a problemas de competencia jurisdiccional y de legitimación activa.». *vid.* STC 154/1995, de 24 de octubre, FJ 4.

⁹⁶⁶ En este sentido *vid.* SSTEDH *Ilijkov v. Bulgaria*, 33977/96, Sentencia de 26 de julio de 2001, párr. 64, 65; *Nikolova v. Bulgaria* [GS], 31195/96, Sentencia de 25 de marzo de 1999, párr. 61. En ambos casos los Tribunales nacionales habrían rechazado la consideración de los argumentos de los demandantes con relación a la persistencia de una sospecha razonable contra ellos y la evidencia de apoyo que habrían presentado. En el caso del primero, los jueces habían considerado que si se pronunciaban sobre tales cuestiones estarían prejuzgando sobre los méritos de la causa penal y por tanto se atentaría contra la imparcialidad.

libertad personal cuyo acceso no puede ser en modo alguno denegado sin que a la persona que acuda al mismo no se le haga saber la precisa razón legal de dicha denegación, so pena de incurrir el órgano judicial que así proceda en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada.»⁹⁶⁷

En similar sentido, cuando el pronunciamiento sea sobre el juicio de fondo, el juez deberá especificar la *ratio decidendi* que lo lleva a ordenar la finalización de la privación de libertad, reconociendo y restableciendo el derecho a la libertad personal, si consideró que la detención era ilegal⁹⁶⁸; o por la que determina la modificación de la situación de la privación de libertad⁹⁶⁹.

ii) Condicionamientos Sustantivos

Estos se refieren a la materia objeto del procedimiento; es decir, al análisis de los hechos presentados por el detenido, las condiciones de la detención, los indicios racionales de responsabilidad penal y la base legal de la privación de libertad. Es decir, la verificación del ajuste de la detención tanto a la Constitución como al ordenamiento jurídico y de ello dependerá el reconocimiento o la vulneración del derecho a la libertad, la legalidad o no de la detención⁹⁷⁰.

Así, aunque parezca un contrasentido, este procedimiento se caracteriza de manera simultánea por su amplitud y por su carácter limitado. En efecto, la característica de la amplitud se refiere a que la protección de éste no se limita a los supuestos de detención ilegal a causa de la ausencia o insuficiencia del presupuesto habilitante; antes bien, incluye a las detenciones que, aun siendo legales en su origen, dejan de serlo y se convierten en ilegales debido a las condiciones en las que se mantienen o a una duración que escape de los parámetros de constitucionalidad⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ STC 154/1995, de 24 de octubre, FJ 4.

⁹⁶⁸ Sobre la obligación de la decisión de poner en libertad a quien estuviere ilegalmente privado de ella, además de la STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3, sugerimos la STEDH *Idalov v. Rusia* [GS], 5826/03, Sentencia de 22 de mayo de 2012, párr. 154.

⁹⁶⁹ Vid. SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 4; 98/1986, de 10 de julio, FJ 1; 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3.

⁹⁷⁰ Cfr. SSTC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3 C); 179/2000, de 26 de junio, FJ 5.

⁹⁷¹ Cfr. STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3, en el caso el TC recordaba que concordante con la duración, el art. 1 c) de la Ley orgánica de Habeas Corpus incluye como supuesto de detención ilegal, la que se produce por superar el plazo legalmente señalado sí que el detenido sea puesto en libertad o a disposición judicial.

Por tanto, para determinar la legalidad de la privación de libertad el juez, tras confirmar la existencia del presupuesto habilitante, deberá tener en cuenta si en la detención bajo examen se ha observado el principio de legalidad en el orden punitivo –tipicidad—y en el orden procesal; pero también deberá valorar si la privación de libertad se produjo o se mantiene en forma tal que vulnere otros derechos fundamentales previstos en la Constitución, íntimamente conectados con la libertad personal⁹⁷².

Por otra parte, se habla de un carácter limitado o cognición limitada porque tras juzgarse sobre la legitimidad de la detención, no habrá más consecuencias que la terminación o modificación de la misma⁹⁷³. En efecto, «El órgano judicial que conoce de la petición de habeas corpus juzga de la legitimidad de una situación de privación de libertad, a la que puede poner fin o modificar en atención a las circunstancias en las que la detención se produjo o se está realizando, pero sin extraer de éstas [...] más consecuencias que la de la necesaria finalización o modificación de dicha situación de privación de libertad»⁹⁷⁴

Así pues, el carácter sustantivo o material del contenido del habeas corpus radica en la determinación de la legitimidad de la privación de libertad, y ello sólo puede conseguirse con el control judicial de la legalidad material de la detención decidida por la autoridad administrativa⁹⁷⁵.

iii) Condicionamientos Formales

Nos referimos a la forma o modo en la que, conforme al art. 17.4 CE –y art. 5.4 CEDH—, se debe desarrollar el procedimiento de habeas corpus para ser realmente efectivo. Veamos.

⁹⁷² En efecto, señala el TC que el juez habrá de tener en cuenta el principio de legalidad en el orden punitivo y procesal, porque si no lo hiciera así, su decisión vulneraría el art. 24.1 CE que establece tales principios. Agrega que al mismo resultado se llegará si la privación de libertad se produce en forma tal que vulnere derechos fundamentales previstos en la Constitución íntimamente conectados con la libertad personal, como es el caso del art. 25.3 CE o 24.2 CE. En este sentido *Vid.* SSTC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 2; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6.

⁹⁷³ *Vid.* SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 4; 12/1994, de 17 de enero, FJ 5; 104/1990, de 4 de junio, FJ 1; 98/1986, de 10 de julio, FJ 1; 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3.

⁹⁷⁴ STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1.

⁹⁷⁵ En ese sentido, entre otras, *vid.* SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 21/1996, de 12 de febrero, FJ 4.

Este procedimiento se caracteriza por ser sencillo, es decir, alejado de complicaciones innecesarias⁹⁷⁶ ya que aspira a hacer asequible el acceso a la autoridad jurisdiccional a cualquier persona detenida, sin que para ello resulte indispensable el asesoramiento de un letrado. Por eso este procedimiento se aparta de formalidades rituaras que otros procedimientos judiciales puedan tener, siendo así que para incoarlo solo hay que identificar a la persona que lo insta, el lugar de privación de libertad y concretar la razón por la cual se solicita el habeas corpus⁹⁷⁷.

Aunado a lo anterior y de manera muy destacada, este procedimiento debe caracterizarse por la celeridad. Así es, la agilidad y la rapidez⁹⁷⁸ deben apreciarse tanto en el acceso al procedimiento como en la adopción de la decisión judicial que concluye con el mismo⁹⁷⁹. Y debe señalarse, como lo subraya el TC, que ni la agilidad ni la sencillez deben incidir en la calidad o intensidad del control judicial de la privación de libertad⁹⁸⁰; al contrario, estos condicionamientos están destinados a aprontar y asegurar la intervención judicial efectiva en una detención que se alega fuera de la conformidad con el derecho.

Hay que puntualizar que la celeridad exigible a este procedimiento debe ser observada no sólo por la autoridad policial, sino subrayadamente por el órgano judicial al cual se cursa la solicitud⁹⁸¹, el cual tiene que conducirse con urgencia y prontitud atendiendo a la razón medular de esta garantía específica de la libertad: que un Juez verifique la legalidad y las condiciones de detención y decida en consecuencia. Por eso, si el trámite se contamina

⁹⁷⁶ En este sentido, *vid.* SSTC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2 b); 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4.

⁹⁷⁷ *Vid.* STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 6 B), refiriéndose a una solicitud de habeas corpus que había sido denegado, pese a satisfacer los requisitos exigidos por el art. 4 de la Ley Orgánica que regula el procedimiento.

⁹⁷⁸ *Vid.* STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4.

⁹⁷⁹ *Vid.* SSTEDH *Idalov v. Rusia* [GS], 5826/03, Sentencia de mayo de 2012, párr. 154; *Baranowski v. Polonia*, 28358/95, Sentencia de 28 de marzo de 2000, párr. 68.

⁹⁸⁰ *Vid.* SSTC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2 b); 250/2006, de 24 de julio, FJ 2.

⁹⁸¹ En este sentido *vid.* STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3. La detención tuvo lugar un sábado por la noche, tras la información de derechos la detenida se acogió a su derecho a no declarar y solo hacerlo ante autoridad judicial; así, tras concluirse las diligencias, la detenida fue informada de que su puesta a disposición tendría lugar hasta el siguiente día hábil, esto es, un lunes. Ante ello, incoó procedimiento de habeas corpus, la solicitud fue cursada por la Guardia Civil vía telefónica; la magistrada de guardia ordenó a la autoridad policial que retuvieran en custodia a la detenida hasta el día siguiente en que le fue presentada por la mañana para tramitar el habeas corpus y en dicho momento, sin audiencia, la Juez inadmitió de plano la solicitud, por lo que la detenida fue devuelta a comisaría donde permaneció un día más privada de libertad, hasta que al día siguiente fue puesta a disposición judicial, es decir, el día lunes como inicialmente se lo había indicado la policía.

con demoras posponiéndose el traslado del detenido a la presencia judicial, el procedimiento queda desvirtuado.

En ese sentido, el TC ha señalado que las inconveniencias o incomodidades que para el órgano judicial puedan originarse por la petición de habeas corpus, p.e. que se solicite en la noche, no pueden ser consideradas como impedimento o razón que justifique la tardanza de la presentación del detenido puesto que, incluso en ese espacio temporal, existen Juzgados de Instrucción que se encuentran en funciones de guardia⁹⁸²; la única razón que eventualmente podría justificar un retraso en la presentación ante el juzgado de guardia sería que éste estuviera realizando, al momento de recibir la solicitud, alguna otra diligencia inexcusable que tuviera más trascendencia que resolver la queja de un ciudadano que alega encontrarse sometido a una privación ilegal de su libertad⁹⁸³ y, atendiendo al peso de la libertad como derecho y valor superior del ordenamiento jurídico, ello no es fácil.

En síntesis, la revisión judicial solo la puede hacer un juez y no un funcionario judicial, si no hay intervención de un juez, no puede hablarse de habeas corpus; si la revisión no es sobre la legalidad de la detención, podrá ser un procedimiento judicial válido, pero no será habeas corpus; si la revisión no se hace con audiencia donde el detenido sea escuchado y donde se asegure la garantía de igualdad de armas y acceso al expediente, no será habeas corpus; si la presentación ante el juez y la resolución no tienen lugar de manera rápida, la revisión que haga el juez no podría ser asimilada como habeas corpus.

En conclusión, el contenido de este derecho es la verificación judicial de la legalidad de la detención acordada por autoridad distinta a la judicial, de manera inmediata tras su solicitud, en audiencia del privado de libertad —o su representante— con unas garantías procesales y una resolución judicial debidamente motivada en un plazo breve.

⁹⁸² En similar sentido el TEDH subraya que ni las cargas excesivas de trabajo ni periodos vacacionales del órgano jurisdiccional, podrían justificar que asuntos urgentes no sean tratadas con rapidez; sobre todo tratándose de casos en donde la libertad personal está en juego. Al respecto SSTEDH *E. v. Noruega*, 11701/85, Sentencia de 29 de agosto de 1990, párr. 66; *Bezicheri v. Italia*, 11400/85, Sentencia de 25 de octubre de 1989, párr. 25.

⁹⁸³ En este sentido *vid.* STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3.

f. Titularidad

Será titular de este derecho cualquier persona que se encuentre privada de libertad por decisión de una autoridad distinta a la judicial y que se considere ilegalmente detenida, entendiéndose por tal a quien se encuentre detenido sin que concurren los supuestos legales o sin que se hayan cumplido las formalidades y requisitos previstos y exigidos legalmente; quien se encuentre ilícitamente internado en cualquier lugar o establecimiento; quien permanezca privado de libertad por un plazo superior al legalmente permitido; y, a quien no le sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida⁹⁸⁴.

Por tanto, la persona privada de libertad, como titular del derecho tiene la legitimación para instar el procedimiento; aunque no es el único que puede activarlo pues, atendiendo a su función y finalidad, otras personas tienen legitimación –instrumental—para la incoación del procedimiento actuando en nombre del privado de libertad, tal es el caso de quien actúa como su abogado⁹⁸⁵.

En efecto, el Abogado de la persona privada de libertad tiene la legitimación suficiente para instar la iniciación del procedimiento de habeas corpus en nombre de su representado, entendiéndose que dicha atribución no le constituye en parte, ya que sólo solicita el habeas corpus en su calidad de representante del verdadero interesado⁹⁸⁶.

En ese sentido el TC ha dicho que «resulta ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del Abogado de suscitar, en nombre de aquél, el procedimiento de habeas corpus; sustentándose tal habilitación en la relevancia del derecho fundamental a cuya garantía sirve el procedimiento, la perentoriedad de la pretensión, las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad y el principio antiformalista que

⁹⁸⁴ Cfr. STC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2.

⁹⁸⁵ Cfr. STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2.

⁹⁸⁶ Vid. ATC 55/1996, 6 de marzo, FJ 2; SSTC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2; 61/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 303/2005, de 24 de noviembre, Voto particular del Magdo. Roberto García-Calvo y Montiel, al que se adhiere el Magdo. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, señalando que el fundamento constitucional de este reconocimiento, es evitar que se frustre la finalidad de la inmediata verificación judicial de la legalidad y las exigencias de la detención, perseguidos por este procedimiento «extraordinariamente rápido».

la exposición de motivos de la Ley reguladora del habeas corpus destaca como inspirador de su regulación»⁹⁸⁷.

En consecuencia, dado que el letrado del detenido se encuentra «tácitamente apoderado al efecto» de la incoación del habeas corpus; si éste promueve el procedimiento tendrá que ser atendido, aun y si se alegara que el detenido hubiese renunciado al mismo pues de ser tal circunstancia, la renuncia puede considerarse revocable en todo momento, en caso contrario se desnaturalizaría la garantía que el habeas corpus representa⁹⁸⁸.

Así las cosas, en el caso de duda sobre la legitimación del promovente –dudas sobre el mandato otorgado—, el Juez, para realizar las comprobaciones oportunas, deberá acordar la comparecencia de la persona privada de libertad para oír la sobre ésta y otras circunstancias⁹⁸⁹. Se debe señalar también que podrá interponer este recurso el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo, el cónyuge o persona unida por alguna relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales⁹⁹⁰.

g. Ejercicio y límites

i) Solicitud

El escrito con el cual se inicia el procedimiento de habeas corpus no es una demanda, y por tanto no son exigibles las formalidades de éstas, sino que consiste en «una simple petición de que se produzca la comparecencia del detenido»⁹⁹¹. Por eso, para cumplir su función, bastará con que identifique a la persona que lo insta, es decir una breve mención del nombre y circunstancias personales del solicitante y la persona para quien se solicita el recurso; el lugar en el que se halla privado de libertad y, si son conocidos, referir la autoridad o persona que tiene la custodia, así como las circunstancias que puedan ser

⁹⁸⁷ STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 2; criterio recordado por el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en el Voto particular que formula a la Sentencia dictada por el Pleno el 18 de diciembre de 2008 en el recurso de amparo núm. 5013-2003, que diera lugar a la STC 172/2008, de 18 de diciembre.

⁹⁸⁸ Cfr. STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4.

⁹⁸⁹ Cfr. STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2.

⁹⁹⁰ A mayor detalle sugerimos GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, pp. 66-71.

⁹⁹¹ Vid. SSTC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6. Así, por ejemplo, la solicitud puede cursarse vía fax con la copia del atestado policial, tal y como se constata de los casos analizados por el TC, por todos vid. STC 88/2011, de 6 de junio, ANT. 2 c).

consideradas relevantes; y el motivo por el que se solicita el habeas corpus⁹⁹², el contenido del escrito se verá completado en el trámite de audiencia de la persona privada de libertad o de su abogado⁹⁹³.

Lo primero a determinar será la admisibilidad de la solicitud, en este sentido conforme a la jurisprudencia constitucional en la materia, es indispensable distinguir la cuestión de admisibilidad de la cuestión de la licitud de la detención⁹⁹⁴, pues esta última constituye la cuestión de fondo.

Pues bien, durante el trámite de admisión no se producirá la puesta a disposición judicial de la persona que alega encontrarse detenida de manera ilegal, la comparecencia ante el juez solo se produce cuando se ha decidido la admisión a trámite mediante el auto de incoación⁹⁹⁵. Por tanto, la cuestión o juicio de admisibilidad del procedimiento se constriñe a la constatación de la concurrencia de los requisitos para su tramitación⁹⁹⁶ que, como se desprende de la jurisprudencia constitucional sólo son⁹⁹⁷:

- 1) La existencia efectiva de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente
- 2) Los requisitos formales previstos en la ley orgánica, a los cuales nos hemos referido líneas antes.

⁹⁹² Requisitos que se encuentran recogidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica de «Habeas Corpus», recordados frecuentemente por el TC, por ejemplo *vid.* SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3 d); 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6 A) y B); entre muchas otras.

⁹⁹³ *Cfr.* STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 6 A).

⁹⁹⁴ Constante insistencia del Alto Tribunal, entre otras *vid.* SSTC 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3 c); 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4.

⁹⁹⁵ *Vid.* SSTC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2 c).

⁹⁹⁶ El TC recuerda que la Ley Orgánica de este procedimiento alude a unos requisitos para su tramitación – art. 6—; que son tanto los contemplado por el art. 4 de dicha ley, así como a la situación fáctica de privación de libertad. *vid.* STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6.

⁹⁹⁷ Al respecto, entre muchas otras, *vid.* SSTC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3; 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2; 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3; 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 169/2006, de 5 de junio, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 5.

Así las cosas, la resolución liminar del habeas corpus sólo puede ser legítima, desde la perspectiva constitucional, cuando se origina por el incumplimiento de alguno de los dos requisitos señalados, y además, contando con el previo dictamen del Ministerio Fiscal⁹⁹⁸.

Ahora bien, si el presupuesto procesal existe y se dan los requisitos formales para la admisión a trámite el Juez está obligado a admitir la solicitud, convocar a comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes⁹⁹⁹. En efecto, constatada la existencia de los señalados requisitos no es viable denegar la incoación del procedimiento¹⁰⁰⁰; pues el enjuiciamiento de la legalidad de la detención *a fortiori* deberá llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante de habeas corpus y de las demás partes¹⁰⁰¹.

Y aunque parezca una redundancia, el TC ha tenido que insistir en innumerables ocasiones que la eventual denegación del procedimiento no puede basarse en la consideración de que la persona no está ilícitamente detenida, pues es ese y no otro el contenido propio de la pretensión¹⁰⁰² y ello implica dictar una resolución sobre el fondo, lo cual sólo puede realizarse cuando se ha sustanciado el procedimiento¹⁰⁰³. En efecto, para el Alto Tribunal es grave el frecuente incumplimiento por parte de algunos Juzgados de Instrucción a la jurisprudencia constitucional sobre la denegación limitaria del habeas corpus¹⁰⁰⁴.

ii) Audiencia

Anteriormente señalamos que la comparecencia personal del solicitante de habeas corpus constituye un requisito indispensable para su adecuado ejercicio y efectividad; por eso es inadmisibles que un Juzgador resuelva sin hacer comparecer al detenido. Como señala el TC, la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en la comprobación

⁹⁹⁸ Cfr. STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 250/2006, de 24 de julio, FJ 2; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 10.

⁹⁹⁹ Vid. STC 250/2006, de 24 de julio, FJ 2.

¹⁰⁰⁰ Cfr. SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5.

¹⁰⁰¹ Cfr. SSTC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6.

¹⁰⁰² Cfr. STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6.

¹⁰⁰³ Cfr. STC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2.

¹⁰⁰⁴ Vid. STC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2. Y vemos que esa preocupación desde hace tiempo ya había sido reflejada en la doctrina «como regla general debiera la jurisprudencia sentar el principio de que, [...] *no debe ser desestimado un habeas corpus por falta de fundabilidad*. Del mismo modo que no es lícito denegar el ejercicio de la acción penal, cuando la *notitia criminis* que se transmite reviste los mínimos caracteres de delito, [...]». Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, p. 98.

personal de la situación de quien solicita el control judicial, por eso cuando efectivamente hay una detención, el detenido tiene que contar con la oportunidad de hacerse oír, ofreciendo sus alegaciones y sus pruebas¹⁰⁰⁵; insistimos, la intervención y actuación de la autoridad judicial no puede limitarse al mero control de la pérdida de libertad, sino que debe permitir al interesado la presentación de sus medios de defensa.

Consecuentemente, resultará indispensable el acto en el que los hechos determinantes se presenten ante el Juez¹⁰⁰⁶, es decir, la audiencia. Pero la audiencia no puede ser solo un trámite ritual, entendiéndose por tal la simple presentación del detenido ante una autoridad judicial; sino que debe de ser el acto en donde de manera efectiva se puedan hacer alegaciones del solicitante y de las demás partes, que tengan la facultad de proponer y en su caso, practicar pruebas y que sean satisfechos el principio de contradictorio y de igualdad de armas procesales¹⁰⁰⁷.

Este juicio de fondo resultará aún más necesario si el detenido alega que su privación de libertad fue prorrogada de manera indebida¹⁰⁰⁸. Es así que esta audiencia permite al órgano judicial contar con los elementos suficientes para resolver el fondo de la cuestión, pues podrá adoptar una decisión que tenga en cuenta las circunstancias que concurren en el caso¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ Vid. SSTC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 10, 12; recordando la STC 66/1996, FJ 3.

¹⁰⁰⁶ Cfr. STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6.

¹⁰⁰⁷ En ese sentido, entre otras, vid. SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6.

¹⁰⁰⁸ Cfr. SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6. Respecto al juicio de fondo el TC se remite a lo prevenido por el art. 7 de la LOHC, que establece:

«En el auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquél en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

Antes de dictar resolución, oirá el Juez a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oirá en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquélla bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad.

El Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto.

En el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, los Jueces practicarán todas las actuaciones a que se refiere este artículo y dictarán la resolución que proceda.»

¹⁰⁰⁹ Cfr. SSTC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12; 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 4.

Por último, hay que insistir en señalar que mediante el habeas corpus se busca un adecuado control judicial de la legalidad de la detención, por eso el único habilitado para hacer tal control es el Juez, por tanto, una comparecencia que se realice ante un secretario judicial no podría satisfacer la exigencia de que, incoado el procedimiento de habeas corpus, el detenido sea escuchado por un Juez¹⁰¹⁰.

iii) Resolución judicial debidamente motivada

Es necesario, como ya se ha señalado reiteradamente, que la resolución que niega el habeas corpus cuente con la motivación mínima constitucionalmente exigible; en efecto, el auto que deniega el habeas corpus no puede constreñirse a señalar que no se dan los supuestos de procedencia del recurso —previstos en el art. 1 LOHC—, porque tal afirmación no permite conocer la razón determinante de la denegación¹⁰¹¹.

Por tanto, aun reconociendo las dificultades que los Juzgados de Guardia puedan tener, p.e. la carga de trabajo en el caso de ciudades capitales, esto no puede ser óbice para que el Juez exprese, aun con la brevedad que considere oportuna, «la precisa razón legal» que lo lleva a inadmitir una petición de habeas corpus¹⁰¹².

Si el recurso es inadmitido a *limine Litis*, basándose en que la detención no es ilegal o que la persona no está ilícitamente detenida, se provoca una total desnaturalización de este procedimiento cuya esencia es, como hemos dicho, «haber el cuerpo» de quien está detenido para ofrecerle la oportunidad de ser escuchado, de que alegue lo que considere pertinente y de que ofrezca sus pruebas¹⁰¹³; es decir, para determinar la licitud o ilicitud de la detención¹⁰¹⁴. Por tanto, la inadmisión del habeas corpus basada en la afirmación de la

¹⁰¹⁰ Tal y como sucedió en la STC 32/2014. En efecto, el habeas corpus fue presentado por una eventual prolongación indebida de la detención y por la falta de información sobre las razones de la misma y, posteriormente ante la Secretaria judicial se realizó una comparecencia en la que estuvieron presentes el Ministerio Fiscal, el detenido y su abogado, en donde el detenido alegó también un trato degradante durante la detención en virtud de las condiciones higiénicas de la celda donde estuvo detenido—colchón con orín y excremento, así como manchas de excremento en las paredes de la celda—. Aún sin audiencia ante el Juez, la decisión judicial fue la de no admitir a trámite el procedimiento de habeas corpus porque no concurrían las situaciones en que el solicitante fundamentaba la ilegalidad de su detención, es decir, aduciendo razones de fondo, lo cual es contrario al art. 17.4 CE.

¹⁰¹¹ Cfr. SSTC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 6; 165/2007, de 2 de julio, FJ 6; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9.

¹⁰¹² Cfr. STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9, recordando la STC 154/1995, FJ 4.

¹⁰¹³ Cfr. SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6.

¹⁰¹⁴ Cfr. STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6.

licitud de la detención, es simple y evidentemente improcedente¹⁰¹⁵ por vulnerar el derecho consagrado en el art. 17.4 CE, interpretado conforme al art. 5.4 CEDH, ya que ello implica que la decisión se adopte sin tener en cuenta los condicionamientos procesales y sustantivos que conforman el contenido de esta garantía judicial del derecho a la libertad y los demás derechos sustantivos consagrados en el art. 17 CE.

En ese sentido resulta cuando menos alarmante la denegación liminar improcedente del habeas corpus, pues en este supuesto quien causa un grave perjuicio al derecho a la libertad es quien por antonomasia se erige como guardián de la misma: el Juez. En efecto, si deniega injustificadamente el acceso al habeas corpus, no sólo incumple su función de guardián de la libertad al omitir el restablecimiento del derecho y al desconocer la garantía específica del art. 17.4 CE¹⁰¹⁶; sino que además, en los casos donde se aduce ilegalidad de la detención¹⁰¹⁷, el juzgador, mediante la denegación del procedimiento, se convierte en el transgresor del derecho a la libertad¹⁰¹⁸, contribuyendo al mantenimiento de una lesión

¹⁰¹⁵ Cfr. 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5.

¹⁰¹⁶ Vid. SSTC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 165/2007, de 2 de julio, FJ 5; en esta segunda Sentencia, el Juez, además de no tener en cuenta que las diligencias policiales ya estaban concluidas, más grave aún resultó su omisión frente a una circunstancia que constaba en el atestado: la persona detenida había sido asistida en un centro de salud debido a la contusión con erosiones en un brazo, la cual había sido producida al ser agredida por la policía, según se manifestó al facultativo que extendió el parte médico.

¹⁰¹⁷ P.e. por la prolongación innecesaria de la misma, como sucedió en la STC 88/2011, donde la persona detenida instó procedimiento de habeas corpus sobre las 12:00 hrs del día en que se terminaron las diligencias necesarias de esclarecimiento, denunciando de manera expresa, que no obstante la conclusión del atestado policial, continuaría detenida hasta el día siguiente porque las conducciones de detenidos al Juzgado de Guardia solo se hacen una vez por la mañana; el Juzgado de Instrucción, previo informe del Ministerio Fiscal, denegó la incoación y no porque ésta adoleciera de los requisitos formales o ante la ausencia del presupuesto fáctico de la real y efectiva situación de privación de libertad, sino al entender que la detención era conforme a Derecho, porque existían indicios de la comisión de un posible delito, que legitimaba la detención policial, dada la flagrancia del hecho y, con respecto a la concreta alegación de la solicitante de que permanecería privada de libertad, únicamente por virtud del acuerdo de conducciones de detenidos el Juez de habeas corpus señaló «[...] Lo que se alega por el solicitante de habeas corpus es que en Comisaría tienen un tiempo prefijado para pasar a disposición judicial al detenido, pero, sin perjuicio de la valoración probatoria que en su caso pudiera efectuar el órgano enjuiciador, lo cierto es que existen indicios, derivados de la unidad de actuación, para atribuir a este detenido la comisión del delito citado. En todo caso, basta la existencia de indicios, para justificar la detención, que se ha practicado en la forma y con las garantías en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Así, el órgano jurisdiccional, pese a constatar a partir del atestado policial que las diligencias estaban concluidas y, no obstante que se había pasado a la detenida a disposición judicial, no solo no restableció el derecho a la libertad vulnerado, sino que desconoció la garantía prevista en el art. 17.4 CE, infringiendo ese precepto constitucional. Además, hay que señalar que el juzgado que vulneró el precepto constitucional fue el mismo que al día siguiente, tras la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido remitidas al Juzgado Decano, recibió el procedimiento de juicio. Vid. STC 88/2011, de 6 de junio, ANT. 2 d) y e), FFJJ 5, 6.

¹⁰¹⁸ Tal y como sucedió en las SSTC 224/1998, de 24 de noviembre y 288/2000, de 27 de noviembre; en ambas las personas fueron detenidas a partir de su presentación en la comisaría de policía en cumplimiento de una respectiva citación; tras ser detenidos permanecieron en los calabozos sin que se realizaran mayores

de este derecho y valor supremo del orden constitucional, incumpliendo la voluntad *ius fundamental* de garantizar un efectivo control judicial de todas las privaciones de libertad.

Por otro lado, los límites a este derecho – garantía pueden apreciarse no tanto en su ejercicio como en sus consecuencias; por ello ha sido identificado en la jurisprudencia constitucional como un procedimiento especial de cognición limitada¹⁰¹⁹, pues sólo se dirige al control de situaciones irregulares de privación de libertad, caso en el que su efecto se limitará al cese inmediato, pero no es un proceso que concluya con la obtención de declaraciones sobre los agravios provocadas a causa de la ilegalidad de la detención. Por tanto, si un individuo resulta ser víctima de una detención arbitraria, una vez resuelta de manera favorable la petición de habeas corpus, deberá buscar por las vías judiciales adecuadas, la reparación en Derecho de las lesiones provocadas por tal detención¹⁰²⁰.

Como reconoce el TC, este proceso especial solo juzga sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad, sin más consecuencias que la terminación o modificación de la misma¹⁰²¹.

Finalmente hay que señalar, en la jurisprudencia constitucional puede apreciarse una modificación de criterio respecto a las consecuencias de una ilegítima denegación liminar del procedimiento de habeas corpus. Inicialmente el Alto Tribunal consideraba que una resolución inmotivada o carente de fundamento razonable que desestimara el habeas corpus, podía contrariar el derecho a la tutela judicial efectiva y que tampoco podía descartarse que en tal resolución, se negara la protección del derecho a la libertad personal establecido en el art. 17.4 CE por causa de una errónea interpretación del contenido del derecho reconocido en el art. 17.1 CE, derecho que tanto en una como en otra hipótesis

actividades de investigación, los detenidos al considerar que la detención había dejado de ser necesaria y con el ánimo de que fuera sometida a control judicial, incoaron procedimiento de habeas corpus; en ambos casos el Juez que recibió el habeas corpus y que lo desechó de manera liminar fue el que posteriormente recibió a los detenidos en el acto de la «puesta a disposición judicial» y, tras escucharles, en ambos casos se decretó la libertad de los detenidos. Así, en ambos casos fue el propio Juez el que propició una prolongación indebida de la detención, a la misma decisión que llegó en el acto de puesta a disposición judicial podría haber llegado con el habeas corpus; pero pareciera que el control judicial automático fuera el único que estrictamente se debe cumplir, desconociendo la obligación de realizar un control judicial a petición de parte.

¹⁰¹⁹ Cfr. STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4.

¹⁰²⁰ En este sentido *vid.* SSTC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 9; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 13, 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5.

¹⁰²¹ Cfr. STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 4; 98/1986, de 10 de julio, FJ 1.

sería violentado, en última instancia, por el juzgador¹⁰²², rechazo que por inmotivado, además, vulneraría la previsión del art. 24.1 CE.

Por eso tuvo ocasión de considerar vulnerados los arts. 17.4 y 24.1 CE cuando el auto denegatorio in *limine Litis* del habeas corpus únicamente aludía a la falta de concurrencia de los motivos del art. 1 de la Ley Orgánica¹⁰²³ pese a la existencia del presupuesto habilitante, puesto que la denegación además de dejar sin reparación la vulneración del derecho a la libertad, lo hace en términos que suponen de manera simultánea una violación del art. 24.1 CE por no ofrecer la mínima motivación constitucionalmente exigible¹⁰²⁴ ni permitirle al afectado conocer la razón determinante de la denegación judicial¹⁰²⁵.

Más aún, tratándose de la afectación provocada por la negativa improcedente del habeas corpus, resulta emblemática la STC 154/1995, donde pese a la denegación liminar del procedimiento, posteriormente el Juez determinó la puesta en libertad del recurrente, actuando casi en términos coincidentes con los del art. 7 Ley Orgánica de «Habeas Corpus»; lo que llevó al Alto Tribunal, aun sin entrar a analizar si hubo violación del derecho a la libertad personal por parte del Juzgado que denegó el procedimiento, a considerar que el derecho a una resolución judicial motivada no había sido satisfecho; subrayando que los procedimientos que establece el ordenamiento, y sobre todo los previstos por la Constitución para garantizar un derecho fundamental –como es el caso de habeas corpus—, no pueden dejarse a «la libérrima disposición de los órganos judiciales» para que éstos decidan de manera espontánea optar por atenerse o no a los mismos. En consecuencia, señaló que la posterior puesta en libertad del recurrente no subsanaba la

¹⁰²² Cfr. STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 2. Sin embargo, en este caso, el Alto Tribunal consideró que la cita del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE—era redundante respecto de la violación de los apartados 1º y 4º del art. 17 CE; y lo consideró así, señalando que la alegada indefensión tendría que apreciarse por referencia al trato por ellos recibido en el curso del habeas corpus. Sin embargo, si la decisión de este procedimiento de habeas corpus incurrió en carencia de motivación, motivación irrazonable o, en una interpretación errada del contenido del derecho a la libertad personal –art. 17.1 CE— provocando una falta de protección, tenía que concluirse que el Juzgador había incumplido lo prevenido en el art. 17.4 CE y en que, por ello, se vulneró, por falta de la debida tutela judicial, el derecho a la libertad.

¹⁰²³ Como sucedió en la STC 86/1996, de 21 de mayo, ANT. 2, FJ 9, en donde el habeas corpus se negó cuando ya habían transcurrido 30 horas desde la conclusión de las diligencias de investigación, siendo así, el Juez confirmó una situación privativa de libertad contraria a Derecho

¹⁰²⁴ SSTC 104/1990, de 4 de junio, FJ 1; 66/1996, de 16 de abril, FFJJ 4, 5; 154/1995, de 24 de octubre, FJ 4.

¹⁰²⁵ Como sucedió en la STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9.

denegación inmotivada de acceso al procedimiento de habeas corpus que la Norma Fundamental ha puesto a disposición de toda persona que considere estar privada ilegalmente de su libertad; así el TC falló reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva y declarando la nulidad del auto que denegó la incoación del habeas corpus.¹⁰²⁶

Sin embargo actualmente, el TC considera que el canon constitucional que ha de seguirse para analizar una resolución judicial que de manera improcedente niega in *limite Litis* el habeas corpus solamente puede ser el del derecho fundamental a la libertad, pues es ese el derecho que está en juego, y la eventual ausencia de motivación suficiente y razonable de la decisión no supone un problema de falta de tutela judicial propio del art. 24.1 CE, sino que prioritariamente se trata de una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal. Además, el Alto Tribunal también considera, como señalamos anteriormente, que la suficiencia o razonabilidad de la resolución judicial sobre el habeas corpus forma parte de la misma garantía, por lo que la falta de motivación supone el incumplimiento por el órgano judicial de lo previsto en el art. 17.4 CE, lesionando el derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 CE¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ Cfr. STC 154/1995, de 24 de octubre, FFJJ 5, 6 y Fallo.

¹⁰²⁷ Vid. SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 2; 122/2004, de 12 de julio, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 2. A nuestro parecer, aunque la resolución judicial motivada forme parte de la garantía constitucional del procedimiento de habeas corpus, ello no debería llevar a subsumir la genérica obligación judicial derivada del art. 24.1 CE. En efecto, con el control judicial de la situación de detención que implica el habeas corpus, no sólo se protege el derecho a la libertad, sino también los demás derechos sustantivos recogidos en el art. 17 CE que, aun y cuando sirvan como garantías de la libertad, tienen la condición de derechos autónomos. Por tanto, si el control judicial se solicita por la vulneración de alguno de los derechos del detenido, piénsese en falta de asistencia letrada, ausencia del derecho a intérprete, trato degradante durante la detención –por las condiciones de la celda–; la resolución judicial liminar además de vulnerar el art. 17.4 CE –por incumplir la garantía–afectaría también el derecho / garantía en cuestión, independientemente de la afectación que de manera general provoque al derecho a la libertad. Además, tenemos presente que el deber de motivación, cuando se trata de restricciones de derechos fundamentales, no es solamente una elemental cortesía, sino que es un requisito *sine qua non* para justificar el sacrificio del derecho; por tanto llama la atención que la ausencia de motivación de una decisión judicial que de manera liminar desecha el procedimiento de habeas corpus y con ello fomenta –en caso de existir–la vulneración tanto de la tutela judicial efectiva como, en su caso, de los otros derechos garantía señalados –sean asistencia letrada, información de derechos, derecho a guardar silencio, intérprete, trato contrario a la dignidad– solamente se considere por parte del TC como una mera afectación del art. 17.4 CE.

Este criterio, nos parece, no contribuye en nada a asegurar el compromiso que el órgano jurisdiccional debe tener frente a este procedimiento constitucional y sorprende, sobretudo, porque el TC ha reconocido como grave el frecuente incumplimiento por parte de algunos Juzgados de Instrucción, de su doctrina constitucional sobre la inadmisión liminar del procedimiento de habeas corpus, señalando que ello carece de justificación y por eso, en fecha reciente, destacaba la trascendencia constitucional del recurso de amparo que motivara la STC 32/2014. Vid. SSTC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2.

CAPÍTULO III. Otros Derechos Constitucionales que también pueden verse afectados por la Detención Preventiva

A. Introducción

En el capítulo I señalamos que la detención preventiva se configura constitucionalmente como una institución restringida, restrictiva de la libertad personal y de otros derechos fundamentales. En efecto, no hay duda de que la institución es una excepción a la garantía a partir de la cual, la situación de libertad o pérdida transitoria de la misma por parte de los ciudadanos, se encuentra en manos de un Juez¹⁰²⁸; pero tampoco puede negarse que su ejecución puede provocar afectaciones a otros derechos fundamentales y, por ello, la referimos como institución restrictiva de derechos¹⁰²⁹, y no solo de la libertad personal.

Identificamos como finalidad de la institución, la realización de las averiguaciones necesarias para esclarecer los hechos aparentemente delictivos en los que tiene causa; la cual, se ajusta a los fines constitucionalmente legítimos del esclarecimiento de los hechos –art. 17. CE— y de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente –art. 126 CE—¹⁰³⁰, que configuran un bien digno de protección constitucional¹⁰³¹; los cuales pueden implicar, además de la afectación del derecho a la libertad personal –art. 17 CE— alguna restricción de ciertos derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la integridad física y moral¹⁰³² –art. 15 CE—, el derecho a la intimidad¹⁰³³ –art. 18.1 CE— simultánea o separadamente¹⁰³⁴ o del derecho al secreto de

¹⁰²⁸ Cfr. STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 13.

¹⁰²⁹ Vid. Capítulo I, apartados C.1. Estructura y 6.g. Otros derechos que pueden ser afectados por la detención.

¹⁰³⁰ Debemos recordar que el TC ha señalado que «la persecución y castigo del delito constituye, [...] un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana» –arts. 10.1 y 104.1 CE—. Vid. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; consideración reiterada p.e. en SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a) y .115/2013, de 9 de mayo, FJ 6.

¹⁰³¹ Por todas vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 12.

¹⁰³² Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

¹⁰³³ Vid. STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 5.

¹⁰³⁴ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6 D), si se hubiera llevado a efecto la medida acordado judicialmente –corte de cabello de cabeza y axilas para determinar si el afectado era consumidor de sustancias estupefacientes y en tal caso, durante cuánto tiempo— habría vulnerado los derechos a la integridad física y a la intimidad personal. Cabe aclarar, de cualquier forma se estimaron vulnerados ambos debido a falencias de cobertura legal y de proporcionalidad, en cuanto a los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

las comunicaciones—art. 18.3 CE—y que tal restricción no constituirá, necesariamente, una vulneración de dichos derechos.

En efecto, en los dos momentos que componen la detención¹⁰³⁵ —la aprehensión y la custodia—, los derechos mencionados pueden ceder de manera inmediata y verse afectados, siempre que respondan a unas exigencias derivadas de la propia Norma Fundamental y que el Alto Tribunal ha ido precisando a lo largo de su jurisprudencia, como es el caso de la proporcionalidad. Por ejemplo, con motivo de la aprehensión puede ser que el detenido, si ofrece resistencia, sufra alguna lesión provocada por la actuación de la policía, y si aquélla responde a unos criterios legitimadores, aunque se trate de una afectación del derecho a la integridad no será una vulneración del mismo. También, durante o en el marco de la aprehensión, la policía puede hacer alguna revisión corporal —cacheo— o de efectos personales del detenido, lo cual puede constituir una intromisión a la intimidad personal que no llegue a configurar una lesión de la misma. Durante la custodia, la realización de alguna diligencia de investigación para el esclarecimiento de los hechos puede afectar el derecho a la intimidad personal o a la integridad física del detenido, sin que la intromisión necesariamente conlleve a una vulneración de derechos; y además, debido a la naturaleza de esta situación privativa de libertad, el ejercicio de las comunicaciones de los detenidos experimentará una especial modulación con posibilidad de restricción.

Pues bien, los derechos referidos, no son absolutos y por tanto pueden ceder, sin desaparecer, ante otros derechos fundamentales o en su caso bienes constitucionales¹⁰³⁶. Al respecto, recordamos la doctrina sobre el carácter no ilimitado o no absoluto de los derechos fundamentales, conforme a la cual se constata que éstos pueden limitarse, manteniendo su contenido esencial, ante la necesidad de preservar o proteger algunos otros derechos fundamentales u otros bienes o valores con protección constitucional¹⁰³⁷; pues de lo contrario, quizá los órganos estatales no podrían cumplir de manera adecuada las tareas que la Norma Fundamental les impone¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ Vid. Capítulo I, apartado C. 4. Contenido

¹⁰³⁶ Vid. SSTC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 3; 14/2003, de 28 de enero, FJ 9;

¹⁰³⁷ En ese sentido, entre muchas, sugerimos SSTC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 b); 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6.

¹⁰³⁸ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6.

Así bien, para que la cesión o sacrificio del derecho fundamental, configurada como un límite al ejercicio del mismo, resulte constitucionalmente aceptable será necesario que el acto –medida o resolución— de la autoridad satisfaga unos condicionamientos que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, de manera general citamos:

1. Contar con una adecuada Previsión Legal¹⁰³⁹
2. Ser necesarios en una sociedad democrática y perseguir un Fin constitucionalmente Legítimo¹⁰⁴⁰, por virtud del cual pueda justificarse la adopción de la medida.
3. Respetar el principio de proporcionalidad, que permita constatar la armonía entre a) la necesidad de la medida, b) su idoneidad, c) la proporcionalidad en sentido estricto; es decir, que sea constatable la ponderación entre los sacrificios que conlleva el

¹⁰³⁹ Conforme al criterio del TC «toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley, ser necesaria para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática, y su aplicación ha de ser razonada y razonable», en ese sentido, destaca el mandato expreso de la Constitución, de que «toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas precisa de una habilitación legal»; se trata pues de una reserva de ley a la que, por mandato constitucional, están sometidos los derechos fundamentales constitucionales. Así, conforme a la doctrina del Constitucional, la cobertura legal específica de una disposición que implique una medida limitadora de derechos fundamentales, debe analizarse desde una triple condición: a) La existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para imponer la medida limitante en el caso concreto; b) El rango legal que tenga dicha disposición; y c) La calidad de ley como garantía de seguridad jurídica. Por cuanto a la primera condición, el análisis de la existencia de la cobertura legal de la medida limitativa de derechos, debe partir del contenido de las normas que regulan la limitación, en consonancia con la habilitación a la autoridad, el ámbito jurídico de aplicación y los presupuestos de hecho. La segunda y tercera, devienen de una interpretación conjunta de los arts. 53.1 y 81.1 CE, en cuanto que el desarrollo de los derechos fundamentales es una materia reservada a la ley, misma que deberá tener el carácter de Ley Orgánica, en tanto que éstas cumplen el papel de norma de integración que da cima al desarrollo de la Constitución. Vid. SSTC 169/2001, de 16 de julio, FFJJ 4, 6, 7; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 11/1981, de 8 de abril, FJ 5.

¹⁰⁴⁰ En efecto, la justificación de la medida se encuentra cuando es posible constatar que la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo, v. g. interés público y que es necesaria para la consecución de dicho fin. El fin puede constituirse por razones justificadas de interés general, ciertamente previstas por la Ley v. g. la actuación del *ius puniendi*. En ese sentido, el TC ha considerado que el interés público propio de la investigación de un delito y, más concretamente, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal, son causa legítima que puede justificar una medida restrictiva de derechos, siempre y cuando esta última esté prevista por la Ley. Ahora bien, es necesario subrayar que el simple señalamiento del fin legítimo que persigue el acto de autoridad –resolución judicial, idóneamente y como regla general— puede en primera instancia justificar la medida pero no la dota de legitimidad constitucional plena, para ello deberá apreciarse la existencia de otros condicionamientos como es el caso de la proporcionalidad; en nuestro caso, la ponderación sobre las circunstancias tomadas en cuenta para considerar que existe un indicio racional que amerita la consecución del fin –aseguramiento del delincuente, investigación de los delitos—, sentando así, la necesidad e idoneidad de la medida. Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FFJJ 7, 8; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 a); 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 169/2001, de 16 de julio, FJ 10.

derecho, frente a las ventajas y beneficios que puedan obtenerse y el contexto en el que se adopta¹⁰⁴¹.

4. Respetar los límites establecidos por la Constitución al establecimiento de los límites de los derechos, tanto genéricos –p.e. el contenido esencial (Art. 53.1 CE)¹⁰⁴²— como específicos, es decir, aquellos impuestos por la concreta previsión constitucional del derecho en cuestión¹⁰⁴³.
5. Por regla general, la existencia de una intervención judicial¹⁰⁴⁴—como principal fórmula de garantía—.

¹⁰⁴¹ Respecto de la doctrina expresada por el TC, sobre los límites a los derechos, véase nuestro comentario en la nota a pie 165.

¹⁰⁴² Sobre la doctrina constitucional referente al límite genérico o contenido esencial, *Vid.* STC 11/1981, de 8 de abril, FFJJ 7 y 8. El Tribunal Constitucional refiere al «límite genérico» derivado del artículo 53.1 CE, en términos generales, podemos señalar que éste implica que ninguna limitación a los derechos fundamentales puede obstruir el derecho más allá de lo razonable –esto es, dejándolo inoperante o sin substancia, haciéndolo impracticable, como un derecho ilusorio— o incluso, despojándolo de la necesaria protección.

¹⁰⁴³ Esto es, cuando el precepto que reconoce el derecho de manera simultánea establece los parámetros de limitación al mismo. *V. g.* Arts. 17.1 (libertad personal); 17.2 (duración detención preventiva); 18.2 (Inviolabilidad del domicilio); 18.3 (derecho al secreto de las comunicaciones); 22.4 (derecho de asociación); 28 (libertad de sindicación); entre otros.

¹⁰⁴⁴ Este criterio alude a la exigencia del monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales. Las resoluciones judiciales que acuerdan la restricción de derechos fundamentales deben cubrir una doble exigencia de motivación o una motivación, que podríamos llamar, reforzada. Así, como cualquier resolución judicial, deben cumplir con la «genérica obligación de motivación» que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE, en relación con el art. 120.3 CE—, pero esta obligación genérica no es suficiente en estos casos; es decir, no basta «con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 Y 158/1996)». Tratándose de limitaciones a derechos fundamentales, la exigencia de motivación es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencia claramente la necesidad de la adopción de la medida. Tanto así, que conforme a la doctrina del Tribunal, en estos casos la ausencia de motivación ocasionará *per se*, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo, independientemente de que además, se produzca una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, el TC ha sostenido que «las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales derivadas de su proporcionalidad requieren que consten en las resoluciones los elementos que permiten [...] apreciar que se ha efectuado la ponderación requerida por el juicio de proporcionalidad». Una limitación al libre ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce, es un acto grave que necesita contar con una especial causalización y «el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo [...], la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Por ello «toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado». En ese sentido *Vid.* SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 10; 123/1997, de 1 de julio, FJ 3; respectivamente.

Ahora bien, tras haber señalado las condiciones de constitucionalidad exigibles a las medidas limitativas de derechos y no dudando que la detención preventiva sea una de ellas en cuanto al derecho a la libertad, veremos cómo es que tanto con motivo de ésta, como con las actuaciones de la autoridad policial adoptadas en el marco de la misma puede tener lugar la disminución de los señalados derechos a la integridad y a la intimidad, muchas veces sin que se satisfaga el condicionamiento, regla general, de la intervención judicial para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales y pese a ello, la intromisión en cualquiera de los derechos mencionados puede resultar constitucionalmente admisible, siempre que exista una adecuada previsión legal, se mantenga el respeto a las exigencias del fin perseguido, el principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial, característicos de todo acto que limite derechos fundamentales¹⁰⁴⁵ y, además, que se satisfaga algún otro condicionamiento puntual en función del contenido del derecho que se esté sacrificando. Así mismo existe una alteración en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones e incluso, puede llegar a verse limitado sin que exista una previa intervención judicial.

En ese sentido, hay que puntualizar, por cuanto a los derechos previstos en los arts. 15 –integridad– y 18.1 CE –intimidad– la Norma Fundamental no contempla una reserva constitucional en favor del juez¹⁰⁴⁶, teniendo esto en cuenta, creemos que la detención preventiva no es solamente la excepción a la regla general de que la privación de libertad esté en manos de un juez; atendiendo a su finalidad, también puede ser una excepción a la regla general de que los actos limitativos de derechos precisan de autorización judicial, pues algunas actuaciones derivadas de la misma pueden producir afectaciones a los

¹⁰⁴⁵ Vid. STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9. «los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 2/1982, de 29 de enero, FJ 5, entre otras). [...], en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 61/1982, de 13 de octubre, FJ 5; 13/1985, de 31 de enero, FJ 2), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FFJJ 4 a 6, 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 137/1990, de 19 de julio, FJ 6; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6)».

¹⁰⁴⁶ Vid. SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 C); 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7.

derechos a la integridad y a la intimidad decididas únicamente por la policía y, en todo caso, revisadas judicialmente de manera posterior. En cambio, por disposición constitucional, el derecho al secreto de las comunicaciones necesita de una autorización judicial previa para ser limitado¹⁰⁴⁷ y, en principio, esto marcaría una diferencia respecto a los dos derechos previamente mencionados y que analizamos en primer lugar.

Pues bien, teniendo en cuenta las condiciones generales de constitucionalidad de las medidas que limitan derechos fundamentales, corresponde analizar la forma en que interactúan el fin constitucional del descubrimiento y aseguramiento del delincuente y la investigación de los hechos delictivos –vinculado a la finalidad de la detención–, con los derechos fundamentales a la integridad física –art. 15 CE–, a la intimidad personal –art. 18.1 CE– y al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE–, todos asumidos como bienes constitucionalmente protegidos.

Por último hay que señalar, debido a que éstos derechos, a diferencia de los abordados en el capítulo anterior, no se configuran como derechos específicos de las personas en situación de detención preventiva o de cualquier otra situación de privación de libertad, sino que existen en todo momento como inherentes a la propia condición humana pero se ven afectados por la detención; el análisis que seguimos no aborda los elementos de cada derecho sino que se enfoca a la verificación de los recortes permisibles a los derechos previstos en los arts. 15, 18.1 y 18.3 CE en el marco de la detención preventiva –art. 17.2 CE–.

B. Derechos constitucionales afectados por la Detención Preventiva

1. Detención Preventiva y el Derecho a la integridad física y moral

a. Marco Constitucional del derecho afectado

Artículo 15 CE

¹⁰⁴⁷ Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 10; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FFJ 10.b.3), entre otras.

Todos tienen derecho [...] a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. [...]

Artículo 3 CEDH

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 4 CDFUE¹⁰⁴⁸

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 7 PIDCP¹⁰⁴⁹

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. [...]

Artículo 10 PIDCP

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

b. Alcance del derecho en el contexto de la detención preventiva

El art. 15 CE, garantiza el derecho a la integridad física y moral, protege la inviolabilidad de la persona tanto contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o mente, como contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular¹⁰⁵⁰

Así, de esta previsión constitucional podemos destacar dos cosas: primero, como el TC ha señalado, mediante el derecho a la integridad física, se protege «el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento.»¹⁰⁵¹ Y segundo, al igual que el art. 3

¹⁰⁴⁸ Como se desprende de la simple lectura de ese artículo, el derecho que enuncia se corresponde con el garantizado en el artículo 3 CEDH; y por virtud del art. 52.3 CDFUE tiene el mismo sentido y alcance. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 4—Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes.

¹⁰⁴⁹ *Vid. supra* nota a pie 415 de este capítulo.

¹⁰⁵⁰ *Vid.* SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.

¹⁰⁵¹ *Vid.* STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2

CEDH, consagra uno de los valores más fundamentales de una sociedad democrática; la prohibición en términos absolutos de torturas y de tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de las circunstancias y comportamiento del individuo¹⁰⁵². Esta prohibición configura el derecho absoluto a no padecer torturas o tratos inhumanos o degradantes¹⁰⁵³ y el objeto central de protección de la prohibición es la indemnidad de la dignidad de la persona¹⁰⁵⁴.

Por tanto, podemos identificar que con este derecho se protege, por un lado, la incolumidad corporal¹⁰⁵⁵, la inviolabilidad de la persona contra toda clase de ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o mente y contra toda clase de intervención en esos bienes sin consentimiento del titular¹⁰⁵⁶; y, por otro lado, la indemnidad de la dignidad personal, respecto a la cual hay una protección absoluta¹⁰⁵⁷.

Lo anterior permite entender que la integridad personal no esté libre de toda intromisión del poder público, sin embargo, aquéllas que padezca con motivo de la actuación estatal no deben estar destinadas o ser ordenadas para infligir padecimientos físicos o psíquicos o provocar daños a quien padezca la medida limitante¹⁰⁵⁸, es decir, la medida no deberá

¹⁰⁵² En ese sentido *vid.* SSTEDH *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 90; *Labita v. Italia* [GS], 26772/95, Sentencia de 6 de abril de 2000, párr. 119; señalando que incluso en circunstancias de extrema dificultad, como son la lucha contra el terrorismo o el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos cualquiera de las conductas referidas en el art. 3; este precepto, a diferencia de la mayoría de artículos del CEDH, no permite excepciones o derogaciones por virtud del art. 15.2 CEDH, incluso en situaciones de peligro público que amenace la vida de la nación.

¹⁰⁵³ *Vid.* STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 2.

¹⁰⁵⁴ *Vid.* STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6.

¹⁰⁵⁵ *Vid.* STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁰⁵⁶ *Vid.* STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.

¹⁰⁵⁷ *Vid.* STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; ATC 365/2008, de 17 de noviembre, FJ 2.

¹⁰⁵⁸ Al respecto STC 120/1990, de 27 de junio, FFJJ 6, 8, 9, 12. Con motivo de una prolongada huelga de hambre organizada por unos internos, el TC analizó la licitud constitucional de una resolución judicial que ordenaba a la administración penitenciaria dar asistencia médica obligatoria y, especialmente, alimentar incluso contra la voluntad de los recurrentes cuando se viera en peligro su vida; el auto de la Audiencia ordenaba la alimentación forzosa por vía parenteral cuando de acuerdo con los conocimientos médicos, la alimentación resultara necesaria para impedir el riesgo de muerte. El TC señaló que el derecho a la integridad física y moral podría resultar afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, lo cual puede traer causa en diversas móviles y, a menos de que dicha asistencia médica coactiva tenga una justificación constitucional, constituirá una limitación vulneradora del derecho fundamental. En el caso, la asistencia médica obligatoria autorizada por resolución judicial, no era en sí misma, ni en su forma y ni por su alcance, violatoria del derecho a la integridad física y moral, sino sólo una limitación del derecho y, en todo caso, justificada por la necesidad de preservar otro bien constitucionalmente protegido: la vida humana. La limitación se acordó mediante el ponderado juicio de proporcionalidad «en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza» la medida limitante. En similar sentido *vid.* SSTC 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero.

trastocar el señalado objeto central, y diríamos contenido esencial, del derecho-prohibición. Por tanto, la conducta de la autoridad que provoque la intromisión en el derecho, con forma de limitación, no deberá implicar en el afectado –detenido— un nivel de sufrimiento con un grado de severidad¹⁰⁵⁹ tal, que pueda traducirse en alguna de las conductas prohibidas por los arts. 15 CE y 3 CEDH.

Como el TC ha señalado, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes «son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los límites, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente.»¹⁰⁶⁰

Podría apuntarse que la distinción entre los malos tratos que configuren tortura y los que puedan calificarse como tratos inhumanos y degradantes radica en el umbral de gravedad, determinado en buena medida por la diferencia en la intensidad del sufrimiento infligido¹⁰⁶¹; en efecto, un trato inhumano deliberado que provoca un sufrimiento muy grave y cruel, será considerado tortura¹⁰⁶². Considera el TEDH que sumado a la gravedad

¹⁰⁵⁹ Al respecto, el TC ha señalado, el hecho de que una intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar – producir sensaciones de dolor o sufrimiento— o un riesgo o daño para la salud supone un plus en la afectación del derecho, pero no es una condición *sine qua non* para entender que existe intromisión en el derecho fundamental a la integridad física. *Vid.* STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁰⁶⁰ *Vid.* STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; criterio recordado en diversas sentencias, p.e. SSTC 196/2006, de 3 de julio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4 A).

¹⁰⁶¹ Con respecto al criterio de graduación, vemos por ejemplo en la STEDH *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 167, el Tribunal consideró que las técnicas de interrogación a que habían sido sometidos los demandantes, indudablemente habían implicado un trato inhumano y degradante, pero no habían ocasionado un sufrimiento de la particular intensidad y crueldad que implica el término tortura (respecto a este caso *vid.* Nota a pie 1179). Sobre estos criterios, fueron asumidos y desarrollados por el TC, así por ejemplo *vid.* STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5, cuando recuerda que de los comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE, cada conducta se distingue «por 'la diferente intensidad del sufrimiento causado' en 'una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante'», recordando las SSTC 137/1990, de 19 de julio, FJ 7; 215/1994, de 14 de julio, FJ 5, ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5. Por otro lado, es importante también ver el asunto *Gäfgen* que se refiere a los aspectos psicológicos, no sólo físicos como forma de tortura *vid.* STEDH *Gäfgen v. Alemania* [GS], 22978/05, sentencia de 1 de junio de 2010, párr. 90 y ss.

¹⁰⁶² En este sentido *vid.* STEDH *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrs. 63, 64. En este caso, durante su privación de libertad el demandante fue sometido al tratamiento conocido como «Palestinian hanging» –desnudo, con los brazos atados por la espalda y pendiente de éstos, (Garrucha)—; en opinión del Tribunal este tratamiento solo podía haber sido infligido de manera deliberada, de hecho su puesta en práctica debió haber implicado un cierto grado de preparación y esfuerzo; además parecía haberse llevado a cabo con el objetivo de obtener información o confesiones por parte del demandante y, aunado al grave dolor que éste debió haber provocado en su momento, los informes médicos mostraban que el mismo

del trato dispensado, hay un elemento de intencionalidad¹⁰⁶³—aspecto subjetivo—, como está reconocido en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU¹⁰⁶⁴ y además, subraya que la amenaza de una conducta prohibida por el art. 3 CEDH, siempre y cuando sea suficientemente real e inmediata, puede configurar una vulneración de la disposición; por tanto, amenazar a una persona con ser torturada puede constituir en sí mismo una tortura —dado que el miedo a padecer una tortura física puede constituir *per se* una tortura mental— o al menos, un trato inhumano¹⁰⁶⁵.

Para que una conducta sea considerada como malos tratos, debe atribuírsele un nivel mínimo de gravedad¹⁰⁶⁶; éstos pueden ser tratos inhumanos y tratos degradantes y, aunque existe una diferencia entre estos, en ocasiones una conducta puede ser calificada dentro de ambas categorías. Al respecto, el TEDH considera que hay trato inhumano cuando, entre otras cosas, ha sido premeditado y/o ha provocado lesiones corporales o un intenso sufrimiento mental o físico¹⁰⁶⁷ pero que, por su intensidad o gravedad, no llega a ser tortura. Y considera que hay un trato degradante cuando el trato dado a la persona evidencia falta de respeto o menosprecio a la dignidad humana, o despierta en quien lo

provocó una parálisis de ambos brazos que duró durante cierto tiempo. En consecuencia, el TEDH consideró que dicho tratamiento fue de tal naturaleza cruel y grave, que solo podía ser descrito como tortura.

¹⁰⁶³ Vid. STEDH *Gäfgen v. Alemania* [GS], 22978/05, Sentencia de 1 de junio de 2010, párr. 90, 104. En efecto, cuando se trata de un acto premeditado y calculado en una manera deliberada e intencional, difícilmente podría no ser contrario el art. 3 CEDH.

¹⁰⁶⁴ ONU, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Art. 1 «1. [...] se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.»

¹⁰⁶⁵ Vid. STEDH *Gäfgen v. Alemania* [GS], 22978/05, sentencia de 1 de junio de 2010, párrs. 91, 108.

¹⁰⁶⁶ Vid. SSTEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párr. 35; *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre de 1997, párr. 55; *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 91. La valoración de ese mínimo será relativa y depende de todas las circunstancias del caso, como el carácter o naturaleza y contexto del tratamiento, la forma y método de ejecución, su duración, los efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud del afectado.

¹⁰⁶⁷ Vid. SSTEDH *Muradova v. Azerbaiyán*, 22684/05, Sentencia de 2 de abril de 2009, párr. 98; *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párr. 36; *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 92; *Pretty v. Reino Unido*, 2346/02, Sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 52.

padece sentimientos de miedo, angustia o inferioridad capaces de romper la resistencia moral o física del individuo¹⁰⁶⁸, de humillar o menospreciar¹⁰⁶⁹.

Pues bien, una medida privativa de libertad puede envolver alguno de dichos elementos. En efecto, la detención preventiva como forma legítima de privación de libertad, aparece un inevitable elemento de sufrimiento o humillación para quien la padece, pero no por ello puede decirse que la ejecución de la misma *per se* implique un problema a la luz del art. 15 CE - 3 CEDH¹⁰⁷⁰ / 4 CDFUE.

Por tanto, la esencia de este derecho en vinculación con la medida privativa de libertad, exige que la autoridad estatal se asegure de que la persona sea detenida en condiciones que resulten compatibles con respecto a su dignidad humana, que la forma y método de la ejecución de la medida no impliquen el sometimiento a una angustia o dureza indebidas con una intensidad que exceda al inevitable nivel de sufrimiento inherente a la detención¹⁰⁷¹ y que, dadas las exigencias prácticas de la privación de libertad, la salud y bienestar se aseguren de manera adecuada mediante, entre otras, la asistencia médica necesaria¹⁰⁷².

c. Afectación del derecho a la Integridad física y moral con motivo de la detención preventiva

La prohibición absoluta a no padecer tratos inhumanos o degradantes no puede ni debe confundirse con el uso de la fuerza, esta última no está prohibida, aunque su empleo¹⁰⁷³,

¹⁰⁶⁸ Vid. SSTEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párr. 36; *Pretty v. Reino Unido*, 2346/02, Sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 52.

¹⁰⁶⁹ Vid. STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; STEDH *Muradova v. Azerbaiyán*, 22684/05, Sentencia de 2 de abril de 2009, párr. 98; *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 92.

¹⁰⁷⁰ Vid. STEDH *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párrs. 92-93.

¹⁰⁷¹ Vid. SSTEDH *Nevmerzhitsky v. Ucrania*, 54825/00, Sentencia de 5 de abril de 2005, párr. 81; *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 94.

¹⁰⁷² Vid. STEDH *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 94. Por ejemplo, en este caso el demandante presentaba algunos trastornos psicológicos y tendencias suicidas, sin embargo, a partir de su detención y durante todo el tiempo en que permaneció privado de libertad —en prisión provisional— contó con asistencia médica (incluso durante un periodo fue llevado a un hospital psiquiátrico) y estuvo bajo observación psiquiátrica; así para el TEDH, aun reconociendo que las condiciones psicológicas del demandante lo hacían mayormente vulnerable que al promedio de los detenidos y que su detención pudo haber exacerbado a cierto nivel sus sentimientos de angustia, dolor o miedo; a la luz de todas las circunstancias del caso no podía apreciarse que hubiera sido sometido a malos tratos que alcanzaran el suficiente nivel de gravedad a la luz del art. 3 CEDH.

¹⁰⁷³ La fuerza debe usarse sólo si es indispensable y no debe ser excesiva; para un estudio a profundidad sobre el uso de la fuerza en la jurisprudencia del TEDH vid. MAVRONICOLA Natasa, «Güler and Öngel v Turkey:

teniendo en cuenta la prohibición que sí deriva de los arts. 15 CE y 3 CEDH, habrá de ser sumamente limitado y responder a criterios de justificación y proporcionalidad¹⁰⁷⁴.

Article 3 of the European Convention on Human Rights and Strasbourg's Discourse on the Justified Use of Force», *The Modern Law Review*, Vol. 76, Issue 2, March 2013, p. 372 y ss.

¹⁰⁷⁴ De hecho el TEDH cita en su jurisprudencia algunas de las previsiones internacionales que refieren al uso de la fuerza, como es el caso del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptado el 17 de noviembre de 1979, Resolución 34/169 Asamblea General de la ONU, arts. 3 y 5 «Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas» y «Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como el estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquiera otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes»; o *Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, adoptado por el 8º Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, disposiciones «... 2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo auto-protector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la necesidad de armas de cualquier tipo.

3. Se hará una cuidadosa evaluación de la fabricación y distribución de armas no letales incapacitantes a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a personas ajenas a los hechos y se controlará con todo cuidado el uso de tales armas.

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;

6. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte, comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores de conformidad con el principio 22.

7. Los gobiernos adoptarán las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

8. No se podrán invocar circunstancias excepcionales tales como la inestabilidad política interna o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar el quebrantamiento de estos Principios Básicos.

[...]

22. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán procedimientos eficaces para la presentación de informes y recursos en relación con todos los casos mencionados en los principios 6 y 11 f). Para los casos con respecto a los cuales se informe de conformidad con esos principios, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley asegurarán que se establezca un procedimiento de revisión eficaz y que autoridades administrativas o judiciales independientes estén dotadas de competencia en circunstancias apropiadas. En caso de muerte y lesiones graves u otras consecuencias de importancia, se

En efecto, los artículos de referencia no prohíben acudir al empleo de medios coactivos o al uso de la fuerza en ciertas circunstancias bien definidas¹⁰⁷⁵, como es el caso de la realización de una aprehensión¹⁰⁷⁶. Sin embargo, tal fuerza debe ser utilizada solamente si resulta indispensable y asegurándose de que no sea excesiva¹⁰⁷⁷ o desproporcionada y, en

enviará rápidamente un informe detallado a las autoridades competentes para la revisión administrativa y la supervisión judicial.

23. Las personas afectadas por el empleo de la fuerza y de armas de fuego o sus representantes legales tendrán acceso a un proceso independiente, incluido un proceso judicial. En caso de muerte de esas personas, esta disposición se aplicará a sus herederos.

24. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.» *vid. STEDH Muradova v. Azerbaiyán*, 22684/05, Sentencia de 2 de abril de 2009, párrs. 69, 70.

¹⁰⁷⁵ Por todas *vid. STEDH Güler y Öngel v. Turquía*, 29612/05; 30668/05, Sentencia de 4 de octubre de 2011, párr. 28.

¹⁰⁷⁶ *Vid. STEDH Shchukin y otros v. Chipre*, 14030/03, Sentencia de 29 de julio de 2010, párr. 93; *Ivan Vasilev v. Bulgaria*, 48130/99, Sentencia de 12 de abril de 2007, párr. 63.

¹⁰⁷⁷ *Vid. SSTEDH Güler y Öngel v. Turquía*, 29612/05; 30668/05, Sentencia de 4 de octubre de 2011, párr. 28; *Shchukin y otros v. Chipre*, 14030/03, Sentencia de 29 de julio de 2010, párr. 93; *Ivan Vasilev v. Bulgaria*, 48130/99, Sentencia de 12 de abril de 2007, párrs. 8-12, 63-65, 76. Por ejemplo, en este último caso, se trataba de un menor de 14 años que fue detenido por dos agentes de policía —en prácticas— que además, patrullaban la zona en el vehículo particular de uno de ellos y no en un auto oficial de policía; debido a la vestimenta del demandante lo confundieron con un individuo que recién había sido reportado por haber escapado a una detención en esa misma zona; así las cosas, cuando los oficiales de policía que vestían de civiles vieron al demandante, salieron del auto en el que patrullaban y comenzaron a perseguirlo, éste, al escuchar sus pasos y percatarse de que los hombres habían salido de un coche sin ninguna insignia oficial, siguió corriendo. Hay contradicción sobre si los hombres gritaron al demandante «alto, policía» pero al margen de ello, la persecución continuó aproximadamente un minuto hasta que uno de los oficiales alcanzó al demandante, quien cayó al piso cara abajo y uno de los policías comenzó a golpearle en la espalda y piernas con una porra y a patearle el torso; el otro policía los alcanzó y también golpeó al demandante en la espalda y piernas con una porra y le pateó el torso; éste lloraba y suplicaba a los oficiales que pararan insistiendo en que él no había hecho nada incorrecto. Al poco tiempo el superior de los oficiales arribó a la escena, pero para ese momento la agresión física al demandante había cesado; fue introducido a una patrulla y llevado a un hospital donde recibió en urgencias cuidados primarios por las heridas visibles, aunque desde ese momento se quejaba del fuerte dolor que tenía en el área del riñón derecho, posteriormente fue conducido a la estación de policía donde fue interrogado y tras comprobarse que él no tenía nada que ver con el delito que estaba implicado el sujeto con quien le habían confundido, fue llevado a su casa. Para el TEDH las lesiones que el demandante padeció a manos de los oficiales de policía llevaron a un grave dolor físico y sufrimiento; además de que provocaron duraderas secuelas en su salud —tras dos años del incidente y luego de constantes padecimientos finalmente perdió el riñón derecho—. También consideró que resultaba claro que los actos de violencia contra el demandante fueron cometidos por oficiales de policía en el ejercicio de sus deberes; aunque las circunstancias exactas de la aprehensión y de la intensidad de la fuerza empleada fueron controvertidas por las partes y objeto de conflictivas evaluaciones por los tribunales nacionales pues, mientras que en primera y segunda instancia se consideró que la violencia contra el demandante era errónea y había excedido lo que resultaba necesario a efectos de su arresto, condenando a los oficiales de policía; la Corte Suprema de Casación sostuvo que el uso de la fuerza resultaba plenamente justificado y revocó la condena. Sin embargo, para el TEDH la absolución de los oficiales por un tribunal nacional, vinculado por la presunción de inocencia y por la forma en que el derecho nacional regula el uso de la fuerza por la policía, no absuelve al estado de su responsabilidad a la luz del CEDH. En consecuencia, teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de las graves

todo caso corresponderá a la autoridad policial probar que se aseguró el cumplimiento de tales exigencias.

Ahora bien, recordando que la detención preventiva tiene dos momentos, vemos que en ambos la autoridad policial puede decidir y ejecutar acciones que afecten el derecho a la integridad protegido por el art. 15 CE y 3 CEDH. En efecto, hay que distinguir las intromisiones que tienen lugar durante el primer momento de la detención preventiva –la aprehensión¹⁰⁷⁸—, de las que tienen lugar durante el segundo momento de la institución, esto es, durante la custodia, abarcando tanto los traslados¹⁰⁷⁹ como la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos durante el transcurso de la

y numerosas lesiones del demandante, las circunstancias en torno de su aprehensión –incluyendo el hecho de que los oficiales, que solo eran practicantes, no estuvieran acompañados por un supervisor—, el hecho de que al momento del incidente el afectado tenía solo 14 años y una clara inferioridad a los oficiales de policía en cuanto a fuerza física; el TEDH analizó estos hechos a la luz de su propia jurisprudencia y concluyó que la fuerza empleada contra el demandante fue claramente excesiva tanto en intensidad como en duración, por tanto concluyó que la conducta policial consistió en un trato inhumano, configurándose así una violación a la prohibición del art. 3 CEDH.

¹⁰⁷⁸ Pensamos en el uso de la fuerza para efectuar la privación de libertad. Por ejemplo, en la STEDH *Shchukin y otros v. Chipre*, 14030/03, Sentencia de 29 de julio de 2010, párrs. 95-99, el demandante fue lesionado durante su arresto como consecuencia del uso de la fuerza empleado por la policía; sin embargo, ésta fue considerada legítima en atención a la actitud violenta del demandante y la manifiesta oposición y agresión a los agentes que iban a detenerlo; por tanto, aunque había lesiones no se configuraba una vulneración de la prohibición absoluta del art. 3 CEDH. Por el contrario, en las SSTEDH *Rehbock v. Eslovenia*, 19462/95, Sentencia de 28 de noviembre de 2000, párrs. 71,77; o *Ivan Vasilev v. Bulgaria*, 48130/99, Sentencia de 12 de abril de 2007, párrs. 64, 65, 76, la fuerza empleada durante el momento de la privación de libertad fue tal, que el TEDH consideró que la actuación policial era constitutiva de un trato inhumano y por ende encontró una seria afectación del derecho a la integridad y vulnerado el art. 3 CEDH. Sobre el contexto de los casos mencionados *vid. infra* nota a pie 1158 (más sobre *Shchukin*); *infra* nota a pie 1168 (asunto *Rehbock*); *supra* nota a pie 1077 (*Ivan Vasilev*).

¹⁰⁷⁹ P.e. en la STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 b), se desprende que, durante un traslado, dependiendo de la conducta del detenido, la policía podrá permitirle llevar las manos al frente en lugar de la posición de inmovilidad que implica el esposamiento con las manos detrás y que puede llegar a causar una lesión. No podemos perder de vista que la persona privada de libertad se encuentra bajo el control de la autoridad policial, por eso la autoridad debería estar en condiciones de brindar en todo momento una explicación razonable y plausible ante cualquier lesión que pudiera apreciarse en la persona detenida y esto, obviamente, incluye el tratamiento que reciba el detenido durante los traslados, así p.e. en la STEDH *Ribitsch v. Austria*, 18896/91, Sentencia de 4 de diciembre de 1995, párrs. 12, 34, 39; el detenido mostraba unas lesiones que se ocasionaron durante la custodia, que el detenido argumentaba provocadas por el trato durante los interrogatorios y que la policía pretendía justificar como consecuencia de una supuesta caída accidental del detenido cuando salía de la patrulla al haber sido trasladado de la oficina central de la policía hacia una dependencia donde se realizaría una diligencia de investigación; para el TEDH tal explicación era insuficiente y consideró que las lesiones habían resultado –total, principal o parcialmente—del tratamiento recibido durante la custodia policial, concluyendo que el trato podía calificarse como inhumano y degradante. Igualmente, en STEDH *Tomasi v. Francia*, 12850/87, Sentencia de 27 de agosto de 1992, párr. 115; donde no había explicación plausible a las lesiones que tenía el demandante tras haber estado en custodia policial, el TEDH consideró que los certificados e informes médicos, constataban del amplio número e intensidad de los golpes infligidos al demandante y dichos elementos eran suficientemente graves para interpretar tal trato como inhumano y degradante.

misma¹⁰⁸⁰—en el plazo máximo necesario que no exceda de 72 horas—. Y diferenciándolas, entre esos dos momentos, habrá que analizar la intromisión a la luz de los condicionamientos constitucionales previamente señalados para ver si puede ser considerada legítima.

Al respecto cabe precisar, dado que ya hemos referido al contenido del derecho y los límites que impone el mismo, de los 5 condicionamientos señalados con antelación restan por considerar: el fin constitucionalmente legítimo que persigue la limitación del derecho —justificación—, la adecuada previsión legal, la regla general de la jurisdiccionalidad y su excepción, y el principio de proporcionalidad, a los cuales nos referiremos a continuación.

i) Fin constitucionalmente legítimo

Habíamos identificado como finalidad instrumental de la detención preventiva: la realización de las averiguaciones necesarias para esclarecer los hechos aparentemente delictivos —que son los que la motivan—. Esta finalidad se ajusta a los fines constitucionalmente legítimos de descubrimiento y aseguramiento del delincuente y al interés público propio de la investigación del delito¹⁰⁸¹. En armonía con dichos fines constitucionalmente legítimos podemos encontrar los dos momentos del *iter* de la detención preventiva: la aprehensión, directamente vinculada a la captura y aseguramiento de la persona sobre la cual existen indicios racionales de su participación en un hecho delictivo y la custodia, manteniendo el aseguramiento del investigado —delincuente— mientras tienen lugar unas preliminares diligencias de investigación que permitan poner al detenido a disposición de la autoridad judicial sin dilación o dejarlo en libertad.

Lo dicho constituye el marco en el cual debemos analizar la actuación policial que puede afectar, y a veces lesionar, el derecho a la integridad, diferenciando entre los señalados dos momentos de la detención.

¹⁰⁸⁰ Como cuando resulta necesaria la realización de algún procedimiento médico, aun contra la voluntad del investigado, para obtener de él alguna evidencia de su implicación en la comisión de un delito p.e. la toma de muestras de saliva o sangre. *Vid.* STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 70.

¹⁰⁸¹ *Vid.* Por todas STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.1). Además, tengamos presente el art. 126 CE

A) *Aprehensión*

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, titulares de la detención preventiva, tienen en determinados momentos y circunstancias, la posibilidad del uso legítimo de la fuerza y del ejercicio de medidas de coacción¹⁰⁸². Así, si la persona a detener se opone a la detención o intenta escapar, el uso de la fuerza no está prohibido, sin embargo en caso de ser utilizado, éste debe resultar proporcional al fin que persigue: la inmovilización de la persona que opone resistencia a la detención¹⁰⁸³, más nunca con la finalidad de infligir un castigo adicional al «imprescindible para llevar a cabo la operación policial» que desarrollan, es decir, no con la intención de someter al detenido a un estado de intimidación global que exceda el inherente a la detención misma o determinar con dicha actuación el sentido de una(s) futura(s) declaración(es)¹⁰⁸⁴.

En efecto, la actuación policial durante la detención preventiva, sobre todo al momento de la aprehensión, puede implicar el uso de la fuerza, p.e. si el afectado intenta huir, si está

¹⁰⁸² En este sentido *vid.* STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 5.

¹⁰⁸³ *Cfr.* STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 a). En el caso, al momento de llevarse a cabo la detención, los agentes intervinientes le informaron las razones de ésta –terrorismo— al tiempo que se identificaron; en ese momento el detenido gritó para que su compañero de piso se diera cuenta de lo que sucedía, entonces la policía le inmovilizó colocándolo con la cara hacia la pared, sujetándole del brazo de forma tal que el detenido notara un dolor en el brazo hasta el codo, adormeciéndosele, dolor que se prolongó por dos o tres días; en este caso, para el TC, la fuerza empleada por la policía no se reflejaba como dirigida a infligir un castigo desviado o adicional al imprescindible para llevar a cabo la detención.

¹⁰⁸⁴ *Cfr.* STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 a).

armado¹⁰⁸⁵, si tiene un comportamiento violento¹⁰⁸⁶; y en tal caso si el empleo de la fuerza se hace de manera moderada y razonable al fin que persigue: aprehender a la persona, aunque la detención haya sido violenta, y pese a que se provoquen lesiones físicas al detenido¹⁰⁸⁷, no podría entenderse como vulnerado del derecho a la integridad, aunque se vea afectado. Cosa distinta ocurrirá cuando la policía adopte un comportamiento violento frente a la persona que va a detener sin que ésta haya dado muestras o provocado con su actitud el mismo.

Aunado a ello, un recurso frecuente de la actuación policial al momento de la aprehensión, como medida de aseguramiento, es el uso de esposas, quizá en el imaginario colectivo sería difícil disociar el momento de la detención con el empleo de ese instrumento de aseguramiento. Pues bien, la utilización de esposas normalmente no implica un problema a la luz de los arts. 15 CE o 3 CEDH, cuando la medida es impuesta en conexión con una detención o aprehensión conforme a derecho y además, cuando no implica el uso de la fuerza o la exposición pública, excediendo lo que sea considerado razonablemente necesario en las circunstancias. A este respecto, es importante tener en cuenta si existe una razón para creer que la persona implicada podría resistirse al arresto o huir, causar

¹⁰⁸⁵ Como fueron los hechos narrados en la STC 126/2007, de 21 de mayo, ANT. 2, FJ 1, Fallo 2º. Donde los Agentes del Cuerpo Nacional de Policía se personaron en un local donde dos personas estaban alterando el orden, cuando aquéllos solicitaron a éstos que se identificasen, aparentemente los requeridos mostraron una actitud reticente y uno de ellos intentó agredir con una navaja a uno de los oficiales de policía, también lanzaron algún puñetazo y patada en contra de los dos policías quienes resultaron con algunas lesiones; éstos con la finalidad de reducir a los agresores, los golpearon quedando con heridas de 14-21 días de curación. Se presentó una denuncia contra los elementos de policía por los delitos de lesiones, torturas e injurias, ante la cual el Juez de lo Penal en primera instancia absolvió a los policías considerando que concurría «la circunstancia eximente completa de obrar en cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP), [...] 'el uso de la fuerza empleada por los acusados fue la racionalmente necesaria, dado que para reducir a los acusados, que no sólo se resistieron con agresividad, sino que portaban una navaja, hacía falta el empleo de la violencia utilizada, sin que ésta pueda estimarse como desproporcionada habida cuenta del número de contendientes en cada uno de los bandos, del uso de un medio especialmente peligroso por parte de los agredidos (navaja) y de la similitud en la gravedad de las lesiones padecidas en cada uno de los grupos intervinientes'». Aunque en apelación la Audiencia Provincial condenó a los policías como autores de un delito y de una falta de lesiones, rechazando que la actuación hubiera sido una respuesta proporcionada a la violencia ejercida por quienes se resistieron a su identificación y detención; sin embargo, por violaciones al procedimiento en segunda instancia, el TC concedió el amparo solicitado y se declaró la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial.

¹⁰⁸⁶ Tal y como ocurrió en STEDH *Shchukin y otros v. Chipre*, 14030/03, Sentencia de 29 de julio de 2010, párr. 95, el TEDH tuvo en cuenta que el demandante se enfureció y atacó a los oficiales que iban a aprehenderle. (sobre las circunstancias del caso *vid. supra* nota a pie 1078 e *infra* nota a pie 1158)

¹⁰⁸⁷ P.e. como se desprende de la STC 153/2013, *vid. supra* nota a pie 1083

lesiones o daños o sustraer evidencia¹⁰⁸⁸, en tales circunstancias el empleo de esposas encontraría justificación. Sin embargo, si la persona detenida no representa un riesgo para su propia seguridad o la de terceras personas, o no existe evidencia de que represente un peligro o que se sepa que previamente ha cometido actos de violencia contra sí mismo o contra otros, resulta más difícil aceptar la justificación del uso de este instrumento¹⁰⁸⁹.

B) Durante la custodia

El derecho a la integridad física –en cuanto a la incolumidad corporal— puede ceder ante el interés público propio de la investigación de un delito, «y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal»¹⁰⁹⁰; es así que tal fin puede considerarse una causa legítima que justifique la realización de una intervención corporal. Esto nos lleva a una precisión, la detención preventiva no es *per se* el supuesto habilitante para la intervención corporal, sino el marco en el que puede tener lugar la práctica de la concreta diligencia de investigación que provoque la intromisión en el derecho.

Aprehendida la persona, mientras tenga vigencia la custodia –lapso no mayor de 72 horas—, se realizarán las diligencias que se consideren oportunas para esclarecer el hecho delictivo que motivó la privación de libertad; además de la toma de declaración del detenido. Entre las diligencias que pueden realizarse encontramos los cacheos, los registros e intervenciones corporales y, alguno de ellos puede constituir una intromisión en el derecho a la integridad, pero no precisamente una lesión del derecho consagrado en el art. 15 CE. En ese sentido, siguiendo la doctrina constitucional, vemos que entre dichas diligencias que pueden practicarse sobre el cuerpo del afectado, como actos de

¹⁰⁸⁸ Vid. SSTEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párr 42; *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre de 1997, párr. 56.

¹⁰⁸⁹ Criterios que el TEDH tuvo en cuenta para rechazar la justificación del uso de esposas en el caso STEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párr 46. Por su parte, con relación al uso de esposas, en la legislación de desarrollo de la UE, podemos apreciar que se ha establecido la obligación de que las autoridades se abstengan de presentar a los sospechosos, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como es el caso de las esposas o grilletes, «[...] a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que [...] se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, [...] La posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios». Vid. Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, Diario Oficial de la Unión Europea L 65, de 11 de marzo de 2016, considerando (20).

¹⁰⁹⁰ Vid. SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 A).

investigación o medios de prueba en el curso de un proceso penal —y agregaríamos, de la detención preventiva— hay que distinguir dos clases atendiendo al derecho fundamental predominantemente afectado al acordar la práctica y en la realización¹⁰⁹¹, esto es, integridad ex art 15 CE o intimidad ex art 18.1 CE, sea corporal o personal. Teniendo esto en cuenta, diferenciamos entre:

a) Inspecciones y registros corporales. Consistentes en «cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.).»

Con estas actuaciones no resulta afectado el derecho a la integridad física porque, en principio, no se produce una lesión o menoscabo en el cuerpo; sin embargo, sí pueden constituir una afectación al derecho a la intimidad corporal o incidir en la privacidad, materias que integran el ámbito de protección del derecho a la intimidad personal¹⁰⁹² ex art. 18.1 CE y que analizamos en el siguiente epígrafe.

b) Intervenciones corporales. Que son las «consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.).»¹⁰⁹³

Éstas, así como las primeras, también tienen el objeto de averiguar determinadas circunstancias relacionadas con el hecho delictivo o la participación en él del afectado con la medida. En estos casos, por regla general, el derecho que sufre la afectación es el derecho a la integridad física, pues las medidas implican un menoscabo o lesión en el cuerpo, aun en su apariencia externa. A su vez, las intervenciones corporales pueden

¹⁰⁹¹ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁰⁹² Vid. *Ídem.*, FJ 2 a).

¹⁰⁹³ Vid. *Ibidem.*, FJ 2 b).

dividirse en dos clases, en función del grado de afectación que impongan a la integridad física¹⁰⁹⁴:

b.1. Intervenciones corporales leves. Cuando a la vista de las circunstancias concurrentes, no pueda considerarse en riesgo el derecho a la salud ni que con ocasión de la medida se provoque un sufrimiento a la persona afectada; como generalmente ocurre en el caso de extracción de elementos externos del cuerpo –cabellos o uñas— o incluso de algunos elementos internos –análisis de sangre—¹⁰⁹⁵. Se reconoce así, que la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona no es presupuesto necesario para la afectación del derecho a la integridad física¹⁰⁹⁶.

b.2. Intervenciones corporales graves. Cuando la medida pueda provocar un dolor, como puede ser una punción lumbar, extracción de líquido cefalorraquídeo¹⁰⁹⁷. En este caso habrá que diferenciar entre el dolor que la medida pueda provocar al momento de su puesta en práctica por la naturaleza de la misma –como sería el caso de la punción lumbar—, lo cual no aparejará necesariamente una vulneración del derecho a la integridad; del dolor excesivo, efectos secundarios o consecuencias perjudiciales en la salud del afectado como consecuencia de la medida¹⁰⁹⁸, o que se

¹⁰⁹⁴ Vid. *Ibidem.*, FJ 2 b).

¹⁰⁹⁵ Al respecto cabe señalar que para el TEDH, atendiendo al mínimo de gravedad requerido por el art. 3 CEDH, la toma de muestra y análisis de sangre o saliva puede ser examinada a la luz del art. 8 CEDH. Considera que el respeto a la vida privada protegida por el art. 8 CEDH involucra el respeto a la integridad física de la persona, por eso en el caso consideró que la toma de una muestra de saliva y de sangre constituían una intervención médica obligatoria que, incluso siendo de menor importancia, podía considerarse como una interferencia en el derecho a la privacidad; interferencia que normalmente dará lugar a una vulneración del art. 8 CEDH, a menos de que pueda demostrarse que la misma está prevista en la ley –principio de legalidad— que persigue uno o más fines legítimos –como están definidos en el apartado 2 del art. 8 CEDH— y que es necesaria «en una sociedad democrática». En este sentido vid. *Schmidt v. Alemania* (dec.), 32352/02, de 5 de enero de 2006, párr. 1.

¹⁰⁹⁶ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁰⁹⁷ Vid. *Idem.*, FJ 2 b).

¹⁰⁹⁸ Como ejemplo, STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párrs. 11-17. Cuatro policías vestidos de civil, observaron que el demandante, en al menos dos ocasiones, tomaba una bolsita de plástico fuera de su boca y la entregaba a otra persona a cambio de dinero; así en la creencia de que dicha bolsa contenía drogas, los oficiales lo aprehendieron, tras lo cual se tragó una bolsita que aún tenía en su boca; tras requisarlo no encontraron ninguna droga en su poder y, considerando que un retraso podría frustrar la investigación, el ministerio público ordenó la administración de eméticos al demandante para provocarle que regurgitara la bolsa; en consecuencia, fue trasladado al hospital donde, debido a su rechazo para tomar el emético, fue sujetado e inmovilizado por cuatro policías para que el doctor pudiera administrarle de manera forzosa una solución salina y un jarabe emético por medio de un tubo introducido en su estómago a través de la nariz. Además, el médico le inyectó apomorfina, otro emético que deriva de la morfina. Como resultado, el demandante regurgitó una bolsita que contenía 0.2182 gramos de cocaína. Aproximadamente una hora y media después de haber sido arrestado fue llevado al hospital, el demandante

constatase que en la ejecución de la misma se hubiera trastocado la indemnidad de la dignidad¹⁰⁹⁹, pues ésta es irreductible.

Pues bien, tanto el TC como el TEDH reconocen la práctica de diligencias sobre el cuerpo del investigado, practicables como actos de investigación o medios de prueba – anticipada¹¹⁰⁰— que, aunque impliquen un sacrificio en el derecho a la integridad física, no se configuran como una vulneración de éste ni, eventualmente, del derecho a la intimidad. En este sentido señala el TEDH que los arts. 3 y 8 del CEDH no prohíben el recurso a un procedimiento médico, incluso en contravención a la voluntad del afectado, para obtener de él evidencia de su implicación en la comisión del delito¹¹⁰¹.

Sin embargo, cualquier recurso a una intervención médica forzosa con la finalidad de obtener evidencia de un delito debe estar justificado de manera convincente sobre los hechos del caso en particular, y ello es particularmente importante cuando el procedimiento esté destinado a recuperar del interior del cuerpo del investigado una evidencia certera del delito del cual resulta sospechoso¹¹⁰². La naturaleza particularmente intrusiva de un acto así, exige un escrutinio estricto de todas las circunstancias que rodeen el caso; además deberá tenerse especial consideración a otros factores como la gravedad del delito en cuestión, que el procedimiento no suponga un riesgo de perjuicio duradero

fue examinado por un doctor y considerado apto para la detención. Al ser visitado por la policía en su celda, dos horas después de haber recibido los eméticos, el demandante que no hablaba alemán, dijo en un inglés defectuoso, que se encontraba muy cansado para hacer una declaración sobre la ofensa imputada. Dos meses y medio después de la administración de los eméticos, el demandante acudió a una gastroscopia en el hospital de la prisión donde permanecía, tras haberse quejado de un dolor continuado en la parte superior del estómago; se le diagnosticó de sufrir de una irritación en el área baja del esófago provocada por reflujo de ácido gástrico, pero el reporte médico no asoció de manera expresa tal condición con la administración forzosa de los eméticos. En el caso, aunque se valoró el daño que el medicamento administrado pudiera provocar, especial valoración tuvo la forma en la que los eméticos fueron administrados.

¹⁰⁹⁹ Vid. STEDH *Nevmerzhitsky v. Ucrania*, 54825/00, Sentencia de 5 de abril de 2005, párr. 96-99. Caso de alimentación forzada que tuvo lugar sin que pudiera acreditarse la necesidad médica, por tanto, se consideró arbitraria; además para ello, el demandante fue esposado, le abrieron la boca con un instrumento especial para mantenerla así e insertaron un tubo para la alimentación. Así que, debido a la falta de justificación médica y teniendo en cuenta la manera en que fue llevada a cabo la alimentación forzada, la actuación estatal constituyó un trato de tal gravedad, que alcanzaba la categorización de tortura y, por tanto, se consideró la vulneración del art. 3 CEDH.

¹¹⁰⁰ En este sentido *vid.* STCC 207/1996, de 16 de diciembre, FFJ 2,6; aunque en dicho caso se refería a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal y no concretamente a la detención.

¹¹⁰¹ Vid. STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párrs. 70, 76.

¹¹⁰² Vid. STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 71.

en la salud del sospechoso¹¹⁰³ y que, en todo caso, sea practicado por personal especializado—sanitario/médico¹¹⁰⁴— atendiendo a la naturaleza de la intervención.

Por otro lado, y como punto común y de conexión entre los dos momentos de la institución de la detención preventiva, y entre el segundo de éstos y la eventual puesta a disposición judicial, tenemos la movilización del detenido: los traslados.

En efecto, tras su aprehensión el detenido será llevado a las dependencias policiales, y posteriormente será sujeto a otro(s) desplazamiento(s), con motivo de la realización de una diligencia¹¹⁰⁵, de una comisaría hacia otra o hacia un centro de salud¹¹⁰⁶, o únicamente para su puesta a disposición judicial.

Sobre el traslado entre comisarías, recordemos el caso de algunos delitos en los que la presentación del detenido, por imperativo legal, debe ser ante un Juez Central de Instrucción¹¹⁰⁷, ello puede implicar que éste sea trasladado directamente hasta el Juzgado Central de Instrucción¹¹⁰⁸ o primero a una Comisaría en Madrid, donde podría practicarse alguna otra diligencia de investigación –toma de declaración—, y lo antes posible, nuevamente trasladado para su puesta a disposición ante el Juez Central de Instrucción¹¹⁰⁹.

Estos traslados deben realizarse procurando la menor afectación de la integridad física del detenido y siempre, el respeto a la dignidad humana, evitando cualquier trato que resulte degradante o humillante y, obviamente, que de ninguna manera llegue a configurar un

¹¹⁰³ Vid. STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 71, recordando *mutatis mutandis* STEDH *Nevmerzhitsky v. Ucrania*, 54825/00, Sentencia de 5 de abril de 2005, párrs. 94- 97.

¹¹⁰⁴ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.f).

¹¹⁰⁵ P.e. vid. STC 202/2000, de 24 de julio, ANT. 2. Tras su detención, como parte de las diligencias de instrucción, la persona fue conducida al Aeropuerto donde se le instó a declarar ante el servicio de aduanas con relación a un paquete que recibió del extranjero, donde habría sido encontrada droga, la detenida estuvo en presencia de su abogado y ejerció su derecho a guardar silencio y solo declarar ante el Juez de Instrucción.

¹¹⁰⁶ Tal y como sucedió en el caso que motivara la STC 7/2004, donde tras ser detenidas varias personas por la Guardia Civil, y tras autorizarse que quedaran privadas de libertad en régimen de incomunicación, éstos fueron trasladados, el mismo día de la detención, a los calabozos de la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, salvo uno de los detenidos que fue trasladado a un Hospital de Bilbao, ingresando a la UVI y posteriormente trasladado al pabellón penitenciario del mismo centro de salud, para ser reconocido por el médico forense del Juzgado de Guardia de Bilbao, que describió en sus informes las lesiones sufridas por el detenido. Vid. STC 7/2004, de 9 de febrero, ANT. 2 a).

¹¹⁰⁷ Caso de las detenciones previstas en el art. 520 *bis* LECrim, a mayor abundamiento vid. Capítulo IV, apartado B.2.c.iii) B) Modificación del control judicial.

¹¹⁰⁸ Como ocurrió en el caso de la STC 127/2000, de 16 de mayo, ANT. 2 a), FJ2.

¹¹⁰⁹ Como fue el caso en las SSTC 153/2013, de 9 de septiembre, ANT. 2 b) y FJ 5 b); 7/2004, de 9 de febrero, ANT. 2 a).

maltrato. En ese sentido, resultaría comprensible si durante el traslado el privado de libertad se encuentra esposado¹¹¹⁰, pero no podría resultar comprensible que durante el traslado se le interrogue, porque tal conducta no podría encuadrarse como investigación de hechos con las formalidades que ésta exige; mucho menos tendrán cabida –por su propia naturaleza— golpes, aún de menor entidad o cualquier tipo de conducta que resulte una forma de intimidación, presión, coacción o vejación, p.e. simulación de golpes o tocamientos en partes sensibles del cuerpo¹¹¹¹.

Así, parece claro que el fin legítimo de aseguramiento del delincuente y las investigaciones para el esclarecimiento del delito puede justificar el uso de la fuerza –proporcionado y sólo en caso necesario— y las intervenciones corporales y que ello será una intromisión en el derecho a la integridad sin configurar, necesariamente, una vulneración. Y esto es así porque se trata de causa legítima, sin embargo, tal causa legítima deberá estar prevista por la ley, lo cual nos lleva a comentar la siguiente exigencia constitucional de las anteriormente indicadas.

ii) Adecuada Previsión Legal

El Alto Tribunal ha subrayado la necesidad de una previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en el derecho a la integridad física y a la intimidad, y señala que tal necesidad se encuentra expresamente establecida en el art. 8 CEDH, recordando que la jurisprudencia del TEDH incluye tales derechos dentro del más genérico «derecho al respeto de la vida privada y familiar»¹¹¹².

¹¹¹⁰ Con las manos hacia adelante o hacia atrás, compatible con el uso de las esposas podría ser la presencia de pequeñas escoriaciones o hematomas, de ahí la importancia del reconocimiento médico; éste podrá constatar si dichas pequeñas heridas son consecuencia de un simple esposamiento o evidencian alguna agresión desproporcionada. *vid.* SSTC 182/2012, de 17 de octubre, ANT. 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 3. En el primer caso, el médico constató que los pequeños hematomas eran a causa del uso de esposas durante el traslado de la detenida hacia Madrid en situación de incomunicación, hay lesiones, pero no hay vulneración de la integridad. En el segundo caso, las esposas habían sido apretadas desmedidamente provocando lesiones excesivas, además el esposamiento prolongado provocó también un intenso dolor en hombro, tales circunstancias –y otras que presuntamente tuvieron lugar durante la custodia— fueron asentadas en los informes médicos y tenidas en cuenta por el TC para considerar que existía una sospecha razonable sobre la veracidad de los hechos denunciados contrarios al art. 15 CE.

¹¹¹¹ Tal y como sucedió durante el traslado del detenido desde dependencias policiales en Pamplona hasta dependencias policiales de Madrid, donde posteriormente fue interrogado cuatro veces y luego puesto a disposición judicial. *vid.* STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 b).

¹¹¹² En este sentido *vid.* STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b), citando las SSTEDH X. y Y. v. Países Bajos, 8978/80, Sentencia de 26 marzo 1985, y *Costello-Roberts v. Reino Unido*, 13134/87, Sentencia de 25 de marzo

En efecto, como puede leerse en el apartado 2 del art. 8 CEDH existe la prohibición de injerencias al derecho, a menos de que se encuentre «prevista por la ley» o, como señala el TC «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley...»¹¹¹³.

Por lo anterior, dice el TC que de manera «explícita hemos afirmado la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, fundamento jurídico 3º) [...] también lo hemos hecho en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario [...]»¹¹¹⁴ y, en coherencia, sería de esperar la necesidad de satisfacer el principio de legalidad¹¹¹⁵ con respecto al sacrificio del derecho en el ámbito de una detención policial.

Con respecto al uso de la fuerza, pareciera que sin dificultad éste puede asumirse a la función policial como inherente a la misma, pero ello sería insuficiente. A nuestro parecer la legitimación puede derivar de la propia Norma Fundamental, específicamente del art. 104.1 CE, al respecto recordamos que el TC dijo que esta previsión constitucional refleja el necesario y no fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de la Policía quienes tienen la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y medidas de coacción¹¹¹⁶.

de 1993, entre otras. En efecto, el TEDH ha señalado que el concepto *vida privada*, puede abarcar la integridad física y moral de la persona, por todas, el referido caso X y Y, párr. 22

¹¹¹³ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b).

¹¹¹⁴ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 B) recordando las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8 y 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2. El primer caso referido a la asistencia médica obligatoria y alimentación forzada a unos internos cuya vida se puso en riesgo como consecuencia de una huelga de hambre; el segundo caso concerniente a la adopción de una medida de seguridad con incidencia –sin lesionar– en la integridad física del afectado, consistente en el sometimiento de éste a sesiones de rayos X. Efectivamente, en ambos casos el TC encontró en la Ley Orgánica General Penitenciaria la previsión legal a la luz de la cual podía entenderse la adopción de la medida.

¹¹¹⁵ Recordemos que, conforme a la doctrina del Alto Tribunal, la existencia de la cobertura legal de toda medida limitativa de derechos fundamentales debe de satisfacer tres condiciones: la existencia de la disposición jurídica habilitante –de la restricción, de la autoridad *judicial* y el supuesto concreto de procedencia–, el rango de ley y la calidad de ley como garantía de seguridad jurídica. Vid. STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.

¹¹¹⁶ Vid. STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 5. En el plano de la legislación de desarrollo bien puede citarse la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que en el apartado II del preámbulo establece que «a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones Públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de policía [...]» y el art. 5 que establece los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de donde destacamos que el párrafo 2 los incisos «c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al

Con respecto a las intervenciones corporales, el Tribunal Constitucional ha sido enfático: toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, ha de estar prevista por la Ley, no puede ser autorizada por vía reglamentaria¹¹¹⁷ –aspecto relacionado con el rango de ley¹¹¹⁸—. En efecto, tratándose de derechos y libertades fundamentales, la reserva de ley no sólo es el modo idóneo, es el único mediante el cual puede garantizarse de manera efectiva la exigencia de seguridad jurídica; lo cual implica unas exigencias respecto del contenido de la Ley que, aunque puedan variar según el ámbito material de que se trate¹¹¹⁹, brinden una calidad de ley: «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad»¹¹²⁰.

hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.». Podríamos referir también el art. 549.1.c) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que entre las funciones de la policía judicial, prevé «la realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción» y que ordene la autoridad judicial o fiscal; el art. 520.6.(c) LECrim que prevé la posibilidad de que la Policía lleve a cabo la diligencia de frotis bucal del detenido sin su consentimiento, previa autorización judicial, «mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su la dignidad»; el art. 20.4 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que prevé la realización de registros corporales contra la voluntad del afectado, «adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.». Por otro lado, aunque también tenemos presente la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, de 14 de septiembre de 2007, específicamente la disposición séptima, en cuanto al excepcional uso de la fuerza durante la detención y el reconocimiento a los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad como ejes rectores de dicha actuación; disposición novena, en cuanto a la inmovilización del detenido y el esposamiento; disposición décima, en cuanto a los traslados; disposición decimoprimer, con relación a la estancia en dependencias policiales; y la Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», en concreto la disposición 1, respecto a la finalidad de establecer «[...] las normas de actuación del personal encargado de la custodia de detenidos en los Centros de Detención de las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil. Ello con objeto de garantizar los derechos de los detenidos y la seguridad de los mismos y del personal policial.» y la disposición 3, en cuanto al ingreso en calabozos y los cacheos previos a dicho ingreso; no pasa inadvertido que estas dos últimas disposiciones difícilmente satisfarían las exigencias del principio de legalidad.

¹¹¹⁷ Vid. SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b).

¹¹¹⁸ Vid. STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6.

¹¹¹⁹ Vid. SSTC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a).

¹¹²⁰ Cfr. SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a); 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4. También sugerimos capítulo I, apartado C.6.a.iii) y jurisprudencia ahí citada.

Lo anterior configura el canon de previsibilidad que debe colmar una norma que regule una limitación de derechos que, a su vez, implica una garantía para el ciudadano: que la norma esté «redactada con la suficiente precisión que permite al individuo [en nuestro caso, al detenido] regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma»¹¹²¹. A este respecto recordamos, que la garantía de previsión legal como parte del conjunto de garantías para la constitucionalidad de una limitación de derechos fundamentales, no se limita a que una ley habilite una medida; sino que resulta preciso, siguiendo las exigencias mínimas de calidad de ley y el respeto al contenido esencial, que la regulación predetermine los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de la medida restrictiva del derecho fundamental¹¹²²; es decir, que el ciudadano tenga una expectativa razonablemente fundada de cuál puede ser y hasta dónde puede llegar la actuación del poder en aplicación del ordenamiento¹¹²³ con respecto a su derecho o libertad fundamental.

Así las cosas, vemos que el intérprete de la Constitución acepta la posibilidad de que en determinados casos, siempre que exista la conveniente habilitación legislativa y se observen los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la policía judicial pueda disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una intervención corporal leve¹¹²⁴ que conforme a la doctrina del TC, por regla general, inciden en el derecho a la integridad física –art. 15 CE—. Creemos que hay que reflexionar si en el ordenamiento vigente efectivamente existe la cobertura legal que, cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad y muy destacadamente la de calidad de ley, prevea que la policía en el marco de la detención preventiva, disponga la

¹¹²¹ En este sentido *vid.* STC 169/2001, de 16 de julio, FFJJ 6, 8.

¹¹²² Al respecto *vid.* STC 17/2013, de 31 de enero, Voto particular del Magdo. Pablo Pérez Tremps al que se adhieren la Magdas. Adela Asua Batarrita y Encarnación Roca Trías, y el Magdo. Fernando Valdés Dal Ré, razonamiento 2. A este respecto también *vid.* *Schmidt v. Alemania* (dec.), 32352/02, de 5 de enero de 2006, párr. 1, el TEDH consideró que existía la previsión legal suficiente que recogía la específica medida que incidía en el derecho a la vida privada –toma de muestra de sangre y orina en el curso de procedimiento penal—; en el caso era un artículo de la legislación penal adjetiva que era «preciso y accesible» para cualquiera.

¹¹²³ En ese sentido STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, recordando las SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ4 y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

¹¹²⁴ *Vid.* STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 C); doctrina reiterada en SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; 70/2002, de 23 de abril, FJ 10; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6.

realización de intervenciones corporales sin intervención judicial. Esto nos lleva a comentar el siguiente condicionamiento de legitimidad constitucional.

iii) Jurisdiccionalidad

Tratándose de restricciones a los derechos fundamentales la obligada intervención de la autoridad judicial es la regla general¹¹²⁵. Sin embargo, vemos que esta puede excepcionarse, al menos, en el primer momento de la detención preventiva: la aprehensión. En efecto, atendiendo a su naturaleza y finalidad instrumental: la inmediata sujeción de la persona sospechosa y, en caso de ser necesario para doblegar la resistencia, mediante el empleo del uso de la fuerza; parece ajeno a la lógica suponer que resultara necesaria la previa intervención de un juez para autorizar el empleo de la fuerza.

Sin embargo, la autoridad policial sabe que su actuación siempre debe obedecer al criterio de estricta necesidad y además, que nada de lo que haga debe trastocar la prohibición constitucional absoluta de provocar algún trato que pueda configurarse como degradante o lesivo para la dignidad. Aun así, como una forma de verificación posterior y permanente, mientras tenga vigencia la custodia policial y antes de la puesta a disposición judicial, el detenido debe contar, al menos, con las garantías de: la asistencia de un médico, la asistencia de un letrado —que a su vez velará por el respeto de los demás derechos del detenido— y la posibilidad de comunicar con un tercero de su elección. Estas medidas tienden a provocar, al menos, un efecto disuasivo¹¹²⁶ de cualquier conducta que pudiera contrariar la prohibición derivada de los arts. 15 CE y 3 CEDH.

Aunado a ello, el control judicial *ex post*, ya sea con la puesta a disposición judicial o sea a partir de la petición del detenido mediante el procedimiento de habeas corpus, permitirá la verificación de las tres exigencias dimanantes del principio proporcionalidad en la actuación de la autoridad policial al haber llevado a cabo la aprehensión.

¹¹²⁵ Vid. SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 10; 123/1997, de 1 de julio, FJ 3; y nota a pie 1044 *supra* de este capítulo.

¹¹²⁶ En este sentido, refiriéndose específicamente al acceso a un abogado desde el comienzo de la detención. Vid. Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Desarrollo de los estándares del CPT sobre la detención policial*, *op. cit.*, párr. 41 y 6º Informe General sobre las actividades del CPT, *op. cit.*, párr. 15.

Por cuanto al segundo momento, la custodia. Además del interrogatorio, las diligencias de investigación pueden consistir en la obtención de algún elemento corporal como cabello, sangre u orina para la realización de una prueba pericial o la obtención de una muestra biológica para la determinación del perfil de ADN¹¹²⁷. Pues bien, la actuación policial consistente en la toma de muestras, que en apariencia es muy sencillo, conforme a la doctrina del TC constituiría en principio, una perturbación en el derecho a la integridad física, una intromisión de las identificadas como leves¹¹²⁸, pero por muy leve que resulte esta diligencia necesitaría, en principio, del previo acuerdo judicial para contar con legitimidad constitucional.

Hay que precisar que, cuando calificamos de sencilla la actuación, nos referimos concretamente a la actividad que despliega la autoridad policial para la extracción del material corporal—interno o externo—del detenido; diferenciándola de la información que de la muestra corporal pueda obtenerse, materia perteneciente al ámbito de la intimidad personal—art. 18.1 CE—. Notoriamente en este tipo de actuaciones investigativas del orden penal, los derechos a la integridad y a la intimidad parecen estrechamente vinculados, sobre todo teniendo en cuenta que en la jurisprudencia del TEDH el concepto de «vida privada» recogido en el art. 8 CEDH abarca cuestiones relativas a la integridad física y moral de las personas¹¹²⁹, hecho que como dijimos ha destacado el TC¹¹³⁰.

Pues bien, decíamos que la regla general es que toda medida que limite derechos fundamentales sea acordada por la autoridad judicial y tratándose de intervenciones corporales, la exigencia del monopolio jurisdiccional debería ser igualmente observada; asumiéndose como necesaria la intervención judicial para llevar a cabo alguna intervención corporal en el contexto de la práctica de diligencias de investigación. Sin embargo, en la jurisprudencia del TC vemos que de entre las medidas restrictivas de derechos fundamentales que puedan ser adoptadas en el curso del proceso penal —y

¹¹²⁷ Como fue el caso que motivara la STC 135/2014, de 8 de septiembre o la STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 a), donde el TC refiere como «operaciones propias de toda detención» a la «toma de huellas y muestras de ADN».

¹¹²⁸ No se pierda de vista que el TC ha considerado que son intervenciones corporales leves las «consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial» Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2 y *supra* apartado B.1.c.i) B) Durante la custodia, en este mismo capítulo.

¹¹²⁹ Vid. STEDH X. y Y. v. Países Bajos, 8978/80, Sentencia de 26 de marzo de 1985, párr. 22.

¹¹³⁰ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 b).

agregaríamos investigación penal—, diferencia las entradas y registros en domicilio —art. 18.2 CE— o el levantamiento del secreto de las comunicaciones —art. 18.3 CE—, de las intromisiones que pueda haber al derecho a la integridad —art. 15 CE— y a la intimidad personal—art. 18.1 CE—, debido a la ausencia de reserva constitucional a favor del juez¹¹³¹ en el caso de las segundas:

«no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y a la integridad física (art. 18.2 C.E.), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial.»¹¹³²
[sic]

La respuesta al planteamiento del Alto Tribunal se encuentra en su propia doctrina, de la que extraemos dos cuestiones:

1) Pese a la falta de reserva constitucional en favor del juez, las diligencias que supongan una intervención corporal observarán, por regla general, la exigencia del monopolio jurisdiccional¹¹³³,

2) Teniendo en cuenta la falta de reserva constitucional en favor del juez, la regla general del monopolio jurisdiccional, en el caso de intromisiones legítimas al derecho a la integridad tiene excepciones:

a) Cuando exista una habilitación legal —con los requisitos señalados— que autorice a la policía judicial para disponer, la práctica de alguna intervención corporal leve como actos de investigación o prueba del delito. Siempre que: i) tal actuación responda a razones de urgencia y necesidad que puedan ser acreditadas y ii) en la práctica de la misma se satisfagan «los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad»¹¹³⁴.

¹¹³¹ Al respecto *vid.* SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 C), 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6, en cuanto a la integridad; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7, con relación al derecho a la intimidad.

¹¹³² STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.c).

¹¹³³ *Vid.* STC 207/1996, de 16 de dic, FJ 4 c).

¹¹³⁴ *Vid.* SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.c); 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6;

b) El consentimiento efectivo del titular del derecho para ceder a la intromisión puede justificar la ausencia de intervención judicial¹¹³⁵. En efecto, en la jurisprudencia del TC apreciamos que cuando alguna intervención corporal se ha hecho con consentimiento del detenido, el elemento de voluntariedad ha evitado que se configure una lesión en el derecho a la integridad física o de la intimidad corporal¹¹³⁶, aunque no por ello se descarta una eventual afectación del derecho a la intimidad personal. Sin embargo, parece que la posibilidad de actuación policial, aún con el consentimiento del afectado, debe de estar prevista también en la habilitación legal que contemple la posibilidad de llevar a cabo la intervención corporal de la que se trate.

En efecto, si sólo bastara el consentimiento del detenido, titular del derecho, para que la policía judicial realizara la intervención corporal leve que considerara pertinente; dejaría de tener vigencia la exigencia de la previsión legislativa. Recordemos que conforme a esta última el sujeto deberá estar en condiciones de prever de manera razonable, las consecuencias de su actuación, en este caso, la de consentir o no la práctica de una intervención corporal adoptada por la policía.

A la luz de lo antedicho, un breve repaso de la habilitación legal que satisfaciendo la exigencia de rango de ley, podría sustentar una intromisión legítima en el derecho a la integridad en el curso de la detención preventiva:

- El art. 11.1, apartados f) y g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que establece como funciones de éstas, entre otras, la de prevenir la comisión de actos delictivos, investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito y ponerlos a disposición del Juez, y elaborar los informes técnicos y periciales que procedan.

¹¹³⁵ Vid. STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9. Resolviendo diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, analizó la incidencia de la prueba de alcoholemia en el derecho a la intimidad; en ese contexto se refirió a la prueba consistente en un análisis de sangre identificándola como intervención corporal leve y señaló, que si ésta se realiza de manera voluntaria no hay lesión ni en el derecho a la integridad física ni en el derecho a la intimidad corporal. Y si se adopta como obligación impuesta judicialmente para su contraste con otra prueba, existe previsión legal con carácter orgánico —entonces el art. 38o CP— y que además es proporcionada.

¹¹³⁶ En el ámbito de la detención preventiva, vid STC 135/2014, de 8 de septiembre, FJ 2; en el ámbito de la instrucción vid. STC 25/2005, de 14 de febrero; 206/2007, de 24 de septiembre.

- El art. 282 LECrim prevé que la policía judicial, en la averiguación de los delitos, practique según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.

Con respecto a estos preceptos, aunque en relación con el derecho a la intimidad –relacionado con una toma subrepticia de saliva de un detenido— el TC consideró que los mismos son una «habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos, y pruebas del delitos y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente’»¹¹³⁷ y que, aunque la ley no enumere casuísticamente las diligencias a las que se refiere, sí las acota adjetivándolas y orientándolas a un fin, por lo que resultaba posible afirmar que existe una habilitación legal «que cumple en principio con las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad, sin perjuicio de una mayor concreción en eventuales reformas legislativas»¹¹³⁸

A nuestro parecer, con el mayor de los respetos para el Alto Tribunal, dicha consideración –en torno a la toma subrepticia de muestras— no parece coincidir con la exigencia que él mismo ha subrayado en otros casos sobre la seguridad y certeza del derecho de una disposición normativa que soporte un recorte a un derecho fundamental¹¹³⁹, pues ambos

¹¹³⁷ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9, recordando las SSTC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2 y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

¹¹³⁸ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9. Reformas legislativas que, como el Tribunal señaló en esta sentencia, han tenido lugar por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre que modificó los arts. 326 y 363 LECrim; la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; y agregaríamos, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que modificó el art. 520 LECrim.

¹¹³⁹ Por todas *vid.* STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, donde se refiere a la triple condición que debe satisfacer una previsión legal que limite derechos fundamentales y, concretamente sobre la calidad de ley, retomando el criterio del TEDH señala que esto implica que la norma sea previsible, lo cual se consigue cuando está redactada con la precisión suficiente que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; por eso la ley «debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente[...]». En efecto, cuando el TEDH se refiere al estándar de legalidad establecido por el Convenio, resalta la precisión que debe tener la ley –escrita o no escrita—para permitir a los ciudadanos prever, en una medida razonable y atendiendo a las circunstancias, las consecuencias que un determinado acto puede tener; teniendo en cuenta ello, por ejemplo, consideró que una interferencia en la privacidad consistente en la toma de muestra de saliva y sangre como actos instructorios, expresamente previstos en la norma adjetiva penal, eran precisos y accesibles a cualquiera. *Vid.* SSTEEDH *Steel y otros v. Reino Unido*, 24839/94, Sentencia de 23 de septiembre de 1998, párrs. 54-55 y *Schmidt v. Alemania* (dec.), 322352/02, de 05 de enero de 2006, párr. 1.

preceptos se refieren la genérica función de la policía judicial de averiguar los delitos y para ello practicar las diligencias necesarias según sus atribuciones. Creemos que si de la función de investigar los delitos y de realizar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a sus autores, pudiera derivarse una habilitación para la adopción de una específica y concreta intervención corporal como medio de investigación, solo se autorizaría una gran incertidumbre para un detenido, sobre el cual podría practicarse cualquier intervención que se considerase necesaria al fin, ciertamente legítimo, de investigación del delito. En efecto, dichos preceptos podrían justificar la habilitación a la autoridad, pero no parece desprenderse de los mismos un mínimo grado de precisión – garantía de previsibilidad— sobre las concretas medidas que podría adoptar la autoridad habilitada, tampoco el supuesto específico en el que pudiera adoptarse una intervención corporal en el contexto de la detención preventiva, o algún elemento siquiera orientativo que permitiera dar luz sobre el supuesto de procedencia –p. e. en caso de la investigación de determinados delitos— ni sobre las garantías con las cuales podría practicarse la hipotética intervención corporal.

En este sentido destacamos a la consideración de la Magda. Asúa Batarrita cuando señaló que tales artículos no son disposiciones que regulen una injerencia –en el caso del derecho a la intimidad—, sino disposiciones que describen la función policial en términos genéricos; así, la obligación de averiguar delitos y practicar diligencias para ello no puede ser suficiente, desde la perspectiva constitucional, porque «no contiene pronunciamiento alguno acerca de hasta qué punto pueden restringirse los derechos fundamentales de los sujetos objeto de investigación. Igualmente, que el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, [...] establezca las funciones de dichos cuerpos (investigar delitos, asegurar instrumentos, efectos y pruebas...) no nos dice nada sobre si pueden entrar en el domicilio de los sospechosos, abrir cartas, intervenir teléfonos, colocar aparatos de escuchas, utilizar el detector de mentiras, etc.» Una norma organizativa atributiva de funciones a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, no puede legitimar su actuación ante la ausencia de una autorización judicial; estas normas no «pueden ser la fuente de cobertura de la constitucionalidad de una intervención o injerencia sobre derechos fundamentales. En todo caso, las fuerzas y cuerpos de seguridad, según tales preceptos organizativo-funcionales, no dejan de estar obligadas a poner a disposición judicial de inmediato los

objetos, instrumentos, huellas o elementos encontrados en el lugar del delito» más no legitiman una iniciativa posterior destinada «a realizar análisis sensibles para los derechos fundamentales»¹¹⁴⁰.

- El art. 339 LECrim establece, que cuando sea conveniente recibir algún informe pericial sobre los medios empleados para la desaparición del cuerpo del delito, o sobre las pruebas de cualquier clase que se hubiesen recogido, el Juez lo ordenará inmediatamente –conforme al procedimiento del Informe pericial—. Para el TC este precepto autoriza al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales, pero destaca que el tenor del precepto alude al «cuerpo del delito» y que por ello ha de entenderse «'las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida' (art. 334.1 L.E.Crim.)». Por tanto, a la luz de este precepto la autoridad judicial puede acordar, entre otros muchos, la realización de análisis periciales de cualquier elemento del cuerpo humano: sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc. que hubiera sido previamente aprehendido en algún lugar de los señalados en el precepto legal; pero no puede constituir el respaldo legal para ordenar la extracción coactiva de tales elementos de la persona del imputado¹¹⁴¹. Y no parece fuera de lugar creer que si este precepto no puede ser respaldo legal para autorizar una extracción de algún material corporal de un imputado, menos aún sería para autorizar la extracción coactiva de algún elemento corporal de un investigado detenido y todavía menos por la mera disposición policial.

- El art 363 LECrim, conforme al cual, la autoridad judicial ordenará la práctica de análisis químicos únicamente en caso de que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Cuando

¹¹⁴⁰ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita, al que se adhiere el Magdo. Luis Ignacio Ortega Álvarez, razonamiento 6.

¹¹⁴¹ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6. Aunado al artículo en comento, también se refirió al art. 311 LECrim, que prevé que el Juez que instruye el sumario, practique las diligencias propuestas por el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personada si no las considera inútiles o perjudiciales. Aunque en este caso se trata de una etapa instructoria y no de una detención preventiva, nos interesa señalar que para el TC este precepto tampoco regula las intervenciones corporales ni ninguna otra medida o diligencia sumarial; sino que sólo es un recordatorio para evitar que en el curso de la instrucción se adopten diligencias de investigación inútiles o perjudiciales, pero que no puede prestar fundamento normativo para una medida de intervención corporal.

«concurran razones acreditadas de justificación, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN»; al efecto, podrá decidir la práctica del acto de intervención corporal, inspección o reconocimiento, que resulte adecuado a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

De la anterior disposición vemos que se reconoce la posibilidad de practicar análisis químicos, cuando ello responda a la exigencia de necesidad –indispensable– para una investigación judicial y la recta administración de justicia. Pero para ello sólo habilita a los órganos jurisdiccionales. Además, en el segundo párrafo, concretamente se refiere a la obtención de muestras biológicas del sospechoso, condición que tendrá un detenido, para determinar su perfil de ADN; pero la única autoridad habilitada para tal determinación es el Juez de Instrucción, quien podrá hacerlo satisfaciendo la exigencia de la motivación –entendemos reforzada¹¹⁴²– característica de las resoluciones que limitan derechos fundamentales; es decir que la misma refleje la ponderación sobre los intereses en juego existentes que el operador jurídico realizó al momento de adoptar la medida, en palabras simples, que la motivación pudiera dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el derecho que se está sacrificando? ¿Por qué se está sacrificando? ¿Qué fin persigue? ¿El fin es constitucionalmente legítimo?

Así pues, aunque esta previsión legislativa no se encuentra específicamente dirigida a una intervención corporal con motivo de las actuaciones en el marco de la detención preventiva, eventualmente podría ser soporte de ésta, pero entendiendo que la única autoridad habilitada es el Juez.

- La Disposición adicional tercera –Obtención de muestras biológicas– de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que dispone «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá

¹¹⁴² Tenemos presente que la motivación de las resoluciones judiciales que limitan derechos fundamentales no encuentran su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivar derivada de la genérica obligación derivada del art. 24.1 CE –tutela judicial efectiva– y no se satisface «con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial»; la exigencia de motivación en estos casos es un requisito formal de la regla de proporcionalidad. *Vid.* STC 207/1996 de 16 de diciembre, FJ 4.d).

a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»¹¹⁴³

La disposición referida sí prevé el concreto supuesto de intervenciones corporales para tomar muestras y fluidos de un sospechoso detenido; especifica el fin, la investigación de unos delitos que, a su vez, están señalados de manera taxativa –art. 3.1.a de la Ley—. Habilita a la autoridad policial para decidir la medida si se cumple la condición del consentimiento del detenido; en caso contrario, contempla la posibilidad de actuación de la policía judicial pero sólo con la autorización judicial motivada.

- El art. 520.6.c) LECrim, en donde se detalla en qué consiste la asistencia del abogado al detenido y, entre sus funciones, se contempla la de informar al detenido sobre las consecuencias de prestar o negar su consentimiento para la práctica de las diligencias que se le soliciten; haciéndose la mención especial de que si el detenido se opusiera a la recogida de una muestra mediante un frotis bucal conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 10/2007; el Juez de Instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, «podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

En este art. 520.6 (c) LECrim, se aprecia el concreto supuesto de procedencia de la medida limitante, la detención preventiva; define la medida que puede incidir en la integridad física del detenido, la toma de una muestra; define la forma, mediante un frotis bucal; no reconoce textualmente la posibilidad de que la policía judicial recoja la muestra pero remite a la Ley Orgánica que se refiere a la toma de muestras por la policía judicial con consentimiento del detenido y prevé que, ante la ausencia de tal consentimiento, la policía judicial –o Ministerio Fiscal– solicite al Juez de Instrucción la ejecución de la medida, entendemos que si el Juez resuelve la ejecución coactiva de la medida ello debe de ser en un auto motivado, como señala la Ley Orgánica a la que éste precepto remite; y además,

¹¹⁴³ Respecto al contenido del artículo al que remite el precepto *vid. infra* nota a pie 1364.

establece el condicionamiento de proporcionalidad de la medida y el respeto a la dignidad del detenido en la ejecución. Por último, creemos que al señalar que la toma de muestra mediante el frotis bucal se haga conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, la medida limitante debería seguirse entendiendo únicamente por cuanto a los delitos enunciados en aquella Ley.

Por otro lado, como anteriormente hemos señalado, el TC ha considerado que cuando existan acreditadas razones de urgencia y necesidad, y siempre que se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la policía judicial puede disponer la práctica de actos que comporten una intervención corporal leve¹¹⁴⁴, pero cuando se ha referido a tal posibilidad la sujeta a una condición inicial: la conveniente habilitación legislativa y, a ese respecto, no apreciamos en la normativa referida o en alguna otra que satisfaga el rango de ley, que se contemple la posibilidad de que la policía disponga, por razones de urgencia o necesidad, la adopción de una medida investigativa que constituya una intervención corporal leve.

Al parecer, la única posibilidad de que la policía realice, sin autorización judicial, una intervención corporal como medida de investigación del delito en el contexto de la detención preventiva es, para el caso de intervenciones corporales leves consistentes en la toma de muestras y fluidos del sospechoso y siempre que cuente con el consentimiento eficaz del afectado y además, cuando sea constatable el fin constitucionalmente legítimo –investigación de un delito— observando las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, que analizamos a continuación.

iv) Proporcionalidad

La averiguación de los delitos, el descubrimiento y aseguramiento de los sospechosos, las exigencias de las investigaciones y las innegables dificultades inherentes a la lucha contra la delincuencia no pueden justificar límites a la prohibición absoluta que debe garantizarse con respecto a la integridad física de las personas¹¹⁴⁵. Sobre todo, teniendo en cuenta que la persona que es aprehendida, el detenido preventivo, se encuentra en una situación de

¹¹⁴⁴ Vid. *supra* nota a pie 1124.

¹¹⁴⁵ Vid. STEDH *Ribitsch v. Austria*, 18896/91, Sentencia de 4 de diciembre de 1995, párr. 38.

inferioridad¹¹⁴⁶ y vulnerabilidad frente a quienes lo mantienen en custodia. Por ello cuando el detenido presente algunas lesiones, aunque puedan parecer relativamente leves (y pudiera pensarse que no alcanzan el nivel de gravedad exigido a la luz de la jurisprudencia del TEDH)¹¹⁴⁷, éstas pueden constituir signos externos del uso de fuerza física y en tal caso, corresponderá a la autoridad policial brindar una explicación razonable y plausible sobre cómo fueron causadas¹¹⁴⁸ y, en su caso, demostrar que no se utilizó la fuerza o que la fuerza utilizada no fue excesiva¹¹⁴⁹.

Para que la afectación a la integridad física o mental provocada por la actuación policial configure una forma de maltrato deberá de tener «un nivel mínimo de gravedad»¹¹⁵⁰; además, para que pueda considerarse degradante –en el contexto de la CE/CEDH— se tendrá en cuenta también si el objeto del mismo es humillar o degradar a la persona afectada y si, en cuanto a las consecuencias, el mismo afecta a su personalidad en una forma incompatible con el art. 3 CEDH¹¹⁵¹. Sin embargo tal valoración habrá de hacerse a la luz de las circunstancias de cada caso, porque puede darse la situación de que la actuación estatal no haya tenido un mínimo nivel de gravedad y que no hubiera sido con el objeto de humillar o envilecer a la persona pero que, aun así, con la misma se provoque una afectación en la personalidad del afectado y este último, elemento podría bastar para considerar la actuación estatal vulneradora de la prohibición que deriva de los arts. 15 CE y art. 3 CEDH¹¹⁵².

¹¹⁴⁶ En ese sentido, *vid.* STEDH *Tomasi v. Francia*, 12850/87, Sentencia de 27 de agosto de 1992, párr. 113.

¹¹⁴⁷ En ese sentido, *vid.* STEDH *Tomasi v. Francia*, 12850/87, Sentencia de 27 de agosto de 1992, párr. 114.

¹¹⁴⁸ En este sentido *vid.* STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7.b); SSTEDH *Ribitsch v. Austria*, 18896/91, Sentencia de 4 de diciembre de 1995, párr. 34; *Pruneanu v. Moldavia*, 6888/03, Sentencia de 16 de enero de 2007, párr. 44.

¹¹⁴⁹ La explicación deberá ser completamente convincente para poder desvanecer la duda sobre la veracidad de las alegaciones sobre los malos tratos que realice la víctima, particularmente si tales alegaciones se encuentran respaldadas por informes médicos; en caso contrario, claramente surgirá un problema a la luz del art. 3 CEDH. En este sentido *vid.* SSTEDH *Türkan v. Turquía*, 33086/04, Sentencia de 18 de septiembre de 2008, párr. 36; *Selmouni v. Francia* [GS], 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999, párr. 87, *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párr. 61.

¹¹⁵⁰ *Vid.* STEDH *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre de 1997, párr. 55.

¹¹⁵¹ *Vid.* SSTEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párrs. 37, 39; *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre de 1997, párr. 55. En el primero de los casos referidos, para evaluar las consecuencias sufridas por el demandante, el TEDH tuvo una especial atención al contexto en que el trato había tenido lugar y sus efectos en la personalidad del afectado.

¹¹⁵² Como ejemplo, STEDH *Kalashnikov v. Rusia*, 47095/99, Sentencia de 15 de julio de 2002, párr 101-102. En el caso no había ningún indicador de que hubiera existido la intención de humillar o menospreciar al demandante; sin embargo aunque tal factor es importante, para el TEDH la ausencia del mismo no podía

Por eso, para valorar si una conducta adoptada por la policía en cualquiera de los dos momentos de la detención preventiva constituye una vulneración del derecho a la integridad, tenemos que constatar que la actuación policial además de satisfacer los condicionamientos constitucionales anteriormente referidos, satisfaga el principio de proporcionalidad.

En efecto, a lo largo de la jurisprudencia del Alto Tribunal puede apreciarse la preeminencia del principio de proporcionalidad «como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales», y que, tratándose de derechos fundamentales «constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley exigencias positivas y negativas»¹¹⁵³.

Como comentamos al inicio del capítulo, este principio se integra de tres condicionamientos¹¹⁵⁴:

- a) La necesidad –juicio de necesidad—. Que la medida resulte imprescindible, que no exista otra medida más moderada o menos gravosa, sin imponer sacrificio alguno al derecho fundamental o con menor grado de sacrificio, que sea igualmente apta para conseguir el fin con igual eficacia.
- b) La idoneidad –juicio de idoneidad—Que la medida sea apta o adecuada para alcanzar el objetivo propuesto, el fin constitucionalmente legítimo que se persigue.
- c) La proporcionalidad en sentido estricto –la ponderación o equilibrio de la medida— Que el sacrificio que se impone al derecho fundamental no sea desmedido; para tal valoración debe de tenerse en cuenta que con la limitación se deriven más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

excluir la consideración de que había una vulneración del art. 3 CEDH, debido a las condiciones de hacinamiento e insalubridad en que permaneció en prisión provisional el demandante a lo largo de 4 años y 10 meses, las cuales le provocaron un sufrimiento mental, minimizaron su dignidad humana y despertaron en él sentimientos de humillación y menosprecio.

¹¹⁵³ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.4).

¹¹⁵⁴ Vid. Entre muchas otras SSTC 23/2014, de 13 de febrero, FJ 2; 15/2014, de 30 de enero, FJ 3; 13/2014, de 30 de enero, FJ 3; 199/2013, de 5 de diciembre, FFJJ 7,11; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.4; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.e).

Para esta valoración tendrá que tomarse en cuenta la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre¹¹⁵⁵

Resultaría inexacto sugerir un baremo que *in abstracto* pudiera medir la proporcionalidad del uso de la fuerza al momento de practicarse la detención, pues son las circunstancias que rodean cada caso las que darán los elementos para valorar, *ex post*, que los medios coactivos empleados por la policía satisfacen los condicionamientos de necesidad e idoneidad, así como la ponderación de la afectación a la integridad personal.

No obstante ello, tomando como referencia algunos casos extraídos de la jurisprudencia del TC y TEDH, comentaremos las circunstancias de la proporcionalidad refiriéndonos a los dos momentos de la detención preventiva.

A) *Aprehensión*

De manera general, el fin constitucionalmente legítimo es el establecido en el art. 126 CE «aseguramiento del delincuente»; a ese fin el empleo de medios coactivos: la fuerza física, las esposas como instrumentos de sujeción, empleo de armas (*in extremis*), puede resultar necesario y para ello la policía cuenta con tal atribución¹¹⁵⁶.

Con el propósito de asir a la persona sospechosa, la policía no necesitará obligadamente acudir al uso de la fuerza; pero si acude a ella solamente será para conseguir la inmovilización temporal del individuo, nada más. Así que, en caso de que se haya utilizado la coacción, deberá ser constatable que no fue con la finalidad de infligir un padecimiento físico o psíquico adicional al que apareja la detención.

Podría apuntarse que la necesidad del uso de la fuerza para llevar a cabo la aprehensión se determinará en función de las circunstancias que concurran al momento de tener lugar la privación de libertad; sobre todo de las circunstancias atribuibles a la persona que va a ser detenida. En este sentido el TEDH ha señalado, con respecto a las personas privadas de libertad, que cualquier recurso de la fuerza física que no resulte estrictamente necesario

¹¹⁵⁵ Vid. STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 9.

¹¹⁵⁶ Vid. En este capítulo, apartado B.1.c. ii) Adecuada Previsión Legal.

por su propia conducta, reduce la dignidad humana y es, en principio, una violación al derecho establecido en el art. 3 CEDH¹¹⁵⁷.

Al respecto, pensemos en el caso de que el sujeto oponga resistencia, que esté armado, que intente huir, que intente alertar a otros individuos para que huyan, que tenga una actitud violenta—sea que agreda a sus captores o a terceras personas—; en estos supuestos resultará necesario el uso de la fuerza, en la medida que sea necesaria para doblegar su oposición. La coacción aparece como el medio imprescindible para conseguir el sometimiento del individuo. También puede resultar idónea, pues no parece existir otra medida susceptible de conseguir la sujeción de un individuo a la policía. Sin embargo, al momento de ponderar los intereses en juego: la finalidad del aseguramiento vs. integridad física, es donde suele haber vicisitudes.

En efecto, en caso de una detención violenta debido a la conducta del detenido, es altamente probable que tras la aprehensión presente lesiones y que éstas hayan sido provocadas por la fuerza empleada por la policía; así que la ponderación sobre la razonabilidad y el equilibrio de la fuerza empleada sacrificando la integridad del individuo se realizará en función de esas lesiones; éstas pueden ser contusiones derivadas de un enfrentamiento físico o de la resistencia opuesta a la detención, quizá puedan apreciarse rastros de golpes sobre todo en las extremidades, incluso en el rostro pero, en principio, debiera de tratarse de lesiones externas cuya recuperación sea considerablemente rápida. Así en este supuesto, aunque haya lesiones, podrán encontrarse justificadas y la actuación policial compatible con el art. 15 CE/3 CEDH¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁷ Vid. SSTEDH *Selmouni v. Francia* [GS], 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999, párr. 99; *Ribitsch v. Austria*, 18896/91, Sentencia de 4 de diciembre de 1995, párr. 38.

¹¹⁵⁸ Vid. STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 a), donde la policía hizo uso de la fuerza durante la detención que, aun provocando alguna afectación menor a la integridad física, no se revelaban como destinadas a que el detenido sufriera «un castigo desviado y adicional al imprescindible para llevar a cabo la operación policial.». STEDH *Shchukin y otros v. Chipre*, 14030/03, Sentencia de 29 de julio de 2010, párr. 95-100, 105, 108. Conforme al informe médico, uno de los demandantes había sufrido una lesión en la cabeza, equimosis en el cuello y abrasiones en las articulaciones de las muñecas; pero ello fue considerado consecuencia de que cuando la policía intentó esposarlo, éste se opuso y consiguió liberar los brazos, aunque finalmente fue sometido y esposado. Así, las lesiones descritas coinciden con la descripción de uso de la fuerza por la policía: la lesión en la cabeza y la equimosis podría haber resultado de un golpe en la cabeza; la equimosis en el cuello, consecuencia de haber sido sujetado por el cuello; las abrasiones en el área de las articulaciones de las muñecas podrían haber sido provocadas por el empleo de las esposas. Las descripciones dadas, particularmente las declaraciones de un tercero y del resto de demandantes, corroboran la del primero; así el TEDH considera indubitable que las lesiones fueron sufridas durante su arresto; procediendo a evaluar si

En cambio, si el detenido presenta fracturas o lesiones de órganos internos, o cuando éstas dejen secuelas de mediano o largo plazo para su salud, difícilmente podrá considerarse como equilibrado el uso de la fuerza para conseguir la sujeción¹¹⁵⁹; en un supuesto así la actuación policial podría considerarse desmedida y contraria a los arts. 15 CE / 3 CEDH, pues resulta difícil considerar ponderada un grado de fuerza tal, capaz de afectar a un órgano interno o provocar una lesión con secuelas duraderas en la integridad física o psíquica a quien sólo se pretendía inmovilizar momentáneamente para su traslado a dependencias policiales¹¹⁶⁰.

el uso de la fuerza resultó excesivo. Atendiendo a las circunstancias del caso –rechazo previo de los demandantes para ser repatriados y engaño para presentarse en la oficina de policía de inmigración— el TEDH no ponía en duda que el demandante haya montado en cólera y resistido a su aprehensión, tal y como se establece en el informe policial; toma en cuenta también que éste reconoció que había conseguido liberar los brazos cuando trataron de esposarlo, y valoró también que las lesiones sufridas por el demandante no habían dejado consecuencias duraderas. Además, el TEDH no podía pasar por alto el hecho de que la fuerza física había sido utilizada contra el demandante a efectos de conseguir el arresto al cual había opuesto resistencia; sin embargo a partir del material del expediente no resultaba posible concluir que el uso de la fuerza empleado en este caso fuera excesiva o tan excesiva como para alcanzar el umbral de tratamiento contrario al art. 3 CEDH, por tanto consideró que no era posible establecer una violación sustantiva a este artículo convencional; no sobra mencionar aquí que, sin embargo, si consideró una violación a este precepto, con relación al aspecto procesal, por cuanto a la falta de efectividad en la investigación de las denuncias presentadas por malos tratos.

¹¹⁵⁹ Como fue el caso de la STEDH *Rehbock v. Eslovenia*, 29462/95, Sentencia de 28 de noviembre de 2000, *vid. infra* nota a pie 1168.

¹¹⁶⁰ P.e. en STEDH *Krastanov v. Bulgaria*, 50222/99, de 30 de septiembre de 2004, párrs. 10, 11, 52, 53, 54; además de una confusión por parte de la policía, existió un excesivo uso de la fuerza con la supuesta finalidad de detener; en efecto, en el marco de una operación policial, el equipo especial anti-terrorismo se presentó a la cafetería donde, entre otras personas, se encontraba el demandante; todos fueron requeridos para tirarse al piso, levantar las manos y cerrar los ojos; pero el demandante preguntó dónde exactamente debería poner sus manos, la policía le dijo que debería ponerlas tras el cuello, sin embargo mientras estuvo en tal posición sintió dos o tres golpes en la cabeza con un objeto sólido, posteriormente se le ordenó salir de la cafetería, éste preguntó la razón por la cual había sido golpeado ya que no había hecho nada para provocarlos; también manifestó que tenía dificultades para moverse debido a un fuerte dolor de cabeza y la pérdida de sangre; los policías le amenazaron e insultaron, fue sacado de la cafetería, lo golpearon y tiraron en el piso, lo golpearon en la cabeza con la culata de una pistola y recibió varios golpes en las costillas; luego fue obligado a identificarse, cuando éste procedió a la identificación y tras explicaciones brindadas por colegas de trabajo del demandante sobre una aparente confusión en la identidad del demandante; los oficiales de policía le dijeron que lo habían confundido con otra persona y se disculparon; minutos después del incidente, el demandante cayó inconsciente y fue llevado en ambulancia al hospital a la sección de neurocirugía de la Academia Médica de Sofía. El trato recibido por el demandante de ninguna manera fue debatido por el Gobierno, de hecho, éste podía confirmarse a partir de las acciones de compensación resueltas en su favor por los tribunales nacionales; y también se estableció que el demandante no había hecho nada para provocar el violento comportamiento de la policía. El TEDH valoró la gravedad y dolor físico provocadas por las lesiones, sumado a las consecuencias de larga duración en su salud; era claro que la violencia ejercida contra el peticionario fue cometida por la policía en el ejercicio de sus deberes; sin embargo, no podía desprenderse que el dolor y sufrimiento hubiera sido infligido de manera intencional con el propósito de, por ejemplo, extraerle una confesión de un delito o quebrantar su resistencia física y moral. También, las lesiones fueron provocadas durante un corto periodo de tiempo, en el curso de una operación

También hay que considerar el uso de las esposas como instrumento auxiliar de aseguramiento, cuyo uso, además de reducir la movilidad puede provocar lesiones mínimas como escoriaciones; por eso su utilización debería responder al triple condicionamiento de la proporcionalidad¹¹⁶¹. Si el detenido se opone a la sujeción, forcejea para ingresar al vehículo o mantiene un comportamiento violento con tendencia a la agresión de los agentes, las esposas podrán ser consideradas necesarias para el sometimiento y, de entre diversos medios auxiliares coactivos que pudieran emplearse – armas o porras—, parece ser el más apto para inmovilizar y el que provoca la menor afectación a la integridad. Por ello, no es infrecuente que las personas detenidas presenten –conforme a los informes médicos— marcas eritematosas en las muñecas, como consecuencia del esposamiento al que son sometidos tras el arresto¹¹⁶². Ésta, podría señalarse, como una lesión aceptable.

Pero al depender su uso de la conducta del afectado, si este no opone resistencia, no manifiesta una actitud violenta, si durante algún traslado para y durante la práctica de alguna diligencias se mantiene permanente esposado, si se ve obligado a portar las esposas en público, si se trata de una persona mayor o enferma¹¹⁶³; es decir, cuando el individuo no representa una amenaza para la seguridad o no se sospecha que pueda huir, el uso del instrumento puede llegar a afectar la autoestima del individuo y causar un daño

policial —para el arresto de unos sospechosos— que aparentemente estaba acompañada por un aumento de tensión. En tales circunstancias, el TEDH consideró que los malos tratos recibidos por el denunciante eran lo suficientemente graves para constituir un trato inhumano, pero no podían ser calificados como tortura. Por tanto, encontró vulnerado el art. 3 CEDH en perjuicio del demandante. A nuestro parecer, independientemente del error que haya cometido la policía, tal uso y actitud violenta de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podría tener justificación frente a una persona que no manifiesta ningún tipo de conducta que atente contra el arresto, es decir, intento de huida, oposición al arresto o violencia verbal o física contra los agentes actuantes.

¹¹⁶¹ Así p.e. en *Raninen*, el TEDH señaló que el esposamiento del demandante, tal y como lo habría reconocido el gobierno, no había resultado necesario a partir de su propia conducta. *Vid.* STEDH *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre de 1997, párr. 57.

¹¹⁶² P.e. S TEDH *Otamendi Egiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012, párr. 9; *Arratibel Garcíandia v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015, párr. 7;

¹¹⁶³ Por ejemplo, *vid.* STEDH *Henaf v. Francia*, 65436/01, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párrs. 12, 13, 56, 60. En el caso se trataba de un preso de 75 años que fue trasladado a un hospital para ser sometido a una intervención quirúrgica; aunque el director del centro de reclusión había señalado que, en principio, no se requería el uso permanente de esposas o medios de restricción, para su conducción al hospital un día antes de la fecha de la operación fueron utilizadas las esposas, permaneciendo esposado durante el resto del día y, además, durante la noche se utilizó un medio de restricción consistente en una cadena que sujetaba uno de sus tobillos a la base de la cama. El TEDH consideró que las restricciones utilizadas fueron desproporcionadas a las necesidades de seguridad requeridas. Por tanto consideró que el trato había sido inhumano.

psicológico¹¹⁶⁴. En una situación así, el empleo de esposas no podría satisfacer el criterio de necesidad, ni idoneidad pues la conducta del detenido no atentaría contra el fin del aseguramiento. Por eso, en casos así, el TEDH ha llegado a considerar desproporcionado el uso del instrumento y por tanto –junto con otras circunstancias—un trato degradante por el grado de humillación que se hace padecer al detenido, y al respecto hay que recordar que puede ser suficiente que la víctima sea humillada ante sus propios ojos, incluso si no lo es a los ojos de los demás¹¹⁶⁵.

En relación con lo anterior, también puede valorarse las circunstancias atribuibles al lugar de la detención, que puede ser el domicilio del aprehendido, un lugar público o su lugar de trabajo, por citar algunas. Si la privación de libertad tiene lugar frente a gente conocida o que forme parte del entorno personal o cercano del afectado, puede implicar una humillación para el detenido y vivirla como tal, pero ello no constituirá en sí mismo un trato humillante¹¹⁶⁶. Sin embargo, si la persona además de ser detenida en un lugar público, es esposada sin haber tenido un comportamiento que lo ameritase y, además, en tal condición expuesta públicamente, p.e. en su entorno familiar o laboral, entonces sí puede provocarse en el sujeto detenido un sentimiento de vergüenza y humillación agravado del

¹¹⁶⁴ Vid. STEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párr 45.

¹¹⁶⁵ En este sentido, vid. SSTEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párr. 37; *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre de 1997, párr. 55; *Tyrer v. Reino Unido*, 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 32.

¹¹⁶⁶ Tal fue el caso de SSTEDH *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994, párrs. 11, 12, 13, 42 y *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 diciembre de 1997, párrs. 14, 57-58. En el primero, a las 7 am 6 miembros del ejército se presentaron en casa de la demandante, tras identificarse ingresaron a su casa y, acompañados por ella, subieron al segundo piso donde estaba el resto de la familia – esposo e hijos, también demandantes en la causa ante el TEDH—, se les solicitó que se reunieran todos en la sala; los soldados no llevaron a cabo ninguna búsqueda en la casa aunque tomaron notas respecto al interior de la casa y registraron datos personales relativos a la demandante; tras media hora de intervención, la demandante fue detenida frente a su familia y llevada para efectos de ser interrogada; aunque en el proceso ante la Comisión los demandantes se refirieron al art. 3 CEDH como parte de su petición, más adelante se retractaron en cuanto a ese respecto. En el caso del segundo, el demandante, aun de manera breve, había estado visible al público al ingresar al vehículo de la policía militar fuera de la puerta de la prisión; en ese sentido, consideraba que se había sentido humillado por aparecer esposado frente a miembros de su grupo de apoyo, quienes habrían tomado fotos y video del incidente. Sin embargo, para el TEDH no había elementos de prueba que sugiriera el vínculo causal entre el tratamiento alegado por el demandante y un problema psicosocial indefinido que le fue diagnosticado varios meses después; el demandante tampoco dirigió su argumentación en el sentido de que el esposamiento hubiera estado dirigido a menospreciarle o humillarle.

que normalmente implica la privación de libertad¹¹⁶⁷ y, por tanto, considerarse contrario la prohibición del art. 3 CEDH.

Otras circunstancias que pueden determinar la valoración en el empleo del uso de la fuerza durante la detención se vinculan a que ésta haya sido consecuencia de una operación inesperada o aleatoria, que puede dar lugar a situaciones sorpresivas frente a las cuales la policía responda instintivamente en el marco de sus atribuciones. O que, en cambio, sea el resultado de una operación planificada con antelación y por tanto con una estrategia establecida, pues en este caso podrán haberse evaluado los posibles riesgos y tomado las

¹¹⁶⁷ Tal y como ocurrió en STEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007, párrs. 6, 7, 8, 43-48. El demandante, que había trabajado durante 15 años como doctor en la oficina de policía de Estambul, fue llamado por su supervisor para acudir a su oficina, al momento de salir de su auto en el estacionamiento del edificio fue detenido por tres oficiales de policía, frente a la concurrencia fue privado de su libertad en el patio, fue esposado e informado de que estaba bajo arresto; en el curso de éste el demandante dijo a los oficiales que era un médico oficial de la policía y que debía haber un error; les suplico para que no lo esposaran frente a cientos de personas; al día siguiente fue llevado esposado a su lugar de trabajo y a su domicilio, donde los oficiales de policía llevaron a cabo búsquedas; les reitero su solicitud de que le retiraran las esposas para que sus hijos y vecinos no pudiera verle en esa situación de restricción; los oficiales de policía además de rechazar la petición, forzaron al demandante a caminar unos 70 mts. a lo largo del camino antes de llegar a su casa y durante la inspección en su domicilio fue —según su dicho—insultado en frente de su familia, además fue decomisada su arma oficial. Todavía más, le hicieron sentarse en una silla, con los ojos vendados y todavía esposado, a lo largo de su custodia policial, como la silla estaba a la entrada de los baños, fue empujado cada vez que alguien pasaba; escuchó a parte del personal de las oficinas centrales preguntar porque su doctor estaba en custodia policial. Para el TEDH podía presumirse de manera razonable un vínculo causal entre el tratamiento del cual se quejaba el demandante y el comienzo del desorden mental diagnosticado al demandante 2 días después de su puesta en libertad; de acuerdo a los reportes médicos, el demandante habría sufrido un trauma severo tras su custodia policial, particularmente, se sintió humillado frente al personal de la oficina central de policía quienes eran sus pacientes. En el caso en particular, el hecho de haber portado esposas públicamente en su lugar de trabajo y frente a su familia, generó en él un fuerte sentimiento de humillación y vergüenza, especialmente en vista de sus deberes profesionales; su estado mental sufrió un daño irreversible como resultado del incidente y fue incapaz de lograr una conciliación con su calvario. Para el TEDH los informes psiquiátricos corroboran el argumento del demandante de que el uso de esposas en público afectó su estado mental; en ese sentido recuerda que ya ha sido aceptado que el tratamiento puede causar en la víctima el sentimiento de humillación en su propia perspectiva, incluso cuando no exista un elemento público; claramente el sentimiento de humillación del peticionario fue agravado por el carácter público de su tratamiento. Aunado a ello, el TEDH valoró que el peticionario no tenía un historial que pudiera llevar a suponer un temor para la seguridad y que tampoco había evidencia de que representara un peligro para sí mismo o para otros o de que previamente hubiera cometido actos delictivos o actos de autodestrucción o violencia contra otros. Así, el TEDH no encontró ninguna razón para aceptar que fuera necesario que el demandante fuera visto esposado durante su arresto y durante las inspecciones, y por ello consideró que el particular contexto del caso, exponiendo al demandante esposado a la vista pública, estaba intencionado para suscitar en él sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarle y menospreciarle y posiblemente resquebrajar su resistencia moral. Por ello, para el TEDH, en las circunstancias excepcionales del caso, la portación de esposas constituyó un trato degradante en contravención del art. 3 CEDH.

medidas necesarias para llevar a cabo la aprehensión¹¹⁶⁸, incluyendo la posibilidad de minimizar al máximo posible la probabilidad del uso de la fuerza¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁸ En este sentido *vid. STEDH Rehbock v. Eslovenia*, 29462/95, Sentencia de 28 de noviembre de 2000, párrs. 11, 13, 72, 75-78. La detención del demandante era fruto de una operación planificada que implicaba la participación de trece oficiales de policía que, claramente, superaban en número a los tres sospechosos que pretendían arrestar. Según se refiere en las circunstancias de hecho, aunque existe disparidad en las versiones de las partes, el Gobierno explicó que el demandante había sido arrestado en el contexto de una acción planificada por las autoridades competentes, quienes al momento de conformar al equipo que participaría del arresto, tuvieron en mente el hecho de que el demandante, sospechoso por tráfico de drogas, era extremadamente fuerte (sobre la base de que había ganado el campeonato alemán de físico constructivismo en diversas ocasiones). No obstante ello, para el TEDH no había elementos de los cuales pudiera desprenderse que el demandante hubiera amenazado a los policías que lo arrestaron, p.e. con un arma o atacándolos. Además tuvo en cuenta la inconsistencia en las explicaciones brindadas por el Gobierno ya que, por un lado sostuvo ante la Comisión que el demandante había sufrido la lesión cuando se había golpeado la cabeza sobre la defensa de un auto; pero en el informe de la policía del 8 de marzo de 1996, sobre la justificación del uso de la fuerza en el arresto, se había indicado que el demandante se había golpeado el rostro sobre el guardafangos de un coche estacionado y sobre el pavimento del estacionamiento. El TEDH tuvo en cuenta, por un lado, la gravedad de la lesión del demandante, quien sufrió doble fractura de mandíbula así como contusiones faciales; y por otro, que los hechos en cuestión no fueron materia de ninguna determinación por un tribunal nacional, por lo que la carga de la prueba recae totalmente en el Gobierno para demostrar con argumentos convincentes que el uso de la fuerza no había sido excesivo y, en ese sentido, la información proporcionada por el Gobierno no presentaba argumentos convincentes que pudieran proveer base suficiente que justificara el grado de fuerza empleado durante la aprehensión; por todo ello, consideró que la fuerza utilizada había resultado excesiva e injustificada en las circunstancias; tal uso de la fuerza provocó lesiones que indubitablemente causaron un grave sufrimiento al demandante, de naturaleza tal, que significó un trato inhumano. En consecuencia, se consideró que existió violación al art. 3 CEDH por el tratamiento al que fue sometido el demandante al momento de su arresto.

¹¹⁶⁹ Al respecto *SSTEDH Güler y Öngel v. Turquía*, 29612/05; 30668/05, Sentencia de 4 de octubre de 2011, párr. 29 y *Saya y otros v. Turquía*, 4327/02, Sentencia de 7 de octubre de 2008, párrs. 6, 21. En el primer caso, señaló que el Gobierno no había proporcionado ninguna información que mostrara que la intervención de las fuerzas de seguridad había sido debidamente regulada y organizada en forma tal que hiciera posible minimizar en la mayor medida posible cualquier riesgo de lesionar a los manifestantes; no obstante ello, si era posible constatar que la policía interviniente estaba equipada con cascos, máscaras de gas y otro equipamiento necesario, y que habían sido desplegados previamente a la manifestación; por tanto no era posible concluir que las fuerzas de seguridad hubieran sido llamadas para reaccionar sin ninguna organización previa. Este caso tuvo lugar en el contexto de una manifestación que estaba concluyendo cuando un pequeño grupo de manifestantes tuvo una confrontación con la policía a quien agredió con palos y piedras; ésta, en respuesta, utilizó el recurso de la fuerza para dispersarlos. Aunque los dos demandantes no se encontraban entre el grupo de manifestantes que había atacado y resistido a los oficiales de policía – tal y como se acreditó en los Tribunales nacionales—; recibieron diversos golpes con las porras de la policía que les provocaron lesiones; así para el TEDH, aunque un pequeño grupo de manifestantes hubieran atacado a la policía, no era posible concluir que la fuerza empleada por ésta contra los demandantes, que no se encontraban entre los manifestantes conflictivos, hubiera estado justificada. En el segundo caso, el TEDH tuvo en cuenta, que la actuación policial fue desplegada para asegurar un área donde con antelación se habría autorizado la celebración de la marcha del 1º de mayo, por tanto no cabía aceptar que la actuación de las fuerzas de seguridad fuera una respuesta improvisada o de reacción sin una previa organización, al contrario; además, no había existencia alguna de la que se pudiera desprender que el grupo presentara un peligro para el orden público o que estuviera implicado en actos de violencia. Por eso no cabía justificación al recurso de la fuerza empleado por la policía y a las consecuentes lesiones provocadas –y arrestos— en su intento de dispersión de una marcha, previamente autorizada.

Por lo anterior, cuando una persona es lesionada durante su detención o de alguna otra forma bajo control de la policía, tal lesión dará lugar a una fuerte presunción de que la persona ha sido sometida a malos tratos¹¹⁷⁰. Por ello resulta indispensable que la policía se asegure de que el detenido sea examinado por un médico antes o tan pronto como sea su arribo a la comisaría; ello constituirá una garantía tanto para la integridad de los detenidos como para la seguridad del policía frente a eventuales acusaciones posteriores por malos tratos. Además, facilitará el control *ex post* que realice el juez sobre la proporcionalidad de la coacción empleada para la aprehensión¹¹⁷¹.

¹¹⁷⁰ Vid. STEDH *Pruneanu v. Moldova*, 6888/03, Sentencia de 16 de enero de 2007, párr. 44.

¹¹⁷¹ Otra medida importante de prevención a tener en cuenta también es, p.e. el uso de cámaras tanto en los vehículos de transporte de detenidos como en los locales de detención. A este respecto *vid.* por un lado, la Orden INT/2573/2015, de 30 de noviembre, *por la que se determinan las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados*, BOE Núm. 290, de 4 de diciembre de 2015, Anexos I y II, donde se establecen las «Normas técnicas que deben reunir los vehículos celulares para el transporte de detenidos, presos y penados [...]» de hasta nueve plazas y de más de nueve plazas, respectivamente; estableciendo ambos anexos en el apartado de Especificaciones generales (3), subapartados 4 y 5 respectivamente, lo relativo a los Sistemas electrónicos de vigilancia, donde se señala la necesidad de dotar a dichos vehículos de «[...] dispositivos electrónicos de visualización que permitan, en todo momento, a los efectivos encargados de la conducción y vigilancia la observación del habitáculo de detenidos, presos y penados. Dicha observación podrá controlarse visualmente mediante la utilización de cámaras, a través de una o más pantallas instaladas en el habitáculo de conducción y vigilancia. Este sistema de vigilancia grabará las imágenes en un dispositivo de almacenamiento con capacidad suficiente.» Por otro lado, la Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, *por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado»*, ya citada; concretamente la disposición «2. Instalaciones. [...] f. Video-vigilancia: Los centros de detención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispondrán de sistemas de video-vigilancia con grabación que contribuyan a garantizar la integridad física y la seguridad de las personas privadas de libertad y la de los funcionarios policiales que ejercen su custodia. Dicha grabación deberá estar permanentemente activa, con independencia de que los agentes encargados de la custodia deban mantener un control permanente de los calabozos a través de los medios de video-vigilancia. Los sistemas de video-vigilancia se regirán por lo que establece la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En ningún caso, podrán permitir la visualización de las zonas de aseo, con el fin de preservar la intimidad de las personas detenidas.» y la disposición «4. Estancia en Calabozos. [...] c. Vigilancias: Durante la estancia en los calabozos se mantendrán estrictas medidas de vigilancia directa de los detenidos con objeto de garantizar su integridad física y de evitar posibles autolesiones y agresiones. Se extremará dicha vigilancia de aquellos detenidos que se consideren más propensos a la autolesión, teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares, estado mental, antecedentes, causa de la detención (violencia de género), etc. A tal efecto, el Jefe de la Unidad responsable de la custodia policial en la zona de calabozos, teniendo en cuenta la configuración y medios técnicos disponibles (video-vigilancia) establecerá normas para el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior. En las áreas de custodia en las que se disponga de un sistema de video-vigilancia en el interior de las celdas, el control de los detenidos se realizará mediante dicho sistema de forma permanente. Donde aún no se disponga de cámaras, se realizarán tantas rondas como sea preciso para evitar las autolesiones de los detenidos, teniendo en cuenta la configuración de la infraestructura y las circunstancias del propio detenido. En todo caso, dichas normas contemplarán la realización de rondas del personal de custodia, cada hora como mínimo, por las celdas para comprobar el estado de las personas detenidas.».

Por tanto, aunque exista la posibilidad de recortes en el derecho a la integridad física como consecuencia del uso de la fuerza proporcionado, ninguna disminución cabe a la protección absoluta contra cualquier tipo de maltrato¹¹⁷², ningún maltrato puede justificarse por las innegables dificultades inherentes a la lucha contra la delincuencia, y ello debe enfatizarse por cuanto al tratamiento de los detenidos relacionados con delitos graves que han provocado un importante daño social, v.g. terrorismo, delincuencia organizada, narcotráfico.

B) Durante la custodia

Durante la custodia se realizarán las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, por tanto, el genérico fin constitucionalmente legítimo que se persigue es la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente.

El empleo de la fuerza parece tener menos justificación mientras la persona está en dependencias policiales; sin embargo, se podrá acudir a ella atendiendo a la conducta del detenido. Pero hay que aclarar, cuando nos referimos a la conducta del detenido, descartamos que la fuerza sea empleada como una suerte de castigo si aquél se porta mal, no colabora con la autoridad investigativa o no actúa como ésta quisiera, pues en ese caso no podría justificarse. Cuando hablamos de la conducta del detenido, pensamos en la posibilidad de que éste mantenga una actitud violenta o agresiva o que, habiéndosele solicitado su consentimiento para la práctica de alguna intervención corporal como diligencia de investigación, éste se haya negado, pues en tal caso una autorización judicial podrá compelerle al efecto y podría utilizarse la coacción, p.e. ejecución forzosa de un frotis bucal –art. 520.6.c LECrim—.

Pues bien, tratándose de los interrogatorios, de la jurisprudencia analizada hemos podido apreciar que, en ocasiones, éstos no se limitan a uno solo; en efecto, mientras dura la detención, sobre todo en casos de delitos graves –terrorismo— los detenidos son sometidos a más de un interrogatorio¹¹⁷³. Y creemos que cabría reflexionar hasta qué

¹¹⁷² En ese sentido, *vid.* SSTEDH *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párr. 54; *Tomasi v. Francia*, 12850/87, Sentencia de 27 de agosto de 1992, párr. 115.

¹¹⁷³ Como ejemplos: SSTEDH *Tomasi v. Francia*, 12850/87, Sentencia de 27 de agosto de 1992, párrs. 43,44, 114, el demandante fue sometido tres interrogatorios durante el día de su detención, haciendo un total de 5 horas y 20 min de interrogatorios; durante el segundo día los interrogatorios comenzaron a la 1:30 am hasta las 2 am, después de 4 am a 4:45 am, y luego de 11 am a 1 pm, de 3.40 pm a 8 pm y de 8:30 pm a 9.20 pm,

punto deja de ser razonable y proporcionado que la policía, en el legítimo ejercicio de su función de investigar delitos, insista en interrogar al detenido cuando éste ha ejercido su derecho a guardar silencio¹¹⁷⁴ y solo declarar ante un Juez. Y ello así, porque la insistencia de la policía en preguntar al detenido cuestiones relacionadas con el hecho que se investiga, sobre todo si no se hace con las garantías debidas –como la presencia del abogado—puede llegar a configurar una presión psicológica tal, que acabe por romper la voluntad manifestada por el detenido de no declarar en sede policial.

Pero al margen de lo que se considere sobre la insistencia en cuestionar, de la casuística consultada se desprende que durante los interrogatorios hay conductas de la policía investigadora que, por su naturaleza, no satisfarían ningún condicionamiento de la proporcionalidad y a todas luces contrarían la prohibición derivada de los arts. 15 CE o 3 CEDH.

Nos referimos a conductas que han llegado al TEDH en procesos contra distintos países, como permanecer de pie de manera prolongada, manos esposadas detrás de la espalda, privación de alimentos, bofetadas, patadas, golpes con la mano o con algún objeto como la porra, escupitajos, amenazas con arma de fuego¹¹⁷⁵, y a aquellas que han sido denunciadas en este país como vendar los ojos de las personas detenidas durante el interrogatorio, cubrirles la cara con un pasamontañas, obligarles a realizar ejercicios físicos

haciendo un total de 8 hrs y 25 minutos; el tercer día de su detención hubo un interrogatorio más de 4:30 am a 4:50 am, es decir, 20 min. de cuestionamiento. En total, de las 48 hrs de privación de libertad en custodia policial, durante 14 horas fue cuestionado, de las cuales 3 corresponden a la duración de interrogatorios que se realizaron por la noche; en contraste sólo fue revisado por un médico cuando habían transcurrido 26 hrs a partir de su detención; *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párrs. 10-11, siendo interrogados en 43 y 22 ocasiones, respectivamente; *Otamendi Egiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012, párr. 9, se alude que el detenido habría sido obligado a realizar flexiones de rodillas durante tres sesiones de interrogatorio –además de recibir amenazas de padecer la tortura de *la bolsa*—; *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párrs. 11, 16, 17, se refieren diversas sesiones de interrogatorios durante el transcurso de la detención preventiva en régimen de incomunicación.

¹¹⁷⁴ Sobre este derecho *vid.* Capítulo II, apartado B.3. Derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio.

¹¹⁷⁵ *Vid.* SSTEDH *Tomasi v. Francia*, 12850/87, Sentencia de 27 de agosto de 1992, párrs. 108, 110, 115; *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978. En el primer caso, tras la primera aparición del demandante frente al Juez, al hacer notar las marcas que presentaba su cuerpo, el Juez designó de manera inmediata a un experto para la valoración, además, cuatro diferentes médicos examinaron al afectado tras la conclusión de su detención en custodia policial y sus certificaciones contienen observaciones medicas precisas y concurrentes e indican que las fechas en que tuvieron lugar las lesiones corresponden al periodo durante el cual el afectado había estado en dependencias policiales. Por cuanto al segundo, *vid. infra* nota a pie 1179.

—p.e. flexiones— y que, según las denuncias, suelen tener lugar en situaciones de detención con incomunicación¹¹⁷⁶. Cualquiera de estas conductas puede constituir, al menos, un trato degradante o humillante y deberían estar expresamente prohibidas en la legislación¹¹⁷⁷ y, en ese orden de ideas, el TEDH expresamente señaló que «las Autoridades españolas deben establecer un código de conducta claro en cuanto al procedimiento a seguir para llevar a cabo los interrogatorios, por parte de las personas encargadas de la vigilancia de los detenidos en régimen de incomunicación y garantizar su integridad física»¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁶ Como se alegó ante el TEDH en los casos *Beortegui Martínez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párr. 12, 33, 45; *Arratibel Garcíandia v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015, párr. 12; *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párrs. 12, 14; *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, 47, 57-59; *Otamendi Egiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012, párrs. 9,10; *Beristain Ukar v. España*, 40351/05, Sentencia de 08 de marzo de 2011. En estos casos, si bien el TEDH no pudo determinar si hubo o no una materialización de las conductas origen de la denuncia, ello en gran medida derivó de la ausencia de una detenida y efectiva investigación por las autoridades locales a partir de la denuncia por malos tratos; así, el TEDH condenó España por el hecho de no haber realizado las investigaciones requeridas. Cuando se argumenta el padecimiento de actos contrarios al art. 3 CEDH, máxime si quien denuncia ha estado en una situación de aislamiento y ausencia de comunicación con el exterior, ese contexto exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades internas, para determinar los hechos denunciados.

¹¹⁷⁷ En este sentido *vid.* STEDH *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párrs. 30, 32, 42, 48. El TEDH, citando las recomendaciones formuladas por el CPT a España visibles en el Informe del CPT de 25 de marzo de 2011 efectuado con motivo de su visita a España (19 de septiembre al 1 de octubre de 2007); entre las que destaca la de «-establecer unas reglas claras sobre el procedimiento a seguir por los representantes de la ley para llevar a cabo los interrogatorios; -estas reglas deben prohibir, expresamente, vendar los ojos de las personas en detención preventiva o ponerles un pasamontañas; -prohibir que se obligue a los detenidos a realizar ejercicios físico o a permanecer de pie de manera prolongada;». El TEDH no solo tiene en cuenta tales recomendaciones; sino que las suscribe, y además, también ha hecho suyas las del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe del 9 de octubre de 2013 (párr. 102 del informe) y las del tercero interviniente en cuanto a las garantías que deben asegurarse en el caso de las detenciones preventivas en régimen de incomunicación, entre las que se destaca la de prevenir los malos tratos en los interrogatorios. Aunque la atención puesta al régimen de incomunicación en España cada vez es mayor, parece que con la nueva regulación procesal penal no se proveen las garantías que han sido recomendadas por el CPT y reiteradas por el propio Tribunal de Estrasburgo.

¹¹⁷⁸ *Vid.* STEDH *Beortegui Martínez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párr. 46 [cita textual de la versión en castellano, traducida por los servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado]. Nos resulta interesante señalar que aunque el CPT ya había recomendado la aprobación de un código de conducta para los interrogatorios, para el Gobierno Español ello era innecesario porque redundaba en lo dispuesto por las normas procesales y penales, así como en las reglamentarias y en instrumentos internos como son Instrucciones –12/2007, 12/2007 y 12/2009— de la Secretaría de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; creemos que lo dispuesto por el TEDH en el caso *Beortegui* refleja, en oposición a lo que sugiriera el gobierno, la necesidad de optimizar las garantías a la integridad física de quienes están en detención preventiva, especialmente en situación de incomunicación. Por otro lado, hay una recomendación muy puntual que, a nuestro parecer, resultaría bastante viable, a saber: «la grabación de audio de las sesiones de interrogatorio», considerando que ello permitiría que la veracidad de las acusaciones por malos tratos pueda

También es constatable que, con la finalidad de obtener una confesión o información relativa a los hechos delictivos investigados, se ejercen presiones o amenazas en los detenidos que, aunque no provoquen una lesión física, pueden constituir un maltrato psicológico¹¹⁷⁹. Estas conductas igualmente resultan contrarias a la prohibición de los arts. 15 CE y 3 CEDH, ninguna razón puede justificar que la autoridad amenace al detenido, p.e. con someterle a un maltrato –tortura o trato inhumano— con la finalidad de obtener información, incluso cuando tal información eventualmente pudiera servir para evitar una amenaza al orden público o para evitar la lesión de otro bien constitucional, como la vida de terceras personas¹¹⁸⁰. Nada justifica el uso de amenazas.

ser examinada por las autoridades judiciales, los abogados defensores y otras autoridades competentes. *Vid. Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT), llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011*, Doc. CPT/Inf(2013)6, Estrasburgo, 30 de abril de 2013, párr. 26 y recomendación p. 84; *Respuesta del Gobierno Español al informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) sobre la visita a España llevada a cabo del 31 de mayo hasta el 31 de junio de 2011*, Doc. CPT/Inf(2013)7, Estrasburgo, 30 de abril de 2013, respuesta a parágrafo 25 en cuanto al código de conducta para el interrogatorio de detenidos.

¹¹⁷⁹ En este sentido recordamos las identificadas como *cinco técnicas de investigación*, descritas en STEDH *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párrs. 96, 104, 165-168. A veces identificados como técnicas de *desorientación o privación sensorial*, conforme a las circunstancias de hechos establecidas por la Comisión, las técnicas consistían en: a) De pie frente a un muro: se obliga al detenido a permanecer por periodos de varias horas en una *posición de estrés*, según descripciones de quienes la padecieron, los brazos extendidos contra la pared, los dedos por encima de la cabeza, las piernas separadas y los pies hacia atrás, provocándoles permanecer sobre los dedos de los pies con el peso del cuerpo principalmente sobre los dedos. b) Uso de capuchas: colocar una bolsa color negro o azul marino sobre la cabeza de los defendidos y, al menos inicialmente, manteniéndola todo el tiempo salvo durante los interrogatorios. c) Sometimiento a ruido: en espera del interrogatorio, mantener al detenido en un cuarto donde hay un ruido continuo y elevado. d) Privación de sueño: en espera del interrogatorio, impedirle el sueño a los detenidos. e) Privación de comida y bebida: someter a los detenidos a una dieta reducida durante su estancia en el centro y en espera de los interrogatorios. No obstante que a través de éstas no se provoquen lesiones físicas, tienen importantes efectos psiquiátricos posteriores. Para el TEDH la aplicación combinada de estas técnicas, con premeditación y durante horas, provocaron al menos, un sufrimiento mental y físico a las personas que fueron sometidas y les llevaron a trastornos psiquiátricos durante los interrogatorios. Por tanto, caen en la categoría de los tratos inhumanos a la luz del art. 3 CEDH; además dichas técnicas también son degradantes dado que provocan en los afectados sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarles y denigrarles y posiblemente de quebrantar su resistencia moral y física.

¹¹⁸⁰ En este sentido *vid. STEDH Gäfgen v. Alemania* [GS], 22978/05, Sentencia de 01 de junio de 2010; párrs. 94-95, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108. Durante el interrogatorio, el demandante –sin abogado— fue amenazado por un oficial, en cumplimiento de la instrucción dada por el jefe de policía de Frankfurt am Main, indicándole que si rechazaba revelar el paradero de un menor –de cuyo secuestro era sospechoso— sería sometido a un dolor intolerable; el proceso, que no dejaría rastro, iba a ser llevado a cabo por un oficial de policía especialmente entrenado para tal fin, quien iba en camino a la estación de policía donde estaba el demandante, y se realizaría bajo supervisión médica. Conforme a la información de los procedimientos nacionales, quedaba claro que el jefe de policía tenía la intención, si resultaba necesario, de llevar a cabo la amenaza con la ayuda de un «suero de la verdad» y que el demandante había sido advertido de que la ejecución de la amenaza era inminente. Así, teniendo en cuenta que el jefe de policía en varias ocasiones había ordenado a sus subordinados el uso de la fuerza contra el demandante, si fuera necesario, antes de

que finalmente lo ordenara al oficial que lo amenazó con torturas, su orden no podría ser tomada como un acto espontáneo pues un claro elemento de intención estaba presente. Además, cuando el demandante fue interrogado en el curso de su detención, permaneció esposado en el cuarto de interrogatorios, por tanto se encontraba en una particular situación de vulnerabilidad y restricción. El TEDH, a la luz de lo actuado en la instancia nacional y del material frente a sí, estaba convencido de que los policías habían recurrido al método de interrogación en cuestión en la creencia de salvar la vida del menor que había sido secuestrado. Para analizar si la actuación de la autoridad tenía el nivel mínimo de gravedad para configurar alguna de las conductas prohibidas por el art. 3 CEDH y en su caso, determinar a cuál de estas corresponde, valoró la duración del tratamiento al que había sido sometido el detenido, los efectos físicos o mentales, si había sido intencional y el contexto en el que había sido infligido. Así, tuvo en cuenta que el interrogatorio bajo amenazas de maltrato duró aproximadamente 10 minutos; en cuanto a los efectos físicos y mentales, el TEDH observó que el demandante había rechazado revelar información sobre el paradero del menor y que bajo las amenazas confesó dónde había escondido el cuerpo del menor desaparecido. A partir de entonces, explicó a detalle sobre la muerte del menor durante las investigaciones; por ello para el TEDH, la amenaza real y directa de un deliberado e inminente maltrato a la que fue sometido el demandante durante su interrogatorio debía considerarse como que le había provocado un miedo, angustia y sufrimiento mental considerables; además consideró que la amenaza no fue un acto espontáneo sino premeditado y calculado de manera intencional y deliberada, cuyo propósito era extraerle información relacionada sobre el paradero del menor desaparecido. Las amenazas se realizaron en el contexto de la sujeción a la custodia de las fuerzas de seguridad, aparentemente esposado y por tanto, en un estado de vulnerabilidad. Además, resultaba claro que tanto el jefe de policía como el oficial actuaron en cumplimiento de su deber como agentes del estado y tenían previsto, si resultaba necesario, llevar a cabo la amenaza bajo supervisión médica y mediante un oficial especialmente entrenado. Además, la orden del jefe de policía no era una decisión espontánea, dado que previamente en distintas ocasiones había dado tal orden y había comenzado a impacientarse por el incumplimiento de sus subordinados. La amenaza tuvo lugar en una atmósfera de creciente tensión y emociones en circunstancias donde los oficiales de policía estaban bajo intensa presión, en la creencia de que la vida del menor sustraído estaba en considerable peligro. En relación, aunque el TEDH aceptara la motivación de la conducta de los oficiales de policía, que actuaron en el intento de salvar la vida del menor; consideró necesario subrayar, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 3 CEDH y su jurisprudencia, que la prohibición de malos tratos es aplicable independientemente de la conducta de la víctima o de la motivación de las autoridades. La tortura, los tratos inhumanos o degradantes no pueden infligirse incluso en circunstancias donde la vida de un individuo esté en riesgo. Ninguna derogación al respecto puede permitirse, incluso en caso de emergencia pública que amenacen la vida de la nación. El art. 3 CEDH reconoce que cada ser humano tiene el derecho absoluto e inalienable, a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes bajo ninguna circunstancia, incluso la más difícil. La base filosófica que sustenta la naturaleza absoluta del derecho del art. 3 CEDH no permite ninguna excepción, factores justificantes o una ponderación de intereses, independientemente de la conducta de la persona implicada y la naturaleza del delito en cuestión. Por tanto, teniendo en cuenta los factores que caracterizaron el tratamiento al que fue sometido el demandante, el TEDH consideró que las amenazas reales y directas contra el demandante con el propósito de extraerle información, tienen el nivel mínimo de gravedad para incluir tal conducta dentro del alcance del art. 3 CEDH y reiteró, que de acuerdo a su propia jurisprudencia, que también toma en consideración la definición de tortura prevista en el art. 1 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, y de acuerdo con las opiniones adoptadas por otros organismos internacionales de vigilancia de los derechos humanos, una amenaza de tortura puede equivaler a una tortura, puesto que la naturaleza de tortura abarca tanto el dolor físico como el sufrimiento mental. En particular, el miedo a la tortura física puede constituir, en sí mismo, una tortura mental. Sin embargo, parece haber un amplio acuerdo, y el Tribunal asimismo considera, que la clasificación para determinar si una amenaza de tortura física equivale a una tortura psicológica o un trato inhumano o degradante depende de todas las circunstancias del caso incluyendo, en particular, la gravedad de la presión ejercida y la intensidad del sufrimiento mental causado. A la luz de ello, contrastando el presente caso con aquellos en donde la tortura ha sido establecida, el TEDH consideró que el método de interrogación al que fue sometido el demandante en las circunstancias del caso tenía la gravedad suficiente para configurar un trato inhumano prohibido por el art. 3 CEDH, pero no alcanzaba el nivel de crueldad requerido para traspasar al umbral de la tortura.

Así pues, parece difícil comprender que haya cabida al uso de la fuerza durante el interrogatorio policial –salvo una actitud violenta por parte del detenido–, o para técnicas de presión psicológica cuando ésta implique alguna forma de sufrimiento mental.

Por cuanto a las intervenciones corporales como medio de investigación del delito. Estas pueden ser tanto para obtener una muestra corporal para someterla a un análisis e informe pericial, como para recuperar evidencia del delito. Y en estos casos la valoración de la proporcionalidad tendrá un elemento añadido, el *prius lógico de proporcionalidad*, aplicable cuando se trata de medidas limitativas de derechos fundamentales en el específico contexto de la investigación penal¹¹⁸¹.

a) Sobre la necesidad

El Alto Tribunal ha señalado que en el «ámbito particular del proceso penal» una limitación de derechos fundamentales solo se revelará como indispensable cuando de su aplicación pueda depender el ejercicio del *ius puniendi*¹¹⁸² y también ha señalado –sin limitarse al proceso– que las medidas de investigación penal limitativas de derechos fundamentales solo pueden ser lícitas cuando los afectados con las mismas puedan tenerse provisionalmente como responsables del delito investigado o hallarse relacionados con él¹¹⁸³, esta relación entre la causa que justifica la limitación pretendida –averiguar el delito– y el sujeto afectado por ésta –el sospecho por autoría del ilícito investigado– «es un *prius lógico de proporcionalidad*»¹¹⁸⁴, el cual con la idea de que los actos instructorios, y agregaríamos los de investigación penal prejudicial, que limiten derechos fundamentales no se dirijan a obtener meros indicios de criminalidad¹¹⁸⁵.

Por eso, tratándose de una intervención corporal como acto de investigación, solo resultará necesaria cuando permita acreditar, desde un punto de vista objetivo, la

¹¹⁸¹ Vid. STC 49/199, de 5 de abril, FJ 8.

¹¹⁸² Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6.B), recordando la STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8.

¹¹⁸³ Cfr. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8. En este tenor, el TC ha considerado que «la relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas que, como las creencias, no son sino meramente anímicas, precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona»

¹¹⁸⁴ Vid. *Ídem.*, FJ 8

¹¹⁸⁵ Cfr. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6 b).

existencia del hecho constitutivo del tipo delictivo que se investiga y que motivó la detención, es decir, un hecho delictivo concreto y, desde un punto de vista subjetivo, la participación del detenido en dicho hecho concreto¹¹⁸⁶. Por eso, creemos que tratándose de toma de muestras de elementos del cuerpo deberían limitarse a cuando sea para comprobar la vinculación del detenido con el hecho delictivo que motivó su detención y no de manera aleatoria.

Lo anterior cobra especial relevancia si una intervención corporal se considerara necesaria para la recuperación de evidencia del delito que se encuentre en el interior del cuerpo del detenido; como suele ser el caso de estupefacientes escondidos¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁶ *Vid. Mutatis mutandis* STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6. En este caso el TC señaló que una medida de investigación penal que limite un derecho fundamental, podrá reputarse como necesaria cuando a partir de ésta puedan acreditarse dos cosas; desde un punto de vista objetivo, la existencia de alguno(s) de los hecho(s) constitutivos del tipo delictivo objeto de la investigación; desde el subjetivo, la participación del imputado o el investigado en los mismos.

¹¹⁸⁷ Como ocurrió en el asunto *Jalloh v. Alemania*. A este respecto nos parece interesante señalar que, en el contexto de este caso, el Gobierno demandado presentó al Tribunal una encuesta basada en información proporcionada por los gobiernos de los estados miembros del Consejo de Europa, conforme a la cual, solo en cuatro países (Luxemburgo, Noruega, la antigua República Yugoslava de Macedonia y Alemania) se administran eméticos de manera forzosa en el caso de personas detenidas sospechosas de ser distribuidores de drogas —y que la escoden dentro de su cuerpo—; aparentemente en 33 países, entre los cuales se encuentra España, no se utilizan eméticos en contra del consentimiento del sospechoso para recuperar bolsas o cápsulas de droga que hallan tragado. Además de dicha encuesta, el TEDH tuvo en cuenta diversa información allegada de la que se desprende que algunos de los países donde no se administran de manera forzosa eméticos, como España, las autoridades esperan a que la droga pase a través del cuerpo por el proceso natural; se utilizan baños especiales para recuperar y limpiar las drogas que hayan sido tragadas. *Vid. STEDH Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párrs. 53-55. Ahora bien, sobre la cuestión hemos constatado que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se reconoce a la exploración radiológica, solicitada por la policía judicial, como el medio para comprobar si una persona es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo; lo interesante es que, como esa diligencia de inspección se lleva a cabo sin que la persona esté detenida —en todo caso la detención tiene lugar después de comprobar la existencia de la droga en el interior del organismo—no se reconocen los derechos que le asisten a todo detenido, como la instrucción de derechos o la asistencia letrada. En este sentido el TS ha dicho que hay dos requisitos necesarios para la exploración radiológica que se realiza sin previa información de derechos ni asistencia letrada, y que pueda tenerse como constitucionalmente correcta y apta para valorarse como prueba de cargo idónea: «a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE, y b) que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, [...] Concurrentes esos dos requisitos [...] no habría vulneración del derecho a la intimidad porque el acceso a la misma, que supone la exploración radiológica, estaría legitimada por el consentimiento del interesado, ni la habría a la asistencia de letrado, toda vez que este derecho nace de la situación de detención ex art. 17.3 CE, o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECr. Es preciso, por ello, que conste en autos con la debida claridad que la persona a la que requiere la Policía judicial para que se deje examinar radiológicamente, consiente libremente dicha exploración. De la misma forma que la Policía Judicial se cuida de hacer constar el momento en que, por haber detectado en el organismo de una persona objetos sospechosos de drogas prohibidas, procede a su

b) Sobre la idoneidad

Teniendo claro que la necesidad de la intervención corporal a fines de investigación solo podría constatarse si existen unos indicios de vinculación entre el delito que se investiga y el detenido; puede deducirse que si la intervención corporal solamente fuera para conseguir una prueba adicional que se sumara a otras que con carácter indiciario ya se tengan, la intervención no podría ser idónea. Al respecto tenemos presente que el TC ha destacado la importancia de diferenciar entre la actuación dirigida a identificar al presunto responsable de un delito cuya existencia es cierta, de aquella que sólo persiga la obtención de una prueba adicional que pueda sumarse a las que, con un carácter indiciario, ya se crea poseer sobre la comisión real del delito cuya existencia se sospecha¹¹⁸⁸.

En cuanto a una eventual intervención corporal para la recuperación de objetos del delito, la autoridad debería buscar el método que menor perjuicio cause en la salud de la persona para extraer objetos del delito alojados en el interior del cuerpo humano¹¹⁸⁹, la forma en que la persona sea sometida a un procedimiento médico forzoso con la finalidad de retirar evidencia de su cuerpo no debe exceder el nivel mínimo de severidad prescrito por la jurisprudencia del TEDH con respecto al art. 3 CEDH. En particular, debe tenerse en cuenta si la persona implicada experimenta dolor físico grave o sufrimiento como resultado de la intervención médica forzosa¹¹⁹⁰.

En tales casos parecería que una intervención corporal es la única medida susceptible de conseguir la recuperación del objeto del delito, p.e. estupefacientes; pero al respecto habría que considerar: si la administración de medicamentos que aceleren la expulsión del material alojado en el interior del cuerpo se considerarse como una intervención corporal, ésta ¿debería considerarse de tipo leve o grave? pues de ello podría depender que –con la

detención y a informarle de sus derechos [...]» *vid.* STS 729/2000, de 3 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 167/1999, FD 2. Sin embargo, sobre la concreta cuestión de alguna diligencia para extraer alguna sustancia estupefaciente que, en el caso, fuera encontrada en el interior del organismo, no encontramos alguna previsión con la calidad de ley; las únicas referencias son las «'Normas de actuación de la Policía Judicial en recintos aduaneros respecto a las personas presuntamente portadoras de drogas en cavidades corporales', de 14 de noviembre de 1988, dictadas por la Fiscalía Especial para la prevención y represión de tráfico ilegal de drogas, así como la Instrucción 6/1988 de la Fiscalía General de Estado sobre el 'Examen radiológico de personas posibles portadoras de drogas'», referidos en la Instrucción 12/2007, ya citada.

¹¹⁸⁸ *Vid.* STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8.

¹¹⁸⁹ *Vid.* STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 71.

¹¹⁹⁰ *Vid.* STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 72.

habilitación legislativa— la policía judicial pudiera disponer tal medida o tuviera que solicitarla al juez. También habría que considerar si resulta menos lesivo para la integridad física del detenido esperar a que el material alojado en su cuerpo sea expulsado de manera natural¹¹⁹¹, podría pensarse que sí, pero teniendo en cuenta que en el caso de drogas alojadas en el interior del organismo, si éstas no se expulsan dentro de un plazo breve puede provocarse no solo un daño a la salud de quien las porta sino la misma muerte, podría considerarse a la intervención corporal como idónea. Sin embargo, en este supuesto la idoneidad no sería para la recuperación de la evidencia del delito —dentro del fin de investigación de los delitos— sino para un fin distinto, el de salvaguardar la integridad física y eventualmente la vida del detenido¹¹⁹².

Pero al margen de las reflexiones que al respecto puedan hacerse, no debe perderse de vista que aunque una intervención corporal para recuperar objetos de delito en el interior del cuerpo humano resultare una medida idónea y, no constituyera *per se* ninguna forma de maltrato, dependiendo de cómo se desarrolle y atendiendo a los medios utilizados, si

¹¹⁹¹ Al respecto el TEDH ha señalado que, en situaciones como las del caso, donde existía droga alojada en el interior del cuerpo humano, el procedimiento de esperar a que éstas sean expulsadas del cuerpo de manera natural aunque bajo supervisión, aunque puede aparejar una invasión en la privacidad de detenido, la intromisión provocada con respecto a su integridad física y mental es considerablemente menor a la causada por una intervención médica forzada. *Vid. STEDH Jalloh v. Alemania [GS], 54810/00*, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 79.

¹¹⁹² A este respecto tenemos presente el caso que diera lugar a la STS 4993/2007; un ciudadano lituano al llegar al aeropuerto de Madrid, debido a las sospechas que despertó en la policía fue requerido para someterle a un examen radiológico abdominal, pero por cuestiones idiomáticas las explicaciones dadas por la policía no pudieron ser entendidas por el sospechoso; no obstante ello, el examen fue llevado a cabo y se detectó la presencia de drogas en el interior de su organismo y posteriormente se procedió a su detención. El Tribunal señaló «[...] aun partiendo del desconocimiento de la finalidad de la diligencia a practicar no obstante los esfuerzos por buscar un intérprete, la urgencia o necesidad impulsó a la fuerza policial a una decisión prudente, dado el peligro que podía correr su vida, sometiéndolo a la prueba y como quiera que en el resultado del examen se detectan en su aparato digestivo cuerpos cilíndricos, que según criterios de profesionalidad y experiencia de los agentes actuantes eran sugestivos de encerrar droga [...] se le detiene y es trasladado al hospital para que pudiera expulsar rápidamente bajo supervisión médica las cápsulas, que podían romperse dentro del aparato digestivo del detenido, con impredecibles consecuencias para la salud y su vida. [...] En caso de negativa se hubiera comunicado de inmediato al juez instructor de guardia el cual, dada la urgencia del caso y vista la oposición del afectado, ponderando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las diligencias, hubiera podido acordar su práctica imperativamente y por auto motivado. Y si todavía se resistía físicamente el recurrente, adoptar medidas para controlar la expulsión de las cápsulas, recogiendo el cuerpo del delito. En síntesis, podemos concluir que lo que no es posible ante una situación emergente o de fuerza mayor, es que se dilate una diligencia con peligro para la vida del sujeto o deje de practicarse a pesar de la responsabilidad que afectaba a la policía judicial y posteriormente al juez de instrucción, quienes tienen la obligación no sólo de impedir la muerte del sospechoso, sino de investigar y descubrir los delitos, deteniendo a los presuntos autores. [...]». *vid. STS 4993/2007*, de 3 de julio, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 10144/2007, FD primero.

llegara a acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento en quien la padece, podría llegar a constituir un trato contrario al derecho a la integridad física del afectado¹¹⁹³.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

El TC ha señalado que, conforme a su doctrina, para que el derecho a la integridad física resulte afectado no es presupuesto necesario la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona¹¹⁹⁴; por eso ha considerado que una medida como la extracción de cabellos de diversas partes del cuerpo —cabeza y totalidad de axilas— para un posterior análisis pericial incidía, aun de manera leve, en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física.

En similar sentido se ha referido a la eventual lesión en el derecho a la integridad física que pudiera provocar una extracción de sangre, en tanto que intervención corporal leve; pero como en sus supuestos de análisis se aludía a una extracción de forma voluntaria, señaló que no podía entenderse vulnerado el derecho a la integridad física¹¹⁹⁵. Sin embargo, en

¹¹⁹³ Vid. SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 196/2006, de 3 de julio, FJ 4; STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 79-82. Como el demandante se opuso a tomar de manera voluntaria los eméticos, fue inmovilizado por cuatro policías, lo cual muestra una fuerza que rayaba en brutalidad usada en su contra; posteriormente para superar su resistencia física y mental, se le colocó un tubo de alimentación desde su nariz hasta el estómago lo cual, consideró el TEDH, debió haberle provocado dolor y ansiedad. Además, fue sometido a una intrusión corporal más, en contra de su voluntad, mediante la inyección de otro emético. Igualmente tuvo en consideración el sufrimiento mental que el peticionario debió haber padecido mientras esperaba a que los eméticos hicieran su efecto, tiempo durante el cual, permaneció bajo observación de agentes de la policía y de un médico, siendo obligado a regurgitar bajo estas condiciones debió haber sido humillante. Tales circunstancias, aunado al eventual riesgo que la medida podía provocar en la salud del demandante y las deficiencias en la anamnesis derivadas de la resistencia opuesta por el detenido y su incapacidad idiomática para comunicarse con el médico que practicó la intervención, llevaron al TEDH a considerar que la medida había alcanzado el nivel mínimo de severidad requerido para considerarla en el ámbito del art. 3 CEDH: las autoridades sometieron al peticionario a una interferencia grave con su integridad física y mental en contra de su voluntad; lo forzaron a regurgitar —no por razones terapéuticas— sino para retirar evidencia que también podían haber obtenido mediante un método menos intrusivo. La forma en la que se llevó a cabo la intervención médica era susceptible de provocar en el demandante sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarle o envilecerle. Además, el procedimiento supuso riesgos para su salud, no solo por la omisión de obtener una anamnesis adecuada antes de la intervención. De tal suerte que, pese a que la medida no tuviera la intención, la forma de su implementación provocó en el peticionario un sufrimiento mental y físico y por tanto, el TEDH consideró que había sido sometido a un trato inhumano y degradante contrario al art. 3 CEDH.

¹¹⁹⁴ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2 y *supra* apartado B.1.c.i) B) Durante la custodia, en este capítulo.

¹¹⁹⁵ Vid. SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 25/2005, de 24 de febrero, FJ 6.

ninguno de dichos casos se refería a la intervención corporal leve de una persona privada de libertad policialmente¹¹⁹⁶.

En cambio, cuando sí se ha pronunciado directamente a una extracción de material corporal del detenido, lo hizo refiriéndose a una muestra obtenida por frotis bucal para un posterior análisis de ADN; sin embargo en este caso señaló que tal diligencia no tenía ninguna incidencia en la integridad física ni suponía ningún riesgo para la salud física del detenido, recordando que ya ha afirmado que aunque los «reconocimientos corporales» por sus características e intensidad no supongan una intromisión en el derecho a la integridad, sí pueden conllevar a una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad¹¹⁹⁷.

Lo anterior podría parecer un poco confuso, básicamente porque, como ya se indicó: 1) el TC había diferenciado «las inspecciones y registros corporales» de las «intervenciones corporales», siendo las primeras «cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano» y las segundas, la extracción de elementos externos o internos del cuerpo para someterlos a un informe pericial¹¹⁹⁸ y, dentro de las segundas, se había referido a elementos como sangre, orina, pelo, uñas, etc., identificándolos como «intervenciones corporales leves», reconociendo el fin legítimo de las mismas para averiguar circunstancias relacionadas con el hecho punible o la participación en él de quien padece la medida y 2) porque también había dicho que, aunque no sean susceptibles de poner en riesgo la salud o de ocasionar algún sufrimiento —por eso son leves—, generalmente inciden en el ámbito del derecho a la integridad física¹¹⁹⁹.

Pues bien, en primer lugar, conforme a la diferenciación que había hecho el TC, nos parece que la toma de la muestra no debería entenderse como un reconocimiento, sino como una intervención en cuanto se trata de una extracción de elementos del cuerpo; entendiendo que, si bien es cierto que la toma de muestras suele vincularse al derecho a la integridad

¹¹⁹⁶ En efecto, en el caso de los cabellos fue una decisión judicial —que no se ejecutó— en el marco de un proceso penal; en cuanto a los análisis de sangre, en un asunto se refería a la posibilidad de someterse a la pericia conforme a la legislación penal —delitos contra la seguridad vial— y en otro, por un informe médico sobre unas extracciones de sangre que habían contado con la voluntad del afectado en el contexto médico.

¹¹⁹⁷ Vid. STC 135/2014, de 8 de septiembre, FJ 2.

¹¹⁹⁸ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2, relacionando las primeras con el derecho a la intimidad —art. 18.1 CE— y las segundas con el derecho a la integridad física —art. 15 CE—.

¹¹⁹⁹ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2.b).

física, ello es en cuanto al impacto que tales medidas pueden tener en el cuerpo humano – como bien protegido—, tanto por la obtención del material corporal como por la forma en que se practique, pudiendo provocar, en palabras del TC «una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa»¹²⁰⁰ por ejemplo, en el caso de la toma de muestra de sangre, se requiere una punción, ello puede generar un leve dolor y quizá dejar un pequeño moretón; la afectación al derecho a la integridad es menor, por eso es una intervención corporal leve.

Si nos constreñimos a la toma de muestra de una pequeña cantidad de células de tejido bucal, como obtención de material corporal, notoriamente hay un impacto mínimo –por no decir nulo— en el cuerpo humano, que difícilmente provocaría algún tipo de dolor o sufrimiento¹²⁰¹ pues solo hay que permitir la introducción de un hisopo de algodón en la boca para frotar bajo la lengua, parte interna de la mejilla o detrás de los labios, nada más.

Cuestión distinta es lo relativo a la forma de tomar la muestra, si es con consentimiento del afectado o resultado de una medida coactiva mínima indispensable que haya sido impuesta judicialmente¹²⁰², caso último en el que por la coacción, aun legítima, podría afectarse el derecho a la integridad y quizá vulnerarse; pero ello es con independencia del elemento corporal de que se trate—saliva, sangre, orina—. En estos casos, habría que valorarse la intensidad de la coacción empleada al fin de obtener la muestra.

Además, de todas las muestras –sangre, orina y saliva para ADN—se obtiene una información, precisamente esa es su finalidad y, en cuanto a esto, todas pueden impactar en el derecho a la intimidad personal.

Así las cosas, por cuanto hace a las muestras que pueden obtenerse del cuerpo humano, la de células a partir de un frotis bucal, se revela como la que menor –o nulo— impacto tiene en la integridad y, en cambio, atendiendo a la cantidad de información y de datos de carácter sensibles que de la misma puede obtenerse, parece ser la que tiene un mayor riesgo potencial para el derecho a la intimidad personal. En ese sentido, puede entenderse porqué a esta específica toma de elemento corporal no se le vincule con el derecho a la

¹²⁰⁰ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2 b).

¹²⁰¹ Vid. STC 135/2014, de 8 de septiembre, FJ 2.

¹²⁰² V. g. LECrim, art. 520.6.c).

integridad física sino con el derecho a la intimidad personal¹²⁰³ y por eso haya sido llamada «reconocimiento corporal» y se valora a partir del art. 18.1 CE¹²⁰⁴.

En relación con todo lo anterior hay que señalar, de la propia jurisprudencia del TC es posible derivar que, en determinados casos, las intervenciones corporales como medios de investigación pueden provocar una lesión al derecho a la integridad física y a la intimidad personal de manera simultánea¹²⁰⁵; mientras que en otros, pueden ser legítimas conforme al derecho a la integridad, pero incidir en el derecho a la intimidad¹²⁰⁶. Además, hay que distinguir lo que atañe a la intervención *per se*, aun y cuando sea leve; la forma en la que se lleve a cabo, voluntariamente o con coacción y la información que se extrae a partir de la muestra obtenida con tal intervención, así como el uso que se le dé a tal información.

Por otro lado, hay que señalar que tratándose del derecho a la integridad física –arts. 15 CE y 3 CEDH—, existen otras exigencias relacionadas al principio de proporcionalidad, las cuales deben satisfacerse con riguroso escrutinio para que una intervención corporal pueda considerarse legítima desde la perspectiva constitucional¹²⁰⁷:

a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer, objetiva o subjetivamente, un riesgo o quebranto para la salud de la persona que tenga que soportarla.

b) La ejecución de la intervención corporal debe efectuarse por personal sanitario y, en el supuesto de intervenciones graves, éste deberá ser personal médico especializado atendiendo a las características de la intervención a realizar. Además, habrá que valorarse

¹²⁰³ De hecho, en la STC 135/2014, de 8 de septiembre, FJ 4, se refiere a la práctica del frotis bucal como intervención corporal, aunque atendiendo a la finalidad de la diligencia se valora en función de si hubo o no una lesión al derecho a la intimidad, con referencia a los arts. 18.1 y .4 CE.

¹²⁰⁴ Vid. *infra*. Apartado B.2.c.i) C) Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido y el Derecho a la intimidad y concordantes, en este capítulo.

¹²⁰⁵ Como fue el caso de la STC 207/1996, de 16 de diciembre, Fallo. En igual sentido, a partir de los derechos reconocidos en el CEDH, se considera que la obtención de evidencia para la investigación puede afectar a diversos derechos, vid. MCBRIDE, Jeremy, *Human Rights and criminal procedure...*, *op. cit.*, p.14.

¹²⁰⁶ Vid. SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3. Con respecto a las intervenciones corporales, el hecho en sí de la intervención «que como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física»; pero por razón de su finalidad, o sea, a lo que por ésta se pretenda averiguar, «pueden conllevar una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.»

¹²⁰⁷ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 76.

el dolor físico o el sufrimiento mental que la medida pueda provocar y los efectos que pudiera tener en la salud del afectado.

c) La práctica de la intervención corporal debe llevarse a cabo siempre con respeto a la dignidad de la persona, sin que en ningún caso pueda constituir *per se* o por la forma de ejecución, alguna de las conductas prohibidas por los arts. 15 CE y 3 CEDH, pues la prohibición derivada de éstos es irreductible.

Por otro lado, teniendo presente el respeto a la dignidad de la persona detenida, las condiciones del lugar de la privación de libertad deben de satisfacer unos estándares mínimos de higiene¹²⁰⁸. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se debe recordar que cuando una persona es llevada a custodia policial gozando de una buena salud, pero al momento de su liberación o de la puesta a disposición judicial presenta lesiones o minoraciones en su salud; corresponderá a las autoridades que lo tuvieron en custodia dar cuenta de

¹²⁰⁸ Además, habrán de ser proporcionados enseres básicos para las necesidades inherentes a la naturaleza humana, p.e. una manta para cubrirse a la hora de dormir. En este sentido SSTEDH *Nevmerzhiitsky v. Ucrania*, 54825/00, Sentencia de 5 de abril de 2005, párr. 86-87 y *Kalashnikov v. Rusia*, 47095/99, Sentencia de 15 de julio de 2002; párrs. 97-99, 101. En el primer caso, p.e. el TEDH tuvo en cuenta, además de las declaraciones de demandante, los informes que tanto el CPT como el Comisario para los Derechos Humanos del Parlamento de Ucrania han realizado sobre los centros de privación de libertad provisional; en el caso, el Tribunal valoró con respecto a las condiciones de detención, el número excesivo de personas que estaban en la celda y la ausencia de higiene adecuada, ventilación, luz solar, caminos diarios, ropas de cama adecuada, de manera global; además tuvo en cuenta los informes médicos de los que se evidenciaba que en el curso de la detención, el demandante contrajo varias infecciones en la piel –sarna y eccema–; resultando evidente que la salud del demandante se vio deteriorada en forma significativa; y aunque es cierto que recibió algún tratamiento médico para tales padecimientos, el TEDH consideró que tanto el contagio inicial, la recurrencia, el agravamiento y el tratamiento que el demandante debió seguir tras haber sido liberado, demuestran que permaneció privado de libertad en un entorno insalubre sin observar las mínimas condiciones de higiene y, tales condiciones provocaron un detrimento tal en su salud y bienestar que el Tribunal consideró que significaron un trato degradante. En el segundo caso, las condiciones de insalubridad de la celda donde permaneció el demandante tanto durante la prisión provisional como tras la condena, eran tales que, aun y cuando no hubiera existido la intención de provocarle una humillación o menosprecio, la ausencia de tal factor no impedía considerar una vulneración a la luz del art. 3 CEDH, pues mantener una privación de libertad en tales condiciones durante casi 5 años, provoca en el individuo un importante sufrimiento mental, mengua su dignidad humana y provoca sentimientos de humillación y degradación. En este sentido, y reconociendo la diferencia de temporalidad entre una privación de libertad con motivo de la prisión provisional y la detención preventiva; recordamos la STC 32/2014, de 24 de febrero, en donde se presentó un habeas corpus con motivo de la falta de información sobre las razones de la detención y la prolongación indebida de la misma, aunado a las condiciones de insalubridad en las que el detenido permanecería durante la prolongación de su detención –colchón con orín y excremento, así como manchas de excremento en las paredes de la celda– lo cual podía considerarse un trato degradante; aunque en el caso la decisión judicial fue la indebida inadmisión liminar del procedimiento de habeas corpus, tal y como se desprende del fallo del recurso y de los FFJJ especialmente 3 y 4.

manera razonable y plausible sobre el origen y la forma en que éstas hubieran sido causadas¹²⁰⁹.

d. Garantías de protección para el derecho a la integridad física y moral en el contexto de la detención preventiva

Teniendo en cuenta lo anterior, durante la detención preventiva, como situación especial de sujeción provisional del ciudadano bajo la custodia física del Estado, es indispensable proporcionar y acentuar las garantías que eviten que el valor superior de la dignidad humana pueda verse comprometido; por ello el ordenamiento constitucional pretende amparar a todo ciudadano fácticamente desprotegido frente a cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral¹²¹⁰.

En ese sentido el TC reconoce que la obligación de salvaguardar la integridad física de los detenidos y la prohibición absoluta de tortura o de tratos inhumanos o degradantes conlleva a que, cuando un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, corresponde al Estado a proporcionar todas las explicaciones necesarias sobre las heridas y ante la ausencia de éstas incurriría en una violación del art. 3 del CEHD¹²¹¹.

Por eso, el Alto Tribunal retoma la consideración del TEDH en cuanto a que el derecho a informar a un tercero de la detención, así como el derecho de acceso a la asistencia letrada del detenido y la revisión médica, constituyen salvaguardas fundamentales ante el maltrato de las personas detenidas, que pueden ser aplicadas desde el primer momento de la privación de libertad¹²¹²; éstas constituyen, por así decirlo, una triada fundamental ante el eventual maltrato de personas detenidas. En cuanto a la importancia de los partes médicos, el TC considera que éstos «constituyen indicios que obligan al juez a preservar en la investigación todos aquellos datos reflejados en partes médicos emitidos durante el

¹²⁰⁹ Vid. STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 2; SSTEDH *Gäfgen v. Alemania* [GS], 22978/05, Sentencia de 1 de junio de 2010, párr. 92; *Selmouni v. Francia* [GS], 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999, párr. 87, recordando *Ribitsch v. Austria*, párr. 34 y *Tomasi v. Francia*, párr. 110.

¹²¹⁰ Vid. STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4, citando las SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

¹²¹¹ Cfr. STC 7/2004 de 9 de febrero, FJ 2.

¹²¹² Cfr. SSTC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4 a); 12/2013, de 28 de enero, FJ 3 a); 182/2012, de 17 de octubre, FJ 5; recordando las SSTEDH *Türkan v. Turquía*, 33086/04, Sentencia de 18 de septiembre de 2008, párr. 42; *Parnov v. Moldavia*, 35208/06, de 13 de julio de 2010, párr. 30 y *Rizvanov v. Azerbaiyán*, 31805/06, Sentencia de 17 de abril 2012, párr. 47.

periodo de detención que puedan avalar la sospecha de la existencia de maltrato físico o psíquico»¹²¹³.

Así pues, la posibilidad de que el detenido cuente con acceso a un abogado desde el inicio de la detención, la posibilidad de notificar a una tercera persona el hecho y lugar de la detención y, por supuesto, la constante revisión médica, tendrán cuando menos un efecto disuasivo frente a los malos tratos¹²¹⁴, y son también garantías efectivas para la transmisión de alegaciones u otra información sobre cualquier forma de maltrato que eventualmente pudiera padecer.

i) Derecho a asistencia letrada

La importancia de contar con la asistencia de un abogado desde los primeros momentos de la detención no solamente es útil para garantizar el respeto de todos los derechos constitucionales que le asisten al detenido ex art. 17 CE, sino que además contribuye a evitar que sea objeto de malos tratos físicos o morales –psíquicos—puesto que, de haberlos, puede suponerse que el afectado los comunique inmediatamente a su abogado con tal de que éste promueva las denuncias pertinentes¹²¹⁵. Igualmente, la necesaria presencia e intervención del abogado durante las diligencias de investigación, incluida la declaración del detenido, impedirá que éste sea sometido a amenazas verbales o presiones innecesarias y excesivas que pudieran llegar a configurar un maltrato psicológico.

Sobre la relevancia de este derecho, nos remitimos a todas las consideraciones vertidas en el apartado B. 4. Derecho a la Asistencia Letrada del capítulo anterior.

ii) Derecho a informar a un tercero

La posibilidad de que el detenido se comunique con una tercera persona de su elección, contribuye a que éste disminuya el sentimiento de temor o angustia que la propia situación de privación de libertad implica. El tercero actuaría de alguna forma, como monitor de la situación del detenido puesto que, si hubiera alguna situación irregular en la detención, se

¹²¹³ Vid. SSTC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3 a); 182/2012, de 17 de octubre, FJ 5.

¹²¹⁴ Vid. *supra* nota a pie 1126.

¹²¹⁵ P.e. Como se recoge en la STC 34/2008, de 25 de febrero, ANT. 2, FJ 7.; el abogado del detenido hizo fotos de éste en el calabozo para hacer constar las lesiones que presentaba, aunque cuando posteriormente se presentara la denuncia por los malos tratos recibidos, el órgano judicial no las recabó.

espera que el afectado pueda transmitírsela al tercero de su confianza para que lleve a cabo las acciones que considere pertinentes.

Sobre la importancia de la comunicación con terceras personas nos remitimos al apartado B.3.c.ii) A) Comunicaciones genéricas de este capítulo.

iii) Derecho al reconocimiento médico

Tanto el TC siguiendo al TEDH, han señalado en su jurisprudencia que «los reconocimientos médicos efectuados desde que se produce la detención constituyen un elemento especialmente relevante para aportar una explicación plausible para [las] heridas» que presente un detenido¹²¹⁶.

En este sentido el TC ha señalado la importancia de que la persona detenida sea objeto de reconocimientos médicos sistemáticos y frecuentes, los cuáles permitirán hacer constar no sólo el reconocimiento médico en sentido estricto, sino también las manifestaciones que el detenido pueda hacer al clínico sobre el trato que ha recibido¹²¹⁷.

Por tanto, es evidente el carácter imprescindible de la intervención médica para verificar no sólo las condiciones de salud del detenido mediante el reconocimiento tras practicarse la aprehensión, sino también que se lleve un control adecuado durante la privación de libertad e idóneamente, al término de ésta.

En efecto, el primero de los exámenes médicos reflejará información sobre la edad, necesidades médicas del detenido –piénsese p.e. en diabéticos, asmáticos, etc.— y antecedentes de interés del detenido; pero además será constancia de la situación en la que se encuentre tras la aprehensión, determinándose en caso de presentar lesiones, p.e. algún golpe o escoriaciones en las muñecas, si éstas fueron provocadas porque en la aprehensión se hubiera utilizado la fuerza o por el esposamiento y si, por tanto, son proporcionadas y tienen justificación; igualmente en éste se consignarán aquellas observaciones o situaciones fácticas que el detenido pueda describir sobre la forma en que se llevó a cabo su detención¹²¹⁸. Por ello, la pronta realización de un examen forense

¹²¹⁶ Cfr. STC 182/2012, de 17 de octubre, FJ 5.

¹²¹⁷ Cfr. STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 6.

¹²¹⁸ A manera de ejemplo, en la STC 34/2008, de 25 de febrero, ANT. 2, FJ 8. El detenido presentó denuncia por el maltrato policial durante su detención, pero la causa fue sobreseída provisionalmente y por ello se solicitó el amparo –falta de tutela judicial efectiva—. En la denuncia se aducían conductas como golpes en la

resulta crucial, sobre todo teniendo en cuenta que los signos de lesiones pueden desaparecer en un breve tiempo¹²¹⁹.

Así, en la jurisprudencia del TC vemos que se da el caso de que inmediatamente después de la aprehensión se conduce al detenido a una revisión médica y, cuando el caso lo amerita, el detenido queda hospitalizado en situación de detención preventiva¹²²⁰ y también sucede que, tras la aprehensión, el detenido es conducido a las dependencias policiales y a su petición es trasladado a un centro de salud por requerir asistencia facultativa¹²²¹.

Por cuanto a la necesidad de informes médicos subsecuentes, durante la vigencia de la custodia asegurarán el seguimiento al estado de salud del detenido, como el TC lo ha señalado «constituyen un instrumento esencial para verificar la situación psíquica»¹²²² y física del detenido; y se espera que en éstos se incluyan también las manifestaciones que el detenido haga al galeno sobre el trato que ha recibido por la policía¹²²³

cabeza contra un automóvil durante la detención, agresiones en todo el cuerpo en el calabozo y patada en los genitales, todo ello provocando al detenido vómitos durante media hora; para el otorgamiento del amparo el TC tuvo especial consideración a la información consignada en los partes médicos, donde se consignaban dolores y contusiones, además evidenciaban que desde la primera visita al hospital antes de recibir asistencia letrada, el detenido manifestó al médico que había sido golpeado. En efecto, en el parte médico realizado tras la aprehensión se hacía constar que el detenido refirió haber sido golpeado al momento de su detención, que tenía «tumefacción a nivel frontal derecho y herida en labio inferior con leve inflamación», así como «dolor a la palpación en el testículo derecho’, ‘dolor a la presión en codo derecho’»; por su parte, en el atestado policial los agentes de la Guardia Civil habían descrito que el detenido aparentemente ocultaba algo en su boca y que luego se tragó, que se resistió a un cacheo, que amenazó a los agentes incluso empujando a uno de ellos, que ambos cayeron al suelo y ello provocó una herida superficial en el labio del detenido; que fue esposado y que una vez en los calabozos golpeaba su cabeza contra la pared y daba patadas y puñetazos a la misma, por lo que hubo necesidad de reducirlo nuevamente para evitar que se lesionara. Para el TC no resultaban compatible las lesiones constatadas con el relato policial, éste último carecía de la precisión necesaria frente a lo alegado por el detenido de que entre los síntomas no se describían algunos que corresponderían a esa versión «—no es lógico que no se le objetivase ninguna lesión en las manos ni en los pies y en la cabeza sólo una contusión frontal—y sí otros que no casarían con la misma —leve inflamación en los testículos con dolor a la palpación en el derecho, contusión en codo derecho y herida en labio inferior con leve inflamación—».

¹²¹⁹ Vid. STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3 a), recordando la STEDH *Rizvanov v. Azerbaijan*, 31805/06, Sentencia de 17 abril 2012, párr.47.

¹²²⁰ Como ocurrió en la STC 82/2003, de 5 de mayo, ANT. 2.a), FJ 4.

¹²²¹ Tal fue el caso en la STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 3.

¹²²² Cfr. STC 182/2012, de 17 de octubre, FJ 7.

¹²²³ Como sucedió en la STC 69/2008, de 23 de junio, FFJ 3, 4. La Médico forense que realizó el reconocimiento el mismo día de la declaración del detenido ante la Guardia Civil y con posterioridad a ésta, fue apreciando el progresivo deterioro en la salud física y emocional del detenido —nerviosismo, tics, angustiado, temblor en extremidades, hematomas— al grado de que, en la última exploración sentó en el parte médico que se consideraba que la persona no reunía las condiciones para permanecer en las dependencias de la Dirección General de la Guardia Civil y que, tras su traslado a los calabozos de la Audiencia Nacional y un nuevo

De los informes médicos de seguimiento se espera que consignen la tensión arterial del detenido al momento de la exploración, el procedimiento penal que se sigue en su contra, la fecha y hora del reconocimiento y todas las manifestaciones que realice el detenido al médico que realice la exploración. Ello en seguimiento a las recomendaciones que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura efectuó «en el informe de 13 de abril de 2000 dirigido al Gobierno español tras la visita efectuada en noviembre y diciembre de 1998, consistente en la 'inclusión de las declaraciones formuladas por la persona afectada, que pueden ser pertinentes para el examen médico, por ejemplo, descripción de su estado de salud y cualquier acusación de malos tratos'». ¹²²⁴

Así las cosas, los informes médicos permitirán que el Juez, al realizar el control de la detención, verifique con base en los datos consignados en los partes médicos que no se haya puesto en riesgo la integridad física de los detenidos. Por ello es importante que mientras dure la detención preventiva se realicen sucesivos reconocimientos médicos, porque éstos reflejarán la situación física y psíquica del detenido y cualquier alteración que ésta pueda sufrir ¹²²⁵. A la luz de ello sostenemos que, atendiendo al bien jurídico

reconocimiento médico se informó de la persistencia del deterioro en la salud del detenido, que además había referido malos tratos, y se señaló que, desde el punto de vista médico, el detenido no parecía reunir las condiciones para prestar declaración, sugiriendo que en caso de ingresar a prisión, permaneciera bajo control médico en la enfermería del centro y valorado por los servicios médicos del mismo y especialmente por neurología.

¹²²⁴ Vid. STC 182/2012, de 17 de octubre, FJ 7. Además, respecto a los lineamientos de actuación de los médicos forenses también habría que tener en cuenta la *Orden de 16 de septiembre de 1997 por la que se aprueba el Protocolo que han de utilizar los Médicos Forenses en el reconocimiento de los detenidos*, BOE Núm. 231, de 26 de septiembre de 1997, Ministerio de Justicia. Este protocolo dispone que: 1) los médicos forenses, en su función de asistencia o vigilancia facultativa a los detenidos, utilicen un protocolo anexo a la orden; 2) el Protocolo tiene cuatro apartados que deben cumplimentarse con las siguientes directrices: «1. Datos identificativos: están destinados a dejar clara constancia de la identidad de la persona detenida objeto de reconocimiento médico, del lugar, fecha y hora donde se lleve a cabo dicho reconocimiento; y del juzgado y causa seguida contra la persona privada de libertad, así como del Médico Forense que efectúe el reconocimiento. 2. Historia clínica: Destinada a recoger la información referente a antecedentes médicos familiares y personales del detenido, hábitos tóxicos y tratamientos especiales seguidos por la persona detenida en el momento de la detención. 3. Resultado del reconocimiento: En este apartado se recogerá el resultado del reconocimiento médico y, en su caso, el tratamiento prescrito o la petición de pruebas médicas complementarias que el Forense considere oportuno realizar, incluida la orden de ingreso hospitalario. 4. Hoja de evolución: Será utilizada cada vez que se proceda a un nuevo reconocimiento del detenido. De esa forma, la primera vez que se reconozca a un detenido se utilizará el protocolo general y en cada nuevo examen médico se rellenarán las hojas de evolución (una por cada reconocimiento).» y 3) Establece la confidencialidad de los datos contenidos en el Protocolo.

¹²²⁵ Cfr. STC 182/2012, de 17 de octubre, FJ 7 d). La detenida incomunicada fue reconocida por el médico a las cuatro horas de la detención, posteriormente a las 20:00 hrs. del mismo día, y después cada mañana y tarde mientras permaneció detenida.

protegido, el reconocimiento médico debe proceder de manera oficiosa, sin esperar a que el detenido lo solicite, ello con independencia de que si el detenido adujera que se encuentra mal se solicite una revisión médica.

Por lo anterior, creemos que el derecho de acceso a revisión médica, aun sin estar previsto taxativamente en el art. 17.3 CE, puede entenderse dentro de la gama de derechos que aquél reconoce, y sustentarla en el reconocimiento que vía jurisprudencial se hace a este derecho como salvaguarda de la integridad, resultando ser una garantía idónea para prevenir y detectar afectaciones ilegítimas en la integridad personal, junto con el derecho a la asistencia letrada y a la comunicación con familiares o con un tercero.

Por último hay que señalar, el TC resalta que en el caso español, los facultativos que intervienen durante la detención policial, se hallan bajo la dependencia exclusiva de la autoridad judicial, «ajenos a la autoridad gubernativa responsable de la detención»¹²²⁶ y es a aquélla a quien trasladan sus resultados y observaciones sin intermediación policial; configurándose así un sistema preventivo que permite salvaguardar la corrección de la actuación policial y, al tiempo, combatir la dificultad del descubrimiento de conductas que puedan resultar lesivas de la integridad y la dignidad humana y que configuren tratos humillantes o degradantes durante la detención preventiva¹²²⁷.

Aun así, no puede dejar de tenerse presente que en los últimos años España ha sido condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación a la dimensión procesal del art. 3 CEDH¹²²⁸, es decir, debido a la falta de investigaciones completas y efectivas cuando se denuncian torturas o tratos inhumanos o degradantes el contexto de la detención preventiva y, siendo más precisos, el TEDH ha subrayado la importancia de

¹²²⁶ Cfr. STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 4.

¹²²⁷ En ese sentido *vid.* STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 6. Así, ante una denuncia por malos tratos durante la detención policial, el Juzgador, teniendo en cuenta dichos informes médicos, podrá verificar la correspondencia que exista entre las conductas denunciadas y las lesiones o alteraciones físicas o psíquicas que el médico aprecie en el detenido; p.e. en este caso, los informes médicos dejaban constancia de los malos tratos que el detenido le había referido, los cuales pese a no corresponderse en cuanto a entidad con los que con posterioridad denunciara ante el órgano jurisdiccional, no dejaban pasar inadvertido algunos abusos en la actuación policial.

¹²²⁸ *Vid.* SSTEDH *Beortegui Martínez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016; *Arratibel Garcíandia v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015; *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Otamendi Egiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012; *Beristain Ukar v. España*, 40351/05, Sentencia de 08 de marzo de 2011; *San Argimiro Isasa v. España*, 2507/07, Sentencia de 28 de septiembre de 2010; *Martínez Sala y otros v. España*, 58438/00, Sentencia de 02 de noviembre de 2004.

que en España se adopten «las medidas recomendadas por el CPT para mejorar la calidad del reconocimiento médico forense de las personas sometidas a detención preventiva», específicamente, a aquéllas en régimen de incomunicación¹²²⁹.

Finalmente, también contribuirían a garantizar este derecho la vigilancia permanente en las zonas de detención¹²³⁰ pues la grabación audiovisual del trascurso de la detención – sobre todo en casos de incomunicación— es útil «como medio de acreditar las circunstancias de su desarrollo»¹²³¹, disminuyéndose los riesgos de una actuación policial que pudiera atentar contra la integridad de los detenidos pero también garantizándose la actuación de ésta y previniendo la presentación de denuncias por malos tratos que pudieran ser carentes de fundamento¹²³².

2. Detención Preventiva y el Derecho a la intimidad personal

a. Marco Constitucional del derecho afectado

Artículo 18 CE

1. Se garantiza el derecho [...] a la intimidad personal [...]

Artículo 8 CEDH

Artículo 7 CDFUE¹²³³

¹²²⁹ Vid. STEDH *Beortegui Martínez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párr. 46.

¹²³⁰ En ese sentido el CPT ha señalado que para que la grabación del curso de la detención «constituya una garantía eficaz frente a los malos tratos es necesario que las cámaras cubran toda el área de detención, incluidas las salas de interrogatorios y las celdas»; para el específico caso de la detención con incomunicación, sugiere que la videograbación sea obligatoria y que cubra todo el periodo de duración, además señala que debería establecerse un procedimiento para asegurar el almacenamiento seguro de dichas grabaciones. Aunado a ello, subraya la conveniencia de la grabación en audio de los interrogatorios y, en conjunto, ha recomendado al estado español mejorar el sistema de registro de datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los casos de detenciones incomunicadas. Al respecto *vid. Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT), llevada a cabo del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007*, Doc. CPT/Inf(2011)11, Estrasburgo, 25 de marzo de 2011, párr.50 y el *Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT), llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011*, Doc. CPT/Inf(2013)6, Estrasburgo, 30 de abril de 2013, párr. 26, pp. 83 y 84.

¹²³¹ Vid. STS 3366/2011, de 30 de mayo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 2281/2010, FD Primero.

¹²³² Vid. *mutatis mutandis Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la prevención de la tortura...*, *op. cit.*, 30 de abril de 2013, párr. 26.

¹²³³ Los derechos que garantiza el artículo 7 CDFUE corresponden a los garantizados por el art. 8 CEDH; la palabra «correspondencia» empleada en este último fue sustituida en el primero por el sustantivo «comunicaciones», con la finalidad de tener una mejor adecuación a la evolución técnica de nuestros días.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada [...].

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada [...]

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 17 PIDCP

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada [...]

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

b. Alcance del derecho en el contexto de la detención preventiva

El derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, conforme al art. 8 CEDH / 7 CDFUE y 17 PIDCP; se configura «como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana» reconocida en el art 10.1 CE¹²³⁴; este derecho implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás¹²³⁵, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana¹²³⁶.

Conforme a lo dispuesto en el art. 52.3 CDFUE, el art. 7 del Tratado tiene el mismo sentido y alcance que el art. 8 CEDH y, en consecuencia, las limitaciones de las que legítimamente puede ser objeto son las mismas que se aceptan en el marco de aquel. *Vid.* Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 7—Respeto de la vida privada y familiar.

¹²³⁴ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 A), criterio reiterado en diversas ocasiones, p.e. STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4.

¹²³⁵ *Vid.* STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4.

¹²³⁶ *Cfr.* SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 a); 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a); 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 A); 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.

Ahora bien, este derecho no garantiza una determinada o específica intimidad, sino el derecho a poseerla, es decir «el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada.»¹²³⁷ Por virtud de este derecho cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, independientemente del contenido de ese espacio¹²³⁸.

Por tanto, «este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento y divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida.»¹²³⁹ así, el titular del derecho tiene el poder jurídico de imponer a terceros, sean particulares o poderes públicos, el deber de abstenerse de toda intromisión en su esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido; lo que implica que este derecho fundamental «otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»¹²⁴⁰. Sin este derecho fundamental no sería realizable ni concebible la existencia en dignidad que la Norma Fundamental busca garantizar a todos –art. 10.1 CE—¹²⁴¹.

Así las cosas, el ámbito protegido de este derecho abarca distintos aspectos de la vida privada como también de, en su caso, partes íntimas del cuerpo¹²⁴², también forma parte del derecho a la intimidad personal el «derecho a la intimidad corporal»¹²⁴³. Estos aspectos conforman la dimensión clásica de protección.

En efecto, el Alto Tribunal ha señalado que este derecho –así como los reconocidos en los arts. 15 y 18.2 CE— ha ido adquiriendo también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad y que, teniendo en cuenta que la Norma Fundamental

¹²³⁷ Vid. STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4; en similares términos STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 a).

¹²³⁸ Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 a); 127/2003, de 30 de junio, FJ 7.

¹²³⁹ Vid. SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4.

¹²⁴⁰ Vid. Por todas STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14.

¹²⁴¹ Vid. Por todas, STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.

¹²⁴² Vid. SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 4, 156/2001, de 2 de julio, FJ 3.

¹²⁴³ Vid. STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, citando las SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9.

consagra derechos reales y efectivos, es imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias hasta ahora conocidas, sino también «frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.»¹²⁴⁴

Consecuencia de lo anterior es que en la jurisprudencia constitucional se han ido delimitando una serie de supuestos en los que también puede «sobrevinir una injerencia no admisible en el ámbito de la vida privada e íntima de la persona»¹²⁴⁵, es decir, en su derecho a la intimidad personal –en términos del art. 18.1 CE—. Así, se ha considerado que también integran el derecho a la intimidad la información relativa a la salud física y psíquica de las personas¹²⁴⁶; los datos relativos a la situación económica personal¹²⁴⁷; algunos de los datos manifestados en las declaraciones de IRPF¹²⁴⁸; la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario a través de la cual «puede penetrarse en la zona más estricta de la vida privada o, lo que es lo mismo, en 'los aspectos más básicos de la autodeterminación personal' del individuo»¹²⁴⁹; la reseña fotográfica de un detenido, configurada como un dato de carácter personal¹²⁵⁰; y la información contenida en efectos personales de un individuo como una agenda o documentos¹²⁵¹ –que no sean correspondencia—, la agenda de contactos de un teléfono móvil¹²⁵² o la

¹²⁴⁴ En ese sentido *vid.* STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5. Refiriéndose al objeto constitucionalmente reconocido de los derechos a la integridad física y moral –art. 15 CE—, domicilio inviolable –art. 18.2 CE— e intimidad personal y familiar –art. 18.1 CE—.

¹²⁴⁵ *Vid.* STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3.

¹²⁴⁶ *Vid.* SSTC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 a); 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2. Pues los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de la vida privada; esta información además de íntima es especialmente sensible y, por tanto, digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad.

¹²⁴⁷ *Vid.* STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7.

¹²⁴⁸ Declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, *vid.* STC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 8.

¹²⁴⁹ *Vid.* STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4.

¹²⁵⁰ *Vid.* STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 7.

¹²⁵¹ *Vid.* STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

¹²⁵² *Vid.* STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 4. El TC resaltaba la «versatilidad tecnológica» y la multifuncionalidad que actualmente tienen los teléfonos móviles como «herramientas indispensables en la vida cotidiana» pues éstos son utilizados para recopilar y almacenar datos; realizar comunicaciones con terceros –llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet, comunicación con terceros a través de internet, transferencia de archivos de texto e imagen, etc—; funciones todas susceptibles de afectar no solo al derecho al secreto de las comunicaciones ex art. 18.3 CE –que hasta hace no muchos años era el derecho que podía afectarse con la intervención de un teléfono— sino también los derechos de la personalidad –art. 18.1 CE— e incluso el derecho a la protección de datos personales –art. 18.4 CE—. Esto exige un especial cuidado a la hora de aplicar el canon de control a una específica conducta de acceso al instrumento móvil; creemos que tanto para determinar con certeza el derecho constitucional afectado, como en cuanto a la satisfacción de

información contenida en un ordenador¹²⁵³; efectos personales que como tales, pertenecen al ámbito propio y reservado del titular frente a la acción y conocimiento de terceros, tanto en razón de su contenido –vertiente objetiva– como en razón de la protección dispensada por su titular frente a los demás –vertiente subjetiva—¹²⁵⁴. Aspectos que podríamos identificar como la dimensión evolutiva del ámbito de protección de la intimidad.

No todos los aspectos previamente señalados integrantes de la esfera de protección del derecho a la intimidad personal son susceptibles de sufrir una intromisión con motivo de la detención preventiva, por eso, en el siguiente apartado nos limitaremos a analizar aquéllos que, a nuestro parecer, teniendo en cuenta la finalidad investigativa y el fin último de la institución privativa de libertad, pueden verse reducidos por la actuación policial.

c. Afectación del derecho a la intimidad personal con motivo de la detención preventiva

La reducción que puede experimentar el derecho a la intimidad por una privación de libertad es una cuestión sobre la que el TC se ha pronunciado en varias ocasiones, sobre todo refiriéndose al ámbito penitenciario –que claramente difiere del que nosotros estudiamos— señalando que, como ya lo hemos apuntado, «una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas» aunque tal situación no evitará que alguna intromisión en el derecho a la intimidad llegue a considerarse ilegítima y vulneradora del derecho¹²⁵⁵. Y también lo ha hecho al referirse a

los condicionamientos de cobertura legal y proporcionalidad. En similar sentido, pero abordado de manera tangencial *vid.* STC 142/2012, de julio, FJ 3.

¹²⁵³ *Vid.* STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3. Señalando que no hay duda de que la información que una persona almacena en su ordenador personal, incluye datos sobre su vida privada y profesional –en forma de documentos, carpetas, fotografías, videos, etc.—; sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica; y que la información contenida en el instrumento no solo forma parte del ámbito privado, sino que, además, a través de su observación por terceros pueden ser descubiertos aspectos de la esfera más íntima del ser humano.

¹²⁵⁴ *Vid.* STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

¹²⁵⁵ *Vid.* SSTC 196/2006, de 3 de julio, FJ 5; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4 b); 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5. En efecto, existirá una violación del derecho a la intimidad cuando se trate de «medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere.», todas recordando la STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2.

la privación de la libertad de los extranjeros en los centros de internamiento, reconociendo que la intimidad personal es un derecho que puede verse afectado por el simple hecho de ingresar en un centro, debido a las necesidades de organización y seguridad del mismo y que la eventual limitación –prevista en una ley orgánica—se encuentra, en principio «anudada» a la finalidad propia del centro¹²⁵⁶.

Con respecto a una eventual afectación del derecho a la intimidad personal con motivo de la detención preventiva se refirió, con especial hincapié, a las posibilidades de actuación de la policía para examinar los efectos y documentos asegurados¹²⁵⁷ sin intervención judicial; en otras ocasiones se ha pronunciado sobre algunas actuaciones que puede desplegar la policía en su función de la investigación del delito, el descubrimiento y aseguramiento del delincuente, actuaciones que no implican *per se* la detención preventiva¹²⁵⁸, pero que sí forman parte de la finalidad instrumental de ésta. Así que teniendo en cuenta esta finalidad, creemos que algunas intromisiones al derecho a la intimidad personal son algo casi inmanente a las actuaciones policiales en el curso de la detención preventiva, tanto en el momento de la aprehensión –p.e. cacheos, revisión de algunos efectos personales— como durante la custodia –diligencias de investigación—.

Conforme a la doctrina del Alto Tribunal, el canon para medir la constitucionalidad de una «injerencia policial»¹²⁵⁹ en el derecho a la intimidad, como ya lo hemos analizado al referir los límites a los derechos, se integra por los siguientes condicionamientos¹²⁶⁰:

¹²⁵⁶ Vid. STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14; al analizar la alegación de inconstitucionalidad respecto al art. 62 quinquies «Medidas de seguridad» de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que en lo conducente establece: «1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados.»

¹²⁵⁷ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 b).

¹²⁵⁸ Actuaciones como la obtención de información contenida en un ordenador personal a partir de lo cual procedió a la detención del titular, o la revisión de la agenda de contactos de teléfonos móviles antes de la aprehensión de los titulares. Vid. SSTC 173/2011, de 7 de noviembre; 115/2013, de 9 de mayo; 142/2012, de 2 de julio, respectivamente.

¹²⁵⁹ Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5.

¹²⁶⁰ Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2; STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10. En efecto, el intérprete de la Constitución ha reiterado, que solamente la observancia de tales requisitos puede brindar una «justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad». Cabe aclarar que, solamente en la STC 115/2013 de 9 de mayo se refiere expresamente a la «injerencia policial» y al «consentimiento del afectado», en cuanto al resto de requisitos todas las sentencias son coincidentes y recordatorio, las más nuevas, de las anteriores, coincidiendo casi todas en citar a la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

- a) Estar previsto en la ley (principio de legalidad);
- b) Perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser necesario en una sociedad democrática;
- c) Observar el principio de proporcionalidad y sus tres exigencias –necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto—;
- d) Resolución judicial motivada, como regla general o con el consentimiento del afectado; sin embargo, teniendo en cuenta la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ausencia de autorización judicial o del consentimiento del afectado, no es óbice para la actuación policial, siempre que ésta se atenga a la habilitación legal que podrá autorizar a la policía la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves.

Por tanto, como el resto de derechos, el derecho a la intimidad se encuentra delimitado por el resto de derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos¹²⁶¹, en consecuencia cuando se produce una intromisión en la intimidad, pero ésta se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo, se lleva a cabo de una manera adecuada y con los medios necesarios procurando una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho y se respeta el contenido esencial, la intromisión no podrá considerarse ilegítima¹²⁶². Y ello es así porque lo que impide el art. 18.1 CE no son las injerencias en el derecho a la intimidad, sino las que puedan resultar «arbitrarias o ilegales»¹²⁶³

Por último hay que tener en cuenta, que la intromisión y eventual afectación del derecho a la intimidad a causa de la actuación policial en el contexto de la detención preventiva puede ser consecuencia de diferentes medidas cuya incidencia será también distinta¹²⁶⁴; por ello con respecto a algunas medidas se aprecia –y en otras debería apreciarse— mayor

¹²⁶¹ Cfr. SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 115/2000, de 5 de mayo. FJ 4.

¹²⁶² En ese sentido *vid.* SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

¹²⁶³ Vid. STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 b).

¹²⁶⁴ En este sentido recordamos al Magdo. Pérez Tremps cuando señaló la necesidad de distinguir entre dos medidas que limitan el derecho a la intimidad, pues, aunque ambas coincidan en el derecho afectado, la incidencia en el mismo es distinta y ello hace que las garantías para salvaguardar el principio de proporcionalidad resulten distintas también. *Vid.* STC 17/2013, de 31 de enero, Voto particular del Magdo. Pablo Pérez Tremps, al que se adhieren las Magdas. Adela Asúa Batarrita y Encarnación Roca Trías, y el Magdo. Fernando Valdés Dal Ré, razonamiento II.4

rigor en la exigencia de los condicionamientos previamente señalados. Para una mejor explicación, comenzaremos analizando el fin constitucionalmente legítimo.

i) Fin constitucionalmente legítimo

De manera general, si la injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad tiene como fundamento la necesidad de preservar el ámbito de protección de algún otro derecho fundamental o bien jurídico constitucionalmente protegido, en principio, no puede ser tenida como ilegítima¹²⁶⁵; aunque lógico es que no será suficiente que la actuación se justifique solamente en unos intereses públicos, pues a éstos debe servir toda decisión u obrar de la administración¹²⁶⁶—art. 103.1 CE—; en cada caso habrá que determinar el específico fin que se persigue y además, satisfacer los otros condicionamientos de una limitación.

En el específico ámbito de privación de libertad que analizamos, el TC señaló que «en el momento de la detención, el detenido sigue siendo titular del derecho a la intimidad constitucionalmente tutelado (art. 18.1 CE)»¹²⁶⁷, reconociendo que éste puede ceder ante la presencia de otros intereses constitucionalmente relevantes y, bien situados en el marco de la detención preventiva—en sus dos momentos— y en su finalidad instrumental, el interés constitucionalmente relevante sería «[el] interés público en la prevención y la investigación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de los instrumentos, efectos y pruebas del mismo, [...]»¹²⁶⁸.

En este sentido recordamos que el TC reiteradamente ha afirmado que la investigación del delito y, en general, la determinación de hechos relevantes del proceso penal constituye un fin constitucionalmente legítimo¹²⁶⁹, en el entendido de que «la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se

¹²⁶⁵ Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7, 159/2009, de 29 de junio FJ 3.

¹²⁶⁶ Vid. SSTCC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

¹²⁶⁷ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.1).

¹²⁶⁸ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.1).

¹²⁶⁹ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8, citando las SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6.

defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE»¹²⁷⁰

En la misma línea de razonamiento el TEDH considera legítima la práctica de algunas diligencias que afecten el derecho a la intimidad –vida privada ex art. 8 CEDH— de un sospechoso con la finalidad de obtener de él evidencia de su participación o autoría con respecto a la comisión de un delito¹²⁷¹, y específicamente refiriéndose a las pruebas de ADN a efecto de vincular a una concreta persona con el delito concreto del cual resulta sospechosa¹²⁷². Pero señala que las intromisiones a este derecho deberán estar previstas en la ley, perseguir uno o más de los fines legítimos contemplados en el art. 8.2 CEDH y ser necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlos¹²⁷³, fines entre los que se encuentran: «la seguridad pública», «la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales» y «la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por tanto, las intromisiones en el derecho a la intimidad pueden tener, en principio, la genérica justificación de responder al interés público del fin constitucionalmente legítimo de la averiguación del delito, lo que implica el descubrimiento de las personas sospechosos y su aseguramiento, y con esto último se asegurarán también los efectos personales que lleve consigo al momento de la detención o aquéllos que sean descubiertos en el lugar de la presunta comisión del hecho ilícito, en tanto que puedan ser efectos y pruebas del delito.

Sin embargo, aun ante esta genérica justificación hay que analizar hasta dónde puede llegar la intromisión en el derecho a la intimidad para poder ser considerada legítima desde una perspectiva constitucional.

A) Registros corporales o cacheos y el Derecho a la intimidad

En el apartado anterior¹²⁷⁴ diferenciamos las intervenciones corporales, que por regla general incidirán en el derecho a la integridad física, de las inspecciones y registros corporales y que conforme a la jurisprudencia constitucional consisten en «cualquier

¹²⁷⁰ Vid. SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a); 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.

¹²⁷¹ Vid. STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 70; *Schmidt v. Alemania* (dec.), 32352/02, de 5 de enero de 2006, párr. 1.

¹²⁷² Vid. STEDH *S. y Harper* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 100.

¹²⁷³ Vid. *Schmidt v. Alemania* (dec.), 32352/02, de 5 de enero de 2006, párr. 1

¹²⁷⁴ Vid. *supra* Detención Preventiva y Derecho a la Integridad, epígrafe c.i) B) Durante la custodia.

género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.).»¹²⁷⁵

Se considera que ese tipo de reconocimientos del cuerpo humano pueden constituir una afectación al derecho a la intimidad corporal –*stricto sensu*— o incidir en la privacidad¹²⁷⁶, es decir, en el más amplio ámbito de la intimidad personal, del cual aquél forma parte. Y ello es así porque aunque la «intimidad corporal» pudiera entenderse como cualquier clase de registro del cuerpo, quizá debido al adjetivo corporal, ésta no necesariamente implicará un tocamiento del cuerpo, pudiendo verse vulnerada la intimidad corporal sin que exista un contacto físico¹²⁷⁷; y tampoco todo tocamiento del cuerpo será por ese hecho, una intromisión al ámbito de la intimidad corporal pudiendo, eso sí, configurarse como intromisión en el derecho a la intimidad personal¹²⁷⁸; todo ello con independencia de la legitimidad.

¹²⁷⁵ Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2 a).

¹²⁷⁶ Vid. *Ídem*, FJ 2 a).

¹²⁷⁷ Por ejemplo, en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FFJJ 4, 7, 8; una persona recluida en un centro penitenciario fue compelido por un funcionario de la prisión a desnudarse frente a él y realizar una serie de flexiones para la práctica de un registro corporal tras haber tenido una comunicación íntima, el TC tuvo en cuenta que la orden no entrañaba contacto corporal alguno por parte de otra persona, sino que se limitaba a desnudarse en contra de su voluntad y realizar la actividad física indicada. El TC señaló que la desnudez que se imponía al interno tenía que «ponerse en relación con su intimidad en cuanto a bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal», valores con respecto a los cuales, una persona no puede verse en la situación de exponer su cuerpo desnudo ante otra persona, porque ello quebrantaría su intimidad corporal –aunque ésta no sea un derecho absoluto—. Tuvo en cuenta también que había un *plus* al factor de la desnudez, lo relativo a la obligación de realizar flexiones; para el TC ello acrecentaba la quiebra de la intimidad corporal que ya de sí, provoca la desnudez, pues en conjunto la obligación impuesta era la de exhibir o exponer el cuerpo desnudo en movimiento. Ahora bien, reconoce que algunas medidas de control en el centro penitenciario pueden ser constitucionalmente legítimas, aun restringiendo la intimidad corporal, siempre y cuando estén justificadas por su finalidad, se fundamenten «en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta previa de los reclusos» y que los medios empleados para su práctica no impliquen una vulneración del derecho a la intimidad personal –18.1 CE— y del derecho a la integridad –art. 15 CE—. Hay que señalar que en las SSTC 204/2000, de 24 de julio y 218/2002, de 25 de noviembre; también se pronunció sobre los registros corporales con desnudo –cacheo integral— de los internos en centros penitenciarios, recordando y remitiéndose a lo establecido en la STC 57/1994 pero encontrando afectación en el derecho a la intimidad personal, sin desarrollar nada más sobre la intimidad corporal. En similar sentido *vid.* STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14, refiriéndose a los registros de personas privadas de libertad en los centros de internamiento de extranjeros.

¹²⁷⁸ Como nos parece que sería la intromisión provocada por un registro corporal externo.

En ese sentido el TC puntualiza que «el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona.»¹²⁷⁹ Vemos pues que el derecho a la intimidad corporal tiene un contenido más restringido que el de la intimidad personal¹²⁸⁰, por lo que no toda injerencia en la intimidad personal implicará intromisión en la corporal, pero una intervención corporal siempre será una intromisión a la intimidad personal.

Pero aún y con lo restringido que pudiera resultar su contenido, de la jurisprudencia constitucional se desprende que la intimidad corporal es oponible «frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a las estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad»¹²⁸¹

Ahora bien, tratándose de intromisiones en el derecho a la intimidad personal, el TC sostuvo que «respecto a los ciudadanos que gozan una situación de libertad, [...] 'tal afectación del ámbito de intimidad es sólo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad personal y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno»¹²⁸². Sin embargo, vemos que en el caso de las personas privadas de libertad, cuando exista la habilitación legislativa, parece aceptable que la autoridad administrativa –policial o penitenciaria— realice, sin la previa

¹²⁷⁹ Vid. SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 B).

¹²⁸⁰ En este sentido vid. 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 b).

¹²⁸¹ Vid. SSTC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4 a); 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 A); 137/1990, de 19 de julio, FJ 10; 120/1990, de 27 de junio, FJ 12; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7

¹²⁸² Vid. STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 B), remitiéndose a la STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

intervención judicial, actuaciones que conlleven a una intromisión en el derecho a la intimidad, tanto personal como corporal¹²⁸³.

Teniendo en cuenta todo lo anterior bien puede decirse que el cacheo –registro corporal– del detenido, como parte de las «operaciones propias de toda detención»¹²⁸⁴ constituye una intromisión en el derecho a la intimidad personal, al menos; y quizá pudiera llegar a afectar la intimidad corporal dependiendo de las partes del cuerpo que se revisen y si se ve afectado el pudor personal.

Parece que nadie pone en duda que la práctica de cacheos es parte de la actividad policial habitual, y menos aún se cuestiona la legitimidad de esta actuación policial en el curso de la detención preventiva¹²⁸⁵, es algo tan «obvio» que poco se habla de ello; sin embargo es de llamar la atención, que hasta hace relativamente poco tiempo no existiera en la legislación de desarrollo la previsión legislativa –con calidad de ley– que expresamente refiriera a esta actuación policial cuya incidencia en el derecho fundamental a la intimidad personal es evidente¹²⁸⁶; situación que, como se verá más adelante, ha sido recientemente

¹²⁸³ Vid. SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FFJJ 5,6, en el concreto ámbito penitenciario; 17/2013, de 31 de enero, FJ 14, refiriéndose a medidas de seguridad en los centros de internamiento de extranjeros.

¹²⁸⁴ Vid. STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 a).

¹²⁸⁵ Como botón de muestra, ATC 274/1993, de 13 de septiembre, ANT. 5, FJ 1. El Ministerio Fiscal recuerda que «las diligencias policiales de cacheo e identificación no merecen reproche constitucional alguno ya que se tratan de actuaciones en virtud de ciertas normas de policía a las que el ciudadano debe someterse por responder éstas a la función preventiva indagatoria de los hechos delictivos que incumbe a los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado». Y vemos que, ciertamente es algo tan asumido a la función policial, sobre todo en el curso de la detención, que cuando el TC se refiere a éste sólo se lo menciona como parte de la labor de los agentes policiales, p.e. señalando que éstos pretendían en un primer momento la identificación de unas personas y luego, tras comprobar que uno de ellos estaba inidentificado y haber procedido a cachearlos y a intervenir la droga, procedió a la detención. O en la STC 34/2008, de 25 de febrero, ANT. 2 A); de donde se desprende que, en el atestado, la policía argumentaba que el detenido se había resistido al cacheo.

¹²⁸⁶ Subrayamos nuestra referencia a que no había cobertura legal que de manera expresa aludiera a los cacheos porque sabemos que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la base legal del cacheo, señalando como tal al art. 19.2 de la derogada Ley Orgánica 1/1992, «que autoriza su realización por la Policía Judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos.» Por todas, vid. STS 2623/2000, de 31 de marzo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3139/1998. FD Segundo. Sin embargo, vemos que en dicho precepto legal se aludía a la posibilidad de establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para recoger instrumentos, efectos o pruebas del mismo; a tal fin se preveía la posibilidad de la identificación de las personas que transitaran en dichos lugares, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales «con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos»; pero no se reconocía expresamente la posibilidad de registrar personas, como sí se hacía respecto a los vehículos o los efectos personales, o como sí se hace actualmente en el art. 20 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

subsanaada por el nuevo redactado del art. 20 de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana.

En este sentido tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo ha sido tajante al señalar que, conforme a su jurisprudencia constante, las diligencias de cacheo «suponen para el afectado un sometimiento normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad, siempre que la actuación policial esté justificada y se mantenga dentro del respeto al principio de proporcionalidad»¹²⁸⁷.

A nuestro parecer, es posible comprender la razón del Tribunal Supremo sobre lo que implica el cacheo, «un sometimiento normal» a las normas de la policía, y también puede entenderse que, atendiendo a su finalidad y forma de realización no comporte una vulneración en el derecho constitucional a la intimidad; sin embargo, creemos que el hecho de que no comporte una violación no puede asumirse como que no exista una incidencia, que es lo que nosotros subrayamos y, como parece claro que hay una incidencia –aun y cuando no haya violación—creemos que la misma debería estar claramente prevista en una previsión legal con la necesaria calidad de Ley.

Esta intromisión se encuentra en directa correspondencia con el concreto fin del descubrimiento de las personas sospechosos y su aseguramiento, así como el aseguramiento de objetos o instrumentos del delito.

B) Revisión del contenido de efectos personales y el Derecho a la intimidad

Al momento de practicarse la detención también se asegurarán los efectos personales del detenido, tal y como puede ser una agenda y su contenido o los teléfonos móviles¹²⁸⁸, efectos que igualmente tendrán que reseñarse, ponerse a disposición judicial y en su caso, incorporarse a la causa que se inicie.

Pero aunque deban ponerse a disposición judicial, el TC ha considerado que entre las diligencias necesarias para la averiguación del delito y descubrimiento del delincuente que puede llevar a cabo la policía, se encuentra la de examinar o acceder al contenido de los instrumentos o efectos –que puedan ser prueba del delito— así como a los documentos o

¹²⁸⁷ Por todas, *vid.* STS 1061/2000, de 14 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3686/1998, FD tercero.

¹²⁸⁸ Como ocurrió en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 –agenda personal y documentos ahí guardados—.

papeles que se le ocupen al detenido, siempre y cuando tal intromisión se considere necesaria, lo cual se valorara atendiendo a las circunstancias de cada caso¹²⁸⁹ y, como debe de ser, se respeten las exigencias del principio de proporcionalidad —el cual es irreductible—.

Aunque pueda tener justificación y dependiendo de la forma en que se lleve a cabo resultara legítima, no puede dudarse que se trata de una injerencia en la intimidad personal del detenido en la medida en que el contenido de los efectos personales —p.e. agenda, teléfono, bolsa, etc.— contienen y ofrecen información que pertenecen al ámbito privado de la vida del titular, por lo que resulta aplicable la doctrina constitucional conforme a la cual el art. 18.1 CE garantiza al individuo un ámbito reservado de su vida y, la protección de ese ámbito le confiere al individuo «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.»¹²⁹⁰

Esta intromisión se encuentra en directa correspondencia con el legítimo fin de recogida de los instrumentos, efectos y pruebas del delito investigado y además, teniendo en cuenta que a partir de la revisión de algunos de los efectos se pudieran impedir conductas delictivas inminentes o descubrir responsables¹²⁹¹, aparece el legítimo fin genérico de la investigación y prevención del delito.

C) Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido y el Derecho a la intimidad

Tenemos en mente también, las diligencias consistentes en la toma de muestra de algún elemento corporal del detenido para un posterior análisis. Aunque éstas puedan consistir en intromisiones en el derecho a la integridad física, como extracciones de elementos del cuerpo, en la medida en que pudieran provocar un dolor, lesión o afectación aun mínima; vamos a enfocarnos tanto a la aprobación para la toma de la muestra, es decir, con o sin conocimiento y consentimiento del detenido y con o sin autorización judicial; como a la

¹²⁸⁹ Vid. SSTC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6; 173/2011, de 11 de noviembre, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.

¹²⁹⁰ Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5.

¹²⁹¹ Como sucedió en el caso de las SSTC 70/2002, de 3 de abril y 115/2013, de 9 de mayo.

información personal que a partir de la misma puede obtenerse; lo cual puede constituir una intromisión en el ámbito protegido del derecho a la intimidad personal¹²⁹².

En efecto, la toma de una muestra de algún elemento corporal puede constituir una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido de la intimidad personal «por lo que a través de ellas se pretende averiguar, cuando se trata de una información que afecta a la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar»¹²⁹³

En ese contexto pensamos en la utilización de pruebas de ADN como medio de investigación y prueba en el seno del proceso penal; este es un tema que el TC abordó por primera vez en la STC 199/2013 de 5 de diciembre, siendo que antes, como él mismo lo señala, solo se había pronunciado de manera tangencial¹²⁹⁴; para su análisis utilizó, en gran medida y conforme al mandato del art. 10.2 CE, criterios del TEDH, quien a su vez, ha considerado que el derecho a la vida privada se ve comprometido por la «mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN»¹²⁹⁵. Sin embargo, aunque el tema del almacenamiento de datos personales en alguna base de datos policial –y específicamente identificadores obtenidos a partir del ADN– vinculados a la prevención de delito, reviste un grandísimo interés e invita a profundizar en su análisis, no es ahora el momento para hacerlo porque creemos que escapa del objeto de este estudio¹²⁹⁶.

¹²⁹² Vid. STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2. Aunque tenemos presente que en la STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6.b), el TC señalara que las intervenciones o reconocimientos corporales, atendiendo a sus características e intensidad, aun y cuando no supusieran una intromisión en el derecho a la integridad física, sí podrían suponer una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido de la intimidad personal en razón de su finalidad.

¹²⁹³ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 b), recordando la STC 207/1996, de 16 de diciembre, donde el TC concluyó que la intimidad personal se veía afectada cuando se pretendía esclarecer a través del análisis de un cabello del imputado si éste era consumidor de sustancias tóxicas o estupefacientes y, en tal caso, desde cuándo; y la STC 206/2007, de 24 de septiembre, donde la Guardia Civil ordenó un análisis de sangre del imputado sobre unas muestras que le habían sido extraídas en el hospital con fines terapéuticos, para determinar su nivel de alcohol; en ambos casos hubo una afectación a la intimidad personal al pretender obtener información que de manera objetiva pertenece al círculo íntimo o reservado de los afectados.

¹²⁹⁴ Vid STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 c).

¹²⁹⁵ Vid STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 c), apoyándose fundamentalmente en la STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008 y en *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514, de 7 de diciembre de 2006.

¹²⁹⁶ Consideramos, siguiendo al Magdo. Ollero Tassara, que ello correspondería a la conservación de datos personales cuya cobertura constitucional es la del apartado 4 del art. 18 CE. Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, Voto particular que formula el Magdo. Andrés Ollero Tassara.

Así que debemos constreñirnos a lo relativo a la modalidad de la toma de muestra del ADN como parte de las intromisiones que puede haber en el derecho a la intimidad personal en el contexto de la detención preventiva. En ese sentido, seguimos al TEDH cuando tras reconocer que la retención de información del ADN persigue el fin legítimo de la investigación o descubrimiento y, posteriormente, prevención del delito¹²⁹⁷; distingue entre la toma inicial de la muestra de ADN y la información que ésta arroja, cuyo objetivo es vincular a una persona determinada con el delito concreto del cual resulta sospechosa¹²⁹⁸; de la retención de la información, que persigue el más amplio propósito de asistir en la identificación de futuros delincuentes¹²⁹⁹. De estas situaciones sólo la primera se relaciona con el ámbito de la detención preventiva.

El hecho de que el TEDH reconozca, por cuanto a las tomas de muestra para perfil de ADN, que se persigue el legítimo fin de prevención del delito y la protección de los derechos y libertades de los demás¹³⁰⁰; y más en concreto, el fin legítimo de vincular a una persona determinada con el delito concreto del cual resulta sospechosa, creemos que, casa con la idea del *prius lógico del juicio de proporcionalidad* necesario en el ámbito de la investigación penal¹³⁰¹; no es óbice para que también señale que la realización de un muestreo bucal con la finalidad de obtener material celular, es una actuación que constituye una intromisión en la privacidad y dependerá de la observación de otros condicionamientos como la adecuada previsión legal¹³⁰² o la proporcionalidad, lo que permitirá valorar la legitimidad de tal intromisión. Y también habría que distinguir, como ya hemos señalado, entre la obtención de la muestra precisamente a partir de un frotis bucal –como a la que refiere el

¹²⁹⁷ STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 100.

¹²⁹⁸ *Vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6 c), citando la STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 100.

¹²⁹⁹ *Vid.* STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 100.

¹³⁰⁰ *Vid.* TEDH *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514, de 7 de diciembre de 2006, párr. 2. Aunque en el caso, la toma de muestra no era de un detenido, sino de una persona condenada –por diversos robos en bancos y de autos–, que se encontraba en un centro penitenciario. Para el TEDH no resulta difícil aceptar que la recolección y retención de perfiles de ADN sirva a los legítimos intereses de prevención del delito y protección de los derechos y libertades de otros; y tampoco considera irrazonable la obligación de someter a pruebas de ADN a las personas que hayan sido condenadas por delitos de cierta gravedad.

¹³⁰¹ *Vid.* STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

¹³⁰² *Vid.* *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514, de 7 de diciembre de 2006, párr. 2.

TEDH—, de una que se hace sin conocimiento del detenido –como fueron las analizadas por el TC—.

En el caso español, está prevista la obtención de una muestra biológica para la determinación de datos identificativos a partir del ADN de una persona detenida. Y podemos vincularlo de manera directa al fin constitucionalmente legítimo de descubrimiento de los sospechosos, inmerso en el interés público de la investigación del delito.

ii) Adecuada Previsión Legal

Como hemos visto el TC reconoce, con especial referencia al TEDH, que la intimidad personal puede tener como límites la persecución de infracciones penales¹³⁰³, pero éstos han de estar previstos legalmente y resultar indispensables en una sociedad democrática, lo cual implica que la ley que establezca tales límites sea accesible al individuo, que permita la previsibilidad de las consecuencias que para el sujeto pueda tener su aplicación; y además esos límites deben responder a una necesidad social imperiosa y ser adecuados y proporcionados para el logro del fin que persiguen¹³⁰⁴, es decir, satisfacer una calidad de ley¹³⁰⁵. Por tanto, sostiene el TC que las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deben tener fundamento «en una *previsión legal* que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que *exprese con precisión todos y cada uno de los supuestos materiales de la medida limitadora*»¹³⁰⁶ [énfasis añadido]

Sin embargo, ese criterio del Alto Tribunal parece relajarse cuando se trata de intromisiones en el derecho a la intimidad personal llevadas a cabo por la policía en el contexto de las investigaciones de los delitos y descubrimiento de los sospechosos de la comisión de un delito. En efecto, en el año 2002 consideró que existía la habilitación legal específica –arts. 282 LECrim, 11.1 f) y g) LO 2/1986 y 14 LO 2/1992— que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial, así como para practicar las «diligencias necesarias» para averiguar las conductas

¹³⁰³ Vid. STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3, refiriéndose *mutatis mutandis* a SSTED *Funke v. Francia*, 10828/84, Sentencia de 25 de febrero de 1993 y *Z. v. Finlandia*, 22009/93, Sentencia de 25 de febrero de 1997.

¹³⁰⁴ Vid. STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3. Sobre la necesidad social imperiosa sugerimos STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 101.

¹³⁰⁵ Sobre la calidad de Ley sugerimos vid. nota a pie *supra* 1139

¹³⁰⁶ Vid. STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 b).

delictivas y descubrir a los delincuentes¹³⁰⁷, entre las que se pueden encontrar «la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, y en concreto, de documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que [...] ello sea necesario»; aludiendo a la estricta necesidad que señalaba el art. 14 de la LO 2/1992, la cual tenía que valorarse atendiendo a las circunstancias del caso y «entenderse como la exigencia legal de una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad», así que, si la norma se interpretaba así, para el TC, podía afirmarse la existencia de una habilitación legal que «cumple en principio con las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad»¹³⁰⁸. Y en sazón, ha ido reiterando su criterio en 2011¹³⁰⁹, 2013¹³¹⁰ y 2014¹³¹¹, aunque no siempre refiriéndose al mismo tipo de incidencia en el derecho a la intimidad, pues en unos casos se refería a intromisiones en objetos personales al momento de la aprehensión y en los últimos se refirió a la recogida de muestras sin conocimiento —y por ende sin consentimiento— del detenido durante la custodia para la determinación del

¹³⁰⁷ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2).

¹³⁰⁸ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2). Esta interpretación llama nuestra atención en virtud de que, conforme a su propia doctrina, el requisito de la proporcionalidad debe observarse obligadamente siempre que se trate de una limitación de derechos fundamentales pues, como el propio TC lo apunta en esta misma sentencia, el principio de proporcionalidad se infiere de diversos preceptos constitucionales; así que, aunque ciertamente sea idóneo que esté contemplado en la ley, aún y cuando no estuviera, su cumplimiento es irreductible; si un derecho se aminora sin que la afectación sea necesaria, idónea y proporcional, entonces la afectación no puede ser legítima. Por su parte, la certeza y seguridad jurídica exigen que, también conforme a la propia doctrina del TC que a este respecto sigue la del TEDH, la ley que regule la medida limitante de un derecho satisfaga los condicionamientos de accesibilidad y previsibilidad, los cuales no se hacen depender de la proporcionalidad. De hecho, la proporcionalidad se valorará teniendo en cuenta la aplicación de una específica injerencia prevista en la ley —con suficiente calidad— en un supuesto fáctico concreto teniendo en cuenta las circunstancias del mismo, esto es, constatando la adecuada ponderación que justifique la aplicación de una medida legalmente prevista en el caso concreto. Creemos pues, que se trata de dos condiciones bien distintas que ciertamente deben coexistir cuando se adopte una medida que limite el ejercicio de un derecho y; aunque la valoración de la proporcionalidad sí pueda depender de la existencia de una habilitación legal, esa dependencia es en cuanto a la medida limitativa no en cuanto a la proporcionalidad en sí misma. Por eso, nos resulta difícil comprender porque el TC considera que interpretando la norma como la exigencia legal de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad, entonces consigue cumplir las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad. Al respecto tenemos en cuenta la STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7; dónde el TC, al constatar que no existía una habilitación legal que previera una específica medida limitante al derecho del art. 18.3 CE judicialmente acordada, excluyó el análisis de la proporcionalidad de la medida, señalando que el mismo sólo procede una vez cumplida la primer premisa de la secuencia, es decir, la habilitación legal con suficiente calidad de ley.

¹³⁰⁹ Vid. STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.

¹³¹⁰ Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6. En ambas recordando a las sentencias 70/2002 y 173/2011 previamente referidas.

¹³¹¹ Vid. SSTC 16/2014; 15/2014; 13/2014, todas de 30 de enero, FJ común 3.b)

perfil de ADN, complementado en estos últimos con el art. 363 LECrim –previo a la reforma por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre— y, en todos los casos, justificando la actuación policial sin intervención judicial previa.

Así pues, por cuanto hace a la habilitación legal que permite que la policía judicial adopte medidas que puedan traducirse en una intromisión a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, el TC ha considerado¹³¹² en todos los casos, las siguientes:

- El art. 282 LECrim, que al momento de dictarse la STC 70/2002, de 3 de abril, disponía que «La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.»

Y que tras la última modificación de 2015¹³¹³ dicho artículo recoge, en lo que a nuestro tema atañe, «La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial. [...] La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.»

- El art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que establece como funciones de éstos: «f) Prevenir la comisión de actos delictivos; g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables,

¹³¹² Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9; 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2; 70/2002 de 3 de abril, FJ 10.b.2).

¹³¹³ Por virtud de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE Núm. 101, de 28 de abril de 2015, disposición final primera, seis.

asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.»

- El art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que establecía «Las autoridades competentes, [...] podrán dictar las órdenes o prohibiciones y disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el artículo 1 de esta Ley.», entre las que se encontraba la prevención de la comisión de delitos. Esta disposición fue derogada por virtud de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana¹³¹⁴, y también en su art. 14 establece «Las autoridades competentes, de conformidad con las Leyes y reglamentos, podrán dictar las órdenes y prohibiciones y disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de los fines previstos en esta Ley, mediante *resolución* debidamente *motivada*.» [énfasis añadido]

Ahora bien, tras leer los artículos nos preguntamos ¿Realmente puede entenderse que tales artículos satisfacen los criterios de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad, en cuanto a intromisiones en el derecho a la intimidad personal durante una detención preventiva? ¿Cuál es la razón por la cual el TC, tratándose de una limitación al derecho a la intimidad, por un lado sostenga que la previsión legal deberá expresar con precisión «todos y cada uno de los supuestos materiales de la medida limitadora» y, por otro lado, tratándose de eventuales intromisiones a la intimidad por la actuación policial en el contexto de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y entre éstas en el ámbito de la detención preventiva, afirme que aunque la ley no enumere casuísticamente las diligencias policiales –entre ellas las que incidan en el derecho a la intimidad— las limita adjetivándolos y orientándolos a un fin? ¿Las adjetiva porque las somete al criterio de necesidad? A nuestro parecer, entenderlo así es como un cajón de sastre donde puede caber cualquier situación imaginable que provoque alguna

¹³¹⁴ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, en vigor a partir del 1 de julio de 2015; conforme a su disposición derogatoria única, deroga la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y todas las disposiciones, de igual o inferior rango, que se opongan a lo dispuesto por la nueva Ley.

intromisión en el derecho a la intimidad, en aras de alcanzar el fin, muy legítimo ciertamente, de investigación de los delitos y descubrimiento de sus responsables¹³¹⁵.

Y nuestra consideración, atendiendo a las interrogantes anteriores, encuentra soporte en el hecho de que las intromisiones en la intimidad personal por la actuación policial que no están contempladas legalmente—como supuestos—, pareciera que han sido convalidadas —y quizá adjetivadas— vía jurisprudencial. Lo creemos así porque primero se entendió que esas diligencias de averiguación genéricamente reconocidas en la ley y que se adjetivan y orientan a un fin, permitían el examen o acceso al contenido de los instrumentos o efectos y concretamente, a los documentos o papeles del detenido —en el caso de la agenda telefónica en soporte papel— para realizar un «primer análisis» de los mismos si resultaba necesario¹³¹⁶; después ese reconocimiento al primer análisis de efectos personales sirvió para apoyar la revisión de un ordenador portátil —de alguien que no estaba detenido— que fue puesto a disposición de la policía junto con una denuncia¹³¹⁷; luego para revisar una agenda de contactos de un teléfono móvil de alguien que no estaba detenido¹³¹⁸ —solo era objeto de seguimiento por sospecha—; más adelante para revisar la agenda telefónica de unos móviles abandonado por unos sospechoso al momento de haber sido sorprendidos en flagrancia¹³¹⁹; después para la obtención de información de ADN —regiones no codificantes— de un detenido a partir de un esputo arrojado en su celda¹³²⁰ y, finalmente,

¹³¹⁵ Aunque entendemos que la posición del TC se fundamenta en que hay una previsión legal genérica, que se respeta la función investigadora de la medida y que se debe estar al análisis, por parte de los tribunales, del caso concreto para determinar la compatibilidad o no de la medida adoptada. Nos sumamos a las consideraciones vertidas por la Magda. Asúa Batarrita en el razonamiento 6 de su Voto particular sustentado con motivo de la STC 199/2013, de 5 de diciembre, al señalar que tales disposiciones generales «describen las funciones policiales en términos muy genéricos. Que el art. 282 LECrim señale que es obligación de la policía averiguar los delitos y practicar las diligencias necesarias para ello, no es suficiente desde el punto de vista constitucional: no contiene pronunciamiento alguno acerca de hasta qué punto pueden restringirse los derechos fundamentales de los sujetos objeto de investigación. Igualmente, que el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, [...] establezca las funciones de dichos cuerpos (investigar delitos, asegurar instrumentos, efectos y pruebas...) no nos dice nada sobre si pueden entrar en el domicilio de los sospechosos, abrir cartas, intervenir teléfonos, colocar aparatos de escuchas, utilizar el detector de mentiras, etc. [...]. Tales normas en ningún caso pueden ser la cobertura de la constitucionalidad de una intervención o injerencia sobre derechos fundamentales.».

¹³¹⁶ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, ANT. 2b), FJ 10.b.2).

¹³¹⁷ Vid. STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 6.

¹³¹⁸ Vid. STC 142/2012, de 2 de julio, ANT. 2b), FJ 2.

¹³¹⁹ Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6.

¹³²⁰ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 2, al referir a la Sentencia del Tribunal Supremo 1311/2005 impugnada en amparo [STS 6158/2005], que en lo conducente señalaba «no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma

en circunstancias similares, para la obtención de información de ADN a partir de la colilla de cigarro de unas personas detenidas por unos hechos diversos¹³²¹ a los que finalmente fueron condenados, puesto que, a partir de los resultados de la prueba, sus datos genéticos coincidían con los obtenidos en la investigación de estos otros casos.

Claramente la incidencia que las actuaciones mencionadas puede tener en el derecho a la intimidad personal de los detenidos es distinta, pues no puede compararse la información que pueda extraerse a partir de una agenda de contactos, de aquella que puede extraerse de un ordenador personal –que contiene imágenes, información personal, profesional, etc.— y mucho menos aún del cúmulo de información que pueda obtenerse a partir del ADN de una persona. Y al respecto debemos aclarar, no creemos que el derecho a la intimidad personal pueda oponerse de forma infranqueable a la realización de diligencias de investigación penal¹³²², tenemos claro que el derecho no es absoluto y que puede y debe ceder ante el interés general y público del fin constitucional de la averiguación de los delitos y descubrimiento de los delincuentes—art 126 CE— en la medida en que garantizaran la seguridad ciudadana, la paz social, el orden público y los derechos y libertades de la colectividad –arts. 104 CE y 8 CEDH—. Pero sí creemos que las intromisiones en la intimidad personal, para tener legitimidad plena, dentro de un Estado democrático de Derecho, deberían estar delimitadas con la mayor claridad posible y, a nuestro parecer, la habilitación legal previamente referida tiene insuficiencias que impiden considerar que la cobertura legal satisfaga la exigencia de calidad de ley.

La falta de previsión legal específica, creemos, contribuyó para que el TC disminuyera un poco su exigencia en cuanto a las intromisiones que, en el contexto de la investigación del delito y en el ámbito de la detención preventiva, puede padecer la intimidad personal del detenido, y creemos que lo hizo así por tres razones.

Primera.- Para subsanar provisionalmente las omisiones del legislador, y por eso declaró que la habilitación legal derivada de los artículos 282 LECrim, 11.1 f) y g) LO 2/1986 y art.

subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal'».

¹³²¹ Vid. SSTC 13/2014; 15/2014; 16/2014 todas de 30 de enero, FJ común 3.b).

¹³²² Como el TC claramente lo señaló en la STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8, cuando refirió que la intimidad no puede afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no puede ser obtenida de otro modo.

14 LOSC 2/1992, sobre todo este último que refería a la estricta necesidad, tenía que interpretarse en la forma que lo estableció en su STC 70/2002, para afirmar que existía la cobertura legal que cumple con las exigencias de certeza y seguridad jurídica del principio de legalidad. Pensamos que por eso, tras señalar la interpretación, aclaró que era «sin perjuicio de una mayor concreción en eventuales reformas legislativas»¹³²³. A nuestro parecer eso fue un muy respetuoso exhorto al legislativo para que se elaborara la previsión conducente que sí satisficiera las exigencias del principio de legalidad¹³²⁴; y ello lo ratificamos al apreciar que nueve años después, retomando su interpretación sobre la habilitación legal, después de justificar la actuación policial sin autorización judicial consistente en la intromisión en el derecho a la intimidad –por la revisión de un ordenador— de un sospechoso todavía no detenido, el TC recordó la «necesidad de que el legislador regule esta materia con más precisión»¹³²⁵. Ahora bien, estando a finales del año 2016 procede analizar si esa necesidad de regular la materia con mayor concreción ha sido satisfecha y, en tal caso, con respecto a cuáles tipos de incidencia en el derecho a la intimidad personal en el contexto de la detención preventiva. Esta cuestión la retomamos unas líneas más adelante.

Teniendo en cuenta que el TC presta especial atención a las consideraciones del TEDH sobre las exigencias del principio de legalidad¹³²⁶ –garante de la seguridad jurídica— vemos que en la jurisprudencia de este último, específicamente por cuanto al derecho a vida privada –art. 8 CEDH—, se enfatiza en que la medida limitante tenga base en el derecho nacional y sea compatible con la noción de Estado de Derecho prevista en el preámbulo del CEDH e inherente al objeto y fin del art. 8 CEDH. Ello implica que la ley que prevea la medida limitante satisfaga los condicionamientos de accesibilidad y previsibilidad¹³²⁷. En cuanto a la accesibilidad de la ley, el TEDH ha valorado p.e. que la ley que contiene la

¹³²³ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2).

¹³²⁴ Recordemos que corresponde al legislador hacer el «máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica». Por todas *vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.

¹³²⁵ Vid. STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 7; considerando que existe la habilitación legal necesaria para que los agentes, en su función de practicar las diligencias necesarias para comprobar delitos, descubrir a sus autores y recoger efectos, instrumentos o pruebas de delito, puedan realizar un primer análisis de los efectos intervenidos.

¹³²⁶ Como ejemplo *vid.* SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, 34/2010, de 19 de julio, FJ 5

¹³²⁷ En este sentido *vid.* SSTEDH *S. y Harper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr 95; *Malone v. Reino Unido*, 8691/79, Sentencia de 2 de agosto de 1984, párrs. 66-68.

medida haya sido publicada en el boletín o gaceta oficial del Estado¹³²⁸; en este sentido, las exigencias derivadas de la CE –arts. 53.1 y 81.1– plasmadas en la jurisprudencia constitucional¹³²⁹ suponen esa accesibilidad. Por su parte, la previsibilidad, exige que la ley esté formulada con suficiente precisión para permitir al individuo –si es necesario con la adecuada asesoría–regular su conducta. Para que una norma nacional satisfaga tales condicionamientos, debe proveer la adecuada protección legal contra la arbitrariedad y en consecuencia, indicar con suficiente claridad el alcance de la potestad conferida a las autoridades competentes y el modo de su ejercicio¹³³⁰.

A la luz de ello, creemos que las previsiones previamente citadas satisfarían el condicionamiento de reserva y rango de ley –y accesibilidad—. Pero dudamos del condicionamiento de previsibilidad, la lectura detallada de las previsiones en cita evidencia que, por un lado todas mencionan el fin de descubrir delincuentes o detener culpables; para ello se refieren a unas atribuciones de la policía, en términos generales, conforme a las cuales se prevé la realización de unas actuaciones policiales «necesarias» para alcanzar el fin previamente señalado, esas actuaciones de investigación de delitos implican la práctica de unas diligencias necesarias para recoger o asegurar efectos, instrumentos y pruebas de delito y ponerlos a disposición judicial, incluso cuando se contempla el peligro de desaparición de tales instrumentos; así como la realización de informes técnicos y periciales cuando procedan. Queda claro que la autoridad habilitada son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y parece que también fuera claro que aquello que recojan como instrumentos, pruebas y efectos relacionados con un delito han de ser puestos a otra autoridad: la judicial. Salvo eso, no parece proporcionar mayor claridad sobre qué tipo de diligencias se pueden realizar específicamente con impacto en la intimidad, o sea, la forma de ejercicio del poder conferido a la autoridad: en qué supuestos, con cuáles garantías, en qué forma, cuál es el alcance de la potestad conferida a la policía para alcanzar el fin

¹³²⁸ Vid. STEDH *Rotaru v. Rumania* [GS], 28341/95, Sentencia de 4 de mayo de 2000, párr. 53.

¹³²⁹ Vid. por todas STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; destacamos tanto el rango como la reserva de ley, pues como señala el TC, por ésta se asegura que los derechos que la CE atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes, además de que en un ordenamiento jurídico como el español donde los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley, no existe, en puridad, la vinculación al precedente.

¹³³⁰ En este sentido vid. S TEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr 95; *Rotaru v. Rumania* [GS], 28341/95, Sentencia de 4 de mayo de 2000, párr. 55; *Malone v. Reino Unido*, 8691/79, Sentencia de 2 de agosto de 1984, párrs. 66-68.

previamente señalado. Si todo se condiciona a la estricta necesidad, que claramente es un requisito para una injerencia en un derecho, entonces nos parece difícil apreciar cómo podría protegerse un individuo frente a la arbitrariedad en que pudiera incurrir la autoridad policial en una actuación que afecte a su intimidad personal amparada por lo que ésta considere necesario; creemos que tales preceptos solo contienen cláusulas abiertas que aun refiriendo a la estricta necesidad no alcanzan a colmar la previsibilidad, puesto que el sujeto que por su conducta motive la actuación policial, solo podrá prever que será sometido a unas diligencias ¿cuáles? Las necesarias, nada más.

Y creemos que ello es así porque, como lo señalara la Magda. Asúa Batarrita, tales artículos no son disposiciones que regulen una injerencia, refiriéndose específicamente a la toma de muestra subrepticia para determinar el perfil de ADN del detenido, sino disposiciones que describen la función policial en términos genéricos; estas normas organizativas atributivas de funciones a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, difícilmente podrían ser la fuente de cobertura de la constitucionalidad de una intervención en los derechos fundamentales; y lo que sí queda claro de dichos «preceptos organizativo-funcionales» es que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están obligados a poner a disposición judicial inmediata «los objetos, instrumentos, huellas o elementos encontrados en el lugar del delito» más no legitiman una iniciativa posterior destinada a realizar análisis sensibles para los derechos fundamentales¹³³¹ o, agregaríamos, esos primeros análisis que ha justificado el TC en el caso de objetos personales.

Segunda.- El criterio de la previsibilidad atendiendo al ámbito de actuación permite algunas matizaciones. Inicialmente, en 2002, el TC no señaló nada a este respecto y tomó otros elementos como la urgencia y la necesidad, que abordamos más adelante; pero sí lo consideró cuando se refirió a la intromisión en la intimidad personal de los detenidos por la toma de muestra de ADN sin su conocimiento –y consentimiento— aludiendo a una «relativa relajación de las exigencias de taxatividad en la norma que presta cobertura» atendiendo a la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental¹³³².

¹³³¹ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita, al que se adhiere el Magdo. don Luis Ignacio Ortega Álvarez, razonamiento 6.

¹³³² Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FFJJ 9,11. Señalando que «el modo en el que el análisis de ADN se practicó fue el menos invasivo de la intimidad personal» del afectado pues sólo afectaba a las regiones no

Sin embargo, no es a esa relajación de taxatividad a la que nos referimos; nosotros, siguiendo al TC, acudimos a los criterios del TEDH y podemos constatar que éste matiza por cuanto a la previsibilidad exigible a las normas que regulen las medidas que infieren en el derecho a la vida privada. En efecto, sin desconocer que la medida limitativa deba ser conforme a derecho¹³³³, señala que el nivel de precisión exigido a la legislación nacional – que en ningún caso puede prever cada eventualidad—depende en gran medida del contenido del instrumento en cuestión, el ámbito que está destinado a cubrir y el número y status de aquéllos a quienes va dirigida¹³³⁴, así p.e. refiriéndose a la interceptación de comunicaciones para fines de investigación policial, acepta que la exigencia de previsibilidad no pueda ser exactamente la misma que con carácter general exige el CEDH, pues se tiene en cuenta que esas comunicaciones son el objeto sobre el que la ley impondrá la restricción¹³³⁵.

En ese sentido, creemos que sería un tanto cuanto ilusorio, quizá perjudicial de manera directa para la actuación policial y de manera indirecta en detrimento de la efectividad de la averiguación de delitos y descubrimiento de los delincuentes—art 126 CE—, pretender que la ley previera cada uno de los posibles supuestos en los que la policía puede adoptar medidas que sean una intromisión en la intimidad personal (revisar sólo agendas telefónicas; de un teléfono, solamente la agenda de contactos; de un ordenador, solo información específica; etc.) en el marco de la detención preventiva. Sin embargo, siguiendo al TEDH, la ley debe ser suficientemente clara en sus términos para brindar a los ciudadanos la indicación adecuada sobre las circunstancias y condiciones en las cuales las

codificantes del ADN, es decir, a datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de otra muestra –la del lugar del delito— excluyendo la revelación de cualquier característica personal que efectivamente pudiese afectar la intimidad personal; por lo que el TC consideraba que, en todo caso, la injerencia en el derecho consistía en el riesgo de comprometer la intimidad personal del afectado, pero que dicho riesgo no llegó a materializarse. Este criterio de la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental lo reiteró en sus SSTC 13/2014; 15/2014 y 16/2014, todas de 30 de enero, FJ común 3.b).

¹³³³ «Prevista por la ley» conforma a la versión en castellano del CEDH. Criterio que como hemos dicho, conforme al TEDH requiere no solo que la medida limitativa de derecho esté prevista en la legislación nacional, sino que también se refiere a la calidad de la ley, exigiendo que sea accesible a la persona afectada y previsible en cuanto a sus efectos. Vid. TEDH *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514, de 7 de diciembre de 2006, párr. 2.

¹³³⁴ Vid. STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr 96; *Hasan y Chaush v. Bulgaria* [GS], 30985/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000, párr. 84.

¹³³⁵ Vid. STEDH *Malone v. Reino Unido*, 8691/79, Sentencia de 2 de agosto de 1984, párr. 67; en este caso, la exigencia de previsibilidad no podría significar que el individuo tuviera la posibilidad de prever cuando serán interceptadas sus comunicaciones, para que pudiera adaptar su conducta en consecuencia.

autoridades están facultadas para llevar a cabo una injerencia en el derecho fundamental¹³³⁶.

A la luz de lo anterior, quizá pueda entenderse que apoyándose en la estricta necesidad que derivaba del art. 14 LO 2/1992, se aceptara la intromisión en la intimidad por la revisión de la agenda telefónica del detenido, teniendo en cuenta también las circunstancias de ese caso donde existieron razones justificadas de urgencia, la actuación fue en el concreto momento de la detención, la detención era el resultado de una investigación de delito con implicaciones internacionales –al parecer en el marco de una red de criminalidad organizada y eso se revelaba como relevante por la modalidad delictiva— y la actuación policial fue ejecutada de forma que la incidencia en el derecho a la intimidad de quien estaban deteniendo no fue desmedida en relación con la gravedad de los hechos y los indicios de criminalidad existentes. En similar sentido, por cuanto a la revisión de una agenda de contactos de un teléfono móvil encontrado en el lugar del delito donde fueron sorprendidos y acababan de huir los responsables, la urgencia y la necesidad podían avalarse por la flagrancia del delito. En estos casos aunque la primera y superficial intromisión en la intimidad por la revisión de efectos personales no estuviera prevista como tal, podía ajustarse a lo previsto en la ley sobre recogida de instrumentos, efectos y pruebas del delito. Sin embargo, creemos que ese único condicionamiento de estricta necesidad contemplado en los preceptos señalados, ya no permitía convalidar la intromisión de la policía en el derecho a la intimidad, sin autorización judicial, para tomar la muestra de material biológico de personas detenidas –sin su conocimiento ni consentimiento— para la determinación de su perfil de ADN, con todo y que se añadiera a la cobertura legal de la intromisión el antiguo art. 363 LECrim que, como lo señalara la Magda. Asúa Batarrita, exigía la intervención judicial para la realización de análisis químicos «criterio que, a falta de previsión legal más específica, podría extenderse analógicamente a los análisis del perfil de ADN»¹³³⁷

¹³³⁶ Vid. STEDH *Malone v. Reino Unido*, 8691/79, Sentencia de 2 de agosto de 1984, párr. 67; injerencia que en el caso era la interferencia secreta y potencialmente peligrosa en el derecho a la vida privada.

¹³³⁷ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita al que se adhiere el Magdo. razonamiento 6.

Tercera.- Atendiendo a las circunstancias de cada uno de los casos mencionados, había algunas que el TC no podía dejar de tener en cuenta: la urgencia y necesidad –en unos más que en otros—; todos respondían al interés público propio de la investigación de un delito, podían encuadrarse como diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos y necesarias para la averiguación y descubrimiento de los delincuentes –arts. 17 y 126 CE—, incluso podrían considerarse necesarias para alcanzar fines como la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, en los términos del art 8 CEDH. En fin, puede no dudarse que la policía actuó en cumplimiento de sus atribuciones.

Pero en eso último radica la cuestión, en los artículos antedichos se prevé que la policía investigue, descubra a los responsables, recoja instrumentos y pruebas del delito y que las ponga a disposición judicial, para ello debe realizar las diligencias necesarias según unas «atribuciones», pero en ninguna de las previsiones referidas se especifican esas atribuciones y eso es una deficiencia no imputable a la policía; por eso el TC al señalar la interpretación de la habilitación legislativa la hizo «sin perjuicio de una mayor concreción en eventuales reformas legislativas»¹³³⁸ y luego insistió en la necesidad de que el legislador regulara la materia con mayor precisión¹³³⁹, como lo recordara la Magda. Pérez Vera, al referirse a la deficiente calidad de ley¹³⁴⁰, sin que ello implique, como ya lo hemos apuntado, el tener que realizar una lista con cada uno de dichos supuestos y casos en los que la policía pudiera actuar, sino estableciendo una cláusula atributiva específica.

Al respecto citamos al TEDH cuando señala que una ley que confiere una potestad o atribución debe indicar el alcance de la misma, aunque los procedimientos detallados y condiciones a ser observadas no necesariamente tengan que ser incorporadas en las normas de derecho sustantivo; en este sentido, el grado de precisión exigido a ley dependerá de la materia en particular. Ello no obstante, resulta conveniente que la ley deba indicar el alcance de cualquier atribución conferida a la autoridad competente y el modo de su ejercicio con suficiente claridad, teniendo en cuenta el fin legítimo de la

¹³³⁸ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2).

¹³³⁹ Vid. STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 7.

¹³⁴⁰ Vid. STC 173/2011, de 7 de noviembre, Voto particular de la Magda. Elisa Pérez Vera; refiriéndose a la actuación policial para revisar el ordenador personal del sospechoso, considerando que la decisión del Tribunal tenía «que haber tomado como punto de partida la deficiente calidad de ley en cuanto a la protección de la intimidad contenida en medios informáticos.» Insuficiencia en la previsión legal que fue referida por la mayoría en el fundamento jurídico 7, de la cual no se extrajo ninguna consecuencia.

medida en cuestión, para dar al individuo una protección adecuada contra intromisiones arbitrarias¹³⁴¹.

En ese sentido, sería deseable que las previsiones normativas de referencia, aun y cuando no enumeren casuísticamente todas y cada una de las posibles actuaciones a detalle, brindaran más garantías, establecieran con mayor claridad en qué circunstancias la policía puede adoptar medidas con incidencia en el derecho a la intimidad personal en el marco de una detención preventiva. Ello sería en beneficio no solo de la seguridad y certeza jurídica del gobernado que sea detenido, sino de la misma actuación policial para que éstos, en el desempeño de sus funciones, tengan plena certeza del marco jurídico que los ampara y de hasta dónde pueden llegar en el ejercicio de sus atribuciones¹³⁴² para evitar que, en aras de asegurar un instrumento que en un futuro proceso pudiera constituir una prueba que resultara determinante, la misma pierda validez por la forma de su obtención.

Y todo lo anterior se dice teniendo presente que no corresponde a los órganos judiciales ni al Tribunal Constitucional, la labor de salvar en sus resoluciones las omisiones del legislativo, pues estamos en un país donde rige el imperio de la ley y «no existe, en puridad, la vinculación al precedente»¹³⁴³.

En otro orden de ideas, líneas antes habíamos señalado que era necesario analizar si las eventuales reformas legislativas a las que aludía el TC habían tenido lugar y en tal caso con respecto a qué tipo de incidencia en el derecho a la intimidad personal en el contexto de la detención preventiva.

Con respecto a las tres previsiones –arts. 11.1 f) y g) LO, 282 LECrim y 14 LO 2/1992— citadas con antelación, ya comentamos que las dos últimas fueron modificadas, la primera sin diferencias por cuanto a lo que nos atañe y la segunda fue derogada por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

La LO 4/2015 en su art. 14 reproduce casi íntegramente al art. 14 de la Ley derogada, salvo que incorpora, en cuanto a las órdenes, prohibiciones y actuaciones policiales para

¹³⁴¹ Vid. STEDH *Malone v. Reino Unido*, 8691/79, Sentencia de 2 de agosto de 1984, párr. 68.

¹³⁴² Con todo y que el art. 297 LECrim establezca que «[...] los funcionarios de la Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice.»

¹³⁴³ En este sentido STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.

alcanzar los fines de la ley¹³⁴⁴, la necesidad de que aquéllas sean adoptadas en resolución debidamente motivada; parece muy acertado que en el precepto habilitante se incorpore la obligación de motivación que, como hemos dicho, debe acompañar a cualquier acto o medida que limite derechos fundamentales, pues esto permite al individuo que se ve afectado por la actuación policial, sobre todo si se trata de un derecho fundamental, saber cuál es la razón que origina la afectación, y también, facilita el posterior control judicial de la misma.

Aunado a lo anterior, en la legislación de desarrollo se han introducido algunos preceptos que, a nuestro parecer, por cuanto hace a las injerencias en derecho a la intimidad en el contexto de la detención, se adecuan mejor al principio de legalidad.

De manera general debemos referir que, en el preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015 que modifica a la LECrim, se alude a la necesidad de regular las medidas de investigación en el ámbito del derecho a la intimidad y a la exigencia de que la detención sea respetuosa de la dignidad humana, que «no constituya un gravamen mayor que el que de por sí implica la propia detención»¹³⁴⁵. En ese orden de ideas, la nueva redacción del art. 520 LECrim, dispone que quienes acuerden y practiquen la detención velen «por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.». También hay que decir, este artículo ya preveía que la detención debe practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, lo cual podría entenderse como el recordatorio del respeto a los derechos a la integridad e intimidad del detenido.

- El art. 20 la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana prevé los registros corporales. «1. Podrá practicarse el registro corporal externo

¹³⁴⁴ Enunciados en el art. 3 de la Ley Orgánica «a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico; b) La garantía del normal funcionamiento de las instituciones; c) La preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas; d) El respeto a las Leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades; e) La protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección; f) La pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público; g) La garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios básicos para la comunidad; h) La prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza tipificadas en esta Ley; i) La transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana.»

¹³⁴⁵ Ley Orgánica 13/2015, Preámbulo I y III.

y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes:

a) El registro se realizará por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique esta diligencia.

b) Y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa, se efectuará en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. Se dejará constancia escrita de esta diligencia, de sus causas y de la identidad del agente que la adoptó.

3. Los registros corporales externos respetarán los principios del apartado 1 del artículo 16, así como el de injerencia mínima, y se realizarán del modo que cause el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona afectada, que será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de su realización.

4. Los registros a los que se refiere este artículo podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.»

Este artículo resulta innovador por varias razones. Antes que todo, porque es la primera vez que en el ordenamiento se regula en una previsión legal que satisface el rango de ley, la realización de los registros corporales a personas que no han perdido su libertad por decisión judicial. En efecto, la revisión corporal –incluso integral—está prevista para el caso de personas en un centro penitenciario¹³⁴⁶ así como para los extranjeros que son privados

¹³⁴⁶ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE Núm. 40, de 15 de febrero de 1996. «Artículo 68. Registros, cacheos y requisas. 1. Se llevarán a cabo registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común. 2. Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios. 3. El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad. 4. Si el resultado del cacheo con desnudo

de su libertad en un centro de internamiento¹³⁴⁷; no así para otros supuestos y, pese a ello, los registros corporales externos y, muy específicamente en el contexto de la detención preventiva es algo habitual y todavía más, preceptivo¹³⁴⁸ y aunque no muchos lo

integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados. 5. De los registros, requisas, cacheos y controles citados se formulará parte escrito, que deberá especificar los cacheos con desnudo integral efectuados, firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios.» y art. 71.1 que establece los principios generales de las medidas de seguridad, que «[...] se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico.».

¹³⁴⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE Núm. 10, de 12 de enero de 2000. «Artículo 62 quinquies. Medidas de seguridad. 1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, [...] siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados.», interpretado conforme a la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14 y fallo, esto es, medida que «[...] únicamente podrá adoptarse cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro. Solamente de acuerdo con las condiciones antes razonadas las limitaciones al derecho a la intimidad personal del art. 18 CE derivadas del precepto impugnado resultarán ser proporcionadas, atendiendo a la finalidad de mantenimiento del orden y la seguridad en los centros perseguida, [...]».

¹³⁴⁸ Como se desprende de los apartados 2 y 7 de la disposición octava de la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los Comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, que establecen que el cacheo es preceptivo en el caso de detenciones y además, por razones de seguridad, se ordena un cacheo antes del ingreso del detenido al calabozo. «Octava. Registros personales en la detención.- a) El cacheo. 1.- El cacheo es la modalidad del registro personal que consiste en la prospección superficial externa del cuerpo y vestiduras e indumentaria, incluyendo los objetos personales o equipaje de mano, con la finalidad de descubrir objetos no permitidos o peligrosos, efectos del delito o medios de prueba ocultos entre la ropa o el cuerpo del sospechoso. 2.- El cacheo es preceptivo en el caso de detenciones, así como ante sospechosos potencialmente peligrosos. En el resto de ocasiones, la práctica del cacheo estará basada en la existencia de indicios racionales que lo aconsejen, sin que en ningún caso pueda aplicarse de forma arbitraria. 3.- A fin de proteger la dignidad del detenido, cuando los funcionarios policiales se vean obligados a realizar cacheos en la vía pública, deberán buscar el lugar más idóneo y discreto posible. 4.- Para garantizar la seguridad de los agentes actuantes y del propio detenido, se deben eliminar los objetos susceptibles de poner en peligro dicha seguridad, para lo cual se procederá a un registro de seguridad del detenido, que será completado, de manera más exhaustiva, una vez que éste se encuentre en dependencias policiales. 5.- Si, en el momento del registro, los funcionarios que lo realizan observaran alguna lesión o el detenido manifestara sufrirla, lo trasladarán inmediatamente a un Centro sanitario para la práctica del oportuno reconocimiento médico. 6.- Los cacheos se llevarán a cabo, salvo urgencia, por personal del mismo sexo que la persona cacheada, y preferiblemente provistos del material de protección adecuado, especialmente cuando haya riesgo de contagio de enfermedades infecto-contagiosas. El criterio a seguir siempre en esta operación es el del máximo respeto a la identidad sexual de la persona cacheada, lo que deberá tenerse en cuenta muy especialmente en el caso de personas transexuales. 7.- Es obligatorio, por razones de seguridad, efectuar un cacheo del detenido en el momento previo a su ingreso en un calabozo, que consistirá en el registro y requisa de todos los utensilios que pueda portar, entre otros, en los bolsillos, forros o pliegues de tela. Se procederá a la retirada de cadenas, cinturones, bufandas, cordones, relojes, anillos, encendedores, fósforos u otros objetos que puedan ser susceptibles de ser utilizados por el detenido para autolesionarse, causar lesiones o facilitar su fuga. 8.- Son de aplicación las 'Normas de actuación de la Policía Judicial en recintos aduaneros respecto a las personas presuntamente portadoras de drogas en cavidades corporales', de 14 de noviembre

de 1988, dictadas por la Fiscalía Especial para la prevención y represión de tráfico ilegal de drogas, así como la Instrucción 6/1988 de la Fiscalía General del Estado sobre el 'Examen radiológico de personas posibles portadoras de drogas'. b) Registros con desnudo integral. Para esta modalidad de registro, los agentes actuantes se atenderán a lo dispuesto en las Instrucciones del Secretario de Estado de Seguridad números 7/1996 y 19/2005.» [énfasis añadido] También sobre la práctica de registros personales existe la Instrucción Número 19/2005, de 13 de septiembre, *del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, donde se contempla «la práctica de desnudo integral durante los cacheos policiales, con el fin de averiguar si el sujeto porta en los pliegues u otras partes de su cuerpo o entre sus ropas algún objeto peligroso o prueba incriminatoria, [...] deberá ajustarse a las condiciones y requisitos siguientes: 1º Se entiende por desnudo integral la diligencia policial consistente en poner al descubierto partes pudendas o íntimas de una persona, así como al tipo de cacheo que suponga introducción directa de manos u otros objetos en contacto con las mismas. 2º Sólo se podrá efectuar cacheo con desnudo integral en la persona de un detenido cuando, a juicio del funcionario policial responsable del mismo, por las circunstancias de la detención, la actitud del detenido u otras debidamente valoradas y justificadas [...], se aprecie fehacientemente la posibilidad de que guarde entre sus ropas o partes íntimas objetos o instrumentos que pudieran poner en peligro su propia, su integridad corporal, la de otras personas o la del propio funcionario o funcionarios que le custodian; o bien cuando se aprecien indicios suficientes de que oculta algún objeto que pueda ser medio probatorio que sirva de base para responsabilizarle de la comisión del delito y siempre que no sea posible el uso de otro tipo de fórmula, [...]». Igualmente hay que tener en cuenta la Instrucción 12/2015, *de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado»*, que en el apartado c) de la disposición 3. Ingreso a Calabozos, señala que con carácter previo al ingreso en la celda se lleve a cabo «un registro exhaustivo del detenido, con independencia de los registros anteriores. Este registro consistirá en la exploración corporal y de sus prendas para requisarle todos los objetos que porte y que puedan ser peligroso para su seguridad y la del personal de custodia. [...] Dicho registro se llevará a cabo por dos agentes, uno de los cuales llevará a cabo el registro adoptando, en su caso, las medidas profilácticas necesarias para evitar el contagio de cualquier tipo de enfermedad y el otro cumplirá funciones de seguridad. El primero de ellos, debe ser del mismo sexo que el detenido, respetando la dignidad, la intimidad e integridad sexual de la persona cacheada. En los casos en que esté justificada la práctica del desnudo integral se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad 19/2005. Esta circunstancia quedará anotada en el apartado 'otras observaciones' de la 'ficha-custodia' haciéndose constar las causas y motivos que lo justifiquen.»

cuestionaran¹³⁴⁹, parece que pasaba inadvertida lo que, creemos, era una ausencia de habilitación normativa con las exigencias dimanantes del principio de legalidad¹³⁵⁰.

¹³⁴⁹ En este sentido tenemos en cuenta que en el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana* aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, con respecto al art. 19 del anteproyecto –antecedente del art. 20 de la Ley Orgánica 4/2015–, se señalaba que aunque en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se estimara suficiente el contenido de los arts. 18, 19 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992 como cobertura legal para los registros corporales, era innegable que la regulación hasta entonces existente –previa a la LO 4/2015– resultaba insuficiente; señalando que varios autores denunciaban la falta de cobertura legal para tales registros dado que ninguno de los artículos en cuestión hacía referencia a los cacheos, y las únicas disposiciones concretas sobre los mismos se encontraban en el ámbito penitenciario y aduanero. *Vid. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*, Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 27 de marzo de 2014, p. 36. Como críticas a la falta de cobertura legal podemos citar las realizadas por la Asociación Jueces para la Democracia, cuando señalan que «Ni el art. 104 de la Constitución Española, ni el art. 11 de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni el art. 19 de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, proporcionan una cobertura legal específica, concreta y taxativa sobre la injerencia policial que apareja el cacheo, lo que sin duda es insatisfactorio», diferencian entre el cacheo prospectivo, el cacheo preventivo y el cacheo post-delictivo; identificando al último como el que tiene lugar «cuando la persona es informada por los agentes de policía de que se va a proceder a su detención y se le dice que queda detenida. Tal tipo de cacheos, en la práctica policial, engloba dos finalidades: 1. Garantizar la seguridad de los agentes y del detenido, 2. Buscar posibles piezas de convicción o instrumentos o efectos del delito. A su vez, este tipo de cacheos se acostumbra a realizar en el lugar donde la persona es detenida así como en sede policial. Su práctica en sedes policiales puede aparejar el requerimiento de que la persona se someta a desnudo integral.» *Vid. Asociación Jueces para la Democracia, Manifiesto sobre la regulación del uso de la Fuerza Policial*, Salamanca, 26 de noviembre de 2011, pp. 14-16; documento disponible en la web de Jueces para la Democracia, <<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/ManyPropuestaaltfuerzapoliciaMayo12.pdf>>, consultado 29 de septiembre de 2015; así como la sostenida por CASAL HERNÁNDEZ «si se estima necesario otorgar a la policía la potestad de registrar, en ciertas circunstancias, a las personas, antes de proceder a su detención formal, habría que preverlo en disposiciones legales de carácter orgánico, [...] La ley debería limitar, además, el alcance del cacheo, así como rodearlo de ciertas garantías. [...]». *Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p.370.

¹³⁵⁰ Como habíamos mencionado, para el Tribunal Supremo, la base legal de la práctica del cacheo era el art. 19.2 de la derogada LO 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana; aunque también ha considerado que la medida de cacheo está amparada por el art. 11.1 f) y g) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. *Vid. SSTS 2623/2000*, de 31 de marzo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3139/1998, FD segundo; 1061/2000, de 14 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3686/1998, FD tercero, respectivamente. Por su parte, el Secretario de Estado de Seguridad, al elaborar la Instrucción Número 19/2005, *relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* señala, que procesalmente considerada, «la diligencia de cacheo es una actuación material que forma parte del Atestado Policial, ostentando jurídicamente el valor de denuncia, según contempla el art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» y reconoce que en el derecho positivo sólo se refiere a la materia el art. 520 LECrim, el art. 19 LO 1/1992 y los arts. 68 y 71.1 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; el primero en cuanto alude a efectuar la detención en la forma en que menos perjudique al detenido en su persona; el segundo que, entiende, sólo permite el control superficial de los efectos personales de la persona identificada, con el objeto de comprobar que no porta sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos; y los terceros, que se refieren a los internos en los centros penitenciarios. Así las cosas, creemos que el mero hecho de que se citen diversos artículos que de manera general se refieren a unas *atribuciones* de la policía sin especificarlas, o aún más, artículos que recojan habilitaciones distintas –en cuanto a la autoridad (penitenciaria no policial) y presupuestos concretos (internos en centro penitenciario, no detenidos en comisaría)—, constata nuestra afirmación en el sentido de que no había una previsión legal clara que definiera la medida del registro

Ahora bien, entendemos que esta previsión normativa no haya sido elaborada teniendo en mente la específica situación de la detención preventiva, sino que es de aplicación genérica como parte de las actuaciones que para el mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana puede y debe adoptar la policía de seguridad¹³⁵¹, tras la cual muchas veces se procede a la detención. Aun así, a nuestro parecer, puede considerarse como parte de la habilitación legal a la policía para la práctica de registros corporales en el contexto de la detención preventiva atendiendo a dos razones.

Por un lado, porque el ciudadano afectado por la detención preventiva, en el instante en que es aprehendido o como muy tarde previo a su ingreso a calabozo debe de ser revisado por motivos de seguridad, de él y de la autoridad actuante, y aun estando en una situación de sujeción personal bajo la custodia policial, ésta es pasajera y todavía no media una determinación judicial por la que se establezca un estatus jurídico distinto al del resto de ciudadanos, como sucede en el caso de quienes son ingresados a prisión; por tanto, no habría razón por la que tuviese que someterse la actuación de la autoridad administrativa a un ordenamiento distinto o especial, como es el caso de la actuación de la autoridad administrativa en el ámbito penitenciario. En este sentido, pese a que algunos pudieran aludir a los registros previstos en la normativa penitenciaria¹³⁵², creemos que ésta no puede traspolarse o migrar a la legislación ordinaria pues, como el TC lo señaló, la legislación penitenciaria no está pensada para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del internamiento en un establecimiento de esa naturaleza, basta con atender al art. 25.2 CE¹³⁵³.

corporal, como intromisión legítima en la intimidad personal, que la policía puede realizar en el marco de la detención.

¹³⁵¹ Al respecto, tenemos claro que conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se establece que el cacheo no es una diligencia de detención, sino una diligencia que restringe la libertad en menor intensidad, de escasa duración, justificada por su finalidad, que debe practicarse con moderación y con el máximo respeto a la persona, sólo cuando sea necesaria y hasta donde lo sea en aras de la finalidad de obtener los instrumentos o efectos de una actividad delictiva; y que por eso no se encuentra sometida a las exigencias constitucionales de la detención preventiva –arts. 17.2 y 3 CE y 520 LECrim—, más aún «No es que la policía tenga la facultad de cachear cuando hay sospechas de la comisión de una infracción penal, es que está *obligada a hacerlo* en cumplimiento de sus deberes inherentes a su cargo a fin de ‘investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal’» [énfasis añadido], ello con fundamento en los arts. 11.1 g) de la Ley Orgánica 2/1986 y art. 282 LECrim, con amparo constitucional en el art. 126 CE. *Vid.* STS 2130/2001, de 16 de marzo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 246/1999, FD Segundo.

¹³⁵² *Vid. supra* notas a pie 1346, 1349 y 1350

¹³⁵³ *Vid.* STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7 b).

Aunado a ello tenemos en cuenta que, aunque no existe una regulación específica que prevea el cacheo en los casos de detención, este vacío queda cubierto por la nueva redacción dada por el art. 20 de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana que regula los cacheos en general¹³⁵⁴. Hasta la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, los cacheos estaban regulados por normas sin rango de ley tales como las instrucciones de policía, pero por muchas especificidades que al respecto tengan dichos documentos, son de un rango muy distinto al de una ley orgánica que, en todo caso, es donde debe preverse el ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales –arts. 53.1- 81.1 CE—y también distan de colmar las exigencias de accesibilidad y previsibilidad para cualquier ciudadano.

Por otro lado, porque del apartado primero del artículo en comento se desprende que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán llevar a cabo la medida cuando, en ejercicio de sus funciones de indagación, donde cabe la investigación del delito y descubrimiento de los responsables, existan los indicios racionales¹³⁵⁵ de que en la persona registrada se hallarán instrumentos, efectos u objetos relevantes para esa función averiguadora –del delito— y, para que tales indicios puedan apreciarse, deberían hacerse depender de la concreta conducta de la persona. Así que, si a partir de una conducta de la persona, la policía considera que existen indicios racionales de su vinculación con un hecho delictivo, procederá a registrarla y probablemente a detenerla, o a detenerla y consecuentemente a registrarla¹³⁵⁶, para la realización de las primeras averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

En este sentido la norma habilita a una autoridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; establece el supuesto habilitante: los indicios racionales de que en la persona registrada porta consigo, y por eso hallarán, instrumentos, efectos u objetos relevantes para el

¹³⁵⁴ Cosa distinta será la constatación de la constitucionalidad del mismo, al menos por cuanto a su apartado segundo –registros en partes habitualmente cubiertas por la ropa—, sobre el cual el TC ha sido llamado a pronunciarse pues, tanto el apartado segundo de este artículo como otros de la Ley fueron impugnados tachándose de inconstitucionales, mediante Recursos de Inconstitucionalidad No. 2896-2015, admitido a trámite por providencia del 9 de junio de 2015 y No. 3848-2015, admitido a trámite en providencia del 21 de julio de 2015.

¹³⁵⁵ «[...] datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave», «'buenas razones' o 'fuerte presunciones' de que las infracciones están a punto de cometerse», *vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

¹³⁵⁶ En este sentido el Tribunal Supremo señala que «la realización del cacheo personal, tras la detención, [...] puede ser considerada como medida necesaria de seguridad, una vez producida la detención, [...]» *Vid.* STS 274/2002, de 22 de enero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso N° 3348/2000, FD primero.

cumplimiento de su función de prevención e indagación; y establece la medida, el registro corporal con dos posibilidades: registro externo y un registro que puede implicar «dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa»¹³⁵⁷, cuestión última que eventualmente provocaría una intromisión a la intimidad corporal atendiendo a las partes que hubieran de ser revisadas.

Parece positivo que: 1) para la realización de los registros corporales externos, la disposición en comento imponga a la autoridad habilitada de manera taxativa la observancia de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato, no discriminación – por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier circunstancia personal o social—. 2) Que expresamente se prevea el principio de menor injerencia y el menor perjuicio a la intimidad y a la dignidad del afectado con un registro corporal, así como la obligación de informarle de manera rápida y comprensible las razones de la realización, o sea, la motivación. 3) Que se establezcan unas garantías formales para la ejecución de la medida: que el agente que realice el registro sea del mismo sexo que la persona registrada y, para el caso de registros que exigieran dejar a la vista partes del cuerpo cubiertas normalmente por ropa, que se realicen en un lugar reservado y fuera de

¹³⁵⁷ Para algunos, esta posibilidad prevista en el apartado 2 del art. 20 LO 4/2015, constituye un Fraude de Ley, en la medida en que con este supuesto lo que el legislador hace «es facilitar una habilitación legal al registro corporal con desnudo (ya sea integral o parcial) pero el texto elude denominarlo como registro (o cacheo) con desnudo parcial o integral»; lo señalan como un fraude de etiquetas o denominación con cita en jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de diciembre de 2000) «‘sinónimo de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas. Implica, en el fondo, un acto contra legem, por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta; respetando la letra de la norma pero infringiendo su espíritu, de forma que el *fraus alterius* o *fraus homini* implica, con carácter general, un *fraus legi* que requiere, como elementos esencial, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley’». *Vid. Análisis de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana a los efectos de la posible vulneración de los artículos 1, 9.2, 10.1, 14, 15, 20, 21, 24 y 25 de la Constitución Española*, p. 23. Presentado por las siguientes organizaciones de la sociedad civil: Andalucía Acoge, Asociación Apoyo, Asociación Solcom, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Coordinadora de Barrios, Fundación Enlace, Greenpeace, Ingenieros Sin Fronteras-Asturias, Plataforma del Tercer Sector, Red Acoge, Rights International Spain, Servicio Jesuita a Migrantes, Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española; apoyado por Amnistía Internacional, Coordinadora de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo y Plataforma No Somos Delito, disponible en: <<http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3d3d492cacc2a6705ccec427f61dd51b86cof94b.pdf>>, consultado el 7 de mayo de 2015.

la vista de terceros. 4) Que se contemple la posibilidad de llevar a cabo estos registros sin el consentimiento del afectado, incluso mediante la adopción de las medidas de compulsión indispensables, pero se condicione a la observancia de las tres exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.

Sin embargo es de llamar la atención: 1) que para el caso de los registros no externos se omite señalar cuáles serían las causas que motivarían dicho registro¹³⁵⁸ limitándose a señalar «b) y si exigiera dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa». 2) Que las garantías formales para la ejecución de los registros pueden excepcionarse ante una situación de urgencia; pero ese condicionamiento de urgencia es en relación al agente¹³⁵⁹. Podría comprenderse que una situación de urgencia en la actuación policial hiciera necesario que el registro corporal lo lleve a cabo un agente del sexo opuesto a la persona registrada, sobretudo en el concreto marco de una detención preventiva; pero nos preguntamos qué situación de urgencia de riesgo grave para el agente de policía lo podría llevar a practicar un registro corporal en partes del cuerpo que normalmente están cubiertas por la ropa en un lugar que no sea reservado y ajeno a la vista de terceros. Si pensamos, p.e. en la portación de armas del sujeto a registrar, entendemos que ello sería un caso de riesgo grave y quizá inminente no sólo para los agentes, sino para el lugar donde estuviera el individuo; pero para practicar un registro corporal superficial —con más razón uno que no sea superficial— la persona a registrar habrá tenido que dar su consentimiento o a falta de este, habrá sido compelida, lo cual implicará ya un sometimiento —aún menor— al agente; por eso nos resulta difícil dimensionar la situación de urgencia por riesgo grave

¹³⁵⁸ Como el TC ha señalado «la Constitución no permite los registros arbitrarios ni inmotivados». Y, específicamente con respecto a los registros corporales, el establecimiento de una relación de causalidad entre la medida y el fin constitucional relevante, la exigencia de motivación o el modo de ejecución son requisitos que deberían contemplar las previsiones legales que recojan la medida. Al respecto *vid.* STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14 y Voto particular del Magdo. Pablo Pérez Tremps al que se adhieren las Magdas. Adela Asua Batarrita y Encarnación Roca Trías, y el Magdo. Fernando Valdés Dal Ré. Así por ejemplo, cuando el TC se ha pronunciado sobre los registros con desnudo integral en el ámbito penitenciario, ha tenido en cuenta el art. 68.2 del Reglamento Penitenciario en cuanto contempla «por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de acusar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios», pero en el caso que citamos, aun con habilitación legal, la medida no había sido debidamente justificada. *vid.* SSTC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 5.

¹³⁵⁹ Art. 20.2 LOSC «Salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes: [...]».

e inminente para un agente, que permita excepcionar las formalidades del registro corporal. 3) Que conforme al tenor literal del precepto, todos los principios reconocidos para la realización de los registros, salvo del de la proporcionalidad y sus tres exigencias, se constriñen a la ejecución de los registros externos; y ello es así porque claramente distingue el apartado tercero «los registros corporales externos respetaran [...]» entonces ¿la realización de los registros corporales no externos no exigen la observancia de tales principios? En cambio, en el apartado 4 dónde se alude a la posibilidad del uso de medidas de compulsión indispensables si se prevé que se respeten las exigencias del principio de proporcionalidad para «los registros a que se refiere este artículo», esto es, los externos y los que exijan dejar a la vista partes del cuerpo normalmente cubiertas por ropa. Al respecto, habrá que estar pendiente del pronunciamiento del Alto Tribunal con relación a la alegada inconstitucionalidad del apartado 2 de esta previsión legal¹³⁶⁰.

En otro orden de ideas, por cuanto hace a la toma de muestras biológicas, específicamente para la determinación del perfil de ADN hasta hace no mucho tiempo, como señalamos anteriormente, no existía una cobertura legal específica así que, tales análisis no tenían una consideración distinta a la genérica de cualquier prueba pericial¹³⁶¹. Sin embargo, a este respecto actualmente podemos encontrar la cobertura legal en las siguientes disposiciones:

- La Disposición adicional tercera –Obtención de muestras biológicas— de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que dispone «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»¹³⁶²

¹³⁶⁰ *Vid. supra* nota 1354

¹³⁶¹ *Vid. STC 199/2013* de 5 de diciembre, FJ 9.

¹³⁶² Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, BOE Núm. 242, de 9 de octubre de 2007.

Tal disposición implica una norma jurídica habilitante en cuanto a la autoridad, a la específica medida y presupuesto habilitante¹³⁶³: 1) a la autoridad: la policía judicial y la autoridad judicial. 2) la específica medida limitante: la toma de muestras y fluidos del sospechoso detenido y del lugar del delito, aunque creemos que es posible desprender dos modalidades de la medida, por un lado, la toma de muestras en general y; por otro lado, la toma de muestras que requieran la inspección, reconocimiento o intervención corporal, siendo que para ésta modalidad se hace preceptivo el consentimiento del afectado y a falta de éste, se impone la obligada autorización judicial en auto motivado. 3) el concreto presupuesto habilitante: para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de esa Ley¹³⁶⁴ y en los casos de la delincuencia organizada, incluida la recogida en el art. 282 *bis* 4 LECrim¹³⁶⁵.

Aunado a lo anterior, hay que citar los arts. 520.6.c) y 363 LECrim.

¹³⁶³ En este sentido recordamos las SSTC 145/2014, de 22 de septiembre; FJ 7.b); 169/2001, de 16 de julio, FFJJ 6,8. «Es necesaria la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad [...] para la imposición de la medida en el caso concreto, [...]»; no podrían ser cobertura legal específica de una medida restrictiva de derechos fundamentales aquellas disposiciones que establecen habilitaciones para la autoridad administrativa y no judicial, o aquéllas que habilitan a los órganos judiciales a adoptar la medida pero en otro ámbito jurídico o conforme a presupuestos diferentes.

¹³⁶⁴ Art. 3.1.a) LO 10/2007 «[...] delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fueren realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 *bis*, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en relación con los delitos enumerados».

¹³⁶⁵ Art. 282 *bis* 4 LECrim «[...] Se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 *bis* del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 *bis* del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 *bis* del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 *bis* del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.»

- El art. 520.6.c) segundo párrafo LECrim en donde se prevé que si el detenido se opusiera a la recogida de una muestra mediante un frotis bucal, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 10/2007, «el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

En esta disposición también es posible apreciar la triple habilitación: a las autoridades, la policía que tenga en su custodia al detenido y la jurisdiccional para autorizar la ejecución forzosa de la muestra; la medida, la recogida de muestra biológica del detenido en una forma concreta, mediante un frotis bucal; el presupuesto habilitante, la detención preventiva con motivo de alguno de los delitos enumerados en el art. 3.1.a) de la Ley Orgánica 10/2007; la garantía de procedimiento, con el consentimiento del detenido y ante la ausencia de este, por autorización judicial que, conforme a la Ley Orgánica de remisión, debería constar en auto motivado. Además, somete la ejecución de la medida al principio de proporcionalidad y al respeto de la dignidad individual.

- El art 363 LECrim, conforme al cual, «Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensable para la necesaria investigación judicial y la recta administración de Justicia. Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución judicial motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»

Esta es la previsión legislativa que el TC tuvo en consideración –conforme a su redacción anterior— a la cobertura legal de la toma de muestra de restos biológicos sin conocimiento del sospechoso detenido¹³⁶⁶.

¹³⁶⁶ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9.

Vemos que actualmente la recogida de muestras de ADN cuenta con una cobertura legal específica¹³⁶⁷, en la que se regula los requisitos y las formas para la toma de las muestras, obtenidas tanto de las personas como del lugar de los hechos delictivos.

iii) Jurisdiccionalidad

Corresponde ahora analizar el condicionamiento de la jurisdiccionalidad de las medidas con incidencia en el derecho a la intimidad personal en el contexto de la detención preventiva.

El art. 18.1 CE es omiso en cuanto a dos cuestiones trascendentales, no prevé de manera expresa la posibilidad de un sacrificio legítimo en los derechos que consagra, en lo que ahora importa, no establece límites específicos al derecho a la intimidad personal, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de derechos fundamentales reconocidos en la Sección Primera, Capítulo Segundo del Título I de la CE; al no prever límites queda

¹³⁶⁷ Siguiendo la reseña del TC, podemos referir que la primera regulación en la materia fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la LECrim que añadió un párrafo al art. 326 LECrim ordenando al Juez de Instrucción que por sí o a través de un médico forense o la policía judicial adopte medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de las huellas o vestigios biológicos que se encuentren en el lugar de los hechos; también agregó el párrafo segundo al art. 363 LECrim, en los términos que hemos señalado; el marco normativo se complementó con la Ley Orgánica 10/2007 y, agregaríamos, la nueva redacción del art. 520.6(c) LECrim por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. *Vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9. Sin embargo, en cuanto a la cobertura legal de la toma de muestras de ADN de los detenidos no podemos pasar inadvertidas las consideraciones formuladas por la Magda. Asúa Batarrita cuando señaló que «El legislador orgánico de los derechos fundamentales está inexcusablemente obligado a regular de forma precisa los supuestos de legitimidad de una injerencia típica como la que subyace al presente recurso de amparo. La intervención del legislador resulta imprescindible y desde este Tribunal debe urgirse para que quede cubierto el actual vacío legislativo.» Recuerda que la Sentencia admite en su FJ 6, que el análisis de la muestra biológica supone ya una injerencia en el derecho a la privacidad atendiendo a los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse; pero resalta que no se extraen consecuencias jurídico-constitucionales oportunas de tal afirmación, pues si se admite que dicho análisis es una injerencia en el ámbito de protección de un derecho fundamental, la consecuencia jurídica necesaria debería ser exigir «la pertinente regulación legal que establezca cuándo puede la policía tomar o recoger muestras biológicas de sospechosos detenidos para efectuar diligencias de investigación, con el fin de identificar a los autores de hechos delictivos. Es de todo punto necesario que se fijen por ley los criterios relativos a la entidad o gravedad que deben ostentar los delitos cuya investigación justifique la recogida de muestras biológicas de identificación del perfil de ADN, y que se establezca la clase de indicios o sospechas que facultarían para tal injerencia. De forma acorde con el principio de proporcionalidad, la regulación debe acoger entre sus criterios la adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego. Finalmente, esa regulación debe contener las garantías necesarias de respeto del núcleo intangible. La falta de la pertinente regulación legal conlleva la ausencia de previsión de las garantías y salvaguardas imprescindibles dirigidas a evitar que las injerencias afecten o penetren en el núcleo absolutamente protegido de la intimidad personal, en concreto, en relación con nuestro caso, para evitar que se practiquen análisis genéticos de forma indiscriminada, con finalidad prospectiva general y sin suficiente base indiciaria.» *vid.* Razonamiento 5 del Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita al que se adhiere el Magdo. Luis Ignacio Ortega Álvarez, a la STC 199/2013, de 5 de diciembre.

silenciado también lo relativo a la autoridad que podría restringir el derecho, a diferencia de lo que sí sucede p.e. en cuanto a la propia detención preventiva o a la inviolabilidad del domicilio¹³⁶⁸; y menos aún contempla algún tipo de reserva a una previa resolución judicial que autorice una limitación —no prevista—, a diferencia de lo que sí sucede con los apartados 2 y 3 del mismo precepto¹³⁶⁹.

Esa parquedad del precepto constitucional se colma con las interpretaciones del TC que, por mandato del art. 10.2 CE, ha tenido muy en cuenta lo previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las interpretaciones de su órgano jurisdiccional de garantía, en lo que ahora nos ocupa con respecto al art. 8 CEDH. Lo cual se complementa con la cobertura legal a la que hemos hecho referencia previamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, sobre todo la ausencia de reserva constitucional a favor del Juez, varias veces referida por el TC, vemos que respecto a la necesaria intervención judicial para la adopción de medidas que interfieran en el derecho a la intimidad personal, en el contexto de investigaciones penales, parece que el criterio del TC ha tenido mutaciones; a nuestro parecer, ello obedece a la distinta incidencia que las variadas actuaciones de investigación pueden tener en el derecho.

El TC señaló que «lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite. Sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en la que se halle el sujeto que pueda resultar afectado»¹³⁷⁰.

En efecto, tratándose de una investigación penal, el TC sostuvo que la afectación del ámbito de la intimidad, que en el caso hubiera sido corporal, sólo era posible por decisión judicial que previera que la medida limitante se ejecutara de forma respetuosa con la

¹³⁶⁸ El art. 17.2 CE, en la medida en que dispone la privación de libertad para la realización de unas diligencias al esclarecimiento de los hechos tras las cuales, esa autoridad pondrá al detenido en libertad o a disposición judicial. El art. 18.2 CE, en la medida que prohíbe entradas o registros en el domicilio a menos que exista, entre otros 2 supuestos, el flagrante delito. De ambos se desprende que quienes efectúan la limitación a los respectivos derechos son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad —arts. 104.1 y 126 CE—.

¹³⁶⁹ Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 b).

¹³⁷⁰ STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

dignidad personal y que no constituyera, atendiendo a las circunstancias del caso, un trato degradante¹³⁷¹.

No obstante lo anterior, también ha señalado que no es de descartarse la posibilidad de que en algunos casos y siempre que exista una conveniente habilitación legislativa, algunas actuaciones puedan ser dispuestas por la policía judicial¹³⁷², y dentro de éstas se refiere tanto a la práctica de una simple inspección o reconocimiento o, incluso, intervenciones corporales leves, siempre y cuando se observen los principios de

¹³⁷¹ Vid. STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7. Aunque hay que precisar que se trataba de actos de instrucción penal que eventualmente afectarían a una persona imputada no privada de libertad. En el caso consideró que la medida limitante acordada –un examen ginecológico–, aunque nunca ejecutada, no podía considerarse degradante o contraria a la dignidad de la persona, aunque claramente podía comprometer el ámbito constitucionalmente protegido, por tratarse de partes íntimas del cuerpo sobre las que se ordenaba someter el examen.

¹³⁷² Vid. SSTC 199/2013 de 5 de diciembre, FJ 10; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.3) y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 c), siempre recordando la STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8. Y SSTC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; 13/2014, 15/2014 y 16/2014, todas de 30 de enero, FJ 3 común, recordando la STC 207/1996, FJ 4. Hay que decir que en la STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8, fuente originaria de la afirmación, no apreciamos que se haya dicho o sugerido que con la conveniente habilitación legislativa, las actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial; se decía que las habilitaciones que había en ese caso, por lo genéricas que eran, no daban base legítima para una actuación policial; así que ciertamente no se negó que la policía judicial pudiera llegar a disponer medidas que sean injerencia en la intimidad personal, pero tampoco se dijo que sí pudiera, en realidad no se dijo nada específico en cuanto a esta cuestión. «El derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado *frente a la resolución judicial* que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio –según antes dijimos– del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las *facultades legales* que, corresponden al *Instructor*, y que el Ministerio Fiscal recuerda, para ordenar, en el curso *del sumario*, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la ‘descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la L.E.Crim.), *habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima*, por su *carácter genérico e indeterminado a una actuación policial*, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado. Y no cabe ignorar a este propósito, que la providencia [...] se orientó, en el extremo que ahora importa, a la determinación de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y respecto del cual la demandante de amparo aparecía ya, según antes observamos, con la efectiva condición de imputada, siendo de relevante consideración, a estos efectos, que la sospecha judicial sobre la realización del hecho no carecía, vistas las actuaciones, de fundamento racional, [...] Lo anterior, sin embargo, no basta para afirmar la conformidad de la decisión enjuiciada a la garantía constitucional de la intimidad personal. No es suficiente, a tal efecto, con reconocer que dicho acto afectó a persona que resultaba ya, cuando menos, imputada, pues es también preciso, junto a ello, que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*. [...]» [énfasis añadido].

proporcionalidad y razonabilidad¹³⁷³; como a unas primeras inspecciones de efectos que se le ocupen al detenido, siempre que ello sea necesario¹³⁷⁴.

Así que, por cuanto al monopolio jurisdiccional en relación con este derecho, el TC acepta la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa puedan ser dispuestas por la policía judicial algunas diligencias con incidencia en el derecho a la intimidad. Ello puede suceder cuando se cuente con el consentimiento efectivo del afectado y también cuando, con la conveniente habilitación legislativa, la actuación policial con injerencia en el derecho a la intimidad en el curso de la detención preventiva, como parte de las primeras pesquisas, responda a dos factores: la urgencia y la necesidad de la adopción de la medida por la policía judicial¹³⁷⁵.

Por cuanto al consentimiento del afectado, recordemos que éste derecho otorga al titular, cuando menos, la facultad negativa o de exclusión que impone a terceros el deber de abstenerse de intromisiones, a menos que estén fundadas en una previsión legal –con la justificación constitucional— «o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues

¹³⁷³ Vid. SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.c) y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6.

¹³⁷⁴ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2).

¹³⁷⁵ Vid. SSTC 115/2013, de 9 de mayo, FFJJ 5, 6; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 c); 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6. Respecto al monopolio jurisdiccional en cuanto al derecho a la intimidad personal, el Tribunal Supremo parece ser más laxo que el TC, pues ha señalado que «[...] No puede proclamarse precipitadamente el monopolio jurisdiccional como requisito indispensable de toda afectación de un derecho fundamental: la legitimidad constitucional de la detención policial es prueba clara de lo que se afirma. Ni siquiera sería totalmente exacto afirmar que ese es el principio general, solo excepcionado cuando la ley autorice a la policía expresamente. Actuaciones como la obligación a expulsar unas bolsas de la boca (STS de 25 de enero de 1993) o la toma de huellas dactilares (STS de 12 de abril de 1992) o la inspección del maletero de un vehículo pueden resultar admisibles sin necesidad de una previa validación judicial ni de una ley específica habilitante. Será necesaria la previa intervención judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan (registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). La afectación de un derecho fundamental por sí sola no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal (vid SSTC 206/2007, de 29 de septiembre, ó 142/2012, de 2 de junio así como STS 777/2013, de 7 de octubre). Que una actuación pueda menoscabar la intimidad -registro de una maleta o unos papeles- no significa *a priori* y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. Es más, por definición toda investigación penal tiende a desvelar aspectos que por lo general el autor del delito pretende ocultar y mantener en secreto (intimidad). La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no. Por eso la exploración de zonas exteriores, registros de almacenes particulares que no constituyen domicilio, inspección de establecimientos públicos aunque puedan afectar en algunos casos a una privacidad -intimidad- desligada del ámbito domiciliario, no exigen necesariamente autorización judicial. Posible afectación de la intimidad no comporta automáticamente previa habilitación judicial inexcusable. [...] No es legal ni constitucionalmente correcta la ecuación afectación de la intimidad-necesidad inexcusable de previa habilitación judicial. [...]» [sic]. Vid. STS 3255/2015, de 9 de julio, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 10101/2015, FD Segundo c).

corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»¹³⁷⁶.

El consentimiento del afectado tiene que ser libre, voluntario e informado para que pueda considerarse como eficaz¹³⁷⁷; además, así como el consentimiento permite la inmisión en el derecho a la intimidad, también implica que el titular tiene la potestad de revocarlo en cualquier momento¹³⁷⁸. También hay que decir que éste no tiene un carácter genérico, sino que se circunscribe a una específica acción, por ello, aun existiendo una autorización para una específica intromisión en la intimidad personal, si se subvierten los términos y el alcance de la misma, se provocará una vulneración en el derecho¹³⁷⁹.

En cuanto a la necesidad, solo podrá constatarse cuando la medida resulte la precisa para conseguir el fin que se persigue, habrá de demostrarse que sin ella el fin pretendido corría el riesgo de no alcanzarse. Sobre la urgencia, admite que la actuación policial puede resultar precisa atendiendo a la premura de la actuación, al modo de comisión del delito o a su gravedad¹³⁸⁰, a situaciones como la flagrancia¹³⁸¹ o a necesidades de intervención inmediata por peligro de pérdida o desaparición de elementos de convicción o por la imposibilidad o dificultad para poner en conocimiento inmediato de la autoridad judicial la actuación¹³⁸².

La necesidad habrá de constatarse siempre pues, como sabemos, forma parte de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad cuya observancia es obligada en caso de limitaciones a derechos fundamentales. Ésta podrá coexistir con la urgencia o con el consentimiento del afectado, sin embargo los dos últimos no necesariamente deben concurrir, de tal suerte que la medida sea urgentemente necesaria o necesaria con el consentimiento del afectado.

Por tanto, para la adopción de medidas que limiten el derecho a la intimidad personal con motivo de las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, con la existencia

¹³⁷⁶ Vid. Por todas STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14.

¹³⁷⁷ Vid. STC 135/2014, de 8 de septiembre, FJ 4.

¹³⁷⁸ Vid. STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3b).

¹³⁷⁹ En este sentido vid SSTC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 6; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3.c).

¹³⁸⁰ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 10.

¹³⁸¹ Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6.

¹³⁸² Vid. STC 23/2014, de 13 de febrero, Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita a la Sentencia al que se adhiere el Magdo. Luis Ignacio Ortega Álvarez, razonamiento 4, refiriéndose a la STC 173/2011.

de la adecuada previsión legal, «la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad.»¹³⁸³

Así que, podríamos decir que en el curso de la detención preventiva, las intromisiones en el derecho a la intimidad personal adoptadas por la policía en el contexto de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos –art. 17.2 CE— con el fin de la averiguación del delito y descubrimiento del delincuente –art. 126 CE—, no podrán reputarse como ilegítimas cuando, aún sin autorización judicial, exista la adecuada habilitación legislativa, se cuente con el consentimiento efectivo del afectado o medien las condiciones de necesidad y urgencia y, siempre, se respete el principio de proporcionalidad¹³⁸⁴.

Ahora bien, teniendo en cuenta el diferente grado de incidencia en el derecho a la intimidad al que aludíamos líneas antes, veamos la exigencia a la regla general de intervención judicial y su excepción.

A) Registros corporales o cacheos y el Derecho a la intimidad

Los registros personales de los detenidos, como hemos dicho, forman parte de las operaciones propias de la detención y, aunque hasta 2015 no se regulaban taxativamente en una previsión –con calidad de ley—, éstos son preceptivos, como se reconoce en la jurisprudencia del TS y se dispone en los documentos internos mencionados en el epígrafe anterior¹³⁸⁵. Actualmente creemos posible señalar la existencia de previsión legal, entendiendo por tal al art. 20 LOSC por las razones expuestas anteriormente¹³⁸⁶.

¹³⁸³ Vid. STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 8.

¹³⁸⁴ En este sentido STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.3).

¹³⁸⁵ Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los Comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial; Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado»; ambas con remisión a la Instrucción Número 19/2005, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; vid. supra nota a pie 1348, donde se han transcrito las disposiciones conducentes.

¹³⁸⁶ Vid. supra epígrafe c.ii) Adecuada Previsión Legal en este apartado 2.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, el registro personal inmediato tras la detención, puede considerarse como una medida necesaria de seguridad una vez producida la detención, y por eso –como la detención misma– no requiere de una especial autorización judicial¹³⁸⁷. En efecto, el registro personal del detenido responde a una finalidad preventiva de aseguramiento y de seguridad. De aseguramiento de la persona detenida y de los objetos que tenga consigo y que puedan considerarse instrumentos o efectos pruebas del delito con el que se vincula al detenido y que motiva la privación de libertad. De seguridad, tanto para el detenido como para los agentes de autoridad, en cuanto el detenido pudiera portar consigo armas o cualquier objeto que pudiera poner en riesgo su integridad o seguridad, tanto al momento de practicar la detención, como durante el traslado.

Así las cosas, la naturaleza misma del acto de aprehensión, hace que impere el factor de necesidad para ejecutar la medida y la realización del registro se subordina a una exigencia de inmediatez –urgencia–, los cuales se acentúan en caso de detenciones violentas. La presencia de estos dos factores permite justificar la ausencia de intervención judicial previa.

Ahora bien, como habíamos señalado, el registro corporal de los detenidos puede ser en ambos momentos de la detención preventiva; ya nos hemos referido al primero –aprehensión—. En cuanto al segundo momento –la custodia–, tenemos en mente el registro corporal previo al ingreso a calabozo, que responde a cuestiones de seguridad, sobre todo del propio detenido, pues se hace con la finalidad de retirarle cualquier objeto que pudiera ser utilizado para autolesionarse, causar lesiones a terceros o facilitar su fuga¹³⁸⁸. Para este registro tampoco se requiere la intervención judicial previa.

Pese a que en la jurisprudencia constitucional consultada no hemos encontrado pronunciamientos sobre los registros corporales de los detenidos, más allá de que forman parte de las operaciones de la detención; vemos que éstos sí han sido referidos en el ámbito de privaciones de libertad decididas judicialmente, específicamente en centros penitenciarios o centros de internamiento de extranjeros y, en ninguno de dichos

¹³⁸⁷ En este sentido *vid.* STS 274/2002, de 22 de enero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3348/2000, FD primero; STS 2148/2006, de 15 de marzo, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 1872/2005, FD primero.

¹³⁸⁸ Aunque este registro corporal no está regulado en una previsión legal, sólo en dos documentos internos de la autoridad gubernativa, las multicidades Instrucciones 12/2007 y 12/2015.

supuestos resulta exigible la previa intervención judicial para la práctica del registro, así que ello resulta ser un elemento común. Sin embargo sí resulta imprescindible una exigencia de estricta motivación de la autoridad actuante, que justifique la razón que provoca el registro, sea una específica situación del centro o la específica conducta previa del privado de libertad que motiva la actuación, así como la dimensión o intensidad del mismo; esta motivación debería contener la adecuada ponderación entre la gravedad de la intromisión en el derecho que se provocará con la medida y la necesidad e idoneidad, ateniendo al fin que persigue¹³⁸⁹; y además permite que el afectado conozca la justificación y, posteriormente, un eventual control judicial.

Así que, esa motivación creemos que también resulta exigible en el caso de los registros corporales —sobre todo cuando no sólo sean externos— de los detenidos previo ingreso al calabozo; tanto para que el detenido conozca la razón de la medida y el alcance de la misma, como para que ésta pueda ser objeto de una eventual revisión judicial posterior. Al respecto piénsese que la diligencia de registro del detenido, como el resto de diligencias realizadas durante la detención preventiva, deben documentarse en el atestado policial donde se tendrá que evidenciar las condiciones en que se realizó el registro corporal, atestado que será trasladado a la autoridad judicial¹³⁹⁰.

En síntesis, en el caso de los registros corporales de los detenidos, la intervención judicial previa se supe por la presencia de los factores de necesidad por la seguridad —del detenido y la policía— y urgencia —por la inmediatez de la actuación policial durante la detención—, la presencia de los indicios racionales de responsabilidad criminal y de que pueda tener consigo efectos u objetos que puedan constituir pruebas del delito que se investiga, la propia seguridad del detenido antes de ingresar al calabozo, la exigencia de motivación en la actuación, la observancia del principio de proporcionalidad y la posibilidad de control judicial ex post de la actuación policial.

¹³⁸⁹ Entre otras *vid.* SSTC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14 y jurisprudencia constitucional ahí citada; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.

¹³⁹⁰ *Vid.* STS 274/2002, de 22 de enero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso N° 3348/2000, FD primero.

B) Revisión del contenido de efectos personales y el Derecho a la intimidad

El TC tiene señalado que, por regla general, el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. Si la autorización judicial no existe, los efectos intervenidos que pertenezcan al ámbito de lo íntimo deben ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine¹³⁹¹.

Sin embargo esta regla tiene una excepción «en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En estos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad.»¹³⁹²

Al factor de la necesidad se agrega el de la urgencia y también, a la luz de la casuística consultada, la limitada incidencia en el derecho¹³⁹³; en efecto, cuando el TC ha apreciado la concurrencia de la necesidad y la urgencia para la revisión de los efectos personales del detenido, ha aludido también a que ésta ha sido menor, un «primer análisis» o «análisis preliminar» del objeto revisado¹³⁹⁴.

Así que, de manera excepcional se admite la legitimidad constitucional de que en algunos casos y con la precisa habilitación legislativa, los agentes policiales, en el ejercicio de sus funciones de investigación, ante la urgencia y la necesidad, realicen algunas actuaciones que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin la previa autorización judicial y sin el consentimiento del afectado, cuando se constata que se respetó cada una de las exigencias del principio de proporcionalidad¹³⁹⁵

Aunado a lo anterior, pueden coexistir otros factores como la gravedad de los hechos delictivos¹³⁹⁶ o la flagrancia¹³⁹⁷; el segundo parece concatenarse con la urgencia y

¹³⁹¹ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.3).

¹³⁹² Vid. *Ídem*, FJ 10.b.3)

¹³⁹³ Vid. SSTC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; 142/2012, de 2 de julio, FJ 2; 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4.

¹³⁹⁴ Vid. Por todas STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2).

¹³⁹⁵ Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; recordando las SSTC 281/2006, FJ 4; 173/2011, FJ 2; 142/2012, FJ 2.

¹³⁹⁶ Vid. STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 7.

¹³⁹⁷ Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6.

necesidad, su naturaleza implica la actuación policial inmediata; pero creemos que, en cambio, el primero no necesariamente subsume la urgencia y la necesidad¹³⁹⁸.

Sin embargo, aunque tengamos presente el fin legítimo que justifica la rápida y somera intromisión en los efectos personales de los detenidos, y los factores de necesidad y urgencia puedan justificar la intervención; por las consideraciones vertidas en el epígrafe de la Adecuada Previsión Legal, creemos que las previsiones legales existentes no habilitan con claridad a la autoridad policial para que en su actuación revisen los efectos, objetos o instrumentos que tenga consigo el detenido, pues como ya se ha dicho, en la norma se dispone que los objetos, instrumentos y efectos del delito se pongan a

¹³⁹⁸ En este sentido *vid.* STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 7 y Voto particular de la Magda. Elisa Pérez Vera. En el caso, el delito investigado, por el cual posteriormente recayó condena, era el de distribución de pornografía infantil, esto para el TC «resultaba relevante, no sólo por la modalidad delictiva y la dificultad de su persecución penal al utilizarse para su comisión las nuevas tecnologías e internet, sino fundamentalmente en atención a la gravedad que estos hechos implican»; el TC señaló que en el caso, adquiriría especial relevancia la función que se encomienda a la policía judicial de asegurar las pruebas incriminatorias, destacando que en estas infracciones, a diferencia de lo que generalmente ocurre con otras intervenciones, el delito se comete en la red, por lo que el ordenador no sólo era el medio para conocer la infracción, sino «la pieza de convicción esencial y el objeto de prueba». También tuvo en cuenta que, al momento de practicarse la intervención, la persona no estaba detenida, por lo que no parecía irrazonable que se intentara evitar la eventualidad de que, por una conexión a distancia desde otra ubicación, se procediera al borrado de los ficheros ilícitos del ordenador aprehendido o que pudiera tener en la nube de internet. Además, consideró la conveniencia de que los funcionarios policiales comprobaran con la conveniente premura la posibilidad de que existieran otros partícipes, sobre todo teniendo en cuenta que se había utilizado una aplicación informática que permite el intercambio de archivos, o que, incluso, detrás del material pedófilo descubierto, pudieran esconderse unos abusos a menores que habrían de acreditarse. Teniendo todo ello en cuenta, el TC consideró que la actuación policial había respetado el principio de proporcionalidad. Por su parte, en el Voto particular no se comparte la justificación para deducir la necesidad de la actuación policial; claramente, sin desconocer la gravedad del ilícito que se investigaba. Señala que no es posible comprender por qué, si el ordenador estaba físicamente en poder de la policía, las diligencias de investigación no podían esperar a contar con la autorización judicial para su realización; en cuanto a la posibilidad de que a través de una conexión a distancia se hubiera procedido al borrado de los ficheros del ordenador o los que pudiera tener en la nube; señala que el acceso a archivos de internet, como los que incriminaban al afectado con la medida, sólo podían realizarse si el ordenador estaba conectado a la red, por lo que no se ponía en riesgo la labor investigadora policial si, teniendo el ordenador en su poder, se mantenía apagado hasta contar con la preceptiva autorización judicial. Además, tuvo en cuenta que, desde el día siguiente de la *notitia criminis* –denuncia ciudadana– y la entrega del ordenador a la policía, el titular del instrumento permaneció detenido en dependencias policiales, hasta que un día más tarde fue puesto a disposición judicial. Así que, durante veinticuatro horas de las cuarenta y ocho que la policía se demoró en dar cuenta al juez, la policía tuvo en dependencias policiales tanto al ordenador como a su titular, por tanto, el comportamiento de este no podía poner en ningún peligro los elementos de convicción contenidos en el ordenador. A la luz de tales consideraciones, con todo y que la entrada en el ordenador fuera la medida idónea e imprescindible para establecer los elementos del delito grave investigado; no concurrían la urgente necesidad de la intervención inmediata que obviara la autorización judicial; pues durante el tiempo necesario de espera para la autorización judicial, no existía un riesgo de destrucción de las pruebas incriminatorias, ni se ponía en riesgo la investigación policial, por tanto en opinión de la Magda. Pérez Vera, la actuación policial había vulnerado el derecho a la intimidad.

disposición del Juez. Por tanto, creemos que sería deseable y conveniente una adecuación legal que con claridad permitiera esas primeras revisiones, sujetándolas a los criterios de urgencia y necesidad que ha señalado el TC, pues parece que ciertamente pueden resultar convenientes para las pesquisas y actuaciones de investigación policial.

C) Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido y el Derecho a la intimidad

En cuanto a la intimidad personal relacionada con inspecciones corporales, además la previsión legislativa, el segundo requisito siempre había sido la intervención judicial. En efecto, señalaba el TC que el derecho fundamental a la intimidad, en su aspecto de intimidad corporal, no ampara «la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio [...] del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la Constitución)»¹³⁹⁹

Sin embargo, cuando analizó la obtención de muestras de material biológico para la determinación del perfil de ADN de los detenidos, sin que se contara con el consentimiento y menos aún el conocimiento del afectado, eximió la intervención judicial previa; señalando que el hecho de que la Constitución no exija una reserva a favor del Juez en relación con el derecho a la intimidad, hace que no quepa ver en la legislación de desarrollo una reserva judicial para acordar la práctica de todo análisis químico; en el que durante algún tiempo podía tener cabida, en un sentido amplio, el análisis de ADN¹⁴⁰⁰.

La actuación policial consistió en la obtención de una muestra biológica a partir de un esputo del detenido en la celda donde se encontraba privado de libertad y que adolecía de autorización judicial, esto es, «una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin

¹³⁹⁹ STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8.

¹⁴⁰⁰ *Vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 9, refiriéndose al primer párrafo del art. 363 LECrim «Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.»

intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal»¹⁴⁰¹. Aunque tenemos que subrayar, los hechos analizados por el TC tuvieron lugar antes de las previsiones legislativas sobre recogida de muestras de ADN señaladas en el epígrafe anterior; pero también hay que decir que a partir de esta resolución se estableció una doctrina respecto a esta forma de proceder policial para la obtención de muestras de material biológico de los detenidos, como actos de investigación, la cual ha sido reiterada en tres ocasiones¹⁴⁰² y extendida a actos de investigación policial previos a la detención¹⁴⁰³. Ahora bien antes de referirnos concretamente a la justificación que exige la previa intervención judicial, debemos precisar dos cuestiones. Primero, con cita en la jurisprudencia del TEDH, el TC reconoció que la realización del análisis de ADN del detenido supuso una injerencia en su derecho a la intimidad por la mera puesta en riesgo¹⁴⁰⁴; señalando que el TEDH «sitúa el origen de la lesión en que la conservación de las muestras biológicas y los perfiles de ADN utilizados para la identificación supone, en sí misma considerada, una injerencia en la intimidad personal por su potencial utilización para la obtención de informaciones sensibles [...]», y que distingue entre la conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de futuros hechos delictivos de aquéllos otros casos en los que «la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha ha cometido»¹⁴⁰⁵ por lo que para el TC «el reproche del TEDH se dirige a la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, pero no a la identificación de los autores de hechos delictivos a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso `con vestigios anteriores conservados en la base de

¹⁴⁰¹ Tal y como se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo, *vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 2.

¹⁴⁰² *Vid.* SSTC 13/2014; 15/2014; 16/2014 todas de 30 de enero, con la diferencia de que la muestra se obtuvo a partir de un cigarrillo tirado en la celda.

¹⁴⁰³ *Vid.* SSTC 23/2014, de 13 de febrero y 43/2014 de 27 de marzo.

¹⁴⁰⁴ *Vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FFJJ 6, 7, refiriéndose a STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 68-77; *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514/05, de 7 de diciembre de 2006, párr.2.

¹⁴⁰⁵ *Vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FFJJ 6, 7 citando STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 100.

datos'. (§ 116)»¹⁴⁰⁶ entendiendo así que la censura se realiza a la conservación de los datos personales; por lo que, del análisis de la jurisprudencia del TEDH se desprende que «el peligro potencial de revelación o de acceso a datos que inciden en la intimidad personal constituye en sí mismo una injerencia en el derecho a la vida privada »¹⁴⁰⁷

Creemos importante, con base en los mismos criterios del TEDH citados por el TC, recordar que aquél ha reconocido que la toma de una muestra bucal para obtener material celular ya supone una intromisión en el derecho a la intimidad¹⁴⁰⁸; pero que en los dos casos del TEDH citados por el TC, la cuestión radicaba en determinar la afectación en la vida privada –art. 8 CEDH—de los afectados con la toma de la muestra para la inclusión de su perfil de ADN en una base de datos, siendo que en ambos casos las muestras habían sido obtenidas con conocimiento de los privados de libertad, unos en detención preventiva¹⁴⁰⁹ y el otro condenado a prisión¹⁴¹⁰. Así que, en cuanto a la concreta cuestión de las garantías a observar para la toma de la muestra, en las Sentencias de referencia del TEDH no podía desprenderse nada y era una buena oportunidad para que el TC delineara algunas¹⁴¹¹. Lo que, a nuestro parecer, claramente se deduce del criterio del TEDH es que provoca una intromisión en el derecho a la vida privada –que no la hace *per se* ilegítima—, que la toma de la muestra de ADN es con conocimiento del detenido, y que reconoce que tiene el fin de vincular a una persona concreta con el delito específico del cual resulta sospechosa; así que parece no admitir –al menos porque nada dice al respecto—la toma de muestras subrepticias¹⁴¹², que era la cuestión que el TC tenía frente a sí.

¹⁴⁰⁶ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6, citando STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 116.

¹⁴⁰⁷ Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6.

¹⁴⁰⁸ Vid. *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514/05, de 7 de diciembre de 2006, párr.2.

¹⁴⁰⁹ Vid. STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr.10-11

¹⁴¹⁰ Vid. *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514/05, de 7 de diciembre de 2006, párr.2.

¹⁴¹¹ Como señalara la Magda. Asúa Batarrita cuando manifestó su discrepancia tanto con el fallo como con «la construcción del canon de constitucionalidad aplicable al supuesto enjuiciado» que cobraba gran importancia porque era la primera vez que el TC se pronunciaba sobre las garantías que deben respetarse en la toma subrepticia de muestras biológicas expulsadas de manera voluntaria «por una persona sometida a investigación por delito, que además se encuentra detenida bajo custodia policial. La Sentencia de la mayoría elude la discusión *iustificada* propia de nuestra jurisdicción, cuya ineludible función es la tutela de los derechos fundamentales [...]» vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita al que se adhiere el Magdo. Luis Ignacio Ortega Álvarez, razonamientos 1 y 5.

¹⁴¹² Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita al que se adhiere el Magdo. Luis Ignacio Ortega Álvarez, razonamiento 4.b). Cuando señala que la doctrina del TEDH en cuanto las muestras biológicas y perfiles de ADN referida por el TC, exige la «vinculación de la persona

Segundo, el TC, recordando que la injerencia en el derecho a la intimidad tiene que estar orientada a la consecución de un fin legítimo, como es el caso de la investigación del delito y la determinación de los hechos relevantes para el proceso penal consideró que, con respecto a las pruebas de ADN, el TEDH considera legítima la práctica de tales análisis cuando está «destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha ha cometido»¹⁴¹³. Así, la medida consistente en la obtención del ADN del detenido a partir de la saliva arrojada en su celda tenía la finalidad de ser comparada con el ADN obtenido a partir de una muestra biológica hallada en un objeto utilizado en la comisión del delito, con el fin de descubrir a la persona que había utilizado tal objeto en la perpetración de un hecho delictivo de notoria gravedad –daños terroristas—por el que finalmente fue condenado el detenido. Así que, para el TC, no había duda de la concurrencia del fin legítimo¹⁴¹⁴.

Ahora bien, reconociendo la injerencia en el derecho a la intimidad –por la puesta en riesgo— y el fin legítimo de la medida, el TC señaló que existían unas circunstancias excepcionales, concretamente cinco factores que permitían considerar que aunque «el análisis de ADN no hubiera sido ordenado judicialmente»¹⁴¹⁵ no se lesionaba el derecho a la intimidad personal del detenido.

1) Una escasa –o quizá nula—incidencia material en la intimidad personal del detenido, por el riesgo de que el análisis de ADN fuera más allá de una identificación neutra –porque la prueba se realizó sobre las regiones no codificantes de ADN—, por lo que la información obtenida era meramente identificativa de la persona a quien pertenece¹⁴¹⁶.

Así que la lesión, en todo caso, hubiera derivado de la conservación y utilización futura del perfil de ADN obtenido a partir de la saliva expulsada de manera espontánea por el detenido; pero no de la comparación neutral y exclusivamente identificativa del perfil de ADN del detenido con el extraído de los vestigios del delito investigado. Por lo que, aunque

sospechosa cuyo perfil se analiza, con un delito concreto objeto de investigación, excluyendo la validez de los análisis realizados para investigaciones de carácter general o prospectivo.»

¹⁴¹³ *Cfr.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8; con cita en STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, párr. 100.

¹⁴¹⁴ *Vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8

¹⁴¹⁵ *Vid. Idem.*, FJ 10.

¹⁴¹⁶ *Vid. Ibidem.*, FJ 10.

se admite el peligro de futuros usos desviados del perfil de ADN del detenido y que ello podría constituir una injerencia actual en la intimidad personal por el mero riesgo, no había lugar a hacer consideraciones a este respecto, dado que en ese proceso de amparo no era el supuesto concretamente analizado¹⁴¹⁷.

En efecto, creemos que como no era ese el supuesto analizado, sí podía haber vertido consideraciones específicas sobre la forma de obtención de la muestra en la medida en que, como él mismo lo reconoce al citar al TEDH, la toma de la muestra supone ya una intromisión en el derecho; hubiera sido deseable que el TC se pronunciara sobre la legitimidad constitucional de la obtención subrepticia de la muestra, visto como acto de investigación de la policía para acreditar el hecho punible y su autoría.

La razón que puede hacer comprensible que no se pronunciara al respecto, es que el TEDH valora la extracción del material corporal como una intromisión en la vida privada, ex art. 8 CEDH; en tanto que, conforme a la doctrina del TC, las extracciones corporales para análisis inciden, en principio, en el derecho a la integridad y, en ese sentido, en este caso no hubo extracción alguna.

2) La actuación pericial, limitada a las regiones de ADN no codificante, se ajustaba a estándares derivados de la normativa nacional e internacional reguladora del uso forense del ADN, «con la que se asegura que no se va más allá de la identificación neutral del sujeto»¹⁴¹⁸

3) La urgencia. El TC reconoció que el análisis jurídico de las cuestiones suscitadas exigía un estudio individualizado de las distintas fases de la actuación policial controvertida –entiéndase, la recogida subrepticia y posterior análisis—; pero señaló que no podía desconocerse que «las circunstancias concretas del caso, consideradas en su globalidad», requerían una actuación urgente. La recogida de la saliva expulsada súbitamente requería la rápida recogida, su urgente remisión al laboratorio para su conservación y análisis, para

¹⁴¹⁷ Vid. *Íbidem.*, FJ 10.

¹⁴¹⁸ Vid. *Íbidem.*, FJ 10. Al respecto, cita la resolución del Consejo, de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2001/C 187/01) —actualizada luego por la resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009—, así como el Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, con instrumento de ratificación publicado en BOE Núm. 307, de 25 de diciembre de 2006.

evitar el riesgo de degradación de la muestra biológica, contribuir al aseguramiento de la cadena de custodia y disminuir las posibilidades de contaminación de la muestra mediante el tratamiento de la misma siguiendo los protocolos ordinarios de actuación¹⁴¹⁹.

4) Falta de exigencia de intervención judicial en la previsión legal ordinaria. Puesto que, el conjunto normativo vigente al momento de los hechos, no preveía expresamente la intervención judicial con carácter necesario¹⁴²⁰.

5) Control judicial posterior. Al respecto consideró que la «merma del control judicial» que pudo haberse derivado de la ausencia de autorización judicial, se desvanecía por la aportación al proceso del resultado del análisis compartido realizado. Considerando que la autoridad judicial estaba en disposición, tanto de realizar por sí el juicio de ponderación sobre la diligencia pericial, como de completar el ya realizado, pues el carácter pericial de la diligencia –análisis de la muestra— y la disponibilidad de las muestras a analizar, hacen que la pericia pueda no sólo ser sometida a debate en cuanto a sus conclusiones, sino que hasta pueda reiterarse con autorización judicial¹⁴²¹.

Vemos pues, que aunque la doctrina del TC sobre las intromisiones en el derecho a la intimidad en el contexto de investigaciones penales, había sido que la previa intervención judicial puede eximirse, ante acreditadas razones de necesidad y urgencia, consentimiento del afectado –detenido—y siempre con la observación del principio de proporcionalidad ex

¹⁴¹⁹ Vid. *Íbidem.*, FJ 10. Al respecto nos sumamos también a la crítica hecha por la Magda. Asúa Batarrita en su Voto particular en cuanto a que, los argumentos utilizados para descartar la necesidad de la orden judicial para realizar en análisis de ADN aludiendo a «una hipotética concurrencia de circunstancias excepcionales, resultan contradictorios con la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos referida en la propia Sentencia[...] son argumentos que se traducen en meras afirmaciones voluntaristas, como cuando se dice de forma tan genérica que 'las circunstancias concretas del caso, consideradas en su globalidad', sin más especificación, 'requerían una actuación urgente' para evitar el riesgo de degradación de la muestra biológica y para asegurar la cadena de custodia'».

¹⁴²⁰ Vid. *Íbidem.*, FJ 10.

¹⁴²¹ Vid. *Íbidem.*, FJ 10. Sobre esta consideración también coincidimos con la Magda. Asúa Batarrita, cuando señala que parece que se invierte el modelo constitucional de tutela que se basa en la previa autorización judicial como «regla general para la realización de pruebas periciales que afectan a derechos fundamentales; una tal laxitud avoca a que los jueces puedan quedar excluidos de la autorización previa y que baste la iniciativa policial de recogida y análisis de muestras biológicas, e incluso puedan quedar excluidos del control *a posteriori* cuando en función de los resultados de los análisis policiales, aquellos que resulten negativos no sean comunicados a la autoridad judicial ni aportados a proceso judicial alguno», en dichos casos se prescindiría de la garantía de control y dirección judicial, quedando la práctica a discreción de la autoridad policial. *vid.* Razonamiento 4 d) del multicitado Voto particular de la Magda. Adela Asúa Batarrita.

ante, susceptible de valoración judicial *ex post*; parece que en este caso concreto existió, cuando menos, un apartamiento a su propio criterio.

Así las cosas, a partir de esa primera sentencia del TC y de las que en la misma materia han tenido lugar, no es fácil desprender unas garantías que debieran respetarse para la toma subrepticia de muestras biológicas expulsadas voluntariamente por un detenido en dependencias policiales y, en cambio, parece que la actuación policial para la obtención de la muestra para la determinación del perfil de ADN sin conocimiento del detenido, puede prescindir de una previa intervención judicial, sin que se aprecie lesión del derecho a la intimidad –así ha sido cuando el perfil se ha obtenido a partir de cigarrillos abandonados en la celda¹⁴²²—. En este sentido, son de destacar las consideraciones expuestas por la Magda. Asúa Batarrita en su Voto particular¹⁴²³ y creemos que sería deseable que al menos se considerara necesaria la solicitud de autorización judicial para la realización del análisis de la muestra, es decir, no ya para la obtención misma de la muestra sino para el acto de la extracción de información de ésta que, definitivamente, pertenece al ámbito de la intimidad.

Al respecto una última cuestión, la cobertura legal actual para la toma de muestras de ADN llama nuestra atención en cuanto a que la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 10/2007 se refiere a «la toma de muestras y fluidos del [...] detenido [...] así como del lugar del delito»; luego señala que la toma de muestras que requieran la inspección, reconocimiento o intervención corporal, deberán contar con una autorización judicial en auto motivado cuando no haya consentimiento del afectado. Entonces, la precisión hecha a cuando la toma de la muestra requiera inspección ¿debe entenderse en el sentido de que se contemplan unas muestras que requieren y otras que no requieren inspección y por tanto no requieren autorización judicial? Si es así, entonces parece que conforme a la legislación ordinaria es posible la toma subrepticia de muestras, y ello podría acomodarse

¹⁴²² Vid. SSTC 13/2014; 15/2014; ambas de 30 de enero.

¹⁴²³ Cuando señala que en la STC 199/2013, el Tribunal, en lugar de resolver sobre dichas garantías, optó por «acumular argumentos marginales a la cuestión debatida», basándose en 3 criterios: 1) la no necesidad de autorización judicial previa; b) suficiencia de cobertura legal –arts. 282 LECrim y 11.1 LO2/1986—, como marco que legitima la recogida y análisis de muestras, dejando de lado la peculiar naturaleza de las muestras de ADN que contiene un potencial informativo que sitúa en el ámbito de la intimidad; y c) la proporcionalidad de la actuación de recogida y análisis, atendiendo a una limitada incidencia *de facto* o *a posteriori* en el derecho a la intimidad, una injerencia inocua por la mera recogida sin toma forzosa. Vid. STC 199/2013, de 5 de diciembre, razonamiento 5 del Voto particular referido.

al criterio que el TC sentó a partir de la STC 199/2013 y ha reiterado en las SSTC 13/2014, 15/2014 y 16/2014 tratándose de tomas de muestras obtenidas a partir de materiales «abandonados» por los detenidos –cigarrillos—y en las SSTC 14/2014 y 23/2014, extendiéndose a la toma de muestras a partir de objetos abandonados en lugares públicos por lo sospechosos, a partir de cuyo resultado con posterioridad se detuvo y procesó a los afectados. También hay que decir que aún no hay criterios del TC en donde se pueda apreciar la valoración de la toma de muestras conforme a la legislación actualmente vigente, y por ello ha mantenido la doctrina comenzada en la STC 199/2013.

Motivación de la medida y control judicial ex post

En la resolución judicial que autorice la limitación del derecho a la intimidad deberán hacerse valer ante el sujeto afectado los intereses a los que sirve la decisión de la autoridad judicial, intereses que deberán ser públicos y entendemos de protección constitucional – como es el caso de la investigación de los delitos—, tendrá que contar con la debida fundamentación en una inexcusable previsión legislativa que delimite la actuación y además, muy subrayadamente, deberá ser perceptible la razonable y razonada apreciación de la situación en la que se encuentre el sujeto que resultará afectado, en ese sentido el TC señaló que «no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación [limitante del derecho], como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta de toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone»¹⁴²⁴ en otras palabras, en la resolución judicial deberá apreciarse la concreta ponderación judicial sobre el fin específico que se persigue con la medida, la conexión entre el sujeto afectado con la medida y el delito que se investiga y la proporcionalidad –necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto—entre el sacrificio del derecho y el bien jurídico constitucionalmente protegido ante el cual cede aquel.

Igualmente, cuando sea la autoridad administrativa quien disponga una actuación que infiera en la intimidad personal del detenido, debería aducir tanto a la previsión legal en

¹⁴²⁴ Vid. STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7.

que ampara su proceder como al juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido del cual se evidencie la proporcionalidad de la medida¹⁴²⁵.

Aunado a ello, debería constatarse el consentimiento del afectado o ante la ausencia de tal consentimiento, los factores de necesidad y urgencia, pues ello resulta indispensable para poder justificar que se haya excepcionado la intervención judicial. La valoración de dichos criterios debe realizarse por la policía *ex ante*, pues solo así podrá entenderse que se configuró el presupuesto habilitante de la intromisión en la intimidad sin intervención judicial, y será susceptible de control judicial *ex post* así como el principio de proporcionalidad¹⁴²⁶.

La constatación *ex post* de la falta de presupuesto habilitante, del respeto al principio de proporcionalidad, y agregaríamos de la ausencia de habilitación legal, implicará una vulneración al derecho fundamental y tendrá efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba obtenida –si es que así fue—por haber sido con vulneración de derechos fundamentales¹⁴²⁷.

Sucintamente, tanto en la motivación de la resolución judicial, como en la de la decisión administrativa –cuando exista habilitación legal— que adopten una medida limitante del derecho a la intimidad, debe poder apreciarse la valoración de la adopción de la medida a la luz del principio de proporcionalidad¹⁴²⁸.

iv) Proporcionalidad

Teniendo en cuenta que, con respecto a este derecho la Norma Fundamental no prevé de manera expresa la posibilidad de su limitación y menos una reserva en favor del juez, específicamente en actuaciones en el marco de la detención preventiva, la disminución de su ámbito de protección ante la existencia de un interés constitucionalmente prevalente

¹⁴²⁵ *Vid. mutatis mutandis* STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3, recordando la STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y jurisprudencia ahí citada.

¹⁴²⁶ En este sentido *vid.* STC 173/2011, de 7 de noviembre, FFJJ 2,6.

¹⁴²⁷ *Vid.* SSTC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.5).

¹⁴²⁸ STC 37/1989, de 15 de febrero, FFJJ 7,8. El TC recuerda la regla de la proporcionalidad de los sacrificios, cuya observancia es obligatoria para proceder a la limitación de un derecho fundamental, el respeto a esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepciona o restringe el derecho, «pues solo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.»

cobra especial relieve la más estricta observancia del principio de proporcionalidad que, como el intérprete de la Constitución reconoce, se trata de «'[...] un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales...y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su contenido, se erige en el límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley exigencias positivas y negativas'»¹⁴²⁹

En ese sentido, recordamos que cuando el TC se refirió la habilitación legal de la policía judicial para practicar alguna injerencia en el derecho a la intimidad del detenido al momento de la detención, con cita en la estricta necesidad a la que aludía el art. 14 LOSC 2/1992 –y que reitera su homónimo vigente— dijo que esa «estricta necesidad» había que entenderla como la «exigencia legal de una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad»¹⁴³⁰.

A la luz de lo anterior, creemos dable sostener que una injerencia en el derecho a la intimidad personal con motivo de alguna actuación policial de investigación penal, en el contexto de la detención preventiva, deberá satisfacer una exigencia reforzada del principio de proporcionalidad, esto es, conforme a los aludidos dos criterios del Alto Tribunal, la que se infiere de diversos preceptos constitucionales y que se refuerza por la exigencia legal del cumplimiento del mismo.

Como hemos venido mencionando a lo largo de este trabajo, de este principio nacen tres requisitos: la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto¹⁴³¹. Así las cosas, el juicio de proporcionalidad habrá de valorar el balance entre la intromisión al derecho a la intimidad personal frente a un bien o derecho fundamental que merezca mayor protección, que en nuestro caso es la investigación de hechos delictivos, en el contexto de la detención preventiva con motivo de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento de delincuente –arts. 17.2 y 126 CE—.

¹⁴²⁹ Cfr. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.4); en similar sentido SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.

¹⁴³⁰ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.2) y comentario en nota a pie 1308

¹⁴³¹ Cfr. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.4) y *supra* notas a pie 165, 1041 y 1154.

Ahora bien, aunque la valoración de los requisitos del principio de proporcionalidad se haga a la luz de las circunstancias de cada caso; de manera general debe señalarse que cuando la intromisión en la intimidad exige reserva judicial, la resolución que autoriza la medida deberá ponderar de manera razonada, de un lado la gravedad de la intromisión que la actuación que autoriza comporta para el afectado y, de otro lado, la imprescindibilidad de la intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*. En cuanto a la gravedad de la intromisión, se valora por referencia, tanto al criterio socialmente dominante, como a la conducta que, a la luz de los indicios racionales, es atribuida al sujeto pasivo de la actuación prevista. Por cuanto a la imprescindibilidad de la intromisión, hay que distinguir entre una actuación que se dirige a identificar a un presunto culpable de un delito cuya existencia es cierta, de aquella que solo persiga la obtención de una prueba adicional que se sume a otras que, de carácter indiciario, se crea que existen sobre la comisión real del delito cuya existencia se sospecha¹⁴³². En este sentido hay que recordar, la necesidad de constatar la relación existente entre la causa que justifica la medida limitante del derecho – averiguación del delito—y el sujeto afectado por tal limitación, es decir, el *prius lógico del juicio de proporcionalidad*: sólo son lícitas las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales que afectan a quienes de manera fundada pueden ser tenidos provisionalmente como responsables del delito investigado o se hallen relacionados con ellos¹⁴³³.

En similar sentido, cuando sea la autoridad policial quien disponga la medida limitativa del derecho, con la adecuada habilitación legal, deberán valorarse *ex ante* la proporcionalidad de la medida, tomando como referencia las exigencias previamente señaladas, de tal suerte que sea posible apreciar la ponderación en un control judicial ulterior.

Al margen de lo dicho en abstracto, la concreta apreciación del respeto al principio de proporcionalidad tiene que hacerse atendiendo a las circunstancias de cada caso, así que de manera general nos referiremos a los criterios del TC que, en aplicación de este

¹⁴³² Vid. STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8.

¹⁴³³ Por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

principio, ha sentado en el caso de las tres injerencias a la intimidad personal que, en el marco de la detención preventiva, venimos comentando.

A) Registros corporales o cacheos y el Derecho a la intimidad

Recapitulando, cuando el TC se ha pronunciado sobre los registros corporales –incluso con desnudo— estableciendo una doctrina con respecto a las exigencias a seguir, ha sido en el ámbito de privaciones de libertad acordadas judicialmente, cuando las personas registradas están sometidas a un régimen especial de sujeción –centro penitenciario centro de internamiento para extranjeros¹⁴³⁴—; en el concreto ámbito de la detención preventiva, sólo se reconoce al registro corporal o cacheo, como una operación propia de la detención¹⁴³⁵. En ninguno de estos casos es preceptiva la previa intervención judicial; quien dispone y ejecuta la medida es la autoridad policial, lo cual no es óbice para que la autoridad policial observe las exigencias de motivación que permitan apreciar la proporcionalidad la medida.

El Tribunal Supremo considera que el cacheo del detenido estaba amparado por la ley de seguridad ciudadana –ex art. 19— y aunque ha llegado a señalar que en los cacheos externos no operan las garantías constitucionales del art. 18 CE, sí lo sujeta a las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y respeto a la dignidad y decoro del detenido¹⁴³⁶.

La finalidad del registro corporal del detenido es doble: por un lado, la propia seguridad del detenido y del lugar donde estará en custodia. Y por otro, la de comprobar que no tenga consigo objetos, instrumentos o efectos que puedan ser prueba o medio de la conducta delictiva con la que se le vincula¹⁴³⁷.

Así, los registros corporales externos se evidencian como el medio necesario a través del cual pueden descubrirse y asegurarse algunos objetos o efectos que pudieran probar la

¹⁴³⁴ Vid. SSTC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14; 204/2000, de 24 de julio; 218/2002, de 25 de noviembre; 57/1994, de 28 de febrero.

¹⁴³⁵ Vid. STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 5 a).

¹⁴³⁶ STS 2148/2006, de 15 de marzo, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 1872/2005, FD Primero.

¹⁴³⁷ La finalidad relativa a la seguridad, se encuentre plenamente contemplada en las Instrucciones 12/2007 y 12/2015, aludidas anteriormente, documentos que por su naturaleza son insuficientes para considerarse cobertura legal de la actuación. En la jurisprudencia del TS la encontramos en STS 2148/2006, de 15 de marzo, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 1872/2005, FD Primero; STS 274/2002, de 22 de enero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3348/2000, FD Primero.

vinculación del detenido con el hecho delictivo que motiva la detención, al tiempo que retirar aquéllos que pudieran poner en riesgo la seguridad del propio detenido o de los agentes actuantes; se revela como idóneo, toda vez que parece no haber otra medida que provoque una menor intromisión en la intimidad personal del detenido para verificar qué objetos tiene consigo y de esos cuáles podrían dar luz sobre el hecho delictivo que se investiga. Pero ¿hasta dónde puede llegar el registro corporal de una persona sometida a detención preventiva?

Tomando como referencia los criterios del TC en cuanto a los registros corporales de personas privadas de libertad, sobre todo cuando se trata de registros corporales en partes íntimas, no es suficiente con invocar un interés, que en el caso de la detención preventiva sería la seguridad del detenido y de los agentes, en todos los casos; y también podría ser el descubrimiento de objetos del delito que se sospechara tuviera el detenido en su poder. Será preciso cohonestar tal interés con el derecho a la intimidad del detenido; así que tendría que ponderarse de un lado, la gravedad de la intromisión a la intimidad; y del otro lado, si el registro corporal —sobre todo en caso de ser sobre partes del cuerpo habitualmente cubiertas por ropa— resulta imprescindible para conseguir el fin que se persigue que, en este último caso más que por razones de seguridad, obedecería a las sospechas fundadas de que el detenido ocultase bajo sus ropas o en alguna cavidad corporal, algún objeto que pudiera ser prueba del hecho delictivo que motivó la detención¹⁴³⁸, tal ponderación exige que la medida esté debidamente motivada por la autoridad gubernativa¹⁴³⁹.

Así que, reconocida la injerencia en el derecho a la intimidad y justificada la ausencia de intervención judicial previa, para el Tribunal Supremo no se considerará una intromisión ilegítima y, podríamos agregar que satisfaría el requisito de proporcionalidad, si se

¹⁴³⁸ Como ejemplo, piénsese en el caso de que el detenido ocultara bajo su ropa algún paquete de estupefacientes, quizá no amerite un tocamiento corporal pero sí podría ameritar un despojo de ropa; y dependiendo de las partes exhibidas podrá ser una intromisión en la intimidad personal *lato sensu* o corporal —*stricto sensu*—.

¹⁴³⁹ Sobre registros con desnudo integral *vid. mutatis mutandis* SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6 y 218/2002, de 25 de noviembre, FFJJ 4, 6. En estos casos se refería a la exigencia de fundamentación que debe colmar la Administración penitenciaria y que no habría sido observada, pues en los registros corporales ordenados no se apreciaba la existencia de una situación que justificara la medida, ni tampoco que el comportamiento de los afectados pudiera generar sospechas o indicios de que ocultara objetos o sustancias que pusieran en peligro la seguridad o convivencia ordenada en el centro.

respetan las siguientes condiciones: a) que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo; b) que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado; y c) que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes¹⁴⁴⁰. Cuestiones que, como ya lo hemos mencionado, pueden desprenderse del art. 20 de la Ley Orgánica 4/2015.

Por último, aunque esta diligencia forme parte de las operaciones habituales de la detención, para su práctica no se requiere la presencia de letrado¹⁴⁴¹.

B) Revisión del contenido de efectos personales y el Derecho a la intimidad

La revisión de efectos personales al momento o inmediatamente después del primer momento de la detención preventiva puede encuadrarse dentro de las diligencias que se practican en el curso de la investigación de un delito, orientada a la averiguación de éste y a la recogida de instrumentos, efectos y pruebas del mismo, por tanto existe un fin legítimo de interés general.

Además, se ha considerado que existe habilitación legal para la actuación policial conforme a la que el TC ha referido genéricamente¹⁴⁴². Sobre la justificación a la ausencia de intervención judicial previa y la valoración de la proporcionalidad de la injerencia, el Alto Tribunal consideró lo siguiente:

1) En el caso de la agenda personal y documentos —que no eran correspondencia— que el detenido traía consigo, podía excepcionar la regla de la intervención judicial porque constaban razones para entender que la actuación policial era necesaria; tuvo en cuenta que la guardia civil investigaba un delito de tráfico de drogas con implicaciones internacionales y en el marco de lo que parecía ser una red de criminalidad organizada, ello era relevante más que por la gravedad del delito, por la modalidad delictiva y la dificultad

¹⁴⁴⁰ Vid. STS 2148/2006, de 15 de marzo, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 1872/2005, FD Primero; STS 2623/2000, de 31 de marzo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3139/1998, FD Segundo.

¹⁴⁴¹ En ese sentido señala el Tribunal Supremo que «la presencia de Letrado no supone un 'plus' de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y [...]; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia» vid. STS 2148/2006, de 15 de marzo, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 1872/2005, FD Primero; STS 2623/2000, de 31 de marzo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 3139/1998, FD Segundo.

¹⁴⁴² Vid. Epígrafe c. ii) Adecuada Previsión Legal relativo a este derecho.

de la persecución penal. También valoró que la investigación policial había dado como resultado la detención de varios sujetos en el curso de una entrega controlada, y que podía suponerse que había otros implicados o datos relevantes que pudieran extraerse de un primer examen de los objetos intervenidos al detenido, por ello consideró como razonablemente necesaria la intervención policial inmediata, ya que una eventual espera para la autorización judicial probablemente hubiera hecho inútil la intervención. La valoración *ex post* del principio de proporcionalidad evidenciaba que se trató de una medida idónea para la investigación del delito (agenda y documentos en ella, de donde se podían extraer y así ocurrió, pruebas incriminatorias y nuevos datos para la investigación); resultó imprescindible en el caso concreto (no había una medida menos gravosa) y fue ejecutada en forma tal que el sacrificio del derecho no resultó desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas¹⁴⁴³.

2) En el caso de la revisión de la agenda de contactos de unos teléfonos móviles abandonados en el lugar de la comisión del delito, se tuvieron en cuenta el factor de la flagrancia, al ser sorprendidos los responsables huyeron del lugar donde fue encontrada y aprehendida importante cantidad de droga, armas y otros efectos, entre ellos, los dos teléfonos cuya agenda fue revisada, así que también se consideró la gravedad del delito, pues se trataba de tráfico de estupefacientes. La intromisión en la intimidad, con motivo del acceso a la agenda de contactos facilitó la inmediata identificación, localización y posterior detención y puesta a disposición judicial de los cuatro presuntos responsables. Todo ello reveló como necesaria e idónea la actuación policial de intromisión en la intimidad de quienes habían huido, materializada en una limitada revisión de uno de sus efectos personales –teléfono—. En la proporcionalidad, valoró que la actuación no había exigido algún tipo de maniobra especial, dado que los teléfonos móviles estaban encendidos en el lugar de los hechos donde habían sido sorprendidos los responsables, así que parecían evidentes los factores de urgencia y necesidad, para evitar la huida que habían emprendido quienes fueron sorprendidos en flagrancia custodiando droga; así que la actuación policial logró evitar que los responsables se sustrajeran a la acción de la justicia. En conclusión, el sacrificio del derecho a la intimidad fue mínimo en comparación

¹⁴⁴³ Vid. STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.c).

con los beneficios para el interés general, la ausencia de intervención judicial se justificaba por los factores de urgencia y necesidad, que además se hacían evidentes y avalaban debido a la flagrancia¹⁴⁴⁴.

C) Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido y el Derecho a la intimidad

No está en discusión que, en el contexto de investigaciones penales y específicamente durante la detención preventiva, la toma de una muestra de material biológico para la determinación de perfil de ADN del detenido es una intromisión en la intimidad –art. 18.1 CE –en la vida privada –art. 8 CEDH–; pero que puede entenderse ajustada al fin legítimo de averiguación del delito y descubrimiento de los delincuentes –art. 126 CE–¹⁴⁴⁵, siempre y cuando la medida cuente con una cobertura legal y pueda ser considerada como necesaria en una sociedad democrática¹⁴⁴⁶.

Como señalamos anteriormente, parece no haber un criterio del TEDH relacionada a la concreta forma en la que se toma la muestra de ADN porque cuando se ha referido al respecto, las muestras se han tomado con conocimiento del afectado y, en ese sentido, reconoce que este material pueda ser obtenido mediante el uso de los poderes compulsorios del estado, así como la toma de otras muestras corporales¹⁴⁴⁷ o la obtención de otro tipo de material. Y parece lógico que, hablar del empleo de poderes de compulsión

¹⁴⁴⁴ Vid. STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6.

¹⁴⁴⁵ Recordemos que el TEDH acepta que la recogida y retención de perfiles de ADN sirven al fin legítimo de prevención del delito y protección de derechos y libertades de los demás y, en ese sentido, no consideró irrazonable una obligación de practicar exámenes de ADN a todas las personas que han sido condenadas por la comisión de delitos de cierta gravedad. Vid. *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514, de 7 de diciembre de 2006, párr. 2.

¹⁴⁴⁶ Vid. *Van der Velden v. Países Bajos* (dec.), 29514, de 7 de diciembre de 2006, párr. 2, tampoco es irrazonable que las excepciones a la regla general, que sean percibidas como necesarias, estén formuladas lo más estrictamente posible para evitar la incertidumbre.

¹⁴⁴⁷ Vid. STEDH *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996, párr. 69, refiriéndose a la desvinculación de este tipo de pruebas del derecho a la no autoincriminación; dado que se trata de material cuya existencia es independiente de la voluntad del sospechoso. Lo cual, nos parece, no implica que pueda tomarse sin conocimiento, porque entonces sería la única muestra, entre las otras posibles, que se registraría por unas distintas garantías –o inexistencia– para su puesta en práctica. Además, tenemos en cuenta que cuando se trata de medidas que limitan un derecho fundamental, la previsión legislativa debe hacer desprender la previsibilidad, generándose así una certeza y seguridad jurídica para el ciudadano; entonces en el caso de la toma subrepticia de ADN ¿podríamos decir que el detenido puede tener la certeza de que durante el plazo de su detención –hasta 72 horas– a partir de cualquier material que su cuerpo abandone o que deje vestigios biológicos –vaso donde beba agua, cigarrillo, servilleta– la policía podrá determinar su perfil de ADN?

estatal, lleva implícito el reconocimiento de que el compelido tiene conocimiento sobre aquello que, aun contra su voluntad, tiene que tolerar¹⁴⁴⁸.

Pero como sabemos, la valoración de la proporcionalidad ha de hacerse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, así que por cuanto a la toma de la muestra de ADN sin conocimiento del detenido ni autorización judicial previa, el TC consideró –y ha reiterado– que la medida adoptada por la policía sí satisfizo las exigencias del principio de proporcionalidad, a la luz de las siguientes consideraciones¹⁴⁴⁹:

- 1) La medida satisface el juicio de idoneidad, pues el resultado de la prueba de ADN del detenido fue comparado con el obtenido a partir de un resto biológico encontrado en el lugar del hecho delictivo, por lo que resultaba un medio adecuado para revelar la identidad del autor;
- 2) La medida satisface el juicio de necesidad, teniendo en cuenta que no existía algún medio alternativo para comprobar si el detenido había participado o no en los hechos que se investigaban, hechos relativos a la violencia callejera de la cual el detenido había admitido, en declaración policial, ser dinamizador –aunque posteriormente no ratificara tales dichos en el juicio oral–; por tanto, durante la detención preventiva tales declaraciones podían sugerir un nexo de conexión con los hechos que se investigaban;
- 3) La medida satisface la proporcionalidad en sentido estricto, porque la forma en la cual se practicó el análisis de ADN era la que resultaba menos invasiva de la intimidad del afectado pues sólo afectaba a las regiones no codificantes del ADN, es decir, a datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de otra muestra –la del lugar del delito–, excluyendo la revelación de cualquier característica personal que efectivamente pudiese afectar la intimidad personal; considerando que la

¹⁴⁴⁸ En efecto, la compulsión se entiende como el «apremio que se hace a una persona por parte de un juez o de una autoridad, compeliéndola a realizar algo o a soportar una decisión o una situación ajenas». *Vid.* Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario. Además, tenemos en cuenta que en la legislación de desarrollo de la UE, se reconoce la posibilidad de que las autoridades puedan recabar pruebas que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso, incluso, en el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y, en ese sentido, de manera expresa se refiere al «material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN.» *vid.* Directiva (UE) 2016/343, art. 7.3 y considerando (29).

¹⁴⁴⁹ *Vid.* STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 11.

injerencia en el derecho consistía en el riesgo de comprometer la intimidad personal del afectado, riesgo que no llegó a materializarse.

Y esta valoración de la proporcionalidad ha sido reiterado en los siguientes tres casos en los que el TC se ha pronunciado sobre la determinación del perfil de ADN de detenidos, a partir de muestras obtenidas sin su conocimiento, cuando la detención ha sido motivada por hechos distintos a los que se consiguen probar a partir del cotejo del perfil de ADN¹⁴⁵⁰; con lo cual nos queda la interrogante sobre si, en esos casos puede tenerse por satisfecho el prius lógico del juicio de proporcionalidad; lo que a nuestro parecer, implicaría que la prueba de ADN practicada a un detenido fuera para cotejarla con el perfil de ADN hallado en el lugar de los hechos delictivos que motivaron su detención, y no de otros cualesquiera que puedan ser. Y ello es así, porque finalmente la detención preventiva es la institución a través de la cual se priva de libertad a una persona sobre la que existen indicios racionales de su participación o vinculación con unos hechos delictivos y, en el marco de ésta, se realizan las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de esos concretos hechos.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, podemos señalar que una intromisión en el derecho a la intimidad será ilegítima si¹⁴⁵¹:

- No es acorde con la Ley;
- No es eficazmente consentida o, aunque sea autorizada, subvierte los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida¹⁴⁵²
- Cuando aun pretendiendo alcanzar un fin legítimo previsto legalmente, es decir, que sea posible identificar el interés que se persigue de forma concreta y no genérica, la medida limitante adoptada no se revela como necesaria para lograr el fin previsto, no resulta proporcionada o no respeta el contenido esencial del derecho¹⁴⁵³

¹⁴⁵⁰ Vid. SSTC 13/2014; 15/2014 y 16/2014, todas de 30 de enero.

¹⁴⁵¹ Vid. STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3 c).

¹⁴⁵² Vid. STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2.

¹⁴⁵³ Vid. Por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

3. Detención Preventiva y el Derecho al Secreto de las Comunicaciones

Las comunicaciones comprendidas en este derecho son aquellas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; y a efectos constitucionales la comunicación es entendida como «el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos [...] es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas»¹⁴⁵⁴.

a. Marco Constitucional del derecho afectado

Artículo 18 CE

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Artículo 8 CEDH

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 7 CDFUE¹⁴⁵⁵

Toda persona tiene derecho al respeto [...] de sus comunicaciones.

Artículo 17 PIDCP

¹⁴⁵⁴ Cfr. STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3.

¹⁴⁵⁵ Como anteriormente señalamos, los derechos garantizados por este artículo y sus limitaciones, se corresponden a los garantizados por el art. 8 CEDH; el empleo del sustantivo «comunicaciones» obedece la finalidad de tener una adecuación a la evolución técnica de nuestros días. Vid. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, op. cit., Explicación relativa al artículo 7—Respeto de la vida privada y familiar.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

b. Alcance del derecho en el contexto de la detención preventiva

El Tribunal ha señalado que rectamente entendido, este derecho fundamental consagra dos cuestiones, a saber: implícitamente, la libertad de las comunicaciones; y expresamente, el secreto de las mismas. Por tanto, el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, a través de la imposición a todos del «secreto»¹⁴⁵⁶. En consecuencia, este derecho puede ser vulnerado:

- a) Por la interceptación en sentido estricto¹⁴⁵⁷,
- b) Por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado¹⁴⁵⁸ y, agregaríamos
- c) Por el impedimento mismo de comunicar

Veamos. El término «comunicaciones» a que se refiere el artículo en comento, sirve para denotar el objeto de protección de este derecho, sea cual sea el medio a través del cual tiene lugar la comunicación –postal, telegráfica, telefónica, oral— de modo que la noción constitucional de comunicación debe incorporar los elementos o características comunes a toda clase de comunicación¹⁴⁵⁹.

En tal sentido, el TC ha razonado que las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquellas «indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana»; por tanto, ha definido que «la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos [...]. La comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas»¹⁴⁶⁰, los cuales pueden expresarse mediante: palabras, signos y señales que compongan otra clase de lenguaje, de manera oral, por

¹⁴⁵⁶ Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

¹⁴⁵⁷ Cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 b) 1.

¹⁴⁵⁸ Cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 b) 1.

¹⁴⁵⁹ Cfr. STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3.

¹⁴⁶⁰ Cfr. *Idem.*, FJ 3 b).

escrito –correspondencia postal, otro tipo de soporte –cassette, video, CD’s o DVD’s—, por correo electrónico, etc. Pero invariablemente «lo que se protege es la comunicación humana en cuanto expresión de sentido»¹⁴⁶¹.

Así, se ha reconocido que «la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir – conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc.— pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado»¹⁴⁶².

Por cuanto al reconocimiento implícito, es decir, la libertad de comunicar¹⁴⁶³, en cuánto acción o conducta desplegada por un individuo para, por cualquier medio, enviar un mensaje, la Constitución no deriva limitación alguna. Pero entendemos que, si el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, éstas no pueden ser impedidas del todo, porque vaciarían de contenido el derecho a garantizar al secreto de las mismas. De tal suerte que, lo constitucionalmente permitido es limitar o restringir el secreto de las comunicaciones, más no suspender el proceso de transmisión del mensaje.

Por cuanto al reconocimiento expreso de garantizar el secreto de las comunicaciones, el TC ha destacado que sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la misma –públicos o privados¹⁴⁶⁴— se trata pues, de un derecho con eficacia *erga omnes*¹⁴⁶⁵. Por ello, la presencia de un tercero ajeno a los que participan del proceso comunicativo es indispensable para configurar el ilícito constitucional, que consiste en el quebrantamiento del secreto¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶¹ Cfr. *Ibidem.*, FJ 3 b). Aunque en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos encontrar el uso indistinto de las expresiones «comunicación» y «mensaje», vemos que cuando define el contenido y alcance del concepto, lo hace en todo el sentido de la palabra. Vid. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario. «Comunicación. 1. Acción y efecto de comunicar o comunicarse; [...] 3. Transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor; [...] 9. Correos, telégrafos, teléfonos, etc.».

¹⁴⁶² Cfr. STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

¹⁴⁶³ Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

¹⁴⁶⁴ STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a), citando las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre y la 70/2002, de 3 de abril.

¹⁴⁶⁵ Cfr. STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

¹⁴⁶⁶ Cfr. SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 b) 2 y 3.

En cuanto al concepto de «secreto», éste no se constriñe al contenido de la comunicación, sino que abarca también otros aspectos de la misma; por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales¹⁴⁶⁷. El TC ha señalado que «el concepto de lo secreto tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado»¹⁴⁶⁸

La protección del secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero una vez que finaliza, la protección constitucional de lo recibido se realiza a través de normas que tutelan otros derechos, como la intimidad¹⁴⁶⁹; para que la comunicación de que se trate pueda ser protegida a la luz del art. 18.3 CE, ésta no puede ser «abierta» pues escaparía, por su naturaleza, del ámbito de protección.

Así bien, tras establecer el doble ámbito protector del derecho –libertad de las comunicaciones, implícitamente; y el secreto de las mismas, expresamente— el TC se refiere al carácter autónomo de este derecho fundamental y señala que su específica protección constitucional «reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de [las] comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación»¹⁴⁷⁰ En consecuencia, el objeto de este derecho es «*la confidencialidad* tanto del proceso de comunicación mismo, como del contenido de lo comunicado»¹⁴⁷¹ [énfasis añadido] y ello es así porque la protección del proceso de comunicación es el medio para garantizar, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto.

Para el TC, el reconocimiento autónomo del derecho no impide, naturalmente, que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, p.e. la confidencialidad de la asistencia letrada o el derecho a la intimidad personal y familiar¹⁴⁷², de tal suerte que podríamos hablar también de un carácter

¹⁴⁶⁷ Cfr. STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

¹⁴⁶⁸ Cfr. SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 3); 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4.

¹⁴⁶⁹ Cfr. 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 c).

¹⁴⁷⁰ STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

¹⁴⁷¹ *Idem*, FJ 3 a).

¹⁴⁷² Cfr. *Ibidem.*, FJ 3.

coadyuvante o complementario del derecho, como nos parece que puede suceder para proteger el ejercicio del derecho a la asistencia letrada; sin perder su condición de derecho público subjetivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos decir que la vulneración de este derecho requiere que haya una interferencia en el proceso de comunicación¹⁴⁷³. El mandato constitucional está inequívocamente dirigido a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma¹⁴⁷⁴. Por tanto, la protección del derecho alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación «mientras el proceso está teniendo lugar»¹⁴⁷⁵.

Por otro lado, conforme al precepto constitucional que reconoce el derecho, la posibilidad de intervenir las comunicaciones, cualquiera que éstas sean, será por medio de una resolución judicial que así lo autorice¹⁴⁷⁶. En efecto, no puede perderse de vista que la Norma Fundamental asegura este derecho por intermedio de la reserva judicial, a diferencia de otros derechos como los referidos en el apartado primero del art. 18 CE.

Pero no es esa la única garantía para el derecho al secreto de las comunicaciones ya que además, las concretas injerencias que pueda padecer habrán de contar con una previsión legal; al respecto ha de tenerse presente el mandato constitucional de que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales que incida directamente en su desarrollo o limite o condicione su ejercicio precisa de una habilitación legal –reserva de ley—¹⁴⁷⁷.

El TC ha reconocido que aun cuando su jurisprudencia en torno a este derecho ha sido mayoritariamente dirigida a las garantías constitucionales que permiten la intervención de las comunicaciones telefónicas; los avances tecnológicos en el ámbito de las telecomunicaciones, sobre todo en relación con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y el objeto de protección del derecho fundamental; permitiendo extender la protección a dichos ámbitos, como se

¹⁴⁷³ Cfr. *Íbidem.*, FJ 3 a), citando la STC 123/2002, de 20 de mayo FFJJ 4 y 5.

¹⁴⁷⁴ Cfr. SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a); 70/2002, de 3 de abril FJ 9 2); 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.

¹⁴⁷⁵ Cfr. SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a); 137/2002, de 3 de junio, FJ 3.

¹⁴⁷⁶ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 10.

¹⁴⁷⁷ Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

deriva necesariamente del tenor literal del artículo¹⁴⁷⁸, es decir, la obligación de garantizar «el secreto de las comunicaciones» o sea, de todas ellas. En este sentido, tenemos en mente las comunicaciones orales de los detenidos, que también pertenecen al ámbito de protección del art. 18.3 CE, aún y cuando no se encuentre previsto de manera taxativa en la Norma Fundamental, pero cuya delimitación de garantías ha sido recientemente abordada por el TC¹⁴⁷⁹.

Considerando todo lo anterior, el TC ha apuntado como características delimitadoras de este derecho, las siguientes¹⁴⁸⁰:

1. Diferenciación y autonomía del ámbito de protección del derecho a la intimidad personal. Y ello es así, porque el derecho al secreto de las comunicaciones establece una reserva judicial (vid. Art. 18.3 CE); es decir, la única posibilidad legal de intervenir el secreto de las comunicaciones es por medio de una resolución judicial que así lo autorice¹⁴⁸¹. Pero tal intervención tendrá por finalidad, limitar el secreto de estas, más no evitar que las mismas tengan lugar.
2. La injerencia en el derecho deberá contar con una adecuada previsión legal, que exprese los presupuestos y condiciones de la intromisión en el derecho¹⁴⁸²
3. El objeto directo de protección, es el secreto de la comunicación; así su protección constitucional tiene una doble proyección: tanto sobre el proceso de comunicación, como sobre el contenido de la misma.
4. La protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación, mientras éste tiene lugar.
5. El derecho alcanza frente a cualquier tercero ajeno a los propios comunicantes.
6. Deberá contar con las garantías suficientes y eficaces.

Por todo lo anterior, y teniendo presente la delimitación hecha por el Tribunal, podemos afirmar que el bien constitucionalmente protegido es la libertad de todas las

¹⁴⁷⁸ Cfr. SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 3); 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3.

¹⁴⁷⁹ Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

¹⁴⁸⁰ Cfr. STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

¹⁴⁸¹ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 10.

¹⁴⁸² Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

comunicaciones; el objeto de este derecho es la confidencialidad, tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado; el reconocimiento autónomo de este derecho no impide que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como es el caso de la confidencialidad de la asistencia letrada¹⁴⁸³.

c. Afectación del Derecho al secreto de las comunicaciones con motivo de la detención preventiva

Aunque el desarrollo jurisprudencial mayoritariamente se ha enfocado en dilucidar los alcances de protección del derecho en el ámbito de comunicaciones telefónicas o postales¹⁴⁸⁴, no hay duda de que este derecho también protege a las comunicaciones que de manera verbal puede realizar un individuo¹⁴⁸⁵, pues estas se encuentran indisolublemente unidas a la naturaleza de la persona.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento expreso del «secreto de las comunicaciones», el TC ha desarrollado en su jurisprudencia diversos criterios sobre la forma de intervenir comunicaciones, sobre todo, las telefónicas; tanto de personas sospechosas de haber participado en alguna conducta delictiva pero gozando de libertad, como de quienes se encuentran privados de ella sujetos a un proceso o condenados por una sentencia. En efecto, el Alto Tribunal ha señalado que a la luz del art. 18.3 CE, «los ciudadanos que gozan del *status libertatis* sólo pueden ver restringida su libertad de comunicar por obra de una resolución judicial»; de manera similar, las comunicaciones entre un sujeto interno en un establecimiento penitenciario y su Abogado o Procurador solo puede ser intervenida por los órganos jurisdiccionales, de esta forma se garantiza *a priori* el control judicial¹⁴⁸⁶.

Sin embargo, aunque el Alto Tribunal se había referido a la forma en que puede limitarse el derecho derivado del art. 18.3 CE, hasta septiembre de 2014 no existían pronunciamientos sobre la interceptación de las comunicaciones de aquellas personas cuyo *status libertatis* está en suspenso, a punto de ser judicialmente definido: los detenidos preventivos, en su condición de «personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por

¹⁴⁸³ Cfr. SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 y 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.

¹⁴⁸⁴ P.e. SSTC 49/1999, de 5 de abril, 281/2006, de 9 de octubre, 184/2003, de 23 de octubre.

¹⁴⁸⁵ Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

¹⁴⁸⁶ Cfr. STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3.

su detención», ámbito en el cual, como el TC lo puntualizó, debería «venir reforzado con las más plenas garantías y con la debida autonomía y singularidad normativa»¹⁴⁸⁷.

Y es que, por razón de la propia situación temporal de privación de libertad en custodia policial, parece lógico que los procesos comunicativos de los detenidos vean una alteración. En efecto, la detención preventiva implicará un impedimento en el desarrollo de la interacción comunicativa que habitualmente tiene la persona en sus distintos círculos personales, en su libertad de comunicar; esto parece una consecuencia lógica del apartamiento de la vida cotidiana que todo detenido padece. Vemos pues, que los procesos comunicativos del detenido se verán reducidos a aquellos que mantenga con las autoridades a cuya custodia se encuentra, con funcionarios que pudieran participar en alguna de las diligencias que se desarrollen durante la detención o con el médico que realice la revisión; y ya centrados en el ámbito personal del detenido, sus comunicaciones se verán reducidas a la comunicación telefónica que tiene derecho a mantener con un tercero de su elección; la comunicación, verbal o telefónica, que puede sostener con su representación consular en caso de ser extranjero; las comunicaciones verbales que mantenga con el letrado que le represente y si es el caso, las que pueda sostener con quien comparta el calabozo.

Ahora bien, aunque la privación de libertad provoque una minoración en la concreta libertad de comunicar—ámbito implícito ex art. 18.3 CE—, no puede decirse que por esa razón el derecho al secreto de las comunicaciones—ámbito explícito ex art. 18.3 CE—se vea afectado. Pero tampoco puede desconocerse que el ejercicio de las comunicaciones personales del detenido se ve sometido a unas modulaciones específicas, en principio con la finalidad de asegurar el ejercicio de algunas garantías de los detenidos —carácter coadyuvante del derecho—; como tampoco puede negarse que durante el transcurso de la detención preventiva, el derecho al secreto de las comunicaciones orales o verbales del detenido pueda verse restringido, como parte de las diligencias de investigación a realizar mientras dura esta privación de libertad, previa autorización judicial.

¹⁴⁸⁷ Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.a).

i) Especial ejercicio del Derecho con motivo de la Detención Preventiva y restricción al mismo

Como habíamos señalado, el TC se ha referido sobre la libertad de comunicar y las restricciones al secreto de las comunicaciones en el caso de personas privadas de libertad, específicamente en el ámbito penitenciario y es que, hasta antes del 1 de noviembre de 2015¹⁴⁸⁸ no existía cobertura legal por la que se regulara el ejercicio y las restricciones del derecho del art. 18.3 CE, en el concreto ámbito de las personas detenidas¹⁴⁸⁹.

Ahora bien, sabemos que el especial ámbito penitenciario no puede ser aplicable a la situación de las personas en detención preventiva¹⁴⁹⁰, aquél es un régimen especial con una concreta normativa que, en la materia que nos ocupa¹⁴⁹¹, parte del reconocimiento de la libertad de los internos para comunicarse con familiares, amigos, representantes de organismos y con su abogado, garantiza la intimidad de las mismas y se establece la posibilidad de restringirlas mediante la reserva judicial. Sin embargo, tendremos en cuenta que el TC, al pronunciarse sobre dichas comunicaciones las distingue, por entender que son de diferente naturaleza; así distingue las comunicaciones con familiares, amigos,

¹⁴⁸⁸ En efecto, conforme a la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, las modificaciones correspondientes a los arts. 118, 509, 520, nuevo 520 ter, 527 LECrim, entraron en vigor el 1 de noviembre y el resto a los dos meses de su publicación, es decir, el 6 de diciembre de 2015.

¹⁴⁸⁹ En este sentido *vid.* STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7, al analizar la interceptación de las comunicaciones de los detenidos en los calabozos.

¹⁴⁹⁰ *Vid.* STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.b).

¹⁴⁹¹ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; BOE Núm. 239, de 5 de octubre de 1979. «Artículo 51. 1. Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento. 2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. 3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente. 4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento. 5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

etc., que denomina «genéricas»¹⁴⁹²; de aquellas que sostiene el privado de libertad con el abogado defensor, a las que reconoce como «específicas»¹⁴⁹³.

Nosotros, seguiremos esa distinción hecha por el TC, creemos que puede resultar aplicable al ámbito de la detención preventiva porque la distinción, en sentido estricto, deriva de la naturaleza de la comunicación, no de un concreto artículo de la legislación penitenciaria que quisiéramos traspolar a la privación de libertad que inspira este trabajo.

Así, en el ámbito de la detención preventiva consideramos que pueden entenderse como comunicaciones genéricas, las que el detenido mantenga con el tercero de su elección y, en su caso, con el consulado; y también aquéllas que el detenido mantenga con quienes comparta celda mientras dure su detención. Por su parte, serán específicas, aquéllas que el detenido puede tener con el abogado que le brinde asistencia letrada.

Creemos que pueden diferenciarse porque las primeras han sido configuradas en la legislación de desarrollo como un derecho-garantía del detenido y éste, como titular, tiene la potestad de ejercerlas o prescindir de ellas. En cambio, la que identificamos como específica, es una manifestación del carácter coadyuvante del derecho del art. 18.3 CE, en la medida en que fortalece el ejercicio de la asistencia letrada, como derecho-garantía constitucional de los detenidos ex art. 17.3 CE.

En otro orden de ideas; sobre la restricción que puede padecer el derecho del art. 18.3 CE durante la detención preventiva, pensamos en la intervención de las comunicaciones orales directas del detenido como parte de las diligencias de investigación que se pueden realizar mientras dura esta privación de libertad¹⁴⁹⁴.

La intervención respondería al interés público de la investigación de un delito y el descubrimiento del responsable –art. 126 CE— así como a la determinación de hechos relevantes para la investigación penal; lo cual constituye un fin constitucionalmente legítimo como varias veces lo ha reconocido el TC¹⁴⁹⁵; y también puede tenerse como fin

¹⁴⁹² Cfr. STC 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 b); en similar sentido STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5, en la cual las genéricas son denominadas como «generales».

¹⁴⁹³ Vid. Por todas, STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5.

¹⁴⁹⁴ Como fue el caso que dio lugar a la STC 145/2014, de 22 de septiembre.

¹⁴⁹⁵ Vid. SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 12; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 4, entre muchas otras.

legítimo en los términos del art. 8.2 CEDH que, por mandato del art. 10.2 CE ha de tenerse en cuenta y que además en esta materia ha sido especial referente para el Alto Tribunal¹⁴⁹⁶.

Ahora bien, dicho fin por sí solo no podría ser suficiente para que se solicite y autorice el levantamiento del secreto de las comunicaciones; pues para que la intromisión pueda ser conforme con la Norma Fundamental debe revelarse como necesaria para conseguir el fin¹⁴⁹⁷, necesidad que también se recoge en el CEDH y que su intérprete refiere como exigencia a satisfacer para justificar la interceptación de una comunicación¹⁴⁹⁸—en el caso telefónica—.

La apreciación y valoración de tal necesidad solamente corresponderá, por mandato del art. 18.3 CE, a una autoridad judicial y, para la realización de la ponderación sobre la necesidad de la medida que restrinja el derecho, imprescindiblemente habrá que existir una disposición jurídica que contemple la medida en cuestión, disposición que debería satisfacer la exigencia de calidad de ley —accesibilidad/disponibilidad y previsibilidad—¹⁴⁹⁹.

Así las cosas, hecha la distinción entre las comunicaciones personales que puede sostener el detenido, referida la restricción constitucionalmente permisible a las mismas y la necesidad de contar con una adecuada regulación, corresponde ver la habilitación legal de nuevo cuño.

ii) Adecuada Previsión Legal

Habíamos señalado que la previsión legal respecto a la modulación y restricción de este derecho en el ámbito de la detención preventiva es de data reciente, derivado de la modificación de la LECrim con motivo de la transposición de la Directiva 2013/48/UE *sobre*

¹⁴⁹⁶ Vid. SSTC 145/2014, de 22 de septiembre; 26/2006, de 30 de enero; 49/1999, de 5 de abril; 85/1994, de 14 de marzo; por citar algunas. Con especial hincapié en las SSTEDH *Malone v. Reino Unido*, 8691/79, Sentencia de 2 de agosto de 1984; *Valenzuela Contreras v. España*, 27671/95, Sentencia de 30 de julio de 1998; *Prado Bugallo v. España*, 58496/00, Sentencia de 18 de febrero de 2003.

¹⁴⁹⁷ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

¹⁴⁹⁸ Vid. STEDH *Valenzuela Contreras v. España*, 27671/95, Sentencia de 30 de julio de 1998, párr.46, recuerda el TEDH que la interceptación de conversaciones telefónicas constituye una injerencia de una autoridad pública en el derecho al respeto a la vida privada —art. 8 CEDH—, la cual será contraria al art. 8 CEDH a menos que esté prevista por la ley, y persiga uno o más de los fines legítimos previstos en el art. 8.2 CEDH y además, resulte necesaria en una sociedad democrática para alcanzar aquéllos fines.

¹⁴⁹⁹ Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.a). Cuando consideró que la intervención secreta de las comunicaciones verbales directas en dependencias policiales entre detenidos, aun cuando acordada judicialmente, carecía totalmente de sustento legal, señalando que la disposición jurídica resulta imprescindible.

*el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*¹⁵⁰⁰

Así que, anteriormente –salvo en el ámbito penitenciario– las limitaciones a este derecho se articulaban con base en el art. 579¹⁵⁰¹ LECrim, pero éste no podía ser base legal suficiente para soportar cualquier restricción al derecho, como fue el caso de la interceptación de las comunicaciones verbales entre quienes se encontraban en la concreta situación de detención preventiva¹⁵⁰².

Por ello el TC destacó la necesidad de que, tratándose de restricciones al derecho del art. 18.3 CE, debe existir una «disposición jurídica que cumpla el cometido de precisar la vaguedad e indeterminación del art. 18.3 CE»¹⁵⁰³ pues, recordando el criterio del TEDH «la puesta en práctica de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está abierta al control de las personas afectadas o del público en general, de modo que, por esa razón, sería contrario a la norma de Derecho que la discrecionalidad legal concedida al Ejecutivo o a un Juez se expresara en términos de poder sin límites. La ley debe indicar el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio,

¹⁵⁰⁰ Diario Oficial de la Unión Europea L 294, de 6 de noviembre de 2013.

¹⁵⁰¹ Que establecía «1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.» Redacción según Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE Núm. 126, de 26 de mayo de 1988.

¹⁵⁰² Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

¹⁵⁰³ Vid. *Idem.*, FJ 7.c).

con la suficiente claridad como para proporcionar a las personas la protección adecuada contra una injerencia arbitraria.»¹⁵⁰⁴

Pues bien, conforme al criterio del TEDH recordado por el TC, las exigencias de la calidad de la habilitación legal para limitar el secreto de las comunicaciones –con especial referencia a las telefónicas— implicará que «el Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas’»¹⁵⁰⁵ secretas de vigilancia; con tal de evitar abusos, las garantías mínimas que deberían establecerse en la previsión normativa son: la definición de las categorías de personas susceptibles de padecer la intervención de sus conversaciones –telefónicas—por una orden judicial; la naturaleza de los delitos susceptibles de dar lugar a tal orden; la fijación de un límite de la duración de la intervención; el procedimiento para la transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a tomar con la finalidad de comunicar, intactas y en su integridad, las grabaciones realizadas para un posible control por un juez y por la defensa; las circunstancias en las que los registros podrán o deberán ser borrados, sobre todo en caso de sobreseimiento o puesta en libertad¹⁵⁰⁶.

Señalado lo anterior, tenemos que mencionar de la nueva regulación sobre el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones, la que creemos que resulta de aplicación en el ámbito de la detención preventiva:

A) Comunicaciones genéricas

- El art. 520.2.f) LECrim «Derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.»
- El art. 520.2.g) LECrim «Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.»

¹⁵⁰⁴ Vid. *Íbidem.*, FJ 7.c), recordando las SSTEDH *Kruslin v. Francia*, 11801/85; y *Huvig v. Francia*, 11105/84, ambas sentencias de 24 de abril de 1990.

¹⁵⁰⁵ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5.

¹⁵⁰⁶ Cfr. *Ídem.*, FJ 5, citando STEDH *Valenzuela Contreras v. España*, 27671/95, Sentencia de 30 de julio de 1998, párr. 46.

- El art. 520.3 LECrim «Si el detenido fuere extranjero, [...] se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.»

Parece positivo que se haya recogido en la legislación de desarrollo la forma específica en que se modula el ejercicio de las comunicaciones genéricas del detenido, configurándose como garantías del detenido.

En cuanto a la posibilidad de comunicación con un tercero de su elección sin demora injustificada, vemos que la habilitación legal prevé claramente el modo de realizar dicha comunicación, vía telefónica. Sin embargo también vemos que, de manera general en todos los casos de detenidos preventivos, dicha comunicación telefónica tiene que celebrarse en presencia de: 1) un funcionario policial o 2) un funcionario – ¿policial? — designado por el Juez o el fiscal y 3) esta comunicación puede no tener lugar, en caso de ser incomunicado –art. 527.1.b) LECrim—.

Esta concreta regulación sobre el ejercicio del derecho, es parte del resultado de la transposición de la Directiva 2013/48/UE¹⁵⁰⁷, que en su art. 6 prevé que: «1. [...] los sospechosos o acusados que estén privados de libertad tengan derecho a comunicarse sin demora injustificada con, al menos, un tercero de su elección, por ejemplo un familiar. 2. [...] podrán limitar o aplazar el ejercicio del derecho a que se refiere el apartado 1 por razones imperiosas o necesidades prácticas de carácter proporcionado.»

Al respecto queremos señalar dos cosas. Por un lado, si para el TC la protección constitucional del derecho del art 18.3 CE «reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de [las] comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación»¹⁵⁰⁸ y por eso con la protección del proceso comunicativo se garantiza el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto; y ello lo lleva a señalar que el objeto de este derecho es «*la confidencialidad* tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo

¹⁵⁰⁷ Vid. Disposición final tercera de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

¹⁵⁰⁸ STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

comunicado»¹⁵⁰⁹ [énfasis añadido] es decir, «la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma»¹⁵¹⁰. Creemos que es posible cuestionar si la forma en la cual el legislador ha previsto que se desarrolle la comunicación del detenido con el tercero de su elección tiene un total encaje constitucional. Lógicamente no por el hecho de que tal comunicación se realice vía telefónica; sino por el hecho de que en todos los casos tenga que hacerse en la presencia de un tercero, sea un funcionario policial o algún funcionario — ¿policial? — designado por otra autoridad: el fiscal o un juez. Habría que determinar qué debe entenderse por el condicionamiento de «en presencia de» un funcionario, porque pudiera ser que éste solo observe al detenido, pero se mantenga a una distancia que le impida escuchar lo dicho telefónicamente por el afectado; en tal supuesto quizá no podría dudarse del aseguramiento del objeto del derecho: la confidencialidad. Pero si el condicionante «en presencia» del funcionario implica o se pone en práctica, en el sentido de hacerle asequible a dicho funcionario el contenido del mensaje transmitido por el detenido en su comunicación telefónica entonces, a nuestro parecer, se atentaría contra la confidencialidad, quizá no a la del proceso de comunicación, pero sí a la del contenido de lo comunicado telefónicamente; y al ser esto parte del objeto del derecho previsto en el art. 18.3 CE; provocaría que en todos los casos, para todos los detenidos, el ejercicio de este derecho se viera reducido sin una valoración de la proporcionalidad, lo cual parece que la Norma Fundamental no consiente.

Y ello es así porque la confidencialidad de lo comunicado ciertamente puede levantarse, materializándose así una limitación en el derecho; pero ese levantamiento del secreto que asegura la confidencialidad, lo tiene que determinar un Juez, pues como hemos reiterado, la Norma Fundamental establece una reserva judicial como garantía del derecho del art. 18.3 CE. En este sentido puede entenderse que el precepto legal prevea que un Juez designe a un funcionario —aunque no diga cual— para que en su presencia el detenido se comunique telefónicamente con el tercero de su elección; entendiendo que tal designación judicial obedecería a una previa adecuada motivación que permitiera apreciar la justificación de porqué en el caso específico de ese detenido, es necesario, idóneo y

¹⁵⁰⁹ STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

¹⁵¹⁰ *Vid.* STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7 d), refiriéndose a la garantía común y genérica que para todas las comunicaciones se desprende del art. 18.3 CE.

proporcional observar su comunicación. Es decir, que fin persigue tal observación y la causa que justifica la misma.

Sin embargo, la norma establece esa observación como forma habitual de ejercer el derecho y faculta a la autoridad gubernativa –policía— para llevar a cabo la observación de esta llamada telefónica, sin señalar la causa que la motive. En efecto, del precepto parece desprenderse que la observación de la comunicación telefónica será de manera sistemática, en todos los casos de detenidos preventivos, observación que realizará la autoridad gubernativa –policía—; o en su caso, un funcionario sobre el que la ley no dice más, solo que será designado por el fiscal o por el Juez, sin que se especifique en qué casos deberían de ser el fiscal o el juez quienes designarán a un «funcionario» distinto del «funcionario de policía» establecido por el precepto.

Por otro lado, teniendo en cuenta que esta previsión es consecuencia de la transposición de la Directiva donde se contiene el derecho a la comunicación del detenido con terceros y que ésta establece un mínimo, vemos que en la Directiva no se prevé que el ejercicio normal del derecho pueda ser sujeto a observaciones, aunque sí se reconoce que puede ser limitado o aplazado cuando ello obedezca a «razones imperiosas» o a «necesidades prácticas de carácter proporcionado». Por tanto, si entendemos que la observación puede ser una limitación permisible ¿La sistemática observación por parte de un funcionario –policía— de la comunicación telefónica del detenido con un tercero de su elección puede entenderse como un límite proporcionado a una necesidad práctica? A nuestro parecer no, al ser indiscriminado y aplicable a todos los detenidos, pues la valoración de la proporcionalidad de un límite debe hacerse a la luz de las circunstancias de cada caso y, en ese sentido, habría que determinarse porqué la observación de la comunicación telefónica del detenido con un tercero de su elección resulta necesaria e idónea.

Por lo expuesto, creemos que la forma en la que ha sido desarrollado el ejercicio de este derecho puede atentar contra la efectividad del mismo; pues parece que pone en riesgo la confidencialidad del contenido de lo comunicado. Y al respecto, si bien es cierto que puede darse el caso de que se trate de unas investigaciones por delitos graves –p.e. terrorismo, banda armada—, tenemos en mente la importancia que se le atribuye a la posibilidad de que el detenido pueda comunicarse con terceras personas, en la medida en que dicha

comunicación puede contribuir a disminuir los riesgos de malos tratos durante su custodia policial o a denunciarlos si los ha padecido; pero si esto último fuera el caso, difícilmente podría hacerlo del conocimiento de ese tercero de su elección, al tener que comunicarse en presencia de un funcionario policial. En tal sentido creemos que sería adecuado, a fin de que este art. 520.2(f) LECrim sea plenamente compatible tanto con lo previsto en la CE como con lo previsto en la Directiva 2013/48UE, que la presencia del funcionario durante la comunicación prevista en este artículo, se produzca en aquéllos casos en los que se trate de un delito grave –p.e. terrorismo, banda armada, trata de personas o semejantes— en donde podría ser necesario y hasta conveniente y proporcional. Pero, sostenemos que, resultaría discutible que de manera automática pudiera aplicarse a todo detenido por el mero hecho de serlo.

En otro orden de ideas, por cuanto al ejercicio de la comunicación con la representación consular del detenido si fuera extranjero –arts. 520.2.g) y 520.3 LECrim—. Estas previsiones son la transposición del art. 7¹⁵¹¹ de la Directiva 2013/48/UE.

Hay que subrayar, hasta antes de la transposición de la Directiva en comento, en la legislación procesal penal se preveía que los detenidos extranjeros tenían derecho a que el hecho de la detención y el lugar de custodia se pusiera en conocimiento de la oficina consular de su país¹⁵¹²; más no se reconocía expresamente que ellos, como detenidos, tuvieran el derecho de comunicarse y ser visitados por sus autoridades consulares¹⁵¹³. Por ello, hasta ahora el derecho a la comunicación de los detenidos con las autoridades

¹⁵¹¹ Artículo 7. «Derecho a comunicarse con las autoridades consulares. 1. Cada Estado miembro velará por que todo sospechoso o acusado que no sea nacional suyo y se vea privado de libertad goce del derecho a que se informe, sin demora injustificada, a las autoridades consulares del Estado del que sea nacional de que se encuentra privado de libertad, y a comunicarse con dichas autoridades, si así lo desea. No obstante, en caso de que el sospechoso o acusado tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse, en su caso, de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse. 2. Todo sospechoso o acusado tendrá asimismo derecho a que lo visiten sus autoridades consulares, a conversar y mantener correspondencia con ellas, y a que estas le faciliten representación legal, siempre que dichas autoridades estén de acuerdo y si así lo desea el sospechoso o acusado de que se trate. 3. El ejercicio de los derechos establecidos en el presente artículo podrá regularse en la normativa o los procedimientos nacionales, siempre que se permita que se alcancen plenamente los fines para los que se han previsto estos derechos.»

¹⁵¹² Vid. Antiguo artículo 520.2.d) LECrim.

¹⁵¹³ Como lo señalara Blanco Peñalver al analizar la problemática de la integración del derecho a la asistencia consular en el sistema procesal español. vid. BLANCO PEÑALVER, Aurelio, «Derecho de asistencia consular e información», en ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, LEX NOVA, Valladolid, 2007, p. 354.

consulares no ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TC, al respecto únicamente se recuerda la STC 60/1988¹⁵¹⁴, en la cual el TC dio respuesta sin profundizar en el alcance del derecho, a la alegada vulneración del derecho de defensa por, entre otras, la falta de comunicación de unas detenciones a la oficina consular del país de los detenidos.

En realidad, este derecho ha sido reconocido y mayoritariamente desarrollado en la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos¹⁵¹⁵, a la luz del artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares¹⁵¹⁶, señalándose que el «el derecho de los detenidos extranjeros a la comunicación con funcionarios consulares [...] es concebido como un derecho del detenido en las más recientes manifestaciones del derecho penal internacional.»¹⁵¹⁷

Con respecto a la comunicación del detenido extranjero con las autoridades consulares, la Directiva prevé que ésta sea mediante visitas –comunicación verbal–y por correspondencia; por su parte la previsión legal nacional establece que el detenido podrá ser visitado por sus autoridades consulares, comunicarse y mantener correspondencia con

¹⁵¹⁴ Vid. STC 60/1988, de 8 de abril, FJ 2. En el caso, los demandantes argumentaron –entre otras–una vulneración al derecho de defensa por la supuesta falta de comunicación de su detención a la Oficina Consular de su país; sin embargo, el TC destacó que tal circunstancia no habría suscitado protesta alguna en el procedimiento que antecedió y consideró que no podría decirse en ese momento que deparase indefensión en la causa criminal que se siguió contra los actores.

¹⁵¹⁵ Ejemplo de ello es la Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*.

¹⁵¹⁶ ONU, *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, adoptada el 24 de abril de 1963, vigente a partir del 19 de marzo de 1967. Artículo 36 «1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: [...] b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. [...]. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.» [énfasis añadido]. Este artículo fue tenido en cuenta para la elaboración de la Directiva 2013/48/UE, vid. European Commission, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment, accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third persona in criminal proceedings*, {COM(2011) 326 final} {SEC(2011)687 final}, Brussels, 8.6.2011, SEC(2011) 686 final, p. 3.

¹⁵¹⁷ Vid. CRIDH Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 78.

éstas. También debe decirse que en la Directiva se establece que la información a la autoridad consular se haga «sin demora injustificada»¹⁵¹⁸, especificidad que la previsión legal nacional omitió¹⁵¹⁹. Y ni la Directiva ni la previsión legal nacional imponen la nota de confidencialidad a la comunicación de los detenidos con la autoridad consular.

Ello no obstante, teniendo presente que el objeto del derecho reconocido en el art. 18.3 CE es «la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo, como del contenido de lo comunicado»¹⁵²⁰ entendemos que la comunicación del detenido con su autoridad consular debiera ser confidencial.

Por otro lado, con relación a la intervención de las comunicaciones que pudiera tener el detenido con terceras personas distintas al abogado, debemos señalar que actualmente se regula en los arts. 588 quater a. – 588 quater e. del Capítulo VI, Título VIII, Libro II de la LECrim, cuya aplicación puede tener lugar en el supuesto de interceptación de las comunicaciones orales directas de los detenidos en su condición de sujetos investigados, al respecto citamos:

- Art. 588 quater a. «1. Podrá autorizarse la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, [...] en cualesquiera otros lugares cerrados. Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del [...] lugar cerrado.»
- Art. 588 quater b. «1. La utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto para la investigación. 2. Solo podrá autorizarse cuando

¹⁵¹⁸ Art. 7.1 de la Directiva 2013/48/UE.

¹⁵¹⁹ Tanto para el hecho de comunicar a las autoridades consulares el hecho de la detención como para la comunicación con sus autoridades, si así lo desea el detenido. En ese sentido podemos contrastar que, cuando la CrIDH se refirió al derecho de los detenidos extranjeros a comunicarse con funcionarios consulares, señaló que de la CVRC se desprende que el detenido extranjero tiene derecho a que sin dilación sea informado de que tiene «derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida 'sin demora'». *vid.* CrIDH Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 81

¹⁵²⁰ STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

concurran los requisitos siguientes: a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º Delitos de terrorismo. b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.»

Además, la resolución judicial que autoriza la medida de interceptación debe contener la mención concreta del lugar o dependencias, así como de los encuentros que serán sometidos a vigilancia; la policía judicial debe poner a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones, acompañada de una transcripción de las conversaciones consideradas de interés y se informará a la autoridad judicial de los agentes que hubieren participado en la ejecución y seguimiento de la medida de intervención¹⁵²¹.

Esta interceptación, deberá ajustarse también a las disposiciones comunes previstas en la ley procesal penal para la interceptación de las comunicaciones –cualesquiera que éstas sean— y para la ejecución de otras medidas de investigación policial limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE¹⁵²².

B) Comunicaciones específicas

- El art. 520.6 LECrim Al definir en qué consiste la asistencia letrada incluye la posibilidad de «d. Entrevistarse *reservadamente* con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.» [énfasis añadido]

¹⁵²¹ Vid. Arts. 588 quater c., d., e. LECrim modificada conforme a la Ley Orgánica 13/2015.

¹⁵²² Vid. Arts. 588 bis a – 588 bis k del nuevo Capítulo IV *Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos*, del Título VIII, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal modificada conforme a la Ley Orgánica 13/2015.

- El art. 520.7 LECrim «Las comunicaciones entre el investigado [...] y su abogado tendrán carácter *confidencial* en los mismos términos y con las mismas excepciones previstas en el apartado 4 del artículo 118.» [énfasis añadido]
- El art. 118.4 LECrim «Todas las comunicaciones entre el investigado [...] y su abogado tendrán carácter *confidencial*. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. Lo dispuesto en el párrafo primero no será de aplicación cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria.» [énfasis añadido]

Teniendo presente que el derecho autónomo del secreto de las comunicaciones puede contribuir a la salvaguarda de otros derechos, nos referimos al carácter coadyuvante del mismo. Un buen ejemplo de ello resulta el apoyo o complementariedad para el pleno ejercicio del derecho a la asistencia letrada¹⁵²³, a través del resguardo de la confidencialidad –objeto de protección del derecho del art. 18.3 CE—de las comunicaciones que el detenido mantenga con su abogado; en efecto, estas comunicaciones no pueden entenderse protegidas únicamente a la luz del derecho a la asistencia letrada sino también por el derecho derivado del art. 18.3 CE¹⁵²⁴.

En ese sentido, la Directiva 2013/48/UE consagra de manera expresa la confidencialidad¹⁵²⁵ que debe existir en las comunicaciones que mantenga el detenido con su letrado; a partir

¹⁵²³ Cfr. STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

¹⁵²⁴ En ese sentido, el TEDH ha señalado que si bien, la comunicación confidencial con el abogado está protegida por el CEDH como una importante garantía del derecho de defensa –la ausencia de ésta hace que la asistencia del abogado pierda mucho de utilidad— y aunque las demandas por esta razón normalmente se analicen a la luz de los arts. 5 y 6 CEDH, no ha de descartarse que esta cuestión puede presentarse con base en el art. 8 CEDH, especialmente cuando se alega que las autoridades han estado escuchando estas conversaciones. Vid. STEDH *Sarban v. Moldavia*, 3456/05, Sentencia de 4 de octubre de 2005, párr. 128. Sobre esta cuestión sugerimos BLACKSTOCK Jodie, CAPE Ed *et. al., op. cit.*, p. 16.

¹⁵²⁵ Artículo 4 «Los Estados miembros respetarán la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados, en el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado previsto en la presente Directiva. Dichas comunicaciones incluirán las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas de conformidad con la normativa nacional.»

de su transposición se reconoció en la previsión nacional la necesidad de que la entrevista previa a la toma de declaración, sea reservada –art. 520.6.d LECrim— y expresamente, que las comunicaciones entre el investigado –detenido— y su abogado tengan carácter confidencial –arts. 520.7 y 118.4 primer párrafo LECrim—. Sin embargo, la confidencialidad de la comunicación del detenido con su letrado puede, en situaciones excepcionales, cuando existan constatables razones imperiosas que lo justifiquen, ser levantada¹⁵²⁶.

A este respecto hay que recordar la Sentencia N° 79/2012 que establece la necesidad de unas razones justificativas mínimamente aceptables en derecho para acordar la captación de las comunicaciones reservadas entre el privado de libertad con su abogado¹⁵²⁷. En esa sentencia se consideró una intromisión arbitraria, porque en el acuerdo judicial¹⁵²⁸:

- a) El Juez acordó la intervención de las comunicaciones de los privados de libertad con todos los letrados;
- b) El acuerdo era «tan genérico que afectaba, sin excepción alguna, a cualquier letrado defensor, ya designado o que lo fuera en el futuro;»

¹⁵²⁶ Aunque la confidencialidad de la comunicación –oral y escrita— entre el privado de libertad y su abogado es un derecho que garantiza un proceso debido, no es un derecho absoluto; en circunstancias excepcionales estas comunicaciones pueden ser interceptadas, cuando existan indicios racionales y suficientes, para creer que se está haciendo un uso abusivo del canal de comunicación, p.e. atentar contra la seguridad del centro de detención [prisión], la seguridad de otros, o ser utilizada con fines delictivos futuros. En ese sentido, el TEDH ha considerado que la vigilancia de los contactos entre el detenido y su abogado implica una grave interferencia con los derechos de defensa, por lo que deben proveerse unas razones de mucho peso para que tal restricción pueda tener justificación; así, pretender justificar la interceptación de la comunicación únicamente en un genérico riesgo de colusión, sería insuficiente para avalar esta restricción. En ese sentido SSTEDH *Lanz v. Austria*, 24430/94, Sentencia de 31 de enero de 2002, párr. 52; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párr. 58-59; *Kempers v. Austria (dec.)*, 21842/93, de 27 de febrero de 1997, párr. 1; *Campbell v. Reino Unido*, 13590/88, Sentencia de 25 de marzo de 1992, párrs. 46, 48; *S. v. Suiza*, 12629/87, de 28 de noviembre 1991, párrs. 48-49; también sugerimos a BLACKSTOCK Jodie, CAPE Ed *et. al., op. cit.*, p. 16.

¹⁵²⁷ *mutatis mutandis* —los hechos tuvieron lugar en el contexto de la prisión provisional— permite extraer criterios sobre el levantamiento de la confidencialidad, por la escucha y grabación, de las comunicaciones ente una persona privada de libertad y su(s) abogado(s). *Vid.* STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial N° 20716/2009, FD Décimo Segundo.

¹⁵²⁸ *Vid.* STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial N° 20716/2009, FD Décimo Segundo.

c) El acuerdo no disponía dato alguno que valorara «que alguno de los letrados, de los que según los hechos probados fueron afectados, estuviera aprovechando el ejercicio del derecho de defensa para cometer nuevos delitos.»

Lo establecido así por el TS es de vital importancia por cuanto ha sido asumido por el legislador en la última modificación –2015— de la LECrim al establecer los supuestos en los cuales se puede interceptar la comunicación entre abogado y detenido, los cuales son:

- a) Que se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado,
- b) Que se constate su implicación junto con el investigado en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo establecido por la LOGP.

Estas consideraciones se complementan con el tratamiento de la confidencialidad como parte del contenido del derecho reconocido en el art. 17.3 CE, así, remitimos al epígrafe e. ii) del apartado 4. Derecho a la Asistencia Letrada del capítulo anterior.

iii) Jurisdiccionalidad de la limitación de las comunicaciones

El TC ha sido tajante en señalar que «El derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado mediante una resolución suficientemente motivada. La existencia de un mandamiento judicial autorizando la intervención, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad [...] constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de *autorización judicial* o la *falta de motivación* determinan, irremediabilmente, la lesión del derecho constitucional»¹⁵²⁹ [énfasis añadido]

Es tal la importancia de la intervención judicial que acuerde la restricción al derecho que, en su momento, el TC llegó a considerar que la reserva judicial eventualmente podría compensar una insuficiencia en la previsión legal, siempre y cuando en el contenido de la valoración judicial pudieran apreciarse las circunstancias concurrentes en el caso que justificaran la necesidad de la medida, satisficiera las exigencias del principio de proporcionalidad e incluyera el establecimiento del *prius lógico* de proporcionalidad¹⁵³⁰.

¹⁵²⁹ STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 3.

¹⁵³⁰ Cfr. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5. El TC señaló que había ya una vulneración «autónoma e independiente» del derecho del art. 18.3 CE debido a una insuficiencia de ley; la cual solamente podía ser

Sin embargo, también ha distinguido entre una «insuficiencia de la regulación legal» de una «total ausencia» de previsión legal, situación última donde una resolución judicial no podría subsanar la omisión del legislador¹⁵³¹.

Pues bien, sobre la reserva judicial establecida constitucionalmente, como garantía a este derecho nos interesa destacar dos cuestiones.

Primero, la satisfacción de esta garantía no se alcanza con la mera concurrencia formal – autorización del órgano jurisdiccional—sino que, idóneamente «ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial»¹⁵³² Y ello es así, porque la naturaleza de la intervención de una comunicación –en el caso telefónica—su finalidad y la propia lógica de la investigación exigen que la autorización y desarrollo de la misma se lleve a cabo, inicialmente, sin conocimiento del interesado, que no participa en su control. Así que, cuando la actuación judicial se desarrolla en el curso de un proceso, esa ausencia se suple por el control que en él ejerce el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos ex art. 124.1 CE; y luego, cuando la medida se alza, se debe informar al afectado de que ha sido objeto de la medida a fin de que pueda tener la posibilidad constitucionalmente necesaria, dentro de ciertos límites, de conocer e impugnar la medida¹⁵³³.

Ante lo anterior podría surgir alguna duda sobre la legitimidad constitucional de la actuación judicial para el levantamiento del secreto de las comunicaciones, en el contexto de actos de investigación penal policial, e incluiríamos de la detención preventiva, pues en puridad aún no existe un proceso; es decir cuando se trata de una autorización judicial que se adopta con forma de auto, en unas denominadas «diligencias indeterminadas»¹⁵³⁴. Sin

remediada por el legislador. No obstante ello, señaló que si pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales a los que el art. 18.3 CE remite, actuaban en el marco de la investigación de una infracción grave para la que de modo patente se hiciera necesaria, adecuada y proporcionada la medida –intervención telefónica— y la acordaran respecto a personas presuntamente implicadas en la misma, respetando además las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez vulnerara, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones –telefónicas—.

¹⁵³¹ Vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.a).

¹⁵³² Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, reiterado en STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7.

¹⁵³³ Vid. STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7, recordando la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, esta última con cita en STEDH *Klass y otros v. Alemania*, 5029/71, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, párr. 55.

¹⁵³⁴ Como sucedió en los casos que motivaron el amparo resuelto por la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6; donde calificó a dichas diligencias como «discutibles». Y es que, las diligencias indeterminadas no

embargo, para el TC la garantía judicial constitucional también existe cuando las diligencias de una investigación penal se unen —posteriormente—, sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito «satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello constitucionalmente inaceptable, secreto»¹⁵³⁵

Así, y salvo en los casos previstos por el art. 55.2 CE que analizamos en el capítulo siguiente, el Juez de Instrucción es el único facultado para decidir, ordenar o autorizar el levantamiento del secreto, pues él es el titular de la investigación, conforme a los preceptos procesales penales vigentes en ese momento¹⁵³⁶. Por tanto «la cualidad de titular de la investigación oficial es compatible con la prevalente de garante de los derechos que le atribuye el art. 117.4 C.E.»¹⁵³⁷, disposición *ius fundamental* que reconoce la posibilidad de que la ley le atribuya al juez una expresa función en garantía de algún derecho y, vemos que en el caso del secreto de las comunicaciones, la expresa atribución nace no en cualquier ley, sino en la propia Norma Fundamental —art. 18.3 CE—y ya conforme al mandato constitucional, en la ley se reitera que sólo el Juez puede acordar, como medida de investigación, el levantamiento del secreto de las comunicaciones, lo cual hará tras escuchar al Ministerio Fiscal¹⁵³⁸, garante de los derechos de los ciudadanos¹⁵³⁹.

En efecto, conforme a la jurisprudencia del TC, aun en actuaciones extraprocesales, existe un medio de control con especial importancia: la intervención del Ministerio Fiscal¹⁵⁴⁰ como garantía que compensa el hecho de que el titular del derecho del art. 18.3 CE no sepa que su derecho fundamental está siendo sacrificado y menos aún la razón de dicho

constituyen en rigor un proceso legalmente existente; al respecto recuerda el TC que ha declarado contrario a las exigencias de control de la intervención de las comunicaciones, la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, en la medida en que esa ausencia impide «el control inicial del desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos.» *vid.* STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7; recordando las SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5; 146/2006, de 8 de mayo, FJ 4.

¹⁵³⁵ *Vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6.

¹⁵³⁶ Aludiendo a los arts. 286 y 785. LECrim como consta en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6.

¹⁵³⁷ *Vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6.

¹⁵³⁸ *Vid.* Art. 588 *bis* c. LECrim «1. El Juez de Instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, *oído el Ministerio Fiscal*. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.» [énfasis añadido].

¹⁵³⁹ *Vid.* STC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5.

¹⁵⁴⁰ *Vid.* SSTC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7 y demás jurisprudencia citada *supra* nota a 1534.

sacrificio; aparece así una garantía adicional –de control– a la garantía constitucional judicial. Al respecto tenemos en cuenta que, conforme al criterio del TEDH, dada la naturaleza de la vigilancia de las comunicaciones que implican el desconocimiento del afectado, es necesario que el procedimiento legalmente establecido proporcione alguna salvaguarda para los derechos del individuo¹⁵⁴¹. Y en ese sentido, el TC considera contrario a las exigencias del art. 18.3 CE la ausencia de notificación al Ministerio Fiscal del levantamiento del secreto de una comunicación –sea la inicial autorización o eventual prórroga– y ello así, porque al no ponerse en conocimiento del Fiscal, la intervención podría «acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese.»¹⁵⁴²

Así también, como ya hemos mencionado, el TC, siguiendo al TEDH, considera de suma importancia que una vez finalizadas la medida (en principio desconocida por el afectado) se proceda a informarle que ha sido objeto de la misma, a fin de que pueda tomar las medidas que considere oportunas en la defensa de sus derechos¹⁵⁴³.

Segundo. Aunado a lo anterior, cobra especial trascendencia la motivación de la resolución judicial que autorice la limitación del derecho consagrado en el art. 18.3 CE. El Juez aparece como la única autoridad constitucionalmente legitimada para valorar la necesidad de la adopción de la medida, necesidad que se valorará a partir de otra exigencia constitucional, la de la relación existente entre la causa que justifica la medida limitante y el sujeto

¹⁵⁴¹ Vid. STEDH *Klass y otros v. Alemania*, 5029/71, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, párr. 55; el TEDH señaló que la revisión de la vigilancia puede intervenir en tres etapas: cuando la vigilancia es inicialmente ordenada, durante su ejecución o después de haber concluido. Con respecto a las dos primeras etapas, la naturaleza y lógica de la vigilancia secreta implican que no sólo la vigilancia en si misma, sino también la revisión que debe acompañarla, se efectúen sin conocimiento del individuo afectado. En consecuencia, como el individuo necesariamente estará impedido de buscar un remedio efectivo de su propia voluntad o de tomar parte directa en cualquier procedimiento de revisión, es esencial que los procedimientos establecidos puedan por sí mismo proveer unas garantías adecuadas y equivalentes que salvaguarden los derechos del individuo. Además, el principio de primacía del derecho, referido en el preámbulo del Convenio, fundamental en una sociedad democrática implica, *inter alia*, que una injerencia en los derechos individuales a cargo de la autoridad administrativa esté sujeta a un control efectivo que, normalmente, debería ser garantizado por un órgano jurisdiccional, al menos en última instancia; el control judicial ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y un procedimiento adecuado.

¹⁵⁴² Vid. STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7.

¹⁵⁴³ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6 con referencia a STEDH *Klass y otros v. Alemania*, 5029/71, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, párr. 55.

afectado con la medida; relación que se expresa en sospechas fundadas –en datos objetivos—¹⁵⁴⁴ .

Para constatar que existe esa necesidad, la decisión judicial que autoriza la medida limitante deberá primero, apreciar de manera razonada la conexión entre el afectado con la medida y el delito que se investiga –*prius lógico de proporcionalidad*— y después, valorar la gravedad de la intromisión, la idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público –el juicio de proporcionalidad—¹⁵⁴⁵.

En efecto, la relación existente entre la causa que justifica la medida limitante – averiguación del delito—y el sujeto afectado por la medida—quien se presume pueda ser el autor o partícipe del delito investigado— se expresará en las sospechas fundadas¹⁵⁴⁶ y es una exigencia indispensable desde la perspectiva del derecho del art. 18.3 CE, puesto que si el secreto pudiera alzarse sobre la base de simples hipótesis subjetivas «el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la C.E. lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido» se trata pues, de una exigencia que procede de la Constitución, de ahí que el secreto de las comunicaciones no pueda ser desvelado solamente para satisfacer una genérica necesidad de prevenir o descubrir delitos, para despejar sospechas que surjan en la mente de quienes llevan a cabo la investigación penal sin una base objetiva, no es una simple herramienta para investigaciones prospectivas¹⁵⁴⁷.

En ese sentido el Alto Tribunal tiene declarado que, cuando se solicita la intervención de las comunicaciones –telefónicas—; si el conocimiento de la existencia de un delito deriva

¹⁵⁴⁴ Vid. SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 5; caso en el cual, pese a que existían sendos autos donde se acordaba la interceptación de las comunicaciones, en respuesta a la petición policial sobre unas «gestiones practicadas por este Grupo Operativo de Policía Judicial, en conexión con las secciones de estupefacientes de Barcelona y Madrid», el TC tuvo en cuenta que no se especificaba, ni siquiera mínimamente, en que habían consistido esas investigaciones o en función de qué datos se conectaba al afectado por la medida con el delito que se pretendía investigar.

¹⁵⁴⁵ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

¹⁵⁴⁶ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8. Como habíamos señalado *supra* nota 1183, es criterio del TC que para que las sospechas puedan entenderse fundadas, tienen que apoyarse en datos objetivos en un doble sentido: por un lado, ser accesibles a terceros, pues de lo contrario no serían susceptibles de control; por otro lado, proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido un delito y no ser meramente valoraciones acerca de la persona.

¹⁵⁴⁷ Vid. SSTC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 a); 49/1999, de 5 de abril, FJ 8, citando la STEDH Klass v. Alemania, el TC apunta que el TEDH «acepta como garantía adecuada frente a los abusos que la injerencia sólo pueda producirse allí donde `existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave'», o donde existan «buenas razones» o «fuertes presunciones»

de unas investigaciones policiales previas, es exigible que en la solicitud policial se detalle en qué han consistido tales investigaciones y cuáles son sus resultados, con todo y que éstos sean provisionales; y si el juzgador no aprecia ello en la solicitud, deberá exigirlos antes de conceder la autorización, pues resultan indispensables para satisfacer la exigencia constitucional que nos ocupa. Al respecto, la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, el plazo de intervención y en su caso, los teléfonos a intervenir; no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a una investigación, ni la falta de esos indispensables datos puede justificarse posteriormente por el éxito de la investigación¹⁵⁴⁸.

Por tanto, la garantía jurisdiccional resultará satisfecha, solamente cuando el órgano judicial, tras apreciar las razones en que se apoya una solicitud de intervención de una comunicación realice la ponderación que le permita apreciar la constatación de la necesidad de la medida. Por tanto, sería insuficiente si su análisis se limitara a integrar la petición formulada por otra autoridad –administrativa o fiscal—¹⁵⁴⁹; el auto en el que se acuerde una interceptación de comunicaciones debería contener la mención a los datos y hechos objetivos que dan lugar a las sospechas sobre el sujeto que padecerá la afectación del derecho, igualmente determinar la concreta afectación que autoriza, el hecho delictivo que la motiva, la identidad del sujeto que padecerá la medida, la duración de la misma, la autoridad investigadora que estará a cargo de la medida, la finalidad que persigue. Es decir, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad¹⁵⁵⁰.

iv) Proporcionalidad de la limitación del ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones

El TC ha dicho que los elementos indispensables para que el juicio de proporcionalidad pueda llevarse a cabo –y ver si la medida es acorde con la Constitución— han de

¹⁵⁴⁸ Vid. STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 a).

¹⁵⁴⁹ Aun y cuando sea permisible la «motivación por remisión», la resolución judicial solamente será considerada suficientemente motivada si, integrando la solicitud policial a la que remite, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad. Al respecto *vid.* SSTC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 a); 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2.

¹⁵⁵⁰ En este sentido *vid.* SSTC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 a); 49/1999, de 5 de abril, FJ 10; así como las exigencias comunes a toda resolución judicial que autorice una medida de investigación penal con injerencia en el derecho del art. 18.3 CE, art. 588 *bis* c LECrim.

explicitarse en el momento de adopción de la medida¹⁵⁵¹, de modo que su ausencia o falta de expresión determina que la injerencia no pueda estimarse justificada desde la perspectiva del art. 18.3 CE; pues como lo ha afirmado, toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente fundamentada, de forma que las razones fácticas y jurídicas de la limitación puedan ser conocidas por el afectado¹⁵⁵².

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos encontrar pautas sobre las exigencias de proporcionalidad para la restricción del derecho, aunque mayoritariamente con motivo de la intervención de las comunicaciones telefónicas¹⁵⁵³. Ahora bien, como hemos señalado, hasta hace poco tiempo no existía habilitación legal para restringir las comunicaciones orales directas de personas investigadas –detenidas o en libertad— en un ámbito distinto al penitenciario; y aunque las pautas y criterios jurisprudenciales existentes siempre podrán orientarnos sobre la valoración de la proporcionalidad, hay que destacar que la nueva regulación prevista en la LECrim recoge unos principios rectores para la vigilancia de las comunicaciones de todo tipo, positivando los criterios que se desprendían de la doctrina del TC con especial énfasis en la proporcionalidad –con su triple exigencia— de la medida, criterio que también puede derivarse de la Directiva 2013/48/UE¹⁵⁵⁴.

En efecto, la nueva regulación adjetiva penal establece como principios rectores para alzar el secreto de una comunicación del sujeto investigado¹⁵⁵⁵, en nuestro caso detenido, que la autorización judicial se sujete a:

¹⁵⁵¹ Vid. STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4.

¹⁵⁵² Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.

¹⁵⁵³ Como se reconoce en la STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.

¹⁵⁵⁴ En efecto, el considerando (38), en cuanto a cualquier excepción temporal a los derechos reconocidos en la Directiva; el art. 6.2 y considerando (36), sobre el carácter proporcionado de la limitación o aplazamiento para que el detenido se comunique con un tercero de su elección; el art. 7 no prevé la posibilidad de limitar la comunicación del detenido con su autoridad consular, pero sí deja la regulación del ejercicio del derecho a la normativa o procedimiento nacional, donde pueden preverse limitaciones al ejercicio de esta comunicación; y el criterio de la proporcionalidad sobre las excepciones temporales a la comunicación con el Abogado se contemplan en el art. 8 «Las excepciones temporales previstas en el art. 3, apartados 5 y 6, [...] a) deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario; b) estarán rigurosamente limitadas en el tiempo; c) no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción, y d) no podrán menoscabar las garantías de un juicio justo.[...]».

¹⁵⁵⁵ Art. 588 bis a. LECrim que recoge los Principios Rectores para cualquiera de las medidas de investigación reguladas en el Capítulo IV, Título VIII del Libro II LECrim.

1) El principio de especialidad; por el cual se impone que la interceptación esté relacionada con un delito concreto, impidiéndose así que el secreto se desvele frente a investigaciones prospectivas.

2) El principio de idoneidad –dimanante de la proporcionalidad— para la definición del ámbito objetivo y subjetivo de la medida y su duración.

3) Los principios de excepcionalidad y de necesidad –dimanante del principio de proporcionalidad—, que implican que no exista otro medio menos gravoso o que cause un menor perjuicio para el derecho del investigado –detenido—, que igualmente pudiera resultar útil para el esclarecimiento del hecho delictivo concreto investigado. Se agrega la consideración de que sin la medida adoptada, en nuestro caso la limitación del derecho del art. 18.3 CE, el descubrimiento o comprobación del hecho investigado, la determinación de los responsables, la averiguación del paradero o la localización de los efectos del delito se viera gravemente dificultada.

La ponderación de los intereses en conflicto tomará como base la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción –el medio utilizado para limitar el derecho—, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, veamos las limitaciones al ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones orales directas de los detenidos, por la medida consistente en la captación y grabación de estas comunicaciones. A la luz de las nuevas previsiones legales pareciera que todas las comunicaciones orales de los detenidos pueden ser interceptadas, esto es, las que pudiera sostener de manera directa con las personas que eventualmente comparta el calabozo o aquellas que mantenga con su abogado, por citar algunas.

La captación y grabación de las comunicaciones orales directas del detenido, como medio de investigación o comprobación del hecho delictivo que se averigua y que motiva la detención, puede ser una medida útil en la investigación pero igualmente riesgosa para otros derechos como, eventualmente pudiera ser, el ejercicio de la asistencia letrada o el derecho a la no autoincriminación. Aunque esta medida ha sido utilizada por la policía judicial y autorizada por una autoridad jurisdiccional, el TC la rechazó y señaló su

inconstitucionalidad, debido a la ausencia de habilitación legal¹⁵⁵⁶, lo cual ha sido enmendado por el legislador.

En efecto, como ya hemos dicho, actualmente existe la habilitación legal de levantar el secreto o confidencialidad de las comunicaciones orales de un sujeto investigado y, como sabemos, el detenido preventivo tiene tal condición. Así, en la regulación concreta se prevé que puedan instalarse dispositivos de escucha para captar lo comunicado entre el investigado y un interlocutor. Esta posibilidad de interceptación puede ser en lugares cerrados¹⁵⁵⁷ y, concretamente en «dependencias»¹⁵⁵⁸; por tanto, no habría razón para rechazar que dentro del concepto dependencias, puedan entenderse las dependencias policiales.

Así en primer lugar, vemos que en la regulación actual se positivaron los elementos que, conforme a la jurisprudencia constitucional, debería contener tanto la solicitud de intervención¹⁵⁵⁹ de una comunicación como la resolución judicial que autoriza la

¹⁵⁵⁶ Vid STC 145/2014, de 22 de septiembre, FFJJ 6, 7. Las resoluciones judiciales que autorizaron la interceptación de las comunicaciones orales de unos detenidos en su celda tomaron como base legal las normas penitenciarias y el art. 579.2 LECrim –anterior redacción–; razonando que no podía resultar «concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica, en cuanto que puede ser legítimamente intervenida por el Juez, que una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado, sobre todo si se tiene en cuenta que, para evitar que los imputados pudieran ver mermado su derecho de defensa y su derecho a no declarar contra sí mismo, se tomaron ciertas cautelas: no instalar los aparatos de escucha en el lugar donde aquéllos tuvieran acceso a la entrevista reservada con su Letrado, dado que podían revelar datos que quedan bajo la reserva del secreto profesional, y colocar los micrófonos por los técnicos de la policía judicial en presencia del Secretario Judicial.» El TC, teniendo en cuenta las garantías del derecho del art. 18.3 CE conforme a su jurisprudencia y criterios del TEDH, señaló que ni el art. 579.2 LECrim ni la normativa penitenciaria habilitaban la intervención de las comunicaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales; y ello así por dos razones, primero porque la norma de aplicación general –art 579.2 LECrim– no regulaba la intervención secreta de las comunicaciones directas en dependencias policiales entre detenidos, por tanto no se trataba de cubrir una insuficiencia –por razón de la calidad– sino ante una ausencia total y completa de ley; puesto que el art. 579.2 LECrim se refería incontrovertiblemente a intervenciones telefónicas, «no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención.» Y por cuanto a la normativa penitenciaria –arts. 51 LO 1/1979 y arts. 46 y 47 del Reglamento penitenciario–, aunque si dispone la posibilidad de que las comunicaciones orales y escritas sean intervenidas de manera motivada por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente; para el TC, era «patente que los preceptos citados no rigen en un marco extrapenitenciario, ni están pensados para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del interno en un establecimiento de esa naturaleza.»

¹⁵⁵⁷ Vid. Art. 588 quater a.1). LECrim

¹⁵⁵⁸ Vid. Art. 588 quater c. LECrim.

¹⁵⁵⁹ P.e. STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 a), donde se alude a la exigibilidad de que en la solicitud policial se detalle las investigaciones que se han llevado a cabo y los resultados a partir de lo cual puedan tenerse unos indicios racionales sobre la existencia del delito que se investiga y el sujeto que se afectará con la medida; es decir, la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a una

medida¹⁵⁶⁰. En efecto, habilitándose a la autoridad administrativa –policía judicial—y al Ministerio Fiscal¹⁵⁶¹, cuando soliciten la intervención de las comunicaciones orales de un detenido deberían señalar: la descripción del hecho que se investiga y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, en este caso, del detenido; el detalle de las razones que justifican la necesidad de la intervención –teniendo en cuenta los principios rectores previamente aludidos—, así como los indicios de criminalidad que se desprendan de la investigación previa a la solicitud; los medios a través de los cuales se realizará la intervención de la comunicación –en este caso, dispositivos que permitan la captación y grabación—; la extensión de la medida con especificación de su contenido, que en el caso de la detención preventiva no podría ser más de 72 horas; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; y la forma de ejecución y duración de la medida¹⁵⁶².

Por su parte, la resolución judicial que autorice la medida debería contener como mínimo: el hecho punible que se investiga y su calificación jurídica, expresando los indicios racionales en los que funde la intervención; la identidad del investigado –en el caso, del detenido—y de cualquier otro afectado por la medida si se conociere –el interlocutor—; la extensión de la medida, su alcance, su duración y la motivación sobre el cumplimiento de los principios rectores previamente aludidos; la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida y la finalidad que se persigue¹⁵⁶³.

Además, en el caso de la autorización del levantamiento del secreto de las comunicaciones orales directas, la resolución judicial deberá especificar: 1) el lugar o dependencia –en el

investigación, igualmente se alude a otros elementos como la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, el plazo de intervención.

¹⁵⁶⁰ Como son los datos y hechos objetivos que dan lugar a las sospechas sobre el sujeto que padecerá la afectación del derecho, la determinación de la concreta afectación que autoriza, el hecho delictivo que la motiva, la identidad del sujeto que padecerá la medida, la duración de la misma, la finalidad que persigue. Entre otras, vid SSTC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 a); 49/1999, de 5 de abril, FJ 10.

¹⁵⁶¹ Vid. Art. 588 bis b.1. LECrim.

¹⁵⁶² Vid. Art 588 bis b.2. LECrim

¹⁵⁶³ Vid. Art 588 bis c.3. LECrim

caso, la concreta dependencia policial— y 2) los encuentros del investigado –del detenido—que serán sometidos a vigilancia¹⁵⁶⁴.

En segundo lugar, el órgano judicial que autorice la intervención de una comunicación, en nuestro caso de las comunicaciones verbales directas de un detenido, cuenta con 24 horas para resolver tras recibir la solicitud y, si considerara necesaria alguna aclaración o ampliación sobre alguno de los requisitos exigibles a la solicitud, puede requerirlo a la autoridad solicitante interrumpiéndose el plazo de 24 horas para emitir su resolución¹⁵⁶⁵.

En tercer lugar, para el control judicial de la interceptación de esta comunicación, la policía judicial tiene que poner a disposición del Juez el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones realizadas, así como la transcripción de las conversaciones que considere de interés, indicándose además qué agentes participaron en la ejecución de la vigilancia¹⁵⁶⁶. Parece que esta información tendría que ser integrada al atestado policial, ya que esta diligencia constituiría una más de las diligencias de investigación para el esclarecimiento de los hechos que motivan la detención –art. 17.2 CE—.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, creemos que la interceptación de las comunicaciones directas del detenido será algo excepcional y que, a la luz del principio de proporcionalidad y el resto de exigencias legalmente previstas, no parece muy viable. Veamos.

No todos los detenidos podrían ser objeto de una vigilancia en sus comunicaciones; sino solamente aquéllos que estuviesen siendo investigados por hechos que pudieran ser constitutivos de delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo¹⁵⁶⁷, aunque tenemos en cuenta que con respecto a éstos últimos, los detenidos investigados podrían ser objeto de incomunicación por virtud del régimen especial del art. 520 *bis* LECrim y, por tanto, probablemente no habría comunicaciones que intervenir¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁴ Vid. Art. 588 *quáter*.c. LECrim

¹⁵⁶⁵ Vid. Art. 588 *bis* c.2 LECrim

¹⁵⁶⁶ Vid. Art. 588 *quater* d) en relación con el art. 588 *bis* g) LECrim.

¹⁵⁶⁷ Vid. Art. 588 *quater* b.2.a) LECrim

¹⁵⁶⁸ En ese sentido tenemos en cuenta la Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», que en la disposición 4. Estancia en Calabozos, señala «f. Detenidos incomunicados:

Teniendo en cuenta los plazos de la detención preventiva y de la autorización judicial en auto motivado sobre la intervención de una comunicación oral, parece que ésta será más viable para el caso de detenciones que sean resultado de una investigación y seguimiento previo y no de detenciones espontáneas. Y lo creemos así, porque en el caso de las primeras quizá podrá preverse cuándo se llevará a cabo la detención y así, con antelación, solicitar la autorización judicial para la instalación de instrumentos que capten lo comunicado por el detenido en un lugar concreto, p.e. en el calabozo donde será colocado¹⁵⁶⁹. En cambio, en una detención preventiva espontánea, aun cuando fuera por un delito de los que pueden habilitar la vigilancia de la comunicación oral, la solicitud de esta vigilancia se realizará tras la aprehensión del sujeto, es decir, cuando ya ha comenzado a correr el cómputo del plazo ex art. 17.2 CE, que no puede superar las 72 horas; la solicitud policial para la vigilancia de unas concretas comunicaciones del detenido deberá satisfacer los requisitos legales señalados y una vez girada al Juez, éste cuenta con el plazo de hasta 24 horas para resolver en auto motivado —a menos que solicitara alguna aclaración a la solicitud—por tanto, en ese supuesto las comunicaciones concretas que podrían ser vigiladas solamente serán aquellas que el detenido mantuviera transcurridas al menos las primeras horas de su detención, dentro de las cuales está la comunicación con el abogado que, conforme a la LECrim, debería ser lo antes posible para poder mantener la entrevista reservada con el detenido incluso antes de que se le reciba su declaración, y por ello en el caso de abogado de oficio se contempla que éste acuda al centro de detención dentro de un plazo máximo de tres horas a partir de la recepción del encargo—arts. 520.5, 520.7 LECrim—.

Por otro lado, como se ha señalado, la solicitud para la vigilancia de las comunicaciones orales de los detenidos y la resolución judicial que la autorice, deberá señalar tanto el lugar o dependencia donde se realizará la vigilancia, como los encuentros concretos que serán sometidos a la misma —art. 588 quater c LECrim—, de tal suerte que autorizar la escucha de las eventuales conversaciones que el detenido tuviera en su celda podría satisfacer la

En caso de la incomunicación de un detenido se le asignará la celda destinada a tal fin. Si no hubiera, se le asignará la celda más aislada posible, procurando que no tenga contacto con otros detenidos ni reciba visitas. [...]».

¹⁵⁶⁹ Tal y como ocurrió en el caso que motivara la STC 145/2014, de 22 de septiembre.

cuestión relativa al lugar, pero creemos que no así la exigencia de especificidad legalmente establecida: señalar los encuentros concretos que serán sometidos a vigilancia. Sin embargo, si se tratase de varias personas detenidas relacionadas o vinculadas entre sí por una conexión común al mismo hecho(s) delictivo(s) investigado(s), entonces quizá podría tenerse por satisfecha la cuestión relativa a la especificidad en cuanto a la interceptación de las conversaciones mantenidas entre esos detenidos en su celda —como el encuentro de los investigados—. Pero entonces habría que determinarse si dicha vigilancia satisfaría el resto de exigencias legales formales como es la duración de la medida, y ello, así teniendo en cuenta que el detenido permanecerá en el calabozo hasta su puesta en libertad o a disposición judicial, lo cual es un plazo indeterminado —máximo de 72 horas—.

A lo anterior hay que agregar, la satisfacción del condicionante de necesidad y el principio de excepcionalidad legalmente previstos especifican que la captación de las comunicaciones verbales directas del investigado —en nuestro caso detenido—debería revelarse como la menos gravosa para los derechos fundamentales del afectado de entre otras medidas de investigación que pudieran realizarse o cuando la comprobación del delito investigado, la determinación de la autoría o la localización de efectos del delito, pudiera verse dificultado si no se acudiera a la medida de captación y grabación de la comunicación oral. Así que, en el contexto de la detención preventiva, teniendo en cuenta que mientras ésta tiene vigencia, la policía puede y debe realizar diversas diligencias de investigación como la toma de declaración, reconocimientos, inspecciones, reconstrucción de hechos, toma de muestras y análisis, una primera revisión de objetos que el detenido tuviera en su poder; parece difícil imaginar que la interceptación de las comunicaciones del detenido mientras permanezca en custodia policial fuera la actuación menos gravosa a sus derechos o que incluso sin ésta, no pudieran completarse esas primeras pesquisas tendentes al esclarecimiento de los hechos que motivaron la detención y que determinarán, en su caso, la puesta a disposición judicial.

En cambio, el levantamiento del secreto de las comunicaciones del detenido con su abogado, limitándose la confidencialidad que debe imperar en las mismas, parece tener

una mayor viabilidad que las intervenciones señaladas anteriormente. Al respecto, debemos recordar los dos supuestos habilitantes¹⁵⁷⁰:

- 1) Cuando se constate existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo que se investiga, o
- 2) La implicación del abogado junto con el investigado –detenido—en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria. Ello conforme al párrafo tercero del art. 118.4 LECrim.

Aunque se trate de una medida drástica, no puede desconocerse la conveniencia y necesidad de que en situaciones excepcionales pueda ser justificable interceptar las comunicaciones entre el detenido y su abogado. Conscientes de que ello puede tener incidencia en otros derechos como la propia asistencia letrada o impactar en el derecho de defensa provocando su disminución, parece bastante conveniente que la medida limitante cuente con una adecuada previsión legal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la resolución judicial que pondere la necesidad de interceptar una comunicación debe constatar la existencia de un hecho aparentemente delictivo y un vínculo del afectado con dicho hecho –*prius lógico* de proporcionalidad—, veamos. En el primero de los supuestos, la ponderación ha de hacerse en función del abogado, no del detenido; puesto que se prevé la existencia de unos indicios objetivos que vinculen a ese profesional del derecho con el hecho delictivo que se investiga y que, en nuestro caso, habrían motivado la detención¹⁵⁷¹.

¹⁵⁷⁰ Art. 118.4 LECrim. Por otro lado, siguiendo a este precepto, en lo que a las comunicaciones entre un interno y su abogado importa, hay que tener en cuenta la LOGP, art. 51. «2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales [...] no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. [...] 5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

¹⁵⁷¹ Precisamente esa es la justificación aceptable, a la luz de la Directiva 2013/48/UE, para excepcionar la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su representado. En efecto, aunque el art. 8 parece silencioso en cuanto al art. 4, que consagra el carácter confidencial de las comunicaciones del detenido con el abogado, en el considerando (33), tras subrayarse que la confidencialidad de las comunicaciones entre el sospechoso y su abogado debe ser respetada «sin excepción alguna», seguidamente se alude a una salvedad: «la situación en que se sospeche, a partir de indicios objetivos y fácticos, que el letrado está implicado junto con el sospechoso [...] en la comisión de una infracción penal. Una actividad delictiva del letrado no puede reputarse asistencia legítima [...]».

En el segundo de los supuestos, el análisis de la proporcionalidad es a partir de la actuación de ambos, en conjunto, y la posibilidad de que puedan implicarse en la comisión de nuevos delitos que pueden ir desde ocultar pruebas, enviar mensajes a otros miembros de la organización o cometer otros delitos contra la administración de justicia.

Así las cosas, en el concreto ámbito de la detención preventiva, la limitación de la confidencialidad del encuentro entre el detenido y su abogado por virtud de este supuesto, permite suponer que, en principio, se aplicaría cuando se trate de un abogado designado por el detenido, profesional sobre quien tendrían que existir unas sospechas basadas en datos objetivos –quizá a partir de alguna investigación policial previa— de que está en connivencia con el detenido en cuanto al delito que motivó la detención o de uno distinto; y con base en dichos datos objetivos presentar al juez la solicitud de la intervención de la comunicación entre ese abogado sospechoso de participar, en connivencia con su defendido detenido, en una actuación delictiva.

Por tanto, esta medida provocaría una doble afectación: al abogado, en cuanto al secreto de sus comunicaciones, y al detenido, en cuanto al secreto de sus comunicaciones y a la confidencialidad como elemento de la asistencia letrada. Afectación grave, pero no necesariamente desproporcionada, ponderada ante la justificación de la existencia de indicios racionales de que el abogado pudiera estar utilizando fraudulentamente el ejercicio de su profesión en relación con una conducta delictiva que lo vincula al investigado que dice defender.

Sin embargo, nos parece que, para el caso de la asistencia letrada de oficio, resultaría bastante más discutible levantar la confidencialidad de las comunicaciones letrado-detenido, pues se trataría de un abogado a quien por razón del turno le correspondiera brindar asistencia letrada a un detenido que, en circunstancias habituales, es muy poco probable que conozca y menos aún que pudiera estar implicado en el hecho delictivo que motivó la detención de quien tendrá que asesorar. En tales circunstancias parece que, en principio, levantar la confidencialidad de estas comunicaciones durante la detención preventiva, difícilmente podrá considerarse proporcional.

En todo caso requeriría un plus de motivación que justifique en el caso concreto, la necesidad y proporcionalidad de la medida. De no reunirse estos requisitos, su adopción estaría claramente fuera del sistema garantista de derechos.

En otro orden de ideas, hay una situación excepcional en la cual todas las comunicaciones del detenido pueden ser objeto de una restricción que, a nuestro parecer, más que limitación comporta una supresión de la libertad implícita del art. 18.3 CE, nos referimos a la incomunicación. Y es que, como señalara Remotti Carbonell «una cosa es la intervención u observación de las comunicaciones y otra muy distinta impedir que éstas puedan realizarse», recordando al respecto la diferencia que el TC ha recogido entre las comunicaciones en sí mismas y el secreto, como mecanismo para garantizar su libertad¹⁵⁷².

Sin embargo, atendiendo a sus particularidades cuando tiene como presupuesto habilitante a la detención prevista en art. 520 *bis* LECrim, consideramos conveniente detener aquí la mención y abordarla con detenimiento en el siguiente capítulo.

¹⁵⁷² Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, op. cit., p. 291 con cita en la STC 114/1984, del 29 de noviembre, FJ 7.

CAPÍTULO IV. Excepciones al Régimen General de la Detención Preventiva

A. Introducción

En el capítulo I nos referimos a la justificación general de la detención preventiva, frente a la preservación de bienes constitucionales como son la protección de la seguridad ciudadana y la paz social; a su reconocimiento generalizado, tanto en la doctrina del TC como del TEDH, como una herramienta de investigación y como medida que puede tener naturaleza penal, policial y cautelar. En este contexto, nos avocamos a analizar cada uno de los elementos que, entendemos, configuran y dotan de identidad a esta medida policial privativa de libertad y, a la luz de todo ello, señalamos que la detención preventiva es una restringida medida restrictiva de determinados derechos, tal como hemos visto en el capítulo II y III.

Todo ello comprende las implicaciones del régimen ordinario o general de la detención preventiva. Corresponde ahora centrarnos en los supuestos en los que es posible excepcionar algunos de los elementos de esta privación de libertad, sin que llegue a alterarse su naturaleza –penal, policial y cautelar—o incluso su significado procesal¹⁵⁷³. Así que, para continuar hablando de la misma institución deben comprobarse la existencia de sus elementos configuradores, sobre todo, el fin que persigue.

Existen situaciones constitucionalmente previstas, a la luz de las cuales pueden regularse en el ordenamiento algunas modificaciones al régimen general de la detención preventiva. Así es, las modificaciones que puede experimentar esta forma de privación de libertad se derivan de las previsiones constitucionales que contemplan las suspensiones de derechos¹⁵⁷⁴ –art. 55 CE—; es decir, cuando determinados derechos fundamentales pueden verse sometidos a una situación normativa distinta a la ordinaria, una situación excepcional. En ese orden, podríamos hablar de un régimen excepcional aplicable a la detención.

¹⁵⁷³ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8, al referirse al alcance de la suspensión del art. 17.2 CE ex art. 55.2 CE.

¹⁵⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *op. cit.*, pp. 21-25.

La modificación más evidente es la que puede tener lugar por virtud del art. 55.2 CE, atendiendo a la finalidad del propio instituto suspensivo y con base en la propia doctrina del máximo Tribunal¹⁵⁷⁵ en la medida en que del precepto se desprende la posibilidad de que el legislador orgánico establezca una duración mayor al plazo constitucional de setenta y dos horas. Quizá menos clara es la modificación que eventualmente podría haber al amparo del art. 55.1 CE, atendiendo a que éste contempla 2 situaciones distintas en las que es posible suspender los derechos del art. 17.1, 17.2 y 17.4 CE e incluso, en una de ellas, los derechos reconocidos en el art. 17.3 CE.

Fuera de esos casos parece difícil aceptar algún otro régimen de detención distinto al regular ordinario, porque no podría tener pleno aval constitucional. Esta afirmación no es óbice para reconocer, que derechos como la asistencia letrada –art. 17.3 CE— o el derecho de habeas corpus –art. 17.4 CE— deben desarrollarse por ley orgánica y que en tales leyes pueden establecerse restricciones con forma de limitación a dichos derechos, sin que ello implique propiamente un régimen excepcional; sin embargo, tales restricciones como el resto de las limitaciones ordinarias de derechos, deberían contar con una previa autorización judicial.

Pues bien, este capítulo analiza, a la luz del marco constitucional, cómo los derechos de los detenidos pueden verse afectados como resultado de la aplicación de alguno de los supuestos de suspensión previstos en el art. 55 CE. Para ello analizaremos la justificación de que, por vía legislativa, el detenido pueda ver suspendido alguno de los derechos fundamentales que el marco constitucional le reconoce; cuál es el alcance, constitucionalmente permitido de tales restricciones, o si estamos ante simples limitaciones de derechos, limitaciones excepcionales –suspensiones—o auténticas privaciones de derechos. Este capítulo lo dedicamos al estudio de las restricciones que, con forma de suspensión de derechos han sido previstas constitucionalmente en el contexto de la detención preventiva; así como a las restricciones que, con forma de limitación, suspensión o privación de derechos, se han desarrollado vía legislativa para constatar, si éstas últimas se adecuan o no al marco constitucional.

¹⁵⁷⁵ Vid. SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8; 71/1994, de 3 de marzo, FJ 9.

Para tal labor, como en el caso de los capítulos anteriores, hay que analizar el marco constitucional del régimen excepcional aplicable a la detención preventiva, partiremos de las previsiones constitucionales y las interpretaciones del Alto Tribunal, acudiendo también a los preceptos del CEDH y de la CDFUE, y a la interpretación de sus órganos de garantía; aunque hay que precisar, en fecha reciente con motivo de la transposición de las Directivas 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/UE se modificó la ley procesal penal, modificaciones que versan, precisamente, sobre los derechos de los detenidos y sus posibles restricciones o privaciones –como las identifica la ley—; al respecto debemos aclarar que los criterios jurisprudenciales citados corresponden a la legislación anterior, lo que no obsta para obtener de ellos criterios definidores del marco constitucional.

Así pues, nos encontramos en escenarios que identificamos como especiales o excepcionales porque, atendiendo a su naturaleza o a las circunstancias que los rodean, afectan la forma de llevar a cabo la detención, por ejemplo, considerándose necesario que ésta tenga una duración mayor a la habitualmente permitida, que el detenido vea reducido el ejercicio de algunos derechos, que la intervención judicial sea retrasada y que la autoridad gubernativa, por intermedio de la policía, tenga mayores atribuciones en el marco de la detención.

Ciertamente, las modificaciones que experimenta el ejercicio de la detención encuentran origen, conforme a lo previsto en la Constitución, a partir de la presencia de situaciones que representan una amenaza o un peligro grave para el ordenamiento democrático; ello no obstante, se debe reconocer que algunas de estas situaciones excepcionales pueden ser utilizadas como pretexto para realizar actos de abusos de poder¹⁵⁷⁶.

En síntesis, este capítulo lo dedicamos al estudio de las razones que hacen permisible la adopción de medidas que modifican algunos límites de la detención, el alcance de las mismas y su conformidad con los estándares de respeto a los derechos fundamentales derivados del Marco Constitucional, lo cual implica tener en cuenta el estándar europeo –

¹⁵⁷⁶ Y de hecho son objeto preocupación y de críticas por parte de instancias supranacionales de protección de derechos fundamentales, instancias tanto de carácter jurisdiccional –TEDH– como intergubernamental –Comité Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa– y Mecanismos de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas –Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Consejo de Derechos Humanos–

CEDH y CDFUE— y las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos ha asumido el estado español.

B. Situaciones Excepcionales y la Detención Preventiva

1. Detención Preventiva y la Suspensión General de Derechos

El artículo 55.1 CE, que prevé las suspensiones generales de derechos, no puede ser cabalmente comprendido si no se lee conjuntamente con el art. 116 CE, pues éste último es el que recoge los dos supuestos de procedencia a que alude el art. 55.1 CE: el estado de excepción y el estado de sitio. A este respecto hay que aclarar, no corresponde, por estar fuera del objeto de estudio de nuestro trabajo, profundizar en el estudio de tales estados de emergencia¹⁵⁷⁷ sino sólo limitarnos a la(s) consecuencia(s) que la declaratoria de alguno de dichos estados podría traer para la institución objeto de nuestro estudio, por eso sólo nos referimos a las generalidades de los mismos, procurando concentrarnos en lo atinente a la privación de libertad.

a. Marco Constitucional de la Suspensión General de Derechos

Artículo 55 CE

1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

Artículo 116 CE

[...]

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá

¹⁵⁷⁷ Como genéricamente son identificados los estados previstos en el art. 116 CE, *vid.* STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 7; ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4.

determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones

Artículo 15 CEDH. Derogación en caso de estado de excepción

1. En caso de guerra o de 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 estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las

Artículo 52 CDFUE. Alcance e interpretación de los derechos y principios¹⁵⁷⁸

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho

¹⁵⁷⁸ Aunque la CDFUE no contemple de manera expresa la posibilidad de suspender el disfrute de algunos derechos, sí puede entenderse a partir del art. 52 CDFUE. En efecto, con respecto a este artículo el documento explicativo de la CDFUE señala que «La Carta se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que, al amparo del artículo 15 del CEDH, los Estados miembros establezcan excepciones a los derechos contemplados en el CEDH en caso de guerra o de otros peligros públicos que constituyan una amenaza para la nación, al llevar a cabo acciones en el ámbito de la defensa nacional en caso de guerra o de mantenimiento del orden público, con arreglo a sus responsabilidades reconocidas por el apartado 1 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 72 y 347 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Vid. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, *Explicaciones sobre la Carta...*, *op. cit.*, Explicación relativa al artículo 52 –Alcance e interpretación de los derechos y principios.

disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación

Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

En términos similares a los antes mencionados, el PIDCP prevé la suspensión de algunas obligaciones estatales:

Artículo 4 PIDCP

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Estos estados tienen en común algunos condicionamientos como son la temporalidad, la intervención parlamentaria y en cuanto la privación de libertad, comparten el hecho de que durante su vigencia es posible «suspender» el derecho a la pronta puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial –17.2 CE—y el procedimiento de habeas corpus –17.4 CE—sin embargo tienen una diferencia, en el caso del estado de excepción no es posible «suspender» los derechos que el art. 17.3 CE reconoce a los detenidos, en cambio en el

caso del estado de sitio, la CE sí contempla la posibilidad de que dichos derechos sean suspendidos¹⁵⁷⁹.

Por su parte, el legislador orgánico, al desarrollar la suspensión general de derechos, como situación normativa distinta a la ordinaria, no tiene una carta en blanco puesto que de una parte deberá tener en cuenta los parámetros específicos derivados del marco constitucional para estas situaciones en concreto¹⁵⁸⁰; y por otra, las exigencias constitucionales –y convencionales– que con carácter general siempre deben observarse cuando se trate de restricciones a derechos fundamentales, tales como la adecuada previsión legal¹⁵⁸¹, la justificación –perseguir un fin legítimo– y la observancia del principio

¹⁵⁷⁹ En este sentido, Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell consideran que «la libertad y seguridad personal, el plazo máximo de duración de la detención gubernativa, el procedimiento de 'habeas corpus' y el plazo máximo de duración de la prisión provisional pueden ser objeto de suspensión cuando se declare el estado de excepción. En caso de declararse el estado de sitio, a la suspensión de estos derechos puede añadirse la de los derechos a ser informados en forma inmediata y de modo comprensible de los derechos que asisten a los detenidos y de las razones de su detención, el derecho a no ser obligado a declarar y la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales.» *vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁸⁰ En este sentido, p.e. Freixes Sanjuán señala, en términos generales, que para los dos supuestos del art. 55 CE, la Norma Fundamental «ha establecido condicionantes concretos para la suspensión». FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», *op. cit.*, p.165.

¹⁵⁸¹ Como hemos señalado en los capítulos anteriores, siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, la cobertura legal específica de una disposición que implique una medida limitadora de derechos fundamentales, ha de analizarse desde una triple condición: a) La existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para imponer la medida limitante en el caso concreto; b) El rango legal que tenga dicha disposición; y c) La calidad de ley como garantía de seguridad jurídica. La primera se refiere a la existencia de la cobertura legal de la medida limitativa de derechos, debe partir del contenido de las normas que regulan la limitación, en consonancia con la habilitación a la autoridad, el ámbito jurídico de aplicación y los presupuestos de hecho. La segunda tiene en cuenta la interpretación conjunta de los arts. 53.1 y 81.1 CE, en cuanto que el desarrollo de los derechos fundamentales es una materia reservada a la ley, misma que deberá tener el carácter de Ley Orgánica, en tanto que éstas cumplen el papel de norma de integración que da cima al desarrollo de la Constitución. La tercera, implica que la ley tenga unas condiciones mínimas suficientes que permitan satisfacer las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho, ello implica la satisfacción de dos requerimientos: la previsibilidad y la disponibilidad/accesibilidad. *Vid.* SSTC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 11/1981, de 8 de abril, FJ 5. A mayor abundamiento, *vid.* Capítulo I, apartado C epígrafe 6. a. Conforme a derecho y en capítulo III, cada uno de los epígrafes relativos a la Adecuada Previsión Legal.

de proporcionalidad¹⁵⁸² con los tres requisitos que dimanaban del mismo –necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto—¹⁵⁸³.

b. Alcance de la Suspensión General de derechos en el art. 17 CE

En primer lugar, es conveniente destacar que, durante la vigencia del Estado social y democrático de Derecho en España, afortunadamente no ha sido necesario recurrir a la suspensión de derechos prevista en el apartado primero del art. 55 CE, que alude a la declaración tanto del estado de excepción como del de sitio¹⁵⁸⁴. En tal razón, las consideraciones vertidas en este apartado se apoyan en criterios derivados de contadas sentencias de nuestro Alto Tribunal donde se alude a estos estados¹⁵⁸⁵, se toman como referencia los criterios derivados de la jurisprudencia del TEDH en materia de privaciones

¹⁵⁸² Tenemos siempre presente que «la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.» *vid.* STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 9. En efecto, aunque el principio de proporcionalidad no está expresamente reconocido en la Norma Fundamental, éste nace de la interpretación y sentido de la misma –está en su espíritu—. Como el Alto Tribunal recuerda, desde sus primeras resoluciones hasta las más recientes ha consagrado el principio de proporcionalidad «como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales... y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal de los mismos, incorporando incluso frente a la ley exigencias positivas y negativas», por todas STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.b.4. En similar sentido, el intérprete del PIDCP, ha señalado que «la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación». *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 29. Estados de emergencia (artículo 4)*, adoptada durante la 1950ª reunión, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párr. 4.

¹⁵⁸³ Por todas STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y demás jurisprudencia constitucional en la materia citada en el capítulo III de este trabajo.

¹⁵⁸⁴ Es cierto que en 2010 se declaró el estado de alarma en relación con la huelga de los controladores aéreos y al respecto fueron presentados sendos recursos de amparo que dieron lugar al ATC 7/2012 de 13 de enero y a la STC 83/2016 de 28 de abril. Sin embargo, hay que hacer una precisión, ese estado como los estados de excepción y sitio reconocidos en el art. 116 CE pueden ser identificados como estados de emergencia, en la medida que éstos permiten «hacer frente a situaciones de anormalidad constitucional», así que genéricamente pueden identificarse así, tanto el estado de excepción y el de sitio como el estado de alarma, cada uno con distinta intensidad (STC 83/2016, FJ 7 y ATC 7/2012, FJ 4). Sin embargo, no hay que perder de vista que, como recientemente hizo notar el TC y recuerda GÓMEZ SÁNCHEZ, el estado de alarma no se encuentra reconocido por el art. 55.1 CE como situación o presupuesto habilitante para la suspensión de derechos. Así que, aunque los tres estados señalados representen una emergencia estatal, creemos que podemos distinguir a los estados de excepción y de sitio como supuestos suspensivos de derechos, a diferencia de lo que sucede con el estado de alarma. Atendiendo a ello, a lo largo de este capítulo procuramos referirnos no a estados de emergencia, sino a estados excepcionales, en el entendido de que tal denominación se construye a los estados referidos en el art. 55.1 CE: estado de excepción y estado de sitio. *Vid.* STC 83/2016, de 28 de abril, FFJ 7,8; ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, Madrid, D.L., 2011, pp. 281, 284.

¹⁵⁸⁵ *Vid.* SSTC; 83/2016, de 28 de abril; 113/1995, de 6 de julio; 133/1990 de 19 de julio; 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 33/1981, de 5 de noviembre; ATC 7/2012, de 13 de enero.

de libertad en situaciones excepcionales¹⁵⁸⁶ que, consideramos, pueden ser de un referente general, así como la legislación de desarrollo y criterios doctrinales¹⁵⁸⁷.

Del entramado institucional y normativo de la Constitución, se desprende un orden de cuyo funcionamiento «resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios» sobre el que se estructura el Estado social y democrático de Derecho –art. 1.1 CE—¹⁵⁸⁸. Ejemplo de ese sistema de equilibrios es que dentro del régimen constitucional ordinario la Norma Fundamental prevé, de un lado, la institución de la detención preventiva –art. 17.2 CE— para salvaguardar bienes constitucionales como la investigación y descubrimiento de los delitos y el aseguramiento del delincuente –art. 126 CE—y de otro lado, establece una serie de garantías para el afectado –arts. 17.2, 17.3, 17.4 CE—, procurando así conseguir un equilibrio entre la actuación estatal y el derecho a la libertad personal.

Pero el constituyente fue más allá, procurando proteger el equilibrio del sistema constitucional, también previó la posibilidad de que el Estado pudiese enfrentar una situación de crisis y ante tal supuesto no deseado, consideró pertinente establecer los supuestos de los estados excepcionales y las consecuencias que pueden tener en algunos derechos fundamentales –arts. 116.3 y 116.4 en relación con el art. 55.1. CE—¹⁵⁸⁹. Sin

¹⁵⁸⁶ P.e. SSTEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961; *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978; *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993; *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996; *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009.

¹⁵⁸⁷ Criterios elaborados a partir del análisis de los arts. 55.1 y 116 CE, dónde también se destaca la escasa jurisprudencia constitucional al respecto debido a la afortunada no aplicación de dichos estados. Sugerimos QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, «La Naturaleza de los Derechos Fundamentales en situaciones de suspensión», *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, Núm. 2, 1983, pp. 433-472; CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*, Tecnos, Madrid, 1984; SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 55» y «Artículo 116», ambos en GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.) *Comentarios a la Constitución*, CIVITAS, Madrid, 3ª ed. ampliada, 2001, pp. 999-1019 y 1764-1817, respectivamente; TORRES MURO, Ignacio, «Artículo 116» y REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55», ambos en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, las Rozas (Madrid), 2009, pp. 1815, 1203, respectivamente; la última señalando que las escasas menciones jurisprudenciales al art. 55.1 CE han contribuido a la delimitación de la suspensión del art. 55.2 CE, descartando «que se pueda proceder a una ampliación de su objeto, integrando en el mismo derechos susceptibles de suspensión general», refiriéndose a la STC 153/1988, de 20 de julio, FJ 5; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *op. cit.*, pp. 279-296.

¹⁵⁸⁸ *Vid.* STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.

¹⁵⁸⁹ La suspensión de derechos en el contexto de alguno de los estados excepcionales, forma parte de los medios legales y legítimos que el Estado se procura a sí mismo para hacer efectivo, aún en las circunstancias de crisis, su deber de garantizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, asegurar el mantenimiento del orden público y el funcionamiento correcto de sus instituciones. En este sentido, como señalara Cruz Villalón, parece necesario o cuando menos conveniente, que se prevea un

embargo, trasciende que en ninguno de los artículos constitucionales que hacen referencia o se encuentren relacionados con la adopción de los estados excepcionales, se señala el concreto supuesto habilitante para la adopción de uno u otro estado¹⁵⁹⁰. En todo caso, el art. 116.1 CE tiene un mandato para que el legislador orgánico regule sus supuestos habilitantes, las competencias y limitaciones¹⁵⁹¹

Para el TC, la justificación o «el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante 'los poderes ordinarios' la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981 [...])»¹⁵⁹² ¿Qué normalidad? La del «orden», pero no el entendido como una mera situación de

derecho de excepción que evite al Estado enfrentarse a vacíos normativos que provoquen el eventual problema de cómo reaccionar ante supuestos de quebrantamiento del ordenamiento en situaciones críticas. El objetivo de los institutos de excepción no se limita a la superación de la situación de crisis a la que haga frente un Estado, sino que «tiene que cumplir el objetivo de protegerse frente a sí mismo, es decir, tiene que garantizar [...] la vuelta a la Constitución legítima.» (p.24). Más adelante el autor ofrece una reseña sobre los modelos básicos de derecho de excepción: a) La ausencia de derecho de excepción: el estado de necesidad; b) el estado excepcional; c) la dictadura constitucional; d) ¿tertium genus? y e) Incorporación al derecho 'ordinario' de institutos propios del derecho de excepción. Considera que el modelo seguido por la Constitución Española es al que identifica como estado excepcional, entendido como el «derecho de excepción basado en el mantenimiento sustancial del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien con la previsión de una serie de competencias extraordinarias taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión de la Constitución en algunos extremos», este modelo «supone el esfuerzo por extender el imperio de la ley a las situaciones de emergencia» (p.31) así, su presupuesto esencial es la tipificación de la emergencia, haciendo posible una delimitación de las medidas extraordinarias necesarias para superarla, tales como la suspensión de algunos derechos y libertades públicas o la participación de la autoridad militar. En este esquema existe «una correlación entre la emergencia contemplada y las modificaciones previstas en la vigencia de la Constitución; [...] sobre la base del carácter taxativo y limitado de esas modificaciones, [...]» (p.32) y además, hace posible contemplar más de un posible estado excepcional, como ocurre en nuestro caso: alarma, excepción y sitio. Por otro lado, cuando el autor se refiere a la incorporación al derecho ordinario de institutos propios del derecho de excepción, destaca las reservas que suscita por la incorporación en el ordenamiento, de manera casi permanente de institutos que, por su carácter, normalmente habían sido considerados específicos del derecho de excepción, señalando que en el ordenamiento español podía apreciarse esa tendencia en la identificada suspensión individual de derechos. Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.*, pp. 24-47.

¹⁵⁹⁰ Sino que sólo se establecen los procedimientos para declarar tales estados y los derechos que pueden afectar, como se ha señalado, entre otros, en REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 138; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *op. cit.*, p. 284.

¹⁵⁹¹ Si acudimos a la ley que desarrolla el art. 116 CE podemos apreciar que el supuesto habilitante para cada estado excepcional es: a) Estado de excepción: la insuficiencia de las potestades ordinarias para mantener o restablecer 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, [...]» que se hubieran visto gravemente alterados —art. 13.1 LOEAE—; b) Estado de sitio: la imposibilidad de resolver a través de otro medio —ordinario—, una amenaza o un supuesto de: 1) una insurrección; 2) un acto de fuerza contra la soberanía o la independencia estatal, la integridad territorial o el ordenamiento constitucional —art. 32.1 LOEAE—.

¹⁵⁹² ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4.

hecho, porque éste puede restaurarse con restricciones ordinarias a los derechos, p.e. el orden público referido en el art. 21.2 CE¹⁵⁹³ o el referido en el art. 16.1 CE¹⁵⁹⁴; sino al orden como «sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político»¹⁵⁹⁵. En efecto, el bien jurídico protegido en estos casos será el sistema constitucional o «el orden público, entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos»¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹³ Al respecto tenemos presente que el TC procuró distinguir entre el orden público con peligro para personas o bienes como cláusula de limitación al derecho reconocido en el art. 21.2 CE, entendido como una situación fáctica de desorden material «que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes público o privado». Del orden entendido como «el normal funcionamiento de la vida colectiva, las pautas que ordenan el habitual discurrir de la convivencia social» que «puede verse alterado por múltiples factores, que a su vez pueden afectar a cuestiones o bienes tan diversos como la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana; [...]». *Vid.* STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3.

¹⁵⁹⁴ En el contexto del art. 16.1 CE, el TC señaló que la utilización excepcional preventiva de la cláusula de orden público «siempre que se oriente directamente a la salvaguardia de la seguridad, de la salud o de la moralidad públicas propias de una sociedad democrática, que queden debidamente acreditados los elementos de riesgo y que, además, la medida adoptada sea proporcionada y adecuada a los fines perseguidos» no puede ser contraria a la Constitución. Por tanto, «un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para 'la seguridad, la salud y la moralidad pública', tal como han de ser entendido en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto».» *Vid.* STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11.

¹⁵⁹⁵ *Vid.* STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3, aproximación sobre el orden que realizó el TC para diferenciarlo del orden público con peligro para personas o bienes reconocido ex art. 21.2 CE

¹⁵⁹⁶ En este sentido *vid.* STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, recordado en la STC 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3. El TC diferencia la necesidad de las situaciones «que pueden considerarse como de extraordinaria y urgente necesidad, que dan lugar a estados de alarma, excepción y sitio, que define el art. 116», de la «necesidad justificadora» de los Decretos-leyes, subrayando, además, que dichos supuestos se encuentran en distinta sede sistemática constitucional. Ahora bien, creemos que en este contexto de situaciones excepcionales, la expresión del TC sobre el «sistema constitucional» puede entenderse en el contexto de la política de defensa, que en la legislación de desarrollo se reconoce que tiene como finalidad «[...]la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España.» *Vid.* art 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, BOE Núm. 276, de 18 de noviembre de 2005. Aunque también, bajo el más nuevo concepto de «Seguridad Nacional» se ha identificado «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, [...]»; señalando que los desafíos para la Seguridad Nacional revisten en ocasiones tal complejidad, que desbordan las fronteras de las tradicionales categorías de defensa, orden público e inteligencia, entre otras. *Vid.* Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, BOE Núm. 233, de 29 de septiembre de 2015, art. 3, preámbulo I.

En cuanto a las autoridades competentes que podrían enfrentar la imposibilidad ante la situación de emergencia; recordemos que el mantenimiento del orden público está a cargo de la policía¹⁵⁹⁷, como parte de la más amplia materia de seguridad pública¹⁵⁹⁸ –art. 149.1.29ª CE— por eso el TC las identifica como las fuerzas de orden público¹⁵⁹⁹. Si la amenaza grave no pudiera ser frenada por éstos y se atentara contra la soberanía o la independencia estatal, la integridad territorial o el ordenamiento constitucional entonces, a la luz del art. 8.1 CE, la protección de dichos bienes constitucionales podría ser encomendada a las Fuerzas Armadas¹⁶⁰⁰.

Por cuanto a la emergencia provocada por unas circunstancias extraordinarias; acudamos como referente al art. 15 CEDH y la interpretación dada por el TEDH, al señalar que un «peligro público que amenace la vida de la nación» es suficientemente claro, se refiere a una «situación excepcional de crisis o de emergencia que afecta a toda la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad que compone al Estado»¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁷ El TC se ha referido a ello, p.e. al abordar la competencia de las policías autónomas, *vid.* SSTC 172/2013, de 10 de octubre, FJ 3; 235/2001, de 13 de diciembre, FJ 5; 148/2000, de 1 de junio, FJ 17; 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 85/1993, de 8 de marzo, FJ 4; 104/1989, de 8 de junio, FJ 3.

¹⁵⁹⁸ *Vid.* STC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4. La actividad policial es una parte de la más amplia materia de la seguridad pública –art. 149.1.29ª CE—, cuya competencia exclusiva es del Estado, salvo la excepción que se derive de la creación de las policías autónomas. La materia de seguridad pública «hace referencia a la actividad dirigida a la protección de bienes y personas con la finalidad de garantizar la tranquilidad y el orden ciudadano. Esta protección que se lleva a cabo, preferentemente, mediante la actividad policial propiamente dicha y las funciones no policiales inherentes o complementarias a aquellas.». Ahora bien, este ámbito no se constriñe a la regulación de las intervenciones de la policía de seguridad –función propia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad— por eso, no puede realizarse «una identificación absoluta entre la materia de seguridad pública y las actuaciones que son propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

¹⁵⁹⁹ *Vid.* STC 138/2012, de 20 de junio, FJ 15, refiriéndose a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, en el ejercicio de la coacción legítima del Estado, ante conductas tipificadas como delitos, persiguen, detienen y ponen a disposición judicial a los presuntos responsables de los delitos; STC 89/1986, de 1 de julio, FJ 4, refiriéndose a las fuerzas de la Guardia Civil como fuerzas de orden público; STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3, refiriéndose a los agentes de orden público, la policía, que realizan la prueba de alcoholemia, la comprobación de la identidad y estado de los conductores; por cierto, señalando que en tales actuaciones no eran necesarias las garantías inscritas en el art. 17.3 CE, dispuestas específicamente para la protección del detenido.

¹⁶⁰⁰ Art. 8 CE «1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.» La ley que dispone la CE es la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

¹⁶⁰¹ *Vid.* SSTEDH, *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 28; *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009, párrs. 176 y 109. Además, el TEDH también tiene en cuenta el alcance del concepto «situaciones excepcionales» del art. 4.1 PIDCP, p.e. al recordar los párrs. 39-40 y 54 de los «Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (ONU, Consejo Económico

Por tanto, no sólo se trata de estar ante la presencia de una situación que revista una gravedad¹⁶⁰², porque en tal caso, primero se procurará dar una respuesta eficaz que permita mantener el funcionamiento más o menos normal de sus instituciones públicas, utilizando los medios y atribuciones de la legislación ordinaria¹⁶⁰³. Sino que habrá que llegar al punto de necesidad extraordinaria y urgente¹⁶⁰⁴, que haga considerar al Estado que los recursos del ordenamiento ordinario son insuficientes o le imposibilitan para enfrentar la amenaza, entonces tendrá justificación acudir a medidas fuera del alcance de la legislación ordinaria, medidas excepcionales.

En síntesis, para producirse la adopción de cualquiera de los dos estados excepcionales que comentamos, habrán de confluír de una parte, la necesidad absoluta que supone un peligro grave al orden público o al sistema constitucional¹⁶⁰⁵; y de otra, la imposibilidad de protegerlos o restablecerlos por los medios ordinarios¹⁶⁰⁶.

Por tanto, las medidas excepcionales que se adopten, habrán de ser únicamente aquellas que permitan subsanar la imposibilidad de actuación ordinaria, constriñéndose a lo

y Social, Comisión de Derechos Humanos, 41º periodo de sesiones, 28 de septiembre de 1984, Doc. E/CN.4/1985/4): «39. Un Estado parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 (en lo sucesivo denominadas 'medidas de derogación') cuando se enfrente con una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación. Se entenderá que una situación constituye una amenaza a la vida de la nación cuando: a) Afecte a toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él, y b) Amenace la integridad física de la población, independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto. 40. El conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la nación no pueden justificar las derogaciones en virtud del artículo 4.» «54. El principio de la necesidad estricta se aplicará de manera objetiva. Toda medida responderá a un peligro real, claro, presente o inminente y no se podrán imponer simplemente por temor a un posible peligro.»

¹⁶⁰² Como señala el órgano vigilante del PIDCP «No todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, como se exige en el párrafo 1 del artículo 4». Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 29. Estados de emergencia...*, op. cit., párr. 3. Hay que tomar en cuenta los «Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» citados en la doctrina del TEDH, especialmente párrafo 39, vid. *supra* nota a pie anterior.

¹⁶⁰³ Como el TEDH consideró que ocurrió durante cierto tiempo en Irlanda, antes de la declaración de un estado de emergencia que amenazaba la vida de la nación, ante el inminente peligro provocado por las continuadas e ilegales actividades en Irlanda del Norte de IRA y varios grupos asociados que operaba desde el territorio de la República de Irlanda, vid. STEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, parr. 29.

¹⁶⁰⁴ Que es, el que el TC reconoce para dar lugar a los estados definidos en el art. 116 CE. Vid. STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; recordado en la STC 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3.

¹⁶⁰⁵ En este sentido vid. STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5.

¹⁶⁰⁶ En este sentido vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, op. cit. pp. 291, 294, 295.

estrictamente necesario según las exigencias de la situación¹⁶⁰⁷, lo cual «refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación.»¹⁶⁰⁸

Ahora bien, teniendo en cuenta que en estos casos el bien jurídico protegido es el propio orden constitucional amenazado por conductas que además podrían estar tipificadas, la necesidad de la actuación policial, para privar de la libertad e investigar a quienes razonablemente se consideren relacionados con el fenómeno que motiva la adopción del estado excepcional, parece evidente. Sin embargo, no sólo es la detención lo que interesa, sino la forma en la que pueda llevarse a cabo, con una flexibilización de los derechos de los detenidos, por virtud del reconocimiento de poderes extraordinarios a la autoridad policial ante la estricta necesidad de hacer frente a la situación de emergencia¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁷ Vid. SSTEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párr. 31; *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 206. Para Harris y O'Boyle, la estricta necesidad permitirá determinar si la medida adoptada, que en circunstancias normales infringiría la Convención, es proporcional a la crisis que enfrentan las autoridades estatales. Aunque la Corte mantiene un derecho de revisión y los Estados deberían justificar cuidadosamente sus acciones, esta es un área donde los estados cuentan con un amplio margen de apreciación. Vid. HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention...*, op. cit., p. 837. Como ejemplo de la justificación estatal sobre la estricta necesidad de la adopción de unas medidas excepcionales, podemos citar lo señalado por Francia con respecto a la última prórroga del estado de emergencia inicialmente adoptado en noviembre de 2015, «[...] La severidad de los ataques, su carácter simultáneo y la permanencia de la amenaza a un nivel hasta ahora desconocido en el país justificaron, en consecuencia, la extensión del estado de emergencia por un periodo de tres meses, comenzando el 26 de noviembre de 2015, [...], después por un periodo de tres meses comenzando el 26 de febrero de 2016 [...]. Hasta ahora, la amenaza terrorista, caracterizando 'un peligro inminente resultado de graves infracciones al orden público', que justificó la declaración inicial y la primera extensión del estado de emergencia permanece en un nivel muy alarmante, como se demuestra tanto en las noticias nacionales como internacionales. Esta persistente amenaza terrorista de alta intensidad se combina con dos grandes encuentros deportivos, el Campeonato de Fútbol Europeo (EURO 2016) que tendrá lugar del 10 de junio al 10 de julio de 2016 y el Tour de Francia, del 3 al 24 de julio de 2016. La revisión de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia desde el 14 de noviembre ha confirmado la necesidad de tales medidas con la finalidad de evitar cualquier nuevo ataque y desarticular redes terroristas. [...] Entre las medidas que podían ser adoptadas bajo el estado de emergencia, la ley ya no contempla los registros administrativos en lugares donde existen razones fundadas para considerar que son frecuentados por personas que amenazan el orden y seguridad pública. De hecho, esta medida, que fue muy útil tras los ataques del 13 de noviembre de 2015, [...] ha dejado de tener el mismo interés al día de hoy, [...]» vid. Consejo de Europa, Reservas y Declaraciones al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, *Nota verbal de la Representación Permanente de Francia*, fechada el 25 de mayo de 2016, registrada el 26 de mayo de 2016 ante la Secretaría General, disponible en: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/declarations>>, consultado el 15 de marzo y 19 de abril de 2016.

¹⁶⁰⁸ Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 29. Estados de emergencia...*, op. cit., párr. 4.

¹⁶⁰⁹ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4. El TC señaló que el lugar que asume la situación de emergencia que se pretende combatir en un estado excepcional, en el caso del art. 55.2 CE lo ocupa «la presencia de una 'actuación de bandas armadas o elementos terroristas', frente a la cual el Estado no basta a dar respuesta con los instrumentos ordinariamente puestos a su disposición para garantía de la seguridad y tranquilidad públicas y del orden constitucional».

Siguiendo ese orden de ideas, si acudimos a la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 15 CEDH, podemos apreciar que la mayoría de las veces en las que un Estado ha adoptado medidas excepcionales para hacer frente a algún «peligro público que amenace la vida de la nación», dichas medidas se encuentran vinculadas al derecho a la libertad personal –art. 5 CEDH–, sea porque se adoptan formas de privación de libertad¹⁶¹⁰ distintas de las reconocidas en el art. 5.1 CEDH, p.e. para interrogar testigos¹⁶¹¹; detenciones sin la finalidad de poner a disposición de un juez –art. 5.3 CEDH– por considerarse necesarias para asegurar la paz y el orden¹⁶¹², o porque se prolongan los periodos de detenciones penales –5.1(c) CEDH– sin intervención judicial¹⁶¹³. En efecto, las derogaciones que hasta ahora se han realizado con respecto al derecho a la libertad personal –art. 5 CEDH– se han referido a la concesión de poderes adicionales para detener, atribuciones que los Estados han considerado estrictamente necesarias como resultado de conflictos internos o amenazas terroristas¹⁶¹⁴.

¹⁶¹⁰ Como fue el caso en Irlanda y Reino Unido, *vid. SSTEDH Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961; *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978.

¹⁶¹¹ *Vid. STEDH Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 212, donde conforme a alguna previsión legal de las de emergencia, era posible detener a una persona, aun sin ser sospechosa de un delito o de actividades perjudiciales para la paz y el orden, con el único fin de obtener de ella información sobre terceras personas. Este tipo de detención puede ser justificable sólo en una situación muy excepcional, y el TEDH consideró como tal, la que en su momento llegó a padecerse en Irlanda del Norte, atendiendo a las circunstancias. Respecto a la proporcionalidad de esta privación de libertad creemos que pueden apreciarse, la valoración de elementos como 1) la idoneidad, al señalar que muchos testigos no podían dar evidencia libremente sin correr un riesgo mayor, así que las autoridades competentes tenían la atribución para considerar, sin exceder su margen de apreciación, que resultaba indispensable detener a tales testigos para que así pudieran ser interrogados en condiciones de relativa seguridad y no ser expuestos a represalias. 2) Atendiendo a la indispensabilidad, esa privación de libertad podía tener una duración máxima de 48 horas. Ese juego de requisitos hacía palpable, teniendo en cuenta el contexto de crisis, la proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁶¹² Como ocurrió en la República de Irlanda, donde por la ley de emergencia se confería a los Ministros de Estado, poderes especiales para detener sin juicio, cuando ello fuera necesario para asegurar la preservación de la paz y orden públicos. Detención administrativa de quienes se consideraban sospechosos de intentar tomar parte en actividades terroristas y que, pese a su gravedad, se reflejó como una medida necesaria por las circunstancias. Para tal consideración, el TEDH tuvo en cuenta no sólo las circunstancias del caso, sino las garantías a que estaba sometida esa forma de detención –y la ley que la consignaba– con la finalidad de evitar abusos en el funcionamiento del sistema de detención administrativa. *Vid. STEDH Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Hechos, párrs. 11-12, Capítulo de Derecho, párrs. 36, 37.

¹⁶¹³ *Vid. SSTEDH Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 48, respecto a lo cual, el Tribunal señalaba que la cuestión central no era tanto la existencia de un poder para detener a sospechosos de terrorismo por un lapso hasta de 7 días, sino el ejercicio de tal poder sin intervención judicial; *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrs. 29, 77, 78; *Marshall v. Reino Unido* (dec.), 41571/98, 10 de julio de 2001, apartado B.

¹⁶¹⁴ *Vid. STEDH Hassan v. Reino Unido* [GS], 29750/09, Sentencia de 16 de septiembre de 2014, párr. 101, recordando como ejemplos los casos *Brannigan y McBride*, *Aksoy*, *A.* y otros.

Para valorar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en un contexto de emergencia que lleven a una derogación en cuanto a la libertad, esto es, que no vayan más allá de lo estrictamente necesario, el TEDH ha tomado en cuenta, tanto la necesidad de establecer privaciones de libertad que resulten no ajustadas a alguna de las situaciones previstas en el apartado 1 del art. 5 CEDH –cuando así ha ocurrido–, como la adecuación de garantías que puedan alcanzar el nivel fijado por los apartados 2 a 4 del CEDH¹⁶¹⁵. Para el TEDH, las medidas excepcionales adoptadas que conllevan a una derogación de alguno de los apartados del art. 5 CEDH, no deben ser tales que excedan el canon de la estricta necesidad derivada de las exigencias de la situación, en el sentido del art. 15.1 CEDH¹⁶¹⁶.

Pues bien, en el caso de la suspensión general ex art. 55.1 CE se alude genéricamente a los derechos reconocidos en el artículo 17 CE¹⁶¹⁷ –salvo el apartado 3 en caso del estado de excepción–.

«Los derechos reconocidos en los artículos 17 [...] podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio [...] Se exceptúa de lo

¹⁶¹⁵ P.e. en STEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961, Capítulo de Derecho, párrs. 36-37, p.e. el TEDH tuvo en cuenta las garantías que se contemplaban en la legislación de emergencia para prevenir abusos en el sistema de detención administrativa, p.e. una constante supervisión a cargo del Parlamento quien además, en cualquier momento mediante resolución, podía anular la proclamación del gobierno; el establecimiento de una «Comisión de Detención» conformada por tres miembros; una intervención judicial dado que los tribunales ordinarios podían compeler a la Comisión de Detención a llevar a cabo sus funciones; aunado a ello existieron una serie de compromisos asumidos por el gobierno para una liberación inmediata de los afectados por la detención administrativa excepcional, si se comprometían a respetar el ordenamiento. Por ello, la detención excepcional sin juicio, sujeta a las antedichas garantías, se reflejaba como una medida estrictamente necesaria por las exigencias de la situación, dentro del alcance del art. 15 del Convenio. En STEDH *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 211, 216-219; p.e. ante algunas detenciones permisibles por la legislación de emergencia no era posible combatirlas por medio de un recurso judicial o administrativo, sin embargo, en la práctica, la duración de tales arrestos no excedía de 48 o 72 horas. Además, aunque al inicio de la legislación de emergencia no era posible, en algún momento de su vigencia se habilitó la posibilidad de revisión judicial –aun cuando limitada–.

¹⁶¹⁶ P.e. en STEDH *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrs. 84, 86., donde el Tribunal, aun teniendo en cuenta la indubitable gravedad del problema de terrorismo y las dificultades para hacerle frente con medidas efectivas; no podía considerar que las exigencias de la situación hicieran estrictamente necesario mantener privado de libertad al demandante, sospechoso de participación en actividades terroristas, por un periodo de catorce días o más, incomunicado sin acceso a una autoridad judicial. En STEDH *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 184. se señala que cuando una medida coarta algún derecho fundamental del Convenio, como es el derecho a la libertad personal, la Corte debe convencerse de que se trata de una genuina respuesta a la situación de emergencia, que está totalmente justificada por las circunstancias especiales de la emergencia y que se han proporcionado garantías adecuadas para prevenir abusos.

¹⁶¹⁷ *Vid.* QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, *op. cit.*, pp. 439-441; CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.*, pp. 95-96.

establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de estado de excepción.»

Lo anterior puede dar pie a distintas interpretaciones porque hace desprender la posibilidad constitucional de establecer una situación normativa temporal extraordinaria no sólo para el derecho a la libertad personal –art. 17.1 CE—, sino también para los derechos que la garantizan –arts. 17.2, 17.3 y 17.4 CE—; derechos que, como hemos visto, no son únicamente unas garantías formales de un derecho fundamental¹⁶¹⁸ sino que, dada su estructura y funcionalidad, son auténticos derechos autónomos.

En efecto, de la lectura del artículo en cita parece desprenderse la posibilidad de que ante la declaratoria de un estado excepcional –justificado por la imposibilidad de mantener la normalidad— con el fin legítimo que persigue –dar respuesta a la amenaza y mantener o restablecer el orden— se considere necesario adoptar alguna medida que pueda implicar tanto la adopción de un nuevo caso de privación de libertad –art. 17.1 CE—distinto a los previstos en el ordenamiento ordinario; como la adopción de alguna medida que sólo implique la prolongación del plazo de la detención o la puesta a disposición judicial–art. 17.2 CE—, la restricción al procedimiento de habeas corpus –art. 17.4 CE—o la restricción excepcional del derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible de las razones de la detención o de los derechos que le asisten como detenido, del derecho a no ser obligado a declarar o del derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales –art. 17.3 CE—, en caso del estado de sitio.

Como quiera que se interprete, lo que tendría que poder constatarse es que la situación normativa adoptada para cualquiera de los derechos señalados responde a un fin legítimo, el cual a su vez estará condicionado al fin que persiga el estado excepcional que se adopta y ello debería constar en la declaratoria del mismo.

Así las cosas, partir del art. 55.1 CE pueden suspenderse los derechos del art. 17 CE cuando se declare el estado de excepción o el estado de sitio «en los términos previstos en la Constitución», dichos términos son: que una ley orgánica regule las competencias y limitaciones –art. 116.1 CE—. Esa ley orgánica debería recoger las excepciones o

¹⁶¹⁸ Como en su momento, a inicios de la vigencia del texto constitucional, fueron referidos en QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, *op. cit.*, pp. 441-442.

modificaciones *pro tempore* que la vigencia del estado excepcional –sea cual fuere— supondrá para la aplicabilidad de algunas normas del ordenamiento vigente, incluidas algunas normas que sin que sean derogadas o modificadas, sí puedan ver alterada su aplicabilidad ordinaria¹⁶¹⁹. Ergo, podrán ser suspendidos los derechos del art. 17 CE en los términos que establezca la ley orgánica que regule dichos estados; constatándose con ello que, aun en situaciones excepcionales o de emergencia, los derechos fundamentales sólo pueden regularse por Ley Orgánica –art. 81.1 CE—.

En ese orden de ideas consideramos que, si esa Ley Orgánica no establece restricciones a alguno de los derechos constitucionalmente suspendibles, éstas no podrían introducirse a través de la declaratoria del estado excepcional, porque aun y cuando sea cierto que a ésta se le reconoce rango o valor de ley¹⁶²⁰, cierto es también que no se le reconoce el de ley orgánica.

Por tanto, el legislador orgánico al regular estas situaciones normativas temporales, tiene la opción de establecer o no, respecto de los derechos suspendibles, un régimen distinto al ordinario para que, en caso de adopción de alguno de estos estados, si se considerase necesario, la declaratoria especifique qué medidas se adoptaran de entre las previstas por la LOEAS¹⁶²¹ –como desarrollo de los estados previstos en el art. 116.1, .3 y .4 en relación con el art. 55.1 CE—

c. La detención durante la suspensión general de derechos ¿nuevo supuesto de privación de libertad o modificación de los ya existentes?

En relación con la suspensión de los derechos recogidos en el art. 17 CE, la ley orgánica que desarrolla los estados excepcionales establece¹⁶²²:

Art. 16

¹⁶¹⁹ Vid. STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 9 recordando el ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4, p.e. a la luz de los arts. 16, 30 o 32 LOEAS.

¹⁶²⁰ Vid. Doctrina recogida en el ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4.

¹⁶²¹ *Mutatis mutandis*, p.e. Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, Art. 3 ámbito subjetivo.

¹⁶²² La suspensión prevista en el art. 55.1 CE se desarrolla en todos sus términos en estos dos preceptos de la LOEAS. Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, op. cit., p. 165.

Uno. La Autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La detención no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutarán de los derechos que les reconoce el artículo diecisiete, tres, de la Constitución.

Dos. La detención habrá de ser comunicada al juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido la situación de éste.

Art. 32¹⁶²³

Tres. La declaración podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado tres del artículo diecisiete de la Constitución.

A partir de los preceptos en cita hay que analizar en qué consistiría la concreta suspensión de cada uno de los derechos del art. 17 CE, atendiendo al fin que se perseguiría con la misma y que debería plasmarse en la declaración del estado excepcional –excepción o sitio—. Antes una consideración, hay que tener en cuenta que la LOEAES data de 1981 y no ha tenido ninguna modificación, es decir, fue elaborada a inicios de la vigencia del Sistema Constitucional de derechos fundamentales, derogándose por su virtud varios artículos de la Ley 45/1959 de Orden Público¹⁶²⁴ «emblemática del régimen político anterior»¹⁶²⁵, quizá por ello en ocasiones parece haber alguna reminiscencia a los términos

¹⁶²³ Este precepto es el primero del Capítulo IV de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, conforme al art. 116.4 CE. En el primer apartado del artículo se establece el supuesto habilitante para la declaración del estado de sitio y en el segundo, los requisitos a cumplir por la declaratoria del estado.

¹⁶²⁴ LOEAES «Disposición derogatoria. Quedan derogados los artículos veinticinco a cincuenta y uno y disposiciones finales y transitorias de la Ley cuarenta y cinco mil novecientos cincuenta y nueve, de treinta de julio, de Orden Público, [...]»

¹⁶²⁵ Cómo se reconocía en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, actualmente derogada.

de aquélla¹⁶²⁶ en los contenidos de algunos artículos de esta norma como respuesta a una amenaza grave al Estado¹⁶²⁷.

i) Fin constitucionalmente legítimo de la suspensión

Debe distinguirse, por un lado, la justificación y fin que persigue la adopción del estado excepcional—imposibilidad / respuesta— y, por otro lado, la justificación y fin de la suspensión de alguno de los derechos de la libertad en el contexto del estado excepcional declarado¹⁶²⁸.

En el caso del estado de excepción o del estado de sitio, el concreto fin legítimo de la suspensión de alguno de los derechos del art. 17 CE no se recoge en la Norma Fundamental, habrá que encontrarlo tanto en la legislación de desarrollo —LOEAES—

¹⁶²⁶ Como es el caso del propio concepto genérico de «orden público» que, como el TC ha señalado, adquirió una nueva dimensión a partir de la Constitución de 1978, pues en ésta «se encuentran otras alusiones a la seguridad ciudadana desde la perspectiva de quienes han de garantizarla, así como de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, misión privativa de las Fuerzas y Cuerpos correspondientes (art. 104 C.E.)». Así que, aunque antes el orden público se identificara con la seguridad pública y ésta también se identifique como seguridad ciudadana; el TC ha insistido en que la seguridad pública supone una noción más precisa que la del orden público. La materia de seguridad pública se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano—éste último es parte integrante de la seguridad— y dentro del estándar «orden público» tienen que incluirse las normas tuteladoras de derechos fundamentales, pues el respeto de dichos derechos y de las libertades públicas garantizados por la Norma Fundamental es un componente esencial del orden público. *Vid.* entre otras SSTC 81/1992, de 28 de mayo, FJ 4 B); 59/1990, de 29 de marzo, FJ 4; 104/1989, de 8 de junio, FJ 3; 43/1986, de 15 de abril, FJ 4; 33/1982, de 8 de junio, FJ 3; 59/1985 de 6 de mayo, FJ 2; 19/1985, de 13 de febrero, FJ 1; 117/1984, de 5 de diciembre, FFJJ 3, 4, 5; 123/1984, de 18 de diciembre, FJ 3; 235/2001, de 13 de diciembre, FJ 6.

¹⁶²⁷ P.e. parece asumirse el término suspensión, simplemente como sinónimo de supresión o desaparición del derecho, y no tanto como una excepción o modificación «pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente» esto es, de determinadas disposiciones legales que, aunque no sean derogadas o modificadas, pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria. Puesto que, en términos generales, las suspensiones de derechos fundamentales pueden identificarse como «situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, [...]». Con todo, de las suspensiones reconocidas en la Norma Fundamental, pueden diferenciarse, por un lado, las que tienen lugar en el contexto de los «tradicionales estados excepcionales» —ex arts. 55.1, 116.3 y 4 CE— en cuanto éstos se caracterizan, *inter alia*, por contar con unos condicionamientos temporales específicos; y por otro lado, las que pueden tener lugar en el contexto del art. 55.2 CE, donde la ausencia de tales condicionamientos temporales específicos no hace que se pierda o se modifique el carácter suspensivo, pues no deja de reconocerse «un régimen normativo—objetivo y por tanto no únicamente subjetivo—de suspensión, propiamente dicha, de determinados derechos». Al respecto *vid.* ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4 y STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3.

¹⁶²⁸ En este sentido, el órgano vigilante del PIDCP considera que «el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. [...]». *Vid.* ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 29. Estados de emergencia...*, *op. cit.*, párr. 4.

como en la concreta justificación que tuviera la propia declaratoria del estado excepcional¹⁶²⁹ y ello es así porque al establecerse el estado excepcional deberá especificarse que derechos del art. 17 CE se verán afectados y a través de qué medidas, y es ahí donde podrá apreciarse el fin concreto que persigue la suspensión del derecho a la libertad o de alguno de los derechos del detenido en relación con el fin que persiga el estado excepcional¹⁶³⁰.

Pues bien, a partir de la LOEAES puede apreciarse un fin legítimo general o común a la suspensión de los derechos del art. 17 CE, a saber: la necesidad de conservar el orden, cuando existan fundadas sospechas de que la persona detenida vaya a provocar alteraciones del orden público –art. 16.1 LOEAES—.

Si bien, tenemos presente que ese orden es entendido como el normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y el normal funcionamiento de los servicios públicos o incluso el sistema constitucional, no deja de llamar la atención que, tratándose de restricciones excepcionales a la libertad personal y a los derechos de los detenidos, la finalidad sólo se vincule a «la conservación del orden»¹⁶³¹ sin hacer ninguna mención a alguna actividad de investigación o esclarecimiento de algún hecho, que es la finalidad de la detención preventiva, actividad que en cambio, sí se menciona en el caso de la afectación de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 18.3 CE¹⁶³².

La respuesta a ello, entendemos, es porque el orden público puede verse alterado no sólo por conductas delictivas sino también por causas extraordinarias tales como epidemias, desastres naturales, crisis de fronteras, entre otros. Ahora bien, teniendo en cuenta que la

¹⁶²⁹ *Mutatis mutandis*, como único ejemplo de la declaratoria de un estado de emergencia –aun sin suspensión de derechos ex art. 55.1 CE—, tenemos en mente el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, que declaraba el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, realizado al amparo del art. 4.c en relación con los apartados a. y d. de la LO 4/1981, con el fin de «afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo.» —art. 1—.

¹⁶³⁰ *Vid.* Arts. 13.2 a) y b); 32.2; 34; 35 de la Ley Orgánica 4/1981.

¹⁶³¹ En similares términos, el mantenimiento del orden público aparece como fin legítimo para la suspensión del derecho reconocido en el art. 19 CE, tal y como se desprende del art. 20.7 LOEAES.

¹⁶³² Respecto a la suspensión del derecho del art. 18.2 CE, el art. 17.1 LOEAES establece «[...] la Autoridad gubernativa podrá disponer inspecciones, registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público.» Respecto a la suspensión del derecho del art. 18.3 CE, el art. 18.1 LOEAES prevé «[...] la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas. Dicha intervención sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público.»

privación de libertad que analizamos es la referida a los efectos de investigación o averiguación de la comisión de delitos –prevista en el art. 17.2 CE—nos centraremos a analizar cómo ésta se ve afectada en los supuestos de declaración de los estados de excepción o de sitio.

En este orden de ideas algunos autores han planteado dos posibles interpretaciones a la suspensión de los derechos del art. 17 CE, no necesariamente contrapuestas.

- a) Por un lado, se apunta que hay una modificación de «los casos» para llevar a cabo una privación de libertad, siendo ésta posible cuando se considere necesaria para la conservación del orden, por tanto, basada en las fundadas sospechas de que el afectado cometerá una alteración al orden. La LOEAES no exige los motivos recogidos en la LECrim para la detención¹⁶³³.
- b) Por otro lado, se apunta que mediante la suspensión se modifica el régimen normal de la detención preventiva –art. 17.2 CE— «con la finalidad de evitar que el detenido se sume a los desórdenes y mantenerlo bajo control»¹⁶³⁴ ampliándose los supuestos habilitantes ordinarios de la misma.

Al margen de la interpretación que se siga, siempre se coincide en señalar alguna afectación a las garantías del derecho a la libertad¹⁶³⁵ y derechos públicos subjetivos de los detenidos –arts. 17.2, 17.3 17.4 CE—, sobre todo en cuanto a la duración de la privación de libertad –art. 17.2 CE—

ii) Modificaciones al régimen general de la detención preventiva vs. nuevo supuesto de privación de libertad

A la luz de la previsión legal de los estados excepcionales en cuanto a los contenidos del art. 17 CE y teniendo presente el fin legítimo anteriormente señalado consideramos que, para poder decantarnos hacia una u otra interpretación de las previamente dichas y determinar las consecuencias de la suspensión, hay que tener en cuenta que:

¹⁶³³ En este sentido *vid.* SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 116» ..., *op. cit.*, pp. 1792-1793.

¹⁶³⁴ *Vid.* REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., *op. cit.*, p. 1205.

¹⁶³⁵ *Vid.* QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, *op. cit.*, pp. 441-442; *vid.* CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.*, p. 96; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., *op. cit.*, p. 1205.

- La detención la decide una autoridad gubernativa, cuando la considera necesaria – art. 16.1 LOEAS—. Así que, por razón de la autoridad, se trata de una detención de naturaleza gubernativa¹⁶³⁶.
- El fin de la detención es la necesidad de la conservación del orden –art. 16.1 LOEAS—
- El supuesto habilitante es la previa declaración del estado de excepción o del de sitio y que existan, cuando menos, fundadas sospechas de que se vayan a provocar una alteración al orden público –art. 16.1 LOEAS—.
- La detención puede tener una duración de hasta diez días –art. 16.1 LOEAS—, es decir, se permite una custodia gubernativa que supera en 7 días el plazo máximo absoluto constitucional.
- El detenido disfrutará de los derechos reconocidos en el art. 17.3 CE, a menos de que se trate un estado de sitio. –arts. 16.1 y 32.3 LOEAS—
- La detención tiene que comunicarse al juez dentro del plazo de 24 horas –art. 16.2 LOEAS—, pero no se establecen los efectos de tal comunicación.
- Durante la detención, el Juez puede requerir información y conocer personalmente o por delegación en el Juez de Instrucción de la demarcación donde se halle el detenido, la situación de éste –art. 16.2 LOEAS—. Creemos que esto confirma que el detenido permanecerá a disposición de la autoridad policial, el precepto legal sólo reconoce una potestad al juez, no impone una obligación, de llevar a cabo una fiscalización de la privación de libertad.
- Si durante la vigencia del estado de excepción, el Juez estimara la existencia de hechos contrarios al orden público y a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, una vez oído el Ministerio Fiscal, puede decretar la prisión provisional del presunto responsable –art. 30 LOEAS—. En este sentido, creemos que la forma en la que el Juez puede conocer y posteriormente estimar la existencia de unos hechos que pudieran ser constitutivos de delito tendría lugar:

¹⁶³⁶ Sobre esta naturaleza, en el caso de la detención ex art. 17.2 CE *vid.* Capítulo I, apartado B.2.b.

a) con motivo de la comunicación que la policía debe hacer dentro del plazo de 24 a partir de efectuar la detención, Y

b) en el ejercicio de la potestad para requerir información o conocer la situación del detenido.

- No hay ninguna previsión con respecto al procedimiento de habeas corpus en la LOEAES.

En cuanto a la primera interpretación. Tenemos en cuenta que el art. 17.1 CE reconoce que sólo puede privarse de la libertad a una persona conforme a lo que el propio artículo establece y «en los casos y en la forma previstos en la ley»; lo cual implica, conforme a la doctrina del TC, que «la ley, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho a la libertad, teniendo un papel decisivo al conformar no sólo el presupuesto habilitante de la medida [...]» así como las formas, los supuestos, las condiciones y «el tiempo razonable en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación»¹⁶³⁷

Así que, si una ley orgánica –LO 4/1981– prevé una detención decidida por la autoridad gubernativa –policía– cuya motivación no sea la presunta comisión de una conducta delictiva sino la de evitar que se cometa una conducta que altere el orden amenazado por unas circunstancias excepcionales y graves, o sea, una privación de libertad para evitar la materialización de un «riesgo» extremo, podría entenderse como uno de los casos que alude el art. 17.1 CE y no como una modificación de la detención de naturaleza policial, penal y prejudicial prevista en el art. 17.2 CE¹⁶³⁸.

¹⁶³⁷ Y agrega que «Por ello, este Tribunal ha concluido que el derecho a la libertad se vería conculcado cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de una ley o cuando se opera contra lo dispuesto en la misma, destacando que los plazos de privación de libertad han de cumplirse estrictamente por los órganos judiciales y que en caso de incumplimiento se vería afectada la garantía constitucional de la libertad personal» *vid.* SSTC 180/2011 de 21 de noviembre, FJ 3; 99/2006, de 27 de marzo, FJ 4.

¹⁶³⁸ Al respecto, recordamos que en la legislación se han desarrollado al amparo del art. 17.1 CE varios casos de detenciones. Por un lado, de naturaleza gubernativa, como la detención de extranjeros como medida cautelar (conforme al art. 61.1.d, LO 4/2000) y la detención con fines de identificación. Por otro lado, de naturaleza penal: la detención judicial, como «supuesto de privación de libertad desarrollado legislativamente conforme a lo previsto en el art. 17.1 CE. [...]». *Vid.* SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4; STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 3; comentadas al analizar la Naturaleza de la Detención preventiva, *vid. supra* capítulo I, apartado B.2 epígrafes a. y b.

Ello guardaría coherencia con que «el sentido de la suspensión de la libertad personal en las situaciones de emergencia de orden público ha sido tradicionalmente el de evitar que puedan sumarse a los desórdenes públicos personas respecto de las cuales pueda presumirse que van a actuar en tal sentido», esta privación de la libertad de tipo preventivo –con el significado gramatical del adjetivo– pretendería simplemente mantener a esas personas bajo control mientras la situación se prolongue¹⁶³⁹. Visto así, podría suponerse que tiene un fin: el de la conservación del orden, recordando que dicho orden se entiende como el normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos o el sistema constitucional mismo.

También podría subrayarse que el art. 16.1 LOEAES exige que siempre existan, al menos, unas «fundadas sospechas» de que la persona detenida va a provocar la alteración al bien jurídico protegido: el orden excepcionalmente amenazado.

Sin embargo, el establecimiento legal de los casos y formas de privación de libertad –art 17.1 CE–no brinda un cheque en blanco al legislador orgánico pues, como el TC ha señalado, en el ordenamiento no tienen cabida restricciones o privaciones de libertad que aun previstas en la ley, no resulten razonables por romper el equilibrio entre el derecho y su limitación¹⁶⁴⁰. Y además, a la luz del art. 10.2 CE, también debe tenerse en cuenta el CEDH y los criterios de su intérprete, conforme a lo cual, los únicos supuestos aceptables para que una privación de libertad pueda entenderse ajustada a los parámetros del instrumento son aquéllos que taxativamente se enuncian en el artículo 5.1 CEDH¹⁶⁴¹ — apartados (a) a (f)—, salvo que, como hemos dicho, se establezca alguno distinto en un contexto de derogación de derechos –art 15 CEDH—, el cual debería limitarse a lo estrictamente necesario atendiendo a las exigencias de la situación, observando el

¹⁶³⁹ Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁴⁰ Vid. STC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3.

¹⁶⁴¹ Esa lista es exhaustiva, ello aparece de la expresión «salvo en los casos siguientes» y es confirmado por el art. 17 CEDH; ninguna privación de libertad podrá ser considerada legal a menos que caiga en alguno de los supuestos del art. 5.1 CEDH. Vid. SSTEDH *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párrs. 194-195, *Saadi v. Reino Unido* [GS], 13229/03, párr. 43; *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero, párr. 163.

A nivel interno esto implica «que las leyes no pueden ampliar los casos en que se priva de libertad, sino únicamente regular los procedimientos». Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.*, p. 237.

principio de proporcionalidad y proveyéndose unas adecuadas garantías¹⁶⁴², es decir, un auténtico régimen normativo¹⁶⁴³.

Así que, para poder entender que en la legislación orgánica se configuró un auténtico nuevo caso de privación de libertad –art. 17.1 CE— que sólo tendría vigencia cuando se considerase necesario en un supuesto de un estado de excepción o de sitio, necesariamente habría que formular una derogación con respecto al art. 5.1 CEDH, puesto que una privación de libertad que solamente tenga por finalidad la «conservación el orden» no se ajustaría a ninguno de los motivos reconocidos en los apartados (a) a (f) del art. 5.1 CEDH que, como hemos señalado, permitirían justificar que una persona sea privada de su libertad atendiendo al interés público, incluyendo el interés de proteger a la colectividad de la delincuencia¹⁶⁴⁴ o agregaríamos, de proteger el orden público.

Más aún, si aceptamos que se trata de un caso de detención–art. 17.1 CE— distinta a la detención preventiva, con la única finalidad de «conservación del orden» cuando existan unas «fundadas sospechas» de que el detenido va a provocar alteraciones del orden público, aun reconociendo que se trataría de alteraciones muy graves que habrían de estar vinculadas a la situación que hubiera provocado la declaración del estado excepcional, convendría preguntar: ¿En qué medida se aseguraría el mantenimiento o restablecimiento

¹⁶⁴² Como ocurrió en Reino Unido con respecto a la privación de libertad prevista por el Decreto No. 10 de 1957; por virtud de ésta era posible arrestar a cualquier individuo sin la respectiva orden, la detención podía ser con la finalidad de interrogarle –algunas veces sobre las actividades de terceras personas—, el oficial que practicara la privación de libertad tenía que considerar que tal detención se realizaba «para la preservación de la paz y el mantenimiento del orden»; el ejercicio de esta privación de libertad no estaba condicionado a la sospecha de algún delito –ni a que se considerase necesaria para prevenir que la persona cometiera un delito o que huyera tras haberlo cometido—, por tanto no se ajustaba al supuesto del art. 5.1(c) CEDH; además, tal detención no se realizaba con el fin último de presentar a la persona ante una autoridad judicial –art. 5.3 CEDH—; por último, generalmente el afectado no era informado de las razones de su detención. Con todo, el TEDH, teniendo en cuenta la derogación de obligaciones respecto al derecho a la libertad personal –arts. 15 y 5 CEDH— señaló que este tipo de detención solo puede ser justificable en situaciones sumamente excepcionales, pero que las circunstancias que prevalecían en Irlanda del Norte podían ajustarse a tal categoría; en el contexto de la situación, muchos testigos no podían proporcionar evidencia de manera libre, sin que corrieran riesgos mayores; en consecuencia las autoridades tenían la potestad para considerar, sin exceder margen de apreciación, que resultaba indispensable arrestar a tales testigos para que pudieran ser interrogados en condiciones de relativa seguridad y no ser expuestos a represalias –criterio de estricta necesaria—; además, esta detención, conforme a la disposición legal que la estableció, no podía durar más de 48 horas. *Vid. STEDH Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párrs. 81, 196, 212, 216.

¹⁶⁴³ Como se refirió el TC al instituto previsto en el art. 55.2 CE «en el que se recoge un régimen normativo –objetivo y por tanto no únicamente subjetivo—, de suspensión, propiamente dicha, de determinados derechos.». *Vid. STC 71/1994*, de 3 de marzo, FJ 3.

¹⁶⁴⁴ *Vid. STEDH Jendrowiak v. Alemania*, 30060/04, Sentencia de 14 de abril de 2011, párr. 38.

del orden amenazado con la detención de alguien que no ha alterado dicho orden, sino que sólo, por alguna razón, existen «fundadas sospechas» de que lo va a hacer?

A los efectos de esta detención, entendemos que las conductas que podrían tenerse cómo gravemente perturbadoras del orden, habrían de estar relacionadas con la situación que hubiere provocado el estado excepcional; sin embargo, si dichas conductas pudieran constituir delitos y la autoridad policial tuviera sospechas fundadas de que la persona las va a realizar, sería más viable su detención ex art. 17.2 CE para, en todo caso, esclarecer los hechos y si procediera, presentar al detenido ante la autoridad judicial con motivo de la realización de unos actos preparatorios de una conducta delictiva relacionada con la situación que provocó el estado excepcional. En cuanto a la duración, si esta custodia policial solamente sirve para evitar una alteración al orden ¿para qué podría ser necesario que la misma se prolongase no sólo hasta el máximo constitucional de 72 horas, sino hasta diez días? ¿Cuál sería el baremo para determinar que ha cesado el riesgo de que la persona detenida provocará la alteración al orden cuyas fundadas sospechas motivaron su detención?

Como habíamos señalado, a nuestro parecer, partiendo del hecho de que constitucionalmente sería posible configurar nuevos casos de privación de libertad –art. 17.1 CE—no vinculados a la comisión de delito, nosotros nos centraremos, al ser objeto de este trabajo, a aquellas privaciones de libertad encuadradas para la averiguación de la comisión de delitos conforme a la finalidad de la detención que estudiamos. En este sentido, no trataremos sobre un nuevo supuesto, sino cómo la detención preventiva se ve afectada por la declaración de alguno de estos estados excepcionales. En virtud de los supuestos establecidos en la Ley Orgánica¹⁶⁴⁵:

- Se ponga en peligro la institucionalidad democrática,
- Se alteren gravemente los servicios públicos esenciales para la comunidad
- Se provoque una grave alteración del orden público.

¹⁶⁴⁵ Vid. arts. 13 y 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*.

- O en el estado de sitio, en caso de insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial, o el ordenamiento constitucional.

Ello originaría que cuando la detención estuviera motivada por un atentado contra los supuestos previstos en la ley orgánica que hemos mencionado, la persona podría estar privada de libertad hasta diez días; mientras que, en el supuesto de la existencia de indicios racionales de que se hubiere cometido otra actividad delictiva, el investigado sólo podría estar privado de su libertad hasta el plazo máximo constitucional de 72 horas.

Por lo anterior, cuando referimos a las dos posibles interpretaciones planteadas con respecto a los efectos de la suspensión de los contenidos del art. 17 CE, sugeríamos que las mismas no podían tenerse necesariamente como contrapuestas.

Pues bien, considerando que el art. 16 LOEAES se trata de una modificación al régimen normal u ordinario de la detención preventiva –art. 17.2 CE—, identificada también como gubernativa¹⁶⁴⁶, hay quien ha destacado que ello se manifiesta en tres planos¹⁶⁴⁷:

1. Se añade al esclarecimiento de los hechos un nuevo supuesto que justifica la detención;
2. Se prorroga la duración más allá de las setenta y dos horas,
3. Se disminuye «la relevancia de una intervención judicial en la que el Juez no autoriza previamente la prórroga»; la intervención se limita a recibir en las primeras veinticuatro horas la comunicación de que la detención tuvo lugar y a requerir información sobre la situación del detenido.

Nosotros, en esencia coincidimos con los efectos de las modificaciones, sin embargo a la luz de los elementos configuradores de la detención¹⁶⁴⁸, las identificamos como sigue:

¹⁶⁴⁶ Así la refieren FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, op. cit. p. 139; CRUZ VILLALÓN, Pedro, op. cit., p. 97 señalando que se regula como «una detención gubernativa prorrogable hasta un plazo máximo de que también ha sido fijado en diez días.»; REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., op. cit., p.1205. Además, hay que tener presente que el Alto Tribunal ha señalado que los plazos fijados en el art. 17.2 CE son «para un tipo determinado de detención, la gubernativa». Vid. STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 b).

¹⁶⁴⁷ Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., op. cit., p.1205.

¹⁶⁴⁸ Vid. Capítulo I, apartado C. Configuración constitucional de la Detención Preventiva.

A) Estructura

Mantiene su configuración constitucional originaria de medida limitante –restrictiva– del derecho a la libertad personal y, eventualmente, de otros derechos fundamentales; dado que por virtud de su ejecución –en cualquiera de sus dos momentos– la actuación de los agentes estatales puede implicar la adopción de medidas que además de incidir en el derecho a la libertad personal, lo hagan también en algún otro derecho fundamental, p.e. integridad física, intimidad, secreto de las comunicaciones.

También preserva su carácter restringido porque, aun y cuando su puesta en práctica implique el reconocimiento de mayores atribuciones a la autoridad policial; las notas características de la institución se adecuan, adaptándose a la excepcionalidad. En este sentido, hay que recordar que para los supuestos de la adopción de medidas excepcionales el umbral de la exigencia de necesidad estricta se incrementa y, en cuanto a la nota de la temporalidad limitada, aunque parece flexibilizarse –pudiendo durar hasta de 10 días¹⁶⁴⁹— hay que tener en cuenta que, en este caso de privación de libertad debe haber una comunicación con la autoridad judicial en un plazo no mayor de 24 horas¹⁶⁵⁰. Aunado a ello, el carácter restringido se mantiene, teniendo en cuenta que, salvo el supuesto del estado de sitio, todos los derechos – garantía previstos en el art. 17.3 CE se conservan.

B) Supuesto habilitante

En la academia se ha señalado que mientras en circunstancias de normalidad, la detención exige la existencia de sospechas previas; en situaciones de excepción pueden existir detenciones basadas no en sospechas de la comisión de delitos «sino a tener conocimiento de actuaciones que pueden afectar el mantenimiento del orden»¹⁶⁵¹. Concretamente en cuanto a la previsión legal de excepción, se apunta la detención de quien «se sospeche que va alterar, no que ya ha alterado, el orden público»¹⁶⁵² señalándose 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

¹⁶⁴⁹ Cuestión que abordamos más adelante, *vid. infra* epígrafe c.ii) E) 1) Estricta necesidad y temporalidad limitada (notas características de la detención), de este apartado.

¹⁶⁵⁰ Porque así lo dispone el art. 16.2 LOEAES.

¹⁶⁵¹ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, *op. cit.*, p. 440, recordando la STEDH *Irlanda v. Reino Unido*.

¹⁶⁵² *Vid.* REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., *op. cit.*, p.1205.

sospechas o presunciones olvidando que la Constitución establece como única presunción la de inocencia y que las situaciones excepcionales no legitiman regulaciones anticonstitucionales,[...]»¹⁶⁵³

Al respecto, creemos que hay que tener en cuenta que, muchas de las conductas que pueden considerarse como alteraciones al orden público se encuentran tipificadas en la legislación penal¹⁶⁵⁴. Aunado a ello, como lo señalamos al analizar detalladamente el supuesto habilitante de la detención preventiva, lo esencial del presupuesto habilitante radica en la razonabilidad de unas sospechas o indicios de un vínculo del afectado con respecto a una conducta punible –incluyendo así la tentativa y los actos preparatorios: provocación, conspiración o proposición, cuando así lo prevea la ley—¹⁶⁵⁵. Y en ese sentido, aunque ciertamente la previsión legal establece como supuesto habilitante que la policía considere necesaria la detención para la conservación de los bienes jurídicos protegidos, según sea el caso por los supuestos del estado de excepción o del estado de sitio; tal consideración queda sometida al requerimiento de la existencia de unas «fundadas sospechas».

Por lo anterior, a nuestro parecer, puede apreciarse el ajuste de esta privación de libertad con la detención del art. 17.2 CE, sobre todo si dichas alteraciones se encuentran tipificadas en la legislación penal. La ampliación del supuesto habilitante radicaría, en el contexto de la situación excepcional, en que una persona fuera detenida por su participación en alguna acción contraria al orden público.

¹⁶⁵³ FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, op. cit., p.165.

¹⁶⁵⁴ Entendemos que existen conductas que configuran una alteración al orden público y que no necesariamente son sancionadas por la ley penal, sino por la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, v.g. las referidas en sus arts. 35.2; 36.2, 36.4, 36.6, 36.8, 36.10, 36.14, 36.17, 36.20, 37.2, 37.4, 37.5, 37.7; 37.9, 37.13. Sin embargo, teniendo en cuenta que la situación excepcional responde a una amenaza grave al orden público, la gravedad de las conductas podría ajustarse a las previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; específicamente en el Libro II, el Título XXII, Delitos contra el orden público; así como también el Título XXI Delitos contra la Constitución, en cuanto a las conductas de Rebelión, delitos contra la Corona, delitos contra las instituciones del Estado; y el Título XXIII Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional, por cuanto a las conductas de traición, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado, revelación de secretos e informaciones relativas a la Seguridad y Defensa Nacionales. En similar sentido, para el caso del estado de sitio, tenemos en cuenta las conductas referidas en los Capítulos III a VII del Título Primero, Libro Segundo del Código Penal Militar.

¹⁶⁵⁵ Vid. Capítulo I, apartado C, epígrafe 3.

C) Finalidad

La privación de libertad resulta necesaria para la protección de los bienes jurídicos señalados por la CE y las leyes. Pero esta detención no puede entenderse sin el contexto de gravedad en el cual tendría aplicación esta ley, ni tampoco de manera aislada al resto del ordenamiento o incluso de la Norma Fundamental.

En efecto, teniendo en cuenta que la CE habla de la «realización de averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos» y que, la legislación excepcional establece las modificaciones que va a tener el régimen ordinario que, como hemos dicho, subsiste junto con el excepcional pues este último sólo sería aplicable a quienes fueran detenidos en relación con los hechos que motivaron la respuesta estatal del estado de excepción o sitio. En todo caso se debe realizar una interpretación sistemática de los arts. 16 y 30 LOEAES en relación con el art. 17.2 CE.

Se podrá detener a la persona sobre quien existan sospechas fundadas de que va a afectar los bienes jurídicos antes mencionados¹⁶⁵⁶ o cometer un acto que, de concretarse, podría incluso perturbar el ordenamiento constitucional –16.1 / 32 LOEAES—; una vez practicada la detención, la policía tiene que dar cuenta de tal privación de libertad al Juez –16.2 LOEAES— dentro del plazo de 24 horas; y éste, una vez escuchado el Ministerio Fiscal, si apreciara que los hechos que motivaron esa detención constituyen delito decretará la prisión provisional del presunto responsable –art. 30 LOEAES—.

Siguiendo esa idea, para que el Juez estuviera en condiciones de hacer tal apreciación deberá tener ante sí las actuaciones de la autoridad policial; resulta complicado imaginar que éstas únicamente se constriñan a los datos de identificación del detenido y la señalización de unos actos que «estaría por cometer» pero que no cometió porque habría sido detenido, esos actos que contribuirían a la alteración de un orden ya trastocado –por eso la emergencia—tendrían que ser bien identificables pues sólo así podría entenderse que hubieran constituido «fundadas sospechas», concepto que, como se desprende de la jurisprudencia del TC y del TEDH, implica que puedan satisfacer a un observador objetivo.

En los casos que se prive de libertad a una persona debido a las fundadas sospechas, la autoridad gubernativa debería hacer algo, ese algo sólo puede ser alguna actividad de

¹⁶⁵⁶ Vid. *supra* nota a pie 1645.

investigación, aun y cuando sólo fuera una toma de declaración. En este orden de ideas, cobra pleno sentido que el detenido cuente con los derechos que le reconoce el art. 17.3 CE, sobre todo el de no ser obligado a declarar y el de contar con la asistencia de un letrado, precisamente, en las diligencias policiales.

Si no fuese posible determinar una inicial veracidad de las sospechas, la autoridad gubernativa podrá emplear el plazo que resulte estrictamente necesario y que puede ser hasta de diez días, para realizar una actividad de esclarecimiento que le permita determinar la puesta en libertad o a disposición judicial. Ello en el entendido de que durante dicho plazo, el Juez podrá solicitar información o incluso personarse el mismo o a través de delegación en el Juez de Instrucción de la demarcación donde se encuentre el detenido, sobre la situación de éste –art. 16.2 LOEAES— lo que además implica que, la autoridad gubernativa en todo momento que le fuere requerido, tendría la obligación de motivar su decisión de la privación de libertad, puesto que la obligación de la adecuada motivación de la actuación de la autoridad no sufre alteración alguna con motivo de la suspensión, ya que ello además, permitirá apreciar la proporcionalidad de la medida restrictiva, principio que lejos de desaparecer se refuerza en situación de excepción, siendo exigible en todo momento la constatación de la estricta necesidad que justifique la medida de suspensión en relación directa con la exigencia de la situación o los hechos que hubieren provocado la adopción del estado excepcional.

Así, la detención respondería efectivamente a la finalidad del esclarecimiento de los hechos –en una investigación que puede ver ampliado su plazo hasta por diez días—, que es la finalidad en un régimen ordinario y que no desaparece, sino que coexiste con la del régimen excepcional. Entenderla sólo para conservar los bienes jurídicos por el estado de excepción o de sitio se asume como un añadido a la finalidad de toda detención del art. 17.2 CE, que es la de averiguar o esclarecer los hechos investigados¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁷ Como botón de muestra, recordamos la detención que, como medida excepcional, fue establecida por Decreto No. 10 de 1957 en el Reino Unido, que al amparo de «la preservación de la paz y mantenimiento del orden» finalmente era utilizada para llevar a cabo interrogatorios de algunos testigos y cuya duración máxima legalmente tasada era de 48 horas; en el caso había una derogación al CEDH. *Vid. STEDH Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, y *supra* nota a pie 1642.

D) Titularidad

Entendemos que la titularidad de la institución seguiría estando en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Quienes además de ostentar la atribución ordinaria de practicar la detención, con motivo de la suspensión por el estado excepcional adoptado, son investidos de la importante atribución de decidir la prolongación de la privación de libertad; decisión que, como señalábamos, deberá estar debidamente motivada en todo momento; recordemos que tratándose de restricciones a los derechos fundamentales, y más aún de uno tanpreciado como es la libertad personal, la obligación de motivar no es sólo un acto de cortesía procesal sino una obligación reforzada¹⁶⁵⁸.

Ahora bien, para el caso de estados excepcionales, quizá podría aceptarse la participación de las Fuerzas Armadas en la práctica de la detención. En los casos que se requiera la intervención de las Fuerzas Armadas para el control del orden o seguridad interna –art. 34.2.f) en relación al art. 28.1 de la Ley 17/2015 del Sistema Nacional de Protección Civil y el art. 15.3 y 16.e) de la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional— conforme a la LOEAES, algunas conductas delictivas pueden pasar a la jurisdicción militar si así se estableciera en la declaratoria del estado. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que las autoridades civiles continúan en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la autoridad militar, aunque darán a la autoridad militar las informaciones que ésta les solicite y de cuantas noticias referentes al orden público llegaran a su conocimiento –art. 36 LOEAES—¹⁶⁵⁹.

E) Límites

- 1) Estricta necesidad y temporalidad limitada (notas características de la detención)

A nuestro parecer, la modificación más evidente que tendría la detención es en cuanto a la temporalidad; atendiendo a la flexibilización que aparece en la LOEAES al permitir un tope máximo de diez días para una detención prejudicial.

¹⁶⁵⁸ Vid. STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4 a).

¹⁶⁵⁹ Sobre la competencia de la autoridad militar en estos casos sugerimos, CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.* p. 92 y ss; SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 116» ..., *op. cit.*, pp. 1799, 1801; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *op. cit.*, pp. 295-296.

De hecho, para algunos autores, prácticamente la suspensión coincide con la del apartado 2 del art. 17 CE, que es el que recoge la garantía clásica de que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y que la puesta en libertad o a disposición judicial sea sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas, es decir, que «la suspensión de la libertad personal se traduce, de hecho, en la suspensión del plazo máximo dentro del cual una persona detenida debe ser puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial»¹⁶⁶⁰.

Nosotros creemos que, sobre la justificación que pudiera dársele a una privación de libertad de un plazo máximo de hasta diez días, habría que tener en cuenta las circunstancias y el contexto de la situación excepcional.

En efecto, si tomamos como punto de referencia algunas privaciones de libertad que han tenido lugar en el contexto de situaciones excepcionales que han llevado a la derogación de obligaciones ex art. 5.3 CEDH, podemos apreciar que el plazo máximo de diez días que se deriva de la LOEAES, se encuentra en un punto intermedio entre los catorce días de detención que fueron considerados contrarios al CEDH y la posibilidad de detención de hasta siete días —sin intervención judicial— que fueron considerados razonables¹⁶⁶¹.

Otro elemento a tener en cuenta es que, aun y cuando se trate de un supuesto de suspensión de naturaleza diferente a la prevista en el art. 55.2 CE, el TC declaró inconstitucional un artículo que permitía una ampliación de hasta diez días en una

¹⁶⁶⁰ Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.*, pp. 95-96.

¹⁶⁶¹ Respectivamente *vid.* por un lado, *SSTEDH Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrs. 67, 73, 75-78. Aunque había incertidumbre sobre el día exacto de detención —24 o 26 de noviembre—, era posible determinar que el peticionario había estado detenido por, al menos, catorce días sin ser presentado ante un Juez. Para el TEDH, teniendo en cuenta la finalidad y la importancia del adecuado control judicial previsto en el art. 5.3 CEDH y aun consciente del margen de apreciación con que cuentan los Estados signatarios al derogar respecto a las obligaciones, en este caso derivadas del art. 5 CEDH, consideró que aun frente a las particulares exigencias que las investigaciones policiales pudieran presentar para las autoridades —en el caso, por delitos de terrorismo— no podía aceptar que resultara necesario mantener a un sospecho privado de su libertad sin intervención judicial durante un periodo de catorce días. Dicho lapso es extraordinariamente largo, y dejó al peticionario vulnerable no sólo ante una intromisión arbitraria a su derecho a la libertad sino también a la tortura. Por otro lado, *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párrs. 48, 51, 55, 56, 58. El TEDH destacó que la cuestión central respecto al art. 5.3 CEDH, no radicaba tanto en la existencia de la atribución para detener a sospechosos de terrorismo por un lapso de hasta siete días, sino el hecho de que el ejercicio de tal atribución fuera sin ninguna intervención judicial, con las características que el propio TEDH ha sentado para considerar que existe un control judicial real y efectivo.

detención gubernativa; sin duda criterio importante, pero de discutible aplicación ante las especiales circunstancias de los estados excepcionales del art. 55.1 CE¹⁶⁶².

2) Control judicial

En materia de privaciones de libertad, el necesario control judicial es un elemento esencial en todo Estado Democrático, toda privación de libertad tiene que poder ser controlada judicialmente, el hecho de estar bajo una declaratoria de un estado excepcional no es óbice para impedir que los jueces cumplan con este deber por cuanto a la protección de los bienes jurídicos tutelados por estos estados no puede permitir excesos ni mucho menos la arbitrariedad.

En este sentido aun cuando del redactado literal de la LOEAES pareciera que no impone una obligación al juez de realizar un control efectivo de los supuestos, de las formas, de los plazos, de las condiciones de la detención –sin tener que entrar al fondo— puesto que el art. 16.2 simplemente dice que en el plazo de 24 horas se le informará al juez, ello debe entenderse en el contexto: 1) del Estado democrático de Derecho que la Constitución prohíbe la arbitrariedad –art. 9.3—, 2) del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24.1 que no está dentro de los derechos suspendibles por el art. 55.1 CE— y su equivalente –art. 6 CEDH— y 3) de la propia naturaleza del Juez, como órgano judicial de garantía efectiva y no sólo formal de los derechos, que debe realizar el control y además, de manera real y efectiva; y no ser un mero formulismo en el cual el juez da un mero acuse de recibo de que se ha producido una detención.

Ello no obsta a que el legislador en un futuro proceda a mejorar la redacción del texto, a fin de que este control judicial venga establecido de manera expresa por la propia ley,

¹⁶⁶² Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8. En efecto, el TC consideró que el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984, en cuanto permitía una prórroga de la detención gubernativa por un plazo adicional de hasta siete días, no respetaba ni el requisito del tiempo estrictamente necesario del art. 17.2 CE, «ni la exigencia del 'plazo más breve posible' del art. 9.3» del PIDCP y del art. 5.3 CEDH, ratificados por España. Así que, la previsión de una «duración excesiva de la prolongación de la detención» gubernativa, fue uno de los dos motivos que llevaron al TC a declarar la inconstitucionalidad de este precepto. Así, el TC no llegó a la convicción de que «una prolongación tan dilatada e insólita de la detención gubernativa» fuera una exigencia estrictamente necesaria para la realización de las averiguaciones propias de la detención, también tuvo en cuenta que dicho plazo resultaba excesivo y no se correspondía con los plazos que para ese tipo de conductas delictivas –terrorismo— se han establecido en las legislaciones del entorno y además señaló que tal amplitud de la detención preventiva podía suponer, como alegó uno de los recurrentes, «una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.»

evitando algún supuesto en el que algún juez pudiera decidir no ejercitar este control y considerar que expresamente no se desprende del texto de la ley.

3) Proporcionalidad de la detención

La privación de libertad, sea por los indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo o de que se va a alterar el orden público o el orden constitucional amenazados, habrá de estar vinculada al supuesto que motivo la adopción del estado excepcional. Así, p.e. el detenido que lo fuere porque se sospecha que cometió un robo simple, aun en la vigencia del estado excepcional, no podría permanecer privado de su libertad más del plazo estrictamente necesario y mucho menos entenderse que éste pudiera rebasar las 72 horas, pues el robo sería una conducta típica sin vinculación a los hechos de amenaza al orden estatal¹⁶⁶³; en cambio, si la detención ocurriera porque la policía tuviera noticias, y de ahí pudiera motivar unas sospechas fundadas, de que la persona tiene una vinculación, sea participando o a punto de participar —actos preparatorios— en una conducta que atente contra el orden ya alterado, p.e. estragos; entonces sí cabría la posibilidad de que permaneciera privado de su libertad por un plazo superior al máximo constitucional ordinario, siempre que ello fuera estrictamente necesario.

4) Derechos de los detenidos

En el contexto de situaciones excepcionales al régimen ordinario o de derogaciones de derechos, para el TEDH, es posible modificar las garantías del derecho a la libertad¹⁶⁶⁴, y vemos que del art. 55.1 CE se desprende tal habilitación; sin embargo, creemos que a partir de la LOEAES sería difícil encontrar la adecuada previsión legal con la que se pueda avalar la suspensión de alguno de estos derechos.

En efecto, en el marco del sistema constitucional y normativo ordinario, para comprobar que una medida que restrinja un derecho es constitucionalmente aceptable, siempre habrá de constatarse la satisfacción de los tres requisitos que integran el principio de proporcionalidad¹⁶⁶⁵—idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, la ausencia de alguno de ellos acarrearía una desproporción entre el fin perseguido y el medio

¹⁶⁶³ Vid. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, *op. cit.*, p. 441.

¹⁶⁶⁴ Vid. STEDH *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 220.

¹⁶⁶⁵ Por todas SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9 y 169/2001, de 16 de julio, FFJ 6, 9 y demás jurisprudencia constitucional en la materia citada en el capítulo III de este trabajo.

empleado para conseguirlo, provocándose un sacrificio excesivo o innecesario en un derecho constitucionalmente garantizado, lo cual puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional¹⁶⁶⁶.

Pues bien, en el caso de la suspensión, como situación normativa temporal que instaura un régimen distinto al ordinario como respuesta a una amenaza específica¹⁶⁶⁷, en cuanto nos ocupa, un régimen diferente para los derechos de los detenidos; la exigencia de la proporcionalidad se hace más estricta que en el régimen ordinario.

Primero, en el sentido específico propio del juicio de proporcionalidad del sacrificio del derecho previamente referido. Segundo, por el sentido genérico de la proporcionalidad, como principio que debe presidir la actuación policial, conforme al art. 5.2.c) de la Ley Orgánica 2/1986, según lo ha subrayado el TC¹⁶⁶⁸. Tercero, por la especial justificación o incremento en el umbral de exigencia al criterio de la necesidad, convirtiéndose así este requisito en uno de estricta necesidad limitado a las exigencias de la situación a la que se da respuesta¹⁶⁶⁹.

Así, la medida que implique un régimen distinto al ordinario para cualquiera de estos derechos debería apreciarse como idónea, en cuanto permita conseguir el fin de conservar el orden o restablecer el orden o el sistema constitucional amenazado de manera extraordinaria, y también constatar que la medida no incumple o se traduce en el incumplimiento de alguna obligación internacionalmente asumida. Estrictamente necesaria, que no bastaría con constatar que no existe otra medida más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia, sino que habría que poder apreciar que verdaderamente es indispensable y eficaz atendiendo a las exigencias de la situación a la cual se da respuesta; y finalmente constatar que sea ponderada o equilibrada porque trae

¹⁶⁶⁶ Vid. STC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 4.

¹⁶⁶⁷ Vid. Por todas STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3, además vid. *supra* nota a pie 1627.

¹⁶⁶⁸ Vid. STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.

¹⁶⁶⁹ Como señalan Harris y O'Boyle, para establecer la necesidad de contar con algunas medidas de emergencia no siempre será suficiente con demostrar que las medidas empleadas son «estrictamente necesarias». Las autoridades de Estrasburgo pueden ir más allá para investigar sobre la proporcionalidad entre la necesidad y la respuesta. A mayor necesidad, mayor permisibilidad para la derogación. Vid. HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention...*, op. cit., p. 841.

más beneficios o ventajas para el interés general –que sería el orden, el sistema, la vida de la nación— que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto¹⁶⁷⁰.

Aunado a la proporcionalidad, como principio constitucional y como principio rector de la actuación policial, hay que tener presente el principio *favor libertatis* que, aunque no opere tanto como un canon de constitucionalidad de la norma, sí actúa como criterio hermenéutico a tener en cuenta en su aplicación¹⁶⁷¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, vemos que:

- a) En cuanto al derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas –art. 17.2 CE / 5.1(c) y 5.3 CEDH / 6 CDFUE / 9.3 PIDCP—

El plazo de la duración de la detención se extiende hasta un máximo de diez días, extensión que no fue cuestionada por ninguno de los órganos legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad¹⁶⁷².

Por otro lado, en cuanto a la garantía jurisdiccional ínsita en el art. 17.2 CE, distintos autores han dicho que la suspensión del art. 17.2 CE representa una modificación de una garantía legal que puede entenderse compensada por la intervención del Juez, aunque ésta sea pasiva¹⁶⁷³. Al respecto, sin embargo, no podemos dejar de tomar en cuenta el criterio del TEDH en cuanto a que la simple inclusión de un Juez –o autoridad facultada por ley para ejercer poderes judiciales—en el proceso de prórroga de duración de la detención, no colma *per se* la exigencia que deriva del art. 5.3 CEDH, en cuanto a lo que implica un auténtico control judicial¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁷⁰ Vid. *mutatis mutandis*, STC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 4, la valoración de la proporcionalidad con respecto a la restricción del derecho del art. 21 CE para garantizar el orden público sin peligro para personas o bienes.

¹⁶⁷¹ Vid. STC 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 5.

¹⁶⁷² Como se hace notar en REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., *op. cit.*, p.1205. Respecto a la duración de la detención, nos remitimos a las consideraciones previamente formuladas con base en las referencias citadas en la nota a pie 1661, esto es, las ya citadas SSTDH *Aksoy v. Turquía*; *Brannigan y McBride v. Reino Unido* y STC 196/1987.

¹⁶⁷³ Ejemplo de ello lo encontramos en SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 116» ..., *op. cit.*, p. 1793.

¹⁶⁷⁴ Vid. STEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 58. Recordemos en cuanto al art. 5.3 CEDH –y al art. 5.4— que precisan de que se siga un procedimiento que tenga un carácter judicial, aunque dicho procedimiento no necesariamente tenga que ser idéntico en cada caso donde se exiga la intervención de un juez.

Por tanto, teniendo en cuenta que el plazo de diez días de detención establecido en la LOEAES para el caso de una declaración de estado de excepción o de sitio se encuentra entre lo que el TEDH ha considerado como permisible –hasta siete días sin intervención judicial— y lo considerado como vulneración del CEDH –alrededor de catorce días, aproximadamente¹⁶⁷⁵—; queremos dejar constancia de que, a nuestro criterio, la Ley debería establecer una mayor garantía vinculada al control judicial de esta detención así como mayor claridad en la determinación de los supuestos, que ese plazo debe ser considerado como un plazo máximo a fin de que puedan realizarse las diversas diligencias de investigación que fueran necesarias, pero nunca debería entenderse como un plazo automático aplicable a todos los casos, diferenciando aquéllos que sean para investigar de aquéllos que sean meramente preventivos y que consideramos que estarían fuera del ámbito que nos ocupa.

En todo caso, a las veinticuatro horas y sobretodo, finalizada la detención, la autoridad pertinente deberá dar cuenta de los motivos por los cuales se produjo la detención, las diligencias realizadas, las medidas adoptadas, a fin de que de que la autoridad judicial pueda comprobar la legalidad de la detención y en su defecto, tomar las medidas penales o reparadoras de los derechos vulnerados, si fuere el caso.

b) Derecho de acceso a un procedimiento de revisión judicial de la detención: Habeas Corpus —Art. 17.4 CE / 5.4 CEDH / 6 CDFUE / 9.4 PIDCP—.

El art. 17.4 CE establece «un procedimiento singular ‘para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente’ [...]»¹⁶⁷⁶ que la Norma Fundamental identificó como «habeas corpus». Y como hemos dicho antes, conforme al art. 55.1 CE este derecho es uno de los suspendibles en caso de alguno de los estados

¹⁶⁷⁵ Ver el caso ya citado, *Aksoy v. Turquía*, en el que el TEDH consideró incompañable con la Convención, aun en los supuestos de derogación de derechos prevista en el art. 15 CEDH, que transcurran periodos prolongados de detención sin un control judicial; los supuestos de detención no pueden sobrepasar los 14 días sin que se efectúe un control judicial, *vid. supra* nota a pie 1661 en cuanto a los párrafos 77-78 del asunto referido.

¹⁶⁷⁶ No hay que perder de vista que, para el TC no forma parte esencial de este procedimiento, de esta garantía, «la exigencia de que haya de ser dispensada por un órgano judicial determinado, salvo, naturalmente, aquel que disponga la ley (arts. 117.3 y 24.2 C.E.)». *Vid.* STC 153/1988, de 20 de julio, FJ 4. Para un análisis completo sobre los elementos de este derecho *vid.* Apartado B. epígrafe 6 del capítulo II de este Trabajo.

excepcionales y esa posibilidad de suspensión no puede trasladarse a otro supuesto que no sea estado de excepción o sitio.

Sin embargo, pese la posibilidad constitucional de suspensión –art 55.1 en relación con el art. 17.4 CE— y la convencional –ex art. 15 en relación con el art 5.4 CEDH— hay que hacer notar que ni la ley que desarrolla el art. 116 CE regulando las competencias y limitaciones durante la vigencia de los estados excepcionales, ni la concreta Ley Orgánica que desarrolla el procedimiento previsto en el art. 17.4 CE, se refieren de manera expresa a la forma en que éste podría ser suspendido. En efecto, ambas normas guardan silencio respecto a una eventual suspensión, sea que ésta se interpretara como el sometimiento a unos condicionamientos distintos para este procedimiento, o sea que se interpretara como la imposibilidad temporal de acceder a él.

Quizá podría pensarse que el silencio de la LOEAES obedece a que cuando se elaboró y entro en vigor –1981— todavía no se había desarrollado el procedimiento referido en el art. 17.4 CE, por tanto, parecería difícil someter a un régimen distinto un procedimiento que en ese momento era legalmente inexistente. Pero ello podría haberse subsanado al regularse el procedimiento en la Ley Orgánica de 1984, cosa que no ocurrió. Al contrario, en la exposición de motivos de esa Ley se recogió el principio de generalidad: «ningún particular o agente de la autoridad pueda sustraerse al control judicial de la detención de las personas sin que quepa en este sentido excepción de ningún género, ni siquiera en lo referente a la Autoridad Militar, [...]»¹⁶⁷⁷.

Así las cosas, se ha señalado que, aunque la LOEAES no diga nada, «la Constitución permite la suspensión de la garantía del habeas corpus»¹⁶⁷⁸ y también se ha dicho que a partir de los arts. 16.1 y 32.3 de la LOEAES se permite que quede sin efecto la garantía del procedimiento habeas corpus¹⁶⁷⁹, sobre todo teniendo en cuenta que éste no queda salvaguardado por la cláusula de garantía del art. 16.1 de LOEAES¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁷ Vid. Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus», Exposición de motivos, párrafo 9.

¹⁶⁷⁸ SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 116» ..., *op. cit.*, p. 1793.

¹⁶⁷⁹ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.* p. 139-140.

¹⁶⁸⁰ Vid. FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.* p. 165. Al referirse a la art. 16.1 LOEAES, apuntan que a quien se detenga bajo tal prescripción legal, se le deberán de reconocer los derechos-garantía del art. 17.3 CE y que a partir de la regulación puede

En el mismo orden de ideas, ante uno de los órganos de los Tratados de Naciones Unidas, la representación del Estado español ha sostenido que la Ley Orgánica 4/1981 «prevé la posibilidad de que se pueda suspender el derecho de habeas corpus en caso de que se declare el estado de excepción o sitio (art. 16 y 32.3 [...])»¹⁶⁸¹ aclarando que la simple declaratoria de uno u otro no suspendería sin más el derecho, sino que resultaría necesaria la declaración específica por parte de la autoridad gubernativa.

En cambio, para otros, el silencio del legislador con respecto a la suspensión del procedimiento de habeas corpus es acertado y permite constatar que «los instrumentos normales de control del poder público no desaparecen ni menguan en los estados excepcionales»¹⁶⁸², recordando que tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional pueden actuar plenamente, que es posible exigir responsabilidades por daños y perjuicios ocasionados con la adopción y puesta en práctica de las medidas y que el tenor de los arts. 9 y 103 CE no queda en suspenso¹⁶⁸³. Y se ha señalado que la declaratoria del estado de excepción no afectaría al procedimiento de habeas corpus «con lo cual, toda persona detenida ilegalmente podrá ser de inmediato puesta en libertad»¹⁶⁸⁴

Ante todo lo anterior, nosotros consideramos que la Constitución da la opción al legislador de establecer en la ley orgánica las competencias y limitaciones que puede haber durante la vigencia de un estado excepcional –art. 116.1 CE—entre ellas, la de regular la suspensión del procedimiento de habeas corpus –art. 55.1 en relación con art. 17.4 CE—; pero el legislador, en el ejercicio de su atribución, optó por no desarrollar esa concreta suspensión. Además, recordando que el TC identifica a la suspensión como situaciones normativas en las que el régimen de algunos derechos es uno distinto al ordinario; consideramos que

entenderse que «queda suspendida la garantía del 'habeas corpus' al no estar comprendida en el art. 17 apartado 3º sino en el 4º y este último no queda salvaguardado por la cláusula de garantía establecida en la Ley.»

¹⁶⁸¹ Vid. ONU, Comité contra la Desaparición Forzada, *Lista de cuestiones en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención (CED/C/ESP/1)*, «Adición, Respuestas del Gobierno de España», 5º periodo de sesiones, Doc. CED/C/ESP/Q/1/Add.1, 23 de octubre de 2013, párr. 58.

¹⁶⁸² REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., *op. cit.*, p.1205.

¹⁶⁸³ *Vid. Idem.*, p.1205.

¹⁶⁸⁴ *Vid.* Sitio web del Congreso de los Diputados, *índice sistemático de la Constitución Española*, «Sinopsis artículo 55», disponible: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=55&tipo=2>> consultado el 15 de marzo, 29 de abril y 26 de mayo de 2016.

habría de haberse señalado en la LOEAES o en la LOHC cuál sería el específico régimen distinto al ordinario al cual quedaría sujeto este derecho si se viera afectado por la vigencia de un estado excepcional. Creemos que, de aceptarse la posibilidad de suspender el derecho del art. 17.4 CE, atendiendo a la permisibilidad constitucional –art. 55.1 CE—, la suspensión consistiría en una supresión temporal del derecho y no en su sometimiento a un régimen distinto al ordinario.

Además, aún conscientes de que se trata de un derecho suspendible –art. 55.1 CE / 15 CEDH en relación con el art. 17.4 CE / 5.4 CEDH—, resulta difícil encontrar un fin legítimo que justificase que pudiera «quedar en suspenso un derecho que es una garantía procedimental frente a privaciones arbitrarias de libertad»¹⁶⁸⁵, sobre todo teniendo en cuenta que la ampliación de atribuciones a la autoridad policial podría propiciar el aumento del riesgo de arbitrariedades durante la detención en el contexto de un estado excepcional.

En ese sentido, aunque en alguno de los casos que han alcanzado el TEDH se llegó a considerar necesaria la derogación del procedimiento reconocido en el art. 5.4 CEDH¹⁶⁸⁶; puede apreciarse que en la mayoría de casos en que ha habido derogación a las obligaciones del art. 5 CEDH, la posibilidad de activar un recurso para promover la pronta revisión de la legalidad de la detención no ha sido suspendida¹⁶⁸⁷.

A ese respecto creemos que es de tenerse en cuenta la destacada importancia que tiene este procedimiento en cuanto a que, para poder verificar judicialmente la legalidad de la privación de la libertad, se exige la presentación del detenido ante el juez o ante el tribunal competente. De ahí que el procedimiento no sólo cumpla la esencial función de controlar el respeto a la libertad, sino también a la vida e integridad de la persona, impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla

¹⁶⁸⁵ Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55» ..., *op. cit.*, p.1205.

¹⁶⁸⁶ Vid. STEDH *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 220.

¹⁶⁸⁷ Vid. STEDH *Brannigan y McBride; Marshall, A y otros*, todas contra Reino Unido.

contra torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁶⁸⁸, cuestión esta última que no puede tenerse como superada en España¹⁶⁸⁹.

En síntesis, consideramos que la posibilidad de suspensión de este derecho sólo está ahí, latente; pero que atendiendo a la regulación vigente tanto de las situaciones excepcionales como del propio procedimiento de habeas corpus, actualmente su suspensión no sería posible.

- c) Derecho a ser informado de manera inmediata y de modo comprensible de las razones de su detención y de los derechos que tiene como detenido; Derecho un intérprete; Derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio; Derecho a la Asistencia Letrada —Art. 17.3 CE / 5.2, 6.3.c) CEDH / 6, 48 CDFUE / 9.2, 14 PIDCP—

En general, estos derechos fundamentales son resistentes incluso al legislador. La CE los reconoce de manera clara y contundente, el único derecho sobre el que existe el mandato de ser desarrollado vía legislativa es el derecho a la asistencia letrada y es ahí, donde pueden establecerse algunas limitaciones que no atenten contra su contenido esencial haciéndolo impracticable.

Pues bien, estos derechos no pueden ser sometidos a restricciones distintas a las del régimen ordinario que, como hemos dicho, son pocas. Tanto así, que la Norma Fundamental únicamente contempla la posibilidad de suspenderlos, o sea, de someterlos

¹⁶⁸⁸ En este sentido, *vid.* CrIDH, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, *El Habeas Corpus bajo suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1, y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 35-36. Al respecto el Tribunal cita la consideración del Presidente de la CIDH «[...] tal recurso ahora constituye el instrumento más idóneo no sólo para corregir con prontitud los abusos de la autoridad en cuanto a la privación arbitraria de la libertad, sino también un medio eficaz para prevenir la tortura y otros apremios físicos o psicológicos, [...] estas torturas y apremios, [...] suelen ocurrir especialmente durante prolongados periodos de incomunicación, en los cuales el detenido carece de medios y recursos legales para hacer valer sus derechos. Es precisamente en estas circunstancias cuando el recurso de hábeas corpus adquiere su mayor importancia.» En ese sentido, la CrIDH apunta que los redactores de la CADH conocían bien esas realidades, y eso explica por qué este «es el primer instrumento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión de las 'garantías judiciales indispensables' para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos».

¹⁶⁸⁹ A este respecto hay que tener en cuenta las SSTEDH *Beortegui Martínez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016; *Arratibel Garciandia v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015; *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Otamendi Egiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012; *Beristain Ukar v. España*, 40351/05, Sentencia de 08 de marzo de 2011; *San Argimiro Isasa v. España*, 2507/07, Sentencia de 28 de septiembre de 2010; *Martínez Sala y otros v. España*, 58438/00, Sentencia de 02 de noviembre de 2004. Donde España ha sido condenada por violación a la dimensión procesal del art. 3 CEDH.

a un régimen normativo distinto al ordinario, sólo durante el estado de sitio –art. 55.1 CE— Nada más.

Sin embargo, como algún autor ha sugerido¹⁶⁹⁰, el legislador orgánico optó por una cláusula tan amplia como imprecisa «La declaración podrá autorizar, [...] la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado tres del artículo diecisiete de la Constitución.» –art. 32.3 LOEAES—.

No puede dejar de considerarse que la cobertura legal de las restricciones de derechos fundamentales no sólo debe colmar la habilitación y el rango de ley; también debe satisfacer la calidad de ley, esto es, unas exigencias de previsibilidad y accesibilidad, y creemos que esta restricción no podría satisfacerlos a cabalidad. Quizá ello pudiera obedecer a que al momento elaborarse y entrar en vigor la LOEAES no existía la legislación de desarrollo del art. 17.3 CE¹⁶⁹¹ y que ésta ha tenido varias modificaciones¹⁶⁹².

Eventualmente podría tenerse por satisfecha la accesibilidad, sin embargo en cuanto a la previsibilidad, que implica que la norma esté redactada con la suficiente precisión, procede cuestionar ¿Cómo deberían entenderse los términos «la suspensión temporal» y «las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado tres del artículo diecisiete de la Constitución»?

El término «suspensión temporal» tal y como está previsto parece que sólo puede entenderse en el sentido llano de suspensión, una pausa en la vigencia o una imposibilidad provisional para ejercer los derechos previstos en el art. 17.3 CE. Por su parte, «Las garantías jurídicas del detenido» que se reconocen en el art. 17.3 CE, se refiere sólo a las que de manera expresa se reconocen allí o sería extensivo a las que a partir de dicho precepto constitucional han sido desarrolladas, teniendo en cuenta también, las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario, p.e. las Directivas en materia penal.

¹⁶⁹⁰ Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro, *op. cit.*, pp. 95-96, 124-126.

¹⁶⁹¹ El primer desarrollo legislativo del art. 17.3 CE fue con la Ley Orgánica 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.

¹⁶⁹² Las últimas de ellas por virtud de la transposición de las Directivas Europeas 2010/64/UE, 2012/13/UE y 2013/48/UE, conforme a las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril y Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre que reformaron la LECrim.

Cierto es que los derechos expresamente reconocidos en el art. 17.3 CE y los que a partir del mismo se han desarrollado pueden ser sometidos a restricciones ordinarias y la posibilidad de un aplazamiento temporal no es algo que siquiera pudiera señalarse como arbitrario, al contrario, sometido a unos criterios de razonabilidad, el aplazamiento temporal de algunos de los derechos reconocidos en el art. 17.3 CE, interpretados conforme al art. 5.2 y 6.3 CEDH / 6 y 48 CDFUE o 9.2 PIDCP es bien posible, tanto en el régimen normativo ordinario como en el extraordinario.

Sin embargo, hay que destacar dos cosas. Por un lado, aun configurados como derechos públicos subjetivos del detenido, la finalidad y ejercicio de los derechos derivados del art. 17.3 CE son muy diversos y su aplazamiento temporal puede tener impactos distintos en la situación del detenido. Así, aun y cuando pueda comprenderse que se retrase el derecho a la asistencia letrada por un plazo razonable –p.e. 24 horas— durante la detención; no parece que resulte igual de razonable que por ese mismo plazo a una persona se le retrase el derecho a informarle las razones de su detención, a no ser obligada a declarar o a guardar silencio, menos aun si dichos aplazamientos fueran acompañados del relativo a la asistencia letrada.

Como apuntaba Requejo Rodríguez, si el fin legítimo fuera mantener o restablecer el orden o el sistema constitucional amenazado, cómo podría contribuir a dicho fin privar al detenido de la asistencia letrada, incluso la de oficio; que desconociera los motivos de su detención y de los derechos que le asisten como es el derecho a no ser obligado a declarar; y sobre este último, «en qué puede consistir la suspensión [...] no resulta fácil de determinar, cuando el art. 15 CE no ha perdido su vigencia y, sean cuales sean las circunstancias, nunca es admisible practicar torturas ni tratos inhumanos o degradantes que pongan en riesgo la integridad física y psíquica del detenido o incluso su vida»¹⁶⁹³.

Vemos pues, que conseguir dimensionar la proporcionalidad de la suspensión de los derechos del art. 17.3 CE es harto difícil. Sobre todo, porque del tenor de la *lex specialis* parece derivarse no la adopción de un régimen distinto al ordinario para esos derechos, sino una auténtica supresión o total impedimento de ejercerlos, «[...] podrá autorizar, [...] la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido». Por ello más de uno ha

¹⁶⁹³ Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Artículo 55»..., *op. cit.*, p.1205.

criticado la posibilidad de suspender los derechos contenidos en el art. 17.3 CE, señalando incluso que tal posibilidad nunca debería ser utilizada¹⁶⁹⁴.

Por otro lado, la suspensión temporal ¿debería ser entendida en el sentido de que el detenido podría no tener acceso a esos derechos durante todo el tiempo de duración de su privación de libertad o solamente por un tiempo determinado? ¿Qué autoridad sería la que tiene atribuciones suficientes para decidir qué derechos de los del art. 17.3 CE pueden ser suspendidos temporalmente? ¿a la luz de cuáles criterios? ¿ante qué fin podría sacrificarse el derecho a no ser obligado a declarar?

Dado que la LOEAS establece que en la declaración del estado de sitio podría autorizarse la suspensión temporal de estos derechos, podríamos sugerir que quizá en dicha declaratoria podrían establecerse las concretas medidas que materializarían la suspensión temporal, estableciéndose el alcance de tal temporalidad, la justificación, el supuesto habilitante y las garantías que sí tendría el detenido para compensar tan grave minoración de derechos. Sin embargo, enfrentaríamos una nueva cuestión; la de determinar si la declaratoria del estado de sitio, aun teniendo rango de ley, podría establecer o delimitar las concretas limitaciones que tendrían los derechos fundamentales. A nuestro parecer tiene que responderse en sentido negativo, creemos que no sería posible porque las restricciones de derechos deben establecerse en una ley orgánica así que, la declaratoria, aun con rango de ley, no tendría la calidad suficiente para establecer las limitaciones de los derechos fundamentales.

Así que, aunque es cierto que en el estado de sitio pudiera llegarse el caso de suspensión de las garantías del art. 17.3 CE, ello no significa olvidar que se está dentro de un Estado de Derecho que tiene el mecanismo del estado excepcional como una medida prevista en la CE para salvaguardar el propio Estado de Derecho, por lo que si bien es cierto durante la aplicación de este estado se pueden adoptar una serie de medidas ello no puede significar de ninguna manera la implantación de la arbitrariedad. Es por ello que reiteramos la necesidad de que, en todo caso, se debe dar cuenta de todas las actuaciones realizadas y efectuar un control judicial efectivo sobre las mismas.

¹⁶⁹⁴ Vid. SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 116» ..., *op. cit.*, p. 1804, recordando a Cruz Villalón.

Por lo expuesto, consideramos que, a la luz de la actual previsión legal, no podría ser viable, al menos no respetando la constitucionalidad excepcional, establecer en la declaración de estado de sitio, limitaciones a los derechos del art. 17.3 CE. En ese sentido, el legislador orgánico al regular la suspensión de derechos ex art. 55.1 CE, por virtud del art. 10.2, ha de tener en cuenta los tratados internacionales ratificados, de los cuales se deriva un estándar mínimo de protección. Como el TC ha señalado, el legislador, como todos los poderes públicos, está obligado a interpretar los preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados, convirtiéndose así en el contenido constitucionalmente declarado¹⁶⁹⁵

2. Detención Preventiva y la Suspensión Individual de Derechos

Como se ha dicho, existen diferencias entre la suspensión general de derechos y la individual. Así, tenemos que la segunda tiene su origen en una concreta conducta delictiva –vinculada al terrorismo o a las bandas armadas–, ello origina una variación tanto en algunas atribuciones como en las competencias de las autoridades intervinientes; así como su ámbito de aplicación no es territorial, afectando a todos los que estén dentro del espacio geográfico afectado, sino que, como su nombre lo indicia, es de aplicación individual.

a. Marco Constitucional de la Suspensión Individual de Derechos

Artículo 55 CE

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, [...], pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

¹⁶⁹⁵ Vid. STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

b. Alcance de la Suspensión Individual de derechos en el contexto de la detención preventiva

El artículo 55.2 CE contempla la institución identificada como suspensión individual de derechos, institución jurídica «sin precedente en nuestro constitucionalismo histórico»¹⁶⁹⁶ y que, a diferencia de los estados excepcionales tradicionales, como los del art. 55.1 CE, posee constitucionalmente, una claridad en cuanto al presupuesto habilitante de la suspensión: «investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

Para el TC, la interpretación textual y sistemática del art. 55.2 CE, evidencia que «se trata de un supuesto de 'suspensión' de determinados derechos fundamentales, es decir, de situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo.»¹⁶⁹⁷ En efecto, un fenómeno que constituye uno de los problemas más complejos de los ordenamientos jurídicos democráticos y que enfrentan tanto las constituciones como las legislaciones, «así como convenios internacionales, en particular el [...] Convenio europeo relativo a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (arts. 8.2, 9.2 y otros). La Constitución Española de 1978 lo hace, en su art. 55.2, a tenor del cual 'una ley orgánica [...]»¹⁶⁹⁸.

Sin embargo, ha de señalarse que los artículos del CEDH referidos por el Alto Tribunal contienen una cláusula de restricción vinculada a diversos fines que podrían justificar una limitación, pero de ninguna manera implican una suspensión de derechos o una derogación de obligaciones a la luz del instrumento¹⁶⁹⁹; por eso llama la atención que

¹⁶⁹⁶ Vid. STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3.

¹⁶⁹⁷ Cfr. *Ídem.*, FJ 3.

¹⁶⁹⁸ Cfr. STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

¹⁶⁹⁹ Vid. Convenio Europeo de Derechos Humanos, en concreto el apartado segundo de los artículos 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar; 9 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; 10 Libertad de expresión y 11 Libertad de Reunión y de Asociación; que coinciden en prever ciertas limitaciones

aludiendo al complejo problema al que hace frente el CEDH con la limitación de derechos, el TC señale que la Norma Fundamental lo hace a través del art. 55.2 CE, pues este último no recoge una limitación de derechos fundamentales¹⁷⁰⁰ sino como el Alto Tribunal lo reconoce, consagra una auténtica suspensión de derechos, aunque con características propias que permiten distinguirlo de los tradicionales estados de excepción¹⁷⁰¹.

Quizá la mención a dichos artículos del CEDH fue porque, en principio, los condicionantes del instituto del art. 55.2 CE hacen que en su ejecución no se sobrepasen los límites del CEDH, resultando que aunque a nivel interno se reconozca como suspensión, a la luz del CEDH su ejecución pueda verse sólo como un límite que no va más allá del estándar mínimo del instrumento, en ese sentido tenemos en cuenta que, con respecto a la suspensión individual de derechos, el Alto Tribunal también la ha identificado como limitación, cuando dijo que «Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia, sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático.»¹⁷⁰²

o injerencias en el ejercicio de los derechos que reconocen, por virtud de medidas que estén previstas en la ley y que resulten necesarias para intereses como la seguridad nacional –incluso la integridad territorial–, la seguridad pública, la defensa o protección del orden, la prevención de infracciones penales o la protección de los derechos y libertades de los demás. Atendiendo a esta condición se ha apuntado que, en la práctica, las medidas de derogación que se implementan conforme al art. 15 CEDH, probablemente sean algunas que impliquen una derogación de aquellos artículos que no están habilitados en los mismos términos de, por ejemplo, los artículos 8 a 11 CEDH. *Vid.* HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention...*, *op. cit.*, p. 826. En este orden de ideas recordamos que el TEDH, destacando que el art. 5 del Convenio se encuentra en el primer lugar de los derechos fundamentales que protegen la seguridad física del individuo, ha señalado que uno de los aspectos que puede apreciarse a lo largo de su jurisprudencia respecto a éste, se refiere al carácter exhaustivo de las excepciones, que deben interpretarse estrictamente –esto es, art. 5.1 a) a f)– y que no permite un rango amplio de justificaciones bajo otras disposiciones, en particular, los arts. 8 a 11 del Convenio. *Vid.* SSTEDH *Medvedyev y otros v. Francia* [GS], 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010, párr. 117; *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 30.

¹⁷⁰⁰ Como si prevén otros artículos constitucionales, v.g. art. 17.2 y 17.4; 18.2 y 18.3; 20.4 y 20.5; 21.2 CE, por citar algunos.

¹⁷⁰¹ P.e. teniendo en cuenta los condicionamientos constitucionales de éste, puede notarse que el de la temporalidad, propio de los estados excepcionales, no es exigible y esta circunstancia no hace que se modifique el carácter de la suspensión, como régimen normativo de suspensión para ciertos derechos; ni tampoco significa que sea arbitrario puesto que han sido previstos otros condicionamientos tendentes a evitar una utilización abusiva. En este sentido *vid.* STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3.

¹⁷⁰² *Vid.* STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3, recordando la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 4.

Pues bien, en el caso concreto de la suspensión prevista en el art. 55.2 CE, la amenaza específica se conforma por el fenómeno del terrorismo. En efecto, el constituyente, consciente de la existencia –como problema latente al momento de pactarse la Constitución— del terrorismo y el peligro que éste «implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático»¹⁷⁰³ mediante este precepto constitucional habilitó al legislador para establecer un régimen específico de suspensión de tres derechos fundamentales con una finalidad:

«*facilitar* las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.»¹⁷⁰⁴ [énfasis añadido].

Vemos así que el art. 55.2 CE tiene un papel limitado: «como reacción frente a unas concretas amenazas»¹⁷⁰⁵, en el que el TC ha señalado que este precepto evidencia «sin necesidad de mayor argumentación adicional, el reconocimiento ex Constitutione de la razonabilidad y no arbitrariedad»¹⁷⁰⁶ de un tratamiento diferenciado en el goce de unos concretos derechos constitucionales –arts. 17.2, 18.2 y 18.3 CE— «cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial transcendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional»¹⁷⁰⁷; pero esos delitos de especial gravedad únicamente pueden corresponderse con «la actuación de bandas armadas o elementos terroristas», como el propio precepto lo limita, estableciendo así el supuesto habilitante. Por tanto, quedan fuera de esta suspensión de derechos las investigaciones relacionadas con delitos graves en relación con la vida e integridad física de las personas que no constituyan alguna conducta delictiva que pueda asumirse en las expresiones de banda armada o elementos terroristas.

¹⁷⁰³ Vid. SSTC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3, 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁷⁰⁴ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁷⁰⁵ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4. Por eso se ha dicho que «el lugar que en un estado excepcional asume la situación de emergencia que se pretende combatir con el mismo, en el caso de este art. 55.2 viene asumido por la presencia de una ‘actuación de bandas armadas o elementos terroristas’» frente a la cual, los instrumentos ordinarios puestos a disposición del Estado para garantizar la seguridad y tranquilidad públicas y el orden constitucional resultan insuficientes.

¹⁷⁰⁶ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 2.

¹⁷⁰⁷ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 2.

En efecto, el precepto constitucional reconoce al legislador una potestad para desarrollar «una ley orgánica de carácter facultativo y no preceptivo» que determine los casos y la forma en los que, satisfaciendo unos condicionamientos constitucionales, sean suspendidos los derechos de los arts. 17.2, 18.2 y 18.3 CE¹⁷⁰⁸. En lo que a ese trabajo respecta nos centraremos sólo a lo concerniente al primero de dichos artículos. En este sentido, la afectación que en virtud del art. 55.2 CE puede hacerse al art. 17.2 CE deberá adecuarse al supuesto habilitante de la suspensión –las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas—y responder a la finalidad de la suspensión: facilitar tales investigaciones; sin que sea permitido al legislador «ningún margen creativo al respecto»¹⁷⁰⁹.

Pues bien, la legitimación del legislador para crear un marco normativo excepcional que regule los supuestos de suspensión previstos en el art. 55.2 CE, no es una carta en blanco o un empoderamiento desmedido otorgado al legislador orgánico, pues éste, al crear dicha regulación, debe satisfacer los distintos condicionamientos que impone el propio art. 55.2 CE¹⁷¹⁰:

a) sustantivos: únicamente sobre los derechos de los arts. 17.2, 18.2 y 3 CE; y

¹⁷⁰⁸ Así lo refirió el Tribunal al analizar la Ley Orgánica 4/1988, como legislación que desarrolla el artículo 55.2 CE, citando su criterio sostenido en la STC 25/1981 cuando, sin entrar al fondo, se refirió a la Ley Orgánica 11/1980. *Vid.* STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3.

¹⁷⁰⁹ *Vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 4.

¹⁷¹⁰ *Cfr.* STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3. A los que deberíamos agregar aquéllos que se configuran a la luz del art. 10.2 CE; en tanto impone acudir a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, para interpretar conforme a ellos, el sentido y límites de los preceptos relativos a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas. En ese sentido, *vid.* STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5, cuando por lo señalado, el Tribunal decide seguir dicho parámetro constitucional para examinar lo dispuesto por el art. 20.2 de la LOPSC [1].

b) garantistas¹⁷¹¹: un adecuado control parlamentario¹⁷¹², una garantía penal¹⁷¹³ y una necesaria intervención judicial. Los dos primeros siempre han sido entendidos y regulados

¹⁷¹¹ Cfr. STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3. De hecho, en esta resolución, el Tribunal principalmente se abocó al examen de la suficiencia de constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1988 en relación a una de esas tres garantías, concretamente la del control parlamentario.

¹⁷¹² Aunque la Norma Fundamental alude a un «adecuado control parlamentario», a diferencia de lo que sucede en el caso de la suspensión general de derechos –arts. 55.1 y 116.3 y 4 CE— no da mayores luces a la forma en que en estos casos habría de actuar el parlamento. Este Control Parlamentario de la aplicación de las medidas que se establecieron dentro de la legislación de desarrollo del art. 55.2 CE, primeramente se encontró regulada en el artículo séptimo de la Ley Orgánica 11/1980; «Sin perjuicio de los demás medios de control parlamentario que prevean los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, el Gobierno informará a éstos, al menos cada tres meses, o antes si así lo solicitan dos Grupos Parlamentarios, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas previstas en esta Ley». Posteriormente en términos muy similares, se reguló en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 9/1984, «Sin perjuicio de los demás medios de control parlamentario que prevean los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, el Gobierno informará a las Cámaras, al menos cada tres meses, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas adoptadas». Finalmente, cuando aparece la Ley Orgánica 4/1988, en tanto incluye la normativa de desarrollo del art. 55.2 CE, la especial consideración al control parlamentario desapareció, y ello precisamente fue una de las causas que motivaron la impugnación de inconstitucionalidad de toda la Ley. Sobre el alcance de la garantía de control parlamentario, *Vid.* STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3. Asimismo, se sugiere consultar las consideraciones que sobre este respecto realizó el Magistrado Cruz Villalón, cuando planteaba una inconstitucionalidad por omisión de la Ley Orgánica 4/1988, toda vez que ésta vulneraba el art. 55.2 CE en cuanto regula la suspensión individual de derechos fundamentales sin las imprescindibles garantías que la Constitución ha previsto taxativamente para este supuesto, cual es la relativa a un «adecuado control parlamentario». *Vid.* Voto particular, parcialmente discrepante a la STC 71/1994, al que se adhieren los Magdos. Eugenio Díaz Eimil, Alvaro Rodríguez Bereijo, Julio Diego González Campos y Carles Viver Pi-Sunyer. Finalmente, teniendo en cuenta que ni la legislación que desarrolla el artículo, ni los Reglamentos del Congreso de los Diputados o de los Senadores, contienen disposiciones específicas respecto a esta modalidad de control parlamentario, de manera supletoria «han de aplicarse a este control las normas generales previstas en los reglamentos de ambas cámaras con respecto al control parlamentario del ejecutivo.» *Vid.* FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *El derecho a la libertad Personal...*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁷¹³ Así es, una garantía penal «frente a la utilización injustificada o abusiva» de las facultades que se reconozcan en la Ley Orgánica potestativa de desarrollo de la suspensión del art. 55.2 CE. En opinión del TC, el constituyente previó la posibilidad de que, por la aplicación de este instituto suspensivo, se vieran afectados derechos constitucionales y por ello, en el último párrafo del precepto estableció que la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en la Ley Orgánica del art. 55.2 CE, producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes. Al respecto *vid.* SSTC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3 y 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6. Conviene señalar que las primeras leyes orgánicas que desarrollaron el artículo 55.2 CE, contenían un artículo que hacía referencia a una cláusula penal o de sanción penal para quienes –autoridad gubernativa o judicial— hicieran un uso abusivo o injustificado de las facultades que dichas legislaciones especiales les otorgaban: la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, artículo octavo, uno. «La utilización injustificada o abusiva de las facultades contenidas en la presente Ley producirá la responsabilidad prevista en el último párrafo del artículo cincuenta y cinco, dos, de la Constitución»; y la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, artículo 18.3. «Quienes utilicen injustificada o abusivamente las facultades contenidas en los anteriores artículos serán castigados con la pena prevista en el artículo 194 el Código Penal, a no ser que los hechos constituyan otro delito de mayor gravedad». Sin embargo, la mención a una garantía específica de sanción penal por el uso injustificado de las medidas de suspensión de derechos, siguiendo la misma suerte que el control parlamentario, desapareció con la Ley Orgánica 4/1988 que incluyó las medidas de suspensión individual de derechos dentro de la legislación procesal penal ordinaria. Aunque no cabe descartar que, en el supuesto de abuso o uso injustificado de estas facultades, pudiera responsabilizarse a la autoridad por incurrir en las conductas tipificadas por los artículos 530, 531 y aplicables del Capítulo V, secciones 1 y 2, Título XXI, del Código Penal;

y, en consecuencia, examinados en relación con el cuerpo normativo que desarrolla el art. 55.2 CE. Por el contrario, la necesaria intervención judicial, siempre ha sido entendida y regulada¹⁷¹⁴ y, consecuentemente examinada atendiendo a cada uno de los tres derechos suspendibles; pues el alcance de la necesaria intervención judicial debe abordarse en relación con los problemas específicos que ésta plantea frente a cada uno de los derechos y en relación con las circunstancias en las que la suspensión debe realizarse¹⁷¹⁵. Ello nos da la pauta para entender esta intervención judicial no sólo como un condicionamiento de garantía, sino además, como un condicionamiento constitucional de validez con una naturaleza procesal, pues conforme al art. 55.2 CE si ésta no existe, la suspensión no es válida. Y esto tiene un destacado papel en el contexto de la detención preventiva.

Ante esto, el TC señala que se está ante «un supuesto característico de aplicación del llamado ‘Principio de concordancia práctica’ que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial»¹⁷¹⁶. De modo que, el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exige mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que sea compatible con la voluntad, también constitucional, de posibilitar una suspensión singular de esos derechos, teniendo en cuenta además, que la

tampoco sobra decir, que ninguna de esas previsiones legales hace referencia a la responsabilidad penal que se genera por el uso injustificado de las medidas que derivan del art. 55.2 CE.

¹⁷¹⁴ Así, la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre refería a la intervención judicial en los artículos tercero, cuarto y quinto, por cuanto a los derechos reconocidos en los arts. 17.2, 18.2 y 18.3 CE, respectivamente. Con un esquema similar, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contemplaba la intervención judicial en los artículos 13 y 14 en relación con el art. 17.2 CE, 16 en relación con el 18.2 CE y, 17 en relación con el 18.3 CE. Y, finalmente, la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, contempló la intervención judicial en los artículos 520 *bis* LECrim en relación con el 17.2 CE, 553 LECrim en relación con el 18.2 CE y 579.4 LECrim en relación con el 18.3 CE. Aunque este último precepto fue recientemente reformado por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que estableció todo un desarrollo legislativo, hasta entonces ausente, del art. 18.3 CE regulando en el Título VIII del Libro II, LECrim, *las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*. Ciertamente es plausible que se haya cubierto un vacío normativo sobre las medidas que pueden limitar los derechos del art 18.3 CE, cuya anomia ya había sido subrayado incluso por el TC, p.e. STC 145/2014, de 22 de septiembre; sin embargo, llama nuestra atención que en ninguna parte del texto reformador se hace alusión a las medidas que pudieran tenerse como desarrollo del art. 55.2 CE, a diferencia de lo que sí había hecho el legislador en la LO 4/1988 –disposición adicional–; esto puede pasar desapercibido para muchos y resultar algo menor; sin embargo creemos que hubiera sido deseable que en la normativa se diferenciara las restricciones con forma de limitación del derecho del art. 18.3 CE, de aquéllas que pueden adoptarse como materialización de la suspensión individual de ese derecho –art. 55.2 en relación con art. 18.3 CE– porque en las primeras no sería aceptable la restricción sin la previa autorización judicial, mientras que en las segundas sí.

¹⁷¹⁵ En ese sentido *vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7.

¹⁷¹⁶ *Vid. Ídem.*, FJ 7. Para el TC «no cabe sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del art. 55.2» CE, ya sea la necesaria intervención judicial a la suspensión, ya sea la suspensión a la necesaria intervención judicial.

finalidad del artículo 55.2 CE es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de la misma, «una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla», es decir, debe conciliarse esa doble voluntad de la Constitución. Lo anterior impone que, en último extremo, pero solo en último –puntualiza el TC–, la necesaria intervención judicial sea modalizada para asegurar la posibilidad de la suspensión¹⁷¹⁷. Por tanto, lo que en último extremo se sacrifica o cede, es la intervención judicial; aunque dicha cesión, no es desproporcionada y podría señalarse como razonable ante la suspensión, prevista por el propio texto constitucional.

c. Afectación a la Detención Preventiva con motivo de la Suspensión Individual de derechos

La afectación constitucionalmente permitida al derecho a libertad ex art. 55.2 CE, en palabras del Alto Tribunal consiste en:

«que la detención gubernativa pueda prolongarse más allá de las setenta y dos horas, límite general a la misma previsto por el art. 17.2 de la Constitución, y esa posibilidad de prolongación es la que se configura como la ‘suspensión’ del derecho reconocido en dicho artículo»¹⁷¹⁸.

Y esta materialización de la suspensión individual del derecho reconocido en el art. 17.2 CE, es decir, la prolongación de la detención preventiva no altera el significado procesal de la misma ni hace decaer, en principio, las demás garantías del detenido¹⁷¹⁹

Además, atendiendo a que el propio art. 55.2 CE impone la necesaria intervención judicial, en el caso de la detención preventiva no podría alegarse este precepto para pretender justificar la ausencia de una intervención judicial, pues la suspensión «no es en absoluto el que pueda iniciarse una prolongación de la detención más allá de las setenta y dos horas sin intervención judicial previa que expresamente la autorice»¹⁷²⁰; sino únicamente radica

¹⁷¹⁷ Vid. *Íbidem.*, FJ 7.

¹⁷¹⁸ Cfr. *Íbidem.*, FJ 8.

¹⁷¹⁹ Vid. *Íbidem.*, FJ 8.

¹⁷²⁰ Cfr. *Íbidem.*, FJ 8. Precisión que el Tribunal considero necesario hacer, en respuesta a lo que sostuviera el Letrado del Estado, en cuanto a que la posibilidad de prolongación de la detención preventiva, aun sin decisión judicial, no era más que una consecuencia del efecto suspensivo del derecho, inherente al artículo 55.2 CE, señalando que, si ésta tuviera lugar antes de las setenta y dos horas, el artículo 55.2 CE quedaría vacío de contenido

en la posibilidad de prolongar la detención; pero tras una intervención judicial. Y esta intervención judicial con forma de «autorización» para que el detenido continúe a disposición de la autoridad policial para efectos de las indagaciones, no vacía de contenido al art. 55.2 CE en cuanto al derecho a la libertad; al contrario, representa su pleno desarrollo, dado que la suspensión singular del derecho a la libertad sólo puede entenderse referida al límite máximo de la detención gubernativa con una «necesaria intervención judicial»¹⁷²¹.

Ahora bien, la modificación que puede experimentar el ejercicio de la detención preventiva con motivo de esta suspensión de derechos —art. 55.2 CE—, debería limitarse sólo a los casos en que la privación de libertad tenga como supuesto habilitante la investigación de hechos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, nada más.

En cuanto al terrorismo, el Alto Tribunal ha entendido tal conducta como la violencia social o política organizada que «se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de 'bandas', en las que usualmente concurrirá el carácter de 'armadas'»¹⁷²², que dicha actividad tiene como elemento característico el propósito o el efecto «de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva.»¹⁷²³

En cuanto a la expresión bandas armadas, debe interpretarse «restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de 'elementos terroristas' mencionado en el precepto constitucional.»¹⁷²⁴ En ese orden de ideas, el canon constitucional de este concepto no se satisface únicamente con elementos como la permanencia y la estabilidad del grupo y/o su carácter armado, sino que habría que constatar que la entidad de sus actos tienen una gran incidencia en la seguridad ciudadana, que se produce un terror en la

¹⁷²¹ Vid. *Íbidem.*, FJ 8.

¹⁷²² Cfr. *Íbidem.*, FJ 4.

¹⁷²³ Cfr. *Íbidem.*, FJ 4.

¹⁷²⁴ Cfr. *Íbidem.*, FJ 4.

sociedad y un rechazo de la colectividad, suponiendo así «un ataque al conjunto de la sociedad democrática.»¹⁷²⁵

No obstante, para el TC puede ser posible que determinados grupos criminales, aun sin un objetivo político, «por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el art. 55.2»¹⁷²⁶.

Por tanto, la cobertura constitucional del art. 55.2 CE, impone que la actuación criminal provoque no sólo terror en la sociedad, que pretenda alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y que, de manera objetiva, lo ponga en peligro¹⁷²⁷; sino que se cree una situación grave de alarma o de emergencia en la seguridad pública, de no ser así, siguiendo el criterio del TC acabado de señalar, la actuación estatal – legislativa y administrativa— no podría tener aval constitucional.

Cuestión distinta –aunque no menor— será la forma en la que el legislador tipifique tales delitos¹⁷²⁸, aunque el legislador jamás debería perder de vista que «la Constitución no ha

¹⁷²⁵ Vid. *Íbidem.*, FJ 4. Ahora bien, la LO 9/1984 también resultaba aplicable a los «rebeldes», expresión que no recoge el art. 55.2 CE, respecto a ésta el TC consideró que «la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional» y además tuvo en cuenta que el art. 8 de esa Ley equiparaba la integración en una organización rebelde a la integración en banda armada, refiriéndose a la utilización de «armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase»; por ello el TC señaló que a los rebeldes que aludía la ley en cuestión, podía serles legítimamente aplicable la suspensión de derechos que habilita el art. 55.2 CE, en la medida en que integraban el concepto de banda armada del art. 55.2 CE.

¹⁷²⁶ Vid. *Íbidem.*, FJ 4.

¹⁷²⁷ En este sentido *Íbidem.*, FJ 4. Cuando el TC se refirió a la expresión de bandas armadas del precepto constitucional y destacó lo restrictivo de la misma, al analizar la aplicación de la LO 9/1984 a los apologetas de los delitos referidos en el párrafo primero del art. 1; concretamente los preceptos procesales contenidos en el Capítulo III, que en los arts. 13 a 18 recogían las medidas que desarrollaban la suspensión de derechos fundamentales prevista en el art. 55.2 CE. Para el Alto Tribunal, la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos referidos en el art. 1 de dicha Ley era contrario a la Constitución, en la medida en que ello conllevaría una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales prevista en el art. 55.2 CE, en relación con los arts. 13 a 18 de la LO 9/1984, donde se incluían medidas como la prolongación de la detención preventiva y el sometimiento de ésta al régimen de incomunicación.

¹⁷²⁸ Para lo cual, el legislador no debe perder de vista el limitado papel que juega esta suspensión de derechos y que impone que su aplicación sea estrictamente limitada a los supuestos que menciona el art. 55.2 CE, por tanto «el legislador puede únicamente especificar, pero sin ningún margen creativo al respecto.» *vid. Íbidem.*, FJ 4.

hecho de la 'suspensión individual' de ciertos derechos fundamentales un instrumento de protección extraordinaria de la seguridad del Estado, genéricamente concebida, sino que le asignó una finalidad muy concreta: La investigación de las actuaciones de las bandas armadas o elementos terroristas.»¹⁷²⁹

i) Fin constitucionalmente legítimo de la suspensión del plazo máximo de la detención

Cuando nos referimos a la concreta finalidad de la suspensión individual de derechos, señalamos que la suspensión de cada uno de los derechos suspendibles debe estar vinculada o corresponderse a la finalidad del instituto suspensivo: facilitar las investigaciones. En ese sentido, la vinculación de esta suspensión con la detención preventiva parece bastante lógica ya que ambas instituciones comparten el carácter de la finalidad: la investigación. En efecto, la finalidad de la segunda es «la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos», hechos que son de naturaleza penal; en tanto que la finalidad de la primera es «facilitar la investigación», igualmente de unos hechos de naturaleza penal, unos de notoria gravedad a los que la Constitución refiere puntualmente «actuación de bandas armadas o elementos terroristas», nada más.

Así que la suspensión individual se evidencia como una herramienta que permite, en unos supuestos bien limitados, facilitar la finalidad de la detención preventiva, mediante la posibilidad de prolongar su tiempo de duración, pero sin trastocar su significado procesal ni hacer «decaer en principio las demás garantías que asisten al detenido»¹⁷³⁰. En ese sentido el TC ha considerado que «las cautelas de que está rodeada la modalidad de suspensión de derechos del art. 55.2 de la Constitución se orientan en buena medida a la garantía de [...]» derechos como la tutela judicial efectiva y el derecho a juez ordinario predeterminado por ley –art. 24 CE— y los derechos de los detenidos reconocidos en el art. 17.3 CE¹⁷³¹

¹⁷²⁹ Vid. *Íbidem.*, FJ 4.

¹⁷³⁰ Vid. *Íbidem.*, FJ 8.

¹⁷³¹ Cfr *Íbidem.*, FJ 6, Al analizar la constitucionalidad del art. 11 de la LO 9/1984, relativo a los órganos judiciales competentes para conocer de los delitos de terrorismo, dando respuesta a las alegaciones de inconstitucionalidad por vulneración del derecho a juez ordinario predeterminado por ley –art. 24.2 CE— y los inconvenientes para la efectividad de la tutela judicial –art. 24.1 CE— que podrían derivarse conforme a las reglas procesales establecidas en los arts. 13 y 14 de esa ley, en relación al control judicial de la detención gubernativa al amparo de esa ley.

Así las cosas, a partir del supuesto habilitante de esta suspensión, si armonizamos su finalidad en el contexto de la detención preventiva, podemos entenderlo como sigue: la prolongación de la duración de la detención preventiva, previa autorización judicial, para facilitar las investigaciones y averiguaciones tendentes al esclarecimiento de hechos correspondientes a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas.

ii) Modificaciones al régimen general de la detención preventiva

Teniendo en cuenta que el art. 17.2 CE establece, por un lado una institución constitucional que conforme a los criterios jurisprudenciales del TC se caracteriza por las notas de estricta necesidad y temporalidad limitada¹⁷³² y, por otro lado, reconoce un derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas, y que este derecho se integra por dos garantías interrelacionadas: una temporal y otra jurisdiccional. Creemos que la configuración de la suspensión del art. 17.2 CE ex art. 55.2 CE por la prolongación de la detención preventiva más allá de las setenta y dos horas, previa intervención judicial, proyecta más de una consecuencia en el marco de la detención preventiva.

- Flexibiliza el requisito de temporalidad e incrementa la exigencia de motivación, como límites de la institución constitucional
- Modifica el control judicial, porque aplaza la puesta a disposición judicial, aunque preserva el control que se efectúa por virtud del habeas corpus. Y además, impone una nueva intervención judicial, la autorizadora, que es un mecanismo de garantía y elemento propio –procesal—de la suspensión; configurándose así un límite diferente a los que tiene la detención preventiva en el régimen general.

A) Flexibilización del requisito de temporalidad e incremento de la exigencia de motivación para la policía, al solicitar la prórroga de la detención y para la autoridad judicial, al autorizarla.

El régimen excepcional al cual queda sometida la detención preventiva debe armonizar, por un lado, las exigencias que deriven de las investigaciones correspondientes a la

¹⁷³² Cuestiones abordadas a lo largo del capítulo I.

actuación de bandas armadas o elementos terroristas –art. 55.2CE— y, por otro lado, la aplicación del criterio de estricta necesidad y mayor brevedad posible¹⁷³³ o temporalidad limitada, identificados como notas características de la detención preventiva –art. 17.2 CE—¹⁷³⁴.

De la Norma Fundamental y el criterio de su intérprete se desprende que la temporalidad se materializa en dos posibles plazos de duración¹⁷³⁵: el primero, identificado como el plazo «estrictamente necesario», por lo cual es relativo; el segundo, un plazo tasado de 72 horas, identificado como «plazo máximo absoluto»¹⁷³⁶ y, teniendo en cuenta el carácter garantista de la Constitución, el TC ha considerado que el plazo relativo se superpone, sin remplazarlo, al plazo absoluto; dándose preferencia a aquél que resulte más beneficioso para el detenido¹⁷³⁷.

Pues bien, en el caso de la suspensión del art. 17.2 ex art. 55.2 CE, la detención sigue estando sometida a una temporalidad, y el plazo relativo no desaparece, la modificación radica en la flexibilización del plazo máximo de 72 horas, límite constitucionalmente reconocido como máximo absoluto. En efecto, constitucionalmente se posibilita la ampliación de la detención policial, a un nuevo plazo máximo de duración que debe establecerse mediante ley orgánica –reserva de ley— y aunque el legislador tenga un margen de discreción al respecto, éste no debe entenderse como una carta en blanco «que permita ampliar a su arbitrio la duración de esta situación excepcional.»¹⁷³⁸

Pero la ampliación del plazo de detención además de estar prevista legalmente debe procurar, en medida de lo posible, la conciliación entre el mandato constitucional de que la detención no dure más del tiempo estrictamente necesario –plazo relativo— y que tanto el art. art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE como el art. 9.3 PIDCP garantizan que la conducción del detenido ante la presencia judicial sea «en el plazo más breve posible»¹⁷³⁹

¹⁷³³ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

¹⁷³⁴ Vid. Capítulo I, apartado C.6.b.

¹⁷³⁵ Cfr. STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2.

¹⁷³⁶ Cfr. STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.

¹⁷³⁷ SSTC 23/2004, de 23 de febrero de 2004, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre de 2000, FJ 3; 31/1996, de 27 de febrero de 1996, FJ 8.

¹⁷³⁸ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

¹⁷³⁹ Cfr. STC *Ídem.*, FJ 8.

Siguiendo el imperativo del art. 10.2 CE, acudiendo a la jurisprudencia del TEDH, vemos que el art. 5.3 CEDH impone una estricta limitación de tiempo, al contemplar que la puesta a disposición judicial sea sin dilación. Como ese Tribunal ha señalado, dicho requerimiento deja poca flexibilidad en la interpretación, porque de lo contrario podría haber graves debilitamientos de una garantía procesal en detrimento de la persona y el riesgo de perjudicar la propia esencia del derecho protegido por este artículo¹⁷⁴⁰. Ello lo ha considerado así, incluso en el contexto especial de investigaciones relacionadas al terrorismo¹⁷⁴¹.

Así, podemos constatar que el plazo relativo ni desaparece ni deja de superponerse al máximo, en este caso prorrogado; pues aun y cuando la policía contara con la autorización judicial para prolongar la detención por un plazo superior al máximo de 72 horas, si ésta agotara su labor indagatoria antes del término prorrogado, la detención preventiva debería de cesar por haberse agotado su finalidad.

Concatenado con lo anterior, tenemos el criterio de estricta necesidad y una consecuente exigencia de la obligación de motivación¹⁷⁴². En efecto, la temporalidad sólo podrá modificarse si, satisfaciendo el presupuesto habilitante, es posible justificar ante el órgano judicial que resulta indispensable tener bajo custodia policial a la persona por un tiempo superior al de 72 horas, al respecto, la policía debería estar en condiciones de transmitir al Juez, datos objetivos de que el detenido se encuentra vinculado a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, es decir, unas sospechas razonables para que éste, por su parte, a la luz de lo expuesto por la autoridad policial, pueda autorizar la prórroga motivando a su vez, de manera ponderada por qué otorga la autorización¹⁷⁴³.

¹⁷⁴⁰ En ese sentido *vid.* STEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 33.

¹⁷⁴¹ *Vid.* STEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 62, donde un periodo de más de cuatro días en situación de detención sin ser presentados ante un juez, fue considerado violatorio del art. 5.3 CEDH, incluso en el contexto especial de investigaciones por delitos de terrorismo

¹⁷⁴² Sobre estos elementos como límites de la detención preventiva, *vid.* Capítulo I, apartado C.6.b. y c.

¹⁷⁴³ En este sentido, Remotti Carbonell destaca la importancia de que la prórroga de la detención es una medida que debe ser autorizada por la autoridad judicial y «no de forma automática, sino contrastada a partir de la existencia de elementos racionales que vinculen a la persona detenida con la actividad terrorista, motivada en la existencia de circunstancias excepcionales que impidan el normal desarrollo de las averiguaciones y que justifiquen la adopción de la medida». *Vid.* REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 305.

Todo lo anterior con la finalidad de que el detenido¹⁷⁴⁴, aun en estas circunstancias de suspensión de derechos, pueda tener la certeza del plazo máximo que puede tener su privación de libertad y saber las razones no sólo de la detención, sino de las circunstancias que avalan el que sea sometido a un régimen distinto al general.

En síntesis, hay un incremento en la motivación como límite a la detención preventiva, porque además de existir la obligación de motivar ante el detenido las razones de la detención –que casa con el derecho a ser informado de las razones de la detención, art. 17.3 CE—, la policía también debe motivar ante el Juez las razones que hacen necesario mantener bajo su custodia al detenido y éste último, a su vez, motivar la autorización de dicha prórroga.

No puede perderse de vista que, siguiendo al TC, coartar el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Norma Fundamental es un acto grave que necesita contar con una especial causalización y «el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, [...] la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos»¹⁷⁴⁵.

B) Modificación del control judicial

Sabido es que el Juez es identificado como el guardián natural de la libertad¹⁷⁴⁶ y como mandato básico, toda privación de libertad debe ser controlado por un juez, esto salta a la vista de la simple lectura tanto del art. 17 CE como de los arts. 5 CEDH, 6 CDFUE, 9 PIDCP— y del art. 55.2 CE –necesaria intervención judicial—.

¹⁷⁴⁴ Como apuntamos en el capítulo I, en el caso de la detención preventiva, la policía tiene que satisfacer la exigencia de motivación en una doble vía, primero ante el detenido y cuando procede la puesta a disposición judicial, ante éste último. En cuanto al detenido porque dicha motivación apareja el cumplimiento de un derecho básico: el de saber la razón que lleva a la autoridad policial a privarle de su libertad, y esto debe de hacerse de manera inmediata –art. 17.3 CE— al momento mismo o en el plazo más breve posible –art. 5.3 CEDH / 6 CDFUE—. *Vid.* Capítulo I, apartado C.6.c. y capítulo II, apartado B.1.c

¹⁷⁴⁵ STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3.

¹⁷⁴⁶ *Cfr.* SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 5; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9; 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

Como apuntamos en el capítulo I, el control judicial constituye uno de los límites de la detención preventiva y puede hacerse efectivo de dos maneras, una de oficio –vía ordinaria–y otra a requerimiento del detenido –habeas corpus–.

A la luz del precepto constitucional que recoge la suspensión individual de derechos, queda fuera la posibilidad de algún tipo de suspensión a la segunda forma de control judicial que, como hemos visto, a la vez configura el derecho del detenido de acceder a un procedimiento de habeas corpus regulado por ley –art. 17.4 CE—. Por otro lado, la intervención que hemos identificado como de oficio –puesta a disposición judicial– es matizada por la suspensión del art. 17.2 CE, no porque ésta no tenga lugar, sino porque este control se hace con una flexibilización del criterio «sin dilación» –derivado de los arts. 5.3 CEDH y 9.3 PIDCP–.

De la interpretación del art. 55.2 CE en relación con el art. 17.2 CE, se desprende una forma de fiscalización judicial sobre la detención¹⁷⁴⁷; pues como hemos venido señalando, la intervención judicial es indispensable para proceder a la prórroga excepcional de la detención, debido a que ésta sólo puede ser acordada por una autoridad judicial. Constituye pues, un mecanismo de garantía y elemento propio –procesal–de la suspensión; configurándose así un límite adicional a los que tiene la detención preventiva en el régimen general donde, atendiendo al alcance de esta intervención, no tendría razón de ser.

Sucintamente, en esta situación normativa distinta para el derecho del art. 17.2 CE, cuando cabe la posibilidad excepcional de que una persona permanezca en situación de detención por más de setenta y dos horas bajo la custodia policial, se reconoce como forma de garantía y límite a la detención, la exigencia de que la decisión sobre esa prórroga provenga de una autoridad judicial¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁷ Como se ha dicho, la intervención judicial para autorizar la prolongación de la detención –condicionante ex art. 55.2 CE–, no se corresponde a la puesta a disposición judicial –garantía jurisdiccional del 17.2 CE–, pues la misma no satisfaría las dos formalidades que caracterizan el ejercicio de la segunda. Con todo, no deja de ser una intervención mucho más garantista que la prevista por el legislador para la privación de libertad prejudicial en el contexto de una suspensión general de derechos.

¹⁷⁴⁸ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987, FJ 8, se trata solamente de una intervención judicial que valida la prolongación de la detención gubernativa, pues el detenido permanece a disposición de la policía a efectos de que pueda continuarse con las indagaciones.

iii) Adecuada Previsión Legal

Para el caso de la suspensión de derechos ex art. 55.2 CE, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión general, el constituyente reconoció a las Cortes Generales la potestad de elaborar una ley orgánica dónde se determine la forma y casos en los que –respetando otras exigencias constitucionales—pueden suspenderse tres derechos –arts. 17.2, 18.2 y 3 CE—; por ello el TC se ha referido al carácter potestativo y no preceptivo de la ley orgánica que desarrolle este instituto¹⁷⁴⁹.

Esta potestad del legislador ha sido utilizada en 3 ocasiones, las dos primeras con una ley específica –Leyes Orgánicas 11/1980¹⁷⁵⁰ y 9/1984¹⁷⁵¹—y luego de forma general a través de

¹⁷⁴⁹ Consideración sentada desde la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5; recordada en la STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3.

¹⁷⁵⁰ Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55,2, de la Constitución, BOE Núm. 289, de 2 de diciembre de 1980. «Artículo tercero. Uno. Los detenidos, por hallarse implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo primero, serán puestos a disposición del Juez competente, para instruir el correspondiente procedimiento, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término previsto en el artículo cuatrocientos noventa y seis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denegará o autorizará la prolongación propuesta.

Dos. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste, pudiendo el primero, en su caso, revocar la autorización de prolongación de la detención. La previsión anterior se entiende sin perjuicio de las actuaciones judiciales pertinentes en caso de utilización injustificada o abusiva de las facultades gubernativas contenidas en la presente Ley, y de las competencias que en defensa de la legalidad corresponden al Ministerio Fiscal.

Tres. La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completen las diligencias o la instrucción sumarial sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo que establezca la Ley en desarrollo del artículo diecisiete, tres, de la Constitución.». Esta Ley dio origen a la STC 25/1981, de 14 de julio, al resolver el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco, sin que se hiciera ningún pronunciamiento de fondo.

¹⁷⁵¹ Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, BOE Núm. 3 de 3 de enero de 1985. «Artículo decimotercero. Detención preventiva. Los detenidos, por hallarse comprendidos en esta Ley, serán puestos a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez, antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta.» La entrada en vigor de esta Ley motivo que los Recursos de Inconstitucionalidad 285 y 295/1985, respectivamente presentados por el Parlamento de Catalunya, que pedía la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, especialmente de los artículos 2.3, 13, 15, 16, 17.2 y 22.1; y por el Parlamento Vasco que pedía la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1, 5, 11, 13, 15, 16, 17, 19.3, 20, 21 y 22. 1. Y, a diferencia de lo que ocurriera con el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la ley predecesora, en esta ocasión el Tribunal Constitucional sí conoció del fondo de la cuestión. *Vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, sobre el detalle de cada recurso sugerimos los Antecedentes 1 y 6.

la Ley Orgánica 4/1984 de reforma a la LECrim¹⁷⁵², de tal suerte que los preceptos de desarrollo del art. 55.2 CE actualmente se encuentran recogidos en la legislación procesal penal. Hay que mencionar que en las dos anteriores leyes de desarrollo del art. 55.2 CE se gestaron importantes modificaciones al régimen general de la detención preventiva¹⁷⁵³

Actualmente en cuanto a la detención preventiva –art. 17.2 CE— el desarrollo del art. 55.2 CE se encuentra en el art. 520 *bis* LECrim¹⁷⁵⁴.

«1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, *podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas*, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido

¹⁷⁵² Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE Núm. 126, de 26 de mayo de 1988, por la cual se introdujeron los arts. 384 bis, 504 bis, 520 bis, 553 y modificó el art. 579 –modificado en 2015—.

¹⁷⁵³ Nos referimos al régimen de Incomunicación que abordamos *infra* epígrafe C) Otras restricciones de configuración legal en el contexto de la detención preventiva con motivo del desarrollo legislativo del art. 55.2 CE: La incomunicación.

¹⁷⁵⁴ Por cuanto hace a las conductas delictivas se remite al art. 384 *bis* LECrim que refiere a: «[...] delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, [...]».

o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.» [énfasis añadido]

Aunque recientemente la legislación adjetiva penal fue objeto de una importante reforma que trasciende a la materia objeto de nuestro estudio, misma que hemos referido a lo largo de este trabajo; hay que destacar que lo pertinente al desarrollo del art. 55.2 CE en cuanto al derecho a la libertad personal permaneció intocado. Pues bien, corresponde analizar la legislación que desarrolla el art. 55.2 CE en cuanto incide en la institución de la detención preventiva.

Como desarrollo de la habilitación constitucional ex art. 55.2 CE y cumpliendo con la exigencia de previa intervención judicial, el artículo 520 *bis* 1 LECrim suspende el límite temporal máximo de setenta y dos horas y permite que la detención se prolongue el tiempo necesario a los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada la prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes.

Con tal previsión, el legislador orgánico hace posible que puedan armonizarse la suspensión del derecho y la intervención judicial pues por un lado habilita a la autoridad policial para solicitar de la judicial, dentro de un plazo máximo de 48 horas a partir de la detención, la autorización de la prórroga de la detención a efectos de que el detenido permanezca bajo su custodia por un plazo de hasta cuarenta y ocho horas más allá del límite máximo constitucional. Y por otro lado, establece un plazo máximo de 24 horas contadas a partir de la solicitud de prórroga, para que la autoridad judicial autorice o niegue la prórroga solicitada. Con este juego de plazos no hay forma de que el detenido permanezca preventivamente privado de su libertad, sin autorización judicial, más allá de las 72 horas máximas constitucionalmente permitidas¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁵⁵ Recordamos que en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 13 de la LO 9/1984, en cuanto permitía que la prórroga de la detención fuera de hasta siete días, haciendo posible que una persona estuviera detenida preventivamente hasta por 10 días. El TC señaló, que aun y cuando el legislador orgánico tiene un margen de discreción para establecer la duración de la prórroga de la detención, no puede ampliar a su arbitrio la duración de esa situación excepcional, pues en todo momento debe tener como puntos de referencia los artículos 5.3 CEDH y 9.3 del PIDCP ratificados por España; conforme a los cuales, la conducción del detenido ante la autoridad judicial debe ser «en el plazo más breve posible»; y también el imperativo del art. 17.2 CE: que la detención no puede durar más del tiempo

La anterior representa el pleno desarrollo del contenido del artículo 55.2 CE en relación con el artículo 17.2 CE, pues se adecua a la consideración del TC en cuanto a que «la suspensión singular del derecho de libertad sólo puede entenderse referida aquí al límite máximo de la detención gubernativa, [...] con 'la necesaria intervención judicial'»¹⁷⁵⁶. Vemos pues, que el apartado primero de la previsión legal de la suspensión se circunscribe exclusivamente a esa prolongación del tiempo de la detención gubernativa, sin alterar su significado procesal.

Proporcionalidad

Conforme a la actual previsión legal, una persona detenida al amparo del art. 520 bis.1 LECrim, puede permanecer privada de su libertad en custodia policial por un periodo de hasta 120 horas –cinco días—, siempre y cuando la prórroga de su detención se solicite antes de transcurrir cuarenta y ocho horas contadas a partir de la detención y se autorice judicialmente a más tardar veinticuatro horas después de solicitada, todo ello antes de que agote el plazo constitucional de setenta y dos horas.

Teniendo presente los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad¹⁷⁵⁷, aplicables en toda situación de restricción –limitación o suspensión—de derechos fundamentales, corresponde verificar si esta medida suspensiva los satisface.

Prorrogar por dos días el plazo máximo constitucional de setenta y dos horas puede reflejarse como idóneo y necesario, y además razonable, sobre todo si se tiene en cuenta «la especial naturaleza y gravedad de los delitos cometidos por las bandas armadas y elementos terroristas que otorgan mayor grado de complejidad a las averiguaciones que

estrictamente necesario para la realización de las correspondientes averiguaciones. Por tanto, el legislador tenía que ponderar, de un lado las exigencias derivadas de las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y, de otro lado, el criterio constitucional derivado del art. 17.2 CE y las obligaciones internacionales reconocidas y aplicables por el art. 10.2 CE. Aunado a ello, el TC consideró que una duración tan amplia como 10 días en detención preventiva, podía suponer «una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable».

¹⁷⁵⁶ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8, cuando analizó el anterior desarrollo legislativo del art. 55.2 CE.

¹⁷⁵⁷ Sucintamente: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por todas STC 14/2003, de 28 de enero de 2003, FJ 9.

se realicen a efectos de deslindar las responsabilidades, como al respeto de los derechos y garantías que asisten al detenido.»¹⁷⁵⁸

Sin embargo, aunque cinco días de detención preventiva pudieran parecer razonables, no pasa desapercibido que el TEDH ha considerado que cuatro días es un plazo razonable, aceptándolo como límite para la detención gubernativa sin control judicial en aquellos casos en los que el estado no haya procedido a efectuar la correspondiente derogación ex art. 15 CEDH, incluso frente al argumento de las especiales dificultades que pueden tener las autoridades en las investigaciones relacionadas con el terrorismo¹⁷⁵⁹. En efecto, el TEDH ha tenido en cuenta las dificultades que tales investigaciones comportan para las autoridades y siendo consciente de éstas reconoció que un plazo amplio de cuatro días es razonable, y lo hizo precisamente, en un caso relacionado con detenciones por investigaciones policiales de delitos de terrorismo y desde entonces, no ha habido un pronunciamiento donde analice si una detención conforme al art. 5.1(c) –leído en conjunto con el art. 5.3 CEDH— pueda resultar conforme con el criterio de «sin dilación» si excede dichos 4 días¹⁷⁶⁰.

Por otra parte, cuando existe una declaración de derogación por virtud del art. 15 CEDH, el TEDH ha considerado detenciones relacionadas con este tipo de delitos que han tenido

¹⁷⁵⁸ Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, op.cit., p. 304.

¹⁷⁵⁹ Vid. STEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 33, refiriéndose al plazo máximo aceptable para que se produzca el control judicial que implica la puesta a disposición judicial; recordando el criterio sostenido en el asunto *Brogan y otros*, en cuanto a que: periodos de detención de más de cuatro días sin que el detenido apareciera frente al juez –puesta a disposición judicial—fueron considerados en contravención con la garantía del art. 5.3 CEDH, incluso en el especial contexto de las investigaciones de terrorismo.

¹⁷⁶⁰ Como se ha dicho, criterio que comenzara con la STEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr. 62. Y sobre el cual ha insistido el TEDH, un periodo de detención, sin control judicial, de cuatro días y seis horas cae fuera de las restricciones estrictas en cuanto al tiempo permitido por el artículo 5.3 de la Convención; criterio que se retoma como plazo máximo de detención previo al control judicial automático, es decir, la puesta a disposición judicial. Vid. S TEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párr. 47; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 103-105; *Oral y Atabay v. Turquía*, 39686/02, Sentencia de 23 de junio de 2009, párr. 43; *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párr. 66.

En el mismo orden de ideas, cabe recordar que, a juicio del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, un plazo de 48 horas es suficiente, en condiciones normales, para trasladar a la persona a la autoridad judicial, señalando que todo plazo superior a dichas 48 horas «deberá obedecer a circunstancias excepcionales y estar justificado por ellas. Prolongar la reclusión en dependencias de las fuerzas del orden sin control judicial aumenta innecesariamente el riesgo de malos tratos». Vid. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9...*, op. cit., párr. 33.

una duración superior –p.e. 7 días— sin una pronta puesta a disposición judicial, que no fueron contrarias al instrumento porque el Estado donde han tenido lugar, con antelación había derogado – ex art. 15 CEDH— la obligación derivada del art. 5.3 CEDH¹⁷⁶¹.

A la luz de lo anterior, parece que existe un reconocimiento sobre la idoneidad y la necesidad de que en los casos de personas detenidas en relación con investigaciones por delitos de terrorismo pueda extenderse la duración de la detención, atendiendo a la naturaleza de los delitos investigados y las dificultades que puedan derivarse de la forma de actuación de las organizaciones terroristas; pero también parece que una prórroga que hace posible una detención preventiva con una duración total de hasta cinco días, sólo podría encontrar armonía con el estándar europeo respecto a las limitaciones permisibles al derecho la libertad –art. 5 CEDH— en cuanto se cuente con una debida intervención judicial¹⁷⁶² o, en su caso, en un contexto de derogación de derechos ex. Art. 15 CEDH¹⁷⁶³.

¹⁷⁶¹ Por citar algunas, SSTEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de julio de 1961; *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978; *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993.

¹⁷⁶² Debemos puntualizar que cuando nos referimos a una «debidamente intervención judicial», lo hacemos teniendo en mente la finalidad y las exigencias derivadas del art. 5.3 CEDH, esto es asegurar que la persona detenida es físicamente presentada ante una autoridad judicial; pues la garantía de un escrutinio judicial automático y expedito proporciona una importante medida de protección contra conductas arbitrarias, detenciones incomunicadas y malos tratos. Cfr. STEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 103, con cita en SSTEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párrs. 62-63; *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999, párr. 49; *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia de 29 de noviembre, párr. 58; *Dikme v. Turquía*, 20869/92, Sentencia de 11 de julio de 2000, párr. 66.

¹⁷⁶³ Aun así tenemos presente, como apuntan Harris y O'Boyle, que la jurisprudencia del TEDH demuestra que los Estados tienen un margen de acción en el contexto de la propia Convención, antes de contemplar la posibilidad de invocar el referido artículo en el contexto de un peligro público que amenace la vida de la nación; quizá ello explica porque los estados –salvo el Reino Unido— ante la aparente amenaza del terrorismo después del 11 de septiembre, no habían ejercido su derecho de derogación, ya que han encontrado suficiente flexibilidad en los estándares derivados de la Convención para adecuar cualquier provisión legal a efectos de combatir el terrorismo. En efecto, la Corte Europea, a través de su jurisprudencia, ha reconocido que los Estados cuentan con un *Margen Nacional de Apreciación*, en ese sentido ha puntualizado que corresponde a cada Estado contratante, dentro de su responsabilidad sobre «la vida de la nación», determinar si esa vida está siendo amenazada por un peligro público y, de ser así, hasta dónde es necesario llegar para superar dicha situación de peligro. Ello en razón de su contacto directo y continuo con las necesidades de ese momento, las autoridades nacionales son quienes, en principio, se encuentran mejor posicionadas que un juez internacional para decidir, tanto la presencia de tal peligro y la naturaleza y alcance de las derogaciones necesarias para evitarlo. Sin embargo, los Estados parte no gozan de una discreción ilimitada; corresponde a la Corte verificar si, *inter alia*, los Estados han ido más allá de lo «estrictamente necesario por las exigencias» de la crisis. El margen nacional de apreciación, por tanto, está acompañado de una supervisión europea. En el ejercicio de tal supervisión, la Corte debe dar un adecuado balance a aquellos factores relevantes como la naturaleza de los derechos afectados por la derogación, las circunstancias que lo provocaron y la duración de la situación de emergencia. Cfr. STEDH *A. y Otros v. Reino Unido*, 3455/05,

Por otro lado, en la jurisprudencia del TEDH en materia de derogaciones del art. 5 CEDH, también podemos apreciar la importancia de que se provean unas garantías adicionales que de alguna forma permitan paliar la restricción excepcional del derecho a la libertad, como sucede cuando se prolonga la detención preventiva, p.e. que el procedimiento de habeas corpus sea accesible, que existan órganos superiores de revisión de condiciones de detención, que los detenidos tengan acceso a y puedan consultar abogados, que haya contacto con terceros, que haya revisiones médicas, entre otras¹⁷⁶⁴.

Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 173, recordando los casos de *Irlanda v. Reino Unido*, párr. 207, *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, párr. 43, *Aksoy v. Turquía*, párr. 68.

Así bien, mucha de la legislación típica de emergencia está dirigida a extender los poderes del ejecutivo para arrestar y detener a personas sospechosas de estar implicadas en las actividades que constituyen esa amenaza, que puede ser constituida por el Terrorismo; personas que normalmente estarían protegidas a la luz de los arts. 5 y 6 CEDH; sin embargo, aun cuando la Corte está dispuesta a tomar en cuenta el contexto de terrorismo o seguridad nacional, coherente con el hecho de que el Estado no ha ejercido su derecho de derogación, no puede permitir que la esencia de las salvaguardas en cuestión se vean afectadas; así, aun reconociendo que las investigaciones de delitos de terrorismo indubitablemente presentan para las autoridades especiales problemas, ello no significa que las autoridades investigadoras tienen una carta en blanco bajo el art. 5 CEDH para arrestar a sospechosos para interrogatorios, libres de control efectivo a cargo de los tribunales nacionales. En este sentido los casos *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990; *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994; *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, y HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention...*, op. cit., pp. 825-827.

Ahora bien, nos parece que España, precisamente actuando bajo el Margen Nacional de Apreciación, regula la suspensión individual de derechos en los términos del art. 55.2 CE, tan es así que por ello consideró pertinente, al momento de ratificar el Convenio Europeo, verter una declaración interpretativa sobre las disposiciones del artículo 15 CEDH, entendiéndolo que éstas permitían la adopción de las medidas contempladas en los artículos 55 y 116 CE; declaración que no puede implicar que las medidas adoptadas en el contexto de suspensión constitucional de derechos puedan ir más allá de los parámetros que en dichas situaciones ha reconocido como válidas el TEDH. Vid. *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente*, BOE Núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

¹⁷⁶⁴ El asunto *Brannigan y McBride* brinda muchas luces a este respecto. El Tribunal Europeo tuvo en cuenta por un lado, la derogación hecha por el Estado en ejercicio del derecho derivado del art. 15 CEDH, las opiniones de expertos sobre la puesta en práctica de la legislación antiterrorista en el Reino Unido, así como las dificultades de la investigación y enjuiciamiento en estos casos, que dan lugar a la necesidad de prorrogar el periodo de detención sin que puedan ser objeto de control judicial, dificultades especiales que además habían sido reconocidas en el asunto *Brogan* y otros; y por otro lado, consideró que aun en una situación de derogación de derechos a la luz del art. 15 CEDH, existían garantías para los detenidos que proporcionaban una importante medida de protección contra conductas arbitrarias y la detención incomunicada; así verificó que conforme a la legislación especial, una persona detenida tenía derecho, si lo solicita, a que un amigo, familiar o cualquier otra persona fuera informada sobre el hecho y lugar de la detención y a consultar con su abogado de manera privada. Y, aunque si se consideraba necesario, cualquiera de éstos podía ser retrasado hasta por 48 horas en ciertas circunstancias especificadas en la legislación especial, la decisión de denegar el acceso a un abogado dentro de las primeras 48 horas estaba sujeta a revisión judicial. Conforme a la legislación especial, la potestad de retrasar el acceso a un abogado solo podía ser ejecutada si el oficial en cuestión tenía bases razonables para creer que el ejercicio de tal derecho podría tener una o más de una consecuencia específica de las establecidas en dicha legislación. El funcionario en cuestión tenía la carga de

En este sentido, la valoración de la proporcionalidad nos lleva a considerar otro factor fundamental de este régimen de detención: la intervención judicial previa para autorizar – o denegar—en una resolución motivada la prórroga de la detención –art. 520 *bis* 1 LECrim—.

Por un lado hay que decir, aunque ésta intervención no constituya la puesta a disposición judicial—art. 17.2 CE—y tampoco pueda satisfacer el criterio derivado del art. 5.3 CEDH¹⁷⁶⁵, es indudable que existe una intervención judicial célere, pues conforme a la previsión legal, un Juez Central de Instrucción es quien debe decidir de manera motivada antes de transcurrir 24 horas a partir de la petición y siempre dentro del plazo máximo constitucional de 72 horas, si es necesario prolongar la detención gubernativa tomando en cuenta, precisamente, que se trata del caso de una situación de suspensión de ciertos derechos en el contexto de investigación de terrorismo.

Además, conforme a la previsión normativa, la autorización judicial de la prórroga de la detención no necesariamente implica qué, de autorizarse, obligatoriamente tenga que ser de cuarenta y ocho horas o que tenga que agotarse el plazo concedido¹⁷⁶⁶. Así es, esta prescripción legal establece que la prolongación de la detención deberá ser por el tiempo necesario hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas. Es decir, la detención preventiva, únicamente en estos supuestos, puede prolongarse, como mucho, hasta dos días más; y en la práctica, cuando esta prórroga tiene lugar, no siempre se acuerda por el

probar, a satisfacción del Tribunal, que había tenido una base razonable para su creencia. Ante la ausencia de pruebas que establezcan tales motivos racionales, el Tribunal podía ordenar que se garantizara de manera inmediata el acceso a un abogado. Desde 1979, la práctica había sido que un detenido no era entrevistado hasta que había sido examinado por un oficial médico forense; posteriormente había acuerdos para que el detenido tuviera acceso a oficial médico incluyendo su propio doctor. Había una disposición para consultar con un oficial médico forense a una hora predeterminada cada día. Además, existían los recursos de habeas corpus y una acción civil, disponibles para las personas detenidas por esta legislación especial para reclamar daños por detención ilegal. *Cfr.* STEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párrs. 24, 58, 62-66.

¹⁷⁶⁵ En este sentido recordamos que el TEDH ha considerado que la introducción de un juez o una autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, en el proceso de extensión de periodos de detención, no podría *per se* satisfacer la exigencia del art. 5.3 CEDH. Esta disposición—así como el art. 5.4 CEDH—debe entenderse en el sentido de que exige la necesidad de seguir un procedimiento que tenga un carácter judicial, aunque dicho procedimiento no tenga que ser idéntico en cada uno de los casos donde se requiere la intervención judicial. Al respecto, *vid.* STEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 58.

¹⁷⁶⁶ Aún prorrogada la detención, ésta debe darse por terminada una vez que finalizan las averiguaciones o se deslinda la responsabilidad del detenido, debiendo ser puesto en libertad o a disposición judicial. *Vid.* REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 304.

plazo máximo de duración, en ocasiones la misma ha sido acordada solamente por el término de un día más¹⁷⁶⁷. Teniendo esto en cuenta, la medida puede tenerse por ponderada y equilibrada.

A este respecto, juega un importante papel la motivación que la policía presente al Juez para solicitar la ampliación de la detención y la consecuente ponderación y motivación del Juez al autorizarla, que debiera apreciarse en la resolución correspondiente. No obstante, nuestra reflexión parte de la disposición legal, cosa distinta será si en la práctica siempre que se solicite la prórroga, ésta es autorizada de forma sistemática por cuarenta y ocho horas más y, de ser así, creemos que sería deseable una actuación judicial más acuciosa para que en verdad constituya la garantía que tenía en mente el constituyente con la expresión «necesaria intervención judicial».

Además, también hay que tener en cuenta la actuación policial durante la detención, si la policía se constrañe a realizar diligencias simples como las de informar derechos al detenido, tomarle declaración o solamente la identificación, sin desplegar ninguna actividad investigativa especial; nos parece que un margen de duración de hasta cinco días en una situación de detención en supuestos del art. 520 *bis* LECrim puede rebasar los criterios de necesidad e idoneidad, así como implicar al afectado una situación de coacción –al menos psicológica– con miras a p.e. forzar a rinda una declaración –aun si se ha acogido a su derecho a no hacerla—. Ello al margen de que, eventualmente, pueda ser víctima de algún trato contrario a su dignidad. Lo cual implicaría, independientemente de la responsabilidad que tales conductas pudieran generar a quienes lo tienen bajo su custodia, que las pruebas obtenidas en tales circunstancias carecieran de valor probatorio deviniendo en inútiles y, por tanto, el presunto fin de «una completa investigación de los hechos» quedaría desvirtuado¹⁷⁶⁸. En este sentido es importante recordar, como el TC lo

¹⁷⁶⁷ Cfr. STC 7/2004, de 9 de febrero, Antecedentes. En el caso fueron varios los recurrentes sometidos a incomunicación durante la detención preventiva y, para uno de ellos, la prórroga de su detención fue autorizada por el plazo máximo de 24 horas; a diferencia del resto de recurrentes, para los cuales habría sido concedida la autorización de la prórroga de la detención hasta un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

¹⁷⁶⁸ Al respecto, recordamos el recurso de amparo 5316/1997, en dónde los recurrentes alegaron, entre otras cosas, haber sido víctimas de torturas y malos tratos durante el periodo de detención prolongada, además en situación de incomunicación en dependencias policiales –a la luz del 520 *bis* LECrim—. Como existió evidencia suficiente para considerar la verosimilitud de dichos tratos, la Audiencia Nacional, al momento de dictar sentencia, expulsó del acervo probatorio las declaraciones prestadas ante la policía, por hallarse viciadas. No obstante, consideró aquellas declaraciones judiciales rendidas inmediatamente después del

ha dicho «un acto instructorio que limita derechos fundamentales, no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal»¹⁷⁶⁹

Finalmente también hay que señalar, de los casos españoles que han llegado al Tribunal de Estrasburgo por la alegación de torturas y malos tratos –art 3 CEDH– ocurridos en el contexto de detenciones preventivas prorrogadas –y además incomunicadas– por aplicación del art. 520 *bis* 1 y 2 LECrim, puede apreciarse que no en todos ellos, la duración de la detención preventiva alcanzó los cinco días y que en ninguno se ha hecho mención al carácter prolongado de esta detención y su eventual falta de ajuste a los parámetros del CEDH¹⁷⁷⁰.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que la prolongación de la detención preventiva tal y como está regulada -art. 520 *bis* 1 LECrim– puede ser idónea. Sin

levantamiento de la incomunicación, pues éstas fueron prestadas de manera voluntaria, contaron con todas las garantías procesales, no existió ningún tipo de coacción o amenaza, les fueron leídos todos sus derechos, conocían a la autoridad ante la que declaraban y fueron asistido por el letrado de su confianza. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, no podía afirmarse que quedara materialmente garantizada la libertad de actuación de quienes durante cinco días fueron sometidos a torturas y malos tratos, en régimen de incomunicación, sin haber podido entrevistarse con ninguna persona de su confianza, ni tampoco con el abogado que les asistía; pues fueron llevados a presencia judicial para declarar sobre los mismo hechos acerca de los que habían sido interrogados policialmente bajo tortura. Por tanto, consideró que «el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que virtualmente puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva». *Cfr.* STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8.

¹⁷⁶⁹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6 b).

¹⁷⁷⁰ *Vid.* SSTEDH *Beortegui Martinez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párrs. 6 y 14, detenido durante la madrugada del 17-18 de enero y presentado ante el Juez Central de Instrucción No. 3 el 21 de enero 2011; *Arratibel Garcandía v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015, párrs. 6 y 16, detenido el 18 de enero, compareció ante el Juez Central de Instrucción No. 3 el 22 de enero de 2011; *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párrs. 6 y 15, detenido el 10 de noviembre, compareció ante el Juez Central de Instrucción No. 3, el 14 de noviembre de 2008; *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párrs. 7 y 18, detenida el 1 de marzo y presentada ante el Juez Central de Instrucción No. 3 el 5 de marzo de 2011; *Otamendi Eiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012, párrs. 8 y 10, detenido el 20 de febrero y presentado ante el Juez Central de Instrucción No. 6 el 25 de febrero de 2003; *Beristain Ukar v. España*, 40351/05, Sentencia de 08 de marzo de 2011, párrs. 6 y 8, detenido el 5 de septiembre y llevado ante el Juez Central de Instrucción No 5, el 10 de septiembre de 2002; *San Argimiro Isasa v. España*, 2507/07, Sentencia de 28 de septiembre de 2010, párrs. 6 y 9, detenido el 14 de mayo y conducido ante el Juez Central de Instrucción No. 1, el 19 de mayo de 2002. El TEDH ha tenido en cuenta, aunque indirectamente, todo el contexto de la detención prolongada e incomunicada, adoptada con base en el art. 520 *bis* 1 y 2 LECrim, como escenario propicio para la comisión de abusos policiales, al menos ello se desprende cuando suscribe las recomendaciones hechas por el CPT y el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa a España para eliminar la práctica de la incomunicación que tiene lugar, la mayoría de las veces, durante la detención prorrogada. P.e. en el caso Etxebarria Caballero, párr. 48.

embargo, en cuanto al criterio de necesidad, teniendo en cuenta las previsiones del Convenio cuando no existe una derogación ex art 15, las medidas y desarrollos tecnológicos actuales para llevar a cabo las investigaciones policiales para el descubrimiento de indicios racionales de criminalidad¹⁷⁷¹, la necesaria existencia de indicios racionales que justifiquen la medida y, sobre todo, considerando la vulnerabilidad que corre el ejercicio de ciertos derechos del detenido si éste permanece hasta cinco días a disposición policial, p.e. derecho a no declarar o el derecho a la integridad, creemos que sólo sería válida si la intervención judicial autorizativa es real y efectiva y no se limita a un mero trámite burocrático. En caso contrario, puede ser excesiva y quizá sería conveniente moderarla mediante una disminución del plazo legal de la prórroga.

A) Flexibilización del requisito de temporalidad e incremento de la exigencia de motivación para la policía, al solicitar la prórroga de la detención y para la autoridad judicial, al autorizarla.

Conforme a los arts. 17.2 y 55.2 CE y la interpretación del TC, la prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, sin una previa y expresa autorización judicial, sólo mediante ésta puede conseguirse que, para efectos de las indagaciones, el detenido continúe a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Como desarrollo de esa habilitación constitucional y cumpliendo con la exigencia de previa intervención judicial, el artículo 520 bis 1 LECrim suspende el límite temporal máximo y permite que la detención se prolongue «el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada la prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes.», lo cual habrá de hacerse en resolución motivada.

¹⁷⁷¹ Las prácticas de ADN, la identificación lofoscópica o las de analítica –entre otras– son ejemplos de los medios investigadores que, a día de hoy, no requieren de un plazo de 5 días como el proclamado por el artículo 520 bis 1 –o el art. 509.2–. En ese sentido *vid.* ORBEGOZO ORONÓZ, Izaskun; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel y PEGO OTERO, Laura. *La Suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada*, Ararteko Defensoría del Pueblo, Colección Derechos Humanos «San Martín», País Vasco, 2010, pp. 36, 58, 84. Además, sobre los medios de investigación, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior cuando analizamos las incidencias –y eventualmente vulneraciones– que la detención preventiva puede provocar en el derecho a la integridad y el derecho a la intimidad.

La flexibilización sobre la estricta temporalidad lo constituye la posibilidad de que la custodia policial se extienda dos días más, ello sin perder de vista que el plazo que hemos identificado como relativo –estrictamente necesario—siempre se superpone al máximo.

En cuanto a la exigencia de motivación, habíamos dicho que hay un incremento en la motivación como límite a la detención preventiva, porque además de existir la obligación por parte de la policía, de motivar ante el detenido las razones de la detención –que apareja del derecho a ser informado de las razones de la detención, art. 17.3 CE—; existe también el deber de motivar ante el Juez las razones que hacen necesario mantener al detenido bajo su custodia por un tiempo superior, para que éste a su vez, pueda ponderar y en su caso motivar la autorización o denegación de dicha prórroga.

Sin embargo es de notar que, si bien la LECrim establece que la solicitud para extender la detención debe ser motivada, no vincula «la motivación de la solicitud a la existencia de unas circunstancias excepcionales que impidan el pleno desarrollo de las investigaciones» y aunque establece un plazo temporal para formular la solicitud, tampoco señala cuál es el órgano gubernativo que debe solicitar dicha prórroga¹⁷⁷².

Consideramos que el hecho de que sea la policía quien detenta la custodia del detenido y ostenta la titularidad de la detención preventiva y como tal, es la encargada de realizar las actuaciones de averiguación e indagación para el esclarecimiento de los hechos, en este caso relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas –arts. 17.2, 126 y 55.2 CE—, permite deducir que sea ésta autoridad quien dirija la petición a la instancia judicial¹⁷⁷³. Sin embargo, atendiendo a la excepcionalidad de la medida restrictiva y a la exigencia de certeza y seguridad jurídicas, poco lugar hay para las deducciones; por ello, sería no sólo deseable sino conveniente, que el precepto legal estableciera con claridad cuál es la autoridad gubernativa habilitada para solicitar la autorización para

¹⁷⁷² Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, op. cit, pp. 306-307, con cita en pp.197-99 de la misma obra. El autor recuerda que esta medida forma parte del desarrollo de la suspensión prevista en el art. 55.2 CE, institución cuya aplicación excepcional «se proyecta en la determinación de los órganos competentes tanto para adoptar las medidas, como para solicitar su aplicación, ya que siendo un mecanismo suspensivo de aplicación excepcional, no cualquier órgano que interviene en la investigación puede ser competente para hacer uso de tales medidas suspensivas.»

¹⁷⁷³ Y en la jurisprudencia del TC y TS podemos ver que se reconoce que, conforme al art. 520 bis LECrim, se permite que la detención se extienda hasta por cinco días, a condición de que «la autoridad policial solicite la prórroga de la detención, [...]». Vid. STS 671/2013, de 12 de febrero, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10991/2012, FD quinto.

prorrogar la detención preventiva, así como se hizo recientemente a través de la Ley Orgánica 13/2015 que reformo varios artículos de la LECrim, entre ellos, el art. 527 dónde actualmente se alude a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal como autoridades habilitadas para solicitar la restricción de alguno de los derechos del detenido¹⁷⁷⁴.

B) Modificación del control judicial

Habiendo señalado que la intervención judicial es un condicionamiento constitucional de garantía y además procesal para la suspensión del art. 17.2 CE, hay que aludir a la intervención judicial como garantía no sólo del derecho a la libertad, sino de la situación del detenido y del respeto a sus derechos.

En relación con las investigaciones correspondientes a la actuación bandas armadas o elementos terroristas, el legislador orgánico consideró idóneo, reconocer a los Juzgados Centrales de Instrucción como la única autoridad judicial competente para el conocimiento de estas privaciones de libertad¹⁷⁷⁵.

En su momento, ello provocó que se cuestionara la incidencia que tal concentración de competencia puede tener en el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados por las detenciones con aplicación de la suspensión prevista en el art. 55.2 CE. En efecto, para algunos la «[...] ausencia de mediación judicial supone un serio inconveniente a la efectividad de la tutela y dificulta extraordinariamente el ejercicio del derecho de habeas corpus»¹⁷⁷⁶

Ante ello, el TC analizó si la centralización de la competencia judicial impide o dificulta la tutela judicial de la libertad –art. 24.1 CE— y el control judicial de la detención, reconociendo que el legislador tiene la obligación de lograr en lo posible la efectividad de la tutela judicial, lo cual no impide que dentro del abanico de opciones pueda prever,

¹⁷⁷⁴ «Artículo 527.2 [...] Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal [...], limitándose a los derechos señalados en el apartado primero de dicho precepto.

¹⁷⁷⁵ Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «Disposición transitoria. Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores. La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial.»

¹⁷⁷⁶ Como considerara el Parlamento Vasco conforme a los alegados motivos sobre la inconstitucionalidad de la LO 9/1984, *vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, ANT. 9.3).

teniendo en cuenta otros valores constitucionales «una centralización del órgano judicial que conoce de la instrucción, y en concreto de la detención, siempre claro está que al establecer esta regulación no se impida gravemente la efectividad de la tutela judicial.»¹⁷⁷⁷

Así que, aunque la asignación a los Juzgados Centrales de Instrucción del conocimiento de la detención en estos casos pueda suponer alguna dificultad para el justiciable, ésta no es de una entidad tal que suponga un obstáculo para el control judicial de las mismas, pero indudablemente imponen «una mayor diligencia del órgano judicial para asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad que le corresponde»¹⁷⁷⁸.

Pues bien, creemos que hay que diferenciar entre las distintas intervenciones que el órgano judicial debe y puede tener en los casos de una detención donde se adopte una prórroga:

1. Intervención judicial para autorizar la prórroga de la detención, preceptiva ex art. 55.2 CE y 520 *bis* 1 LECrim.
2. Intervención judicial potestativa, del juez que autoriza la prórroga para controlar la detención, art 520 *bis* 3 LECrim.
3. Puesta a disposición judicial, art. 17.2 CE –límite de la detención y garantía jurisdiccional del derecho del art. 17.2 CE, conforme al art. 5.3 CEDH—.
4. Intervención judicial para conocer del procedimiento de habeas corpus, art. 17.4 CE, 2 LOHC –conforme al art. 5.4 CEDH—

- 1) Intervención judicial para autorizar la prórroga de la detención, preceptiva ex art. 55.2 CE y 520 *bis* LECrim

«1. [...], podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las

¹⁷⁷⁷ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6, señalando que «el mayor grado de efectividad de la tutela judicial no es el único criterio que pueda tener en cuenta el legislador al decidir, dentro de los constitucionalmente posibles, el órgano judicial competente para conocer de las detenciones que tengan lugar en relación con este tipo de delitos de terrorismo y pertenencia a bandas armadas.»

¹⁷⁷⁸ Vid. *Ídem.*, FJ 6.

veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.»

Tratándose de privaciones de libertad, la intervención judicial es por antonomasia una garantía para el derecho y en este supuesto de suspensión, es un condicionamiento constitucional de garantía y además procesal: la autorización del juez para que la policía pueda tener a su disposición y custodia hasta por dos días más –haciendo un total de 120 horas— a una persona a los efectos del esclarecimiento de los hechos taxativamente señalados en el art. 55.2 CE.

Como cuestión procesal. Aunque pueda parecer criticable el hecho de que la decisión judicial de prolongar la detención preventiva solo se base en la información suministrada por la policía actuante y que ello pueda llevar a poner en duda la efectividad en la tutela judicial porque no hay una intermediación entre el detenido y el juez¹⁷⁷⁹. A nuestro parecer, siguiendo la consideración del TC en cuanto a que ésta no es una puesta a disposición judicial y que ésta última no desaparece a menos que antes ocurra la puesta en libertad, creemos que no se prevé la presencia del detenido ante el juez como condición para autorizar la prórroga de la detención porque éste, lo que tiene que hacer es valorar la motivación, entendemos basada en datos objetivos, que debería proporcionarle la policía sobre la necesidad de contar con más tiempo para realizar su función investigadora, ese tiempo que se supone le facilitará la realización de las distintas diligencias para esclarecer los indicios que originaron la privación de libertad y que finalmente, le permitirán dejar al detenido en libertad o a disposición judicial, actuando siempre con apego al criterio de inmediatez que se deriva del plazo relativo, aplicable a toda privación de libertad. Además,

¹⁷⁷⁹ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, ANT. 9.4) alegaciones del Parlamento Vasco sobre la inconstitucionalidad del art. 13 de la LO 9/1984. Por otro lado, como se desprende de los Informes del CPT dirigidos a España, al Comité le preocupa que, en la práctica, las personas cuya detención es prorrogada más allá de las 72 horas no son vistas por el Juez antes de adoptar la decisión sobre la prórroga de la detención. La decisión judicial para extender la detención (invariablemente comunicada) hasta por cinco días es acordada por un Juez siguiendo un procedimiento escrito. Al respecto el CPT ha recomendado que las personas a quienes se les aplique lo previsto en el art. 520 bis LECrim, sean presentadas sistemáticamente ante la autoridad judicial competente antes de que se adopte la decisión sobre la prórroga de la detención más allá de las 72 horas, y de ser necesario, la legislación correspondiente debería enmendarse. Vid. *Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la prevención de la tortura...*, op. cit., 25 de marzo de 2011, párrs. 48-49; y el *Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la prevención de la tortura...*, op. cit., 30 de abril de 2013, párr. 20, retomados en las SSTEDH *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párr. 30 y *Beortegui Martinez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párr. 46.

la ausencia de intermediación en esta intervención judicial podría compensarse con el control judicial que se prevé que tenga lugar durante el *iter* de la detención, control que sí impone una intermediación –art. 520 *bis* 3 LECrim—, siempre y cuando fuera efectivo¹⁷⁸⁰.

También hay que destacar el hecho de que en el precepto legal no se circunscriben los motivos excepcionales que impiden el desarrollo pleno de la actividad investigadora, en los cuales esa previa resolución judicial pueda fundamentar la aplicación de la prórroga a la detención, y esta circunstancia podría llevar a entender «como que permite el dictado de alguna autorización de prórroga de la detención basada en cualquier razón o circunstancia, siempre que ello se efectúe de forma motivada»¹⁷⁸¹. En ese sentido, es fundamental que el precepto se interprete «de forma integradora, es decir, de forma tal que la autorización judicial, y su motivación, giren necesariamente respecto de la existencia, y suficiencia, de las circunstancias excepcionales alegadas.»¹⁷⁸²

¹⁷⁸⁰ Utilizamos el condicionante «siempre y cuando» porque conforme a la información recabada por el CPT durante su visita a España en 2007, «[...] durante los debates con la Audiencia Nacional, la delegación fue informada de que esta jurisdicción no se prevalía en la práctica, de la posibilidad que le brindaba el artículo 520 *bis* § 3 de proceder a una vigilancia directa o por persona interpuesta. A este respecto, la función del médico forense, que procede a visitar al detenido una vez al día, incluso más, se considera suficiente. Por su parte, el CPT estima que las visitas de un médico forense no sustituyen una vigilancia jurisdiccional apropiada.», por ello una de las recomendaciones formuladas al Estado español fue que «El Consejo General del Poder Judicial ha de incitar a los Jueces a adoptar una postura más proactiva en cuanto a los poderes de vigilancia de los que disponen en virtud del apartado 3 del artículo 520 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» *vid. Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la prevención de la tortura...*, *op. cit.*, 25 de marzo de 2011, párrs. 48 y 49. Documento que el TEDH ha tenido muy en cuenta al resolver los últimos casos de España por vulneración al art. 3 CEDH –en su vertiente procesal–, manifestando además que suscribe las recomendaciones del CPT, ratificadas por el Comisario para los Derechos Humanos del COE –transcritas en los casos *Etxebarria Caballero*, párr. 32 y *Ataun Rojo*, párr. 27—. Más aún, en el caso *Beortegui*, el TEDH señala el rol «más proactivo en lo que atañe a las facultades de control de las que disponen» los jueces competentes en materia de detenciones preventivas comunicadas que, podemos agregar, también son los habilitados para autorizar una prórroga de detención, esto es, los Jueces Centrales de Instrucción, conforme al art. 520 *bis* 1 y 2 LECrim. *Vid. SSTEDH Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párrs. 30 y 48; *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014; párr. 25 y 38; *Arratibel Garcandia v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015, párr. 40; *Beortegui Martinez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párr. 46; *Informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks*, tras su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013, Doc. CommDH (2013)18, de 9 de octubre de 2013, párrs. 100-107, citados por el TEDH y párr. 146, como recomendación puntual sobre la necesidad de adoptar las recomendaciones dirigidas por el CPT y sobre la posibilidad de abolir la práctica de la detención en régimen de incomunicación.

¹⁷⁸¹ *Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 307. Para el autor, ello podría originar, en principio, una «causa de inconstitucionalidad al posibilitar la prórroga de la detención gubernativa por el sólo hecho de que una persona se encuentre detenida como partícipe en la comisión de delitos cometidos por bandas armadas, terroristas o rebeldes y que la autorización para efectuarla sea judicialmente motivada, [...]»

¹⁷⁸² *Vid. Ídem.*, p. 307.

Por otro lado, como auténtica garantía del derecho a la libertad, creemos que la intervención judicial para autorizar la prórroga de la detención puede resultar ilusoria. En efecto, el TC ha señalado que «la intervención judicial en la adopción o en la confirmación de una privación cautelar de libertad constituye una garantía inherente, y como tal ineludible, al derecho de libertad personal que enuncia el art. 17 de la Constitución. [...] Toda persona detenida o presa ostenta, en protección de su libertad, el derecho a que esa intervención judicial se produzca (art. 17.2 y 4 CE) [...]»¹⁷⁸³.

Pues bien, cuando se reconoce que toda persona privada de libertad, en protección de esa libertad tiene el derecho a que se produzca una intervención judicial, se alude a: 1) la intervención judicial del art. 17.2 CE, o sea la puesta a disposición judicial; 2) la intervención judicial del art. 17.4 CE, o sea al habeas corpus –inmediata puesta a disposición judicial— y 3) a la prisión provisional, decidida por un juez –art. 17.4 CE—.

No hay que perder de vista que la detención preventiva es una excepción a que la pérdida transitoria del derecho a la libertad sea ordenada judicialmente¹⁷⁸⁴—art. 17.2 CE— y en ese sentido, la intervención judicial que refiere el art. 520 *bis* 1 LECrim parece que sólo es para autorizar que tal excepción se amplíe hasta por cuarenta y ocho horas más¹⁷⁸⁵. Consideramos que el juez debería valorar también si el caso está dentro de los supuestos previstos por el art. 55.2 CE, si hay motivos para que la persona esté detenida y si existen circunstancias excepcionales que justifiquen la prórroga. Esta intervención judicial será útil si no se limita a satisfacer el carácter autorizativo establecido en la Constitución de que «más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el

¹⁷⁸³ Vid. STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 13.

¹⁷⁸⁴ Vid. *Idem.*, FJ 13.

¹⁷⁸⁵ Al respecto, tenemos en cuenta los requisitos que conforme a la jurisprudencia del TEDH, debería de satisfacer un adecuado control judicial en materia de privaciones de libertad. Cuando el TEDH se refiere a la celeridad del control judicial, toma muy en cuenta el lapso que transcurre desde la privación de libertad hasta que el detenido es presentado ante un Juez, de manera automática –art. 5.3 CEDH—o a petición de parte –art. 5.4 CEDH—, sumado a otros requisitos como son la atribución para ordenar la libertad tras escuchar personalmente al detenido y para revisar la legalidad y justificación de la detención. Vid. SSTEDH *Schiesser v. Suiza*, 7710/76, Sentencia de 4 de diciembre de 1979, párrf. 31; *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 103; *Harkmann v. Estonia*, 2192/03, Sentencia de 11 de julio de 2006, párr. 38; *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 03 de octubre de 2006, párrs. 30, 32-40; *Moulin v. Francia*, 37104/06, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrs. 46; *Medvedyev y otros v. Francia* [GC], 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010, párrs. 117-126. A mayor abundamiento sobre el control judicial nos remitimos al apartado C.6. d. del capítulo I y al apartado B.5.e.ii) y g. ii) del capítulo II

mantenimiento o no de la limitación de la libertad»¹⁷⁸⁶, sino que, además, implique una fiscalización judicial efectiva de la privación de la libertad¹⁷⁸⁷. Otra cosa es que en determinados casos el juez no cumpla con este cometido y se limite a otorgar la prórroga de manera sistemática.

2) Intervención judicial potestativa, del juez que autoriza la prórroga para controlar la detención, art 520 *bis* 3 LECrim

Durante la vigencia de detenciones preventivas prorrogadas con base en la ley que desarrolla el art. 55.2 CE, la protección de derechos fundamentales del detenido subsiste, por ello si existieran indicios o sospechas razonables de la comisión de algún abuso en la actuación policial o algún hecho delictivo en cualquier momento de la detención –aprehensión o custodia— el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido podría y debería intervenir para conocer y perseguir cualquier

¹⁷⁸⁶ Vid. STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 13.

¹⁷⁸⁷ En este sentido sugerimos el criterio del Tribunal Supremo en cuanto al control judicial derivado del art. 5.3 CEDH y la doctrina del TEDH. El TS reconoce que el art. 5.3 CEDH busca garantizar que el detenido sea conducido cuanto antes a la autoridad judicial y que dicho control judicial «garantiza una protección sustancial frente a conductas arbitrarias, incomunicaciones y malos tratos,». Después, reconoce «Es verdad que la STEDH de 23-11-2010 –caso Moulin contra Francia—condenó a Francia por no haber presentado al detenido ante la autoridad judicial (entendiendo que no bastaba con su presentación ante el Procurador de la República a los cuatro días) hasta ‘cinco días después’ de la detención [...] entendiéndose, por tanto que el periodo de detención sin haberse producido la presentación [...] había sobrepasado los plazos considerados razonables. Por su parte, la referencia al plazo de ‘los cuatro días y seis horas’, [...] no tiene otro significado que el que le da la STEDH del asunto Brogan, y que es citada por la comentada del mismo Tribunal de 23-11-2010, como un supuesto particular de falta de control judicial del periodo de detención [...], que no puede ser extendido ni generalizado cuando existe una legislación específica nacional, como la nuestra, no transgredida». Y así, el TS considera pertinente resaltar dos cosas: por un lado, que «la detención en nuestro supuesto no supera los cinco días» y, por otro lado, su convicción de que «lo que el precepto sanciona no es la extensión temporal de la detención hasta la presentación judicial, sino ‘la falta de control de la autoridad judicial de esa detención’, lo que es completamente distinto.». En ese orden de ideas destaca el TS que, si bien es cierto que el art 520 *bis* 1 LECrim permite que la detención se extienda por cinco días; también es cierto que para que esto pueda ser posible, «exige que la autoridad policial solicite la prórroga de la detención, por dos días más, mediante comunicación motivada en el plazo de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención y que sea autorizada por el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes.»; resultando que hay un control judicial antes de que se cumplan las setenta y dos horas a partir de la detención. Vid. STS 671/2013, de 12 de febrero, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10991/2012, FD quinto. A nuestro parecer, la interpretación del TS refleja poca receptividad a las interpretaciones del TEDH con respecto al art. 5.3 CEDH; por un lado, en relación con las implicaciones del término «sin dilación» para que tenga lugar la primera revisión judicial –control judicial—automática –puesta a disposición—, lo cual debería de suceder en un plazo máximo de cuatro días, como el propio Tribunal de Estrasburgo ha señalado recordando al asunto Brogan. Por otro lado, con respecto a las exigencias que debe satisfacer la intervención judicial para ser considerada un auténtico control judicial de la detención. Cuestiones que pueden apreciarse en los dos casos citados por el TS, y complementarse con las SSTEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 3 de octubre de 2006, párrs. 30-35, 47; *Medvedyev y otros v. Francia* [GS], 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010, párrs. 117-126.

extralimitación cometida durante la detención preventiva¹⁷⁸⁸, piénsese p.e. en el caso de denuncias de malos tratos hacia el detenido.

Para fortalecer lo anterior, también debería de jugar un papel importante el Ministerio Fiscal, a quien «le corresponde defender la legalidad de la detención y del tratamiento del detenido»¹⁷⁸⁹

En ese sentido acudimos a la intervención judicial que se prevé en el art. 520 *bis* 3 LECrim

«3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.»

Creemos que este precepto podría vincularse a la garantía frente a los abusos del art. 55.2 CE¹⁷⁹⁰, sigue la línea del art. 520 *bis* 1 LECrim—circunscrito a la prolongación del tiempo de la detención gubernativa— en el sentido de que tampoco altera el significado procesal de la detención; la diferencia radica en que éste tiene por finalidad establecer un control judicial de la privación de libertad gubernativa prorrogada. Así, aparece como un límite excepcional a una detención extendida, igualmente excepcional.

Sin embargo, a nuestro parecer, la redacción del artículo puede provocar un efecto desafortunado al reconocer al Juez una potestad que, creemos, debiera ser una obligación «requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción» la situación del detenido. Ciertamente esto puede subsanarse si pese a la expresión «podrá», se interpreta en el sentido de que el Juez, como guardián de la libertad

¹⁷⁸⁸ Así lo consideró el TC refiriéndose al art. 14.2 de la Ley Orgánica 9/1984 que al regular el control judicial de la detención en aplicación de esa Ley, señalaba que lo previsto en el art. 14.1 se entendía «sin perjuicio de las actuaciones judiciales pertinentes en caso de utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en esta Ley y de las competencias que en defensa de la legalidad corresponden al Ministerio Fiscal.»

¹⁷⁸⁹ Reconocimiento que de manera expresa hacía la legislación que en 1984 desarrollaba el art 55.2 CE para el Ministerio Fiscal y que actualmente, en el contexto de la legislación que desarrolla el art. 55.2 CE en cuanto al derecho del art. 17.2 CE ha sido omitida. En ese sentido hay que señalar, el actual art. 527 LECrim prevé que en caso de incomunicación del detenido—art. 509 LECrim— éste preservará el derecho a comunicarse con el Ministerio Fiscal e igualmente se prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal sea la autoridad que solicite la medida de incomunicación o de restricción de derechos prevista en el art. 527.1 LECrim; aunque conforme al propio texto de la Ley Orgánica 13/2015 que recientemente modificó la legislación procesal penal, esta previsión no es de desarrollo del art. 55.2 CE.

¹⁷⁹⁰ «La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes»

asume las facultades propias de su condición «para desarrollar en forma efectiva su labor de control sobre el desarrollo de la prórroga»¹⁷⁹¹ y si lo considera necesario, levantarla y pedir la inmediata puesta a disposición. Pero esto último es sólo una posible interpretación, porque esta atribución ha sido configurada por el legislador con un carácter potestativo como así ha sido reconocido por el Gobierno en su respuesta al Informe del Comité Europeo para la prevención de la Tortura¹⁷⁹².

Aun así, creemos que el legislador orgánico debe hacer «el máximo esfuerzo posible»¹⁷⁹³ para garantizar la seguridad jurídica y que el ciudadano esté en condiciones de dimensionar hasta dónde puede llegar la actuación de las autoridades en aplicación del Derecho y qué puede hacer frente a ésta. En este sentido es de notar que, tras la reforma de la LECrim, en el caso de otras medidas restrictivas de derechos del detenido –art. 527.1– que ni siquiera tienen origen en los presupuestos excepcionales de la Norma Fundamental –art. 55 CE–, el legislador procuró imponer al Juez la obligación de controlar el estado del detenido y el respeto a sus derechos fundamentales¹⁷⁹⁴. Y es que no puede entenderse con igual contundencia la expresión del art. 520 bis 3 LECrim «el Juez podrá en

¹⁷⁹¹ Cfr. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, op. cit., p. 306. Cuando contrasta las facultades de control reconocidas al órgano judicial en las anteriores leyes que desarrollaban el art. 55.2 CE con la actual, pues en aquéllas se reconocía al Juez además de la atribución de requerir información y conocer personalmente al detenido, la de revocar la autorización de la prórroga.

¹⁷⁹² «[...] se trata de una facultad potestativa que nadie puede imponer al órgano judicial, quien es, además, el único legitimado para hacer uso de ella cuando, a la luz de los informes, denuncias y otros indicios, entienda que hay motivos razonables para sospechar que ha podido concurrir una conducta constitutiva de malos tratos.» [énfasis añadido]. Así lo señaló al responder la específica petición del CPT sobre un informe completo sobre las acciones emprendidas para aplicar la recomendación del párr. 15 del Informe relativo a la visita de 2011, (investigación sobre los métodos utilizados por oficiales de la Guardia Civil cuando retienen e interrogan a personas detenidas como presuntos participantes en uno o más delitos a los que refiere el art. 384 bis LECrim). En opinión del gobierno español, así como el art. 55.2 CE «consagra la necesaria intervención judicial en los casos de suspensión de derechos por presunta participación en bandas terroristas. La Ley de Enjuiciamiento Criminal [...] hace lo propio al establecer en su artículo 520 bis que 'durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste'». Vid. *Respuesta del Gobierno Español al Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes* (CPT) sobre la visita a España llevada a cabo del 31 de mayo hasta el 31 de junio de 2011, Doc. CPT/Inf (2013) 7, Estrasburgo, 30 de abril, Documento Anexo. Oficio de 13 de marzo de 2012, respuesta al Parágrafo 15, apartado B.1.

¹⁷⁹³ Por todas, vid. STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7, cuando analiza el alcance de la reserva de ley.

¹⁷⁹⁴ Con todo y ello, creemos que ese control judicial, tal y como está previsto, quizá no podría superar los estándares mínimos relativos al control judicial de la detención que derivan del CEDH y que hemos aludido previamente, vid. nota a pie 1785

todo momento [...]», que la expresión «[...] El juez controlará efectivamente [...]», del art. 527.2 LECrim.

A lo anterior hay que agregar, la legislación propicia o permite que la suspensión del art. 17.2 CE, materializada en la prórroga de la detención preventiva, se acompañe de una minoración de otras garantías del detenido, a través de la incomunicación –art. 520 bis 2 LECrim—; provocando que aquella afirmación del TC de que la suspensión «en principio» no hace decaer las demás garantías que asisten al detenido, sea bien acertada. La suspensión *per se*, no hace que decaigan tales garantías, pero el desarrollo legislativo del art. 55.2 CE, sí contempla la posibilidad de un decaimiento por virtud de la medida de incomunicación¹⁷⁹⁵, medida que frecuentemente acompaña la prórroga de la detención como lo evidencia la jurisprudencia del TC y del TEDH¹⁷⁹⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, sostenemos que esta intervención judicial debería ser mandatoria.

Siguiendo este orden de ideas, otra consideración. Atendiendo a la previsión legal de esta particular fiscalización judicial de la detención, surge la interrogante sobre cómo puede hacerse efectiva en el plano fáctico, ello en virtud de que, evidentemente no todas las detenciones por delitos de terrorismo se hacen efectivas en Madrid, donde se encuentran los Juzgados competentes para éstas causas. Así, si la detención tiene lugar en una demarcación judicial distinta, el detenido permanecerá en la comisaría del cuerpo de seguridad que haya llevado a efecto la detención –guardia civil o policía— y, una vez

¹⁷⁹⁵ En ese sentido el TS se ha referido a la situación de incomunicación, en el contexto de la legislación antiterrorista: «que la situación de detenido-incomunicado supone un estatuto de la persona concernida limitado en cuanto a sus garantías es algo incuestionable, como también lo es que tal reducción de garantías que se encuentra recogido en los arts. 509, 510 y 527 de la LECriminal no está declarado como incompatible con los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos. [...]» y en consecuencia considera que, definitivamente «el efectivo decaimiento del nivel de garantías del detenido sometido a régimen de incomunicación, exige en contraprestación un riguroso sistema de prevención de todo abuso policial en condiciones tales que pueda acreditarse el mismo, [...]». Cfr. STS 3112/2016, de 12 de julio, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso No. 186/2016, FD Sexto.

¹⁷⁹⁶ Como botón de muestra: SSTC 153/2013, de 9 de septiembre; 7/2004, de 9 de febrero de 2004; SSTEDH *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014; *Otamendi Egiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012; *Beristain Ukar v. España*, 40351/05, Sentencia de 08 de marzo de 2011; *San Argimiro Isasa v. España*, 2507/07, Sentencia de 28 de septiembre de 2010; *Martínez Sala y otros v. España*, 58438/00, Sentencia de 02 de noviembre de 2004. Todos los demandantes habían sido detenidos conforme al art. 520 bis LECrim, sus detenciones duraron más de setenta y dos horas, aunque no siempre alcanzaron el tope máximo de 120 hrs y en todos los casos la prórroga se acompañó de la incomunicación. Ahora bien, habíamos dicho que «frecuentemente» las medidas van juntas, porque también hay casos en los cuales se incomunica al detenido, pero sin que la detención sea prorrogada, p.e. STC 127/2000, de 16 de mayo.

tomada la declaración o si éste se acoge a su derecho a no rendirla, quedará en espera de que se lleve a efecto su traslado. En este caso, es dable suponer que, dada la carga de trabajo de los seis Juzgados Centrales de Instrucción, difícilmente podrá conocer personalmente la situación del detenido; por tanto, resultaría lógico pensar que la información que requiera la solicite, como señala el artículo en cuestión, mediante la delegación del Juez de Instrucción del partido donde se halle el detenido.

Sin embargo, de la jurisprudencia analizada¹⁷⁹⁷ se desprende que en distintas oportunidades los detenidos –generalmente incomunicados–, mientras tienen esa condición son trasladados a distintos lugares o, al menos, obligadamente del lugar en el que han sido detenidos hacia los Juzgados Centrales de Instrucción y ello, dentro del lapso máximo de cinco días. Atendiendo a esto, la realización del control legalmente referido, se refleja como poco viable.

Nosotros, siguiendo el reconocimiento del Tribunal Constitucional en cuanto a las dificultades que puede provocar para el justiciable este tipo de detenciones, creemos que el Juez Central de Instrucción ciertamente puede apoyarse –y debería hacerlo– en el Juez de Instrucción de demarcación donde se halle el detenido para efectos de verificar la situación de éste; ello en el ejercicio de la competencia que el artículo 520 *bis* 3 LECrim le da en cuanto a la tutela judicial de la libertad; sin embargo, a la luz de la jurisprudencia consultada y atendiendo al procedimiento y plazos que deben respetarse, creemos que dicho control podría sufrir determinadas circunstancias que afectan su efectividad o lo hacen insuficiente¹⁷⁹⁸.

¹⁷⁹⁷ Como ejemplo, STC 107/2008, de 22 de septiembre, ANT. 2 a), «El 21 de febrero de 2002 el recurrente [...] fue detenido por agentes de la Guardia Civil en su domicilio de Burlada (Navarra) [...] El recurrente permaneció detenido en distintas dependencias policiales en situación de incomunicación hasta el día 25 de febrero, en el que fue puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional [...]»

¹⁷⁹⁸ Nos remitimos a los casos españoles ante el TEDH que hemos citado a lo largo del trabajo; así como al reconocimiento de la Audiencia Nacional ante el CPT sobre la poca práctica de la posibilidad que contempla el art. 520 *bis* 3 LECrim, recogida en el Informe del CPT relativo a la visita a España en 2007; *vid.* notas a pie 1770 y 1780, de este trabajo.

3) Puesta a disposición judicial, art. 17.2 CE –límite de la detención y garantía jurisdiccional del derecho del art. 17.2 CE, conforme al art. 5.3 CEDH—

Como se había señalado¹⁷⁹⁹, tras concluir las diligencias policiales de investigación que resulten necesarias, se extiende una diligencia de terminación haciéndose constar que se da por concluido el atestado policial, que de existir elementos suficientes que permitan considerar al detenido investigado como posible responsable, habrá que remitirlo al Juzgado a cuya disposición se pone al detenido¹⁸⁰⁰ y que corresponda según la previsión legal.

En efecto, como mencionamos al inicio de este apartado, por cuanto hace a las investigaciones correspondientes a la actuación bandas armadas o elementos terroristas, el legislador orgánico creyó conveniente¹⁸⁰¹, reconocer a los Juzgados Centrales de Instrucción como la única autoridad judicial competente para el conocimiento de estas privaciones de libertad.

En ese sentido el TC ha reconocido que el carácter de algunos delitos, su complejidad, sus conexiones y su finalidad encaminada a perturbar el orden constitucional, posibilitan normas de atribución competencial para hechos delictivos de especial significación¹⁸⁰² y señala que, de la atribución competencial centralizada, no puede derivarse ningún obstáculo para el control judicial efectivo de la detención y tampoco puede deducirse que ese control judicial no se rodee de las garantías exigibles¹⁸⁰³.

Esta intervención judicial es la que realmente reúne las características propias de un control judicial y salvo la concentración de competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción, no existe una particularidad que la haga diferenciarse de la puesta a disposición judicial que hemos analizado en el capítulo I como límite de la detención preventiva.

¹⁷⁹⁹ Capítulo II, apartado B.5.g.ii) Garantía Jurisdiccional

¹⁸⁰⁰ *Vid.* SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 23/2004, de 23 de febrero, ANT. 2.

¹⁸⁰¹ Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disposición transitoria; Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus», art. 2.

¹⁸⁰² Al respecto *vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6, al pronunciarse sobre la alegada inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley Orgánica 9/1984.

¹⁸⁰³ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6. Al referirse a los artículos 13 y 14 de la ley impugnada, que, en cuanto a su alcance y contenido, coinciden con el vigente artículo 520 *bis* 1 y 3 LECrim.

4) Intervención judicial para conocer del procedimiento de habeas corpus, art. 17.4 CE, 2 LOHC –conforme al art. 5.4 CEDH—

Como señalamos anteriormente, conforme al art. 55.2 CE no sería posible algún tipo de suspensión al derecho de los detenidos a acceder a un procedimiento de habeas corpus regulado por ley; el ejercicio de este derecho, como hemos visto, implica un control judicial que a la vez se configura como un límite de la detención preventiva en cuanto procedimiento singular para producir la inmediata puesta a disposición judicial de quien considera que ha sido detenido ilegalmente, es un control judicial a solicitud del detenido. Ahora bien, aunque el art. 55.2 CE no permite su suspensión, en el caso de los detenidos por los indicios de su vinculación con actividades de terrorismo o banda armada, hay una particularidad. Siguiendo la idea de que los Juzgados Centrales de Instrucción son la autoridad judicial competente para el conocimiento de estas privaciones de libertad, la LOHC dispone en su art. 2 que para las detenciones que tengan lugar por aplicación de la ley orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el art. 55.2 CE, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción.

Esa centralización supone una dificultad en el acceso a este control judicial a requerimiento del detenido, pero, aun así, el TC considera que no resulta impracticable¹⁸⁰⁴ porque entiende que no forma parte esencial de este procedimiento «la exigencia de que haya de ser dispensada por un órgano judicial determinado, salvo, naturalmente, aquel que disponga la ley (arts. 117.3 y 24.2 C.E.).»¹⁸⁰⁵

Por tanto, esa especialidad no podría tenerse como un sometimiento del derecho a una regulación distinta pues, en principio, la única modificación que existe frente al procedimiento ordinario es la especificidad de la autoridad competente –Juzgados Centrales de Instrucción—para conocer, pero los elementos configuradores del derecho no ven ninguna afectación, la cuestión de la competencia es un presupuesto procesal objetivo¹⁸⁰⁶ que no debería afectar al ejercicio del derecho.

Así las cosas, si quien padece la prórroga de la detención preventiva considerase que su privación de libertad es ilegal o que alguno de sus derechos está siendo vulnerado, debe

¹⁸⁰⁴ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 5.

¹⁸⁰⁵ Vid. STC 153/1988, de 20 de julio, FJ 3.

¹⁸⁰⁶ Vid. *Ídem.*, FJ 5.

contar con la posibilidad de interponer el recurso de habeas corpus y el Juez Central de Instrucción que lo recibiera en principio, no debería denegarlo aun y cuando la prórroga de la detención hubiera sido autorizada judicialmente porque, como el TC ha puntualizado, esa intervención judicial no constituye una puesta a disposición judicial «sino exactamente lo contrario, el que el detenido, por los delitos a los que la Ley se refiere, en virtud de la autorización judicial, pueda continuar, a los efectos de las indagaciones, a disposición gubernativa o policial»¹⁸⁰⁷, es decir en detención policial, y las detenciones policiales tiene el carácter de situación privativa de libertad no acordada judicialmente¹⁸⁰⁸, por tanto subsiste el supuesto habilitante para el ejercicio de este derecho.

Como complemento de lo anterior hay que tener presente que, conforme al artículo 1 de la LOHC, la garantía de efectividad de este procedimiento aplica para «cualquier persona detenida ilegalmente». Por tanto, el detenido por su presunta participación en delitos de terrorismo o banda armada, aun con una detención policial prorrogada, sigue siendo titular del derecho a acceder a un procedimiento que le garantice un auténtico control judicial de su privación de libertad con una inmediatez —elemento configurador del derecho—, si no fuera así, carecería de sentido el expreso reconocimiento que la Ley de la materia hace en el párrafo segundo del art. 2 para estos supuestos.

C) Otras restricciones de configuración legal en el contexto de la detención preventiva con motivo del desarrollo legislativo del art. 55.2 CE: La incomunicación

Cuando al inicio del apartado anterior señalamos que en el desarrollo legislativo del art. 55.2 CE se habían gestado importantes modificaciones al régimen general de la detención preventiva, nos referíamos a la incomunicación. Una «medida» que migró desde la legislación procesal penal del siglo XIX a tiempos constitucionales, que el legislador orgánico adaptó¹⁸⁰⁹ y ha ido acomodando a los tiempos del Estado social y democrático

¹⁸⁰⁷ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

¹⁸⁰⁸ *Vid.* STC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 2 f). «tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de habeas corpus dirigidas contra ellas, las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares».

¹⁸⁰⁹ En efecto, el contenido de la incomunicación se recogió por primera vez en el art. 527 LECrim, ésta junto con el art. 520 LECrim, modificados por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, eran desarrollo del art. 17.3 CE. Creemos necesario mencionar que, al momento de elaborarse esta previsión, el legislador orgánico tuvo en cuenta que la legislación procesal penal, de noventa y seis años de vigencia previa a la Constitución

de Derecho, donde actualmente coexisten tres regímenes de tutela de Derechos fundamentales¹⁸¹⁰ cuyas influencias recíprocas hacen difícil comprender la pervivencia de esta figura durante la custodia policial, teniendo en cuenta que «el periodo inmediatamente siguiente a la privación de libertad» con frecuencia, coloca al individuo en una posición particularmente vulnerable ante la actuación estatal¹⁸¹¹.

democrática de 1978, contenía un artículo que refería a la posibilidad de incomunicar a un detenido, sin que éste proveyera más luces sobre el contenido de la medida, criterios de aplicación subjetiva y material y, si acaso, establecía parcialmente un límite temporal. Así bien, cuando el legislador orgánico desarrolló el derecho a la asistencia letrada teniendo en cuenta que el mandato constitucional consiste en garantizar «a toda persona detenida» ese derecho; sorprendentemente, a nuestro parecer, optó por desarrollar el derecho buscando su adecuación a la legislación penal adjetiva del siglo diecinueve. Lo anterior se evidencia de la lectura de las siguientes provisiones: «Artículo 506. La incomunicación de los detenidos o presos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por regla general deba durar más de cinco días. El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias periciales en que le de intervención esta ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación. / Artículo 507. Si las citas hubieren de evacuarse fuera del territorio de la Península, o a larga distancia, la incomunicación podrá durar el tiempo prudencialmente preciso para evitar la confabulación.». Hemos referido a un establecimiento parcial del límite temporal de la incomunicación en función de que si bien, el artículo 506 establecía que, como regla general la incomunicación –sin distinguir entre detenidos y presos– no duraría más de cinco días; conforme al artículo 507, este plazo podía ser ampliado por un «tiempo prudencial». *Vid.* Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al Real decreto de 14 de septiembre de 1882, Gaceta de Madrid Núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, en vigor desde el 03 de enero de 1883; ambos artículos modificados por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, BOE Núm. 257, de 27 de octubre de 2003. Sobre la adecuación del derecho a la asistencia letrada a la medida de incomunicación, *vid.* las consideraciones de defensa al artículo 527 LECrim, diputado Sotillo Marti, quien señalaba que respecto al supuesto de incomunicación, el proyecto de ley hacía una operación perfectamente constitucional, pues la posibilidad de asistencia letrada derivada del artículo 17.3 CE, no podía ser excluida ni por el artículo 55.1 CE y tampoco por el artículo 55.2 CE para los casos de incomunicación; pero que, naturalmente, debían respetarse los supuestos de incomunicación como la propia palabra indica; por tanto rechazaba las propuestas de los Grupos enmendantes que, con las modificaciones sugeridas al artículo 527, es decir, los supuestos de incomunicación, parecía que sugerían que no deben existir en España supuestos de incomunicación, «puesto que como el artículo 520 se aplica para todos los casos, el detenido puede comunicar con su familia, con las personas que desee, con el médico, con el abogado que elija, es decir, con cualquier persona del país, y, por tanto, se ha roto el principio de incomunicación». *Vid.* Cortes Generales, II Legislatura, Sesión plenaria núm. 60, celebrada el jueves, 29 de septiembre de 1983, Diario del Congreso de los Diputados, Año 1983, Num. 60, pp. 2846-2847.

¹⁸¹⁰ *Cfr.* Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 5.

¹⁸¹¹ Como hemos dicho, para el TEDH, la vulnerabilidad en esa etapa del proceso es atribuible tanto al estrés de la situación misma y además, puede verse ampliada por el hecho de que la legislación procesal penal tiende a ser cada vez más compleja, particularmente con respecto a la regulación de la recolección y uso de material probatorio; esta particular vulnerabilidad, en la mayoría de los casos, solo puede ser adecuadamente compensada por la asistencia de un abogado. En este sentido *vid.* SSTEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 253, 255; *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015, párr. 77; *Bandaletov v. Ucrania*, 23180/06, Sentencia de 31 de octubre de 2013, párr. 57; *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 69; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 54. Por su parte, el CPT considera que, de acuerdo a su experiencia, en esa etapa es cuando «el riesgo de intimidación y de malos tratos físicos es mayor». Por eso, «la posibilidad de que las personas que se encuentran bajo custodia policial tengan acceso a un abogado durante este tiempo es una garantía

A manera de contextualización, la detención preventiva con motivo de los hechos señalados en el art. 55.2 CE –terrorismo o banda armada– como presupuesto habilitante para la aplicación de la incomunicación, en tiempos constitucionales aparece regulada por primera vez en la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución¹⁸¹²; posteriormente se regula por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución¹⁸¹³ y; tras la derogación de ésta, conforme a los términos de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸¹⁴, las disposiciones legales que desarrollan el artículo

fundamental contra los malos tratos.» *vid.* Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Desarrollo de los estándares del CPT sobre la detención policial*, *op. cit.*, párr. 41; y *6º Informe General sobre las actividades del CPT*, *op. cit.*, párr. 15. En similar sentido, como habíamos dicho, algún autor ha señalado que el detenido preventivo se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, sobre todo en las primeras etapas de la detención y, desafortunadamente en el plano de los hechos se ha demostrado que, no resulta extraño que la plataforma de la detención preventiva, sea el escenario de abusos o violaciones graves a los derechos humanos; en este sentido *vid.* COOK Helena, «Preventive Detention –International Standards and the Protection of the Individual», *op. cit.*, p.1.

¹⁸¹² BOE Núm. 289, de 2 de diciembre de 1980, «Artículo Tercero. [...] Tres. La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completen las diligencias o la instrucción sumarial sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo que establezca la Ley en desarrollo del artículo diecisiete, tres, de la Constitución.»

¹⁸¹³ «Artículo decimoquinto. Incomunicaciones. 1. La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación. 2. Toda diligencia o resolución judicial, derivada o no de los procedimientos incoados en virtud de esta Ley, que pueda afectar a la incomunicación acordada debe ser adoptada por los órganos jurisdiccionales competentes según esta Ley.»

¹⁸¹⁴ La disposición adicional de la LO 4/1988, estableció que «Las referencias a la norma de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución se entenderán hechas a esta Ley Orgánica». En la STC 71/1994, con respecto a esta ley, el TC señaló, entre otras cosas, que examinaría la impugnación de los referidos preceptos de la LECrim que la Ley Orgánica 4/1988 introduce y modifica, en cuanto hayan podido vulnerar el art. 55.2 CE «en el concreto extremo del mismo que hace referencia al 'adecuado control parlamentario' con el que únicamente, y junto a otras cautelas, pueden ser suspendidos, para personas determinadas, los derechos fundamentales en el mismo citados». Con ello, creemos que existe un reconocimiento de que el art. 520 *bis* 2 introducido por la Ley Orgánica 4/1988, forma parte del desarrollo legislativo de la suspensión individual de derechos. También recordamos que el TC se ha referido al control de constitucionalidad que realizó sobre el art. 15.1 de la LO 9/1984 que regulaba la incomunicación de los detenidos en los supuestos del art. 55.2 CE y éste último fue, precisamente, el canon constitucional que utilizó para dicho análisis. *Vid.* STC 46/1988, de 21 de marzo, FJ 5. Además, tenemos en cuenta la consideración sentada en el Informe del Defensor del Pueblo «El art. 55.2 CE limita el derecho a la duración máxima de la detención y el secreto de las comunicaciones en casos de pertenencia a banda armada o elementos terroristas. Los arts. 520 *bis* y 527 de LECrim regulan las peculiaridades de esta detención» «La prórroga de la detención y la ratificación de la incomunicación corresponde acordarla a la autoridad judicial, en concreto a uno de los jueces centrales de instrucción de la Audiencia Nacional, [...]». *vid.* Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, *Informe*

55.2 CE se integraron a la legislación procesal penal ordinaria, entre las que se encuentra el artículo 520 *bis* 2, que alude a la incomunicación.

Artículo 520 *bis* 2 LECrim

«2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.»

De la lectura del precepto transcrito no puede extraerse el contenido de la incomunicación, únicamente la procedencia de la misma. Los motivos a los que se alude son los que contempla el párrafo primero del art. 520 *bis* LECrim, el cual únicamente apunta a las personas sobre quienes exista una presunción de participación en las conductas que a su vez establece el art. 384 *bis* LECrim, y este último se refiere a los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas, individuos terroristas o rebeldes. Por tanto, podemos señalar sucintamente que, cuando una persona es detenida por su presunta participación –activa, de colaboración o de integración– en la comisión de delitos de terrorismo¹⁸¹⁵ o banda armada, podrá solicitarse al juez la incomunicación del detenido, el cual quedará incomunicado hasta que el juez decida lo pertinente dentro del plazo de veinticuatro horas.

1) Incidencia de la incomunicación en la detención preventiva del art. 520 *bis* LECrim

Para entender a cabalidad las implicaciones de la incomunicación mencionada en el art. 520 *bis* 2 LECrim, como parte de la legislación que desarrolla el art. 55.2 CE, es necesario

Anual 2010, Defensor del Pueblo, Madrid, D.L. BI-2102/2011, párr. 38, tercer recuadro sintético al margen de página, p. 44.

¹⁸¹⁵ Sobre los Delitos de Terrorismo *Vid.* Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE Núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; Capítulo VII, Título XXII del Libro II.

tener en cuenta los arts. 527; 509; 520, apartado 2 c) y f) y apartado 6 d) y 118, apartado 1 d) y apartado 2 de la LECrim, de aplicación general¹⁸¹⁶

La incomunicación es una situación restrictiva para más de un derecho fundamental del privado de libertad¹⁸¹⁷, debe ser de aplicación excepcional, de breve duración y conforme a la ley¹⁸¹⁸; y su concreto objeto, así reconocido por el TC, es el de aislar al detenido de relaciones personales, para evitar que por medio de éstas pueda transmitirse al exterior, información sobre la investigación, en perjuicio de la misma¹⁸¹⁹. Por tanto, la medida de incomunicación podrá abarcar a todas o algunas de las personas con las que el detenido tenga derecho a comunicarse, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. También afectará la entrevista reservada con su abogado.

En efecto, a partir del segundo apartado del art. 527 LECrim, puede desprenderse que «la incomunicación» es una restricción de derechos que alcanzaría a tres de los cuatro derechos de los que un detenido puede ser «privado», conforme al art. 527.1 LECrim¹⁸²⁰:

¹⁸¹⁶ Recientemente modificados conforme a la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, 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.

¹⁸¹⁷ «La incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de *la situación de incomunicación* para los derechos del ciudadano, muy en particular en los casos que esa comunicación tiene lugar en la fase de detención gubernativa» [énfasis añadido]. En concreto, «[...] la modalidad de detención incomunicada limita, entre otras, la garantía del detenido de contar con un Letrado de su confianza e, incluso, la posibilidad de una entrevista previa o posterior a la asistencia, en este caso, a la declaración.» Cfr. SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11; reiterado en SSTC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3; ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4 a) y STC 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 3.4), respectivamente. En similar sentido, el TS ha señalado el carácter polémico, aun cuando constitucional, del institutio de la incomunicación «en la medida en que, al rebajar sensiblemente el régimen general de garantías del imputado, precisamente en los momentos en que este resulta ser más vulnerable, potencia en idéntica medida los riesgos de desconocimiento de sus derechos, que tales prevenciones tendrían que evitar. Es a lo que se debe que las actuaciones policiales realizadas bajo la vigencia de ese régimen sean regular objeto de especial preocupación y seguimiento por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, [...]» vid. STS 3366/2011, de 30 de mayo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 2281/2010, FD Primero.

¹⁸¹⁸ «[...] la Ley de Enjuiciamiento Criminal concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración [...]». Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁸¹⁹ «[...] la incomunicación del detenido, [...] tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta.» Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁸²⁰ «Artículo 527.

1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso:

a) Designar un abogado de su confianza.

b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.

c) Entrevistarse reservadamente con su abogado.

d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

2. La incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones. La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de alguna de las excepciones referidas en el apartado anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509.

El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos.

3. Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo.»

La nueva redacción del art. 527 LECrim, a diferencia de su antecesor, refiere como supuesto habilitante al art. 509 LECrim y dispone que, si así lo justifican las circunstancias del caso, el detenido podrá ser «privado» de los derechos que detalla en los epígrafes a) a d) del apartado primero; ello, podría parecer como una opción no acumulativa de restricción a los cuatro derechos que enumera. Sin embargo, el apartado segundo del artículo en cuestión distingue, y lo hace en más de una ocasión: «la incomunicación» o «restricción de otro derecho» de los del apartado anterior debe acordarse por auto; «la incomunicación» y «la aplicación al detenido [...] de alguna de las excepciones referidas en el párrafo anterior» será acordada por auto, y se deben motivar las razones que justifican la adopción «de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509»; por último, el juez debe controlar de manera efectiva «las condiciones en que se desarrolle la incomunicación». A nuestro parecer, aunque del apartado primero del art. 527 LECrim no podría decirse con toda contundencia que la incomunicación aparezca de manera sistemática las 4 restricciones ahí previstas; creemos que, el hecho de que en el apartado segundo se distinga «la incomunicación» de «la restricción» de otro derecho o el hecho de que se prevea de manera separada que la incomunicación y la aplicación de alguna de las excepciones se acuerden por auto, lleva a entender que conforme al art. 527 LECrim, actualmente es posible distinguir entre dos tipos de restricciones de los derechos de los detenidos: por un lado, la incomunicación en sí misma considerada y, por otro lado, la posibilidad de restricción de alguno de los 4 derechos enunciados en el apartado primero, para los supuestos del art. 509 LECrim.

A este respecto, no hay que perder de vista que nuestro punto de partida es el art. 520 bis 2 LECrim como presupuesto habilitante para que la policía adopte, ponga en práctica y de manera simultánea solicite al Juez que decrete la incomunicación del detenido, presupuesto distinto al del art. 509 LECrim —donde la incomunicación es judicialmente acordada desde su inicio— como el TC lo ha señalado en su jurisprudencia. Así las cosas, teniendo en cuenta el actual contenido del art. 527 LECrim, cabe una interrogante, si a la luz del art. 520 bis 2 LECrim el detenido queda incomunicado en espera de que el Juez resuelva ¿qué efectos tendrá esta incomunicación? El cuestionamiento lo hacemos, teniendo presente la particular importancia de satisfacer el principio general de certeza jurídica; siendo esencial que las condiciones de privación de libertad estén claramente definidas en la legislación nacional —e internacional— y que la ley, por sí misma, sea previsible en su aplicación, así es posible satisfacer el estándar de legalidad establecido por la Convención.

Tampoco pasa desapercibido que antes de la aprobación de la LO 13/2015, al analizar el anteproyecto de la misma, se señalara que la reforma no tocaba todos los artículos de la LECrim que versan sobre la incomunicación, como es el caso del art. 520 bis 2, advirtiéndose que ello podría «introducir problemas de interpretación conjunta, principalmente respecto de las razones para acordarla». *Vid.* En cuanto al principio general de certeza jurídica tratándose de privaciones de libertad, STEDH *Medvedyev y otros v. Francia* [GS], 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010, párr. 80. Sobre la diferencia entre los artículos 509 y 520 bis 2 como base legal para acordar la incomunicación, sugerimos las SSTC 219 y 220 ambas de 21 de diciembre de 2009, FJ 7. Sobre las dudas de interpretación *vid.* Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la*

a) Designar un abogado de la confianza del incomunicado.

Restricción al derecho a la asistencia letrada, previsto en el art. 17.3 CE –conforme con el art. 6.3(c) CEDH / 48 CDFUE— y desarrollado por el art. 520.6 LECrim y, además, desarrollado como parte del derecho de defensa en el art. 118 apartados 1.d) y 2, donde también se menciona la posibilidad de restringir la libre elección de abogado conforme al art. 527.1 a) LECrim.

b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que se tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, Ministerio Fiscal y Médico Forense.

Restricción vinculada al bien protegido por el art. 18.3 CE, en su manifestación de derechos del detenido configurados legalmente en el art. 520.2 LECrim inciso f) comunicación con un tercero de la elección y art. 520.2 LECrim inciso g) y 520.3 LECrim, comunicación con autoridades consulares.

c) Entrevistarse reservadamente con su abogado¹⁸²¹.

Restricción al derecho a la asistencia letrada, previsto en el art. 17.3 CE –conforme con el art. 6.3(c) CEDH / 48 CDFUE— y desarrollado por el art. 520.6 LECrim, esta específica restricción se prevé también en el inciso d) del artículo en comento. Además, en su desarrollo como parte del derecho de defensa en el art. 118 apartado 2, también se hace mención expresa a la restricción prevista en el art. 527 LECrim.

El cuarto derecho restringible previsto en el art. 527.1.d) LECrim es el de acceder a las actuaciones, sea el detenido o sea el abogado, con una salvedad: «los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención»¹⁸²².

Justicia Penal..., op. cit., p.79, refiriéndose a la argumentación brindada por una parte minoritaria de la ponencia que elaboró el informe.

¹⁸²¹ Sería conveniente que el legislador valorara y matizara las características, alcance y límites de la privación del derecho a «entrevistarse reservadamente con su abogado», para evitar posibles interpretaciones que pudieran entender la posibilidad de suspender totalmente la entrevista con el abogado (*Vid.* STC 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 3.4), y que se procediera a regular qué implica la imposibilidad de entrevistarse reservadamente, esto es, podría implicar la simple vigilancia –observación sin acceso—, la interceptación o el aplazamiento temporal de dicha entrevista, pero no la completa «falta de ocasión de una comunicación privada» con el abogado, mientras dure la detención.

¹⁸²² A este respecto creemos que, a partir de los derechos del detenido reconocidos en el art. 520 LECrim, resulta complicado dimensionar el alcance de esta restricción, toda vez que por cuanto al derecho de acceso a las actuaciones, previsto en el apartado 2 inciso d) se reconoce el acceso «a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención [...]» y como salta a la vista, la

Puede apreciarse que los tres primeros derechos, de alguna u otra manera, implican una interacción personal y por ende, la transmisión de mensajes, es decir: una comunicación; en ese sentido su restricción casa con el objeto de aislamiento que persigue la incomunicación; en cambio, una restricción al cuarto –al margen de la gravedad– no parece tener una vinculación directa al mencionado objeto de la incomunicación; por eso consideramos que tal restricción –con todo lo grave que pudiera resultar y la atención que merece– no integraría el contenido de la incomunicación.

A la luz de lo anterior, parece que el contenido original que tenía la incomunicación conforme a la redacción anterior del art. 527 LECrim no ha variado mucho, en el s. XIX era el de evitar la confabulación y en el s. XXI es el de aislar al detenido de relaciones personales, y no sólo de éstas, sino también de impedirle que se comuniquen de manera reservada con terceros, como puede ser el abogado de oficio que le brindara asistencia técnica legal o, si fuera extranjero, con las autoridades consulares de su país ¿todo ello para evitar, una confabulación?

2) Fin constitucionalmente legítimo de la incomunicación

Para el TC hay una justificación general de asegurar el cumplimiento –de forma mediata– del deber constitucional del Estado de proporcionar seguridad a los ciudadanos, teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y seguridad ciudadana, bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 de la CE¹⁸²³ que gozan de protección constitucional; así que la protección de dichos bienes justifica, aunque con carácter general, la limitación de los derechos constitucionales que conlleva la incomunicación¹⁸²⁴.

restricción prevista en el art. 527.1.d) LECrim respecto a las actuaciones deja a salvo, precisamente, esos «elementos esenciales para impugnar la legalidad» de la privación de libertad. No obstante, como parte del derecho de defensa –art. 118.1 LECrim– se reconoce, en términos más amplios, el «b) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.», aquí parece más visible la restricción. Ahora bien, nos parece que, de efectuarse esta restricción que ciertamente parece grave, habrá una obstrucción a uno de los aspectos de la asistencia letrada –asistencia técnica– y una incidencia en uno de los aspectos del derecho a la defensa; sin embargo, tal restricción no parece tener una incidencia directa en cuanto al objeto de la incomunicación y por ello, nos parece que no integraría el contenido de la misma, menos aún si se trata de la incomunicación adoptada por la policía en espera de que la autorización judicial –art. 520 *bis* 2 LECrim–.

¹⁸²³ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁸²⁴ Cfr. STC 127/2000, de 16 de mayo de 2000, FJ 3 a).

En ese orden de ideas, el TC señaló que los delitos de terrorismo «son precisamente los supuestos para los que el legislador ha previsto las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención (art. 520 bis LECrim), realizando de este modo una previa ponderación de la necesidad de incomunicación en estos casos, que exime de un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la medida para alcanzar la finalidad que la legitima, 'ya que ésta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas'»¹⁸²⁵.

Ante la anterior aseveración y validación del Tribunal Constitucional para la incomunicación en casos de terrorismo, surgen varias consideraciones. Primero, el Tribunal aludió a una finalidad que legitimaba la incomunicación. Segundo, apuntó que la naturaleza de los delitos investigados permite la adopción de esta medida. Tercero, se reconoció una ponderación de carácter previo sobre la necesidad de la medida de incomunicación, la cual corrió a cargo del legislador. Teniendo en cuenta que nuestro marco de análisis es la suspensión individual de derechos con motivo de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas – art. 55.2 CE—, veamos.

Como se ha dicho, el artículo 520 *bis* 2 LECrim se limita a señalar que la incomunicación puede acordarse en los casos de personas detenidas por su presunta participación en los delitos referidos en el artículo 384 *bis* LECrim; sin embargo, no establece en ninguna de sus partes cuál es la finalidad de la medida. Haciendo un repaso de las anteriores legislaciones de desarrollo del artículo 55.2 CE, tampoco era posible encontrar la concreta finalidad en los preceptos que contemplaban la procedencia de la incomunicación¹⁸²⁶.

Por su parte, de la redacción anterior del art. 527 LECrim tampoco era posible desprender la finalidad que legitima la incomunicación; así que, como los preceptos –arts. 520 *bis* y 527 LECrim— que regulaban la procedencia de la incomunicación para el caso de investigaciones de banda armada y elementos terroristas, adolecían de una finalidad, el

¹⁸²⁵ *Cfr.* STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 5 c); con cita en la STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c).

¹⁸²⁶ *Vid.* artículo 3.3 de la Ley Orgánica 11/1980 de 1 de diciembre y artículo 15 de la Ley orgánica 9/1984, de 26 de diciembre.

Tribunal Constitucional optó por «clarificar» y completar el contenido de la medida, al deducir y establecer cuál era la finalidad de la misma¹⁸²⁷.

En efecto, el Tribunal Constitucional determinó que la finalidad que legitimaba la incomunicación residía en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propiciara que se sustrajeran de la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o, que se sustrajeran u ocultasen pruebas de su comisión¹⁸²⁸; se señalaba que la finalidad de la medida era la de «no perjudicar el éxito de la instrucción»¹⁸²⁹; es decir, aparecía esta medida con el «objeto de aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta»¹⁸³⁰.

Tras las consideraciones previamente señaladas del TC, en el año 2003 se configuraron legalmente los fines que perseguía la incomunicación¹⁸³¹, y luego tales fines fueron modificados a partir de la Ley Orgánica 13/2015, que transpone la Directiva 2013/48/UE¹⁸³².

¹⁸²⁷ En igual sentido lo señala PÉREZ MACHIO cuando refiere que «...la ausencia de concreción del específico sustrato material de la medida de incomunicación debe subsanarse a través de los pronunciamientos jurisprudenciales y de la doctrina del Tribunal Constitucional que, sobre la base de la inexistencia de cobertura constitucional, configuran la razonabilidad de la medida, a partir del contexto terrorista en el que se desarrollan estas actividades». Vid. PÉREZ MACHIO, Ana I, «La Detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿Una medida lesiva de derechos humanos?», en DE LA CUESTA, José Luis y MUÑAGORRI, Ignacio (Dir.), *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, IVAC/KREI, Donostia, 2009, pp. 170-171.

¹⁸²⁸ Cfr. ATC 155/1999, de 14 de junio, F 4; STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁸²⁹ Cfr. SSTC 46/1988, de 21 de marzo, FJ 5; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁸³⁰ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁸³¹ Primero era: LECrim «Artículo 509. 1. [...] para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos. 2. La incomunicación de los detenidos o presos durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. [...]» [énfasis añadido], conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, BOE Núm. 257, de 27 de octubre de 2003, entró en vigor al día siguiente de su publicación, esto es 28 de octubre de 2003.

Después se agregó un fin, quedando como sigue «Artículo 509. 1. [...] para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos. 2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. [...]» [énfasis añadido]. Conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE Núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, disposición que entraría en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 27 de noviembre de 2003.

¹⁸³² Cuando menos, es de llamar la atención que una situación restrictiva de más de un derecho fundamental tenga una finalidad tan dúctil, a diferencia de p.e. la detención preventiva o la prisión provisional que, pese

Teniendo en cuenta todo lo anterior, creemos que, actualmente puede señalarse, conforme al art. 509 LECrim, que la finalidad de la incomunicación es: practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar graves peligros o consecuencias que: a) puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) evitar comprometer de modo grave el proceso penal, mediante una necesaria y urgente actuación judicial inmediata de los jueces de instrucción¹⁸³³.

Sin embargo, debe notarse que el artículo 509 LECrim que comentamos, únicamente faculta a una autoridad: la judicial; en cambio los arts. 520 *bis* 2 y 527 LECrim reconocen atribuciones de actuación en cuanto a la incomunicación a otras autoridades además de la judicial. Así, el 520 *bis* 2 LECrim, no alude taxativamente a la policía, pero remite al supuesto previsto en el apartado anterior, esto es, la detención policial por motivos de terrorismo y la posibilidad de prolongar su duración –desarrollo del art. 55.2 CE—. El art. 527 LECrim, por su parte, faculta a la policía judicial o al Ministerio Fiscal para solicitar «la restricción de derechos» al Juez, restricción que comenzará a surtir efectos mientras transcurre el plazo de respuesta judicial –máximo 24 horas—.

a su antigüedad, no han variado en cuanto al fin legítimo que persiguen. En ese sentido y atendiendo a la condición excepcional de la incomunicación, resultaría lógico que tuviera, acorde al umbral de excepcionalidad, una finalidad bien clara y específica, y no buscarle un acomodo a un ordenamiento legal que se ha ido modificando para adecuarse a los estándares básicos de respeto a los derechos de los detenidos, derivados de la interpretación del TEDH y recogidos en la CDFUE y Directivas que en esta materia se han ido adoptando.

¹⁸³³ Tras la reforma de 2015 a la LECrim el precepto tiene la siguiente redacción: «Artículo 509. 1. El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o

b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 *bis* u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.

3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida.

[...]».

Si bien el art. 509 habla de dos circunstancias habilitantes, a los efectos de este trabajo centrado en la detención, nos constreñimos al inciso a) del apartado 1, puesto que de la redacción del inciso b) podemos concluir que está referido a supuestos que están bajo el conocimiento procesal por parte del juez y, por lo tanto, fuera del espacio circunscrito a la detención.

Así las cosas, la lectura sistemática del contenido de los arts. 509, 520 bis¹⁸³⁴ y 527¹⁸³⁵ LECrim y los criterios jurisprudenciales referidos, permiten constatar que la medida de incomunicación siempre se concibe como una restricción de derechos fundamentales, cuyo contenido se definía con mayor claridad en la anterior redacción del art. 527 LECrim; y también, que puede haber distintos supuestos habilitantes para su procedencia, pudiendo decretarse en supuestos ordinarios con fundamento en el art. 509 LECrim o en el contexto de la detención preventiva con motivo de la investigación de delitos de terrorismo o banda armada, fundada en el art. 520 bis LECrim¹⁸³⁶, supuesto que nos ocupa.

La distinción no es menor, en primer lugar, porque dependiendo del supuesto en el que se ordene, habrá una variación en los sujetos que padezcan la medida, de un lado, privados de libertad por decisión judicial –detención judicial o prisión— y de otro, privados de libertad por decisión policial, detenidos preventivos. En segundo lugar, de quienes ostenten la titularidad de una medida tan restrictiva de derechos, ya que como se desprende del art 520 bis 2 y 527.2 LECrim, en el caso que nos ocupa quien ordena la medida es la autoridad gubernativa¹⁸³⁷, diferencia más importante, puesto que si se hace así, es en el entendido de que se actúa al amparo de una situación excepcional de suspensión individual de derechos regulada por la legislación que desarrolla el art. 55.2 CE¹⁸³⁸, la cual permite que las garantías de protección de los derechos fundamentales protegidos por los arts. 17.2, 18.3 y 18.2 CE sean diferentes a las reconocidas en un régimen ordinario de derechos, como resulta el hecho de que la intervención de la autoridad judicial sea posterior a la actuación de la autoridad gubernativa.

Si además de lo establecido en el art. 509.1 y .2 LECrim, nos acogemos a la consideración de que la persecución y castigo de los delitos son una pieza esencial de la paz social y

¹⁸³⁴ *Vid. supra* epígrafe iii) Adecuada Previsión Legal, de este apartado B.2.c.

¹⁸³⁵ *Vid. supra* nota a pie 1820

¹⁸³⁶ *Vid.* SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, FJ 7, ambas. En cuanto el TC estimó conforme la detención incomunicación decretada judicialmente, fundada en el art. 509 LECrim, en el contexto de investigaciones de delitos contra la salud pública.

¹⁸³⁷ Aunque como hemos señalado, conforme a la actual redacción del art. 527.2 LECrim, el Ministerio Fiscal también se encuentra habilitado para solicitar alguna de las restricciones de derechos contempladas en el art. 527.1 LECrim.

¹⁸³⁸ *Vid.* STC 7/2004, de 9 de febrero de 2004, FJ 5, «[...] los delitos de terrorismo, son precisamente los supuestos para los que el legislador ha previsto las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención (art. 520 bis LECrim)», recordando el criterio sostenido en STC 127/2000, FJ 3 c).

seguridad ciudadana, y si a ello agregamos que el Tribunal ha señalado que la naturaleza de los delitos investigados y «los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas»¹⁸³⁹ permiten la adopción de la incomunicación; debería analizarse entonces, si la legitimidad constitucional ampara la adopción gubernativa de la situación de incomunicación en los casos de conductas delictivas relacionadas con el terrorismo.

Recordemos que el art. 55.2 CE establece una suspensión de derechos con una finalidad bien clara: dar respuesta al terrorismo, entendiéndolo como una amenaza específica al orden democrático en virtud del carácter crónico de aquél¹⁸⁴⁰. Pues bien, conforme a este precepto constitucional, podemos señalar que si bien es cierto que la suspensión individual de derechos permite adoptar ciertas medidas en aras de efectivizar los resultados en el único caso de investigaciones por delitos de terrorismo; cierto es también que procura evitar que se generen poderes fácticos especiales para la Autoridad Gubernativa y además, impide que el legislador pueda atribuir a la autoridad gubernativa más facultades suspensivas de aquéllas constitucionalmente previstas por el art. 55.2 CE¹⁸⁴¹; al menos eso puede derivarse de una interpretación literal del artículo en comento.

Dicho lo anterior, corresponde ahora referir a los derechos que especialmente afecta la situación de incomunicación durante la detención preventiva –eventualmente prorrogada– en aplicación del art. 520 *bis* 1 y 2 LECrim.

¹⁸³⁹ Vid. SSTC 7/2004, de 9 de febrero de 2004, FJ 5 c); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c).

¹⁸⁴⁰ Vid. STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3; Sobre la finalidad del Instituto, recordamos a Remotti Carbonell cuando señala que el art. 55.2 tiene una doble finalidad: Por un lado, la de facilitar las investigaciones por terrorismo. En cuanto éste supone un peligro grave y real para la vida e integridad de las personas y para el sistema constitucional. Así, para alcanzar dicha finalidad, la Constitución configura la lucha contra el terrorismo como un bien constitucionalmente protegido, fundamentador por tanto de limitaciones a los derechos en general; al tiempo que esta lucha la estructura como causa habilitante específica para proceder a la suspensión individual de derechos. Como segunda finalidad, la de limitar las facultades legislativas y gubernativas, con el objeto de evitar que puedan cometerse excesos en la lucha contra el terrorismo, fundamentados en la especial naturaleza y gravedad de este tipo de conductas. Esta finalidad limitadora es complementaria de la anterior, en cuanto permite adoptar medidas que faciliten tales investigaciones, pero impide que se pueda adoptar cualquier medida, constrictándose a las previstas en el art. 55.2 CE. Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, 192-195.

¹⁸⁴¹ En ese sentido Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 195.

3) Derechos Fundamentales afectados por la Incomunicación del Detenido

Retomemos nuestro presupuesto habilitante: un detenido, sobre quien existen indicios racionales que lo hacen provisionalmente responsable¹⁸⁴² de algún[os] delito[s] que son considerados sumamente graves –terrorismo o banda armada—. Sobre esa base es posible: la detención preventiva, como medida de investigación limitativa del derecho a la libertad –art. 17.2 CE—, con probable incidencia en otros derechos fundamentales —arts. 15, 18.1 y .3 CE—; quizá la extensión de la duración de la custodia policial hasta dos días más, previa autorización judicial –art. 17.2 CE en relación con el art. 55.2 CE desarrollado por art. 520 *bis* 1 LECrim—, y además, si se considera que la investigación requiere un especial cuidado o incluso llevarla con la mayor secrecía posible, para evitar que el detenido –no acusado— interactúe o entre en contacto con cualquier persona que pudiera ser cercana a él –familiares o abogado, partiendo del supuesto de que el segundo eventualmente estuviera relacionado con los hechos investigados o alertara a terceros implicados— es privado de toda comunicación libre con el exterior, es incomunicado.

a) Derecho a la Asistencia Letrada

El epígrafe a) del art. 527¹⁸⁴³, por el que se imponía que en caso de una detención incomunicada «a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.», motivó una cuestión de inconstitucionalidad¹⁸⁴⁴ que generó la primera manifestación del TC sobre la constitucionalidad de la medida de incomunicación.

¹⁸⁴² Sobre los indicios racionales *vid.* Apartado C.3.a. Existencia de indicios racionales de que [la persona detenida] ha cometido una infracción penal (delito) en el capítulo I y STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

¹⁸⁴³ Conforme a la redacción dada por la LO 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.

¹⁸⁴⁴ Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona, que se resolvió por la STC 196/1987, de 11 de diciembre, ANT. 1. «plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 524 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto que al establecer en todo caso la designación de Abogado de oficio al detenido incomunicado, puede vulnerar el contenido esencial del derecho de asistencia letrada, consagrado en los arts. 17. 3 y 24.2, en relación con el 53.1 de la Constitución. [...] razona que, si bien el art. 17.3 de la Constitución admite la posibilidad de que el derecho de defensa sea limitado o condicionado por una Ley posterior, esta Ley está sujeta a la restricción, según el artículo 53.1 de la Constitución, de que debe tener rango de Ley formal y respetar el contenido esencial del derecho fundamental que regule, y, por ello, el artículo cuestionado podrá incurrir en inconstitucionalidad si se considera que en el contenido esencial del derecho a asistencia letrada se incluye el de libre designación de Abogado de la confianza del detenido, [...]». [sic]

Sin embargo, dicho análisis se limitó en lo tocante a al derecho a la asistencia letrada, en cuanto se vería afectado por la designación de un abogado de oficio, nada más¹⁸⁴⁵. No obstante, desde 1987 quedo reconocida la legitimidad constitucional de la limitación del derecho a la asistencia letrada con motivo de la incomunicación de los detenidos.

Pues bien, dado que el estudio de este derecho se ha realizado en el capítulo II, en este apartado únicamente nos limitaremos a comentar la afectación que padece por la incomunicación, y procuraremos constatar si tal afectación es proporcionada.

A la luz de la interpretación que el TC hizo sobre el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada reconocido en el art. 17.3 CE, diferenciándolo del reconocido en el art. 24.2 CE¹⁸⁴⁶ y refiriéndose a la incomunicación –en el único extremo de la imposición de un abogado de oficio¹⁸⁴⁷— consideró que, como medida limitativa, respeta el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada del detenido y afirmó que la constitucionalidad de la incomunicación del detenido no podía ser discutida; criterio que ha sostenido hasta el día de hoy.

Ahora bien, aunque la previsión constitucional que garantiza el derecho a la asistencia letrada de los detenidos no haya variado; en la normativa supranacional de derechos fundamentales –ratificada por España— y en la doctrina que surge de la interpretación de los órganos de esos tratados y acuerdos internacionales¹⁸⁴⁸ y sirve de «criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales»¹⁸⁴⁹ se ha ido sentando un criterio más o menos uniforme sobre la importancia de la asistencia letrada durante la etapa de privación de libertad prejudicial

¹⁸⁴⁵ En efecto, en esa oportunidad el TC se constrictó a analizar el art. 527 a) LECrim, considerando que éste forma parte de la legislación de desarrollo del artículo 17.3 CE que refiere el derecho a la asistencia letrada de todos los detenidos en diligencias policiales y judiciales; y precisó que «cualquier otro derecho fundamental distinto que sea ajeno al ámbito de protección del art. 17.3 CE, incluido el de defensa y asistencia letrada garantizado por el art. 24.2 de la propia Constitución, queda[ba] al margen del contenido objetivo» de su análisis en ese proceso constitucional. Por consiguiente, se evitó un examen global de la constitucionalidad de la institución de la incomunicación durante la detención preventiva. *Vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4.

¹⁸⁴⁶ *Vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4, ampliamente comentada en capítulo II, apartado B.4.

¹⁸⁴⁷ *Cfr.* STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6. Señalando que analizaría si «en la situación excepcional de incomunicación del detenido cuya constitucionalidad no se discute» había bienes constitucionalmente reconocidos que permitieran que el legislador redujera en su protección «el derecho de asistencia del detenido incomunicado *al nombramiento* de Abogado de oficio». [énfasis añadido].

¹⁸⁴⁸ *Vid.* STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9.

¹⁸⁴⁹ *Vid.* STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4.

—detención preventiva—, su contenidos y su importancia, no sólo para el derecho a la libertad, sino para contribuir a la defensa de otros derechos del detenido, como son el derecho de defensa, el derecho a no ser obligado a declarar y a guardar silencio, evitar situaciones que provoquen la autoincriminación y la salvaguarda de su derecho a la integridad física y psíquica. La muestra más tangible de la necesidad de sentar, con claridad, un estándar más o menos unificado sobre el contenido esencial y el ejercicio del derecho a la asistencia letrada durante la etapa de privación de libertad previa a la presentación de un juez, es la Directiva 2013/48/UE, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*.

Teniendo en cuenta lo anterior y derivado de criterios jurisprudenciales¹⁸⁵⁰, anteriormente identificamos tres elementos que constituyen el contenido del derecho a la asistencia letrada de los detenidos: El acceso a un abogado, el asesoramiento técnico-jurídico y la presencia e intervención del abogado en las diligencias policiales.

Ahora bien, que la imposibilidad de designar a un letrado de la propia elección constituya una limitación «razonable» al derecho a la asistencia letrada, no está en discusión¹⁸⁵¹. Sin embargo, la incomunicación incide además en otro contenido del derecho, el del asesoramiento técnico -jurídico que se materializa con la entrevista reservada entre el letrado y su representado, cuestión que, como dijimos previamente, no fue analizada.

¹⁸⁵⁰ Nos referimos a todas las Sentencias del TEDH que dan soporte al análisis del Derecho a la Asistencia Letrada en el apartado B.4 del capítulo II.

¹⁸⁵¹ Aunque algunos autores consideran que «la facultad de libre designación debe reconocerse parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada que consagra el artículo 17.3 CE» y desde esa perspectiva, dudan de la proporcionalidad de la denegación de abogado de confianza al detenido incomunicado. Sobre todo, teniendo en cuenta que en estos casos la asistencia letrada discurre por unos cauces muy estrictos, «ya bastante dura es la negación al incomunicado del derecho a la entrevista con su abogado y a la comunicación a su familia del hecho de la detención [...] pero, al menos, la persona detenida, cualquiera que sea su condición, debe tener asegurada una asistencia eficaz y responsable, que queda plenamente garantizada cuando se reconoce el derecho incondicionado a la libertad de elección del defensor.» *vid.* PÉREZ MACHIO, Ana I, «La Detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿Una medida lesiva de derechos humanos?», *op. cit.*, p. 180; SORIANO, Ramón, «El derecho a la asistencia letrada del detenido», *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Núm. 13, diciembre, 1984, p. 45, respectivamente.

La omisión de análisis por parte del TC, respecto de la entrevista reservada entre el detenido y su abogado, que podría dar pie a interpretaciones que permitan la prohibición de la entrevista en sí misma considerada –como ya se mencionó–, lo que en la práctica podría implicar una suspensión, incluso se podría llegar a hablar de supresión de un elemento del derecho a la asistencia letrada. Esta omisión ha pasado tan aparentemente desapercibida que, en el siguiente pronunciamiento del TC respecto a la legitimidad constitucional de la limitación del derecho a la asistencia letrada del detenido incomunicado, de forma automática convalidó la restricción de la entrevista, integrándola, sin hacer nada más que una simple cita, al análisis que hizo sobre el art. 527 a) –según la redacción que tenía este artículo antes de la reforma de 2015—. Así, en el recurso de amparo que motivara el ATC 155/1999 señaló:

«[...], la situación de incomunicación de detenidos constituye una limitación del derecho a la asistencia letrada del mismo recogida como una de las garantías consagradas en el art. 17.3 C.E., en la medida en que la incomunicación supone tanto la imposibilidad de nombrar Letrado de la confianza del detenido como la de entrevistarse de forma reservada con el Letrado, conforme establece el art. 527 en relación con el 520 L.E.Crim (STC 196/1987, fundamento jurídico 5.2)»¹⁸⁵²

Y ese criterio, en términos casi idénticos estableció en la posterior STC 127/2000¹⁸⁵³. Quizá esa hubiera sido una buena oportunidad para rectificar su criterio y adecuar la interpretación que se había mantenido sobre el alcance del derecho a la asistencia letrada de los detenidos incomunicados y que, en conexión, le reconoce legitimidad constitucional a la incomunicación¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵² ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4 a). Insistimos, basta leer el fundamento jurídico 5 de la STC 196/1987 y si se es más cuidadoso, el contenido completo de la misma, y la única mención a la entrevista reservada con el abogado es la que vertieron en su Voto particular los Magdos. BEGUÉ, LATORRE y LEGUINA, citado anteriormente.

¹⁸⁵³ Cfr. STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a)

¹⁸⁵⁴ Recordemos que, aunque al Tribunal Constitucional no le corresponde examinar la observancia o inobservancia *per se* de los tratados internacionales que obligan a España, sino verificar el respeto a preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales, por mandato del art. 10.1 CE dichos preceptos deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España.

Por otro lado, a la luz de la Directiva 2013/48/UE, si bien es cierto que algunas de las garantías del derecho a la asistencia letrada –art. 3.3¹⁸⁵⁵— pueden ser objeto de restricciones, como es el caso de la entrevista en privado entre el detenido y su letrado, éstas deben ser de aplicación temporal «en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción»¹⁸⁵⁶, en la medida en que ello pueda justificarse sobre la base de alguna de las razones imperiosas previstas en la Directiva –art. 3.6¹⁸⁵⁷—, razones que el legislador orgánico español reprodujo en esencia, consignándolas en el art. 509 LECrim, como circunstancias que pueden motivar el acuerdo judicial de una detención o prisión con incomunicación¹⁸⁵⁸

Además, las restricciones temporales que en la legislación nacional se establezcan a los elementos del derecho a la asistencia letrada reconocidas en la Directiva 2013/48/UE deben satisfacer unas condiciones generales¹⁸⁵⁹: a) como toda limitación de derechos

¹⁸⁵⁵ «Art. 3.3. El derecho a la asistencia de letrado implicará lo siguiente:

a) [...] que el sospechoso [...] tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;

b) [...] que el sospechoso [...] tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate. Cuando un abogado intervenga durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional;

c) [...] que el sospechoso [...] tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto: i) ruedas de reconocimiento, ii) careos, iii) reconstrucciones de los hechos.»

¹⁸⁵⁶ Art. 3.6 Directiva 2013/48/UE.

¹⁸⁵⁷ El artículo 3.6 de esta Directiva señala las siguientes «razones imperiosas»: «a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.»

¹⁸⁵⁸ En este sentido hay que subrayar, en la Directiva, tales razones imperiosas son para justificar alguna restricción del derecho a la asistencia letrada, nada más. Por ello, creemos que no permitirían justificar una acumulación de restricciones de derechos fundamentales, ni de los que se reconocen en la Directiva, menos aun de otros derechos fundamentales que tiendan a garantizar el derecho de defensa y, en conjunto, incidir en el derecho a un juicio equitativo. Recordemos que, como el TC ha reconocido, la incomunicación es una situación que afecta a más de un derecho fundamental.

¹⁸⁵⁹ Art. 8 Directiva 2013/48/UE. Además de las condiciones citadas en el cuerpo del trabajo, el artículo en comento contempla en su apartado 2, que «Las excepciones temporales previstas en el artículo 3, apartados [...] 6» es decir, las garantías del derecho a la asistencia letrada, pueden autorizarse en virtud de una resolución motivada e individual adoptada por una autoridad judicial o por otra autoridad competente, siempre que su decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional. Aunque esto podría dar pauta para quienes pretenden justificar la adopción policial de la incomunicación en los casos de detención por delitos de terrorismo, hay que recordar, las limitaciones o excepciones que se prevén en la Directiva deben ser temporales, y las consecuencias de la incomunicación se proyectan durante toda la etapa prejudicial, incluso subsistiendo a ésta.

fundamentales, deben ser proporcionadas y limitadas a lo estrictamente necesario; b) deben ser rigurosamente limitadas en el tiempo y c) no pueden basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción. Y las dos últimas condiciones no son respetadas por la incomunicación prevista en el art. 520 bis 2 LECrim, porque se basa, precisamente, en el tipo o la gravedad de los presuntos delitos: terrorismo¹⁸⁶⁰ y porque la incomunicación puede durar todo el periodo de detención, con lo que, consideramos, podría afectar el carácter temporal de las restricciones a las garantías del derecho a la Asistencia Letrada¹⁸⁶¹ reconocido en la Directiva 2013/48/UE antes mencionada, durante esta etapa.

Aunado a ello, recordemos que el acceso o el ejercicio de la asistencia letrada durante la detención preventiva¹⁸⁶², como reitera el TEDH al interpretar el art. 6.3(c) CEDH en relación con las detenciones referidas en el art. 5.1(c) CEDH, puede ser objeto de limitaciones, siempre y cuando éstas no ocurran de manera sistemática¹⁸⁶³, sino que exista una razón imperiosa o un motivo fundado que justifique tales restricciones¹⁸⁶⁴, como por

¹⁸⁶⁰ Como el TC lo señaló los «delitos de terrorismo, que son precisamente los supuestos para los que el legislador ha previsto las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención (art. 520 bis LECrim), realizando de este modo una previa ponderación de la necesidad de incomunicación en estos casos,» *vid.* STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 5, recordando la STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c).

¹⁸⁶¹ Pues si la restricción para designar letrado o para entrevistarse reservadamente con éste subsiste durante toda la vigencia de la detención prejudicial, creemos, deja de ser una limitación, convirtiéndose en una auténtica supresión, una desaparición de alguno de los contenidos del derecho a la asistencia letrada durante la custodia policial

¹⁸⁶² Entendiendo dentro del acceso la consulta con el letrado, pues el TEDH recuerda que la Convención busca garantizar derechos prácticos y efectivos y no teóricos e ilusorios, por lo que la mera asignación de un abogado no sería suficiente para garantizar la efectividad de la asistencia que puede ofrecerse a un acusado. *Vid.* SSTEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre 1993, párr. 38; *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 51.

¹⁸⁶³ Así, en STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 56, el TEDH valoró que la restricción de acceso al abogado durante la detención policial, se había hecho solamente con base en una previsión legal, sin ninguna otra justificación para negar el acceso del peticionario a un abogado más que el hecho de que así estaba previsto, de manera sistemática, por las disposiciones legales pertinentes. Como tal, resultaba insuficiente para satisfacer las exigencias del artículo 6 CEDH a este respecto.

¹⁸⁶⁴ La cuestión, en cada caso, será determinar si la restricción se encuentra justificada y en tal caso, si a la luz del procedimiento en su conjunto no se ha privado al afectado de un juicio justo, pues incluso una restricción justificada es capaz de tal efecto en ciertas circunstancias. *Vid.* SSTEDH, *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 52; *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 63; *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000, párr. 41; *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párr. 45. Sobre la intensidad de la restricción al ejercicio del derecho a la asistencia letrada y, en consecuencia, el carácter imperioso o necesario y suficiente de las razones, *vid. supra.* Capítulo II, apartado B.4, especialmente epígrafes b., e. y g., así como jurisprudencia citada en notas a pie 639 a 642, 727 y 780.

ejemplo, puede retrasarse la asistencia letrada¹⁸⁶⁵ o no ser de libre elección¹⁸⁶⁶; pero por regla general, el acceso a un abogado –con la asesoría técnica que ello implica– debería proporcionarse desde las primeras etapas de la privación de libertad¹⁸⁶⁷. El detenido debería contar con la posibilidad de entrevistarse con su abogado antes de pasar a disposición judicial¹⁸⁶⁸.

¹⁸⁶⁵ Como botones de muestra 1) STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 23, 37-39, 43, 47-49, 55-56, 188-190, 193-198. En aplicación de una legislación antiterrorista los detenidos fueron incomunicados, ello permite aplazar el acceso al abogado hasta por 48 hrs. y mientras dura tal restricción, celebrar alguna entrevista en ausencia de abogado y antes de que el detenido tenga oportunidad de buscar asistencia letrada. Esa entrevista de carácter urgente [«safety interview»] se vincula a la finalidad de proteger la vida o evitar graves daños a la propiedad; en principio, el detenido es interrogado con la finalidad de asegurar información que pueda ayudar a evitar daños a la comunidad, p.e. evitando un futuro ataque terrorista. Pues bien, en el caso de tres de los cuatro peticionarios, se determinó el aplazamiento del acceso a un abogado y fueron sometidos a la entrevista que comentamos sin la asistencia de un letrado, sin embargo, cuando todavía estaban en custodia policial, la restricción a la asistencia letrada fue levantada y tuvieron acceso a un abogado antes de que transcurrieran más de 10 horas de haber sido detenidos.

2) STEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993, párrs. 64, 24, existiendo una derogación al art. 5.3 CEDH y en aplicación de la legislación antiterrorista, los peticionarios fueron privados de su libertad en circunstancias excepcionales donde la detención previa intervención judicial podía prolongarse hasta siete días, y aunque durante esa detención podía retrasarse el derecho a consultar en privado con su abogado, siempre que existieran razones fundadas para hacerlo, tal aplazamiento tenía un límite de cuarenta y ocho horas.

3) STEDH *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001, párrs. 54, 62, fue restringido el acceso a un abogado durante las primeras 24 hrs. y cuando fue entrevistado por la policía dentro de ese periodo, no hizo ninguna declaración que resultara incriminatoria; así que, en cuanto al aplazamiento de la entrevista con el abogado el TEDH no encontró violación al derecho a la asistencia letrada; suerte distinta tuvo la cuestión relativa a la presencia de un oficial de policía durante la entrevista del detenido con su abogado.

¹⁸⁶⁶ Restricción que se analizó en SSTEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015; *Croissant v. Alemania*, 13611/88, Sentencia de 25 de septiembre de 1992; *Martin v. Estonia*, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013.

¹⁸⁶⁷ Desde el primer interrogatorio al sospechoso a cargo de la policía; sobre todo cuando a partir de la legislación nacional puedan atribuirse consecuencias a la conducta de un acusado en la etapa inicial de la privación de libertad –interrogatorios policiales– que sean determinantes para la perspectiva de la defensa en cualquier proceso penal subsecuente, en tales circunstancias se deriva del art. 6 CEDH, el requerimiento de que al acusado se le permita beneficiarse de la asistencia de un abogado desde la etapa inicial de la detención, en los interrogatorios policiales. Y aunque existieran razones imperiosas que permitieran justificar excepcionalmente la denegación de acceder a un abogado, tales restricciones –cualquiera que sea su justificación– no deberá perjudicar excesivamente los derechos del acusado del art. 6 CEDH pues, en principio, los derechos de defensa se verán irremediadamente perjudicados si declaraciones incriminatorias hechas durante los interrogatorios policiales sin acceso a un abogado son utilizadas para la condena. Al respecto *vid.* SSTEDH *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996, párr. 63 y *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 55.

¹⁸⁶⁸ El acceso a abogado es una garantía indispensable y elemento esencial del derecho a la tutela judicial, a la asistencia letrada y al derecho de defensa, por lo que reiteramos que, incluso en situación de incomunicación, el detenido debe poder tener acceso al abogado. Es cierto que la LECrim, dentro de las limitaciones que establece para la detención incomunicada, permite que los detenidos incomunicados no puedan realizar una entrevista reservada con su abogado; pero el no permitir la entrevista reservada no puede

Por lo expuesto, creemos que la reducción del contenido del derecho del derecho a la asistencia letrada de los detenidos provocado por la incomunicación, es de tal trascendencia que lo hace casi impracticable, disminuyendo notoriamente su función. Aunado a ello, el derecho a la asistencia letrada no forma parte de los derechos suspendibles ex art. 55.2 CE.

b) Derecho al Secreto de las Comunicaciones

Hasta ahora el TC se ha limitado a analizar la incomunicación en forma parcial –o unidireccional, como señala Remotti Carbonell¹⁸⁶⁹, constriñéndose a la afectación que una sola de sus consecuencias puede tener en el derecho del art. 17.3 CE y parece que a pocos ha importado lo que la incomunicación puede concernir al artículo 18.3 CE.

Pues bien, como hemos venido subrayando, la incomunicación, además de la limitación del derecho a la asistencia letrada, siempre ha contenido otras consecuencias que se derivaban de los incisos b) y c) del anterior art. 527 LECrim y que –a reserva de la interpretación— serían más o menos equiparables a las de los incisos b) y c) del actual art. 527.1 LECrim.

implicar, de ninguna manera, que se impida la entrevista misma, sea con abogado de libre elección o, según el caso, con abogado de oficio.

Resaltamos esta consideración puesto que hemos detectado que, en alguna sentencia del TC, en la parte referida a los hechos, se hace referencia por los recurrentes a que en la etapa policial, el abogado de oficio estuvo presente en el interrogatorio pero no pudo tener una entrevista (ni reservada ni no reservada) con este abogado de oficio.

Independientemente de que el TC, al resolver el caso considerara que en el interrogatorio policial contó con abogado de oficio y que posteriormente ante el juez ya contó con abogado particular, y que en estas diligencias judiciales no se cuestionara la asistencia letrada en la detención, no quita el hecho de que si la prohibición afecta de manera constante a la entrevista con el abogado, y no sólo a su carácter reservado, debemos expresar nuestra profunda preocupación puesto que de ser así, se estaría produciendo una arbitrariedad no prevista en la ley. Tal como fuera destacado por Esteban y López Guerra al señalar, en su momento, que aun cuando se establecía que la incomunicación se realizara sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al detenido, lo cierto es que «la práctica policial habitual no suele permitir la comunicación del detenido con su abogado defensor», considerando que ello era «una abierta conculcación del 'contenido esencial del art. 17.3'» CE. *Vid.* ESTEBAN, Jorge de y LÓPEZ GUERRA, Luis, *op. cit.*, p. 154.

¹⁸⁶⁹ *Cfr.* REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 266. Siendo esta una de las razones por las que el autor, y suscribimos su criterio, señalara la inconstitucionalidad de la medida, al referir que «de haber analizado la compatibilidad de tal medida respecto del artículo 18.3 CE, el Tribunal Constitucional hubiera encontrado con que la incomunicación suspende las comunicaciones, mientras que el artículo 55.2 CE sólo permite suspender, respecto al artículo 18.3 CE, el secreto de las mismas».

- i. La privación de comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.
- ii. El impedimento al detenido de entrevistarse en privado con su abogado.

Recordemos que cuando el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de la incomunicación, señaló que cualquier otro derecho fundamental distinto que fuera ajeno al ámbito de protección del art. 17.3 CE, quedaba al margen del contenido objetivo de su análisis¹⁸⁷⁰.

Pues bien, a nuestro parecer, las dos consecuencias referidas de la incomunicación nulifican el bien protegido por el art. 18.3 CE, el cual, por la propia naturaleza de la situación de privación de libertad –con o sin prórroga, con o sin incomunicación— ya ve especialmente regulado y disminuido su ejercicio, por todas las consideraciones a este respecto vertidas en el capítulo anterior.

Interesa destacar que este derecho fundamental consagra dos cuestiones: implícitamente, la libertad de las comunicaciones; y expresamente, el secreto de las mismas; que el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, a través de la imposición a todos del «secreto»¹⁸⁷¹; que por cuanto a la cuestión implícita –libertad de comunicar¹⁸⁷²—, como acción o conducta individual para, por cualquier medio, enviar un mensaje, la Constitución no deriva limitación alguna pero, entendemos que, si el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, éstas no pueden ser impedidas del todo, porque vaciarían de contenido el derecho a garantizar al secreto de las mismas. De tal suerte que, lo constitucionalmente permitido es limitar o restringir el secreto de las comunicaciones, más no suspender el proceso de transmisión del mensaje¹⁸⁷³.

¹⁸⁷⁰ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4. La cuestión de inconstitucionalidad planteada versaba sobre el inciso a) del artículo 527 LECrim, y no hacía referencia alguna a los otros dos incisos.

¹⁸⁷¹ Vid. STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; y capítulo III, apartado B.3.b.

¹⁸⁷² Vid. *Ídem.*, FJ 7.

¹⁸⁷³ Recordemos que el reconocimiento expreso de garantizar el secreto de las comunicaciones, como garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la misma –públicos o privados—, es un derecho con *eficacia erga omnes*. En ese sentido se ha dicho que la presencia de un tercero ajeno a quienes mantienen el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional. En cuanto al concepto de «secreto», éste no se constriñe al contenido de la comunicación, sino que abarca

Además de ser reconocido como derecho autónomo¹⁸⁷⁴, tiene un carácter coadyuvante o complementario de otros derechos, en la medida en que pueda contribuir a su salvaguarda, tal es el caso de la confidencialidad de la asistencia letrada o el derecho a la intimidad personal y familiar¹⁸⁷⁵, sin que por ello pierda su condición de derecho público subjetivo¹⁸⁷⁶. No está configurado constitucionalmente con un carácter absoluto en el art. 18.3 CE, y aunque en diversos ámbitos jurisdiccionales se había señalado que la legislación de desarrollo del derecho del art. 18.3 CE era insuficiente y poco clara¹⁸⁷⁷, ello procuró subsanarse con la reforma a la LECrim adoptada por la Ley Orgánica 13/2015, pero hay que puntualizar, se regula la interceptación del proceso comunicativo, previa autorización judicial, con fines de investigación basada en unos indicios racionales.

Ahora bien, pueden ser sujetos pasivos de la restricción del derecho tanto las personas que se encuentran privadas de su libertad sujetas a proceso, como a las personas en libertad —o no— sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, siempre que la restricción sea acordada de manera motivada por un Juez. En efecto, el Alto Tribunal ha señalado que a la luz del art. 18.3 CE, «los ciudadanos que gozan del *status libertatis* sólo pueden ver restringida su libertad de comunicar por obra de una resolución judicial»; de manera similar, las comunicaciones entre un sujeto interno en un establecimiento penitenciario y su Abogado o Procurador solo puede ser intervenida por los órganos jurisdiccionales, de esta forma se garantiza *a priori* el control judicial¹⁸⁷⁸.

también otros aspectos de la misma; por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. Sugerimos apartado B.3.b. del capítulo anterior y las SSTC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7 d); 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a), 114/1984, de 29 de noviembre FJ 7; 70/2002, de 3 de abril, FJ 9 b) 2 y 3.

¹⁸⁷⁴ Cuya específica protección constitucional «reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de [las] comunicaciones en la medida en que son posibilidades mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación» *vid.* STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a).

¹⁸⁷⁵ *Cfr.* STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3.

¹⁸⁷⁶ Un análisis más acucioso sobre el alcance de este Derecho *vid.* Capítulo III, apartado B.3.b.

¹⁸⁷⁷ P.e. SSTC 145/2014, de 22 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5 o STEDH *Prado Bugallo v. España*, 58496/00, Sentencia de 16 de febrero de 2003, párr. 30; donde el Tribunal consideró que la ley de 1988, no respondía a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del TEDH para evitar abusos.

¹⁸⁷⁸ *Cfr.* STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3. En este sentido, cabe recordar que hasta antes de la STC 145/2014, el TC sólo se había referido a la forma en que puede limitarse el derecho derivado del art. 18.3 CE, por cuanto a los ciudadanos que gozan el *status libertatis* o por cuanto aquéllos que se encuentran privados de su libertad por disposición judicial, pero había omitido hacer mención de aquellas personas cuyo *status libertatis* está a punto de ser judicialmente definido, los detenidos —incomunicados o no—.

Lo anterior, permite comprobar que las comunicaciones personales entre un defendido y su abogado, no pueden entenderse únicamente a la luz del derecho a la asistencia letrada, sino que éstas – como el resto de comunicaciones— también se encuentran protegidas por el derecho derivado del art. 18.3 CE. Y en consecuencia, podemos sostener que *mutatis mutandis*, la comunicación del detenido con su abogado a través de la entrevista reservada, se encuentra protegida y debe analizarse también desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones y que, para limitarla, debe tenerse en cuenta el alcance de ambos derechos constitucionales, a la luz de lo previsto en el art. 55.2 CE que lo único que permite es el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

En cuanto a la imposibilidad de comunicar con un tercero con quien se tenga derecho, como afectación a la libertad de las comunicaciones, tomamos como referencia la cobertura legal sobre el secreto de las comunicaciones de los privados de libertad en un centro penitenciario, que además del. 18.3 CE, se regula también por el régimen constitucional autónomo¹⁸⁷⁹ del art. 25.2 CE¹⁸⁸⁰ y el art. 51 de la LOGP; un ámbito de aplicación diferente a nuestro objeto de estudio que evidentemente no puede traspolarse, pero sí puede darnos algunas luces sobre lo que implica y como se puede restringir el secreto de las comunicaciones de los privados de libertad –procesados o condenados—. En ese sentido retomamos la diferenciación entre comunicaciones genéricas y específicas¹⁸⁸¹, así como el reconocimiento inicial de la libertad para comunicarse y la posibilidad de restricción por una incomunicación judicial¹⁸⁸², aunque en el caso de las «genéricas» la restricción puede autorizarse por una autoridad administrativa –Director del centro penitenciario—por razones de seguridad, interés del tratamiento o buen orden

¹⁸⁷⁹ Cfr. SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a), 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7.b).

¹⁸⁸⁰ Artículo 25.2 CE «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

¹⁸⁸¹ Capítulo III, apartado B.3.c.i) Especial ejercicio del Derecho

¹⁸⁸² Cfr. STC 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 b). En el mismo sentido SSTC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; 188/1999, de 25 de octubre de 1999, FFJJ 6, 8; 58/1998, de 16 de marzo, FJ 2.

del establecimiento, siempre tiene que hacerlo del conocimiento de la autoridad judicial para garantizar la efectividad del control judicial de la limitación¹⁸⁸³.

Por razón de lo anterior, reiteramos que, atendiendo a su contenido, es dable afirmar que dos de las consecuencias de la incomunicación de los detenidos –por el 527 LECrim– proyectan su efecto en el objeto de protección del derecho derivado del art. 18.3 CE.

Por una parte, en cuanto al impedimento de la entrevista reservada con el abogado –art. 527.1.c) LECrim, en virtud de la existencia de indicios racionales de la participación del detenido en alguno de los delitos del art. 384 *bis*, conforme prevé el art. 520 *bis* 2 LECrim.

Por otra parte, sobre la imposibilidad de «comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo» que, además del abogado que le brinde asistencia técnica, pueden ser:

- 1) El Tercero de su elección, mediante comunicación telefónica –en presencia de un funcionario de policía¹⁸⁸⁴– art. 520.2.f) LECrim
- 2) Las autoridades consulares de su país –visita, comunicación y correspondencia–. Art. 520.2.g) y 520.3 LECrim

Las únicas personas con quienes no puede impedirse comunicación son: evidentemente, la policía que tenga en custodia, el Ministerio Fiscal, el Médico Forense y la autoridad judicial. Pues bien, aunque resulte positivo que se reconozca la posibilidad de comunicarse con el Médico Forense, no parece que haya ninguna razón aceptable desde una perspectiva constitucional y de derechos fundamentales, para que a una persona abstraída de su realidad, privada de libertad en custodia policial, quizá prorrogada; no se le permitiera comunicarse con el legista que debe verificar las condiciones de salud que presenta tras la aprehensión, mientras dure la custodia y a la conclusión de esta.

En otro orden de ideas. Este derecho, a diferencia del derecho a la asistencia letrada, sí puede ser suspendido con motivo de las investigaciones de delitos de terrorismo, conforme lo ha reconocido la Constitución en su art. 55.2, por tanto, este artículo habilita a que pueda levantarse el secreto de las comunicaciones y, de hecho, a diferencia de lo que

¹⁸⁸³ Cfr. STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5.

¹⁸⁸⁴ Sobre la presencia del funcionario policial mientras se realiza la llamada telefónica nos remitimos a nuestros comentarios vertidos en el apartado B.3.c.ii) A) del capítulo III.

sucede en el caso del derecho a la libertad, en este caso la intervención judicial es posterior¹⁸⁸⁵ y en ello, precisamente, radica la suspensión, en que el sacrificio del derecho pueda ser adoptado de manera momentánea por la autoridad gubernativa, sin la previa autorización de un Juez.

Ahora bien, del artículo 55.2 CE «no puede deducirse la posibilidad de una inicial competencia gubernativa para decidir sobre la observación o interceptación de las comunicaciones: el mismo no autoriza a la ley para suprimir de forma general y para todos los casos en aras de una mayor efectividad de la suspensión del derecho, la previa intervención judicial»¹⁸⁸⁶. Por ello, debe realizarse una adecuada ponderación entre las finalidades perseguidas por el art. 55.2 CE, es decir, de un lado la suspensión singular del derecho al secreto de las comunicaciones, y de otro garantizar al máximo posible la intervención judicial¹⁸⁸⁷, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Teniendo ello en cuenta, una breve mención a la legislación que desarrolla la suspensión de este derecho. Anteriormente el apartado cuarto del artículo 579 LECrim configuraba la suspensión individual del derecho en relación con las investigaciones por delitos de terrorismo, es decir, aquella que puede sufrir el art. 18.3 CE conforme al 55.2 CE; sin embargo fue reformado por la Ley Orgánica 13/2015 y en ésta no se encuentra la mención expresa de que alguno de los artículos por los que se establecieron las medidas de investigación que pueden afectar a los derechos del art. 18 CE sea desarrollo de la suspensión de derechos. Ello no obstante, atendiendo a su contenido, entendemos que los artículos que podrían constituir el desarrollo del art. 55.2 CE son:

En cuanto a la correspondencia escrita o telegráfica, Art. 579¹⁸⁸⁸ LECrim:

¹⁸⁸⁵ Por aplicación del principio de concordancia práctica. Al respecto *vid. supra* p. 505, con cita en. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7.

¹⁸⁸⁶ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 10.

¹⁸⁸⁷ *Cfr. Ídem.*, FJ 10.

¹⁸⁸⁸ LECrim «Artículo 579. De la correspondencia escrita o telegráfica.

1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

«3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.»

En materia de interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas, Art. 588 *ter*

d)¹⁸⁸⁹LECrim:

«3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El

3.º Delitos de terrorismo.

2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, [...]»

¹⁸⁸⁹ LECrim «Artículo 588 *ter* d. Solicitud de autorización judicial.

1. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos mencionados en el artículo 588 *bis* b, los siguientes:

a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,

b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o

c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

2. Para determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:

a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.

b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.

c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.

d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.».

juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.»

En ambos casos, la medida de suspensión del derecho consiste en acordar por resolución motivada, la observación de las comunicaciones –sean escritas, telegráficas, telefónicas o telemáticas— de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal. Y la excepción, sólo tratándose de investigaciones que se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y además, condicionado al criterio de urgencia y a la existencia de razones fundadas que hagan imprescindible la medida –intercepción de lo comunicado—, puede decidirla inicialmente una autoridad gubernativa superior – Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad— y de manera sucesiva comunicarlo al Juez- Así, logra conciliar la suspensión del derecho previsto en el art. 18.3 CE con la necesaria intervención judicial, condicionamiento procesal y de garantía impuesto por el art. 55.2 CE.

Finalmente y a manera de criterio orientativo, recordamos que el Tribunal Supremo tuvo ocasión de señalar que los preceptos que deben ser interpretados al decidir acerca de la intervención de las comunicaciones entre los internos [y en tal caso, sus letrados] «son, principalmente, los artículos 14.3 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; los artículos 10.2, 18, 25.2, 24.2, 55.2 y 120.3 de la Constitución; el artículo 51 de la LOGP y el artículo 579 de la LECrim.»¹⁸⁹⁰

A la luz de lo anterior, cabría preguntarnos si toda la normativa citada es también aplicable para los detenidos por motivo de investigaciones de delitos de terrorismo, pues ellos tampoco gozan de un *status libertatis*, y aunque no se encuentran todavía dentro de un proceso penal; en el plano de los hechos, durante un plazo de hasta cinco días permanecen en custodia del Estado, a la expectativa de que su *status jurídico* sea definido por una autoridad judicial. Nos parece que, aunque en menor medida que quien se encuentra sometido a un proceso, también adquieren un status propio que se configura como una relación de sujeción especial; situación especial que el propio TC ha reconocido, señalando

¹⁸⁹⁰ Vid. STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009, FD Décimo segundo, 2.

que «el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado» por lo que es «es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral»¹⁸⁹¹.

4) Jurisdiccionalidad de la incomunicación

Este criterio alude a la exigencia del monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, conocido también como «reserva judicial». Y, dentro de este, a la especial motivación o «motivación reforzada» que se exige a las resoluciones que limitan derechos fundamentales.

Así pues, las resoluciones que acuerden la incomunicación durante la detención, además de contar con la motivación exigible a cualquier resolución judicial –a la luz del artículo 24.1 CE—, deberán tener la motivación reforzada que haga asequible la ponderación sobre los intereses en juego existentes que el operador jurídico realice al momento de adoptar la medida. Es decir, la motivación debería poder dar respuesta a las ya formuladas interrogantes de: ¿Cuál es el derecho que se está sacrificando? ¿Por qué se está sacrificando? ¿Qué fin persigue? ¿El fin es constitucionalmente legítimo?¹⁸⁹² Veamos:

Como se ha reconocido que «[...]la incomunicación [es] algo más que un grado de intensidad en la pérdida de la libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de esta situación de incomunicación para los derechos del ciudadano», se ha insistido en que «[...] la adecuación a la Constitución de las resoluciones judiciales que la autorizan han de analizarse desde la perspectiva de un especial rigor»¹⁸⁹³:

Así, la resolución que adopta la incomunicación, debiera contener el análisis que el Juez realiza y que lo lleva a determinar que no hay otra medida menos gravosa para los derechos fundamentales del afectado y que provoque iguales resultados –criterio de necesidad—; que con dicha medida realmente se asegura un bien o interés constitucionalmente relevante –criterio de idoneidad— y la ponderación en sentido estricto –que el sacrificio del derecho no sea desmedido—. Y además, al encontrarnos en

¹⁸⁹¹ STC 224/2007, de 22 octubre, FJ 3.

¹⁸⁹² *Vid. supra* p. 312.

¹⁸⁹³ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11, reiterado en las SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4 y ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4 a).

el ámbito penal, debería de apreciarse el *prius lógico de proporcionalidad*: la conexión entre la causa que justifica la medida –los delitos que se están investigando— y la persona a la que se le aplica la limitación de derechos, basada en sospechas fundadas, es decir, apoyadas en datos objetivos¹⁸⁹⁴.

En ese orden de ideas, una resolución judicial¹⁸⁹⁵ que adopta la incomunicación al amparo del artículo 509.1 LECrim, deberá contener desde el momento mismo en que se ordena, la ponderación judicial sobre la necesidad y justificación de la medida; justificación que tendrá que ser a la luz del artículo que comentamos, «practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior» esto es, «a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, [...]».

Por su parte, las resoluciones judiciales que adoptan la incomunicación al amparo del artículo 520 *bis* 2 LECrim, deberían estar debidamente motivadas tanto expresando la necesidad y oportunidad de la medida, los fines de la misma y estar vinculadas a investigaciones en materia de terrorismo. No debe perderse de vista que el artículo en cuestión –a diferencia del 509.1 LECrim— desarrolla una situación excepcional de suspensión individual de derechos y es, dentro de ésta, que tiene lugar la incomunicación.

En conexión, la autoridad judicial que interviene es un Juez Central de Instrucción que actúa a petición de agentes de la autoridad gubernativa –Policía o Guardia Civil—, que le solicitan la adopción de la medida que, en los casos de bandas armadas o elementos terroristas, iniciará su ejecución inmediatamente sea solicitada y mientras el juez no resuelva en el plazo de veinticuatro horas. Por ello, en la práctica, en estos casos quien adopta la limitación de derechos no es la autoridad judicial, sino la gubernativa, mientras que la primera únicamente confirma o niega la continuación de la medida limitante adoptada: la incomunicación.

¹⁸⁹⁴ Sobre las sospechas fundadas, *vid.* Capítulo I, apartado C.3.a y capítulo III, apartado B.3.c. iii).

¹⁸⁹⁵ Si bien es cierto que la primera vez que el Alto Tribunal se pronunció sobre la incomunicación, subrayó que la ley procesal penal concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido; también es cierto que ello lo hizo cuando analizó la constitucionalidad del artículo 527 a) LECrim, introducido por la Ley Orgánica 14/1983 que desarrollaba el artículo 17.3 CE; por tanto, no utilizó como parámetro de constitucionalidad el artículo 55.2 CE. Además, en ese momento no existía el artículo 520 *bis* 2 LECrim, que actualmente da cabida a la incomunicación provisional decidida por la autoridad gubernativa. *Vid.* STC 196/1987, de 11 de diciembre de 1987, FJ 7.

Lo anterior no es nuevo, recordemos que desde que se analizó la constitucionalidad del derogado art. 15.1 de la Ley Orgánica 9/1984, aunque se insistía en que en el ordenamiento jurídico español «la decisión de incomunicación corresponde siempre al órgano judicial aún en el caso de las detenciones gubernativas»; por lo que ni siquiera a la luz del artículo 55.2 CE podría justificarse «la eliminación de la intervención judicial al respecto»¹⁸⁹⁶; también se consideró que atendiendo a la naturaleza de la incomunicación y a la finalidad de no perjudicar el éxito de la instrucción, podía entenderse que la ordenación inmediata de la medida fuera realizada por la autoridad gubernativa, sin que ello excluyera ni impidiera el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por el órgano judicial¹⁸⁹⁷, así el TC consideró que la decisión provisional de la autoridad gubernativa, sometida y condicionada a la simultánea solicitud de confirmación del órgano judicial era garantía suficiente del derecho afectado.

Como vemos, se aceptó una intervención judicial sucesiva a la actuación policial, tal y como ocurre con la modulación de la intervención judicial en el caso de suspensión individual de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 18.3 CE; sin embargo, en el caso de éstos, el aplazamiento de la intervención judicial responde al principio de concordancia práctica que impone hacer compatibles la suspensión de esos derechos y la necesaria intervención judicial –contenidos del art. 55.2 CE– y que permite que sólo en último extremo se modalice la segunda para asegurar la posibilidad de la primera, lo cual entra en la lógica del art. 55.2 CE¹⁸⁹⁸.

En efecto, en el caso de la adopción de la incomunicación prevista en el art. 520 *bis* 2 LECrim, parece que se sigue esa lógica y así se compatibiliza de un lado, la intervención judicial que necesariamente debe existir si se trata de restricción de derechos y, de otro lado, la efectividad de una situación restrictiva configurada legalmente, de varios derechos constitucionales de quien padece una privación de libertad prejudicial

¹⁸⁹⁶ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11, no puede dejar de mencionarse, que el artículo entonces impugnado era completamente omiso en señalar la intervención de la autoridad judicial para decretar la incomunicación

¹⁸⁹⁷ Vid. *Ídem.*, FJ 11.

¹⁸⁹⁸ «Si la intervención judicial en estos casos fuera idéntica a todos los efectos a la existente en el régimen común de los derechos de los arts. 17.2 y 18.2 y 3 de la Constitución, no cabría hablar, como la Constitución hace, de suspensión de tales derechos», Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7; además, para un estudio a profundidad, sugerimos a REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 230 y ss.

constitucionalmente prevista –art. 17.2 y 55.2 CE—. Y atendiendo a la efectividad de la situación de restricción de pura configuración legal, cede la intervención judicial, por lo que sólo hay un control judicial *ex post* a una restricción simultánea de derechos adoptada por la autoridad policial. Situación que, a nuestro parecer, escapa de la lógica del art. 55.2 CE¹⁸⁹⁹.

En ese sentido, debemos insistir en señalar que la única suspensión permisible para el derecho a la libertad –en el contexto del art. 55.2 CE—es la relativa a la duración de la detención preventiva, incluso sin alterar el significado procesal de esa detención y sin que decaigan las demás garantías que asisten al detenido –como la asistencia letrada—. No obstante lo cual, por virtud del art. 520 *bis* LECrim, que desarrolla el art. 55.2 CE en cuanto a la detención preventiva, es posible que por un periodo de hasta 24 horas, una persona detenida por investigaciones de delitos de terrorismo, padezca por decisión de la policía la incomunicación, con todas «las trascendentales consecuencias que se derivan de esta situación [...] para los derechos del ciudadano», reconocidamente el de la asistencia letrada¹⁹⁰⁰ y, agregaríamos, al derecho derivado del art. 18.3 CE.

En efecto, el detenido quedará incomunicado por el sólo hecho de que la autoridad gubernativa formule la solicitud de incomunicación al juez, quien resolverá dentro de un plazo de hasta veinticuatro horas. Durante esas primeras veinticuatro horas, realmente quien adopta la decisión de la incomunicación y, en consecuencia, la efectúa es la autoridad gubernativa. Por decisión de ésta, al detenido incomunicado no se le permite designar a un abogado de su confianza; por contra, tendrá un Abogado designado de oficio con quien también puede ver afectado el derecho a entrevistarse de manera reservada –

¹⁸⁹⁹ Al respecto recordamos que, en el contexto de la privación de libertad policial, para el TC, el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984, resultaba inconstitucional «Por hacer posible esa prolongación con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial, [...]» *vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8. Creemos que no hay duda de que, a la luz del art. 55.2 CE, la única suspensión válida a la libertad requiere previa autorización judicial, por ello sorprende que en el caso de la incomunicación de los detenidos, ésta tenga efectos antes de la previa autorización judicial ¿Cómo es posible que, por un lado, se exija la previa autorización judicial para hacer efectiva la suspensión prevista en el art. 55.2 CE; mientras que por otro lado, para el caso de otros derechos del detenido a los que ni si quiera se alude en el art. 55.2 CE, se acepte que la intervención judicial sea posterior?

¹⁹⁰⁰ En la medida en que la incomunicación supone tanto la imposibilidad de nombrar letrado de confianza, como la de entrevistarse en forma reservada con el letrado de oficio. *Vid.* SSTC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4, 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3, 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11, 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4 a).

como excepción a lo establecido por los arts. 118.1.d) y 520.2.c) y 6.d) LECrim— y tampoco tendrá derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección¹⁹⁰¹, y quizá pueda restringírsele el derecho a comunicarse con su autoridad consular¹⁹⁰², como debiera suceder en los términos del artículo 520.2.g) y 520.3 LECrim; situaciones que conforman el contenido mismo del artículo 527 LECrim.

Así pues, transcurridas las veinticuatro horas inicialmente referidas, el Juez debe responder ratificando o revocando la medida, pero expresando los motivos por los que haya sido adoptada la incomunicación, la cual no podrá extenderse más allá de cinco días —arts. 520 *bis* 2 en relación con el art. 509.2 LECrim.—.

Ahora bien, lo que debería llevar a la autoridad policial¹⁹⁰³ a considerar necesaria la incomunicación del detenido «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» —art. 55.2 CE—, es el fin específico establecido en el artículo 509.2 LECrim, aplicable durante la detención preventiva: «practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros» que refiere el art. 509.1 LECrim: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona.

Es decir, la solicitud de incomunicación deberá expresar no sólo que ésta procede por tratarse de una detención relacionada con delitos de terrorismo; sino una auténtica justificación sobre los datos objetivos que provocan la convicción de que, si al detenido no se le comunica, no se podrán realizar con urgencia unas diligencias que permitan evitar unos peligros —específicos— que pongan en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona. Y ello es así, porque el Juez de Instrucción partirá de la solicitud policial y

¹⁹⁰¹ «En presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527.» Art. 520.2.f).

Conforme a la redacción anterior de la previsión legal que dotaba de contenido a la incomunicación, esta implicaba que el detenido se le restringiera el derecho a que el hecho de su detención y lugar de custodia se hicieran del conocimiento de algún familiar o tercera persona, *vid.* redacciones anteriores de los arts. 527 b) en relación con el art. 520.2.d) LECrim.

¹⁹⁰² Tengamos presente que el art. 527.1.b) LECrim prevé que el detenido puede ser privado del derecho a «Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense»

¹⁹⁰³ Aunque anteriormente en la previsión normativa no podía apreciarse con exactitud a la autoridad habilitada para solicitar la incomunicación, y que en la práctica siempre eran la policía o Guardia Civil, actualmente la remisión que hace el art 520 *bis* 2 al art. 527 LECrim, nos da la respuesta, conforme al apartado 2 de este último, quienes pueden solicitar la incomunicación del detenido son la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal.

los datos ahí expresados para ratificar o no, la situación restrictiva de derechos que ya padezca el detenido.

Por tanto, la exigencia de la motivación establecida específicamente en el art. 527.2 LECrim se hace evidente por una doble vía, tanto por parte de la policía ante el Juez, y de éste con base en la información de aquélla y como guardián de la libertad, para poder justificar las razones que le llevan a considerar necesaria, idónea y ponderada una medida restrictiva de derechos, en un contexto de privación de libertad prejudicial que además, puede llegar a durar hasta cinco días—si así lo autoriza—. Tan es así, que el TC ha recordado que la adecuación a la Constitución de las resoluciones judiciales que autorizan la incomunicación deben analizarse desde una perspectiva de especial rigor¹⁹⁰⁴.

a) Motivación por remisión

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe referir aquí la figura que el Alto Tribunal ha llamado: Técnica de motivación por remisión¹⁹⁰⁵ a la cual ha conferido validez constitucional; señalando que cuando el órgano judicial actúa accediendo a una petición de otras autoridades, como la gubernativa y no por propio impulso, lógicamente debe integrar en el análisis de su resolución la petición a la que responde¹⁹⁰⁶; a la cual debe agregar las exigencias propias que la jurisdiccionalidad de una medida limitativa de derechos implica: la expresión de su ponderación efectiva, en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia; así ha sostenido que «la técnica de la motivación por remisión no resulta contraria a las exigencias constitucionales de motivación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales»¹⁹⁰⁷.

Para dar cumplimiento a la exigencia de motivación, que de manera específica establecen los arts. 520 *bis*, 527.2, 509.3 LECrim, se debe tener en cuenta las exigencias constitucionales establecidas por el TC¹⁹⁰⁸, el cual, al analizar una incomunicación con base

¹⁹⁰⁴ Vid. STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4.

¹⁹⁰⁵ Vid. Por todas, STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.

¹⁹⁰⁶ Cfr. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7; citando la STC 200/1997, de 24 de noviembre FJ 4, *in fine*.

¹⁹⁰⁷ STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c). Citando las SSTC 123/1997, de 1 de julio, FJ 5, 49/1999, de 5 de abril, FJ 10; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 6.

¹⁹⁰⁸ Vid. STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.

en el art. 520 *bis* LECrim ha considerado elementos suficientes para la motivación judicial los siguientes:

- a. Que el Juez que la acuerda haga suya la motivación justificativa de la solicitud que hace la policía –solicitud gubernativa—¹⁹⁰⁹;
- b. Que la resolución judicial que acuerda la medida incluya, por vía de remisión, el referido contenido de la solicitud;
- c. Que el Juez agregue como razonamiento para la incomunicación la necesidad de la medida, *v. g.* «para la más completa investigación de los hechos»¹⁹¹⁰; y
- d. Que fundamente la decisión judicial (art. 520 *bis* 2 LECrim.)

Por tanto, cabría cuestionar aquí ¿A qué se refiere el TC cuando sostiene que las resoluciones judiciales que autorizan la incomunicación deben ser analizadas desde la perspectiva de un especial rigor¹⁹¹¹? El cuestionamiento no es ocioso, sobre todo si se tiene en cuenta que, como se ha venido señalando, las medidas limitantes de derechos fundamentales deben ser acordadas por una autoridad judicial que realice todo un juicio de ponderación, es decir, que en el ejercicio de sus atribuciones como operador jurídico, conocedor del entramado legal derivado de la Constitución, siguiendo la regla de la proporcionalidad de los sacrificios¹⁹¹² haga un análisis efectivo para determinar si es viable o no, sacrificar el disfrute de un derecho en aras de conseguir un fin que, en efecto, sea constitucionalmente legítimo. Como ya lo hemos apuntado, ello implica que el simple señalamiento del Juez al fin que se persigue, no es suficiente para acordar la medida limitativa. Por tanto, al ver que en los casos de motivación por remisión, el Juez agrega como «razonamiento» un fin tan genérico como: «la más completa investigación de los hechos» nos resulta harto difícil comprender que esa laxa justificación permita deducir el completo juicio de ponderación y el *prius lógico de proporcionalidad*.

¹⁹⁰⁹ *Cfr.* STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c). El TC consideró que la solicitud de la policía hacía constar que las detenciones eran resultado de una serie de investigaciones que realizaba la policía, en el contexto de otras detenciones que tuvieron lugar dos días antes, que las personas detenidas se encontraban relacionadas con diferentes labores en favor de una banda terrorista, y especificaba el lugar y hora de la detención de todas las personas sobre las que se instaba la medida de incomunicación.

¹⁹¹⁰ *Cfr.* STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c).

¹⁹¹¹ *Cfr.* STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4.

¹⁹¹² *Cfr.* STC 37/1998, de 17 de febrero, FJ 2.

Ahora bien, partiendo del hecho de que la motivación por remisión es una técnica generalmente utilizada y que el TC ha considerado válida, debemos señalar que su utilización no debe ser considerada como una carta en blanco para que los jueces rehúyan su obligación de realizar el efectivo control para autorizar a la incomunicación¹⁹¹³. En este supuesto, en todo caso el juez, deberá valorar si la motivación formulada por la policía cumple los mínimos exigibles. Es decir, si la solicitud incluye: la justificación de la necesidad de adoptar la medida, el por qué resulta estrictamente necesaria y que no haya medidas menos dañinas que permitan alcanzar los fines, que sea para la investigación de bandas armadas y elementos terroristas y que exista un peligro para la vida, la libertad o la integridad de las personas, o que su adopción permita evitar que se comprometer de modo grave el futuro proceso penal.

En este sentido, si el juez valora todo este conjunto de hechos o de argumentos podrá proceder a autorizar válidamente la incomunicación. En caso contrario, de no acreditarse la valoración de todos los elementos, esta intervención judicial derivaría en meramente ilusoria, sin contenido, puesto que únicamente se limitaría a reproducir inopinadamente, sin análisis sustantivo, lo declarado por la policía, vulnerando de esta forma, en este supuesto, la regla básica del Estado de Derecho que obliga a que cualquier limitación de los derechos de las personas deba ser controlada materialmente por un juez¹⁹¹⁴. Así,

¹⁹¹³ En ese sentido el TEDH, citando el Informe del CPT de 30 de abril de 2013 dirigido al Gobierno Español, toma en cuenta que «un análisis de las órdenes de detención en régimen de incomunicación emitidas en los cinco primeros meses de 2011 indicó que el juez competente no realizó un examen riguroso de la necesidad de aplicar dicha medida. Más concretamente, los argumentos legales eran repetitivos y mostraban un cierto grado de rutina a la hora de aprobar las peticiones de detención en régimen de incomunicación hechas por la Guardia Civil» cuando se trata de delitos de terrorismo. *Vid. STEDH Beortegui Martinez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párr. 24. [la cita textual es de la versión en castellano, traducida por los servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado]

¹⁹¹⁴ A nuestro parecer, un ejemplo de una adecuada ponderación judicial para autorizar la incomunicación, que no se limita a reproducir lo señalado por la policía, resulta el Auto de 12 de diciembre de 2006, dictado en Diligencias Previas 187/05, por el Magistrado-Juez Baltasar Garzón Real, entonces titular del Juzgado Central de Instrucción Núm. 5. En los razonamientos jurídicos puede apreciarse: primero, las razones expuestas por la autoridad gubernativa para solicitar la incomunicación; la justificación de la medida; la fundamentación del supuesto habilitante –art. 520 *bis* 2 LECrim–, de la medida de incomunicación y de los derechos limitados –arts. 506, 520 y 527 LECrim–, la duración de la medida, la imposición de reconocimiento médico con el subsecuente informe. Segundo, reconocimiento de las consecuencias de la incomunicación y la necesidad de asegurar tanto los derechos de los detenidos que se incomunicarán como la actuación policial, ello en los siguientes términos «La incomunicación de los detenidos es una medida excepcional y restrictiva de los derechos de defensa del detenido por lo que las medidas de control deben extremarse, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución española para evitar cualquier posibilidad de malos tratos, inhumanos o degradantes (arts. 10.2 y 96.1 de la CE), y los tratados internacionales de los que España es parte [...]. Lo anterior no se hace porque este Juzgado tenga sospecha, de tortura o malos tratos, sino para

atendiendo a la excepcionalidad de la medida y al alcance de la restricción de derechos que puede aparejar, creemos que no basta el hecho de que la persona sea investigada por su vinculación a un delito de terrorismo o banda armada, sino que además debería contenerse en el acuerdo todas las características antes señaladas.

A este respecto, en la jurisprudencia del TS se reconoce que los jueces deben ejercer una posición de garantes, particularmente comprometida en la protección de derechos¹⁹¹⁵; por su parte, de la jurisprudencia del TEDH se desprende que ha habido casos en los cuales estos requisitos no se han cumplido y no se han adecuados al «especial rigor» que el propio TC dice, ha de exigirse en el caso de resoluciones que adopten esta medida¹⁹¹⁶. Y ello en virtud de que, como el propio Tribunal lo ha reconocido, la incomunicación afecta a más

prevenir la propia acción de los funcionarios y los derechos de los detenidos. En este sentido se consideran necesarias una serie de limitaciones a la incomunicación, en cuanto esta medida subsista y se aplique, como ahora, a casos de terrorismo.» Y a la luz de lo anterior la disposición de decretar la incomunicación de los detenidos, sumado al requerimiento a la Comisaría General de Información y a la Unidad Central de Información exterior para la grabación en soporte DVD o videos, de cada uno de los detenidos durante todo el tiempo que permanezcan en dicha situación, como medio de acreditar el desarrollo de la detención incomunicada que se ordenaba, material que quedaría a disposición del Juzgado; a la Unidad de Información Exterior para que diera cuenta al Juzgado sobre cualquier incidencia que se produjera durante la detención, «en particular sobre la situación de los mismos cada 12 horas, y siempre que, fuera necesario. Todo ello sin perjuicio de que el instructor pueda constituirse en el lugar a conocer dicha situación en cualquier momento.»; que los detenidos, si así lo solicitan, puedan ser revisados por médicos de su elección en unión del médico forense adscrito al Juzgado, que las visitas médicas sean cada 8 horas; «que se informe al Juzgado de las características del lugar de detención y tiempo de permanencia en el mismo de los detenidos sin contacto con persona alguna.» y que se comunique a las familias de los detenidos el lugar de detención y los traslados que se produzcan. Este auto ha sido identificado como «Protocolo Garzón», y referido por el Gobierno Español como la protocolización de una serie de medidas adicionales de garantía cuando se decreta la incomunicación durante la detención. *Vid. Comité contra la Tortura, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes, Sextos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2013, «España», DOC. CAT/C/ESP/6, 5 de mayo de 2014, párr. 8.*

¹⁹¹⁵ Por ejemplo, el TS ha subrayado que el Juez «en el caso que acuerde una incomunicación, deberá asumir todavía más a conciencia y con mayor eficacia, una posición vigilante, particularmente activa y comprometida, de la regularidad de la actuación policial.» STS 3366/2011, de 30 de mayo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 2281/2010, FD Primero.

¹⁹¹⁶ En efecto, el TEDH ha venido subrayando que la particular situación de vulnerabilidad de las personas en detención incomunicada exige que se adopten unas medidas adecuadas de control jurisdiccional y no sólo eso, sino que éstas se apliquen de manera rigurosa para poder evitar abusos y proteger la integridad física de los detenidos. Por ello ha insistido en que corresponde a los jueces competentes en materia de detenciones incomunicadas la adopción de un planteamiento más proactivo en cuanto a las facultades de control de las que disponen; en ese sentido el TEDH suscribe lo recomendado por los Órganos del Consejo de Europa, tanto en lo que atañe a las garantías a asegurar en este supuesto, como al principio mismo de la posibilidad de detención de una persona en régimen de incomunicación. *Vid. STEDH Beortegui Martínez v. España, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016, párrs. 46; Atáun Rojo v. España, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014, párr. 38; Etxebarria Caballero v. España, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014, 48 y supra nota a pie 1913.*

de un derecho fundamental. Por lo que, si para cualquier medida que tiene injerencia en un solo derecho fundamental, se exige una motivación especial al órgano jurisdiccional, cabría cuestionar cómo es posible que, para el caso de la incomunicación, algunos jueces puedan limitarse a desarrollar una función que, en la práctica, únicamente valida acriticamente lo manifestado por la policía, sin comprobar materialmente que la motivación cumpla con los requisitos anteriormente señalados¹⁹¹⁷.

Por todo lo anterior, si no se respetan los requisitos materiales que debe contener la motivación o el juez no acredita su análisis en profundidad, creemos que la motivación por remisión para el caso de la incomunicación, dificulta apreciar la intervención judicial como un real y verdadero análisis jurídico que pondera todas las circunstancias concurrentes en el caso, que tenga en cuenta el *prius lógico* de proporcionalidad, y se percibe más bien como un control judicial burocrático¹⁹¹⁸.

b) Adopción provisional de la Incomunicación a cargo de la Autoridad Gubernativa

Aunque parece que la naturaleza y finalidad de la incomunicación hace imprescindible que quien la decida en un primer momento sea la policía, se hace necesario verificar si dicha actuación policial puede ser sostenible desde una perspectiva constitucional y de legalidad ordinaria.

Sobre las restricciones a derechos fundamentales adoptadas por la policía, en el caso de investigaciones de delitos de terrorismo, nos resulta de gran trascendencia la STS 4587/2008, en la cual se señaló que sin que haya duda alguna sobre la gravedad de los

¹⁹¹⁷ Como apoyo a nuestra inquietud sobre los riesgos de la motivación por remisión, citamos *mutatis mutandis* las consideraciones que el TC hizo al tratarse de una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, en el contexto de una investigación por supuesto tráfico de estupefacientes, en donde el Instructor que acordó la medida asumió las razones esgrimidas por los agentes de la autoridad gubernativa –Guardia Civil– que la solicitaron; pero no añadió nada por cuanto a los motivos de la intervención, solo los hizo suyos y los estimó suficientes para considerar que la medida de limitación era útil y adecuada a los fines de la investigación. Para el TC, dicha remisión era insuficiente para justificar tan «drástica injerencia[...]» en el derecho, pues la base de la misma eran suposiciones y conjeturas sobre el delito y la participación de los afectados en el mismo, pero no expresaban ni siquiera genéricamente, datos objetivos o investigaciones que hubieran llevado a centrar las sospechas sobre los afectados; circunstancias que impedían deducir la necesidad de la medida y valorar la corrección al juicio de ponderación, aun dando por supuesto que la gravedad del delito que se investigaba fuera, en principio, en los que la limitación solicitada resulta procedente. *Cfr.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7.

¹⁹¹⁸ Al respecto, nos remitimos a las consideraciones vertidas sobre el art. 520 *bis* 3 LECrim en el epígrafe B) 2) Intervención judicial potestativa, del juez que autoriza la prórroga para controlar la detención, art 520 bis 3 LECrim, de este apartado.

hechos investigados y el esfuerzo de investigación que se realiza con la finalidad del esclarecimiento de lo sucedido, donde indubitablemente será preciso actuar con rapidez y probablemente, en el curso de las diligencias resulte «necesario proceder a la restricción de derechos fundamentales de las personas sospechosas en busca de elementos que permitan aclarar lo sucedido e identificar y detener a los responsables»; sin embargo en cualquier caso «los derechos fundamentales deben ser respetados por los poderes públicos, de forma que ni siquiera en esas circunstancias puede justificarse una restricción de los derechos individuales si no existen razones objetivas, suficientemente poderosas para ello e individualizadas en relación a cada uno de los sospechosos. Razones que, según exige la Constitución, deben ser conocidas y valoradas previamente por el Juez competente»¹⁹¹⁹.

Así pues, si la policía tiene razones para sospechar de la participación de un individuo y considera necesario interferir con un derecho [que en el caso era un registro domiciliario], sigue «siendo preciso que esas razones, tanto de la sospecha, como de la necesidad» [de la medida] se comuniquen al juez, pues sólo a él corresponde verificar su consistencia y su suficiencia a los efectos que se pretenden. Y concluye señalando que, «para proceder a la restricción de un derecho fundamental de una persona, la Constitución no se ha limitado a requerir que la Policía valore y establezca la necesidad, sino que exige que sea un Juez quien aprecie razonadamente su existencia». Por ello, «ni *la gravedad de los hechos*, ni la posible urgencia del caso, fuera de los supuestos de delito flagrante, ponen en manos de la Policía, sino del Juez, la decisión acerca de esa clase de restricciones de derechos»¹⁹²⁰. [énfasis añadido]

¹⁹¹⁹ STS 4587/2008, de 17 de julio, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10012/2008, FD Preliminar, 36º 3), de la Sentencia de casación.

¹⁹²⁰ STS 4587/2008, de 17 de julio, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10012/2008, FD Preliminar, 36º 3), de la Sentencia de casación. Sobre nuestro énfasis en cuanto a «la gravedad de los hechos», queremos destacar que el caso se trataba de la compleja investigación motivada por los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 en España, como se desprende del Fundamento de Derecho Preliminar de la Sentencia de Casación, donde se relata que «... "en la mañana del día 11 de marzo de 2004 colocaron, en cuatro trenes de la red de cercanías de Madrid, trece artilugios explosivos de iniciación eléctrica compuestos por dinamita plástica y detonador alimentados y temporizados por un teléfono celular o móvil". Más adelante se dice que "En total fueron colocadas trece mochilas o bolsas cargadas con explosivos temporizados para que explosionaran simultáneamente. Diez de ellas entre las 7:37 y las 7:40 horas del 11 de marzo de 2004". Tres artefactos no llegaron a explotar, siendo uno de ellos desactivado y los otros dos neutralizados mediante una explosión controlada. En la sentencia se declara probado a continuación que "A consecuencia de las explosiones fallecieron ciento noventa y una personas: Treinta y

Lo anterior, desvirtúa *ipso facto* la posibilidad de considerar que acogiéndonos a un criterio de urgencia pudiéramos suponer, desde una perspectiva constitucional, que sea la policía quien decida sobre la adopción de la incomunicación de un detenido, ni siquiera aun de manera provisional. En efecto, en la Sentencia que comentamos el Tribunal Supremo reiteró que la enorme gravedad de un atentado terrorista, explicaba el especial esfuerzo en la investigación y podía sugerir en algunos aspectos, y en relación con algunas actuaciones, la concurrencia de razones de urgencia, pero no supone por sí misma, una reducción general de los niveles de protección de los derechos de los sospechosos. Sigue siendo necesario acreditar en cada caso la necesidad objetiva de la medida restrictiva del derecho sobre la base de hechos verificables y accesibles a terceros, y no solo según el criterio policial, sino de acuerdo con la valoración judicial de los datos disponibles, tal y como se desprende de las previsiones constitucionales, en cuanto exigen la resolución judicial¹⁹²¹.

En este sentido debemos recordar en primer lugar, lo establecido por la Directiva 2013/48/UE; en su art. 3.6 dispone que en circunstancias excepcionales los estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente alguno de los contenidos del derecho a la asistencia letrada previsto en el art. 3.3, en vista de las circunstancias específicas del caso y sólo sobre la base de «una necesidad urgente» de: 1) evitar graves consecuencias para tres bienes de suprema importancia: la vida, la libertad o la integridad física –reconocidos en los arts. 2, 3 y 5 CEDH— o 2) una actuación inmediata en la investigación para evitar comprometer de modo grave el proceso penal¹⁹²².

En segundo lugar, notar que en el art. 8 de la Directiva 2013/48/UE además de reiterarse el carácter excepcional y temporal de las restricciones, y consignarse el carácter

cuatro en la estación de Atocha, sesenta y tres en la calle Téllez, sesenta y cinco en la estación de El Pozo, catorce en la estación de Santa Eugenia y quince en distintos hospitales de Madrid. Además, resultaron heridas 1857 personas y se produjeron importantes daños materiales que no han sido tasados en su totalidad". Se trata del atentado terrorista más grave perpetrado en España y uno de los más graves ejecutado en el mundo.»

¹⁹²¹ Vid. STS4587/2008, de 17 de julio, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10012/2008, FD Preliminar, 54º 3), de la Sentencia de casación.

¹⁹²² Para el TEDH las restricciones temporales al derecho a la asistencia letrada –art. 3.6 de la Directiva— sólo son permitidas en la etapa de instrucción y en circunstancias excepcionales donde se demuestre una de las dos razones imperiosas que recoge la provisión. Vid. STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 210.

proporcionado de las mismas, se establece que éstas sólo pueden ser adoptadas por una autoridad judicial, aunque también se reconoce que otra autoridad competente –la que el Estado determine—pueda adoptar la decisión de restricción, siempre que tal decisión pueda ser objeto de un control judicial; la resolución sobre la restricción a alguno de los elementos del derecho a la asistencia letrada –art. 3.3—además de estar debidamente motivada, debe de ser valorada caso por caso –art. 8.2—¹⁹²³.

Pues bien, el art. 3.3 Directiva precisamente se refiere al contenido de la Asistencia letrada a los detenidos señalando, entre otras, que éstos tienen derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado, derecho que a la luz de los acabados de mencionar arts. 3.6 y 8, podría dejar de aplicarse temporalmente, de manera motivada atendiendo a las circunstancias del caso, incluso por decisión de una autoridad distinta a la judicial, siempre y cuando la decisión pueda ser objeto de control jurisdiccional.

En todo caso y en toda circunstancia, tal como lo señalan los considerandos de la Directiva 2013/48/UE¹⁹²⁴, se debe garantizar el derecho del detenido a no declarar o a guardar silencio, así como que estos derechos se puedan ejercer plenamente, es decir, que no se obligue bajo ninguna circunstancia al detenido, puesto que esto podría implicar, además, cuando menos tratos inhumanos, si no tortura¹⁹²⁵.

A su vez, de los arts. 520 *bis* 2 y 527 LECrim se desprende que, en caso de incomunicación en las investigaciones por terrorismo y bandas armada, los detenidos podrán verse

¹⁹²³ Al referirse a la autorización a una excepción al art. 3, apartados 5 y 6, en la versión en castellano de la Directiva 2013/48/UE se dice que ésta deberá ser por una resolución «debidamente motivada e individual»; en cambio, la versión en inglés del documento refiere que la autorización sólo sea por una «duly reasoned decision taken on a case-by-case basis, [...]». Nos parece que resulta mas contundente hablar de resoluciones que autorizan las excepciones caso por caso, de resoluciones que lo hacen de manera individual; pues no hay duda que el primer término sí implica la obligación de analizar las circunstancias y factores que convergen en cada caso.

¹⁹²⁴ Directiva 2013/48/UE, considerandos (32) (33) (38) en cuanto refieren a la excepción temporal del derecho a la asistencia letrada consistente en que el detenido pueda ser interrogado sin la presencia de letrado, a condición de haber sido previamente informado de su derecho a guardar silencio y de que el interrogatorio no menoscabe los derechos de defensa; a la confidencialidad de todas las comunicaciones entre un detenido y su abogado «sin excepción alguna», sin perjuicio de los procedimientos en los que, a partir de indicios objetivos, se sospeche que el letrado esté implicado junto con el sospechoso en la comisión de un delito; a que sólo sean excepciones proporcionadas, estrictamente limitadas en el tiempo y no se base exclusivamente en el tipo o la gravedad del presunto delito. En principio, el recurso abusivo de estas excepciones supondría un perjuicio irremediable para los derechos de la defensa.

¹⁹²⁵ P. e. SSTC 7/2004, de 9 de febrero; 127/2000, de 16 de mayo; así como las SSTEDH *Beortegui Martinez; Arratibel Garciandia; Ataun Rojo; Etxebarria Caballero; Otamendi Egiguren; Beristain Ukar, todas contra España*.

privados del derecho a entrevistarse de manera reservada con su abogado, y de comunicarse con aquellas personas que no figuren en el listado del art 527 LECrim¹⁹²⁶, cuando la policía solicite a la autoridad judicial que decrete la incomunicación.

En este sentido hay que tener presente que, aunque claramente el hecho de la detención policial suponga la existencia de una sospecha sobre la persona detenida, ésta no puede implicar que todo detenido por terrorismo o banda armada, pueda sufrir de forma automática y por decisión de la policía una reducción en otros derechos constitucionales¹⁹²⁷ diferentes al de la privación de libertad, como resulta en el caso de la incomunicación provisional, la imposibilidad de designar abogado, entrevistarse reservadamente con él, comunicar con todas o alguna de las personas a que tenga derecho, es decir, las consecuencias que pueden derivar del artículo 527.1 LECrim. Por lo que, en todo caso, debiera resultar imperativo que, en caso de realizarse, se proceda a una motivación específica –atendiendo a las circunstancias del caso—y justificativa que satisfaga las exigencias del art. 527.2 LECrim, en unión con las finalidades consignadas en el art. 509.1.a) LECrim, que son las que puntualmente recogen la salvaguarda de la vida, integridad y seguridad personales de terceros –arts. 15 y 17 CE, 2, 3 y 5 CEDH, 2, 3 y 6 CDFUE y reconocidas en el art. 3.6.a) de la Directiva—.

Recordemos que «la Constitución no habilita al legislador orgánico para encomendar a la autoridad gubernativa, [...] la medida de incomunicación»¹⁹²⁸ sin intervención judicial; y teniendo presente el campo de la legalidad, no encontramos ninguna otra norma que habilite de manera precisa y directa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para restringir, aun provisionalmente, las garantías jurídicas de los detenidos; consideramos que apoyar su actuación únicamente en la naturaleza del delito investigado, aun con el art. 520 *bis* 2LECrim, es insuficiente para que sean éstos quienes por motivo de la

¹⁹²⁶ *Vid. supra* nota a pie 1820

¹⁹²⁷ En el caso que comentamos, así lo consideró el Tribunal Supremo refiriéndose a la afectación automática del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio que sufrió el detenido sospechoso de haber participado en los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004. *Vid. mutatis mutandis* STS 4587/2008, de 17 de julio, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10012/2008, FD Preliminar, 54º 3).

¹⁹²⁸ *Cfr.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11.

incomunicación provoquen un decaimiento en las garantías derivados de los artículos 17.3 y 18.3 CE que pueden tener los detenidos.

Sumado a lo anterior, no podemos perder de vista que tras la constatación de un hecho *prima facie* delictivo, que por imperativo legal obliga a la indagación de sus circunstancias y autoría, la consecuente investigación preliminar, normalmente policial, está ordenada a aportar elementos de conocimiento que permitan decidir fundadamente sobre la apertura del juicio contra alguien¹⁹²⁹ y es precisamente en esta fase pre-procesal, cuyo objeto es la formación del atestado¹⁹³⁰, dónde tiene lugar la incomunicación que estamos analizando y, en ese sentido, creemos que cabe tener presente el criterio sostenido por la Audiencia Nacional cuando señaló que las peculiaridades de la actividad investigadora, particularmente la policial, obliga a tratar sus resultados con cautelas por dos razones: a) «en general, la investigación implica intensamente a quien la realiza, reduciendo su capacidad de crear distancia crítica respecto de la propia actuación que, así, resulta inevitablemente teñida de parcialidad objetiva» y, b) «la investigación policial transcurre en un marco sin transparencia, muy constrictivo para quien es objeto de ella y presunto inocente, con frecuencia, privado de libertad»¹⁹³¹.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, nos parece que, el hecho de que al solicitar la incomunicación del detenido implique el inicio de la medida, sin la previa orden judicial origina tal aminoración del derecho fundamental a la asistencia letrada, que podría considerarse, en la práctica, como una suspensión provisional –ex art. 55.2 CE— del disfrute del derecho derivado del art. 17.3 CE.

5) Proporcionalidad de la Incomunicación prevista en el art. 520 *bis* 2 LECrim

Como hemos venido señalando, cualquier medida que limita derechos fundamentales debe estar justificada en la protección de exigencias públicas, es decir, el Estado puede proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos –derechos fundamentales, otros bienes o valores—; dicho

¹⁹²⁹ Vid. SAN 1347/2010, de 12 de abril, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 21/2005, FD 4.2 *Informes elaborados por la Guardia Civil. Naturaleza. Valor Probatorio.*

¹⁹³⁰ Vid. STC 206/2003, de 1 de diciembre 2003, FJ 2 c).

¹⁹³¹ Vid. SAN 1347/2010, de 12 de abril, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 21/2005, FD 4.2 *Informes elaborados por la Guardia Civil. Naturaleza. Valor Probatorio.*

sacrificio deberá cumplir con –entre otros– la condición de proporcionalidad (necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto), atendiendo a las circunstancias del caso.

Recapitulemos los fines constitucionalmente legítimos que persigue la incomunicación para ver entonces sí, atendiendo a ellos, el sacrificio de los derechos afectados es necesario, idóneo y proporcionado.

Primero, en el entendido de que la paz social y la seguridad ciudadana, son bienes constitucionalmente reconocidos –arts. 10.1 y 104.1– y que la persecución y castigo de los delitos —*ius puniendi*– son pieza esencial para la defenderlos; el TC consideró que la especial naturaleza o gravedad de algunos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación se practiquen con el mayor secreto. Ello, con la finalidad de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas, propicie que culpables o implicados en los delitos investigados se sustraigan a la acción de la justicia o, que se oculten o destruya material probatorio de la comisión de los hechos investigados¹⁹³², estos fines no aparecían en ningún texto legal, el Tribunal los construyó para dotar de justificación concreta a la medida¹⁹³³.

Sin embargo tales fines señalados se recogieron en el anterior art. 509 LECrim y después, tras la reforma de 2015 a la LECrim, conforme al art. 509 LECrim, el fin que persigue la incomunicación es el de «practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior» esto es, «a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, [...]».

Ante dichos fines aparecen las exigencias de necesidad e idoneidad; verifiquemos que la incomunicación es la medida más adecuada para alcanzar el fin constitucional de asegurar la paz social y seguridad ciudadana –por el ejercicio del *ius puniendi* y evitando cualquiera de los riesgos específicos del art 509.1 LECrim– y que no haya otra medida menos lesiva que implique un menor sacrificio a los derechos directamente afectados. Y si encontramos que la incomunicación es idónea y necesaria, constatemos si los sacrificios que impone no

¹⁹³² Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7; ATC 155/1999, de 14 de junio, F 4.

¹⁹³³ Vid. *supra* epígrafe iii) C) 2) Fin constitucionalmente legítimo de la incomunicación.

son demasiados en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas, para determinar así, la proporcionalidad en sentido estricto.

Lo anterior sin perder de vista que todas las consecuencias de esta situación surtirán efectos con anterioridad a la intervención judicial, porque así lo prevé un artículo que se ha adoptado y convalidado al amparo de la suspensión individual de derechos, art. 55.2 CE.

a) En cuanto al Derecho a la Asistencia Letrada

El Tribunal Constitucional afirma que la imposición del abogado de oficio al incomunicado «se revela como una medida más de las que el legislador, dentro de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, establece al objeto de reforzar el secreto de las investigaciones criminales». Y consideró que si ésta es adoptada bajo las condiciones previstas en la Ley—art 527 LECrim— «sirven en forma mediata a la protección de valores garantizados por la Constitución y permiten al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales»¹⁹³⁴. Por eso concluyó que, la limitación temporal que sufre el incomunicado en el ejercicio de su derecho a designar un abogado, no puede tenerse como medida restrictiva «irrazonable o desproporcionada»; por el contrario, es una conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada —cuya efectividad no se perjudica— con la paz social y la seguridad ciudadana, entendidos como valores constitucionales. Así, la limitación impuesta al derecho se encuentra en «relación razonable con el resultado perseguido» y, por tanto, se satisface la exigencia de proporcionalidad de las leyes¹⁹³⁵.

De cara a lo anterior, hay que recordar que el TC ha señalado que el fin para justificar una medida limitativa de derechos lo pueden constituir razones de interés general, ciertamente previstas por la Ley, p.e. el *ius puniendi*¹⁹³⁶. Pero también ha dicho que, si se aplica el criterio de la proporcionalidad al ámbito penal, para apreciar la necesidad de la

¹⁹³⁴ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁹³⁵ Vid. *Ídem.*, FJ 7.

¹⁹³⁶ Téngase presente que el TC ha dicho, que si la resolución que acuerda la medida solo señala el fin legítimo que persigue, no es suficiente para dotarla de legitimidad, puesto que, en dicha resolución, además del fin, debe apreciarse la ponderación que hace el Juez sobre las circunstancias que toma en cuenta para su adopción (indicio racional, necesidad, idoneidad). Vid. SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 169/2001, de 16 de julio, FJ 10.

medida hay que verificar: primero, que la decisión judicial a conseguir el fin aprecia razonadamente la conexión entre el sujeto afectado con la medida y el delito que se investiga –supuesto habilitante—. Segundo, que se tiene en cuenta la gravedad de la intromisión, su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del fin –juicio de proporcionalidad—. Y subraya que debe seguirse ese orden en virtud de que la relación entre la causa justificativa y el sujeto afectado es el «prius lógico de proporcionalidad»¹⁹³⁷.

Se debe mencionar que, en su momento, cinco de los doce magistrados del Tribunal Constitucional consideraron que la medida regulada en los términos del art. 527 LECrim debió haberse declarado inconstitucional, en virtud de ser desproporcionada¹⁹³⁸; criterio que compartimos a cabalidad y que nos permitimos apuntar con algunas ampliaciones:

Por cuanto a la idoneidad. Sería aceptable si en los casos relacionados con investigaciones de terrorismo –y conductas referidas ex art. 384 *bis* LECrim—, al detenido incomunicado se le permitiera elegir a su abogado, pues no se atentaría contra el objeto del aislamiento de cualquier relación personal, ya que persistiría la prohibición de la entrevista reservada¹⁹³⁹. O, por el contrario, si sólo se le impusiera el abogado de oficio, pero le fuera permitido sostener una entrevista con éste, tampoco se atentaría contra el aislamiento de toda relación personal del detenido, puesto que el letrado de oficio es una persona que no forma parte del ámbito de relaciones personales del incomunicado. Una general y tajante negación a los incomunicados, de entrevistarse reservadamente con cualquier letrado –privado o de oficio— solo evidencia, por un lado, la desconfianza en la labor de los abogados particulares, a quienes en caso de confabulación, podría imponérseles una sanción¹⁹⁴⁰. Y por otro, la desconfianza a los Colegios de Abogados en los que, por su independencia, probidad y experiencia, el estado español confía el sistema de justicia gratuita¹⁹⁴¹.

¹⁹³⁷ Vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8.

¹⁹³⁸ STC 196/1987, de 11 de diciembre, Voto particular disidente formulado por el Magdo. Carlos de la Vega Beneayas, al que se adhiere el Magdo. Luis Díez-Picazo y Ponce de León), y Voto particular formulado por los Magdos. Gloria Begué Cantón, Ángel Latorre Segura y Jesús Leguina Villa, *vid.* notas a pie 740 y 741.

¹⁹³⁹ Vid. *Ídem.*, Voto particular formulado por los Magdos. Gloria Begué Cantón, Ángel Latorre Segura y Jesús Leguina Villa.

¹⁹⁴⁰ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, Voto particular disidente formulado por el Magdo. Carlos de la Vega Beneayas, al que se adhiere el Magdo. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

¹⁹⁴¹ Al respecto, cuando el gobierno español ha rendido cuentas ante el Sistema Universal de Derechos Humanos, por cuanto a la asistencia letrada de oficio para los incomunicados ha subrayado que la legislación

Por cuanto a la necesidad. Ya cabía cuestionar si con la limitación de designación de abogado y la prohibición de la entrevista reservada con él—aún el de oficio— podían efectivamente alcanzarse los fines de la incomunicación, que hasta entonces se habían vinculado a evitar la preparación de coartadas, eliminación de material probatorio, sustracción de la justicia de algunos implicados o la comisión de nuevos hechos delictivos, en la medida en que ello atentaba contra los intereses de la justicia, la seguridad ciudadana y la paz social. Y la duda radicaba teniendo en cuenta que en el mundo del crimen organizado —social o terrorista— la detención de un sospechoso es conocida en el momento, por eso se sugirió que pensar que tales fines pudieran evitarse negándole al detenido la elección de un letrado que le asista —por su posible prevaricación— y la entrevista reservada, parecía algo ingenuo¹⁹⁴². Y la duda sobre la necesidad persiste y se incrementa, cuando vemos que ahora la incomunicación tiene por fin «practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los graves peligros [...]» que identifica como: a) graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona.

¿Cómo se vincula ese fin, con el objeto de la incomunicación de aislar al detenido de relaciones personales, con la imposibilidad de designar libremente a un abogado y entrevistarse reservadamente con un abogado impuesto de oficio?¹⁹⁴³

española prevé que la designación del abogado de oficio sea hecha por los Colegios de Abogados —corporaciones profesionales con plena independencia de los poderes públicos— y exige que el abogado elegido posea unos especiales requisitos de cualificación profesional —experiencia mínima de 10 años y acreditada especialización en materia penal—. Por ello, ha sostenido que «negar que la asistencia letrada mediante abogado de oficio constituye una garantía para el respeto de los derechos del detenido tan eficaz como la asistencia por un abogado de libre elección sería poner en tela de juicio todo el sistema español de justicia gratuita, que descansa sobre la figura del abogado de oficio también designado por los Colegios de Abogados.». Vid. ONU, Comité contra la Tortura, «Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5)», *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención*, Doc. CAT/C/ESP/CO/5/Add.1, 1 de marzo de 2011, párrs. 10-11.

¹⁹⁴² Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, Voto particular disidente del Magdo. Carlos de la Vega Beneayas, al que se adhiere el Magdo. don Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

¹⁹⁴³ Resultan interesante las observaciones hechas por los Jueces Sajó y Laffranque: el hecho de que exista una necesidad urgente de salvar vidas no explica porqué y cómo, el consejo y presencia de un abogado —es decir, un derecho— podría, como cuestión de principio, ser perjudicial para salvar vidas ¿El abogado ayudará la causa de los terroristas impidiendo ciertas tácticas policiales? ¿Estamos asumiendo que el confort psicológico derivado de la presencia del abogado es tal para los terroristas, que disminuye la prevención de calamidades? La situación específica de los abogados les da una posición central en la administración de justicia como intermediarios entre el público y los tribunales.

Al respecto, recordamos que el TC considera que «la finalidad de conjurar los peligros para la investigación que puedan resultar del conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta, no sólo resulta implícita a la incomunicación de detenidos por causa de delitos de terrorismo, dado que dichos riesgos son inherentes a toda investigación de las actividades delictivas cometidas por organizaciones criminales, máxime si están estructuradas de forma compleja, sino que han sido previamente ponderados por el legislador para admitir la incomunicación de detenidos cuando la detención se produce por la presunta conexión del sujeto [...]» con tales delitos -art. 520 bis 2 LECrim—; por eso no « resulta constitucionalmente exigible un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la incomunicación para alcanzar la finalidad que la legitima, ya que ésta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación,[...]» atendiendo por un lado, a la naturaleza del delito y, por otro lado, a los conocimientos sobre la forma en que actúan las organizaciones terroristas¹⁹⁴⁴.

Lo anterior, hace parecer que el TC da una justificación a la incomunicación en la etapa prejudicial como parte integrante de la suspensión de derechos ex art. 55.2 CE, aunque no acaba de reconocerla como tal porque el principal derecho afectado, o aquel sobre el cual existe reconocimiento expreso de afectación –art. 17.3 CE—no forma parte de los derechos suspendibles en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Además, creemos que entenderlo así, parece subsumir la valoración de la proporcionalidad en sentido estricto, al tiempo que apareja una falta de atención a los

Ello es parte de las consideraciones en torno a la valoración del TEDH sobre la restricción del derecho a la asistencia letrada de 3 detenidos incomunicados –conforme a la legislación antiterrorista—, restricción consistente en el aplazamiento de la entrevista y la ausencia de letrado durante los primeros interrogatorios que, en el caso, se justificó ante las imperiosas razones que configuraban la urgente necesidad de evitar graves consecuencias adversas para la vida, libertad o integridad física de la ciudadanía –los detenidos habían intentado detonar cuatro bombas en el transporte público de Londres, sin embargo éstas no estallaron; su detención tuvo lugar dos semanas después de los atentados del 7 de julio de 2005—. *Vid.* STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 14-16, 276 y Opinión conjunta parcialmente disidente y parcialmente concurrente de los Jueces Sajó y Laffranque, párr. 21.

¹⁹⁴⁴ *Vid.* STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c), criterio retomado en STC 7/2004, de 9 de febrero.

criterios derivados de la doctrina del TEDH –recogidos en la Directiva 2013/48/UE— en relación con las restricciones del derecho a la asistencia letrada, o a algún otro de los derechos reconocidos en el art. 6 CEDH aplicables a la etapa de detención. Éstas solo son permisibles en circunstancias excepcionales, deben valorarse en cada caso atendiendo a las circunstancias que lo rodean, deben ser temporales y no pueden justificarse únicamente en función del delito que se investiga, de unas genéricas razones de orden público o un riesgo de fugas *in abstracto*; sino que debería constatarse la existencia de unas razones imperiosas¹⁹⁴⁵ –p.e. una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, libertad o seguridad de terceros—, además de otros factores como la adecuada y suficiente previsión legal –que permita orientar la toma de decisión de quien aplica la restricción¹⁹⁴⁶—.

b) En cuanto al Derecho al Secreto de las Comunicaciones

Si recordamos que, cuando se analizó la constitucionalidad del apartado a) del art. 527 LECrim el Alto Tribunal declaró que el objeto de esta medida excepcional es aislar al detenido de relaciones personales que pueden utilizarse para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta¹⁹⁴⁷. Y agregamos que, la actual finalidad legal de la incomunicación es «practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los graves peligros [...]» que identifica como: a) graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona —art. 509.1 LECrim— y ello,

¹⁹⁴⁵ Vid. SSTEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrs.54-55; *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párrs. 210, 252, 255, 258-259.

Por otro lado, ya hemos dicho que en la jurisprudencia del TC no se encuentra un análisis sobre la ponderación de la proporcionalidad del impedimento a la entrevista reservada. Sin embargo, vemos que ante Organismos Internacionales de Derechos Humanos, el Gobierno Español ha pretendido justificar la restricción de la entrevista reservada, aludiendo que «el abogado de oficio tiene restringida la posibilidad de llevar a cabo una entrevista privada con el detenido dado que, por el carácter ampliamente organizado de las bandas terroristas, se da el caso de que los detenidos integrantes de éstas amenacen y coaccionen a los abogados, obligándoles a funcionar como correos portadores de información cuya difusión podría hacer fracasar la operación antiterrorista». Vid. ONU, Comité contra la Tortura, «Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5)» ..., *op. cit.*, párr. 12. Para nosotros, este argumento resulta genérico, precisamente es una aseveración in abstracto, que no podría tener la legitimidad constitucional ni ser conforme con las exigencias derivadas del CEDH o de la CDFUE para una restricción de un derecho tan fundamental que contribuye a garantizar el genérico derecho de defensa y otros derechos de los detenidos –información, guardar silencio, integridad física y psíquica— de alguna manera, compensa la vulnerabilidad que experimenta una persona en custodia policial.

¹⁹⁴⁶ Al respecto insistimos en el cuestionamiento plasmado en nota a pie 1820

¹⁹⁴⁷ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

a su vez, lo relacionamos con que en las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas –art. 55.2 CE— se permite suspender singularmente el derecho derivado del 18.3 CE, y que la suspensión radica en que el sacrificio del derecho pueda ser adoptado de manera momentánea por la autoridad gubernativa, sin la previa autorización de un Juez; nos parece que el hecho de que la autoridad gubernativa decida impedirle al detenido comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección o con alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, puede ser una medida con un adecuado encaje constitucional. En principio, no resultaría desproporcionado el hecho de que la policía considerase necesario, por tratarse de investigaciones de terrorismo, impedir que el detenido se comunique con cualquier persona –art. 527 b LECrim—, pues no sería descabellado suponer que pudiera utilizar esa comunicación en detrimento de la investigación.

No obstante lo anterior, hay tres factores que no pueden pasar inadvertidos sobre esta consecuencia de la incomunicación: el alcance de la medida, la autoridad gubernativa que provisionalmente la decide y adopta, y el criterio de urgencia.

Recordamos que el TC se ha pronunciado sobre la afectación del derecho del art. 18.3 CE en el contexto del art. 55.2 CE, señalando que las «investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, [...] sólo en determinados supuestos, cualificados por la urgencia y durante un tiempo limitado,[...] permite la ‘observación’ de las comunicaciones por una resolución gubernativa, permitiendo que momentáneamente la autoridad gubernativa pueda decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de investigaciones sobre las actividades delictivas [de terrorismo...]»¹⁹⁴⁸.

Es notable que la suspensión consiste en que la adopción de la medida, es decir, el levantamiento del secreto de una comunicación, se efectúe por la autoridad gubernativa sin la previa intervención judicial y, en el caso que nos ocupa, la consecuencia fáctica no es una intervención en las comunicaciones de los detenidos; se trata de un impedimento de

¹⁹⁴⁸ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 10.

comunicar por cualquier medio a cualquier persona, decisión adoptada por la policía y posteriormente confirmada por el Juez¹⁹⁴⁹.

Si acudimos a la cobertura legal que permite la intervención de las comunicaciones de quienes se hallan privados de su libertad, tenemos en cuenta que conforme a la actual legislación de desarrollo del art. 18.3 CE, puede ser posible levantar el secreto de las comunicaciones orales directas de sujetos investigados y, aunque la normativa aplicable no diga de manera expresa que los afectados deban estar en libertad o privados de ella, sí contempla la posibilidad de que la interceptación de tales comunicaciones se haga en algún lugar cerrado o en dependencias. Sin embargo, sea donde fuere que se capte la comunicación, la previsión legal impone que se haga siempre previa autorización judicial —arts. 588 quater LECrim—¹⁹⁵⁰. Por otro lado, encontramos el artículo 51 de la LOGP que, aunque no podría ser aplicable a un marco extrapenitenciario¹⁹⁵¹, sí puede darnos luz respecto a cómo puede, legalmente, restringirse la comunicación genérica¹⁹⁵² de un privado de libertad.

El artículo 51.1 de la LOGP, refiere las comunicaciones genéricas orales o escritas que pueden realizar los internos, salvo en los casos de incomunicación judicial. Por su parte, el art. 51.5 de la LOGP, señala que las comunicaciones previstas por el precepto, pueden ser suspendidas o intervenidas motivadamente, por el Director General del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial.

¹⁹⁴⁹ Como se desprende del artículo 520 *bis* 2 en unión con el art. 527 LECrim.

¹⁹⁵⁰ *Vid. supra* capítulo III, apartado B.3.c. ii) A) Comunicaciones genéricas

¹⁹⁵¹ *Vid.* STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7 b).

¹⁹⁵² Sobre la clasificación de las comunicaciones en genéricas y específicas. *Vid. supra* capítulo III, apartado B.3.c. ii) Adecuada Previsión Legal, citando las SSTC 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5 y 201/1997, de 25 de noviembre, FJ 5. Además, la STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009, FD Octavo, 4, al recordar la STC 183/1994, donde el TC ha referido que la correcta interpretación del art. 51 LOGP, «conduce a distinguir dos clases de comunicaciones ‘...que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados’. Las que llama generales, entre el interno y determinada clase de personas (artículo 51.1) y las específicas, que son las que el interno mantiene ‘...con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2)’» el TC agrega que estas comunicaciones específicas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, y encuentran justificación en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, «a las cuales es totalmente ajena la Administración penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario.’».

Así bien, en cuanto al contenido de la medida, vemos que esta ley sí contempla textualmente la posibilidad de suspender las comunicaciones genéricas, es decir, privar temporalmente a la persona de sostener cualquier tipo de comunicación con familiares, amigos, personas de su confianza o cualquier sujeto. Pero, la posibilidad que hay para que estas comunicaciones genéricas no tengan lugar, es el de una incomunicación judicial – que no es nuestro caso— o la decisión del Director General del establecimiento donde se encuentre el privado de libertad que, tras adoptar la medida, dará cuenta al Juez competente. Quizá si se toma esta última opción como referencia orientadora, podría aceptarse que una autoridad gubernativa –que ostente el rango jerárquico máximo en el lugar donde se halle el detenido— pueda adoptar la decisión de suspender la posibilidad de que el detenido mantenga cualquier tipo de comunicación genérica, dando inmediata cuenta al juez de tal decisión, en espera de la confirmación de éste¹⁹⁵³.

Lo anterior nos lleva a mencionar el segundo factor, la autoridad gubernativa que decide y adopta la medida. Recurriendo nuevamente a los artículos que actualmente pueden tenerse como desarrollo del artículo 55.2 CE –arts. 579.3 y 588 ter d LECrim— y sólo como referente, al art. 51 LOGP, vemos que la única autoridad gubernativa a quien la Ley faculta para adoptar una decisión de tal afectación al derecho del art. 18.3, son: el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad—y en los casos del art. 51.1 LOGP, el Director General del Establecimiento— quienes por la naturaleza del cargo y en ejercicio de sus funciones considerarán, el tercer factor: la urgencia, para levantar el secreto de la comunicación, por lo que la comunicación será efectiva, aunque con la relevación del carácter de secreta y, solo en el caso de la LOGP, la comunicación podría no tener lugar.

Teniendo en cuenta que, el criterio de procedencia de la medida son las investigaciones realizadas para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, en el plano fáctico quien las lleva a cabo son las Fuerzas

¹⁹⁵³ Dicha posibilidad, utilizando como referencia la interpretación del TC cuando se refirió a la forma de restringir la libertad de comunicar de los ciudadanos en libertad, frente a la forma de restringir las comunicaciones de quienes se encuentran internos en un Establecimiento penitenciario, donde las comunicaciones específicas –con su abogado— demandan una resolución judicial *a priori*, y las genéricas pueden ser interferidas de manera motivada por un órgano administrativo, la Dirección del Centro (art. 51.5 LOGP). Vid. STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3. Además, REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, pp. 209 y ss.

y Cuerpos de Seguridad del Estado, conforme a su propia normativa estatutaria y a la legislación procesal¹⁹⁵⁴. Por tanto, si de las investigaciones que estén llevando a cabo se considerara necesario afectar al derecho del artículo 18.3 CE, éstos no podrían proceder de *motu proprio* para aplicar los arts. 579.3 y 588 ter.d) LECrim, sino que tendrían que solicitarlo a la autoridad de quien dependen para que ésta, a su vez, la ordenara, al tiempo que lo comunicara inmediata y motivadamente al Juez para que éste, a su vez, revoque o confirme, en un plazo de setenta y dos horas, la intervención de la comunicación¹⁹⁵⁵.

Ello nos lleva a señalar dos cosas, por un lado, aunque de una primera lectura de dichos artículos de la LECrim podría percibirse que la suspensión favorece al derecho, porque el inicio de la medida con base en la solicitud policial sin esperar la autorización judicial sólo tiene lugar si razones de urgencia lo aconsejan. Nos parece que este argumento puede ser muy frágil, puesto que, así como se dispone de tiempo suficiente para recabar la orden de la autoridad gubernativa, también se podría acudir al juez para que, por lo menos, diera una autorización verbal que luego debiera motivar por escrito¹⁹⁵⁶. Y, por otro lado, aun y

¹⁹⁵⁴ Vid. Arts. 282 y 282 *bis* LECrim, que establecen que la Policía Judicial, tiene por objeto y es obligación de quienes la componen, averiguar los delitos públicos cometidos en su territorio o demarcación, así como practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes. Esta policía, incluso, puede ser autorizados por el Juez competente para que, en casos de investigaciones propias de la delincuencia organizada –como los delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal—puedan ejercer algunas facultades especiales, como la de actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos, efectos o instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

¹⁹⁵⁵ A este respecto Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 203 y ss.

¹⁹⁵⁶ Y en ese sentido, Requejo Rodríguez apunta que pareciera que el legislador se decantó por satisfacer la exigencia de la necesaria intervención judicial que impone el art. 55.2 CE, con una actuación *a posteriori* en diferentes momentos: primero, cuando tras serle comunicada motivada e inmediatamente la intervención, éste revoca o ratifica la medida en un plazo de 72 horas; segundo, en el caso de que subsistan las causas que motivaron la intervención, si concede una prórroga para que subsista la medida; tercero, controlando que no haya abusos mientras dure la intervención. Vid. REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «¿Suspensión o Supresión de los Derechos Fundamentales?», en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, Núm.51, 2001, pp.125-126. Al respecto, cita la autora a Jiménez Campo, quien ha señalado que si la suspensión del art. 18.3 CE derivada del art. 55.2 CE, se entiende en el sentido de intervenir las comunicaciones sin previa autorización judicial, supone equipararla a la suspensión del art. 55.1 CE y si, por el contrario, se entiende que esa autorización es necesaria, entonces no introduce ninguna innovación respecto al art. 18.3 CE; en consecuencia, propone una interpretación que considere al Art. 55.2 CE norma especial frente al Art. 18.3 CE, de modo que el juez deba acordar de manera previa la intervención –dotando así de contenido la necesaria intervención judicial del 55.2 CE—, pero pudiendo extenderla, y ahí radica la especialidad no sólo a quienes son parte de un proceso penal como imputados o procesados, sino a cualquier persona relacionada con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Vid. JIMENEZ CAMPO, Javier, «La Garantía Constitucional del Secreto de las Comunicaciones», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 20 (Año N° 7), 1987, pp. 78 y ss.

cuando puedan entenderse los efectos prácticos de la actuación policial en estos casos, creemos que cabe cuestionar si el hecho de que sea la policía¹⁹⁵⁷ quien decida impedir la comunicación del detenido con todas o alguna de las personas con quienes tenga derecho a hacerlo, restringiendo el derecho del art. 18.3 CE, y comunicándolo inmediatamente al Juez para que éste emita un acuerdo, es conforme con el art. 55.2 CE y con la legislación del derecho al secreto de las comunicaciones. No obstante, si el objetivo de aislar al detenido de relaciones personales, obedece a que resultará necesario para actuar con urgencia ante un peligro latente e identificable para otros bienes como la vida, la integridad y la seguridad de la población, esta consecuencia de la incomunicación quizá podría llegar a considerarse idónea y necesaria.

Sin embargo, hay que recordar que cuando el TC concluyó que el legislador había ponderado adecuadamente la efectividad de la suspensión y la intervención judicial, al permitir que en supuestos excepcionales calificados por la urgencia, se suprima la previa intervención judicial, siendo así conforme con el art. 55.2 CE¹⁹⁵⁸, lo hizo considerando dos cosas: primero, que a quien habilita la ley para hacer una ponderación sobre los criterios de urgencia podía ser un órgano superior o un órgano directivo de la Administración General del Estado¹⁹⁵⁹, no se refirió a la policía¹⁹⁶⁰ en sentido estricto; y segundo, que como se trata de una limitación de un derecho fundamental, las razones de urgencia tendrían

¹⁹⁵⁷ En todos los casos en donde se adoptó la incomunicación durante la detención, que hemos referidos en este trabajo, la adopción de la medida corrió a cargo de la Policía o la Guardia Civil, siendo la intervención judicial posterior o confirmatoria.

¹⁹⁵⁸ Cfr. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 10. Como señalara VÍRGALA FORURIA, «Para suspender el derecho del art. 18.3 CE se exigen,[...] las siguientes condiciones: la observación de las comunicaciones puede realizarse respecto de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal por delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, así como de personas de cuyas comunicaciones los anteriores se sirvan para la realización de sus fines delictivos; por decisión del ministro del Interior, o en su defecto, del director de la Seguridad del Estado, en caso de urgencia; y con comunicación motivada inmediata al juez, que en un plazo de setenta y dos horas ha de revocar o confirmar la resolución gubernativa» VÍRGALA FORURIA, Eduardo, «La Suspensión de Derechos por Terrorismo en el Ordenamiento Español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 40 (Año Nº 14), 1994, p. 115.

¹⁹⁵⁹ Como, por ejemplo, señalan los arts. 579.3 y 588 ter d. 3 LECrim al referirse al Ministro del Interior o, en su defecto el Secretario de Estado de Seguridad. Cuando el TC hizo ese pronunciamiento se refirió al Ministro del Interior y al Director de Seguridad del Estado, al tenor del análisis de la derogada Ley Orgánica 9/1984, que en su parte conducente facultaba a dichas autoridades en cuanto a la suspensión del art. 18.3 en relación con el art. 55.2 CE.

¹⁹⁶⁰ En este sentido Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, op. cit., p. 203.

que ser interpretadas restrictivamente, de lo contrario no cabría apreciar una proporcionalidad en sentido estricto.

En otro orden de ideas, debemos referirnos a la segunda consecuencia de la incomunicación que, creemos, provoca una afectación al derecho derivado del artículo 18.3 CE y, a nuestro parecer, la más grave. La derivada del apartado c) del artículo 527.1 LECrim: El detenido podrá ser privado del derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado –arts. 520.6.d y 118.2) LECrim—.

De manera preliminar creemos conveniente hacer dos precisiones. Por un lado, con referencia a la adopción provisional de la incomunicación a cargo de la policía, en cuanto afecta al derecho del artículo 18.3 CE, nos remitimos a las reflexiones expuestas en el apartado relativo a la adopción provisional de la incomunicación a cargo de la Autoridad Gubernativa cuando abordamos la Jurisdiccionalidad de la medida. Por otro lado, reconociendo que la posibilidad de entrevistarse de manera reservada con el abogado forma parte del derecho fundamental a la defensa –art. 118.2 LECrim—, nos parece primordial acudir a la jurisprudencia del TC cuando precisa que el derecho al secreto de las comunicaciones puede contribuir a la salvaguarda de otros derechos constitucionalmente protegidos, como es el caso, de la «*confidencialidad de la asistencia letrada*»¹⁹⁶¹[énfasis añadido]. Por ello, creemos que en este tópico, los artículos 17.3 y 18.3 CE se robustecen mutuamente para ofrecer a los detenidos, una batería de garantías orientada a protegerlos frente a eventuales abusos de autoridad.

Por un lado, tenemos presente que el TC ha señalado que las comunicaciones específicas¹⁹⁶² de quienes se encuentran privados de su libertad—en un establecimiento penitenciario— como las de quienes gozan de libertad, solo pueden ser intervenidas por los órganos judiciales¹⁹⁶³, garantizándose así el control judicial *a priori*. Y también tenemos en cuenta que las comunicaciones que los privados de libertad –internos imputados o condenados— sostienen con sus abogados pueden interpretarse a la luz de los artículos «14.3 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

¹⁹⁶¹ Vid. SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 a) y 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.

¹⁹⁶² Vid. Capítulo anterior apartado B.3.c.ii) B) Comunicaciones específicas.

¹⁹⁶³ Vid. STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3.

Fundamentales; los artículos 10.2, 18, 25.2, 24.2, 55.2 y 120.3 de la Constitución; el artículo 51 de la LOGP y el artículo 579 de la LECrim»¹⁹⁶⁴, tal y como lo reconoció el Tribunal Supremo.

Así pues, apoyándonos en la cobertura legal que regula las comunicaciones de quienes se encuentran privados de su libertad, creemos que *mutatis mutandis*, la comunicación de un detenido con su abogado a través de la entrevista reservada —art. 520.6.d y 118.2 LECrim— también puede encontrarse protegida por los preceptos previamente referidos.

Si tenemos presente que la finalidad legalmente prevista de la incomunicación es «practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los graves peligros [...]» que identifica como: a) graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona —art. 509.1 LECrim— y que, como lo señala el TC, la incomunicación tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de ésta¹⁹⁶⁵, surgen varias cuestiones a dilucidar.

Por un lado, ¿cuál sería la interpretación idónea de que al detenido incomunicado puede privársele de su derecho a «c) Entrevistarse reservadamente con su abogado»? Debe entenderse, como hasta ahora ha sucedido en la práctica¹⁹⁶⁶, en el sentido de que esta entrevista no puede tener lugar, es decir, suprimirse. O, cabría la posibilidad de entenderla en el sentido de permitirle al detenido entrevistarse con el abogado de oficio, aunque no de manera reservada. Por otro lado, verificar si la prohibición de la entrevista reservada del

¹⁹⁶⁴ STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009, FD Décimo segundo, 2.

¹⁹⁶⁵ Cfr. STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7.

¹⁹⁶⁶ Se debe recordar que en los casos consultados y referidos en este trabajo fue de aplicación la redacción anterior del art. 527 LECrim, a partir de la cual, durante la incomunicación de los detenidos, la entrevista reservada no tuvo lugar. A este respecto debemos reiterar el debate existente en relación al contenido mismo de la incomunicación por cuanto si bien, del texto literal del art. 527.1.c) LECrim se desprende que lo que se suspende es el carácter reservado de la entrevista con el abogado, pero no la entrevista en sí misma; por otro lado, a partir de la lectura de distintas sentencias, encontramos que todo apunta a que en la práctica lo que se suspende es la propia entrevista con el abogado. Como ejemplo de esta última posición podemos señalar que, si bien es cierto el TC en *obiter dicta* en la STC 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 3.4, afirmó que «la modalidad de detención incomunicada limita, entre otras, [...] la posibilidad de una entrevista previa o posterior a la asistencia, en este caso, a la declaración». De ser así, de ser este el caso, reitaramos, la actuación policial sería ilegal y claramente desproporcionada. De todas maneras, quisiera reiterar mi posición contraria al mantenimiento de la figura de la incomunicación en sí misma considerada.

detenido incomunicado con un abogado asignado por el turno de oficio es proporcional a la necesidad de alcanzar el éxito de una investigación por delitos de terrorismo¹⁹⁶⁷.

A este respecto destaca la Sentencia del Tribunal Supremo N° 79/2012¹⁹⁶⁸ donde se refirió a la necesaria confianza y confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su letrado defensor que, naturalmente, habrán de estar presididas por la confianza, resulta pues, un elemento esencial¹⁹⁶⁹. En ese sentido, la intervención de las comunicaciones con los abogados está directamente relacionada con el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, derecho que tiene un imputado frente al interés legítimo del Estado en la persecución de los delitos¹⁹⁷⁰, y «el derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24»¹⁹⁷¹.

¹⁹⁶⁷ Un referente que puede servir para ilustrarnos al respecto, aun cuando se trata de un supuesto diferente como es la prisión provisional, nos permite apreciar que incluso en el caso de las personas que están en prisión, la intervención de sus comunicaciones, en especial de aquellas en las cuales hayan participado con sus letrados, deben contar con autorización judicial y estar debidamente motivadas –art. 51.2 LOGP–; p. e. en relación con diversos delitos graves cometidos de forma organizada, que haya indicios racionales de que la persona privada de libertad mantuviera su actividad delictiva, así como que los abogados pudieran ser partícipes de éstos o que estos pudieran aprovechar su condición de abogados para servir de enlace al exterior de los imputados. *Vid.* Los Autos de fecha 19 de febrero de 2009 y 20 de marzo de 2009, dictados en relación con las Diligencias previas No. 275/2008 a cargo del Juzgado Central de Instrucción Núm. 5, transcritos en la STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial N° 20716/2009, Hechos Probados.

¹⁹⁶⁸ Mediáticamente conocido como «Caso Gürtel», la Sentencia N° 79/2012 [STS 414/2012] de 9 de febrero, en la que el Tribunal Supremo emitió un fallo condenatorio al Juez Baltasar Garzón, como autor responsable de delito de prevaricación, lo que motivó entre otras cosas, a la pena de once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo de Juez Central de Instrucción que ostentaba, así como la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial.

¹⁹⁶⁹ *Cfr.* STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial N° 20716/2009, FD séptimo, 3. A partir de ello podemos derivar el reconocimiento jurisdiccional sobre el carácter esencial de la confianza en la relación abogado-detenido, con una doble proyección. La primera en lo referente a la libre elección del letrado y; la segunda, en lo relativo a la confidencialidad en el trato con él, como lo abordamos en el apartado B.4 del capítulo II.

¹⁹⁷⁰ *Vid.* STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial N° 20716/2009, FD Preliminar.

¹⁹⁷¹ *Vid.* STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial N° 20716/2009, FD séptimo, 2. Reconocimiento que ahora se encuentra reflejado en la LECrim, específicamente en el art. 118, tras la transposición de la Directiva 2013/48/UE y que ha sido reiterado por el TEDH en múltiples asuntos como son *John Murray, Magee, Brennan e Ibrahim y otros*, todos contra Reino Unido; *Salduz v. Turquía*; *Dvorski v. Croacia*; *Croissant v. Alemania*; *Pishchalnikov v. Rusia*, entre muchos otros; todos citados a lo largo de este trabajo, especialmente en el apartado B.4 del capítulo II.

Así las cosas, el TS destacó la trascendencia de la confidencialidad de la comunicación entre un privado de libertad y su abogado, que además de ser elemento esencial que garantiza la efectividad de la Asistencia Letrada, debe ser respetada desde la etapa pre-procesal, o sea, la detención preventiva¹⁹⁷². Por ello insistimos en señalar que la imposibilidad de mantener una comunicación reservada –entrevista– con el abogado de oficio, incide en el derecho al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE– en relación directa con el derecho a la asistencia letrada –art. 17.3 CE–¹⁹⁷³.

Es así que sólo en casos muy excepcionales, por decisión judicial, puede ser posible limitar la confidencialidad de las comunicaciones de las personas acusadas con los abogados que han elegido para su asistencia, siempre y cuando de la investigación que está en curso se desprendan sospechas racionales de que valiéndose del ejercicio de ese derecho, pudieran continuar su actividad delictiva, considerándose que «una actividad delictiva del letrado no puede reputarse asistencia legítima a los sospechosos [...]» detenidos¹⁹⁷⁴.

Por lo anterior, sorprende ver que en el caso de la incomunicación, la imposibilidad de la entrevista reservada con un abogado de oficio a quien lógicamente el detenido no conoce, se apoye prácticamente en la gravedad del delito investigado, como ha dicho el TC «la necesidad de la incomunicación para alcanzar la finalidad que la legitima, [...] puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas»¹⁹⁷⁵. Pareciera que la naturaleza del delito investigado y la

¹⁹⁷² En la STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009, FD Séptimo, 3, se hace referencia, entre otras, a la STEDH *Castravet contra Moldavia*, resolución en la que se recordara que el art. 6 de CEDH puede tener alguna aplicación en la etapa previa al juicio, como es el caso de la asistencia de un abogado, al respecto señala que uno de los elementos claves para la efectiva representación es el principio de que la confidencialidad de la información intercambiada entre el abogado y el defendido deberá ser protegida, lo cual representa una comunicación abierta y honesta entre abogados y clientes. Así, la Corte reitera que, como ha sostenido anteriormente, la comunicación confidencial con el abogado está protegida por la Convención, como una importante garantía del derecho de defensa. *Vid.* STEDH *Castravet v. Moldavia*, 23393/05, Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 47-49, podríamos agregar, STEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, parr. 133. Además, como se reconoce en el art. 4 y considerando (33) de la Directiva 2013/48/UE y como ahora se recoge en los arts. 118.2 y 118.4, y 520.6.d) y 520.7 LECrim.

¹⁹⁷³ Sobre todo, teniendo en cuenta que quizá en dicha entrevista, el abogado le informará o constatará que el detenido ha sido informado y es consciente de los derechos que le asisten.

¹⁹⁷⁴ Directiva 2013/48/UE, considerando (33)

¹⁹⁷⁵ STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 c).

forma de actuación –genérica—, es el gran cajón de sastre en el que pueden tener cabida las restricciones a los derechos fundamentales de los detenidos por investigaciones relacionadas con delitos de terrorismo, y que permite obviar la consideración a las circunstancias personales tanto de los detenidos –no acusados— como de los letrados que de oficio les asistan¹⁹⁷⁶.

En cuanto a la posibilidad de interpretar el artículo 527.1.c) LECrim en el sentido de permitirle al detenido incomunicado la entrevista con el letrado que el turno de oficio le asigne, pero sujeta a vigilancia. En principio, pareciera que trata de conciliar la restricción al secreto de las comunicaciones salvaguardando o previendo el derecho de defensa. Si nos acogemos a lo señalado por el TS recogiendo la jurisprudencia del TEDH tenemos que «Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin [...] vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad [...]. La importancia de la confidencialidad de las entrevistas entre el acusado y sus abogados para los derechos de la defensa ha sido afirmada en varios textos internacionales, incluidos los textos europeos»¹⁹⁷⁷.

Entre dichos textos europeos debemos de tener en cuenta además del CEDH y la CDFUE, la Directiva 2013/48/UE que, como habíamos señalado, subraya que los Estados deben respetar la confidencialidad de las comunicaciones que los sospechosos –detenidos— mantengan con sus letrados –art.4 y considerando (33)—.

¹⁹⁷⁶ En contraste, téngase presente el asunto *Salduz*, que como hemos dicho, el detenido no contó con asistencia letrada cuando hizo sus declaraciones ante la autoridad policial, fiscal y el Juez de Instrucción, y la restricción sólo obedeció a la aplicación sistemática de una previsión legal, sin aportar más justificación, situación que para el TEDH resultara insuficiente para satisfacer las exigencias del art. 6 CEDH. *Vid.* STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 56.

¹⁹⁷⁷ STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009, FD Séptimo, 3, citando las S TEDH *S. v. Suiza*, 12629/87, de 28 de noviembre 1991, párr. 48 y *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre de 2001, párrs. 38-40. Y nosotros agregaríamos la STEDH *Castravet v. Moldavia*, 23393/05, Sentencia de 13 de marzo de 2007, párrs. 50-51, en cuanto señala que, si un abogado no pudiera reunirse en privado con su cliente y recibir de él instrucciones confidenciales, sin vigilancia, su asistencia perdería mucho de su utilidad, recordando que la Convención está dirigida a garantizar derechos que sean prácticos y efectivos. Así pues, la Corte consideró que, para que haya una injerencia al privilegio abogado-cliente y por tanto, al derecho a la defensa del detenido, no se requiere que necesariamente haya una interceptación real o unas escuchas. Una creencia genuina, basada en indicios razonables, de que la conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, en opinión de la Corte, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar. Tal creencia inevitablemente inhibiría la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y obstaculizaría el derecho del detenido a impugnar de forma efectiva la legalidad de su detención.

Esta última norma, como ya hemos señalado reiteradas veces, reconoce que los Estados «deben respetar, sin excepción alguna, la confidencialidad de las reuniones y otras formas de comunicación entre el letrado y el sospechoso [...] en el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado», la obligación de respetar la confidencialidad implica tanto el deber estatal de abstenerse de obstaculizar o acceder a las comunicaciones en la relación abogado-defendido, como de «velar porque las disposiciones en materia de comunicación sustenten y protejan la confidencialidad».

No obstante, también reconoce a los procedimientos que puedan aplicarse cuando, partiendo de datos objetivos, se considere que el letrado junto con su defendido [detenido] esté implicado en la comisión de una infracción penal. En esta misma línea cabe también destacar el principio 18, párrafos 3 y 4 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión¹⁹⁷⁸, del que se desprende la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, con la necesaria previsión legal, por determinación de una autoridad –sin la exigencia de que sea judicial— se permite la vigilancia visual de las entrevistas entre un detenido y su abogado, si dicha medida es indispensable y si quien efectúa la vigilancia no puede escuchar lo comunicado¹⁹⁷⁹.

De lo anterior, se desprende que la confidencialidad entre abogado y cliente es un derecho muy importante, pero no absoluto y en determinados supuestos podría ser legítimamente restringido, pero no eliminado, lo que obliga a buscar fórmulas alternativas que permitan,

¹⁹⁷⁸ ONU, Asamblea General, *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, Resolución. 43/173, de 9 de diciembre de 1988. «Principio 18. [...] 3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden. 4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación. [...]» [énfasis añadido].

¹⁹⁷⁹ En ese sentido el TEDH subraya que la vigilancia de los contactos entre el detenido y su defensor es una interferencia muy grave a los derechos de defensa, por ello debe haber razones extraordinarias de verdadero peso para aceptar su justificación (como refiere que ocurrió en *Kempers v. Austria* (dec.), 21842/93, de 27 de febrero de 1997); por ello, sólo aludir a una finalidad como la de evitar el riesgo de colusión, no puede ser una base suficiente para aceptar que la comunicación entre el letrado y su defendido sea restringida por la escucha de terceros. Vid. *SSTEDH Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005, párr. 133; *Lanz v. Austria*, 24430/94, Sentencia de 31 de enero, de 2002, párr. 52; *S. v. Suiza*, 12629/87, de 28 de noviembre 1991, párr. 49.

dentro del régimen de incomunicación, mientras subsista, efectuar la entrevista entre abogado y cliente¹⁹⁸⁰. La solución podría ser la vigilancia a cargo de una autoridad judicial que no investiga.

Así pues, la prohibición de la entrevista reservada abogado-detenido, constituye una suspensión de la libertad implícita protegida por el art. 18.3 CE, y la ausencia de una previa autorización judicial no puede ajustarse al contexto de la suspensión individual de este derecho, pues «el artículo 55.2 CE sólo permite la suspensión individual del secreto de las comunicaciones, y no las comunicaciones en sí mismas, como sucede al producirse la incomunicación, ya que una cosa es la intervención u observación de las comunicaciones y otra muy distinta impedir que éstas puedan realizarse»¹⁹⁸¹.

Teniendo en cuenta que hasta antes de la reforma al art. 527 LECrim, **todo apunta a que en la práctica** la incomunicación, en cuanto al derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado ha sido en el sentido de que no haya lugar a la entrevista¹⁹⁸²; y que la específica interceptación, esto es, la desaparición del carácter de reservado de la entrevista, actualmente se recoge en el art. 118.4 LECrim y además, recordando que en su momento se dijera que ni siquiera la regulación de la incomunicación en la LECrim preveía la posibilidad de limitar la confidencialidad de las comunicaciones con los letrados, pues aunque «constituye una limitación muy seria del derecho de defensa que el artículo 17 CE reconoce al detenido solo contiene una prohibición de la entrevista reservada con el abogado, necesariamente designado de oficio, sin que haga una referencia, como

¹⁹⁸⁰ Una de las posibles alternativas podría ser que si hubiera que escuchar las conversaciones entre abogado y cliente, la orden fuera dictada por un Juez distinto al que conoce la causa; quien será el que escuche la conversación, separando aquello que sea relevante para la investigación a efectos de ser transmitido a la autoridad para iniciar el procedimiento, de lo que es estrictamente limitado al asesoramiento técnico de la asistencia letrada, que será mantenido en reserva para no afectar el derecho del proceso. Además, esta intervención podría realizarse previo aviso al abogado y al cliente de que su conversación será escuchada. Ello podría ser más garantista que una supresión de la entrevista, en la medida en que sería ordenada judicialmente y se buscaría salvaguardar la asistencia letrada y el derecho de defensa en el caso investigado.

¹⁹⁸¹ En este sentido, Remotti Carbonell, quien desde hace mucho tiempo considerara que la incomunicación afecta principalmente a dos derechos constitucionales: la libertad personal (art. 17 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Y respecto al segundo, recuerda la diferencia que el TC ha recogido entre las comunicaciones en sí mismas y el secreto, como mecanismo para garantizar su libertad, en la STC 114/1984, del 29 de noviembre, FJ 7. Vid. REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Constitución y Medidas contra el Terrorismo...*, op. cit., pp. 290-291.

¹⁹⁸² Vid. STC 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 3.4) y *supra* nota a pie 1966

alternativa, a la posibilidad de intervenir las comunicaciones entre ambos»¹⁹⁸³ tenemos el temor fundado de que a partir de lo dispuesto en el art. 520 *bis* de manera conjunta con el art. 527.1.c) LECrim, en cuanto establece que en los casos de terrorismo y banda armada puede privarse del derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado, pueda ser interpretado en el sentido de que se permite suprimir la entrevista en sí misma. Situación, esta última, que consideramos, excedería la estricta proporcionalidad, por traducirse en un sacrificio desmedido a uno de los aspectos del derecho a la asistencia letrada –la asistencia técnica jurídica al detenido, 17.3 CE y 6.3(c) CEDH—, ejercido mediante una comunicación cuya confidencialidad debería ser garantizada –18.3 CE y 8 CEDH— y que, conjuntamente, tenderían a asegurar el derecho de defensa y a un proceso equitativo, en el futuro.

Globalmente, considerando que 1) el TC ha dicho que la incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad y que por ello no es admisible la doctrina de que una vez negada la libertad no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad medidas que solo modifican una detención legal¹⁹⁸⁴ y 2) el TC ha dicho que los delitos de terrorismo son precisamente los supuestos para los que el legislador previó las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención –art. 55.2 CE desarrollado por art. 520 *bis* 1 y 2 LECrim—. Creemos que hay un reconocimiento, aún implícito, de que la incomunicación contemplada en el art. 520 *bis* 2 LECrim constituye una situación normativa distinta para varios derechos durante la detención preventiva, en cuanto además del derecho a la libertad –restricción constitucionalmente prevista—, con una probable prórroga –constitucionalmente prevista—, el titular de la detención preventiva –

¹⁹⁸³ STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009, FD Octavo, 2.

¹⁹⁸⁴ Vid. STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11. Doctrina ampliamente expuesta en la STC 2/1987, de 21 de enero, FFJJ. 2,3. Sucintamente, refiere que el contenido del derecho fundamental del art. 17.1 CE reconocido también en el art. 5.1 del Convenio de Roma, preserva el común *status libertatis* que corresponde a todos los ciudadanos frente a los poderes públicos. Cuando dicho *status* queda modificado legítimamente, v.g. a través de un fallo condenatorio que determina la restricción temporal del derecho; esa situación especial de sujeción, como resulta ser el ámbito penitenciario, la ordenación del régimen al que queda sometido el privado de libertad, no está limitado por el ámbito de un derecho fundamental que ya ha perdido, en ese ámbito específico, su contenido propio. Así, por ejemplo, cuando una persona ya está privada de su libertad en prisión, no puede considerarse que una sanción o medida disciplinaria aplicada con las debidas garantías –que en el caso era un aislamiento en celda— será una privación de libertad, sino meramente un cambio de condiciones e su prisión; «no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial». No hay una privación de libertad sobre y por encima de la originaria impuesta por el Tribunal.

Fuerzas y Cuerpos de Seguridad—es habilitado por ley para decidir, aun de manera temporal, no sólo sobre la libertad de una persona sino sobre la minoración de otros derechos fundamentales, es decir « algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano,[...]»¹⁹⁸⁵

En efecto, al menos en los primeros momentos de la custodia policial, de manera simultánea, la policía decide la limitación de dos elementos del derecho a la asistencia letrada—art. 17.3 CE—y una suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones—art. 18.3 CE—, lo cual puede incidir de manera derivada en otros bienes protegidos como el derecho de defensa, el derecho a no declarar y el derecho a la integridad personal—física o psíquica—. Ello mientras tenga lugar el control judicial *ex post*.

Y aunque sabemos y creemos que existen algunas categorías delictivas especiales— como el terrorismo o el crimen organizado— que atendiendo al riesgo que representan para la vida, la integridad o la seguridad de la colectividad, eventualmente hagan factible que las detenciones que se realicen en esos contextos puedan responder a criterios distintos de aquéllos aplicados a delitos de otra naturaleza o gravedad, el tratamiento de este tipo de situaciones no puede justificar la extensión de los criterios de racionalidad que se apliquen¹⁹⁸⁶. En efecto, el constituyente ya había previsto situaciones normativas distintas para los derechos reconocidos en los arts. 17.2, 18.2 y 18.3 CE en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y, concretamente en el caso de la detención preventiva la posibilidad de una duración un poco más prolongada, previa intervención judicial, para facilitar las investigaciones y el esclarecimiento de los hechos. Nada más.

¹⁹⁸⁵ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11, reiterado en SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4; ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4 a).

¹⁹⁸⁶ Vid. STEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86; 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párr.32. De hecho, no se trata de disminuir los derechos a un juicio equitativo solo porque la persona en cuestión sea sospechosa de su participación en delito de terrorismo. Considera el TEDH que, en estos tiempos difíciles es de extrema importancia que los Estados puedan demostrar su compromiso con los derechos humanos y con el imperio de la ley asegurando, entre otras, el respeto a las garantías mínimas consagradas en el art. 6 CEDH. Vid. STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016, párr. 252.

Sin embargo, en la jurisprudencia analizada, es constatable que lo que preocupa y ha generado problemas en cuanto a las detenciones del art. 17.2 CE en el contexto de la suspensión individual de derechos, no es la previsión que el Constituyente tenía en mente, sino la forma en la que ésta se lleva a cabo, forma que indudablemente se ve alterada por virtud de la situación de incomunicación prevista en el art. 520 *bis* 2 LECrim.

Por ello insistimos en señalar una falta de racionalidad para la medida excepcional de incomunicación, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una herramienta cuyos orígenes se remontan a épocas pre-constitucionales que se ha pretendido adaptar primero, al contexto del Estado social y democrático de Derecho, como una medida que implica una situación normativa distinta para ciertos derechos fundamentales de los detenidos y que, aun y cuando deba ser acordada judicialmente, se ha acomodado, primero, al amparo del art. 55.2 CE para modalizar la intervención judicial en los casos de investigaciones relacionadas con delitos de terrorismo o banda armada. Y segundo, a las disposiciones de la legislación de la Unión Europea, que recoge y unifica unos estándares mínimos de derechos fundamentales derivados de la jurisprudencia del TEDH que en cierta medida los Estados, hasta ahora, no habían respetado.

En nuestra opinión, incluso con estas adaptaciones, la incomunicación, como herramienta que pudiera favorecer y asegurar una investigación penal de especial complejidad por los intereses protegidos en juego, resulta anacrónica. Por un lado, porque los avances tecnológicos permiten la adopción de diversos métodos de investigación penal que, aún limitando algún derecho, pueden brindar una mayor efectividad sin ser tan lesivos, p.e. interceptación de comunicaciones, toma de muestras de ADN. Y por otro lado, porque representa una acumulación simultánea de restricciones a diversos derechos que en conjunto, extreman la vulnerabilidad que padece todo detenido, al tiempo que propician la fragilidad de los resultados obtenidos en unas actuaciones de investigación que tienen lugar en el velo de la opacidad provocada por el aislamiento.

No obstante, debemos que reconocer que el hecho de que sea anacrónica, desfasada o que su aplicación pueda originar una posible mayor fragilidad de los detenidos al generar un velo de opacidad, no implica, necesariamente, en palabras del TC, su inconstitucionalidad, siempre y cuando se reconozcan determinadas garantías eficaces en

su aplicación. Sin embargo, sobre la base de lo expuesto previamente, reiteramos, somos de la opinión de que la incomunicación debería ser eliminada del ordenamiento, tanto en las investigaciones en general como, en particular, en los casos de aplicación del art. 55.2 CE.

CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto en los capítulos precedentes, arribamos a las siguientes conclusiones:

I. Con relación a la detención preventiva

PRIMERA. En los países de nuestro entorno se aprecia un consenso sobre la necesidad y justificación de contar en el ordenamiento jurídico con una institución privativa de libertad con características semejantes a las que el constituyente español denominó detención preventiva, como un medio legítimo de protección social y de control que contribuye a asegurar un ejercicio pleno del Estado de Derecho, en la que convergen unos propósitos generales como son los de garantizar: el interés social de la investigación y persecución de los delitos; el orden público, mediante el restablecimiento inmediato de la tranquilidad social perturbada por un hecho delictivo; la seguridad de terceras personas y de las cosas y, además, contribuir a la buena y pronta administración de justicia. Todo ello no es óbice para reconocer que se trata de una medida grave en cuanto incide de manera directa en el disfrute de uno de los derechos más preciados de todo individuo: la libertad.

La detención prevista en el art. 17.2 CE se corresponde con la privación de libertad prevista en el art. 5.1(c) CEDH, 6 CDFUE y 9.3 PIDCP. En este sentido, la detención preventiva *per se*, no constituye ninguna originalidad en la Norma Fundamental ni en el ordenamiento español. Lo que sí es una originalidad es que la institución, además de prevista, esté delineada en el texto constitucional.

SEGUNDA. La detención preventiva, puede diferenciarse del resto de medidas privativas del derecho a la libertad en el ordenamiento jurídico español, porque los elementos que la configuran se encuentran en la Norma Fundamental, la cual regula su estructura, finalidad, supuesto habilitante y límites –art. 17 CE—. Además, la titularidad y el contenido se derivan de la interpretación sistemática del art.17.2 CE con los arts. 104, 149.1.29ª y 126 CE: las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habilitados para la averiguación de delitos y desplegar actuaciones, durante dos momentos –aprehensión y custodia— que les permitan el descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Los elementos mencionados pueden compartirse, de manera alternativa, con los de otras medidas

privativas de libertad, pero ello no impide poder diferenciar e identificar las características configuradoras de la detención preventiva.

TERCERA. Es posible identificar en la detención una triple naturaleza: 1) por razón de la titularidad, es una medida de carácter policial –también referida como gubernativa por parte del TC—, ya que es una atribución otorgada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2) Por razón de la materia tiene un carácter penal, ya que se circunscribe en el ámbito de hechos delictivos. 3) Por razón de la finalidad tiene una naturaleza cautelar personal, aunque *sui generis*. Así, identificamos a la detención preventiva como una medida cautelar policial de privación de libertad con motivo de una supuesta acción delictiva, para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que sitúa a quien la vive, ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal.

CUARTA. A partir de su estructura, la detención se identifica como una medida restrictiva del derecho a la libertad personal, como límite a la misma; pero también, si además se tienen en cuenta las actuaciones de su titular durante los dos momentos de la detención, así como el contenido y finalidad de la medida, puede constatarse que ese carácter restrictivo también alcanza a otros derechos fundamentales, tales como: el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones.

QUINTA. Es necesario distinguir entre la afectación directa al derecho a la libertad personal por la detención *per se*, de la potencial afectación o restricción que puede haber a los otros tres derechos, sea por la detención en sí misma considerada, p.e. al aprehender; o sea dentro del marco de ésta por las actuaciones que ejecute su titular. Además, la incidencia en tales derechos es diferenciada, debido a: 1) La configuración constitucional de cada uno de ellos y al alcance de su protección y 2) La variedad de actuaciones que puede desplegar el titular de la detención durante el *íter* de la misma. Sin embargo, el presupuesto habilitante común de la incidencia suele ser el mismo de la detención: la investigación de los hechos aparentemente delictivos a los que, en principio, el afectado se encuentra vinculado. A este respecto, llama la atención que, a diferencia de la regulación en cuanto al derecho a la libertad, en el caso de los otros derechos vulnerables a la detención existe poca normativa, algunas de las posibles afectaciones se asumen

únicamente como consecuencia de las actividades propias de la investigación o de las atribuciones que tiene la policía en el marco de la detención.

SEXTA. Es necesaria la existencia de unas garantías para salvaguardar el derecho fundamental principalmente afectado que, además, es un valor superior del ordenamiento jurídico, pero también que alcancen a los demás derechos que pudieran ser afectados. Las garantías constitucionales reconocidas al derecho a la libertad –arts. 17.2, 17.3 y 17.4—se configuran como derechos públicos subjetivos de los detenidos, están interconectados y son, en su mayoría, plurifuncionales. Su halo protector no es exclusivo de la libertad personal, pues también alcanza a los demás derechos que pueden verse afectados durante la detención. Además, tienden a evitar que, desde esta etapa, se geste algún tipo de indefensión cuyos efectos se materialicen en el futuro procesal. Estos derechos-garantía también se encuentran reconocidos en el CEDH y en el PIDCP.

II. Con relación a los derechos-garantía de los detenidos

SÉPTIMA. El Derecho a ser informado de las razones de la detención y los derechos que le asisten como detenido y que todo ello se haga de un modo comprensible deriva de los arts. 17.3 CE, 5.2 CEDH y 6 CDFUE, así como del art. 9.2 PIDCP. Atendiendo a la concreta finalidad de investigar una conducta tipificada, es menester que se le haga saber al detenido la existencia de unos indicios razonables de que se encuentra vinculado a esa concreta conducta pues, aunque la finalidad sea investigativa, no son admisibles las investigaciones prospectivas. Entendemos que se trata de un derecho constitucional que impone una obligación: la de informar; distingue entre dos aspectos a informar: de un lado los derechos y de otro, las razones de la detención; y define cómo ha de hacerse: de manera inmediata y en forma comprensible –ajena a tecnicismos—. La información debería brindarse en los dos momentos de la detención, al llevar a efecto la aprehensión proporcionando al menos oralmente, las razones de la misma y de los derechos; y al ingresar a calabozos, las razones de la detención y la información sobre los derechos que le asisten y puede hacer valer, la cual debe proporcionarse con mayor amplitud por escrito. Este derecho es la llave maestra al portal de derechos del detenido, éste le permitirá el conocimiento y ejercicio del resto de sus derechos.

OCTAVA. El Derecho a intérprete derivaría del art. 17.3 CE al referir que la comunicación de los hechos por los cuales es detenido y de los derechos que le asisten como tal, debe efectuarse de «modo comprensible». Así también del art. 5.2 CEDH que establece que estas informaciones deben realizarse en una lengua que comprenda el detenido. Esto es importante ya que, consideramos, la información debe ser ajena a tecnicismos, así como debe transmitirse en un idioma que permita al detenido comprender la situación que enfrenta y, a la sazón, interactuar con las autoridades y el abogado que le asista. Es tal su trascendencia para evitar que se gesten situaciones de indefensión que, en su momento, el TC, derivándolo del art. 24 CE, señaló su proyección a las actuaciones policiales durante la detención.

NOVENA. El Derecho a no ser obligado a declarar o a guardar silencio, deriva del art. 17.3 CE y del art. 6 CEDH, y supone tanto que la autoridad realice su actividad investigadora sin apoyarse en recursos que coaccionen, amenacen o desnaturalicen la voluntad del investigado, como sin la utilización de otros medios que, aun indirectamente, pudieran incitar a la obtención de alguna manifestación o información que el detenido hubiera decidido guardar para sí, *v.g.* subterfugios policiales.

Este derecho protege la voluntad del detenido de proporcionar o no información sobre hechos que pudiera saber, que le consten o le sean propios. También garantiza la integridad, pues implica, además de reforzar la prohibición de todo tipo de torturas y tratos inhumanos o degradantes, que no se ejerza ningún tipo de presión, sobre todo psicológica, con miras a obtener una declaración o a obtenerla en algún concreto sentido —por eso se habla también del derecho a la no autoincriminación—. El ámbito protector de este derecho no abarca a la información que puede obtenerse por otros medios, *v.g.* muestras biológicas o huellas dactilares, pues esa información, como datos científicos objetivos de una realidad personal, está protegida por el derecho a la intimidad. Contar con un abogado en la diligencia de declaración o en otras de la investigación, contribuye a hacer respetar este derecho, así como contar con la instalación de cámaras en las zonas de detención y la grabación de audio de la toma de declaración y, en este caso concreto, el registro de la manifestación del detenido de ejercer su derecho a no declarar. Asimismo debería tenerse en cuenta la necesidad de adoptar un código de conducta en cuanto al

procedimiento a seguir para los interrogatorios –como señalara el TEDH— estos medios también contribuyen a asegurar el respeto del derecho a la integridad.

DÉCIMA. El Derecho a que la privación de libertad se limite al tiempo estrictamente necesario y a una puesta en libertad o a disposición judicial sin dilación, dentro de un plazo máximo de 72 horas deriva de los arts. 17.2 CE, 5.1 (c) y 5.3 CEDH, 6 CDFUE y 9.3 PIDCP.

Por un lado, verificamos que en la jurisprudencia del TC siempre se destaca la obligación de respetar el «derecho» o la «garantía» del art. 17.2 CE, aún sin identificar con claridad su contenido apreciamos que esa obligación se vincula a las dos notas características de la detención –estricta necesidad y temporalidad limitada— que casan con su finalidad y contenido, determinando dos plazos posibles de duración: el estrictamente necesario o el máximo constitucional de 72 horas. Por otro, apreciamos que en la jurisprudencia del TEDH relativa a la custodia policial, «la garantía» del art. 5.3 CEDH se vincula a la necesidad de un control judicial de la detención, subrayando que éste debe ocurrir automáticamente y «sin dilación», así que esto último aparece solo como condicionamiento de «la garantía» que *stricto sensu* consiste en el cese de la detención policial por la presentación del detenido ante la autoridad judicial que controla. Sin embargo, cuando desaparecen los indicios que motivan la detención, ésta cesa por la inmediata puesta en libertad del detenido, sin que ese control se materialice y ello no es contrario a la CE o al CEDH. En paralelo, apreciamos que en el desarrollo legislativo de la UE se reconoce la obligación de informar al detenido sobre el tiempo máximo que puede estar privado de su libertad previa intervención judicial. A consecuencia de lo anterior, estimamos que el contenido de este derecho se integra por la interconexión de la «garantía» –temporal y jurisdiccional— a que cada uno de los tribunales alude, la primera determina las notas características de la detención y consigna el plazo en el que, de ser necesario, debería de cumplirse la segunda: el control exigido por el CEDH. Este derecho es un auténtico baremo de la detención, en cuanto su justificación, vinculada a la necesidad de las actuaciones de investigación –y de sus resultados—, determinarán la vigencia, sea por la puesta en libertad o sea por la puesta a disposición judicial.

DECIMOPRIMERA. El control judicial de la detención viene derivado de los arts. 17.2 CE, 5.1(c) y 5.3 CEDH, 6 CDFUE y debe constituirse como un auténtico control de la privación

de libertad, es decir, una fiscalización de la situación, de las autorizaciones y revisiones *ex post* de las limitaciones de derechos, del cumplimiento de los plazos, de la forma en que se ha producido la detención, la custodia, las condiciones de la detención, el respeto y garantía de los derechos del privado de libertad y constatar que todas las actuaciones durante la detención, desde el momento mismo de la aprehensión, hayan: 1) sido conforme a derecho, 2) sido necesarias en una sociedad democrática, 3) cumplido la temporalidad limitada, 4) contado con una adecuada motivación, 5) sido proporcionales, 6) respetado todos los derechos-garantía de los detenidos y 7) que las medidas de control aplicables al caso concreto hayan sido efectivas.

Este control judicial, en palabras del TEDH, debe ser un auténtico escrutinio de la legalidad de la detención, sus formas, sus condiciones, las actuaciones realizadas. Son características esenciales del control judicial, la prontitud, la inmediatez entre el detenido y la autoridad judicial –posibilidad de escuchar al detenido—, que el juez tenga las atribuciones para poder levantar todas las medidas que considere contrarias a derecho.

DECIMOSEGUNDA. El Derecho a la asistencia letrada deriva del art. 17.3 CE, 6.3 (c) CEDH y 48 CDFUE. Fue novedoso que en la Norma Fundamental se reconociera taxativamente este derecho para los detenidos, un reconocimiento expreso que no existe en ningún tratado de derechos humanos de los que España es parte; a diferencia de lo que sucede con el reconocimiento de este derecho para quienes se encuentran en una etapa judicial, como lo hace la CE en el art. 24, el CEDH en el art. 6.3 (c) –art. 48 CDFUE— y el PIDCP en el art. 14.3(b). Esta diferencia llevó al legislador español a regular la asistencia letrada de los detenidos de manera diferente y mucho más limitada que la de los procesados, p.e. sin poder realizar una entrevista reservada previa a la declaración. Sin embargo, atendiendo a la vulnerabilidad del detenido, el intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha ido forjando las razones que justifican que la asistencia letrada de los procesados se extienda a las primeras etapas de la custodia policial, delineando así el reconocimiento de este derecho para quienes se encuentran en detención.

A la luz de los criterios de Estrasburgo y los cambios derivados de la legislación de desarrollo de la UE –con base en la jurisprudencia de aquél— se ha modificado el criterio mantenido por la LECrim a lo largo de muchos años, declarado constitucional por el TC,

que diferenciaba entre asistencia letrada para los detenidos del derecho a la asistencia letrada para los procesados, por su vinculación en este último caso, según dicho Tribunal, al derecho de defensa. En este sentido, la actual regulación procesal considera a la asistencia letrada como una forma de ejercer el derecho de defensa y elimina las limitaciones de actuación y asesoramiento que tenían los abogados en la etapa de la detención, en un primer intento de adecuarla al estándar europeo. Si bien ello es positivo, resulta lamentable que este cambio normativo se haya producido por imperativo europeo —por tener que efectuar la transposición de las Directivas Europeas— y no por una evolución garantista de los órganos internos.

El concepto «asistencia letrada» a partir de la CE conforme al CEDH y su interpretación, no significa la mera presencia, sino la ayuda, auxilio o soporte, que deberá tenerse durante las diligencias policiales y, como de la CE se desprende que es algo preceptivo, si el detenido no quiere o no puede designar a un abogado, entonces se le asignará uno del turno de oficio; en este sentido, tiene el carácter prestacional. El contenido de este derecho se integra por tres elementos diferenciados que, a su vez, deben satisfacer ciertos requisitos para que el derecho, en conjunto, sea práctico y efectivo: 1) El acceso al abogado: de libre elección o por asignación, debe primar la voluntad del individuo para elegir a quien lo represente, pero si por alguna razón tal elección no fuera posible, procederá la asistencia letrada gratuita, en los términos que prevea la ley; 2) La asistencia técnica letrada: posibilidad de interactuar con el abogado, recibir orientación, apoyo especializado y consejo legal sobre la conducta a observar en los interrogatorios y en las diligencias que participe, abarca las comunicaciones escritas y orales, éstas últimas más comunes durante la custodia policial, concretamente, a través de entrevista reservada que, en principio, debe anteceder a la toma de declaración; 3) La presencia e intervención del abogado en las diligencias: tanto en el interrogatorio, donde debería poder intervenir, como en otras diligencias de investigación o recuperación de pruebas.

Debe apuntarse que el letrado que brinde la asistencia durante la detención, asegura el cumplimiento del derecho a la información sobre los derechos y razones de la detención —incluso subsanando omisiones de la autoridad—; vela por el respeto del derecho a guardar silencio y no ser obligado a declarar; contribuye a disminuir, o en su caso denunciar, abusos que ocurran durante la custodia policial; con su presencia, apoya al detenido durante el

desahogo de las diligencias, al menos a tres: declaración, diligencias de reconocimiento y reconstrucción de hechos; asesora sobre las consecuencias de prestar o no consentimiento para la toma de muestras y orienta al detenido sobre lo que, ante un futuro proceso, pueda resultarle más conveniente para su defensa. Así, diferenciando los tres elementos de la asistencia letrada, puede identificarse la vinculación de cada uno de ellos a un interés diverso y todos, en conjunto, a uno común: salvaguardar el derecho de defensa. Con ello se hace evidente el carácter plurifuncional del derecho.

DECIMOTERCERA. Para el ejercicio del Derecho a la asistencia letrada de los detenidos la confianza, juega un papel importante que se proyecta a dos contenidos del derecho: 1) la asignación de abogado y 2) a la comunicación oral y escrita con el abogado. Por cuanto a lo primero, se vincula a la confianza que las cualidades y el conocimiento profesional del abogado inspiren al detenido para que sea él quien lo asesore durante ese trance, para el TC la confianza no es un elemento esencial del derecho, por tanto, puede limitarse. En cuanto a lo segundo, la confianza con la que se desenvuelva el asesoramiento, entendida como la confidencialidad que debe existir en las comunicaciones orales y escritas, sobre todo en la entrevista entre el abogado y el detenido, por ello se habla de «entrevistarse reservadamente», es decir, libre de vigilancias y escuchas de terceros. La protección de este elemento del derecho se refuerza por la protección derivada del art. 18.3 CE –art. 8 CEDH y 7 CDFUE— y esta cuestión, como señala el TEDH, sí puede ser un factor fundamental para la efectividad del ejercicio de este elemento del derecho. Con todo, ante unas circunstancias de suma excepcionalidad y previstas legalmente puede limitarse pues éste, no es un derecho absoluto.

La intensidad de las razones que pueden justificar una limitación del derecho a la asistencia letrada debe ser directamente proporcional a la intensidad de la restricción, distinguiendo entre unas «razones imperiosas» de unas razones «pertinentes y suficientes», las segundas no podrían justificar limitaciones graves como el retraso de la entrevista reservada o sacrificar dicho carácter reservado, pero sí justificarían la imposibilidad de designar libremente al defensor –limitación menos grave—. Además, para que una restricción pueda considerarse válida, no basta con que esté prevista en la ley, sino que debería satisfacer unos parámetros derivados de la jurisprudencia del TEDH –algunos recogidos en la Directiva 2013/48/UE— como: 1) la existencia de unas circunstancias excepcionales, 2)

una estricta limitación temporal, 3) que no se base únicamente a la gravedad del delito investigado, 4) una valoración de las circunstancias particulares del caso y 5) la posibilidad de revisión judicial –anterior o posterior—. Por eso, las limitaciones a este derecho que se adopten de manera sistemática porque existe una previsión legal determinada, sin una consideración concreta al caso, deberían considerarse injustificadas, como sucedió en el caso *Salduz*.

Dicho lo anterior, apreciamos las siguientes posibilidades de limitación: 1) Porque no se permita la designación voluntaria, cuando así lo reclamen los intereses de la justicia; 2) Porque tanto el acceso como la asistencia técnica o el asesoramiento, a través de la entrevista reservada, se aplacen por un plazo razonable; 3) Porque se levante la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y detenido. Esta restricción tendría lugar por razón de la existencia de indicios racionales de que el abogado sea partícipe o cómplice del hecho delictivo que se investiga o de otro en donde se presuma la implicación del abogado junto con el investigado. Hay que diferenciar entre las opciones de vigilancia: 1) Entrevista vigilada, mera observación sin que quien vigila tenga acceso a lo comunicado, habrá una limitación al derecho, pero aun razonable; 2) como de *ultima ratio*, que se levante la confidencialidad de la comunicación, lo cual habría de hacerse, por ser esta restricción la más grave a este aspecto del derecho, con previa autorización judicial, por un juez distinto al que le correspondería el conocimiento del caso, para evitar que éste conozca las conversaciones entre abogado y detenido o incluso, la estrategia de defensa. Estas limitaciones no son excluyentes entre sí. Ahora bien, de ello no se desprende que se pueda permitir, por ejemplo, el impedimento del encuentro entre el detenido y un letrado durante toda la vigencia de la custodia policial, situación que, consideramos, escaparía de los esquemas de limitación derivados del estándar de protección europeo.

Finalmente, siempre que exista una limitación –más aún si es acumulada— deberían garantizarse medidas que permitan contrarrestarla, p.e. si se ve limitado la asignación, puede compensarse con la entrevista reservada y con la asistencia; pero si se limitan dos de los tres aspectos del derecho, dependiendo de cuales sean, podría correrse el riesgo de convertirlo en ilusorio.

DECIMOCUARTA. El Derecho a un procedimiento de Habeas Corpus, está reconocido por la CE en el art. 17.4, correspondiente a los arts. 5.4 CEDH y 6 CDFUE, permite que, además de la libertad, también pueda analizarse la vulneración de los demás derechos-garantía del art. 17 CE. Tiene la estructura de derecho público subjetivo, configurado como un procedimiento de cognición limitada y célere desahogo al que todo detenido tiene derecho para provocar su presencia ante el Juez cuando se considere que la detención es ilegal –en sí misma desde el origen o porque devenga en ilegal por dejar de tener razón, por excesiva o innecesaria—; con la finalidad de que la autoridad judicial verifique la legalidad de la detención. El presupuesto habilitante para el ejercicio de este derecho es la efectiva privación de libertad decidida por autoridad gubernativa.

Con todo lo efectivo que pudiera resultar como garantía de la libertad, a la luz de los casos revisados a lo largo de este trabajo hemos podido apreciar que las solicitudes de habeas corpus son generalmente inadmitidas por los jueces sin entrar al fondo de la cuestión, argumentando que la detención es legal, cuando ese es el objeto que se debería analizar en el fondo, cuestión que también ha sido señalada como preocupante por el TC; lo que convertiría a este procedimiento en ineficaz, sobre todo teniendo en cuenta que también debe controlar las condiciones de la detención y los plazos, y no solo el origen de la misma.

III. Con relación a otros derechos afectados por la detención preventiva

DECIMOQUINTA. El Derecho a la Integridad física y moral, reconocida en los arts. 15 CE, 3 CEDH y 4 CDFUE, puede verse afectado durante la detención en sus dos momentos: aprehensión y custodia, pero la afectación no necesariamente comporta una vulneración. En el momento de la aprehensión, por la forma en que ésta tenga lugar o por los medios de aseguramiento utilizados. Durante la custodia, 1) por el trato que recibe el detenido en todo el *íter* de la detención, con especial énfasis en los interrogatorios; 2) por alguna actuación al amparo de a) la función investigativa –si resultara necesaria alguna intervención corporal, leve o grave, p.e. toma de muestras o extracciones— o b) la función aseguradora del cuerpo del delito –la recuperación de algún material alojado dentro del cuerpo—, en ambos casos el derecho puede verse afectado tanto por la obtención en sí misma como por los medios y formas utilizados a tal efecto; 3) por las condiciones mismas de la detención y por aquéllas en las que tienen lugar los traslados.

Por lo anterior, corresponde a quienes tienen la custodia del detenido proporcionar cualquier explicación sobre sus condiciones de salud, a partir del momento de la aprehensión hasta que la detención llegue a su fin. Al respecto se subraya la necesidad de garantizar la eficacia de los derechos que deben acompañar a todo privado de libertad a fin de evitar vulneraciones a su integridad, muy especialmente: el derecho a contactar con un tercero de la elección del detenido, la revisión médica –si fuera posible, de propia elección— y destacadamente, el derecho de acceso a un abogado. Además, reiteramos la necesidad de instalar cámaras de video vigilancia en las zonas comunes de detención, así como en las salas de interrogatorio en donde conste imágenes y audio de todas las circunstancias propias de la detención, destacadamente la toma de declaración, medidas que propiciarían un efecto benéfico en una doble vía: 1) en beneficio de los detenidos, pues la exigencia de un registro visual y auditivo durante la custodia, hará menos factibles conductas policiales que atenten contra la integridad física y mental de los detenidos y 2) en beneficio de la policía, por el efecto disuasivo en quienes pretendan presentar una infundada denuncia por malos tratos durante la custodia policial.

La limitación del derecho a la integridad, por el uso legítimo de la fuerza o medios coercitivos, idóneamente, debería contar con una adecuada previsión legal, pues actualmente, a partir de normas reguladoras de la organización y actuación policial en general –arts. 282 LECrim, 11.1 LOFCS—, las actuaciones que implican emplear la coacción durante la detención, son previstas por documentos internos *v.g.* Instrucciones del Ministerio del Interior que, pese a todas las especificaciones que éstas pueden tener, no satisfacen ni el rango ni la calidad de ley, no son previsibles ni accesibles. Basar la actuación policial en normas genéricas de actuación o en principios se ha reflejado como insuficiente para evitar posibles abusos policiales en el contexto de la detención; tanto en la aprehensión, conducción y custodia, como al momento de la toma de declaración, tan es así, que el TEDH señaló la necesidad de establecer unas reglas claras para el desarrollo de los interrogatorios.

DECIMOSEXTA. El derecho a la intimidad personal, reconocido por el art. 18.1 CE, 8 CEDH y 7 CDFUE, puede verse afectado durante la detención a partir de distintos supuestos, tales como:

1) Por los registros corporales del detenido, sea antes o al momento de llevar a cabo la aprehensión y antes de ingresar al calabozo. Dicho registro encuentra justificación por razones de seguridad y aseguramiento. Seguridad, del detenido y de los agentes en la aprehensión y aseguramiento de cosas que puedan ser instrumentos u objetos de delito.

2) Por los registros de los efectos personales del detenido. En principio, éstos deberían asegurarse y ponerse a disposición de la autoridad judicial y en todo caso, ésta ordenará el registro; sin embargo, vimos que en el marco de actuaciones de investigación en la detención o previo a ella, el TC ha aceptado una primera revisión de efectos personales del sospechoso por decisión policial, aludiendo a razones de urgencia y necesidad estricta y porque existe un control judicial *ex post*. No obstante, la previsión legal en la que se ha amparado tal intromisión, se ha reconducido por vía de los arts. 282 LECrim y 11.1 (f) (g) LOFCS que, a nuestro parecer, no habilitan con claridad a la autoridad policial para que en su actuación revise efectos, objetos o instrumentos que tenga consigo el detenido, por cuanto una cosa es la revisión rápida, visual o táctil de un bolso para determinar que no lleva p.e. armas, drogas o explosivos y otra muy diferentes es p.e. abrir una agenda del teléfono móvil y revisar, o ver las fotos y los mensajes contenidos en el mismo. Por eso, sería conveniente una adecuación legal que con claridad permitiera esas primeras revisiones, sujetándolas a los criterios de urgencia y necesidad señalados por el TC, pues parece que ciertamente pueden resultar convenientes para las pesquisas y actuaciones de investigación policial. La redacción de los arts. 18 y 19.2 LOPSC [2] tampoco viene a poner mayor claridad a esta situación, por cuanto no vendrían a estar específicamente dirigidos a los supuestos de detención, sino que están referidos a múltiples supuestos en general, como p.e. la identificación. Es necesario garantizar la seguridad y certeza jurídica tanto al ciudadano detenido, como al titular de la detención, para que tenga plena certeza del marco jurídico que le ampara y hasta dónde es posible llegar en el ejercicio de sus atribuciones para evitar que en aras de asegurar un instrumento que en un futuro proceso pudiera constituir una prueba determinante, llegue a ver afectada su validez por la forma de su obtención.

3) Por la Información obtenida a partir de muestras biológicas del detenido –con énfasis en el ADN—. Diferenciamos entre 1) la toma de la muestra, por el impacto que pueda tener en el cuerpo o porque sea tomada con coacción –casos en que eventualmente afecte al

derecho del art. 15 CE—; 2) la aprobación para la toma de la muestra: a) con o sin conocimiento y consentimiento del afectado o b) con o sin autorización judicial; 3) la información personal que a partir de la muestra puede obtenerse.

El problema lo encontramos en los casos que puedan ser considerados como que no hay una intervención corporal, tales como recogida de un pañuelo, de un vaso utilizado, cabello de un peine. Mayores problemas los encontramos cuando la muestra, además, ha sido obtenida con engaño o subrepticamente. La aceptación de una muestra obtenida subrepticamente, a nuestro juicio, rompe con el esquema de las limitaciones de derechos fundamentales y lo que la hace particularmente abusiva como actuación, al margen de la información obtenida —que, sin autorización judicial o intervención de un fiscal, pone en duda la certeza del alcance de la información develada— es el hecho de que se obtiene valiéndose de la sujeción personal del afectado, a costa de la propia situación privativa de libertad. No deja de sorprendernos el hecho de que el TC hubiera considerado que ese proceder no era inconstitucional y haber justificado y comenzado a delinear una doctrina sobre las muestras obtenidas así, subrepticamente. A este respecto destacamos que, la cobertura legal actual para la toma de muestras de ADN se refiere por un lado a «la toma de muestras y fluidos del [...] detenido [...] así como del lugar del delito»; por otro lado, señala que la toma de muestras que requieran la inspección, reconocimiento o intervención corporal, deberán contar con una autorización judicial en auto motivado cuando no haya consentimiento del afectado.

DECIMOSÉPTIMA. El Derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el art. 18.3 CE, art. 8 CEDH y 7 CEDFUE puede verse afectado al quedar limitadas las comunicaciones a los supuestos siguientes: 1) telefónicamente con un tercero que libremente designe, 2) con el abogado que le asista, 3) con autoridades que participen en la detención, con el médico forense y con el Fiscal y 4) con quienes eventualmente comparta el espacio de privación de libertad —compañero de calabozo— y, si fuera extranjero, 5) con sus autoridades consulares. Tales comunicaciones deberían poder efectuarse con el carácter de secreto garantizado por la CE, puesto que éste sólo cede por «resolución judicial» y la limitación constitucionalmente prevista es hacia lo expresamente reconocido: la condición de secreto o reservado de la comunicación, no al impedimento de comunicar(se).

Muchas anomalías respecto a la limitación de este derecho fueron subsanadas tras la reforma a la LECrim en los términos de la LO 13/2015 –transposición de la Directiva 2013/48/UE—. Actualmente, se aprecian 3 formas de limitación de los bienes protegidos por el art. 18.3 CE, en el ámbito que nos ocupa: 1) La forma de comunicar con el tercero de la elección del detenido, 2) la posibilidad de captar las comunicaciones orales directas y 3) la posibilidad de levantar el carácter confidencial de las comunicaciones que se mantengan con el letrado. Consideramos que la previsión legal es clara en cuanto al presupuesto habilitante y finalidad perseguida –investigación— de las limitaciones identificadas en los incisos 2) y 3); en cambio, no podemos decir lo mismo en cuanto a la primera, pues la previsión legal omite la finalidad perseguida y, dependiendo de cómo se interprete y, sobre todo, de cómo se ponga en práctica, podría configurar una actuación inconstitucional.

Todos los detenidos pueden comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección, pero ello se hará en presencia de un funcionario policial o de un funcionario designado por el Juez o el Fiscal. A este respecto creemos necesario que se proceda a definir el alcance del término «en presencia» de un funcionario de policía o uno designado por el juez. Entender esta circunstancia –«en presencia»—, como una mera cuestión de vigilancia sería razonable, atendiendo a que la persona está en custodia de la policía, como mera cuestión de seguridad. En cambio, si es en el sentido de que pueda acceder a escuchar el mensaje transmitido, en principio, sería inconstitucional, a menos que se contara con una autorización judicial previa debidamente motivada al caso concreto.

Finalmente, resulta muy positivo que se haya ampliado el reconocimiento a la comunicación del detenido con sus autoridades consulares, permitiéndole ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y mantener correspondencia con ellas, sin embargo, no queda clara la forma en la que dicha comunicación debiera tener lugar.

IV. Con relación a las detenciones preventivas producidas durante la aplicación de un estado excepcional –estados de excepción o de sitio—

DECIMOCTAVA. En los casos de declaración de los estados de excepción o sitio –arts. 55.1, 116.2 y .3 CE y 15 CEDH— las modificaciones más palpables a la detención son: la

temporalidad –hasta 10 días de duración—y la garantía jurisdiccional —ocurriría con dilación—. Por cuanto a lo primero, hay que tener en cuenta 1) Que se trata de una detención en un contexto excepcional, quizá las circunstancias que lleven a la declaratoria de la excepcionalidad representen más dificultades para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su actividad de indagación. 2) Que en una situación de constitucionalidad extraordinaria hay un estándar europeo mínimo a respetar que implicaría necesariamente acudir al art. 15 CEDH para derogar las obligaciones derivadas del art. 5.3 CEDH. Además, tenemos en cuenta que una detención de hasta 10 días en estas circunstancias extraordinarias, oscilaría entre los plazos que el TEDH ha considerado razonable –7 días— e injustificado –14 días aproximadamente— para situaciones extraordinarias. Por ello, creemos que el plazo de 10 días podría ser desproporcionado y, en consecuencia, estimamos que a los efectos de realizar estas investigaciones policiales con eficacia, un plazo de hasta siete días podría ser el adecuado.

DECIMONOVENA. La legislación de desarrollo reguladora del estado de sitio, en lo que respecta al art. 17.3 CE, se refleja como una previsión legal que no satisface las exigencias de previsibilidad y certeza, pues 1) No se define en qué consistiría la suspensión o cuál será el alcance, de tal suerte que se asemeja más a una desaparición o imposibilidad absoluta del ejercicio de todos los derechos del art. 17.3 CE y no a su sometimiento a un régimen distinto. 2) Los derechos del art. 17.3 CE, como instituciones jurídicas con elementos configuradores propios y diferenciadores, tienen distintas funciones y consecuencias en el desarrollo de la detención, ello ameritaría una mayor definición en las concretas modificaciones que experimentarían por la suspensión, p.e. si habláramos de un régimen distinto para el ejercicio del derecho a la asistencia letrada, habría que determinar cuál de sus 3 elementos sería afectado o en cuanto al derecho a no ser obligado a declarar, resulta difícil contextualizar en que radicaría la suspensión, sobre todo, si la finalidad es proteger la voluntad del individuo. Vemos pues, aunque la suspensión de estos derechos pueda ser constitucionalmente viable, ante la falta de claridad en el texto normativo, actualmente su puesta en práctica no respetaría los principios antes mencionados de previsibilidad y certeza.

Para finalizar, en el supuesto no concedido de que la imprecisión legal se pretendiese dilucidar con la declaración del estado de sitio, plasmándose los efectos de la suspensión

de cada uno de tales derechos; subrayamos que dicha declaración, cuenta con calidad de ley, pero no satisfaría la exigencia del rango, pues no es ley orgánica. En este sentido, es la ley orgánica la única que puede regular el marco de actuación en este supuesto.

V. Con relación a la detención preventiva en el contexto de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas – suspensión individual de derechos—

VIGÉSIMA. En el contexto de la Suspensión Individual de derechos en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, prevista en el art. 55.2 CE, la afectación a la detención preventiva consiste en la prolongación de la duración de la detención, dejando a salvo las demás garantías del detenido; así, mientras en el régimen ordinario la duración oscila entre el plazo estrictamente necesario y un máximo de 72 horas, en el extraordinario, por la suspensión, la duración varía entre el plazo estrictamente necesario y el máximo que determine el legislador, actualmente, hasta 120 horas. El legislador tiene un pequeño margen de discreción respecto a la duración de la detención, pero invariablemente debe respetar una cuestión: la previa intervención judicial que autorice la prórroga. En ese margen de discreción, el legislador consideró conveniente, en razón de la materia, concentrar el conocimiento de estos casos en los Juzgados Centrales de Instrucción, como juez predeterminado por la ley.

Puede apreciarse el «régimen distinto» consecuencia de la suspensión, por las siguientes modificaciones al régimen ordinario de detención –art. 55.2 CE desarrollado por art. 520 bis LECrim—: 1) Se habilita para ampliar el plazo máximo de duración de la detención y 2) se modifican las formas de control judicial, apreciable por: 1) Retrasarse la puesta a disposición judicial del detenido; 2) Una intervención judicial obligatoria para autorizar la prórroga de la custodia policial a efectos de las investigaciones, esto es, la suspensión *stricto sensu*; 3) Una intervención judicial potestativa para controlar la situación del detenido –art. 520 bis 3 LECrim— y 4) Para el procedimiento de habeas corpus, solo pueden conocer los Juzgados Centrales de Instrucción.

VIGESIMOPRIMERA. La intervención judicial resulta obligatoria para autorizar la prórroga de la detención. Se exige no solo como garantía de la libertad, sino como requisito procesal

de procedencia. Mediante esta intervención el juzgador deberá ponderar la necesidad de que al detenido se le tenga en tal condición hasta por 48 hora más. En los casos estudiados apreciamos que esta prolongación no siempre se concede por el plazo máximo, en ocasiones solo se otorgan 24 horas de prórroga. Es importante señalar que esta intervención no constituye la puesta a disposición judicial del detenido, sino exactamente lo contrario, y ello bien puede entenderse porque el detenido no interactúa con el Juez y éste no asume el dominio de la privación de libertad, por eso señalamos que esta intervención no puede entenderse como un auténtico control judicial, sino como una autorización de la ampliación de la detención –valoración de su prórroga—.

La intervención judicial potestativa para vigilar las condiciones del detenido, puede tenerse como ilusoria e ineficaz en la práctica pues, a partir de la jurisprudencia del TC y del TEDH, apreciamos que esta intervención potestativa no tiene lugar, como expresamente ha sido reconocido por la Audiencia Nacional ante el CPT –este control no es utilizado ni de forma directa ni delegada—, razón que llevó al TEDH a señalar que en estos contextos, incumbe a los jueces adoptar un planteamiento más proactivo en lo que refiere a las facultades de control que ya disponen.

Lo anterior se agrava cuando, en el marco de las detenciones preventivas con motivo de investigaciones por delitos de terrorismo, se desarrolla la incomunicación del detenido, que implica el impedimento de comunicarse con la persona con quien tiene derecho a hacerlo, designar abogado de su confianza y entrevistarse reservadamente con su abogado. Esta medida, no es exclusiva de la detención en estos supuestos, sino que la detención por razón de investigaciones de terrorismo y banda armada es uno de los presupuestos de la incomunicación.

La constitucionalidad de la medida fue declarada en 1987 a partir del análisis de uno solo de sus efectos en el derecho a la asistencia letrada –imposibilidad de designar abogado—, utilizando el art. 17.3 CE como canon de constitucionalidad. Consideramos que, por las consecuencias de la medida, la valoración de su constitucionalidad en el contexto de las detenciones por delitos de terrorismo, debería tener un baremo más amplio –arts. 17.3, 18.3 y 55.2 CE—, diferenciando entre: 1) La incidencia de la medida en dos aspectos del derecho a la asistencia letrada y su impacto en el ejercicio del derecho al secreto de las

comunicaciones; 2) La adopción de la medida por decisión policial con efectos inmediatos y durables hasta un máximo de 24 horas mientras el juez al que se le solicita su acuerdo, decide si la confirma o no, caso último en el cual el detenido ya habría padecido una afectación a sus derechos por decisión policial y 3) La proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta su objetivo y finalidad.

Por cuanto al derecho a la asistencia letrada, la incidencia en la posibilidad de designar abogado de confianza constituye una de las limitaciones de menor intensidad en el derecho y se compensa por la asignación de un abogado de oficio, puede tenerse como razonable y proporcional. Por su parte, la previsión legal de imposibilitar a «entrevistarse reservadamente con su abogado» origina dos posibles interpretaciones: 1) que el detenido se entreviste con el abogado pero que ello sea de manera vigilada –incluso con la interceptación de lo comunicado— es decir, afectando el carácter reservado de la entrevista, y 2) que no haya lugar a dicha entrevista mientras permanezca incomunicado, incluso hasta la puesta a disposición judicial, afectando a la entrevista en sí misma. Con la primera interpretación se tiene una limitación de *ultima ratio* pero aceptable en circunstancias extraordinarias, conforme con los arts. 17.3 y 18.3 CE y con los parámetros derivados de la jurisprudencia del TEDH y de los estándares del Derecho de la Unión. En cambio, a partir de la segunda interpretación produciría una limitación que no solo afectaría al carácter reservado, sino que impediría de forma absoluta la realización de ésta durante la custodia policial y esta situación es disconforme con los parámetros actuales de limitación del derecho a la asistencia letrada, por cuanto al incomunicado se le impide el ejercicio del aspecto implícitamente protegido por el art. 18.3 CE, la libertad de comunicar, pues se vería privado de realizar las comunicaciones a las que normalmente tendría derecho, aspectos cuya constitucionalidad poca gente ha cuestionado. En este sentido, la limitación puede afectar al carácter reservado de la entrevista entre el detenido y abogado, pero en ningún caso impedir que la entrevista se realice.

VIGESIMOSEGUNDA. La legislación que desarrolla la suspensión ex art. 55.2 CE, en cuanto a la detención preventiva, además de establecer la prórroga, incluye la posibilidad de que la medida de incomunicación comience y se aplique durante el plazo de 24 horas, tiempo que dispone el juez para resolver si autoriza o no la medida, siendo entonces durante estas primeras 24 horas y hasta la resolución judicial, una medida policial carente

de intervención judicial y, para el TC, ello se justifica por la necesidad de asegurar la efectividad de la medida, siguiendo la lógica del principio de concordancia práctica ex art. 55.2 aplicable a los derechos de los arts. 18.2 y 18.3 CE: la limitación la decide y ejecuta una autoridad gubernativa y sucesivamente se acude a la autoridad judicial para que la confirme o la levante; situación que, a nuestro parecer, no acaba de ajustarse al art. 55.2 CE, que solo permite la afectación del secreto de las comunicaciones –levantando la confidencialidad de las mismas, más no impidiéndolas— y, en todo caso, con autorización judicial. Además, las previsiones del art. 55.2 CE no son extensibles a los derechos y garantías del art. 17.3 CE.

Para entender la efectividad de la medida hay que tener en cuenta su objetivo y su finalidad en el contexto de la detención por delitos de terrorismo, y así justificar que sea iniciada por la policía aún y cuando el TC dijera que, en un Estado Democrático, la incomunicación solo compete a la autoridad judicial. El objetivo –aislamiento de las relaciones personales del detenido que puedan ser perjudiciales para la investigación— se alcanza con creces, pues al detenido sólo se le permite comunicarse con el Fiscal, el médico forense y la autoridad judicial; pero la finalidad –evitar graves consecuencias que pongan en peligro la vida, la libertad o la integridad de terceros ex art. 509.1 (a) LECrim— ameritaría una concreta motivación de la policía al adoptarla y de la autoridad judicial al acordarla *ex post*, condición que creemos no se satisface, ya que el propio TC ha dicho que cuando se trata de delitos de terrorismo no es constitucionalmente exigible un mayor razonamiento sobre la necesidad de la incomunicación porque ésta se puede afirmar en forma genérica con independencia de las circunstancias personales del detenido. Ello podría fomentar una laxitud en la motivación policial y en la subsecuente ponderación judicial sobre la proporcionalidad, condiciones que deberían existir antes de adoptar una medida como la que comentamos, aun en la lógica del art. 55.2 CE, y además se contraponen a la exigencia derivada de la jurisprudencia del TEDH, recogida en la Directiva 2013/48/UE en cuanto a que, las limitaciones al ejercicio del derecho a la asistencia letrada y la libertad de comunicación, no pueden basarse únicamente en el tipo o gravedad de la presunta infracción, sino que han de ponderarse en cada caso. En la jurisprudencia consultada para este trabajo apreciamos que la mayoría de las veces, la intervención judicial *ex post* consistió en una citación de los fundamentos de derecho, de las razones

dadas por la policía –motivación por remisión— y la genérica justificación de que los hechos investigados podrían ser constitutivos de delitos de terrorismo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es difícil apreciar la proporcionalidad de la medida, no por cuanto al impedimento de designar letrado, sino en cuanto al vínculo entre el objeto y finalidad de la medida con la imposibilidad de «entrevistarse reservadamente» con su abogado, teniendo en cuenta que es uno impuesto de oficio; restricción que además, podría tener efectos secundarios en otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos como el derecho de defensa, el derecho a no declarar y el derecho a la integridad personal –física o psíquica—. Ello mientras tenga lugar el control judicial *ex post*.

FUENTES CONSULTADAS

Apéndice jurisprudencial

a) Del Tribunal Constitucional

STC 11/1981, de 8 de abril, BOE de 25 de abril de 1981.

STC 25/1981, de 14 de julio, BOE de 13 de agosto de 1981.

STC 33/1981, de 5 de noviembre, BOE de 19 de noviembre de 1981.

STC 2/1982, de 29 de enero, BOE de 26 de febrero de 1982.

STC 33/1982, de 8 de junio, BOE de 28 de junio de 1982.

STC 41/1982, de 2 de julio, BOE de 04 de agosto de 1982.

STC 6/1983, de 4 de febrero, BOE de 09 de marzo de 1983.

STC 73/1983, de 30 de julio, BOE de 18 de agosto de 1983.

ATC 308/1984, de 23 de mayo.

STC 67/1984, de 07 de junio, BOE de 11 de julio de 1984.

STC 108/1984, de 26 de noviembre, BOE de 21 de diciembre de 1984.

STC 114/1984, de 29 de noviembre, BOE de 21 de diciembre de 1984.

STC 117/1984, de 5 de diciembre, BOE de 21 de diciembre de 1984.

STC 123/1984, de 18 de diciembre, BOE de 11 de enero de 1985.

STC 127/1984, de 26 de diciembre, BOE de 11 de enero de 1985.

STC 11/1985, de 30 de enero, BOE de 05 de marzo de 1985.

STC 19/1985, de 13 de febrero, BOE de 05 de marzo de 1985.

STC 31/1985, de 5 de marzo, BOE de 27 de marzo de 1985.

STC 44/1985, de 22 de marzo, BOE de 19 de abril de 1985.

STC 53/1985, de 11 de abril, BOE de 18 de mayo de 1985.

STC 59/1985 de 6 de mayo, BOE de 05 de junio de 1985.

STC 103/1985, de 4 de octubre, BOE de 05 de noviembre de 1985.

STC 107/1985, de 7 de octubre, BOE de 05 de noviembre de 1985.

STC 175/1985, de 17 de diciembre, BOE de 15 de enero de 1986.

STC 178/1985, de 19 de diciembre, BOE de 15 de enero de 1986.

STC 43/1986, de 15 de abril, BOE de 29 de abril de 1986.

STC 47/1986, de 21 de abril, BOE de 29 de abril de 1986.

STC 53/1986, de 5 de mayo, BOE de 20 de mayo de 1986.

STC 80/1986, de 17 de junio, BOE de 04 de julio de 1986.

STC 89/1986, de 1 de julio, BOE de 22 de julio de 1986.

STC 98/1986, de 10 de julio, BOE de 23 de julio de 1986.

STC 140/1986, de 11 de noviembre, BOE de 10 de diciembre de 1986.

STC 159/1986, de 16 de diciembre, BOE de 31 de diciembre de 1986.

STC 160/1986, de 16 de diciembre, BOE de 31 de diciembre de 1986.

STC 2/1987, de 21 de enero, BOE de 10 de febrero de 1987.

STC 32/1987, de 12 de marzo, BOE de 24 de marzo de 1987.

STC 47/1987, de 22 de abril, BOE de 05 de mayo de 1987.

STC 74/1987, de 25 de mayo, BOE de 9 de junio 1987.

STC 89/1987, de 3 de junio, BOE de 25 de junio de 1987.

STC 115/1987, de 7 de julio, BOE de 29 de julio de 1987.

STC 196/1987, de 11 de diciembre, BOE de 8 de enero de 1988.

STC 199/1987, de 16 de diciembre, BOE de 8 de enero de 1988.

STC 37/1988, de 3 de marzo, BOE de 18 de marzo de 1988.

STC 46/1988, de 21 de marzo, BOE de 12 de abril de 1988.

STC 60/1988, de 8 de abril, BOE de 4 de mayo de 1988.

STC 71/1988, de 19 de abril, BOE de 05 de mayo de 1988.

STC 82/1988, de 28 de abril, BOE de 25 de mayo de 1988.

STC 137/1988, de 7 de julio, BOE de 27 de julio de 1988.

STC 153/1988, de 20 de julio, BOE de 24 de agosto de 1988.

ATC 837/1988, de 4 de julio.

STC 216/1988, de 14 de noviembre, BOE de 12 de diciembre de 1988.

STC 231/1988, de 2 de diciembre, BOE de 23 de diciembre de 1988.

STC 30/1989, de 7 de febrero, BOE de 02 de marzo de 1989.

STC 37/1989, de 15 de febrero, BOE de 02 de marzo de 1989.

STC 85/1989, de 10 de mayo, BOE de 13 de junio de 1989.

STC 104/1989, de 8 de junio, BOE de 04 de julio de 1989.

STC 217/1989, de 21 de diciembre, BOE de 11 de enero de 1990.

STC 8/1990, de 18 de enero, BOE de 15 de febrero de 1990.

STC 55/1990, de 28 marzo, BOE de 17 de abril de 1990.

STC 59/1990, de 29 de marzo, BOE de 04 de mayo de 1990.

STC 76/1990, de 26 de abril, BOE de 30 de mayo de 1990.

STC 104/1990, de 4 de junio, BOE de 5 de julio de 1990

STC 120/1990, de 27 de junio, BOE de 30 de julio de 1990.

STC 133/1990 de 19 de julio, BOE de 30 de julio de 1990.

STC 137/1990, de 19 de julio, BOE de 30 de julio de 1990.

STC 144/1990, de 26 de septiembre, BOE de 23 de octubre de 1990.

ATC 174/1990, de 23 de abril.

ATC 221/1990, de 31 de mayo.

STC 11/1991, de 17 de enero, BOE de 13 de febrero de 1991.

STC 44/1991, de 25 de febrero, BOE de 27 de marzo de 1991.

STC 188/1991, de 3 de octubre, BOE de 05 de noviembre de 1991

STC 206/1991, de 30 de octubre, BOE de 27 de noviembre de 1991.

STC 20/1992, de 14 de febrero, BOE de 17 de marzo de 1992.

STC 81/1992, de 28 de mayo, BOE de 01 de julio de 1992.

STC 132/1992, de 28 de septiembre, BOE de 29 de octubre de 1992

STC 85/1993, de 8 de marzo, BOE de 15 de abril de 1993.

ATC 274/1993, de 13 de septiembre.

ATC 282/1993, de 20 de septiembre.

STC 303/1993, de 25 de octubre, BOE de 30 de noviembre de 1993.

STC 341/1993, de 18 de noviembre, BOE de 10 de diciembre de 1993

STC 12/1994, de 17 de enero, BOE de 17 de febrero de 1994.

STC 57/1994, de 28 de febrero, BOE de 24 de marzo de 1994.

STC 71/1994, de 3 de marzo, BOE de 24 de marzo de 1994

STC 85/1994, de 14 de marzo, BOE de 14 de abril de 1994.

STC 181/1994, de 20 de junio, BOE de 26 de julio de 1994.

STC 183/1994, de 20 de junio, BOE de 26 de julio de 1994.

STC 215/1994, de 14 de julio, BOE de 18 de agosto de 1994.

STC 252/1994, de 19 de septiembre, BOE de 21 de octubre de 1994.

STC 18/1995, de 24 de enero, BOE de 28 de febrero de 1995

STC 25/1995, de 6 de febrero, BOE de 10 de marzo de 1995

STC 26/1995, de 6 de febrero, BOE de 10 de marzo de 1995.

STC 29/1995 de 6 de febrero, BOE de 10 de marzo de 1995.

STC 66/1995, de 8 de mayo, BOE de 13 de junio de 1995.

STC 86/1995, de 6 de junio, BOE de 8 de julio de 1995.

STC 113/1995, de 6 de julio, BOE de 03 de agosto de 1995.

STC 128/1995, de 26 de julio, BOE de 22 de agosto de 1995.

STC 154/1995, de 24 de octubre, BOE de 28 de noviembre de 1995.

STC 197/1995, de 21 de diciembre, BOE de 24 de enero de 1996.

STC 21/1996, de 12 de febrero, BOE de 18 de marzo de 1996.

STC 31/1996, de 27 de febrero, BOE de 2 de abril de 1996.

STC 34/1996, de 11 de marzo, BOE 17 de abril de 1996.

STC 35/1996, de 11 de marzo, BOE de 17 de abril de 1996.

STC 37/1996, de 11 de marzo, BOE de 17 de abril de 1996.

ATC 55/1996, de 6 de marzo.

STC 66/1996, de 16 de abril, BOE de 21 de mayo de 1996.

STC 86/1996, de 21 de mayo, BOE de 21 de junio de 1996.

STC 207/1996, de 16 de diciembre, BOE de 22 de enero de 1997.

STC 21/1997, de 10 febrero, BOE de 14 de marzo de 1997.

STC 56/1997, de 17 de marzo, BOE de 17 de abril de 1997.

STC 123/1997, de 1 de julio, BOE de 18 de agosto de 1997.

STC 161/1997, de 2 de octubre, BOE de 30 de octubre de 1997.

STC 175/1997, de 27 de octubre, BOE de 28 de noviembre de 1997.

STC 200/1997, de 24 de noviembre, BOE de 30 de diciembre de 1997

STC 201/1997, de 25 de noviembre, BOE de 30 de diciembre de 1997.

STC 234/1997, de 18 de diciembre, BOE de 21 de enero de 1998

ATC 333/1997, de 13 de octubre.

ATC 30/1998, de 28 de enero.

STC 37/1998, de 17 de febrero, BOE de 17 de marzo de 1998.

STC 58/1998, de 16 de marzo, BOE de 22 de abril de 1998.

STC 224/1998, de 24 de noviembre, BOE de 30 de diciembre de 1998.

STC 233/1998, de 1 de diciembre, BOE de 30 de diciembre de 1998.

STC 49/1999, de 5 de abril, BOE de 27 de abril de 1999.

STC 139/1999, de 22 de julio, BOE de 22 de julio de 1999.

ATC 155/1999, de 14 de junio.

STC 161/1999, de 27 de septiembre, BOE de 3 de noviembre de 1999.

STC 162/1999, de 27 de septiembre, BOE de 3 de noviembre de 1999.

STC 166/1999, de 27 de septiembre, BOE de 03 de noviembre de 1999.

STC 171/1999, de 27 de septiembre, BOE de 03 de noviembre de 1999.

STC 174/1999, de 27 de septiembre, BOE de 03 de noviembre de 1999.

STC 175/1999, de 30 de septiembre, BOE de 03 de noviembre de 1999.

STC 188/1999, de 25 de octubre, BOE de 25 de noviembre de 1999

STC 229/1999, de 13 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000.

STC 232/1999, de 13 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000.

STC 233/1999, de 16 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000.

STC 239/1999, de 20 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000.

STC 8/2000, de 17 de enero, BOE de 18 de febrero de 2000.

STC 91/2000, de 30 de marzo, BOE de 04 de mayo de 2000.

STC 115/2000, de 5 de mayo, BOE de 07 de junio de 2000.

STC 127/2000, de 16 de mayo, BOE 20 de junio de 2000.

STC 134/2000, de 16 de mayo, BOE de 20 de junio de 2000.

STC 147/2000, de 29 de mayo, BOE de 30 de junio de 2000.

STC 148/2000, de 1 de junio, BOE de 30 de junio de 2000.

STC 162/2000, de 12 de junio, BOE de 11 de julio de 2000.

STC 179/2000, de 26 de junio, BOE de 28 de julio de 2000.

STC 202/2000, de 24 de julio, BOE de 24 de agosto de 2000.

STC 204/2000, de 24 de julio, BOE de 24 de agosto de 2000.

STC 233/2000, de 2 de octubre, BOE de 07 de noviembre de 2000.

STC 263/2000, de 30 de octubre, BOE de 01 de diciembre de 2000.

STC 287/2000, de 27 de noviembre, BOE de 04 de enero de 2001.

STC 288/2000, de 27 de noviembre, BOE de 4 de enero de 2001.

STC 292/2000, de 30 de noviembre, BOE de 04 de enero de 2001.

STC 46/2001, de 15 de febrero, BOE de 16 de marzo de 2001.

STC 47/2001, de 15 de febrero, BOE de 16 de marzo de 2001.

STC 106/2001, de 23 de abril, BOE de 29 de mayo de 2001

STC 119/2001, de 24 de mayo, BOE de 08 de junio de 2001.

STC 130/2001, de 4 junio, BOE de 03 de julio de 2001.

STC 156/2001, de 2 de julio, BOE de 26 de julio de 2001.

STC 169/2001, de 16 de julio, BOE de 14 de agosto de 2001.

STC 235/2001, de 13 de diciembre, BOE de 16 de enero de 2002.

STC 70/2002, de 3 de abril, BOE de 25 de abril de 2002.

STC 137/2002, de 3 de junio, BOE de 26 de junio de 2002.

STC 53/2002, de 27 de febrero, BOE de 03 de abril de 2002.

STC 98/2002, de 29 de abril, BOE de 22 de mayo de 2002.

STC 123/2002, de 20 de mayo, BOE de 19 de junio de 2002.

STC 156/2002, de 23 de julio, BOE de 07 de agosto de 2002.

STC 167/2002, de 18 de septiembre, BOE de 09 de octubre de 2002.

STC 192/2002, de 28 de octubre, BOE de 20 de noviembre de 2002.

STC 205/2002, de 11 de noviembre, BOE de 29 de noviembre de 2002.

STC 218/2002, de 25 de noviembre, BOE de 20 de diciembre de 2002.

STC 224/2002, de 25 de noviembre, BOE de 20 de diciembre de 2002.

STC 14/2003, de 28 de enero, BOE de 19 de febrero de 2003.

STC 38/2003, de 27 de febrero, BOE de 14 de marzo de 2003.

STC 48/2003, de 12 de marzo, BOE de 14 de marzo de 2003

STC 61/2003, de 24 de marzo, BOE de 16 de abril de 2003.

ATC 75/2003, de 3 de marzo.

STC 60/2003, de 24 de marzo, BOE de 16 de abril de 2003

STC 82/2003, de 5 de mayo, BOE de 17 de mayo de 2003.

STC 94/2003, de 19 de mayo, BOE de 10 de junio de 2003.

STC 121/2003, de 16 de junio, BOE de 17 de julio de 2003.

STC 127/2003, de 30 de junio, BOE de 30 de julio de 2003.

STC 184/2003, de 23 de octubre, BOE de 13 de noviembre de 2003.

STC 199/2003, de 10 de noviembre, BOE de 11 de diciembre de 2003

STC 206/2003, de 1 de diciembre, BOE de 8 de enero de 2004.

DTC 1/2004, de 13 de diciembre, BOE de 04 de enero de 2005.

STC 7/2004 de 9 de febrero, BOE de 10 de marzo de 2004.

STC 23/2004, de 23 de febrero, BOE de 26 de marzo de 2004.

ATC 38/2004, de 9 de febrero.

STC 122/2004, de 12 de julio, BOE de 11 de agosto de 2004

STC 183/2004, de 2 de noviembre, BOE de 02 de diciembre de 2004.

STC 196/2004, de 15 de noviembre, BOE de 21 de diciembre de 2004

STC 25/2005, de 14 de febrero, BOE de 22 de marzo de 2005.

STC 165/2005, de 20 de junio, BOE de 21 de julio de 2005.

STC 233/2005, de 26 de septiembre, BOE de 28 de octubre de 2005.

ATC 234/2005, de 6 de junio.

STC 259/2005, de 24 de octubre, BOE de 29 de noviembre de 2005.

STC 303/2005, de 24 de noviembre, BOE de 21 de diciembre de 2005.

STC 339/2005, de 20 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2006.

ATC 23/2006, de 30 de enero.

STC 26/2006, de 30 de enero, BOE de 01 de marzo de 2006.

STC 90/2006, de 27 de marzo, BOE de 04 de mayo de 2006.

STC 93/2006, de 27 de marzo, BOE de 04 de mayo de 2006.

STC 99/2006, de 27 de marzo, BOE de 04 de mayo de 2006.

STC 146/2006, de 8 de mayo, BOE de 08 de junio de 2006.

STC 169/2006, de 5 de junio, BOE de 7 de julio de 2006.

STC 196/2006, de 3 de julio, BOE de 04 de agosto de 2006.

STC 250/2006, de 24 de julio, BOE de 18 de agosto de 2006.

STC 253/2006, de 11 de septiembre, BOE de 11 de octubre de 2006.

STC 281/2006, de 9 de octubre, BOE de 16 de noviembre de 2006.

STC 126/2007, de 21 de mayo, BOE de 22 de junio de 2007

STC 165/2007, de 2 de julio, BOE de 3 de agosto de 2007

STC 206/2007, de 24 de septiembre, BOE de 31 de octubre de 2007.

STC 208/2007, de 24 de septiembre, BOE de 31 de octubre de 2007.

STC 224/2007, de 22 de octubre, BOE de 27 de noviembre de 2007.

STC 236/2007, de 7 de noviembre, BOE de 10 de diciembre de 2007

STC 244/2007, de 10 de diciembre, BOE de 27 de diciembre de 2007.

STC 34/2008, de 25 de febrero, BOE de 28 de marzo de 2008.

STC 35/2008, de 25 de febrero, BOE de 28 de marzo de 2008

STC 37/2008, de 25 de febrero, BOE de 28 de marzo de 2008.

STC 52/2008, de 14 de abril, BOE de 14 de mayo de 2008.

STC 66/2008, de 29 de mayo, BOE de 26 de junio de 2008.

STC 69/2008, de 23 de junio, BOE de 24 de julio de 2008.

STC 107/2008, de 22 de septiembre, BOE de 10 de octubre de 2008.

STC 147/2008, de 10 de noviembre, BOE de 12 de diciembre de 2008.

ATC 365/2008, de 17 de noviembre.

STC 172/2008, de 18 de diciembre, BOE de 24 de enero de 2009.

STC 70/2009, de 23 de marzo, BOE de 27 de abril de 2009.

STC 159/2009, de 29 de junio, BOE de 28 de julio de 2009.

STC 197/2009, de 28 de septiembre, BOE de 21 de octubre de 2009.

STC 199/2009, de 28 de septiembre, BOE de 21 de octubre de 2009.

STC 219/2009, de 21 de diciembre, BOE de 18 de enero de 2010.

STC 220/2009, de 21 de diciembre, BOE de 18 de enero de 2010.

STC 5/2010, de 7 de abril, BOE de 07 de mayo de 2010.

STC 26/2010, de 27 de abril, BOE de 27 de mayo de 2010.

STC 34/2010, de 19 de julio, BOE de 09 de agosto de 2010.

STC 63/2010, de 18 de octubre, BOE de 18 de noviembre de 2010.

STC 37/2011, de 28 de marzo, BOE de 28 de abril de 2011.

STC 88/2011, de 6 de junio, BOE de 04 de julio de 2011.

ATC 86/2011, de 9 de junio.

STC 173/2011, de 7 de noviembre, BOE de 07 de diciembre de 2011.

STC 179/2011, de 21 de noviembre, BOE de 21 de diciembre de 2011.

STC 180/2011, de 21 de noviembre, BOE de 21 de diciembre de 2011.

ATC 7/2012, de 13 de enero, BOE de 11 de febrero de 2012.

STC 95/2012, de 7 de mayo, BOE de 05 de junio de 2012.

STC 131/2012, de 18 de junio, BOE de 9 de julio de 2012.

STC 138/2012, de 20 de junio, BOE de 09 de julio de 2012.

STC 141/2012, de 2 de julio, BOE de 30 de julio de 2012.

STC 142/2012, de 2 de julio, BOE de 30 de julio de 2012.

STC 145/2012, de 2 de julio, BOE de 30 de julio de 2012.

STC 182/2012, de 17 de octubre, BOE de 14 de noviembre de 2012.

STC 185/2012, de 17 de octubre, BOE de 14 de noviembre de 2012.

STC 198/2012, de 6 de noviembre, BOE de 28 de noviembre de 2012.

STC 201/2012, de 12 de noviembre, BOE de 13 de diciembre de 2012.

STC 12/2013, de 28 de enero, BOE de 26 de febrero de 2013.

STC 17/2013, de 31 de enero, BOE de 26 de febrero de 2013.

STC 41/2013, de 14 de febrero, BOE de 12 de marzo de 2013.

STC 61/2013, de 14 de marzo, BOE de 10 de abril de 2013.

STC 115/2013, de 9 de mayo, BOE de 04 de junio de 2013.

STC 153/2013, de 9 de septiembre, BOE de 09 de octubre de 2013.

STC 172/2013, de 10 de octubre, BOE de 07 de noviembre de 2013.

STC 199/2013, de 5 de diciembre, BOE de 08 de enero de 2014.

STC 210/2013, de 16 de diciembre, BOE de 17 de enero de 2014.

STC 13/2014, de 30 de enero, BOE de 25 de febrero de 2014.

STC 14/2014 de 30 de enero, BOE de 25 de febrero de 2014

STC 15/2014, de 30 de enero, BOE de 25 de febrero de 2014.

STC 16/2014, de 30 de enero, BOE de 25 de febrero de 2014.

STC 21/2014, de 10 de febrero, BOE de 11 de marzo de 2014

STC 23/2014, de 13 de febrero, BOE de 11 de marzo de 2014.

STC 26/2014, de 13 de febrero, BOE de 11 de marzo de 2014.

STC 32/2014, de 24 de febrero, BOE de 25 de marzo de 2014.

STC 43/2014, de 27 marzo, BOE de 10 de abril de 2014.

STC 86/2014, de 29 de mayo, BOE de 24 de junio de 2014.

STC 135/2014, de 8 de septiembre, BOE de 07 de octubre de 2014.

STC 145/2014, de 22 de septiembre, BOE de 28 de octubre de 2014.

STC 151/2014, de 25 de septiembre, BOE de 28 de octubre de 2014.

STC 165/2014, de 8 de octubre, BOE de 29 de octubre de 2014.

STC 195/2014, de 1 de diciembre, BOE de 13 de enero de 2015.

STC 12/2015, de 5 de febrero, BOE de 02 de marzo de 2015.

STC 83/2016, de 28 de abril, BOE de 31 de mayo de 2016.

STC 140/2016, de 21 de julio, BOE de 15 de agosto de 2016.

STC 144/2016, de 19 de septiembre, BOE de 31 de octubre de 2016.

STC 154/2016, de 22 de septiembre, BOE de 31 de octubre de 2016.

b) Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH *Lawless v. Irlanda* (No. 3), 332/57, Sentencia de 1 de Julio de 1961.

STEDH *Engel y otros v. Países Bajos*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72;
Sentencia de 8 de junio de 1976.

STEDH *Irlanda v. Reino Unido*, 5310/71, Sentencia de 18 de enero de 1978.

STEDH *Luedicke, Belkacem y koç v. Alemania*, 6210/73; 6877/75; 7132/75, Sentencia de
28 de enero de 1978

STEDH *Tyrer v. Reino Unido*, 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978.

Ensslin, Baader y Raspe v. República Federal de Alemania (dec.), 7572/76; 7586/76;
7587/76, de 8 de julio de 1978.

STEDH *Klass y otros v. Alemania*, 5029/71, Sentencia de 6 de septiembre de 1978

X. v. Alemania (dec.), 8098/77, de 13 de diciembre de 1978.

STEDH *Sunday Times v. Reino Unido*, 6538/74, Sentencia de 26 de abril de 1979.

STEDH *Winterwerp v. Países Bajos*, 630173/73, Sentencia de 24 de octubre de 1979.

STEDH *Schiesser v. Suiza*, 7710/76, Sentencia de 4 de diciembre de 1979.

STEDH *Deweert v. Bélgica*, 6903/75, Sentencia de 27 de febrero de 1980.

STEDH *Artico v. Italia*, 6694/74, Sentencia de 13 de mayo de 1980.

STEDH *Guzzardi v. Italia*, 7367/76, Sentencia de 6 de noviembre de 1980.

STEDH *Eckle v. Alemania*; 81307/78, Sentencia de 15 de julio de 1982

STEDH *Corigliano v. Italia*, Demanda 8304/78, Sentencia de 10 de diciembre de 1982.

STEDH *De Jong, Baljet y Van Den Brink v. Países Bajos*, 8805/79; 8806/79; 9242/81,
Sentencia de 22 de mayo de 1984

STEDH *Malone v. Reino Unido*, 8691/79, sentencia de 2 de agosto de 1984.

STEDH *X. y Y. v. Países Bajos*, 8978/80, Sentencia de 26 de marzo de 1985.

STEDH *Brogan y otros v. Reino Unido*, 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85,
Sentencia de 29 de noviembre de 1988.

STEDH *Ciulla v. Italia*, 11152/84, Sentencia de 22 de febrero de 1989.

STEDH *Bezicheri v. Italia*, 11400/85, Sentencia de 25 de octubre de 1989.

STEDH *Kamasinski v. Austria*, 9783/82, Sentencia de 19 de diciembre de 1989.

STEDH *Van Deer Leer v. Países Bajos*, 11509/85, Sentencia de 21 de febrero de 1990.

STEDH *Kruslin v. Francia*, 11801/85; Sentencia de 24 de abril de 1990.

STEDH *Huvig v. Francia*, 11105/84, Sentencia de 24 de abril de 1990.

STEDH *E. v. Noruega*, 11701/85, Sentencia de 29 de agosto de 1990.

STEDH *Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido*, 12244/86; 12245/86 y 12383/86, Sentencia de 30 de agosto de 1990.

STEDH *S. v. Suiza*, 12629/87, Sentencia de 28 de noviembre 1991.

STEDH *Campbell v. Reino Unido*, 13590/88, Sentencia de 25 de marzo de 1992.

STEDH *Tomasi v. Francia*, 12850/87, Sentencia de 27 de agosto de 1992.

STEDH *Croissant v. Alemania*, 13611/88, Sentencia de 25 de septiembre de 1992.

STEDH *Funke v. Francia*, 10828/84, Sentencia de 25 de febrero de 1993.

STEDH *Costello-Roberts v. Reino Unido*, 13134/87, Sentencia de 25 de marzo de 1993.

STEDH *Brannigan y McBride v. Reino Unido*, 14553/89; 14554/89, Sentencia de 25 de mayo de 1993.

STEDH *Imbrioscia v. Suiza*, 13972/88, Sentencia de 24 de noviembre de 1993.

STEDH *Murray v. Reino Unido* [GS], 14310/88, Sentencia de 28 de octubre de 1994.

STEDH *John Murray v. Reino Unido* [GS], 18731/91, Sentencia de 8 de febrero de 1996.

STEDH *S.W. v. Reino Unido*, 20166/92, Sentencia de 22 de noviembre de 1995.

STEDH *Ribitsch v. Austria*, 18896/91, Sentencia de 4 de diciembre de 1995.

STEDH *Saunders v. Reino Unido* [GS], 19187/91, Sentencia de 17 de diciembre de 1996.

STEDH *Aksoy v. Turquía*, 21987/93, Sentencia de 18 de diciembre de 1996.

STEDH *Z. v. Finlandia*, 22009/93, Sentencia de 25 de febrero de 1997.

Kempers v. Austria (dec.), 21842/93, de 27 de febrero de 1997.

STEDH *Erdagöz v. Turquía*, 21890/93, Sentencia de 22 de octubre de 1997.

STEDH *K.-F. v. Alemania*, 25629/94, Sentencia de 27 de noviembre de 1997.

STEDH *Raninen v. Finlandia*, 20972/92, Sentencia de 16 de diciembre 1997.

STEDH *Valenzuela Contreras v. España*, 27671/95, Sentencia de 30 de julio de 1998.

STEDH *Steel y otros v. Reino Unido*, 24838/94, Sentencia de 23 de septiembre de 1998.

STEDH *Assenov y otros v. Bulgaria*, 24760/94, Sentencia de 28 de octubre de 1998.

Rigopoulos v. España (dec), 37388/97, de 12 de enero de 1999.

STEDH *Nikolova v. Bulgaria* [GS], 31195/96, Sentencia de 25 de marzo de 1999.

STEDH *Aquilina v. Malta* [GS], 25642/94, Sentencia de 29 de abril de 1999.

STEDH *Rekvényi v. Hungría* [GS], 25390/94, Sentencia de 20 de mayo de 1999.

STEDH *Selmouni v. Francia* [GS], 25803/94, Sentencia de 28 de julio de 1999.

STEDH *Baranowski v. Polonia*, 28358/95, Sentencia de 28 de marzo de 2000.

STEDH *Labita v. Italia* [GS], 26772/95, Sentencia de 6 de abril de 2000.

STEDH *Rotaru v. Rumania* [GS], 28341/95, sentencia de 4 de mayo de 2000.

STEDH *Magee v. Reino Unido*, 28135/95, Sentencia de 6 de junio de 2000.

STEDH *Niedbala v. Polonia*, 27915/95, Sentencia de 04 de julio de 2000.

STEDH *Dikme v. Turquía*, 20869/92, Sentencia de 11 de julio de 2000.

STEDH *Jėčius v. Lituania*, 34578/97, Sentencia de 31 de julio de 2000.

STEDH *Hasan y Chaush v. Bulgaria* [GS], 30985/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000.

STEDH *Kudla v. Polonia* [GS], 30210/96, Sentencia de 26 de octubre de 2000.

STEDH *Rehbock v. Eslovenia*, 19462/95, Sentencia de 28 de noviembre de 2000.

STEDH *Egmez v. Chipre*, 30873/96, Sentencia de 21 de diciembre de 2000.

STEDH *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 34720/97, Sentencia de 21 de diciembre de 2000.

Marshall v. Reino Unido (dec.), 41571/98, 10 de julio de 2001.

STEDH *Ilijkov v. Bulgaria*, 33977/96, Sentencia de 26 de julio de 2001.

STEDH *Brennan v. Reino Unido*, 39846/98, Sentencia de 16 de octubre 2001.

STEDH *Lanz v. Austria*, 24430/94, Sentencia de 31 de enero, de 2002.

STEDH *Pretty v. Reino Unido*, 2346/02, Sentencia de 29 de abril de 2002.

STEDH *Kalashnikov v. Rusia*, 47095/99, Sentencia de 15 de julio de 2002.

STEDH *Allan v. Reino Unido*, 48539/99, Sentencia de 5 de noviembre de 2002.

STEDH *Prado Bugallo v. España*, 58496/00, Sentencia de 18 de febrero de 2003.

STEDH *Vasileva v. Dinamarca*, 52792/99, Sentencia de 25 de septiembre de 2003.

STEDH *Rakevich v. Rusia*, 58973/00, Sentencia de 28 de octubre de 2003.

STEDH *Henaf v. Francia*, 65436/01, Sentencia de 27 de noviembre de 2003.

STEDH *Gusinskiy v. Rusia*, 70276/01, Sentencia de 19 de mayo de 2004.

STEDH *Krastanov v. Bulgaria*, 50222/99, de 30 de septiembre de 2004.

STEDH *Martínez Sala y otros v. España*, 58438/00, Sentencia de 02 de noviembre de 2004.

Van Thuil v. Países Bajos (dec.), no. 20510/02, de 9 de diciembre de 2004.

STEDH *Mayzit v. Rusia*, 63378/00, Sentencia de 20 de enero de 2005.

STEDH *Bordovskiy v. Rusia*, 49491/99, Sentencia de 08 de febrero de 2005.

STEDH *Epple v. Alemania*, 77909/01, Sentencia de 24 de marzo de 2005.

STEDH *Nevmerzhitsky v. Ucrania*, 54825/00, Sentencia de 5 de abril de 2005.

STEDH *Öcalan v. Turquía* [GS], 46221/99, Sentencia de 12 de mayo de 2005.

STEDH *Sarban v. Moldavia*, 3456/05, Sentencia de 4 de octubre de 2005.

STEDH *Reinprecht v. Austria*, 67175/01, Sentencia de 15 de noviembre de 2005.

Schmidt v. Alemania (dec.), 32352/02, de 5 de enero de 2006.

STEDH *Harkmann v. Estonia*, 2192/03, Sentencia de 11 de julio de 2006.

STEDH *Jalloh v. Alemania* [GS], 54810/00, Sentencia de 11 de julio de 2006.

STEDH *McKay v. Reino Unido* [GS], 543/03, Sentencia de 3 de octubre de 2006.

STEDH *Hermi v. Italia* [GS], 18114/02, Sentencia de 18 de octubre de 2006.

Van der Velden v. Países Bajos (dec.), 29514/05, de 7 de diciembre de 2006.

STEDH *Pruneanu v. Moldavia*, 6888/03, Sentencia de 16 de enero de 2007.

STEDH *Erdoğan Yağiz v. Turquía*, 27473/02, Sentencia de 06 de marzo de 2007.

STEDH *Castravet v. Moldavia*, 23393/05, Sentencia de 13 de marzo de 2007.

STEDH *Istratii y otros v. Moldavia*, 8721/05; 8705/05; 8742/05, Sentencia de 27 de marzo de 2007.

STEDH *Ivan Vasilev v. Bulgaria*, 48130/99, Sentencia de 12 de abril de 2007.

STEDH *Saadi v. Reino Unido* [GS], 13229/03, Sentencia de 29 de enero 2008.

STEDH *Ladent v. Polonia*, 11036/03, Sentencia de 18 de marzo de 2008.

STEDH *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, 65755/01, Sentencia de 22 de mayo de 2008.

STEDH *Bergmann v. Estonia*, 38241/04, Sentencia de 29 de mayo de 2008.

STEDH *Türkan v. Turquía*, 33086/04, Sentencia de 18 de septiembre de 2008.

STEDH *Saya y otros v. Turquía*, 4327/02, Sentencia de 7 de octubre de 2008.

STEDH *Kandzhov v. Bulgaria*, 68294/01, Sentencia de 6 de noviembre de 2008.

STEDH *Salduz v. Turquía* [GS], 36391/02, Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

STEDH *Panovits v. Chipre*, 4268/04, Sentencia de 11 de diciembre de 2008.

STEDH *S. y Marper v. Reino Unido* [GS], 30562/04; 30566/04, Sentencia de 4 de diciembre de 2008.

STEDH *A. y otros v. Reino Unido* [GS], 3455/05, Sentencia de 19 de febrero de 2009.

STEDH *Bykov v. Rusia* [GS], 4378/02, Sentencia de 10 de marzo de 2009.

STEDH *Krejčíř v. República Checa*, 39298/04; 8723/05 Sentencia de 26 de marzo de 2009.

STEDH *Muradova v. Azerbaiyán*, 22684/05, Sentencia de 2 de abril de 2009.

STEDH *Stephens v. Malta* (no. 2), 33740/06, Sentencia de 21 de abril de 2009.

STEDH *Oral y Atabay v. Turquía*, 39686/02, Sentencia de 23 de junio de 2009.

STEDH *Mooren v. Alemania* [GS], 11364/03, Sentencia de 9 de julio de 2009.

STEDH *Pishchalnikov v. Rusia*, 7025/04, Sentencia de 24 de septiembre de 2009.

STEDH *Dayanan v. Turquía*, 7377/03, Sentencia de 13 de octubre de 2009.

STEDH *M. v. Alemania*, 19359/04, Sentencia de 17 de diciembre de 2009.

Diallo v. Suecia (dec), 13205/07, de 5 de enero de 2010.

STEDH *Medvedyev y otros v. Francia* [GS], 3394/03, Sentencia de 29 de marzo de 2010.

STEDH *Gäfgen v. Alemania* [GS], 22978/05, Sentencia de 1 de junio de 2010.

STEDH *Parnov v. Moldavia*, 35208/06, Sentencia de 13 de julio de 2010.

STEDH *Gatt v. Malta*, 28221/08, Sentencia de 27 de julio de 2010.

STEDH *Shchukin y otros v. Chipre*, 14030/03, Sentencia de 29 de julio de 2010.

STEDH *San Argimiro Isasa v. España*, 2507/07, Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

STEDH *Moulin v. Francia*, 37104/06, Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

STEDH *Beristain Ukar v. España*, 40351/05, Sentencia de 08 de marzo de 2011.

STEDH *Nowak v. Ucrania*, 60846/10, Sentencia de 31 de marzo de 2011.

STEDH *Şaman v. Turquía*, 35292/05, Sentencia de 05 de abril de 2011.

STEDH *Jendrowiak v. Alemania*, 30060/04, Sentencia de 14 de abril de 2011.

STEDH *Shimovolos v. Rusia*, 30194/09, Sentencia de 21 de junio de 2011.

STEDH *Güler y Öngel v. Turquía*, 29612/05; 30668/05, Sentencia de 4 de octubre de 2011.

STEDH *Schwabe y M.G. v. Alemania*, 8080/08; 8577/08, Sentencia de 1 de diciembre de 2011.

STEDH *Creangă v. Rumania* [GS], 29226/03, Sentencia de 23 de febrero de 2012.

STEDH *Austin y otros v. Reino Unido* [GS], 39692/09, 40713/09 y 41008/09, Sentencia de 15 de marzo de 2012.

STEDH *Lolova-Karadzhova v. Bulgaria*, 17835/07, Sentencia de 27 de marzo de 2012.

STEDH *Rizvanov v. Azerbaiyán*, 31805/06, Sentencia de 17 abril 2012.

STEDH *Idalov v. Rusia* [GS], 5826/03, Sentencia de mayo de 2012.

STEDH *Lutsenko v. Ucrania*, 6492/11, Sentencia de 03 de julio de 2012.

STEDH *Otamendi Egiguren v. España*, 47303/08, Sentencia de 16 de octubre de 2012.

STEDH *Z.H. v. Hungría*, 28973/11, Sentencia de 08 de noviembre de 2012.

STEDH *Ostendorf v. Alemania*, 15598/08, Sentencia de 7 de marzo de 2013.

STEDH *Martin v. Estonia*, 35985/09, Sentencia de 30 de mayo de 2013.

STEDH *Suso Musa v. Malta*, 42337/12, Sentencia de 23 de julio de 2013.

STEDH *Bandaletov v. Ucrania*, 23180/06, Sentencia de 31 de octubre de 2013.

STEDH *Černák v. Eslovaquia*, 36997/08, Sentencia de 17 de diciembre de 2013.

STEDH *Ovsjannikov v. Estonia*, 1346/12, Sentencia de 20 de febrero de 2014.

STEDH *Karaman v. Alemania*, 17103/10, Sentencia de 27 de febrero de 2014.

STEDH *Petkov y Profirov v. Bulgaria*, 50027/08; 50781/09, Sentencia de 24 de junio de 2014.

STEDH *Hassan v. Reino Unido* [GS], 29750/09, Sentencia de 16 de septiembre de 2014.

STEDH *Ataun Rojo v. España*, 3344/13, Sentencia de 7 de octubre de 2014.

STEDH *Etxebarria Caballero v. España*, 74016/12, Sentencia de 7 de octubre de 2014.

STEDH *Arratibel Garciandia v. España*, 58488/13, Sentencia de 5 de mayo de 2015.

STEDH *Dvorski v. Croacia* [GS], 25703/11, Sentencia de 20 de octubre de 2015.

STEDH *Beortegui Martinez v. España*, 36286/14, Sentencia de 31 de mayo de 2016.

STEDH *Ibrahim y otros v. Reino Unido* [GS], 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Sentencia de 13 de septiembre de 2016.

c) Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Asunto 11-70, petición de decisión prejudicial: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, Sentencia de 17 de diciembre de 1970.

STJUE *Winner Wetten GmbH v. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim* (Gran Sala), Asunto C-409/06, petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Köln, Sentencia de 8 de septiembre de 2010.

STJUE *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* (Gran Sala), Asunto C-617/10, petición de decisión prejudicial planteada por el Haparanda tingsrätt, Sentencia de 26 de febrero de 2013.

STJUE *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* (Gran Sala), Asunto C-399/11, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional, Sentencia de 26 de febrero de 2013.

STJUE, *Robert Pfleger y otros*, Asunto C-390/12, petición de decisión prejudicial planteada por el Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (actualmente Landesverwaltungsgericht Oberösterreich), Sentencia de 30 de abril de 2014.

Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno), emitido en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11, Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014.

STJUE *W. P. Willems y otros v. Burgemeester van Nuth y otros*, Asuntos acumulados C-446/12 a C-449/12, peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Raad van State, Sentencia de 16 de abril de 2015.

STJUE Procedimiento penal contra *Gavril Covaci*, Asunto C-216/14, petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Laufen, Sentencia de 15 de octubre de 2015.

STJUE Procedimiento incoado contra *István Balogh*, Asunto C-25/15, petición de decisión prejudicial planteada por el Budapest Környéki Törvényszék, Sentencia de 9 de junio de 2016

STJUE Procedimiento penal entablado contra *Ianos Tranca y otros*, Asuntos acumulados C-124/16, C-188/16 y C-213/16, peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amtsgericht München y el Landgericht München I., Sentencia de 22 de marzo de 2017.

d) Del Tribunal Supremo

STS 7124/1995, de 1 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación.

STS 729/2000, de 3 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso N° 167/1999.

STS 1061/2000, de 14 de febrero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso N° 3686/1998.

STS 2623/2000, de 31 de marzo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso N° 3139/1998.

STS 2130/2001, de 16 de marzo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso N° 246/1999.

STS 274/2002, de 22 de enero, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso N° 3348/2000.

STS 6158/2005, de 14 de octubre, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso No. 739/2005.

STS 2148/2006, de 15 de marzo, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 1872/2005.

STS 4993/2007, de 3 de julio, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 10144/2007.

STS 4587/2008, de 17 de julio, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10012/2008.

STS 3366/2011, de 30 de mayo, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 2281/2010.

STS 414/2012, de 9 de febrero, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Causa Especial Nº 20716/2009.

STS 671/2013, de 12 de febrero, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso Nº 10991/2012.

STS 4293/2013, de 17 de julio, Sala de lo Penal, Recurso de Casación, Recurso Nº 1589/2012.

STS 3255/2015, de 9 de julio, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 10101/2015.

STS 3112/2016, de 12 de julio, Sala de lo Penal, Apelación Procedimiento Abreviado, Recurso No. 186/2016.

e) Otros Tribunales de Justicia

SAN 1347/2010, de 12 de abril, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado/Sumario, Recurso Nº 21/2005.

Auto 269/2006, de 12 de diciembre, Juzgados Centrales de Instrucción, Sección 5, Procedimiento Abreviado/Sumario, Diligencias Previas 187/05.

f) De la Corte Interamericana de Derechos Humanos

SCrIDH *Tibi v. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, No. 114.

Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A, No. 16.

Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1, y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Serie A, No. 8.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* [Título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, Versión Castellana: Ernesto Garzón Valdéz, Rev.: Ruth Zimmerling], Centro de Estudios Constitucionales, Colección «El Derecho y la justicia», Madrid, 1993.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)», en GARCÍA ROCA, Javier y SANTAOLAYA, Pablo (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª ed., 2009.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral y FONSECA MORILLO, Francisco, «Espacio de libertad, seguridad y justicia», en CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio y MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo (Coords.), *Políticas Comunitarias. Bases jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ARBOS MARÍN, Xavier, *Doctrinas constitucionales y federalismo en España*, Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS), Colección «Working Papers», núm. 245, Barcelona, 2006.
- _____ «Acuerdos prejudiciales y conflictos intergubernamentales sobre normas con rango de ley» en *Teoría y Realidad Constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, Núm. 34, 2014.
- ARBOS MARÍN, Xavier i CASTELLÀ, Josep Ma., *La llibertat individual i els seus límits*, Fundació Jaume Bofill, Colecció Polítiques, Barcelona, 1992.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «Constitucionalismo Multinivel y Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en VV.AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2008.

- BLASCO SOTO, Carmen, «El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid, Núm. 14, enero 2008.
- BLACKSTOCK Jodie, CAPE Ed, et. al., *Inside Police Custody. An Empirical Account of Suspects' Rights in Four Jurisdictions*, Intersentia, Cambridge, 2014.
- BLANCO PEÑALVER, Aurelio, «Derecho de asistencia consular e información», en ARANGÜENA FANEGO, Coral (Coord.), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, LEX NOVA, Valladolid, 2007.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, las Rozas (Madrid), 2009.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GIMENO SENDRA, Vicente, *Los Procesos Penales: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2000.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes del Proceso Penal (Jurado, Extradición Pasiva, Habeas Corpus y Asistencia Jurídica Gratuita)*, Tirant lo Blanch, Vol. II (Arts. 259 a 648), Valencia, 2004.
- COOK Helena, «Preventive Detention –International Standards and the Protection of the Individual», in FRANKOWSKI Stanislaw and SHELTON Dinah, *Preventive Detention: a comparative and international law perspective*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1992.
- COUNCIL OF EUROPE, *Compendium of Conventions, recommendations and resolutions relating to penitentiary questions*, Council of Europe, s.l., 2014.

- DE LA CUESTA, José Luis y MUÑAGORRI, Ignacio (Dir.), *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, IVAC/KREI, Donostia, 2009.
- ELVIRA PERALES, Ascensión; *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Colección Breviarios Jurídicos, Madrid, 2007.
- ESTEBAN, Jorge de y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El Régimen Constitucional Español*, vol. I, Labor Universitaria, Colección Manuales, Barcelona, 1984.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, «La Suspensión de garantías constitucionales en la nueva Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 7, 1979.
- _____ «La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Núm 35, 1983.
- _____ «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Núms. 18-19, 1983.
- _____ *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [trad. de Perfecto Andrés Ibañez, et. al., prolog. de Norberto Bobbio], Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 1995.
- _____ *Derechos y garantías. La ley del más débil* [trad. de Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, prolog. de Perfecto Andrés Ibañez], Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 4ª ed, 2004.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales. I- Estructura jurídica y función constitucional de los Derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución Española de 1978*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Colección Manuales, Serie Constitución y derechos fundamentales, Barcelona, 1992.
- _____ «Una aproximación al método de interpretación constitucional», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de Valencia:

Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, Valencia, Núm. 4, 1993.

_____ «La Constitución y el Sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1998.

_____ «La europeización de los Derechos Fundamentales», en BILANCIA, Paola e DE MARCO, Eugenio (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda y ROVIRA VIÑAS, Antonio (Dirs.), *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos. Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

FREIXES SANJUÁN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos, «Los valores y principios en la interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 35 (Año Nº 12), 1992.

_____ *El derecho a la libertad Personal: Análisis de Constitución, legislación, Tratados Internacionales y Jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993.

_____ «La configuración constitucional de la Seguridad Ciudadana», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Nueva Época, Núm. 87, enero-marzo 1995.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El Derecho a la libertad personal: Detención, privación y restricción de libertad*, Tirant lo Blanch – Universitat de Valencia, Valencia, 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 2ª ed, 1996.

GONZÁLEZ AYALA, María Dolores, *Las garantías constitucionales de la detención: los derechos del detenido*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda(Coord.), *Los Derechos en Europa*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2001.
- _____*Constitucionalismo Multinivel: Derechos Fundamentales*, Sanz y Torres, Madrid, D.L. 2011.
- GRIMA LIZANDRA, Vicente, «El Derecho de Defensa y el Derecho de Asistencia Letrada en las detenciones policiales», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana. Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, Núm. 13, 2005.
- HARRIS David, O'BOYLE Michael et. al., *HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Third edition, United Kingdom, 2014.
- HIGUERA ZAZUETA, Javier Alberto, «La detención preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado», en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Vol. 12, Número 12, Ano 12, 2012.
- HOYOS SANCHO, Montserrat de, *La detención por delito*, ARANZADI, Pamplona, 1998.
- JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, Estefanía, *Metodología de la Investigación Documental: Técnicas para la elaboración de una tesis doctoral en Derecho*, Málaga: Junta de Distrito Núm. 3, Ciudad Jardín, 2006.
- JIMENEZ CAMPO, Javier, «La Garantía Constitucional del Secreto de las Comunicaciones», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 20 (Año Nº 7), 1987.
- JIMENO BULNES, Mar, «Origen y evolución de la cooperación judicial europea», en JIMENO BULNES, Mar (Coord.), *La Cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Barcelona, 2007.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Universidad de Alicante, 2002.

- MACOVEI, Monica, *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, The Human rights handbooks series, Handbook No. 5, Strasbourg, 2002.
- MARTÍN GARCÍA, Pedro (Dir.), *La actuación de la Policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MAVRONICOLA Natasa, «Güler and Öngel v Turkey: Article 3 of the European Convention on Human Rights and Strasbourg's Discourse on the Justified Use of Force», *The Modern Law Review*, Vol. 76, Issue 2, March 2013.
- MCBRIDE, Jeremy, *Human Rights and criminal procedure. The case law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.
- MORENO CATENA, Víctor, *La defensa en el proceso penal*, CIVITAS, Madrid, 1982.
- MURDOCH, Jim and ROCHE, Ralph, *The European Convention on Human Rights and Policing. A handbook for police officers and other law enforcement officials*, Council of Europe, Strasbourg, 2013.
- OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice*, United Nations Office on Drugs and Crime, 2nd ed., Austria, 2006.
- OPEN SOCIETY, *European Standards on Criminal Defence Rights: ECtHR Jurisprudence, Case Digests*, Open Society Justice Initiative, s.l., 2013.
- ORBEGOZO ORONÓZ, Izaskun, PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel y PEGO OTERO, Laura, *La Suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada*, Ararteko Defensoría del Pueblo, Colección Derechos Humanos «San Martín», País Vasco, 2010.
- PÉREZ MACHIO, Ana I, «La Detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿Una medida lesiva de derechos humanos?», en DE LA CUESTA, José Luis y MUÑAGORRI, Ignacio (Dirs.), *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, IVAC/KREI, Donostia, 2009.

- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- POZO PÉREZ, Marta del, «¿Resulta admisible la existencia y aplicación del denominado 'protocolo de incomunicación' a presuntos miembros de ETA en nuestro proceso penal?», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y FERREIRO BAAMONDE, Xulio (Dir.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, A Coruña: Universidad de, 2012.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la, «La Naturaleza de los Derechos Fundamentales en situaciones de suspensión», en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, Núm. 2, 1983.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «La detención preprocesal preventiva: previsiones constitucionales y legales» en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio (Dir.), *Detención Policial y «Habeas Corpus»*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Manuales de Formación Continuada, Madrid, D.L. 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep y JIMÉNEZ QUINTANA, Elena, *Manual de Policía Judicial*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 2ª ed. corregida y aumentada, 1989.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, ed. del Tricentenario.
- REBATO PEÑO, Ma. Elena, *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Cuadernos y Debates, Madrid, 2006.
- REMOTTI CARBONELL, José Carlos, «El Derecho de Derogación en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Criterios Especiales», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universitat de Valencia: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, Valencia, Núm. 18-19, 1997.
- _____ *Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La suspensión individual de Derechos y Garantías*, COLEX, Madrid, 1999.

- _____ *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003.
- _____ «Sistema jurídico e integración constitucional Multinivel», en MAYOS, Gonçal, REMOTTI CARBONELL, José Carlos y MOYANO DÍAZ, Yanko (Coords.), *Interrelación filosófico-jurídica multinivel: Estudios desde la interconstitucionalidad, la interculturalidad y la interdisciplinariedad para un mundo global*, Linkgua, Barcelona, 2016.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, «Suspensión o Supresión de los Derechos Fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, Núm.51, 2001.
- _____ «Artículo 55», en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, las Rozas (Madrid), 2009.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La Detención*, AKAL, Madrid, 1987
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B Estudios Comparativos, b) Estudios especiales, Núm. 19, México, 1981.
- ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- SALA I DONADO, Cristina, *La Policía Judicial*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
- SALES, Mercé (Coord.), *El sistema multinivel de los Derechos Fundamentales en Europa. 50 aniversario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Centre d'Estudis de Drets Humans, Departament de Ciència Política i Dret Públic, Universitat Autònoma de Barcelona Barcelona, 2011.
- SALIDO VALLE, Carlos, *La Detención Policial*, Bosch, Barcelona, 1997.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de

Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, No. 7. Dedicado a: Monográfico sobre garantías institucionales, 1979.

SERRANO ALBERCA, José Manuel, «Artículo 17», en GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.), *Comentarios a la Constitución*, CIVITAS, Madrid, 3ª ed. ampliada, 2001.

_____ «Artículo 55», en GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.), *Comentarios a la Constitución*, CIVITAS, Madrid, 3ª ed. ampliada, 2001.

_____ «Artículo 116», en GARRIDO FALLA, Fernando (Coord.), *Comentarios a la Constitución*, CIVITAS, Madrid, 3ª ed. ampliada, 2001.

SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional* [trad. de José M. Beneyto Pérez], Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

SORIANO, Ramón, «El derecho a la asistencia letrada del detenido», *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Núm. 13, diciembre, 1984.

SPRONKEN Taru, VERMEULEN Gert, et. al., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Maklu, Antwerpen – Apeldoorn- Portland, 2009.

URIARTE VALIENTE, Luis María y FARTO PIAY, Tomás, *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, La Ley, Colección Manuales profesionales La Ley, Madrid, 2007.

TORRES MURO, Ignacio, «Artículo 116» en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, las Rozas (Madrid), 2009.

VV.AA. *Guia d'estudi per a l'ingrés a la Policia de la Generalitat- Mossos d'esquadra*, Generalitat de Catalunya Departamento d'Interior, 7ª ed, 2011.

VERMEULEN Gert (Ed.), *Defence Rights. International and European Developments*, Maklu, Antwerpen – Apeldoorn- Portland, 2012.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo, «La Suspensión de Derechos por Terrorismo en el Ordenamiento Español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Núm. 40 (Año Nº 14), 1994.

Normas utilizadas

a) De origen interno

Constitución Española, BOE Núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al Real decreto de 14 de septiembre de 1882,
Gaceta de Madrid Núm. 260, de 17 de septiembre de 1882

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE Núm. 239, de 5 de octubre de 1979

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; BOE Núm 239, de 5 de octubre de 1979.

Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución; BOE Núm. 289, de 2 de diciembre de 1980.

Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, BOE de 7 de mayo de 1981.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, BOE Núm. 134, de 5 de junio de 1981.

Ley Orgánica 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 Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento de «Habeas Corpus», BOE de 26 de mayo de 1984.

Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, BOE núm. 3, de 3 de enero de 1985.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE Núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE Núm. 63, de 14 de marzo de 1986.

Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE Núm. 126, de 26 de mayo de 1988.

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, BOE Núm. 46, de 22 de febrero de 1992.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE Núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE Núm. 10, de 12 de enero de 2000.

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, BOE Núm. 257, de 27 de octubre de 2003

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE Núm. 283, de 26 de noviembre de 2003

Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, BOE Núm. 276, de 18 de noviembre de 2005.

Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, BOE Núm. 242, de 9 de octubre de 2007.

Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, BOE Núm. 184, de 31 de julio de 2008.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE Núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE Núm. 77 de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a

interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, BOE Núm. 101, de 28 de abril de 2015.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, 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 Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, BOE Núm. 247, de 15 de octubre de 2015.

Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, BOE Núm. 182, de 31 de julio de 1959.

Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 31, 333, 520 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se deroga el artículo 316 de la misma, BOE Núm. 293, de 8 de diciembre de 1978

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE Núm. 101, de 28 de abril de 2015.

Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, BOE Núm. 164, de 10 de julio de 2015.

Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, BOE Núm. 233, de 29 de septiembre de 2015.

Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, BOE Núm. 150, de 24 de junio de 1987.

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE Núm. 40, de 15 de febrero de 1996.

Real Decreto 296/ 1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, de 1 de marzo de 1996.

Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010.

Instrucción Número 19/2005, de 13 de septiembre, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Ministerio del Interior.

Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, de 14 de septiembre de 2007, Ministerio del Interior.

Instrucción 12/2009, del Secretario de Estado de Seguridad, por la que se regula el «Libro de registro y custodia de detenidos», de 3 de diciembre de 2009, Ministerio del Interior.

Instrucción 12/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de actuación en las áreas de custodia de detenidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», de 1 de octubre de 2015, Ministerio del Interior.

Instrucción 6/1988, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas, a ser objeto de reconocimiento, de 1 de junio de 1988, Fiscal General del Estado.

Instrucción 1/2008, sobre la Dirección por el Ministerio Fiscal de las Actuaciones de la Policía Judicial, de 7 de marzo de 2008, Fiscal General del Estado.

Instrucción 3/2009, Instrucción sobre el control de la Forma en que ha de practicarse la detención, de 23 de diciembre de 2009, Fiscal General del Estado.

Consulta 4/1985, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido, Fiscal General del Estado.

Consulta 2/2003, Asistencia letrada al detenido no incomunicado: el nacimiento del derecho a la entrevista reservada, de 20 de mayo, Fiscal General del Estado.

Orden de 16 de septiembre de 1997 por la que se aprueba el Protocolo que han de utilizar los Médicos Forenses en el reconocimiento de los detenidos, BOE Núm. 231, de 26 de septiembre de 1997, Ministerio de Justicia.

Orden INT/2573/2015, de 30 de noviembre, por la que se determinan las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados, BOE Núm. 290, de 4 de diciembre de 2015, Ministerio del Interior.

b) De origen internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos, París, Resolución 217 A (III), adoptada el 10 de diciembre de 1948.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Viena, adoptado el 24 de abril de 1963, en vigor desde el 19 de marzo de 1967.

Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Nueva York, adoptado el 16 de diciembre de 1966, Doc. A/RES/2200 A (XXI), en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, adoptado el 23 de mayo de 1969, Doc. A/CONF.39/27, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, adoptada el 10 de diciembre de 1984, Resolución 39/46, en vigor desde el 26 de junio de 1987.

c) De ámbito europeo

1) Del Consejo de Europa

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, adoptado el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

Protocolo Nº 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963, en vigor desde el 2 de mayo de 1968.

2) De la Unión Europea

Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 202, de 7 de junio de 2016.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 303, 14 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Diario Oficial de la Unión Europea L 190, de 18 de julio de 2002.

Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, Diario Oficial de la Unión Europea L 280, de 26 de octubre de 2010.

Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, Diario Oficial de la Unión Europea L 142, de 1 de junio de 2012.

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, Diario Oficial de la Unión Europea L 294, de 6 de noviembre de 2013.

Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, Diario Oficial de la Unión Europea L 65, de 11 de marzo de 2016.

Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, Diario Oficial de la Unión Europea L 132, de 21 de mayo de 2016.

Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los

procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, Diario Oficial de la Unión Europea L 297, de 4 de noviembre de 2016.

d) De ámbito interamericano

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica, adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde 18 de julio de 1978.

Otra documentación

a) De ámbito interno

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, *Informe Anual 2010*, Defensor del Pueblo, Madrid, D.L. BI-2102/2011.

Ministerio del Interior, *Respuesta del Gobierno Español al informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) sobre la visita a España llevada a cabo del 19 de septiembre hasta el 1 de octubre de 2007*, Doc. CPT/Inf (2011) 12, Estrasburgo, 25 de marzo de 2011.

Consejo General del Poder Judicial, Secretaría General, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del estatuto de las víctimas del delito*, de 31 de enero de 2014.

Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana*, de 27 de marzo de 2014.

Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica*, de 12 de enero de 2015.

Cortes Generales, II Legislatura, *Sesión plenaria núm. 60*, celebrada el jueves 29 de septiembre de 1983, Diario del Congreso de los Diputados, Núm. 60.

Congreso de los Diputados, X Legislatura, 121/000139. *Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, Serie A: Proyectos de Ley, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. 139-1, 20

de marzo de 2015; *Enmiendas e Índice de enmiendas al Articulado*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. 139-2, de 29 de mayo de 2015; *Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. 139-4, 16 de junio de 2015. Del Senado, *I. Iniciativas Legislativas, Proyectos y Proposiciones de Ley, Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (621/000144)*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Núm. 574, de 31 de julio de 2015. Así como las sesiones núms. 50, 261, 270 y 289; y extraordinaria y núm. 78 del Congreso de los Diputados y del Senado, respectivamente.

b) De ámbito internacional

ONU, Asamblea General, *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, Resolución 34/169, de 17 de noviembre de 1979.

ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 8. Derecho a la libertad y seguridad personales (artículo 9)*, adoptada en el 16º periodo de sesiones, de 30 de junio de 1982.

ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Doc. E/CN.4/1984/4, 41º periodo de sesiones, 28 de septiembre de 1984.

ONU, Asamblea General, *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

ONU, *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, adoptado por el 8º Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

- ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 29. Estados de emergencia (artículo 4)*, adoptada durante la 1950ª reunión, Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001.
- ONU, Comité contra la Tortura, *Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, DOC. CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.
- ONU, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, *Informe del Relator Especial*, Martin Scheinin, Adición «Misión a España», Consejo de Derechos Humanos, Décimo periodo de sesiones, DOC. A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008.
- ONU, Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto*, «Observaciones finales del Comité de Derecho Humanos. España», Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009.
- ONU, Comité contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 19 de la Convención*, Quintos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2004, «España», DOC. CAT/C/ESP/5, 18 de febrero de 2009.
- ONU, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Sr. Manfred Nowak, Asamblea General, 64º periodo de sesiones, Doc. A/64/215, de 3 de agosto de 2009.
- ONU, Comité contra la Tortura, «Observaciones finales del Comité contra la Tortura. España» *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención*. DOC. CAT/C/ESP/CO/5, de 9 de diciembre de 2009.
- ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 13º periodo de Sesiones, Doc. A/HRC/13/30, de 18 de enero de 2010.
- ONU, Comité de Derechos Humanos, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto*, «España» Adición, *Comentarios*

del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5). Respuesta a las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas relativas al quinto informe periódico de España, Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.2, 6 de agosto de 2010.

ONU, Comité contra la Tortura, «Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5)», *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención*, Doc. CAT/C/ESP/CO/5/Add.1, 1 de marzo de 2011.

ONU, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 22º periodo de sesiones, Doc. A/HRC/22/44, 24 de diciembre de 2012.

ONU, Comité de Derechos Humanos, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Sexto informe periódico que los Estados partes debían presentar en 2012 «España»*, Doc. CCPR/C/ESP/6, 10 de mayo de 2013.

ONU, Comité contra la Desaparición Forzada, *Lista de cuestiones en relación con el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención (CED/C/ESP/1)*, «Adición, Respuestas del Gobierno de España», 5º periodo de sesiones, Doc. CED/C/ESP/Q/1/Add.1, 23 de octubre de 2013.

ONU, Comité contra la Tortura, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes*, Sextos informes periódicos que los Estados partes debían presentar en 2013, «España», DOC. CAT/C/ESP/6, 5 de mayo de 2014.

ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, aprobada en el 112º periodo de sesiones, Doc. CCPR/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014.

ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, Doc. CCPR/C/ESP/CO/6, de 14 de agosto de 2015.

c) De ámbito europeo

1) Del Consejo de Europa

Consejo de Europa, Comité de Ministros, *Reglas Mínimas para el tratamiento de Prisioneros*, Resolución (73)5, 217º periodo de sesiones, 19 de enero de 1973.

Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *2º Informe General sobre las actividades del CPT*, periodo 1 de enero al 31 de diciembre de 1991, Doc. CPT/Inf (92) 3, Estrasburgo, 13 de abril de 1992.

Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *6º Informe General sobre las actividades del CPT*, periodo 1 de enero al 31 de diciembre de 1995, Doc. CPT/Inf (96) 21, Estrasburgo, 5 de agosto de 1996.

Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Desarrollo de los estándares del CPT sobre la detención policial*, Doc. CPT/Inf/(2002) 15-part, Extracto del 12º Informe General, publicado en 2002.

Council of Europe, Committee of Ministers, *Guidelines on the human rights and the fight against Terrorism*, 804º meeting, 11 July 2002.

Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *12º Informe General sobre las actividades del CPT*, periodo 1 de enero al 31 de diciembre de 2001, Doc. CPT/Inf (2002) 15, Estrasburgo, 3 de septiembre de 2002.

Consejo de Europa, Comité de Ministros, *Recomendación Rec (2006) 2*, del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, 952º periodo de sesiones, 11 de enero de 2006.

Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las*

Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007, Doc. CPT/Inf(2011) 11, Estrasburgo, 25 de marzo de 2011.

Consejo de Europa, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), *Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011, Doc. CPT/Inf(2013)6, Estrasburgo, 30 de abril de 2013.*

Consejo de Europa, Comisario para los Derechos Humanos, *Informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Nils Muižnieks, tras su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013, Doc. CommDH (2013)18, de 9 de octubre de 2013.*

Council of Europe, *Reservations and Declaratios for Treaty No. 005 – Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, «Note Verbale from the Permanent Representation of France», registered at the Secretariat General on 26 May 2016, disponible en: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/declarations>>

2) De la Unión Europea

Consejo de la Unión Europea, *Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal*, Diario Oficial de la Unión Europea C 12, de 15 de enero de 2001.

Comisión Europea, *Libro Verde, Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales de la Unión Europea*, COM/2003/0075 final, Bruselas, 19 de febrero de 2003.

Comisión Europea, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea*, presentada por la Comisión {SEC(2004)491}, /*COM(2004)328 final – CNS 2004/0113.*/, 28 de abril de 2004.

Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea. *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, (2007/C 303/02), Diario Oficial de la Unión Europea C 303, de 14 de diciembre de 2007.

Comisión Europea, *Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales*, {SEC(2009) 915} {SEC(2009) 916} /*COM/2009/0338 final - CNS 2009/0101*/ , de 8 de julio de 2009.

European Commission, Commission staff working document - *Proposal for a Council Framework Decision on the right to interpretation and translation in criminal proceedings accompanying the Proposal for a Framework Decision on the right to interpretation and to translation in criminal proceedings - Impact Assessment*, {COM(2009) 338 final} {SEC(2009) 916} /* SEC/2009/0915 final */ , 8 July 2009.

Consejo de la Unión Europea, *Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (Texto pertinente a efectos del EEE)*, Diario Oficial de la Unión Europea C 295, de 4 de diciembre de 2009.

Consejo Europeo, *Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, Diario Oficial de la Unión Europea C 115, de 4 de mayo de 2010.

Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa al derecho a la información en los procesos penales*, /* COM/2010/0392 final */ , de 20 de julio de 2010.

European Commission, *Commission staff working document - Impact Assessment accompanying the Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on the right to information in criminal proceedings*, {COM(2010) 392 final} {SEC(2010) 908} /* SEC/2010/0907 final */ , 20 July 2010.

Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a la información en los procesos penales»*, COM(2010) 392 final — 2010/0215 (COD), Diario Oficial de la Unión Europea C 54, de 19 de febrero de 2011.

Comisión Europea, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención*, {SEC(2011) 686 final} {SEC(2011) 687 final}, COM (2011) 326 final, de 8 de junio de 2011.

European Commission, Commission staff working document - - *Impact Assessment accompanying document of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the rights of access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings*, {COM(2011) 326 final} {SEC(2011)687 final} /*SEC(2011) 686 final*/, 8 June 2011.

Comité Económico y Social Europeo, *Dictamen del sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención»*, [COM(2011) 326 final — 2011/0154 (COD)], Diario Oficial de la Unión Europea C 43, de 15 de febrero de 2012.

Parlamento Europeo, *Condiciones de detención en la UE*, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre las condiciones de privación de libertad en la UE (2011/2897(RSP)), Diario Oficial de la Unión Europea C 168, de 14 de junio de 2013.

Comisión Europea, *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la Evaluación de impacto que acompaña al documento «Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea»*, {COM(2013) 824 final} {SWD(2013) 476 final} {SWD(2013) 499 final}/*SWD/2013/0477 final*/, de 27 de noviembre de 2013.

Comisión Europea, *Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales*, Diario Oficial de la Unión Europea C378, de 24 de diciembre de 2013.

Petición de decisión prejudicial [en trámite] planteada por el Spetsializiran nakazatelen sad (Bulgaria), proceso penal contra *Kolev y otros*, Asunto C-612/15, Diario Oficial de la Unión Europea C 48/14, de 8 de febrero de 2016.

d) De ámbito interamericano

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* [preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos], OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 diciembre 2013.

Páginas web

Congreso de los Diputados, Índice sistemático de la Constitución Española, <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>

Tribunal Constitucional de España, Buscador de jurisprudencia constitucional, <<http://hj.tribunalconstitucional.es/>>

European Court of Human Rights, HUDOC database, < <http://hudoc.echr.coe.int/eng#>>

Unión Europea, EUR-Lex El acceso al Derecho de la Unión Europea, < <http://eur-lex.europa.eu>>

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Índice Universal de los Derechos Humanos, <<http://uhri.ohchr.org/es/>>

Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, CENDOJ, <<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>>

Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, Agencia Estatal boletín Oficial del Estado, < <https://www.boe.es/> >

Otros materiales

ASOCIACIÓN JUECES PARA LA DEMOCRACIA, *Manifiesto sobre la regulación del uso de la Fuerza Policial, Salamanca, 26 de noviembre de 2011*, disponible en la web de Jueces para la Democracia, <<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/ManyPropuestaaltfuerzapoliciaMayo12.pdf>>.

COUNCIL OF EUROPE, «The Margin of Appreciation», The Lisbon Network, s.d., disponible en: <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 5 of the Convention. Right to Liberty and Security*, Council of Europe, s.l., 2a ed., 2014.

_____*Police arrest and assistance of a lawyer*, factsheet, Press Unit, Council of Europe, s.l., 2014, 2015, 2016, 2017.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE Núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Instrumento de Ratificación de España del Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, BOE Núm. 307, de 25 de diciembre de 2006.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos, *Derechos de los detenidos*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Barcelona, Colección Derechos y Libertades (Materiales docentes), Barcelona, s.d.

_____ Materiales docentes del curso de «Seguridad Ciudadana y Derechos Fundamentales» en el *Doctorado en Derecho Público. Las transformaciones del Estado de Derecho desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal*, Departament de Ciència Política i Dret Públic, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, primer semestre de 2008.

THIENEL, Tobias, *The ECtHR Clarifies Article 5 (1)*, Invisible College Blog Weblog of the Netherlands School of Human Rights Research, Marzo 2013, consultado el 9 de abril de 2015, disponible en: <<https://invisiblecollege.weblog.leidenuniv.nl/2013/03/11/the-ecthr-clarifies-article-5-1-c/>>

VV.AA., *Análisis de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana a los efectos de la posible vulneración de los artículos 1, 9.2, 10.1, 14, 15, 20, 21, 24 y 25 de la Constitución Española*, presentado por las siguientes organizaciones de la sociedad civil: Andalucía Acoge, Asociación Apoyo, Asociación Solcom, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Coordinadora de Barrios, Fundación Enlace, Greenpeace, Ingenieros Sin Fronteras-Asturias, Plataforma del Tercer Sector, Red Acoge, Rights International Spain, Servicio Jesuita a Migrantes, Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española; apoyado por: Amnistía Internacional, Coordinadora de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo y Plataforma No Somos Delito, disponible en: <<http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3d3d492cacc2a6705ccec427f61dd51b86cof94b.pdf>>