

Artículo 17 de la Constitución¹

M^a Ángeles Catalina Benavente
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Santiago de Compostela

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.
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. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

I.- Precedentes

Precedentes históricos

Constitución de 1812. Art. 290: “El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas, si esto no pudiere verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas”. Art. 292: “*In fraganti*, todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo como se previene en los dos artículos precedentes”. Art. 299: “El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el Código criminal”.

Constitución de 1869. Art. 12: “Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso, así como las penas personales y pecuniarias en que haya de incurrir el que ordenare, ejecutare o hiciere ejecutar a detención o prisión legal”.

Constitución de 1876. Art. 5: “Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de juez competente. El auto en que se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de prisión. Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso”.

¹ Artículo redactado por M^a ÁNGELES CATALINA BENAVENTE. Profesora contratada doctora. Universidad de Santiago de Compostela.

Constitución de 1931. Art. 29: “Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La resolución que se dictare será por auto judicial y se notificará al interesado dentro del mismo plazo. Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción de este artículo, y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad. La acción para perseguir estas infracciones será pública, sin necesidad de prestar fianza ni caución de ningún género”.

Constituciones comparadas

Constitución de Alemania, de 1949. Art. 2: “(1) Cada uno tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de otros ni atente al orden constitucional o a la ley moral. (2) Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Solo quedarán limitados estos derechos en virtud de una ley”. Art. 104: “(1) La libertad personal solo se puede restringir en virtud de una ley formal y con observancia de las formas establecidas en ella. Ningún detenido puede ser maltratado psíquica ni físicamente. (2) Solo el juez puede decidir sobre la licitud y duración de la privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no basada en una orden judicial debe recabarse de inmediato un auto judicial. No podrá la policía, por sus propios poderes, mantener a nadie bajo su custodia después de expirar el día siguiente al de la detención. Se dictarán por ley las normas de aplicación. (3) Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible será llevada ante el juez a más tardar al día siguiente de su detención. El juez informará al detenido de las causas de la detención, le interrogará y le dará la oportunidad de formular objeciones, y deberá dictar de inmediato auto de prisión por escrito con indicación de sus causas o bien ordenar la puesta en libertad. (4) De toda resolución judicial de privación de libertad o mantenimiento de la detención se informará sin demora a un familiar del detenido o a persona de su confianza”.

Constitución de Bélgica, de 1994. Art. 12: “Se garantiza la libertad individual. Nadie puede ser perseguido, sino en los casos previstos por la ley y de la forma que ella prescriba. Excepto en caso de flagrante delito, nadie puede ser detenido sino es en virtud de resolución judicial motivada, que debe ser notificada en el momento de la detención o a más tardar en las veinticuatro horas siguientes”.

Constitución de Bulgaria, de 1999. Art. 30: “(1) Todas las personas gozan de libertad personal e inviolabilidad. (2) Ninguna persona podrá ser detenida o sometida a inspección, registro o cualquier otra forma de vulneración de su integridad personal salvo en las condiciones y de la forma establecidas legalmente. (3) Las autoridades estatales únicamente podrán detener a un individuo en las circunstancias urgentes expresamente estipuladas en la ley, e inmediatamente lo pondrán en comunicación de las autoridades judiciales. Las autoridades judiciales decidirán sobre la legalidad de la detención en las veinticuatro horas siguientes. (4) Todas las personas tienen derecho a consejo legal desde el momento de su detención o desde el momento en que ha sido acusado. (5) Todas las personas tienen derecho a entrevistarse con su abogado en privado. La confidencialidad de tales comunicaciones es inviolable”.

Constitución de Chipre, de 1960. Art. 11: “1. Toda persona tendrá derecho a la libertad y la seguridad personales. 2. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y en la forma prevista por la ley: a) la detención de una persona

después de su condena por tribunal competente; b) el arresto o detención de una persona por incumplimiento del auto legal de un tribunal; c) el arresto o detención de una persona efectuados con el propósito de llevarla ante la autoridad competente por razonable sospecha de haber cometido un delito o cuando razonablemente se considere necesaria esta medida para impedir que esa persona cometa un delito o huya después de haberlo cometido; d) la detención de un menor por orden legal con el objeto de su supervisión educativa o para llevarle ante la autoridad competente; e) la detención de personas para impedir la propagación de enfermedades infecciosas, o de personas dementes, alcohólicas, drogadictas o vagabundas; f) el arresto o detención de una persona para impedirle su entrada sin autorización en el territorio de la República o la de un extranjero contra quien se haya entablado procedimiento de deportación o extradición. 3. Salvo en el caso y de la forma prevista por la ley para el supuesto de flagrante delito sancionable con pena de muerte o de prisión, nadie podrá ser detenido sino en virtud de auto judicial motivado emitido conforme a las formalidades establecidas por la ley. 4. A cualquier persona detenida se le comunicará en el momento de su detención y en un idioma que comprenda, las razones de la detención y se le permitirá disponer de los servicios de un abogado de su elección. 5. La persona arrestada será llevada ante un juez tan pronto como sea posible después de la detención, y en ningún caso después de transcurridas veinticuatro horas, si no ha sido liberada con anterioridad. 6. El juez ante quien sea llevado el arrestado procederá tan pronto como sea posible a interrogarle sobre razones del arresto en un idioma comprensible por el arrestado y, en ningún caso no más tarde de tres días desde su comparecencia, deberá o bien decretar su libertad en las condiciones que el propio juez considere oportunas, o que se mantenga el arresto, si no se hubiera terminado la investigación del delito por el que ha sido arrestado, así como volver a decretar sucesivas veces que se mantenga en prisión por periodos no superiores a ocho días cada vez. Además, la duración total de la privación de libertad no excederá de tres meses desde la fecha del arresto. Transcurrido ese tiempo, toda persona o autoridad que tenga a su cargo a la persona arrestada deberá ponerla inmediatamente en libertad. Cualquier decisión que el juez adopte en el ámbito del presente apartado, es susceptible de recurso. 7. Toda persona privada de su libertad por detención o prisión tendrá derecho a entablar acción para que la legalidad de su privación de libertad sea resuelta rápidamente por un tribunal y a su liberación si la detención fuera ilegal. 8. Toda persona que hubiera sido víctima de detención o prisión en contravención a lo establecido en este artículo, tendrá derecho ejecutorio a indemnización”.

Constitución de Dinamarca, de 1953. Art. 71: “1. La libertad individual es inviolable. Ningún ciudadano danés puede por razón de sus convicciones políticas o religiosas o de sus orígenes ser detenido en ningún supuesto. 2. Ninguna persona puede ser privada de su libertad sino es conforme a lo previsto en la ley. 3. Todo individuo detenido será, dentro de las veinticuatro horas, puesto a disposición judicial. Si no pudiera ser puesto en libertad inmediatamente, el juez dispondrá por auto motivado que lo antes posible, y a más tardar dentro de los tres días siguientes, si continuará detenido y, en el supuesto de que quede en libertad bajo fianza, el juez fijará la naturaleza y la cantidad de la misma. En lo relativo a Groenlandia, mediante una ley puede excepcionarse este precepto, si tal medida fuera necesaria en atención de las circunstancias locales. 4. El interesado puede, inmediatamente y por separado, interponer contra el auto del juez recurso ante la jurisdicción superior. 5. Nadie puede ser detenido preventivamente por una infracción sancionada únicamente con una pena de multa o de simple arresto. 6. Fuera de la instrucción y enjuiciamiento criminal, la legalidad de una detención que no sea decretada por una autoridad judicial o que no esté prevista por la legislación sobre el

estatuto de los extranjeros, deberá ser sometida, a la apreciación de los tribunales ordinarios o de cualquier otra autoridad judicial, cuando lo solicite el detenido o quien actúe en su nombre. Las reglas relativas a esta materia serán fijadas por ley. 7. El trato a las personas, previsto en el apartado 6, será sometido a la supervisión de una comisión de control nombrada por el Folketing, y a la cual podrán recurrir los interesados”.

Constitución de Eslovaquia, de 1992. Art. 17: “(1) Se garantiza la libertad personal. (2) Nadie puede ser procesado o privado de su libertad salvo en los casos y en la forma prevista en la ley. Nadie puede ser privado de su libertad solamente en base al incumplimiento de una obligación contractual. (3) Una persona acusada o sospechosa de haber cometido un crimen solo puede ser detenida en los casos especificados en la ley. Una persona que es detenida ha de ser inmediatamente informada de los hechos que han dado lugar a su detención, y después de ser interrogada y en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas ha de ser puesta en libertad o pasar a disposición judicial. El juez, en el plazo de cuarenta y ocho horas y, por delitos especialmente graves en el plazo de setenta y dos horas desde que la persona ha sido puesta a disposición judicial, ha de oírla y decidir sobre su detención o puesta en libertad. (4) Una persona acusada de un delito solo puede ser arrestada en base a una autorización judicial escrita. El detenido ha de ser puesto a disposición judicial en el plazo de veinticuatro horas. El juez, en el plazo de cuarenta y ocho horas y, por delitos especialmente graves en el plazo de setenta y dos horas desde que la persona ha sido puesta a disposición judicial, ha de oírla y decidir sobre su detención o puesta en libertad. (5) Una persona puede permanecer detenida preventivamente solo en los casos y durante el tiempo establecido en la ley y determinado por un Tribunal. (6) La ley especificará los casos en los que una persona puede ser internada o mantenida en una institución médica sin su consentimiento. Se ha de notificar a un Tribunal esta medida en el plazo de veinticuatro horas, y ha de decidir en cinco días si la medida que se ha tomado es apropiada. (7) El examen de las condiciones mentales de una persona acusada de un delito solo se permite bajo orden judicial estricta”.

Constitución de Eslovenia, de 1991. Art. 19: “Protección de la libertad personal. Todas las personas tienen derecho a la libertad personal. Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos y conforme a los procedimientos establecidos en la ley. Cualquier persona privada de su libertad ha de ser informada inmediatamente en su lengua materna, o en una lengua que entienda, de las razones por las que ha sido privada de su libertad. En el menor tiempo posible tras ello, también ha de ser informado de forma escrita de las razones por las que ha sido privado de libertad. Se le ha de indicar inmediatamente que no está obligado a realizar ninguna declaración, que tiene derecho a una representación/asistencia legal inmediata de su propia y libre elección y de que la autoridad competente debe, en base a su petición, notificar a sus parientes o aquellas personas cercanas a ella de su privación de libertad”. Art. 20: “Órdenes para y duración de la detención. Una persona razonablemente sospechosa de haber cometido un delito solo puede ser detenida en base a una orden judicial cuando sea absolutamente necesario para el curso de un procedimiento criminal o por razones de seguridad pública. Tras la detención, antes de que transcurran veinticuatro horas de ella, a la persona detenida se le ha de dar por escrito razonado, la orden judicial. La persona detenida tiene derecho a apelar contra la orden judicial, y sobre tal apelación ha de decidir un tribunal en cuarenta y ocho horas. La detención solo puede durar mientras existan razones legales para ella, pero no más de tres meses desde el día de la privación de libertad. El Tribunal Supremo puede extender la detención otros tres meses. Si no existen cargos al final de ese plazo, la persona sospechosa ha de ser puesta en libertad”.

Constitución de Estonia, de 1992. Art. 20: “Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie será privado de su libertad excepto en los casos y conforme al procedimiento establecido por la ley: 1) para ejecutar una condena o una detención acordada por los Tribunales; 2) en el caso de incumplimiento de una sentencia de los Tribunales o para asegurar el cumplimiento de un deber establecido en la ley; 3) para luchar contra un delito criminal o administrativo, aprehender a una persona que razonablemente sea sospecha de tal ofensa ante la autoridad competente del Estado, o prevenir su huida; 4) para colocar a un menor de edad bajo supervisión disciplinaria o llevarlo ante una autoridad competente del Estado para determinar si se impone tal supervisión; 5) para detener a una persona que sufre de una enfermedad infecciosa, una persona mentalmente incapacitada, un alcohólico o un drogadicto, si tal persona es peligrosa para sí misma o para otros; 6) para prevenir establecimientos ilegales en Estonia y expulsar a una persona de Estonia o extraditar a una persona a un Estado extranjero. Nadie será privado de su libertad por el hecho de haber incumplido una obligación contractual”. Art. 21: “Cualquiera que sea privado de su libertad será informado a la mayor brevedad, en una lengua y manera que lo entienda, de la razón de su privación de la libertad y de sus derechos, y se le dará la oportunidad de comunicarlo a las personas más cercanas. A una persona sospechosa de un delito se le dará, inmediatamente, la oportunidad de elegir y consultar con un abogado. El derecho de una persona sospechosa de un delito de notificar la privación de libertad a las personas más cercanas puede ser restringido solamente en los casos y conforme al procedimiento establecido por la ley con la finalidad de combatir un delito o en interés de comprobar la verdad en un procedimiento criminal. Nadie estará detenido más de cuarenta y ocho horas sin la específica autorización de un Tribunal. La decisión de un Tribunal será inmediatamente comunicada a la persona detenida en una lengua y manera que lo entienda”.

Constitución de Finlandia, de 1999. Art. 7: “El derecho a la vida y a la libertad y a la inviolabilidad de la persona. Todas las personas tienen derecho a la vida y a la libertad, a la inviolabilidad y a la seguridad personal. Nadie puede ser condenado a muerte, torturado, ni tratado de otra manera que atente contra la dignidad humana. No se puede quebrantar la inviolabilidad personal ni detener arbitrariamente o sin previsión legal a nadie. Toda pena privativa de la libertad habrá de ser impuesta por un Tribunal de Justicia. La legitimidad de otras privaciones de la libertad podrá someterse al enjuiciamiento de un Tribunal. Los derechos de las personas que sean privadas de libertad estarán garantizadas por Ley”.

Constitución de Francia, de 1958. Art. 66: “Nadie puede ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en las condiciones previstas por la ley”.

Constitución de Grecia, de 1975. Art. 6: “1. Nadie podrá ser detenido ni encarcelado sino en virtud de auto judicial motivado que deberá ser notificado en el momento de la detención o de la prisión preventiva, excepto en los casos de flagrante delito. 2. Toda persona detenida en flagrante delito o en virtud de auto judicial será llevada ante el juez de instrucción competente dentro de las veinticuatro horas de la detención a más tardar o, si ésta ha tenido lugar fuera de la sede del juez de instrucción, en el plazo estrictamente necesario para el traslado de la persona detenida. El juez de instrucción deberá, en los tres días siguientes a la comparecencia, poner en libertad al detenido o dictar auto de prisión contra él. El plazo se prorrogará en dos días a petición del detenido o bien, en caso de fuerza mayor inmediatamente comprobada, por acuerdo de la Sala de Acusación competente. 3. Transcurridos los dos plazos de referencia sin que

se hubiere adoptado resolución alguna, todo alcalde u otro funcionario cualquiera, civil o militar, encargado de la custodia del detenido, deberá ponerlo inmediatamente en libertad. Los contraventores a estas disposiciones serán castigados por detención arbitraria, y deberán, además, resarcir todo perjuicio causado al detenido, así como pagar una indemnización pecuniaria a éste en concepto de perjuicio moral, según lo que la ley disponga. 4. La ley especificará el límite máximo de la prisión preventiva, que no podrá exceder de un año para los crímenes y de seis meses para los delitos. En casos absolutamente excepcionales, los límites máximos podrán ser prorrogados respectivamente en seis y tres meses por resolución de la Sala de Acusación competente. Se prohíbe exceder estos límites de detención provisional aplicando esta medida por separado a actos del mismo caso”.

Constitución de Hungría, de 1949. Art. 55: “(1) En la República de Hungría todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad personal; nadie podrá ser privado de su libertad, sino por alguna de las causas y de acuerdo con los procedimientos establecidos en la ley. (2) Toda persona sospechosa de haber cometido un delito que esté detenida, deberá ser puesta en libertad o llevada ante el Juez a la mayor brevedad posible. El Juez estará obligado a garantizar audiencia al detenido y proveer inmediatamente por escrito motivado sobre su puesta en libertad o la privación de la misma. (3) La persona que haya sido objeto de detención o privación de libertad ilegal tendrá derecho a indemnización”.

Constitución de Irlanda, de 1937. Art. 40.4: “4.1° Ningún ciudadano será privado de su libertad personal, salvo en los supuestos previstos por la ley. 2° Si se formula una queja por cualquier persona o en nombre de ella ante el Tribunal Superior o ante cualquiera de sus miembros, alegando que dicha persona se encuentra ilegalmente detenida, el Tribunal Superior y todos y cada uno de los magistrados del mismo ante quienes se haya presentado dicha queja, investigarán el caso y pueden ordenar que la persona que mantenga el detenido bajo su custodia lo presente ante el Tribunal Superior y especifique por escrito los motivos de su detención, y el Tribunal Superior, al serle presentada la persona detenida y tras haber dado a quien la tenga bajo su custodia la oportunidad de justificar la detención, ordenará la libertad de aquella a menos que llegue a la convicción de que ha sido detenida de acuerdo con la ley. 3° Cuando el detenido de modo presuntamente ilegal sea conducido ante el Tribunal Superior en cumplimiento de auto dictado con este motivo, conforme a esta sección, y dicho Tribunal esté convencido de que la persona ha sido detenida de acuerdo a la ley, pero que dicha ley no es válida, considerando las disposiciones de esta Constitución, el Tribunal Superior remitirá la cuestión de la validez de dicha ley al Tribunal Supremo, y podrá, en el momento del traslado o en algún momento posterior a él, permitir que la persona en cuestión sea puesta en libertad bajo fianza, sin perjuicio de las disposiciones que el Tribunal Superior fije, hasta que el Tribunal Supremo haya decidido la cuestión referida. 4° El Tribunal Superior ante el que el detenido de modo presuntamente ilegal deba ser conducido en virtud del auto dictado con tal motivo, conforme a lo previsto en esta sección, estará compuesto, si así lo acuerda para un caso determinado el Presidente del Tribunal Superior o, de no estar en funciones, el magistrado más antiguo de dicho Tribunal, por tres magistrados, en cualquier otro caso el Tribunal estará compuesto por un solo Magistrado. 5° Cuando, conforme a lo previsto en esta sección, el Tribunal Superior o uno de sus magistrados dicte una orden para la presentación de una persona que esté condenada a muerte, el Tribunal Superior o dicho magistrado ordenará que la ejecución de dicha sentencia de muerte sea suspendida hasta que el detenido haya sido conducido ante el Tribunal Superior y se haya determinado la legalidad de su detención,

y si, una vez aplazada la ejecución, se decide que la detención ha sido legal, el Tribunal Superior señalará un día para la ejecución de dicha sentencia de muerte, y esa sentencia tendrá efecto sin más modificación que la sustitución del día originariamente fijado por el día que así se especifique. 6° Sin embargo, ningún precepto de esta sección será invocado para prohibir, controlar o interferir un acto de las Fuerzas Armadas durante la declaración de un estado de Guerra o de rebelión armada”.

Constitución de Italia, de 1947. Art. 13: “La libertad personal es inviolable. No procederá ninguna forma de detención, inspección o registro personal ni otra restricción cualquiera de la libertad personal salvo por auto razonado de la autoridad judicial y únicamente en los casos y del modo previsto por la ley. En casos excepcionales de necesidad y de urgencia, especificados taxativamente en la ley, la autoridad de orden público podrá adoptar medidas provisionales que deberán ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la autoridad judicial y que, de no ser confirmadas por ésta en las cuarenta y ocho horas subsiguientes, se considerarán revocadas y no surtirán efecto alguno. Se castigará toda violencia física y moral sobre las personas sujetas de cualquier modo a restricciones en su libertad. La ley establecerá los límites máximos de la detención preventiva”.

Constitución de Letonia, de 1998. Art. 94: “Todos tienen el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie puede ser privado o ver restringida su libertad, si no es de acuerdo con la ley”.

Constitución de Lituania, de 1992. Art. 20: “La libertad de los individuos es inviolable. Nadie puede ser sometido a arresto o detención arbitraria. Nadie puede ser privado de su libertad excepto en los supuestos y de acuerdo con los procedimientos prescritos por la ley. Una persona arrestada en flagrante delito será puesta a disposición judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas, a fin de determinar, en su presencia, la validez de la detención. Si el tribunal no aprueba la detención de la persona, será puesta en libertad inmediatamente”.

Constitución de Luxemburgo, de 1868. Art. 12: “Se garantiza la libertad individual. Nadie puede ser perseguido sino es en los casos previstos por la ley y en la forma que ella prescriba. Salvo en caso de flagrante delito, nadie puede ser detenido sino por orden motivada del juez, que deberá ser notificada en el momento de la detención o como máximo dentro de las veinticuatro horas. Toda persona debe ser informada sin demora de los recursos legales de los que dispone para recuperar su libertad”.

Constitución de Malta, de 1964. Art. 34: “De las garantías contra toda detención o prisión arbitraria. (1) Nadie puede ser privado de su libertad personal, salvo que lo autorice la ley en los casos siguientes: (a) incapacidad de rebatir una acusación de índole criminal; (b) en ejecución de sentencia o auto judicial, ya se haya dictado en Malta o fuera de Malta, en relación con un delito por el que haya sido condenado el reo; (c) en ejecución de auto judicial por el que se castigue a alguien por desacato al tribunal o de un auto de otro tribunal o juzgado o de algún acuerdo de la Cámara de Representantes por desacato a ésta o a uno de sus miembros o por infracción de las prerrogativa de la Cámara; (d) en ejecución de auto dictado por un tribunal para asegurar el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley a una persona; (e) para llevar a alguien ante un tribunal en ejecución de auto judicial o ante la Cámara de Representantes en ejecución de un acuerdo de ésta; (f) cuando exista sospecha fundada de que el detenido ha cometido o se propone cometer un delito; (g) cuando se trate de proveer a la educación o al bienestar de persona que no haya cumplido dieciocho años; (h) con el fin de prevenir la difusión de enfermedades infecciosas o contagiosas; (i)

tratándose de persona demente o de quien se sospeche con fundamento que lo es o drogadicta, alcohólica o vagabunda, con el fin de cuidarla o tratarla o de proteger a la colectividad; (j) con el fin de prevenir la entrada ilegal del detenido en Malta o de llevar a cabo su expulsión, extradición u otro traslado lícito desde Malta, o para adoptar actuaciones relacionadas con estos trámites, o con objeto de asegurarse de la persona en cuestión mientras sea conducida por el territorio maltés durante su extradición o traslado en calidad de condenado de un país a otro. (2) Todo detenido o encarcelado será informado en el momento de su detención o encarcelamiento de las razones del mismo en idioma que sea capaz de entender. Si fuere necesario un intérprete y no estuviese disponible en ese momento o si fuese imposible por otras razones observar lo dispuesto en el presente párrafo, se dará cumplimiento a éste en cuanto sea factible. (3) Toda persona que haya sido detenida o encarcelada: (a) para comparecer ante un tribunal en cumplimiento de un auto judicial; o (b) por existir sospecha fundada de que ha cometido o se disponía a cometer un delito, y no haya quedado en libertad, comparecerá no más tarde de las cuarenta y ocho horas siguientes ante un tribunal, y si un detenido o encarcelado por motivos de la letra b) del presente apartado no es juzgado en un plazo razonable, será puesto en libertad incondicionalmente o bajo condiciones razonables, incluyendo en particular las medidas racionalmente necesarias para asegurar su ulterior comparecencia en juicio o en las actuaciones previas. (4) Quien haya sido ilegalmente detenido o encarcelado por otro tiene derecho a exigirle indemnización. (5) Ningún precepto de una ley y ningún acto realizado en virtud de ella se considerarán incompatibles con lo dispuesto en el presente artículo o en contravención del mismo en caso de que la ley en cuestión autorice la adopción durante el período de excepción previsto en la letra a) o b) del artículo 47 de esta Constitución, de medidas racionalmente adecuadas para resolver la situación creada durante dicho período. (6) Si una persona encarcelada únicamente en virtud de la ley a que se refiere el último apartado lo solicita en cualquier momento de la prisión y no antes de haber transcurrido seis meses desde la última vez que haya formulado análoga solicitud durante el mismo lapso, su caso será revisado por un tribunal independiente e imparcial establecido conforme a la ley y compuesto por una o varias personas que desempeñen o hayan desempeñado un cargo judicial o reúnan los requisitos para desempeñarlo en Malta. (7) Todo tribunal podrá, al revisar conforme al apartado precedente la causa de una persona encarcelada, hacer recomendaciones sobre la necesidad o la conveniencia de prolongar el régimen de prisión a la autoridad que lo haya ordenado, pero, a menos que la ley disponga otra cosa, no está dicha autoridad obligada a seguir esas recomendaciones”.

Constitución de los Países Bajos, de 1983. Art. 15: “1. Nadie podrá ser privado de su libertad excepto en los casos previstos por o en virtud de la ley. 2. Toda persona privada de su libertad sin que haya mediado auto judicial, puede pedir al juez que se le ponga en libertad. En este caso, será oído por el juez dentro del plazo que la ley establezca. El juez ordenará la puesta en libertad inmediata si estima ilícita la privación de la libertad. 3. El enjuiciamiento de toda persona que haya sido privada de su libertad con objeto de ser sometida a juicio, tendrá lugar dentro de un plazo razonable. 4. Quien hubiera sido privado de su libertad legítimamente puede ser limitado en el ejercicio de derechos fundamentales en la medida en que estos sean incompatibles con la privación de libertad”.

Constitución de Polonia, de 1997. Art. 31: “(1) La libertad de la persona se protegerá por ley. (2) Todos respetarán los derechos y libertades de los demás. Nadie será obligado a hacer algo a lo que no sea requerido por ley. (3) Cualquier limitación del ejercicio de las libertades y de los derechos constitucionales solo puede ser impuesta por

ley, y cuando sea necesario para la protección de la seguridad y el orden público en el Estado democrático, o para proteger el medioambiente, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de las personas. Tales limitaciones no vulnerarán el contenido esencial de los derechos y libertades”. Art. 41: “(1) La inviolabilidad personal y la seguridad se garantizan a todos. Cualquier privación o limitación de la libertad solo podrá imponerse de acuerdo con los principios y procedimientos establecidos en la ley. (2) Toda persona privada de libertad, salvo por sentencia judicial, tendrá derecho a apelar al Juez para una audiencia inmediata sobre la legitimidad de dicha privación. Cualquier privación de libertad se dará a conocer inmediatamente a su familia o a quien indicare el privado de libertad. (3) Todo detenido será informado, inmediatamente y de modo comprensible, de las razones de la detención. El detenido, en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la detención, pasará a disposición judicial. El detenido será puesto en libertad salvo por resolución judicial, en función de los cargos que se le imputan, y que debe emitirse en un plazo máximo de veinticuatro horas desde que fue puesto a disposición judicial. (4) Cualquier persona privada de libertad será tratada de manera humana. (5) Cualquier persona que se haya visto privada ilegalmente de libertad tendrá derecho a una indemnización”.

Constitución de Portugal, de 1976. Art. 20.2: “En los términos que establezca la ley, todos tendrán el derecho a información legal, asesoramiento y consejo legal y a estar acompañados de abogado ante cualquier autoridad”. Art. 27: “Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad. 2. Nadie podrá ser complete o parcialmente privado de la libertad a no ser como consecuencia de sentencia judicial condenatoria por la comisión de acto castigado por la ley con pena de prisión o de la aplicación judicial de una medida de seguridad. 3. Se exceptúa de este principio la privación de libertad, por el tiempo y las condiciones que la ley establezca, en los casos siguientes: a) Detención en flagrante delito. b) Detención o permanencia en custodia cuando hay fuerte evidencia de un delito grave castigable con prisión por un periodo máximo de más de tres años. c) La imposición de prisión, detención o cualquier otra medida cautelar sometida a control judicial, de una persona que haya entrado o esté impropriadamente en territorio portugués, o que está en esos momentos siendo sujeto de un procedimiento de extradición o deportación. d) La imposición de prisión disciplinaria al personal militar, con garantía de recurso ante el Tribunal competente. e) El sometimiento de un menor a medidas tendentes a protegerle, asistirle o educarle en un establecimiento adecuado, cuando sea ordenado por un Tribunal competente. f) Detención por orden judicial por desobediencia a una decisión judicial o para asegurar la comparecencia ante una autoridad judicial competente. g) Las detenciones de sospechosos con propósito de identificación en tales casos y por el tiempo que haya de ser estrictamente necesario. h) El internamiento de una persona con enfermedad psíquica en un establecimiento terapéutico apropiado, en los términos ordenados o confirmados por una autoridad judicial competente. 4. Toda persona privada de libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos. 5. La privación de libertad en contra de las previsiones de esta Constitución y de la ley situará al Estado ante la obligación de compensar a la persona agraviada de acuerdo con la ley”. Art. 28: “De la prisión preventiva. 1. La detención estará sometida, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a resolución judicial, para la restitución de la libertad o para la imposición de medidas de coacción adecuadas, debiendo el juez conocer las causas que la determinaron y comunicárselas al detenido, interrogar a este y darle la oportunidad de que se defienda. 2. La prisión preventiva será de naturaleza excepcional, no pudiendo ser decretada ni mantenida siempre que pueda ser sustituida por fianza o por otra

medida más favorable prevista por la ley. 3. La resolución judicial que ordene o mantenga una medida de privación de libertad deberá ser comunicada enseguida a un pariente o persona de confianza del detenido, que este indique. 4. La prisión preventiva estará sujeta a los plazos establecidos en la ley”. Art. 31: “Habeas Corpus. 1. Se dará “habeas corpus” contra el abuso de poder, por razón de prisión o detención ilegal, y se interpondrá ante el tribunal competente. 2. La providencia de “habeas corpus” podrá ser solicitada por el propio interesado o por cualquier ciudadano en el disfrute de sus derechos políticos. 3. El juez resolverá en el plazo de ocho días sobre el requerimiento de “habeas corpus” en audiencia contradictoria”.

Constitución de Rumanía, de 1991. Art. 23: “La libertad individual. (1) La libertad individual y la seguridad de las personas son inviolables. (2) El registro, la retención o la detención de una persona solo se permiten en los casos y con los procedimientos previstos en la ley. (3) La retención no puede durar más de veinticuatro horas. (4) La detención preventiva será ordenada por un juez y solamente en el curso de procedimientos penales. (5) Durante los procedimientos penales, la detención preventiva se puede pedir por máximo de treinta días y ampliarse por treinta días más, sin que la duración total exceda de un término razonable, y no más de ciento ochenta días. (6) Después de que el pleito haya comenzado, el tribunal será competente, de acuerdo con la ley, para controlar, sobre una base regular y no más tarde de sesenta días, la legitimidad y los argumentos de la detención preventiva, y de ordenar inmediatamente la libertad del demandado si los motivos para la detención preventiva han dejado de existir o si el tribunal encuentra que no hay motivos que justifiquen la comunicación de la detención. (7) Las decisiones de un tribunal sobre la detención preventiva estarán sujetas a los procedimientos estipulados por la ley. (8) Toda persona retenida o detenida debe ser informada de forma inmediata, en la lengua que comprenda, de las razones de su retención o detención y de la acusación en el plazo más breve posible. La acusación se le debe comunicar solamente en presencia de abogado, elegido por ella o de oficio. (9) La puesta en libertad de la persona retenida o detenida será obligatoria si las causas de dichas medidas han desaparecido, así como por otras causas previstas en la ley. (10) La persona en prisión preventiva tiene derecho a pedir su libertad provisional, bajo control judicial o fianza. (11) Toda persona será considerada inocente hasta que sea firme la resolución judicial condenatoria. (12) Ninguna pena puede establecerse o aplicarse sino en las condiciones y en virtud a la ley. (13) La sanción de la privación de libertad solamente se puede basar en las causas penales”.

Constitución de Suecia. Instrumento de Gobierno de 1974. El Capítulo 2 recoge los derechos y libertades fundamentales. Art. 8: “Todos los ciudadanos estarán protegidos en sus relaciones con la administración pública contra la privación de libertad. Tendrán también garantizada la libertad de movimientos dentro del Reino y la libertad de abandonar el Reino”. Art. 9: “Cuando una autoridad pública distinta a un tribunal haya privado a un ciudadano de su libertad, por haber cometido un delito o por ser sospechoso de haber cometido dicho delito, tendrá derecho a llevar el tema ante un tribunal sin dilaciones. Esto no se aplicará, sin embargo, si el asunto conlleva la transferencia al Reino de la posibilidad de ejecutar una sanción penal que suponga la privación de libertad que ha sido establecida en otro Estado. Si, por razones diferentes a las señaladas en el primer párrafo, un ciudadano ha sido detenido por la fuerza, tendrá, igualmente, el derecho de someter la causa ante un tribunal sin dilaciones. En dicho caso, el examen ante el tribunal será equiparado con el examen ante un comité en tanto que la composición del tribunal será establecida por las reglas de la ley y se establece que el Presidente del tribunal debe ser actualmente o haber sido previamente juez titular.

Si un examen según los párrafos primero y segundo no se refiere a una autoridad que sea competente de acuerdo con las disposiciones establecidas anteriormente, el examen será llevado a cabo por un tribunal de la jurisdicción general”.

Normas supranacionales

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Art. 6: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Art. 5: “Derecho a la libertad y a la seguridad. 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: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida 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 cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 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. 3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones prevista 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 y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. 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”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 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 esta. 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, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para

la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada 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 orden su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

II.- Exégesis del precepto

1.- El derecho fundamental a la libertad

El artículo 17 CE comienza con el reconocimiento general del derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, para, a continuación, admitir la posible limitación de este derecho “en los casos y en la forma previstos en la ley”. El derecho a la libertad, por tanto, no es uno de los derechos fundamentales de carácter absoluto, pero para poder ser restringido es necesario que se den una serie de presupuestos. En primer lugar, que la propia Constitución prevea la limitación del derecho fundamental. En segundo lugar, la existencia de una ley orgánica que desarrolle el procedimiento para la limitación del derecho fundamental. Y, en tercer lugar, que la medida restrictiva del derecho fundamental sea acordada por el órgano jurisdiccional competente.

A lo largo de este comentario al artículo 17 CE se verá que tanto en los supuestos de privación de libertad fuera del proceso penal, como de aquellas privaciones de libertad que tienen su fundamento en la comisión de hechos delictivos, se cumplen estos presupuestos básicos, sin los cuales en ningún caso se podrá entender que la limitación de libertad acordada es conforme a la Constitución.

No obstante, antes de entrar a analizar las limitaciones del derecho fundamental a la libertad en nuestro ordenamiento, es necesario hacer al menos una breve referencia al binomio libertad y seguridad que utiliza el constituyente en este precepto. Se trata de dos piezas claves del Estado de Derecho cuya relación es, sin duda, compleja, y cuya confrontación es cada día más evidente. La referencia al binomio seguridad-libertad la encontramos en el apartado II del Preámbulo de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana: “Libertad y seguridad constituyen un binomio clave para el buen funcionamiento de una sociedad democrática avanzada, siendo la seguridad un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades y no un fin en sí mismo. Por tanto cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas por razones de seguridad debe ampararse en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad en una triple dimensión: un juicio de idoneidad de la limitación (para la consecución del objetivo propuesto), un juicio de necesidad de la misma (entendido como inexistencia de otra medida menos intensa para la consecución del mismo fin) y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto de dicha limitación (por derivarse de ella un beneficio para el interés público que justifica un cierto sacrificio del ejercicio del derecho)”².

2.- Limitaciones del derecho fundamental a la libertad al margen del proceso penal

La limitación del derecho fundamental a la libertad deambulatoria de los ciudadanos no solo se produce en el marco de un proceso penal, sino que también se puede producir en el marco de otros procesos. Ello no impide que en estos casos también se tengan que

² Como señala PAREJO ALFONSO, L., “Sobre el binomio libertad y seguridad en el derecho”, en *IUSTA*, núm. 45, julio-diciembre, 2016, p. 114, la relación entre la libertad y la seguridad y la preocupación porque el riesgo de que “la creciente demanda de seguridad se convierta en el ácido en el que terminen por disolverse los derechos y libertades fundamentales” queda claramente reflejado en este apartado del Preámbulo.

cumplir los requisitos exigidos constitucionalmente de que la privación de libertad esté prevista en una ley con carácter de ley orgánica, que la privación de libertad responda a un fin legalmente previsto (y constitucionalmente admisible), que sea acordada por el órgano jurisdiccional competente y, que, se establezca un plazo de duración de la privación de libertad.

2.1. La privación de libertad de extranjeros al amparo de la ley de extranjería

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España reconoce en su artículo 5 el derecho de los extranjeros que se hallen en España “a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de una sentencia firme”.

El apartado segundo del artículo 5 prevé la posibilidad de medidas limitativas específicas del derecho fundamental a la libertad de los extranjeros en España acordadas tras la declaración del estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución, y, excepcionalmente, por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministerio del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. La duración de estas medidas limitativas no podrá exceder del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron su adopción. Estas medidas podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

La LO 4/2000 también prevé que en el marco de los expedientes de expulsión se puedan acordar medidas cautelares que impliquen una limitación del derecho fundamental a la libertad. Durante la tramitación de un expediente administrativo en el que se haya propuesto la expulsión, y con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, la autoridad gubernativa competente podrá acordar alguna de las siguientes medidas cautelares (art. 61): a) Presentación periódica ante las autoridades competentes; b) Residencia obligatoria en determinado lugar; c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad; d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de setenta y dos horas previas a la solicitud de internamiento; e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en centros de internamiento; o f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

El ingreso en un centro de internamiento de un extranjero sometido a un expediente de expulsión deberá ser acordado por el juez de instrucción competente, que será el del lugar donde se practique la detención (art. 62.6)³. El juez, “previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las

³ Este juez de instrucción es también el competente para dejar sin efecto el internamiento. En cambio, la competencia para el control de la estancia de los extranjeros en los centros de internamiento y en las salas de inadmisión de fronteras corresponde al juez de instrucción del lugar donde dichos centros o salas estén ubicados, debiendo designarse un juzgado concreto en aquellos partidos en los que existen varios. Este juez será el competente para conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente (art. 62.6).

circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero” (art. 62.1.II)⁴.

El internamiento del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión está sometido a un doble plazo. El primero, el del tiempo imprescindible para los fines del expediente; el segundo, el del plazo máximo de sesenta días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente (art. 62.2). El fin del internamiento podrá ser acordado por el propio juez de instrucción que lo acordó, de oficio o a iniciativa del MF, o por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del juez de instrucción que acordó el internamiento (art. 62.3).

2.2. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psiquiátrico

El artículo 763 LEC regula el internamiento no voluntario, por razón de trastorno psiquiátrico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma. El internamiento de esta persona, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. El artículo 763 tienen el carácter de orgánico⁵, tal y como señala la disposición adicional primera de la LEC, que fue objeto de nueva redacción por el artículo 2.3 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cumplimiento de la STC 132/2010, de 2 de diciembre. Esta sentencia, que declaró inconstitucional determinados incisos del apartado primero de este precepto, tuvo su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña sobre la base de que los párrafos primero y segundo del apartado primero del artículo 763 LEC podrían ser inconstitucionales al vulnerar los artículos 17.1 y 81.1 CE que establecen reserva de ley orgánica para las privaciones de libertad. La duda de constitucionalidad se refiere estrictamente a que el juzgado entiende que la norma cuestionada hubiera debido ser aprobada con el carácter de ley orgánica. El TC estima la cuestión de inconstitucionalidad señalando que se trata de “una vulneración de la Constitución que solo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la

⁴ En relación con el internamiento de los extranjeros resulta interesante la lectura de la sentencia de la Sala tercera del TS (Pleno), de 10 de febrero de 2015, (número de recurso 373/2014), en el recurso contencioso-administrativo promovido por la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, la Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado español y la Federación Andalucía Acoge. Estas asociaciones interpusieron recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Las impugnaciones se dirigen no contra el Real Decreto propiamente como tal, sino contra el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros aprobado por su artículo único, que, señalan, en determinados aspectos es contraria a la naturaleza preventiva y no penitenciaria de los centros de internamiento.

⁵ Como recuerda la STC 141/2012, de 2 de julio, citando la STC 129/1999, de 1 de julio, como consecuencia de su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, el TC ha declarado que “la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE”.

medida de internamiento voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”⁶.

La autorización judicial para el internamiento no voluntario deberá obtenerse antes de dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida. En estos casos, el responsable del centro en el que se hubiera producido el internamiento deberá informar de esta circunstancia lo antes posible al tribunal competente y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (art. 763.1.II)⁷. En los supuestos de ratificación del internamiento urgente, el tribunal competente no es el del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento, sino el del lugar en el que radique el centro en el que se haya producido el internamiento (art. 763.1.III).

En relación con la obligación del responsable del centro de notificar el internamiento y los motivos que lo justificaron al juez competente, el TC ha señalado que “constituye una exigencia básica derivada del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE)”, y pone de manifiesto que el plazo de veinticuatro horas para efectuar la comunicación no es “un plazo fijo, sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad” (STC 13/2016, de 1 de febrero)⁸.

Tal y como señala la STC 141/2012, de 2 de julio, la fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada en su validez por el cumplimiento de cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE), y que son: 1) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato. Si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar *ab initio* la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial; 2) Información al afectado o a su representante legal acerca del internamiento y sus causas. Nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos por los que dicha privación se acuerda; 3) Obligación del centro del comunicar al juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de veinticuatro horas. En todas aquellas

⁶ Sobre este tema ver SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., “Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental”, en *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 87, mayo-agosto 2013, pp. 179-222.

⁷ La STC 141/2012, de 2 de julio, señala lo siguiente respecto del plazo de setenta y dos horas: “vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si este se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE”.

⁸ En este mismo sentido STC 141/2012, de 2 de julio.

situaciones en las que el centro médico responsable no respete dicho plazo, se podrá solicitar procedimiento de *habeas corpus* por las personas legitimadas conforme a lo previsto en la LO 6/1984, de 24 de mayo; y 4) Control posterior sobre el centro o, más concretamente, sobre la persona privada de libertad. Esto no supone el traslado físico de la persona a presencia judicial, sino que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio centro hospitalario o centro en donde se haya procedido al internamiento.

La STC 132/2016, de 18 de julio, vuelve a ocuparse de la cuestión de si el internamiento no voluntario por trastorno psiquiátrico debe necesariamente producirse por los trámites del artículo 763 LEC o si, como sostienen las resoluciones judiciales frente a las que se interpone el recurso de amparo, la autorización judicial correspondiente ha de instarse dentro del proceso para la declaración de incapacidad de los artículos 756 a 762 LEC. El TC reitera su doctrina jurisprudencial señalando que: “con la excepción de que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente directamente por el centro médico o asistencial (con los controles legales y judiciales que le son inherentes), resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el Juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este segundo caso, el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del art. 763 LEC y sin el condicionante de las 72 horas para que el Juez resuelva, siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende en favor del afectado. Por el contrario, si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC”⁹.

Si la persona sometida a internamiento no voluntario es un menor, el centro elegido deberá ser siempre un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor (art. 763.2).

En lo que se refiere al procedimiento para acordar el internamiento no voluntario, o para ratificar el que se produjo con carácter urgente, será necesario que el tribunal oiga, antes de tomar una decisión, a la persona afectada por dicha decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. A la hora de tomar una decisión es preceptivo que el tribunal examine por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y deberá oír el dictamen de un facultativo por él designado. Ello sin perjuicio de la posibilidad de practicar todas aquellas pruebas que considere relevantes para el caso. En todo el procedimiento de adopción, o ratificación, del internamiento no voluntario, la persona afectada por la medida podrá comparecer con su propia defensa y representación. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no hubiera sido el promotor del procedimiento, ya que en este caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial (art. 763. 3 en relación con el art. 758).

En lo que se refiere a la asistencia jurídica de la persona internada, el TC ha señalado reiteradamente que se requiere siempre la actuación, en su nombre, de un representante

⁹ Ver también SSTC 34/2016, de 29 de febrero; 141/2012, de 2 de julio; o 129/1999, de 1 de julio.

procesal y un defensor¹⁰. El derecho a la asistencia jurídica resulta irrenunciable por su titular, por lo que el juez, para hacerlo efectivo, debe dirigirse al afectado: “si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; ante o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un Abogado y Procurado, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio”. Si nada manifiesta al respecto la persona que va a ser sometida a la medida, se procederá conforme a lo previsto en el artículo 758 LEC. En todo caso, recuerda el TC que “con este sistema escalonado, en definitiva, se evita un vacío en la asistencia jurídica del internado durante este procedimiento especial, en el que está en juego, no debe olvidarse en ningún momento, el derecho fundamental a la libertad de la persona (art. 17.1 CE)” (STC 22/2016, de 15 de febrero)¹¹.

Una vez que han sido oídos todos aquellos que señala la ley, el tribunal decidirá si acuerda, o ratifica, o no el internamiento. En el caso de que lo acuerde, o ratifique, deberá indicar en la resolución la obligación de los facultativos que atienden a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad, o no, de mantener la medida de internamiento. Además, dichos facultativos deberán poner a disposición del tribunal todos aquellos informes que este les pueda requerir, y que servirán al tribunal para decidir lo procedente respecto a la continuación o no del internamiento (art. 763.4, párrafos primero a tercero). En todo caso, la decisión de dar de alta a la persona internada en contra de su voluntad no solo es una decisión judicial, sino que, tal y como señala la ley, “cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente” (art. 763.4 párrafo cuarto)¹².

La STC 141/2012, de 2 de julio, resume las garantías procesales del procedimiento previsto en el artículo 763 LEC: 1) El derecho del interno o de su representante legal a ser informado de su situación material y procesal, lo que se traduce en el derecho del afectado por la medida (o de su representante) a ser oído personalmente dentro del procedimiento. A ello hay que añadir el derecho a la asistencia jurídica que, como se ha puesto de manifiesto, también ha dado lugar a interesantes pronunciamientos del TC; 2) El examen directo del afectado por la medida de internamiento por parte del juez, a lo que hay que añadir la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por la persona interna; y 3) El derecho a que la resolución judicial de ratificación, o no, del procedimiento urgente se produzca en el plazo de setenta y dos horas, lo que coincide

¹⁰ En la STC 7/2011, de 14 de febrero, lo reconoció con carácter general para todos los procesos sobre capacidad de las personas, por cuanto “este tipo de procedimientos se encuadra entre aquéllos en los que la garantía constitucional de defensa letrada se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que, como también se ha dicho anteriormente, ha llevado a este Tribunal a establecer que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión”.

¹¹ En esta sentencia el TC estimó finalmente la vulneración del derecho fundamental a la libertad como consecuencia de la vulneración del derecho a la asistencia jurídica en el ámbito de las garantías del proceso de internamiento voluntario.

¹² Como señala la STC 141/2012, de 2 de julio, el director del centro “sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido”.

con el plazo máximo de duración de la prisión preventiva una vez que el detenido ha sido puesto a disposición judicial (art. 17.2 CE).

La decisión del tribunal en relación con el internamiento no voluntario es susceptible de recurso de apelación (art. 763.3.II).

2.3. Internamiento de enfermos contagiosos

La LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública permite a las autoridades sanitarias competentes “adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad” (art. 2)¹³. El artículo siguiente, además, señala que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (art. 3). En estos supuestos, “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental [art. 8.6.II de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA)].

En este punto resulta interesante hacer referencia al estudio realizado por distintos autores pertenecientes al ámbito de las Ciencias de la Salud¹⁴, en el que describen las acciones de los servicios de salud pública de la ciudad de Barcelona para evitar la transmisión de la tuberculosis por pacientes bacilíferos incumplidores utilizando las posibilidades de la Ley 3/1986. Se basan en la resolución de la autoridad sanitaria de la necesidad de su localización y hospitalización terapéutica obligatoria para administrar el tratamiento, movilizándolo la colaboración policial, comunicándolo a la persona afectada y pidiendo al juzgado de lo contencioso-administrativo su ratificación. En este estudio se pone de manifiesto que desde julio de 2006 hasta junio de 2015, es decir, a lo largo de nueve años, se ha activado solo en doce ocasiones, con diez expedientes ratificados por el juez en un periodo en el que se habían notificado más de cuatro mil casos en residentes en la ciudad¹⁵. Como señalan los autores de este estudio el esquema de la intervención es el siguiente: “La intervención se activa tras la detección por el Servicio de Epidemiología de una persona con tuberculosis bacilífera que no quiere realizar el tratamiento o que lo ha abandonado, que rehúye los servicios asistenciales y que plantea riesgos de transmisión de la infección. Incluye un requerimiento escrito a la persona, a quien se informa de su condición de afectada por una enfermedad transmisible que requiere un tratamiento prolongado hasta su curación para evitar riesgos a otras personas, y de que en caso de no seguirlo intervendrá la autoridad sanitaria.

¹³ El artículo 6.1.e) CEDH autoriza “el internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”.

¹⁴ AAVV, “La hospitalización terapéutica obligatoria en el control de la tuberculosis”, en *Gaceta Sanitaria*, 2016, 30(2), pp. 144-147.

¹⁵ Con dicha hospitalización obligatoria se ha podido tratar y curar a personas con perfiles complicados que planteaban riesgos en su entorno, reduciendo el riesgo de transmisión de la infección en la población (p. 146).

El Servicio de Epidemiología formula un informe sobre el caso, destacando que la persona enferma no está cumpliendo con el tratamiento prescrito pese a los esfuerzos de los profesionales y a haberse informado de que esto comporta riesgos de transmisión de la infección a otras personas, por lo que se propone su tratamiento en condiciones de internamiento vigilado hasta su curación. Se hace una estimación de la duración del proceso y una propuesta de internamiento en un centro sociosanitario (Serveis Clínic), proporcionando alojamiento, alimentación y supervisión médica hasta su finalización.

Los Servicios Jurídicos realizan otro informe en el cual hacen constar que hay riesgos para la salud pública que justifican medidas excepcionales de la autoridad sanitaria previstas en la Ley 3/1986.

Con estos informes, la gerencia propone que la presidencia de la Agencia, como máxima responsable de la organización y autoridad sanitaria en la ciudad (por delegación de la alcaldía), resuelva localizar a esa persona enferma y su hospitalización terapéutica obligatoria para administrarle el tratamiento hasta culminarlo, consiguiendo la colaboración policial, comunicándolo a la persona afectada y al Juzgado de lo Contencioso Administrativo (al cual la Ley 29/1998 reserva la potestad de autorizar o ratificar las medidas de esta naturaleza).

Se da traslado de esta decisión a la policía (a la Guardia Urbana como policía local y al cuerpo de Mossos d'Esquadra como policía judicial en Cataluña), y al Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

EL Juzgado ratifica la resolución (fijando a veces límites temporales iniciales para la misma) y luego es informado del curso del proceso hasta su finalización”¹⁶.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 48/2001, de 13 de noviembre (núm. de recurso 61/2001) trató el tema de la ausencia de regulación legal en relación con el internamiento por hospitalización terapéutica obligatoria. Esta sentencia se dictó como consecuencia de la interposición del recurso de apelación contra el auto del juzgado de lo contencioso-administrativo en el que se autorizaba la medida cautelar de internamiento acordada en la resolución de 22 de junio de 2001 del Director General de Salud Pública. El MF en su recurso de apelación alega que lo que se cuestiona en este caso, y en los supuestos que hipotéticamente pudieran presentarse en lo sucesivo, es la existencia de un vacío legal de carácter procedimental, que resulta especialmente grave y preocupante, ante la inexistencia de un cauce que regule el internamiento de una persona que padece una enfermedad física contagiosa potencialmente peligrosa para la colectividad. El MF entiende que en estos casos debe seguirse el procedimiento regulado en el artículo 763 LEC. Por ello, y como señala el TSJ, el objeto del recurso no es el acuerdo de internamiento en sí, respecto del que existe pleno acuerdo entre las partes, sino “si el auto se debió adoptar en la forma en que se llevó a cabo por el Juzgado de instancia y tras los trámites efectuados o, por el contrario, antes de adoptar el acuerdo definitivo, el Juzgado debió practicar alguna otra diligencia y acordar en su resolución algún extremo no tocado por el auto impugnado”.

El TSJ de Madrid entendió que se tenían que aceptar los argumentos esgrimidos por el MF, y que, ante la carencia de disposición procedimental para el internamiento de enfermos contagiosos, se han de aplicar las normas de la LEC en relación con el “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, dada la analogía existente entre ambos internamientos. En opinión del TSJ la aplicación del artículo 763 LEC aparece justificada porque esta norma “es plenamente respetuosa con los derechos

¹⁶ AAVV, “La hospitalización terapéutica obligatoria en el control de la tuberculosis”, cit., p. 146.

del enfermo mental para lo que acoge una serie de garantías cuyo acogimiento en el presente caso resulta obligado”. En el caso concreto, el TSJ aprecia que faltó la obligada audiencia de la persona internada, lo que el juzgado debería haber hecho efectivo incluso desplazándose el juez mismo al centro sanitario. Además, en dicha comparecencia se ha de informar a la persona que va a ser objeto de internamiento de la posibilidad de que se le nombre abogado y procurador de oficio. Además, y para que no se vulnere el artículo 17 CE, es necesario que en el auto de internamiento se fije un plazo máximo que solo se podrá rebasar si el órgano judicial da su autorización, atendidas las nuevas circunstancias que puedan concurrir. Ante la ausencia de todos estos elementos fundamentales previos a la medida de internamiento, el TSJ ordena su revocación para que el juzgado proceda a dictar uno nuevo cumpliendo los requisitos necesarios para no vulnerar el derecho fundamental a la libertad de la persona objeto de internamiento.

2.4. El arresto del quebrado

La LEC de 1881 regulaba en los artículos 1318 y siguientes la quiebra, y preveía en el artículo 1335 el posible arresto del quebrado: “Para el arresto del quebrado se expedirá mandamiento a cualquiera de los alguaciles del Juzgado, arreglado al párrafo segundo del artículo 1.044 del Código de Comercio, en virtud del cual requerirá el ejecutor por ante el actuario al mismo quebrado para que en el acto preste fianza de cárcel segura en la cantidad que el Juez hubiere fijado. Si lo hiciere con persona abonada o dando fianza hipotecaria o en metálico, quedará el quebrado arrestado en su casa; y en su defecto se le conducirá a la cárcel, expidiéndose el correspondiente mandamiento del Alcaide que haya de recibirlo”. Con la entrada en vigor de la Constitución se planteó inmediatamente la inconstitucionalidad de esta medida, sobre la base de que su carácter automático, y la falta de previsión de un plazo máximo para el arresto del quebrado, eran contrarios al artículo 17 CE. La STC 178/1985, de 19 de diciembre, se pronunció sobre esta cuestión señalando lo siguiente: “La necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable (...) es una causa legítima para limitar su libertad. Pero esta limitación ha de ser proporcionada al fin que la justifique. Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. En este sentido, el arresto carcelario es incompatible con el artículo 17.1 de la Constitución, pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra”. En todo caso, concluye el TC, que la limitación de la libertad del quebrado será tan solo “la indispensable para conseguir la finalidad con que se ha de decretado”.

Estos preceptos legales que permitían el arresto del quebrado estuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal¹⁷. La ley concursal exigió una modificación muy profunda de la legislación vigente, tanto en su aspecto sustantivo como en el procesal, requiriendo que algunas de las medidas previstas tuvieran el rango de ley orgánica, por afectar a derechos fundamentales del deudor: derecho a la libertad, derecho al secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libre residencia y circulación por el territorio nacional. Por ello, se aprobó la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la LOPJ, y que regula el arresto

¹⁷ La disposición derogatoria única (apartado 4) de la Ley 22/2003, derogó el Título XII del Libro II de la LEC de 1881, y otras normas por las que se había regido el procedimiento concursal durante el siglo XX. Previamente la disposición derogatoria única, apartado primero, de la LEC 2000, declaraba la vigencia de estos preceptos de la LEC de 1881 hasta la entrada en vigor de la nueva ley concursal.

domiciliario del concursado solo “como una medida extrema en aquellos casos en que infrinja el deber de residencia, incumpla la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existan motivos fundados para temer que lo haga”. Al amparo de esta ley, desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para hacerlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar el deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumple este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá acordar las medidas que considere necesarias, entre ellas, el arresto domiciliario (art. 1.1.2ª). Si se trata del concurso de persona jurídica, el deber de residencia, y el posible arresto domiciliario en caso de incumplimiento del deber o de temor a que pueda incumplirlo, se podrá acordar respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud del concurso como de los que lo hubieran sido en los dos años anteriores (art. 1.2).

La LO 8/2003 regula también, como no podía ser de otra manera, la forma en la que dicha limitación del derecho fundamental a la libertad se debe llevar a cabo (art. 1.3). Para acordar esta medida, y el resto de las medidas limitativas de derechos fundamentales, será necesario que el juez de lo mercantil de audiencia al MF y que la acuerde por medio de un auto en el que quede constancia de: a) La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento del concurso; b) El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta; c) La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido; y d) La duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. En todo caso, durante la vigencia de la medida, el juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese. El auto en el que se acuerda la medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad es recurrible en apelación por el deudor en el plazo de cinco días ante la Audiencia Provincial, y tendrá tramitación preferente (art. 1.6)¹⁸.

El tiempo que el quebrado pase en arresto domiciliario podrá ser computado a efectos de abono de posteriores penas privativas de libertad que se puedan imponer a este sujeto. Así lo indica claramente la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre la aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), que considera “admisible abonar como privación de libertad provisional no solamente la prisión provisional *strictu sensu*, sino también la detención, cualquier internamiento cautelar por causa penal, el arresto del quebrado y la prisión provisional en su modalidad atenuada”.

2.5. Detenciones practicadas en el marco de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana

¹⁸ Sobre esta cuestión ver DÍAZ MARTÍNEZ, M., “La dudosa constitucionalidad de la regulación legal de las medidas limitativas de derechos fundamentales del deudor en el proceso concursal”, en *Estudios de Deusto*, vol. 59, núm. 2, 2011, disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/286/448>.

La LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana¹⁹, ha venido a sustituir a la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. La nueva ley, al igual que hacía la anterior, regula con detalle las facultades de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para llevar a cabo medidas que supongan un injerencia en derechos fundamentales. En concreto, en lo que se refiere a las medidas que pueden implicar la vulneración del derecho fundamental a la libertad se perfilan con mayor precisión los presupuestos habilitantes y las condiciones y requisitos de su ejercicio, de acuerdo con la jurisprudencia del TC. En este sentido, la habilitación a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la práctica de identificaciones en la vía pública requiere la existencia de indicios de participación en la comisión de una infracción, o que razonablemente se considere necesario realizar la identificación para prevenir la comisión de un delito. Además, en la práctica de esta diligencia los agentes deberán respetar escrupulosamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación. La posibilidad de requerir a la persona cuya identificación se pretende que acompañe a los agentes a las dependencias policiales más próximas para que pueda efectuarse dicha identificación queda limitada a los supuestos en los que la persona se niegue a identificarse, o si esta no pudiera realizarse *in situ*. En todo caso, los agentes deberán informar a dicha persona de modo inmediato y comprensible de los fines de la solicitud de identificación y, en su caso, de las razones del requerimiento.

El artículo 16 regula las actuaciones que se llevarán a cabo con el objetivo de proceder a la identificación de personas por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas²⁰.

El apartado primero regula los supuestos en los que se podrá requerir la identificación de personas: “a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito”. En la práctica de dicha identificación “se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En el apartado segundo se regula la posibilidad de que la persona requerida de identificación pueda ser conducida a dependencias policiales por un periodo que en ningún caso podrá superar las seis horas²¹: “Cuando no fuera posible la identificación

¹⁹ Como señala el apartado I del Preámbulo de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, “para garantizar la seguridad ciudadana, que es una de las prioridades de la acción de los poderes públicos, el modelo de Estado de Derecho instaurado por la Constitución dispone de tres mecanismos: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos, un Poder Judicial que asegure su aplicación, y unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad eficaces en la prevención y persecución de las infracciones”.

²⁰ Por providencia del 9 de junio de 2015 el TC acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015, promovido por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, la Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados, contra determinados preceptos de la LO 4/2015, entre los que no se encuentra el artículo 16.

²¹ El artículo 20.2 de la LO 1/1992 no establecía un límite de horas de estancia en las dependencias policiales a efectos de identificación, limitándose a señalar que la limitación de la libertad en estos supuestos se haría solo a los efectos de la identificación “y por el tiempo imprescindible”. En la

por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales”.

A pesar de las garantías con las que la LO 4/2015 rodea la diligencia de identificación y la conducción de la persona a dependencias policiales, deja también claro que las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad conforme a lo dispuesto en esta sección “no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención” (art. 19.1).

En relación con la identificación de las personas la LO 4/2015 no desconoce la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, que resolvió los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad promovidos frente a determinados preceptos de la LO 1/1992, entre ellos el artículo 20.2 que regulaba dicha diligencia de identificación. En primer lugar, como señala el TC “la medida de identificación en diligencias policiales prevista en el mencionado artículo 20.2 supone por las circunstancias de lugar y tiempo (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de la mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad”. En estos casos, añade el TC, nos encontramos ante uno de los casos a los que se refiere el artículo 17.1 CE. A ello hay que añadir 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 delito o a aquellas que hayan incurrido en una infracción administrativa.

3.- La detención preventiva

La detención es una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad deambulatoria o libertad de movimientos (art. 17 CE) de un sujeto; al recaer sobre un derecho fundamental se trata de una medida sometida al principio de proporcionalidad. Si la detención ha sido practicada por una persona o autoridad distinta a la judicial, su finalidad esencial ha de ser la de poner al detenido inmediatamente a disposición judicial.

En este epígrafe se va a analizar la detención regulada en los artículos 489 y siguientes de la LECrim, que contemplan distintos tipos de detenciones: a) La detención realizada por particulares; b) La detención realizada por la policía; y c) La detención realizada por la autoridad judicial.

3.1. Clases de detención

resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LO 1/1992, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, señaló que en ningún caso la medida prevista en este precepto podía calificarse de “indefinida o ilimitada en cuanto a su duración”, ya que no podía prolongarse más allá del tiempo imprescindible para la identificación de la persona.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla distintos tipos de detención: la practicada por particulares, la que realizan los agentes de policía y la ordenada por la autoridad judicial competente. Cada una de ellas persigue fines distintos y difiere en aspectos esenciales de su regulación.

3.1.1. La detención por particulares

La detención por particulares es la facultad que asiste a todo ciudadano de privar de la libertad deambulatoria a otro, en los casos de delito flagrante, de fuga, o de rebeldía del imputado o condenado, dando cuenta inmediatamente de dicha detención a la autoridad (judicial o policial) y poniendo inmediatamente a disposición de ella al detenido²². El sujeto pasivo de la detención podrá requerir del activo una explicación acerca de los motivos por los que ha sido detenido (art. 491 LECrim). El objeto de la detención por particulares se reduce a poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad policial o judicial.

3.1.2. La detención policial

La detención policial es el acto procesal llevado a cabo por los funcionarios de la policía judicial. Dentro de la detención policial se hace necesario distinguir distintos supuestos. En primer lugar, la detención policial de una persona en el momento de ir a cometer un delito o se le sorprenda *in fraganti* (art. 490. 1º y 2º LECrim). En segundo lugar, la detención por parte de la policía de una persona a la que judicialmente ya se le ha atribuido la comisión de un hecho delictivo, siempre y cuando se pueda presumir que no comparecerá ante la autoridad judicial cuando fuera llamado (art. 492.2º, 3º y 4º LECrim). En tercer lugar, la detención del encausado judicialmente o del condenado que se encuentre en rebeldía (art. 490.7º LECrim), o del condenado que se hubiera fugado del establecimiento en el que se encontrare cumpliendo condena (art. 490.3º, 4º y 5º LECrim).

Cuando se habla de detención policial es necesario aclarar que dentro de esta detención se incluye a los funcionarios de policía judicial y demás autoridades a quienes el ordenamiento expresamente autorice a practicar detenciones y a efectuar diligencias de “prevención”. Aquí habría también que incluir a las policías de Francia y Portugal que pueden, con ciertas limitaciones, llevar a cabo detenciones en nuestro país en el marco del Convenio Schengen, que sería la llamada “persecución en caliente”.

El art. 41 del Convenio de Schengen faculta a los agentes de las partes contratantes a perseguir, en ciertas circunstancias urgentes, dentro del territorio de otro Estado contratante, a cualquier sospechoso sin necesidad de una autorización previa. Los requisitos para poder aplicar esta facultad son los siguientes: 1) Que la persecución se refiera a persona autora de un delito *in fraganti* o que haya quebrantado una detención o prisión; 2) Que no haya habido posibilidad de avisar a las autoridades del Estado “invadido”; 3) Que el delito por el cual se actúa esté incluido en las listas establecidas en los tratados; y 4) Que sea una frontera terrestre la que haya de traspasarse. En cuanto a las condiciones de esta persecución y detención son las siguientes: 1) Los agentes pueden llevar sus armas pero solo pueden usarlas en caso de legítima defensa; 2) Pueden retener y someter a un registro de seguridad al perseguido; 3) Pueden requisar los objetos que se le ocupen al detenido; y 4) Pueden usar esposas para la inmovilización y traslado del detenido. Por último, las obligaciones de los policías que llevan a cabo la “persecución en caliente” son: 1) Advertir de su presencia en el

²² Si no concurren estos supuestos nos encontraremos ante un supuesto de detenciones ilegales (art. 163.4 CP).

territorio del otro Estado en el momento de cruzar la frontera; 2) Cesar en la persecución cuando lo solicite el Estado; 3) Someterse a las normas del Estado en que se actúa y llevar uniforme o distintivos que les hagan perfectamente identificables; y 4) Conducir al detenido a la presencia de los funcionarios policiales del país en el que se actúa y dar cuenta, una vez concluida, de la misión realizada.

Las normas de la detención policial también se aplican a los funcionarios de la Administración penitenciaria, toda vez que forman parte de la policía judicial (art. 283.7 LECrim) y pueden practicar diligencias de prevención con escrupuloso respeto a las garantías del detenido (art. 232 del Reglamento Penitenciario).

En todo caso, lo que interesa resaltar aquí es la diferencia entre la detención que lleva a cabo la policía en cumplimiento de una orden recibida por la autoridad judicial para que proceda a la detención de una persona, de aquellos supuestos en los que la detención se produce por la policía en cumplimiento de sus funciones de prevención y averiguación de los hechos delictivos. Es de la detención policial con fines de averiguación de hechos delictivos en la que se centrará el análisis que se realizará a continuación, sin perjuicio de que, previamente, se analice brevemente la finalidad y duración de la detención por particulares, por orden de la autoridad judicial o por el MF.

Dentro de las autoridades a las que el ordenamiento autoriza a realizar detenciones hay que incluir también al Ministerio Fiscal, tal y como prevé el artículo 5.2 EOMF. La Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención, regula la intervención del MF en el control de la detención practicada por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²³. Como señala dicha Instrucción: “Si bien no es frecuente que el Fiscal ordene la detención de una persona, siendo la práctica habitual que, cuando el Fiscal comparece ante el Juzgado, la medida cautelar ya se haya llevado a efecto, pueden darse casos en que se acuerde la práctica de esta medida cautelar durante la tramitación de unas diligencias preprocesales de investigación. En tales supuestos hay que recordar que la Instrucción 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial, se refiere a la posibilidad de que el Fiscal imparta instrucciones generales y/o particulares a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, marco en el que, cuando el caso lo requiera, podrán realizarse algunas indicaciones sobre los aspectos que se tratarán posteriormente, como también permite el artículo 4,4 del Estatuto Orgánico”.

En último lugar, es necesario hacer referencia a las detenciones llevadas a cabo por los miembros de la seguridad privada, que están reguladas por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada, que derogó la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada. En relación con la función de esta seguridad privada no está de más reproducir lo señalado en el apartado I del Preámbulo de la ley: “La seguridad no es solo un valor jurídico, normativo o político; es igualmente un valor social. Es uno de los pilares primordiales de la sociedad, se encuentra en la base de la libertad y la igualdad y contribuye al desarrollo pleno de los individuos.

Los Estados, al establecer el modelo legal de seguridad privada, lo perfilan como la forma en la que los agentes privados contribuyen a la minoración de posibles riesgos

²³ Así señala: “los representantes del Ministerio Fiscal, en cumplimiento de las importantes funciones tuitivas que el ordenamiento jurídico les otorga en defensa de los derechos de los ciudadanos en general, y de las garantías procesales de los imputados en particular, deberán velar por que la misma se practique de la forma menos lesiva para la dignidad e intimidad de los afectados por la medida”.

asociados a su actividad industrial o mercantil, obtienen seguridad adicional más allá de la que provee la seguridad pública o satisfacen sus necesidades de información profesional con la investigación de asuntos de su legítimo interés. En esta óptica, la existencia de la seguridad privada se configura como una medida de anticipación y prevención frente a posibles riesgos, peligros o delitos. La consideración de la seguridad privada como una actividad con entidad propia, pero a la vez como parte integrante de la seguridad pública, es hoy un hecho innegable”.

En el marco de las funciones que puede llevar a cabo la seguridad privada es necesario garantizar que no se produzcan injerencias en los derechos fundamentales de los ciudadanos, en lo que ahora nos interesa el derecho fundamental a la libertad. Una de las funciones de los vigilantes de la seguridad privada es la de, “en relación con el objeto de su protección o actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tales la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades” (art. 32.1.d). En todo caso, como señala el párrafo siguiente de este precepto, esto se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la LECrim permite a cualquier persona practicar la detención.

En cuanto a los escoltas privados, la ley señala expresamente que, en el desempeño de sus funciones, “no podrán realizar identificaciones o detenciones, ni impedir o restringir la libre circulación, salvo que resultare imprescindible como consecuencia de una agresión o de un intento manifiesto de agresión a la persona o personas protegidas o a los propios escoltas, debiendo, en tal caso, poner inmediatamente al detenido o detenidos a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin proceder a ninguna suerte de interrogatorio” (art. 33)²⁴.

3.1.3. La detención judicial

La detención judicial es toda privación de libertad dispuesta por el juez competente en el curso de un proceso penal, así como la situación en la que permanece el detenido, durante el plazo máximo de setenta y dos horas, hasta que el juez de instrucción resuelve sobre su situación en el proceso. Ello obliga, por tanto, a distinguir, la detención judicial practicada de oficio y la denominada detención judicial confirmatoria.

El juez de oficio ordenará la detención judicial en los siguientes supuestos: 1) Ante el incumplimiento de una orden de comparecencia (arts. 487 y 420 LECrim); 2) En los casos en los que existe imputación contra una persona determinada (art. 494 LECrim); y 3) En los supuestos de incumplimiento de las normas de policía de vistas (art. 684 párrafo tercero LECrim).

Por su parte, la detención judicial confirmatoria deriva de la obligación que tiene la policía de poner al detenido a disposición del órgano jurisdiccional competente (art. 496 LECrim), para que sea dicho juez el que se pronuncie sobre la situación de privación de

²⁴ En relación con este precepto es necesario también hacer referencia al artículo 43, que regula los servicios de protección de personal a cargo de escoltas privados, y que consisten en “el acompañamiento, custodia, resguardo, defensa y protección de la libertad, vida e integridad física de personas o grupos de personas determinadas” (art. 43.1). En la prestación de estos servicios, que solo podrá realizarse previa autorización del Ministerio del Interior o del órgano autonómico correspondientes (art. 43.3), no se podrán realizar “identificaciones, restricciones de la circulación, o detenciones, salvo en caso de flagrante delito relacionado con el objeto de su protección” (art. 43.2).

libertad, bien dejándolo en libertad, bien acordando frente al detenido alguna medida cautelar restrictiva del derecho fundamental a la libertad.

En relación con la actuación del juez ante el que el detenido ha sido puesto a disposición es necesario distinguir si dicho juez es el competente para conocer del proceso o si no lo es. Si la policía pone al detenido a disposición de juez no competente, este deberá realizar las siguientes actuaciones: podrá practicar el interrogatorio judicial al detenido; podrá elevar la detención a prisión, pero en el plazo máximo de setenta y dos horas deberá remitir todas las diligencias, así como a la persona detenida, al juez competente, quien, en su caso, ratificará, o no, la prisión provisional acordada (art. 499). Si la detención es de un preso fugado, el juez no competente deberá remitir al preso al establecimiento o lugar donde debiere cumplir condena, sin necesidad de practicar diligencia alguna (art. 500 LECrim).

Si la policía ha puesto al detenido a disposición del juez competente, este tiene setenta y dos horas para resolver sobre su situación. Las opciones que tiene el juez son la de ponerlo en libertad, elevar la detención a prisión, o, acordar una medida cautelar restrictiva del derecho a la libertad pero no tan gravosa como la prisión provisional. Cualquiera de estas resoluciones la acordará el juez competente tras la práctica de las oportunas diligencias tendentes a constatar la verosimilitud de la *notitia criminis*. En todo caso, el juez competente deberá oír al detenido en el plazo de veinticuatro horas.

3.2. Finalidad de la detención

El artículo 17 CE no indica expresamente cuál es la finalidad de la detención, pero atendiendo, por un lado, a lo que dice el apartado primero, conforme al cual la privación de libertad solo puede hacerse en los casos previstos en la ley, es evidente que es la ley la que determinará el fin de la detención. Por otro lado, en el apartado dos se indica que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, lo que supone la vinculación constitucional entre la privación de libertad y la investigación de hechos delictivos.

En lo que se refiere a la detención por particulares, en los casos previstos en la ley y a los que ya se ha hecho referencia, la finalidad de dicha detención es la de poner al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o policial.

La detención policial tiene como finalidad, como se ha puesto de manifiesto, bien cumplir órdenes recibidas por la autoridad judicial competente y, por lo tanto, la finalidad de la detención es la de poner al detenido de manera inmediata a disposición del juez competente; o la de realizar las actuaciones correspondientes para el esclarecimiento de los hechos.

La detención preventiva practicada por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es una medida cautelar muy frecuente que deriva de la comisión de un delito y de la concurrencia de alguna circunstancia que permita atribuir responsabilidad o participación en él a la persona objeto de la detención, al menos indiciariamente. A esta detención se refiere expresamente el artículo 17.2 CE cuando dice que la finalidad de la detención será la “realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, de modo tal que antes de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la policía habrá de realizar todas las diligencias

posibles “para proporcionar a la autoridad judicial el mayor número de elementos posibles en orden a la averiguación del delito y al descubrimiento del responsable”²⁵.

La detención policial se configura en la LECrim como una obligación que tienen los funcionarios de policía de privar de libertad a un sujeto, durante el tiempo indispensable para practicar diligencias de prevención y culminar el atestado, así como para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio, y a continuación, dentro del plazo previsto en la ley, ponerlo en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

La policía tiene la obligación de detener “al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo” (art. 490.1º LECrim). Es decir, el delito aún no se ha iniciado, pero es patente que se va a realizar. En este caso el problema se centra en determinar cómo se ha de concretar la “sospecha” que motiva la intervención policial. Aunque es difícil dar reglas generales, sin embargo parece posible afirmar que solo será posible la detención cuando estemos ante datos objetivos que sean expresivos de una ejecución inmediata del hecho delictivo.

Por otro lado, el apartado segundo del artículo 490 ordena a la policía efectuar la detención del delincuente *in fraganti*. Conforme a lo dispuesto en el artículo 795.1.1º LECrim se considerará delito flagrante “el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

La detención por el fiscal tiene por finalidad “el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de que conozca”. Así se puede deducir de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 5.2 EOMF, conforme al cual el MF para el cumplimiento de estas finalidades que se acaban de mencionar “puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva”.

La detención judicial responde a la finalidad de, o bien resolver sobre la situación personal de la persona que ha sido privada de libertad por un particular, por la policía o por el MF, o bien la de poner fin a una situación de rebeldía o fuga de una persona, que impide que contra él se pueda seguir el proceso penal que corresponde, o pueda cumplir la pena de prisión impuesta por un tribunal competente. En relación con la finalidad de la detención judicial resulta de interés reproducir lo señalado en la STC 179/2011, de 21 de noviembre, en la que se cuestiona el auto por el que se acuerda la detención judicial. Como señala el TC, al ser la detención judicial “una medida cautelar limitativa de la libertad personal que puede adoptar la autoridad judicial dentro del marco de un proceso penal, una de las exigencias necesarias para su constitucionalidad es que se exprese a través de una resolución judicial debidamente motivada en la que se ponga de manifiesto el presupuesto habilitante de la medida y se pondere adecuadamente la concurrencia del fin constitucionalmente legítimo que justifique la limitación del derecho a la libertad personal. Este fin legitimador es en el caso de la detención judicial,

²⁵ Ver MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 311-312.

conforme al ya señalado fin general legitimador de todas las medidas cautelares de naturaleza personal y en los términos específicamente previstos en el artículo 494, en relación con el artículo 492 LECrim, para esta medida cautelar, la concurrencia de circunstancias del hecho que hicieran presumir que la persona objeto de la medida no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial”. En este caso concreto, el TC entiende que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a la libertad personal (art. 17.1 CE), ya que no se han hecho expresas las razones para considerar que concurría el fin constitucional legitimador de la detención judicial. No basta con indicar en el auto de la detención la existencia de indicios de criminalidad en la conducta de la persona cuya detención se acuerda, sino que es necesario expresar las razones que hacen presumir que el recurrente no comparecería cuando fuera llamado por la autoridad judicial y que, en consecuencia, era procedente acordar la medida de detención.

3.3.- Duración de la detención

La Constitución establece dos plazos de duración de la detención. Por un lado, la detención “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” (al que el TC denomina plazo relativo); y, por otro lado, “en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial” (al que el TC denomina plazo máximo absoluto)²⁶. Ni uno ni otro plazo se pueden rebasar. Por ello, en la hipótesis más normal de que no coincidan ambos plazos, el absoluto y el relativo, “tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto” (STC 224/2002, de 25 de noviembre).

El plazo máximo y absoluto de setenta y dos horas a que se refiere el artículo 17.2 CE no opera, sin embargo, en todas las clases de detención que vienen siendo objeto de análisis en este apartado. En lo que se refiere a la detención por particulares, el particular que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en la propia LECrim “deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma” (art. 496 primer párrafo LECrim).

Estos dos plazos constitucionales están igualmente previstos en la LECrim, ya que como señala el párrafo segundo del apartado primero del artículo 520: “La detención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, 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”.

La LECrim establece, además, un plazo máximo de duración de veinticuatro horas de la detención llevada a cabo por los particulares, autoridades o agentes de la policía judicial, que, en lo que se refiere a la detención policial ha requerido incluso la intervención del TC en orden a clarificar cómo se combinan los tres plazos mencionados: el del tiempo estrictamente necesario para realizar las actuaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, el de las veinticuatro horas, y el plazo absoluto de las setenta y dos horas. La STC 224/1998, de 24 de noviembre, se pronunció sobre una privación de libertad de la policía en la que el recurrente en amparo

²⁶ Ver por todas SSTC 95/2012, de 7 de mayo; 88/2011, de 6 de junio; 250/2006, de 24 de julio; o STC 23/2004, de 23 de febrero.

alega que la detención preventiva acordada por la policía se prolongó más del tiempo estrictamente indispensable para el esclarecimiento de los hechos en los que el detenido intervino. El TC señala que “el tiempo «estrictamente necesario» de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las setenta y dos horas. Pero este tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente”. A la hora de determinar el tiempo necesario hay que tener en cuenta distintos factores, entre los que se encuentran, como señala el TC, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, así como el comportamiento del afectado por la medida. En todo caso, el derecho fundamental a la libertad personal exige que desde el mismo momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos terminen, la policía ponga al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial. La STC 88/2011, de 6 de junio, recuerda que la vulneración del artículo 17.2 CE se produce no solo por la superación del plazo máximo absoluto de las setenta y dos horas “sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial”.

En este sentido, y como señala la doctrina, la pluralidad de interpretaciones todavía hoy están presentes, ya que, hay autores que defienden que el límite legal ordinario es el de veinticuatro horas que marca el artículo 496 LECrim. Sin embargo, otros utilizan el tenor literal del párrafo segundo del artículo 520.1 LECrim, para entender que son posibles dos interpretaciones diferentes. La referencia del 520.1 a “dentro de los plazos establecidos en la presente ley” ha de interpretarse en el sentido de que se refiere a las veinticuatro horas del artículo 496; mientras que otros se apoyan en que el artículo 520.1 también dice “y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas”, para apoyar la derogación del plazo de veinticuatro horas²⁷. La Sala II del Tribunal Supremo ha señalado que debe prevalecer el texto constitucional, aunque interpretado a la luz de la doctrina del TC, conforme a la cual la detención no debe durar más del tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, lo que comporta que ese es el primer plazo a tener en cuenta, y después ya el de las setenta y dos horas²⁸.

El plazo de setenta y dos horas sí que se aplica en los supuestos de detención judicial, y dentro de este plazo el juez habrá de decidir sobre la situación personal del detenido, dejándolo en libertad, imponiéndole alguna medida cautelar más prolongada, u ordenando su ingreso en prisión. En relación con esta cuestión han sido interesantes los pronunciamientos del TC a la hora de determinar si el plazo de setenta y dos horas se debe computar desde el momento en que se ejecuta materialmente la detención, o desde

²⁷ Ver BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, (con otros autores), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 283, que añade que comparte la opinión de que el plazo de veinticuatro horas habría que derogarlo.

²⁸ Para MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 314, el plazo de veinticuatro horas debe entenderse vigente para la detención por particulares, pero la detención policial y judicial puede prorrogarse válidamente hasta las setenta y dos horas.

que el detenido es puesto a disposición del juez de instrucción. Como señala la STC 180/2011, de 21 de noviembre, el párrafo primero del artículo 497 LECrim establece el momento de la entrega del detenido al juez como el momento inicial para el cómputo de las setenta y dos horas para que la autoridad judicial regularice la situación del detenido, respondiendo a la lógica de que la puesta a disposición judicial trae causa en una previa situación de detención practicada por un particular o por una autoridad o agente de la policía judicial y de que, en estos casos, la entrega a la autoridad judicial actúa como garantía *a posteriori* del derecho a la libertad personal del detenido. Por el contrario, la detención judicial regulada en el segundo párrafo del artículo 497 es una privación de libertad que se limita a ser una mera ejecución de la decisión judicial. En este contexto, y tomando en consideración que la única finalidad de la detención llevada a cabo por la policía era la de ejecutar la decisión judicial de detención, “no resulta posible aplicar como inicio del cómputo temporal de la detención uno diferente al de la propia ejecución material de la detención”. Esto supone, por tanto, que cuando la detención policial tiene lugar como consecuencia de una previa orden judicial de detención, el plazo de setenta y dos horas comienza a computarse desde que la policía efectúa la detención.

Ni la LECrim ni el EOMF establecen un plazo máximo de duración de la detención llevada a cabo por el fiscal, lo que no impide que se le aplique el plazo previsto en el artículo 496 LECrim de veinticuatro horas, puesto que, en ningún caso, la detención del fiscal puede considerarse detención judicial.

3.4. Prerrogativas en la detención

En la regulación de la detención no se pueden obviar los supuestos de prerrogativas en la detención: determinados sujetos sólo pueden ser detenidos en caso de flagrante delito, como es el caso de los diputados, senadores, magistrados y otros, así como los diplomáticos, que no pueden ser objeto de ninguna detención o arresto.

En lo que se refiere a los diputados y senadores, tal y como señala el artículo 71.2 CE, no pueden ser detenidos sino en caso de flagrante delito. Los diputados autonómicos también tienen garantía de inmunidad, que se recoge en los distintos Estatutos de Autonomía en términos prácticamente coincidentes con el artículo 71.2 CE.

Los jueces y magistrados en servicio activo solo pueden ser detenidos por orden de juez competente o en caso de flagrante delito. En este último caso se tomarán las medidas de aseguramiento indispensables y se entregará inmediatamente al detenido al juez de instrucción más próximo. De toda detención se dará cuenta, por el medio más rápido posible, al presidente del tribunal o Audiencia a la que pertenece el detenido (art. 398 LOPJ).

Los miembros de la carrera fiscal en activo no podrán ser detenidos sin autorización del superior jerárquico del que dependan, excepto por orden del juez competente o en caso de flagrante delito. En este último caso se pondrá inmediatamente el detenido a disposición de la autoridad judicial más próxima, dándose cuenta de forma inmediata al superior del fiscal detenido de ese hecho (art. 56 EOMF).

El Defensor del Pueblo no puede ser detenido sino es en caso de flagrante delito (art. 6.3 Ley 3/1981 de 6 de abril).

También existen especialidades en relación con la detención de los diplomáticos, pues la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 concede inmunidad absoluta a los agentes diplomáticos –Jefes de misión y miembros del

personal diplomático-, y una inmunidad relativa, referida solo a los actos vinculados a su función, a los miembros del personal administrativo y técnicos de la misión.

Respecto a los Cónsules, la Convención de Viena de 24 de abril de 1963, establece una garantía absoluta respecto del correo consular, que no puede ser detenido en ningún caso y una inmunidad de jurisdicción (art. 43) para el personal consular.

4.- Derechos del detenido

El apartado tercero del artículo 17 CE constitucionaliza determinados derechos de los detenidos, al indicar que “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”. La Constitución, por lo tanto, reconoce los siguientes derechos que constituyen una base fundamental para el posterior desarrollo legal: el derecho del detenido a ser informado de sus derechos, el derecho a ser informado de las razones de la detención, el derecho a no declarar y el derecho a la asistencia letrada.

El análisis de los derechos del detenido tanto en España, como en cualquier otro Estado miembro, no puede hacerse hoy en día sin mirar a la Unión Europea y a las Directivas aprobadas en los últimos años tendentes a garantizar una serie de derechos mínimos de los que deben gozar todos los detenidos en cualquier Estado miembro y que son un elemento esencial en la confianza mutua y la cooperación judicial en el marco de la Unión Europea.

El artículo 520 LECrim, que regula los derechos del detenido y es, por tanto, la norma de desarrollo del artículo 17.3 CE, ha sido modificado recientemente por dos leyes orgánicas aprobadas en el año 2015, la LO 5/2015, de 17 de abril, y la LO 13/2015, de 5 de octubre, que son las normas de transposición en el ordenamiento español, respectivamente, de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y de la Directiva 2013/48/UE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden europea de detención, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros o con autoridades consulares durante la privación de libertad.

En todo caso conviene comenzar señalando que la detención “practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información”. En el juego entre los derechos al honor, intimidad y propia imagen y el derecho a la libertad de información, no ha de olvidarse que aunque una detención puede ser noticia de interés público “la captación y difusión de la imagen del detenido conducido por la policía y esposado no es de utilidad para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática y el Estado debe procurar una adecuada protección de la dignidad de la persona que coloca, privado de libertad, bajo su custodia. Ni al realizarse la detención, ni posteriormente en las conducciones, debe exponerse al detenido a la curiosidad de la

prensa y, ante la presencia de público, ha de minimizarse, en lo posible, el perjuicio para el afectado” (art. 520.1 LECrim)²⁹.

4.1. Derecho a la información de sus derechos

Toda persona detenida “será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata” de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes (art. 520.2 LECrim)³⁰: a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el juez; b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; c) Derecho a designar abogado y a ser asistido por él sin demora justificada; d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención; e) Derecho a que se ponga en conocimiento de un familiar, de la persona que desee, o de la oficina consular –en el caso de detención de extranjeros- la privación de libertad y el lugar en el que se encuentre en cada momento; f) Derecho a comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección; g) Si es extranjero, derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas; h) Derecho a la interpretación y/o traducción cuando no hable o comprenda el castellano o lengua oficial de la comunidad autónoma, o cuando se trata de personas sordas, con discapacidad auditiva o con dificultades en el lenguaje; i) Derecho a ser reconocido por el médico forense; j) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita; k) Derecho a ser informado del plazo máximo de la detención; y l) Derecho a ser informado del procedimiento de *habeas corpus* para impugnar la legalidad de su detención.

La información de los derechos ha de realizarse inmediatamente, salvo que el detenido no pudiera físicamente recibir la información en ese momento; pero fuera de la existencia de supuestos excepcionales la información debe ser inmediata. Esta información ha de hacerse, como indica la ley, por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, y en una lengua que comprenda. La exigencia de informar por escrito al detenido se incorporó a la LECrim por la reforma de la LO 5/2015, de 27 de abril, lo que se traduce en la obligación – no parece que se pueda entender de otra manera- de que los policías lleven consigo hojas informativas sobre los derechos del detenido y las repartan en cuanto la detención se produzca, para su lectura sosegada por parte del detenido. En todo caso parece necesario entender que la información por escrito no debe sustituir a la información verbal, sino que ha de complementarla. Como señala la STC 21/2018, de 5 de marzo, la exigencia de que la misma sea proporcionada al detenido por escrito es una de las importantes novedades de la regulación legal: la información no puede ser únicamente verbal, ni puede ser sustituida por la más genérica y habitual «información de derechos». Ha de formalizarse en un documento que ha de ser entregado al detenido, que bien puede ser el mismo en el que se recoja la información sobre sus derechos. En todo caso, debe también dejarse constancia en el atestado de la fecha y hora en que se ha producido dicha información. Se evitan así posteriores debates sobre el momento y contenido de la información facilitada, y se favorece el control de

²⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El fortalecimiento del derecho de defensa”, en MARCHENA GÓMEZ, M.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, Castillo de Luna, 2015, p. 120.

³⁰ La LO 5/2015, de 27 de abril, modifica los apartados 2, 3 y 5 del artículo 520, e introduce un nuevo apartado 2 bis (el 2 bis no llegó a entrar en vigor porque luego se aprobó la LO 13/2015). La LO 13/2015, de 5 de octubre, volvió a modificar el artículo 520 para adecuarlo a la Directiva 2013/48/UE, y ha dado nueva redacción a los apartados 1, 2, 3, 4, 5 y 6 (es decir, a todos los que formaban el artículo 520), y ha introducido el apartado 2 bis (que como se dijo no llegó a entrar en vigor antes de la reforma).

su consistencia y suficiencia. Por otro lado, la exigencia de inmediatez en la información de los derechos se dirige a evitar innecesarios espacios de incertidumbre personal acerca de la situación de privación de libertad. En todo caso, en garantía de su derecho de defensa, deberá proporcionarse antes de su primer interrogatorio por parte de la policía.

El objetivo es garantizar que la persona detenida conoce los derechos que le asisten como detenido y que, por tanto, la información de derechos no se convierte en algo meramente ritual o formal, pero sin que exista la certeza de que la persona ha comprendido sus derechos. Además, y como indica también la Ley, el detenido podrá conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención (art. 520.2.IV).

Entre los derechos que la LECrim reconoce a los detenidos y que van más allá de lo previsto en la Constitución se encuentran los reconocidos en los apartados e) a j) del artículo 520.2 LECrim, que serán analizados a continuación.

4.1.1. Derecho a poner en conocimiento de un tercero el hecho de la detención y el lugar en el que el detenido se encuentra

Todo detenido tiene derecho a que se ponga en conocimiento de un familiar o de la persona que el detenido desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en el que se halle en cada momento. En el caso de extranjeros, tendrán derecho a que tanto la privación de libertad como el lugar de custodia se comunique a la oficina consular de su país (art. 520.2.e); lo que ha de completarse con el derecho reconocido en el apartado g) que regula el derecho de los detenidos extranjeros a ser visitados por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.

También relacionado con el derecho a que la situación de la detención sea conocida por terceras personas se encuentra el derecho del detenido a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. En esta comunicación estará presente un funcionario de policía, o bien un funcionario designado por el juez o el fiscal (art. 520.2.f).

En definitiva lo que se garantiza es que la detención de una persona no se mantenga en secreto y sin posibilidad de control.

4.1.2. Derecho a ser asistido por un intérprete de forma gratuita

Cuando el detenido sea extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o sea una persona sorda, con discapacidad auditiva o con dificultades del lenguaje, se le informará de su derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete (art. 520.2.h).

El artículo 1.3 de la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim y la LOPJ, para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, introdujo en el título V del libro I de la LECrim un nuevo capítulo II (arts. 123 a 127), con la rúbrica “Del derecho a la traducción e interpretación”, dedicado expresamente al desarrollo de este derecho para los “imputados y acusados”. Este derecho se extiende igualmente al detenido tal y como indica el art. 520.2.h), lo que supone, por tanto, que le corresponde a la policía llevar a cabo las actuaciones necesarias para garantizar el efectivo ejercicio de este derecho.

4.1.3. Derecho al reconocimiento médico

El detenido tiene derecho a ser reconocido por un médico, sea el médico forense o su sustituto legal, ya sea el de la institución en que se encuentre privado de libertad o cualquier otro que sea funcionario público (art. 520.2.i). La detención suele ser un acto violento en el que confluye el intento de la policía de inmovilizar a la persona con el intento de dicha persona de no ser inmovilizada. Ello se traduce en que no son pocas las ocasiones en las que la detención acaba con lesiones del detenido. El reconocimiento médico puede ser solicitado por el detenido, por su abogado, por la autoridad judicial, por el MF y también por la propia policía judicial. Su finalidad es la de preservar la integridad personal del detenido.

A la hora de llevar a cabo esta diligencia, la policía deberá dejar constancia de los siguientes datos: la identidad del detenido para el que se requiere el reconocimiento médico, la persona que ha solicitado dicho reconocimiento, la autoridad judicial a la que se solicita el médico forense, el facultativo que realiza el reconocimiento, el resultado del reconocimiento y el lugar en que se encuentra privado de libertad el detenido. Una vez realizado el reconocimiento médico, se solicitará en todos los casos del facultativo un certificado o informe médico, con el fin de adjuntarlo a las diligencias.

4.1.4. Derecho a la asistencia jurídica gratuita

En el marco del derecho a la asistencia letrada, la policía debe informar al detenido de su derecho a obtener la asistencia jurídica gratuita, del procedimiento para hacerla y de las condiciones para obtenerla (art. 520.2.j). Tal y como señala el apartado segundo del artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita³¹, el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende la “asistencia de abogado al detenido, preso o imputado que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido, preso o imputado no hubiere designado abogado en el lugar donde se preste. Igualmente será de aplicación dicha asistencia letrada a la persona reclamada y detenida como consecuencia de una orden europea de detención que no hubiere designado abogado”. En el párrafo segundo se añade que “no será necesario que el detenido, preso o imputado acredite previamente carecer de recursos, sin perjuicio de que si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deba abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención”.

4.2. Derecho a ser informado de las razones de la detención

Toda persona detenida “será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad” (art. 520.2 LECrim). De otra manera, como señala la doctrina, se estaría hurtando al detenido la posibilidad y el

³¹ Precepto que fue objeto de modificación por la disposición final 3.4 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre. El apartado VII del Preámbulo explica las razones de esta reforma: “En el ámbito penal, como consecuencia de la aprobación de la 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 procesos relativos a la orden de detención europea, se reconoce expresamente a las personas reclamadas y detenidas como consecuencia de una orden europea de detención y entrega la presencia de abogado del turno de oficio si no le ha designado. Asimismo, para garantizar los derechos tanto de los beneficiarios como de los abogados, se señala expresamente que en el ámbito penal se prestará la asistencia sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos, sin perjuicio de abonar los honorarios devengados si no se le reconociera el derecho”.

derecho a defenderse. Con la información de las razones de la detención se satisfacen simultáneamente dos derechos fundamentales: en primer lugar, el derecho a no ser privado del derecho fundamental a la libertad sino por causas legalmente establecidas; en segundo lugar, el derecho fundamental de defensa, en la medida en que ha de entenderse que con la información de estas razones se han conseguido “desterrar algunas prácticas policiales y judiciales que buscaban obtener una declaración del detenido aprovechando los primeros momentos de confusión, de incertidumbre y de zozobra, ocultándole precisamente las razones de la detención”³².

La STC 21/2018, de 5 de marzo, reitera que “la información que debe ser facilitada al detenido solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, defienden su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención”. Y continúa señalando que debe “destacar también que la obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías y grabaciones de sonido o video, u otras similares), dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo artículo 520.2.d) LECrim, a cuyos elementos nucleares nos referiremos a continuación”.

Además de esta importante sentencia del TC, el derecho a la información en los procesos penales es el tema tratado en la Circular 3/2018, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, en la que se dan pautas a las fiscales a la hora de controlar la efectividad de estos derechos.

4.3. Derecho de acceso al expediente

El artículo 520.2.d) LECrim reconoce el derecho de acceso “a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad”³³. Para explicar el alcance de este nuevo derecho nada mejor que reproducir lo señalado en la STC 21/2018, de 5 de marzo: “En la medida en que, para ser suficientes, las razones de la detención deben venir apoyadas en datos objetivos, las mismas han de poder ser contrastadas y verificadas accediendo a los elementos de las

³² MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 315-316.

³³ Derecho reconocido en el artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, conforme al cual: «Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad».

actuaciones que les dan sustantividad. Resulta evidente que solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia. Tal constatación permite identificar el fundamento, momento, forma y contenido del derecho de acceso en el que el demandante fundamenta su pretensión de amparo. a) La facultad de acceso reconocida por la ley tiene como finalidad facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa. Por ello, el reconocimiento legal expreso de este derecho refuerza la importancia del «habeas corpus» como procedimiento de control judicial de los casos y modos en que la privación de libertad es legítima. b) A partir de este doble fundamento, es posible determinar la forma y momento en que el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones puede ejercerse. Dicho intervalo se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente [art. 520.6 d) LECrim], podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder. Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del «habeas corpus» para que la autoridad judicial dirima la controversia. c) La conexión entre el derecho a conocer las razones de la detención y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica también, en gran medida, el contenido de esta segunda garantía. A partir de la información recibida, para contrastar su veracidad y suficiencia, el detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuales sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención. En tal medida, a modo de ejemplo, pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas”.

El TC señala también que este derecho “no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad”³⁴.

Finalmente, en la STC 21/2018, de 5 de marzo, el TC estima el amparo solicitado señalando lo siguiente: “En definitiva, a través de lo expuesto en los anteriores fundamentos se constata la vulneración de las garantías que el artículo 17.1 y 3 CE reconoce al demandante en cuanto titular del derecho a la libertad y seguridad personal, como consecuencia de no haber sido informado de modo suficiente sobre las razones de su detención gubernativa de naturaleza penal ni habersele permitido el acceso a los elementos de las actuaciones que eran esenciales para impugnar su legalidad. En consecuencia, la pretensión de amparo ha de ser estimada en este aspecto, no porque en el caso concreto no existieran razones para detener al demandante, sino porque habiéndolas, las mismas no se pusieron de manifiesto al detenido o a su abogado a través de los procedimientos establecidos en la ley (información suficiente y escrita, con posibilidad de acceso a las actuaciones que la objetivaban, si así era reclamado), lo que hubiera posibilitado su cuestionamiento ante el Juez del «habeas corpus», garante de que la detención no se haya producido fuera de los casos y en la forma previstos en la ley”.

De la complejidad a la hora de determinar cuáles son estos “elementos esenciales” se ocupa también la Circular 3/2018, de 1 de junio: “La concreción de los elementos esenciales de las actuaciones debe efectuarse en cada caso, en atención a las circunstancias, sin que sea posible ofrecer *a priori* una relación exhaustiva de aquellos. A efectos prácticos pueden resultar de interés la enumeración de los elementos de las actuaciones que se consideren «esenciales para impugnar la legalidad de la detención» plasmada en los *Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial*, aprobados por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial el día 3 de abril de 2017, que incluye el lugar, fecha y hora de la detención; lugar, fecha y hora de la comisión del delito; identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos; indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo, referenciados genéricamente”.

Esta Circular señala claramente, y es, por tanto, la opinión de la Fiscalía, que el detenido no tiene derecho en sede policial a acceder al atestado en su integridad. La

³⁴ En este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El fortalecimiento del derecho de defensa”, cit., pp. 121-122, también entiende que la interpretación restrictiva es la correcta en atención a los antecedentes de la norma, aunque señala también que “la cuestión queda abierta a discusión”, sobre todo porque la identificación de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención no será siempre tarea sencilla. Tal y como señala DOLZ LAGO, M-J., “Derecho de información al detenido”, en *Diario La Ley*, 24 de mayo de 2018, esta sentencia ha generado, por un lado, muchas expectativas en un sector de la abogacía que exigió que, a partir de esta sentencia, se entregaran los atestados a la defensa antes del interrogatorio del detenido con toda la información que hasta ese momento se disponía; y, por otro lado, generó mucha inquietud en los sindicatos de policía ante el protocolo que dibujaba la sentencia, al entender que pone en riesgo sus investigaciones. Ver también sobre esta sentencia la nota informativa núm. 26/2018, de 8 de marzo, de la oficina de prensa del Gabinete del Presidente del TC.

Fiscalía entiende que “el derecho que reconoce el art. 520.2.d) LECrim aparece condicionado por la finalidad que se persigue, que no es otra que articular la defensa frente a una detención. En consecuencia, únicamente aquellos extremos del atestado que tengan que ver con la detención, los hechos y los motivos que la justifican, sólo aquellos cuyo conocimiento pueda contribuir al ejercicio del derecho de defensa frente a esa detención, integrarán el contenido del derecho de información del detenido”.

4.4. Derecho a no declarar

La detención supone la adquisición del estatus de investigado, lo que confiere al detenido una serie de derechos para que se pueda defender de los hechos que se le imputan, y que tienen su reflejo constitucional en los derechos a no declarar y a la asistencia de abogado (art. 17.3 CE). El derecho a no declarar del detenido forma parte del derecho de defensa ya que, como señala la doctrina, la estrategia defensiva comienza desde el momento de la detención. Por eso, se puede afirmar que la reforma del 2015, que permite al detenido entrevistarse reservadamente con su abogado antes de la declaración policial, supone un reforzamiento del derecho de defensa.

El derecho a no declarar que reconoce el artículo 17.3 CE se concreta en la LECrim en dos derechos. Por un lado, el derecho a guardar silencio no declarando si no quiere³⁵, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulan, o a manifestar que solo declarará ante el juez (art. 520.2.a); y, por otro, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 520.2.b).

La decisión de declarar o no declarar del detenido es una decisión personal, ahora ya asesorado por su abogado, sea de confianza o de oficio, pero en todo caso será necesario que la policía informe previamente al detenido de sus derechos y, evidentemente, de las razones de la detención y de los hechos que se le imputan. Solo en estas condiciones se puede entender que se garantiza en su integridad el derecho del detenido a no declarar, ya que esta decisión solo puede tomarla partiendo de un conocimiento total de las circunstancias motivadoras de su detención. Este derecho incluye igualmente el derecho a solicitar que se le tome declaración en cualquier momento.

Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa del artículo 24.2 CE, en su vertiente pasiva, es decir, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación. Los derechos mencionados permiten al detenido, y posteriormente investigado o encausado, ya desde el momento de la detención, optar por defenderse en el proceso de la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que, en ningún caso, pueda ser forzado o inducido, ni siquiera a través de la “amenaza” de que posteriormente el juez competente pueda acordar contra él una medida más gravosa del derecho fundamental a la libertad. Además, el artículo 389 LECrim, de acuerdo con la máxima protección que exige el respeto del derecho a la vida y del derecho a la integridad física establecido por el artículo 15 CE, prohíbe la coacción o amenaza contra el detenido a la hora de prestar declaración y, consecuentemente, ningún acto procesal será válido si se produce como consecuencia directa o indirecta de una vulneración de aquellos.

³⁵ La STC 149/2008, de 17 de noviembre, recuerda que nuestro ordenamiento jurídico no sanciona la falta de colaboración del acusado con la Administración de Justicia, ni lo sujeta a la obligación jurídica de decir la verdad, por lo que “no cabe extraer ninguna consecuencia negativa para aquél meramente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”.

La STC 142/2009, de 15 de junio, recuerda que el contenido esencial de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable es la “interdicción de la compulsión contra uno mismo” y el reconocimiento de la necesaria libertad para declarar o no y para hacerlo en el sentido que estime más conveniente³⁶. Además, el detenido no está sometido a la obligación jurídica de decir verdad (como sí lo están los testigos), sino que puede callar total o parcialmente, o incluso mentir. En ningún caso, se podrán extraer consecuencias negativas del ejercicio por parte del detenido de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o no confesarse culpable, sin perjuicio de que, en estos supuestos, seguramente es inevitable que se alargue el periodo de la detención (no más del límite permitido) ya que será más difícil para la policía el ejecutar con efectividad las actividades tendentes al esclarecimiento de los hechos. En los casos en los que el detenido se niegue a prestar declaración, a contestar a alguna de las preguntas que se le formulen o a firmar la declaración en caso de haberla realizado, lo que deberá hacer la policía es dejar constancia en las diligencias de todas estas actuaciones.

En último lugar, y en la medida en que el valor que en el futuro proceso penal que se desarrolle tengan las declaraciones policiales del detenido va a condicionar la forma de practicarlas la policía lleva a cabo su práctica, resulta interesante hacer una breve referencia al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2015, sobre valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la policía³⁷, conforme al cual: “Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECR. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECR. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron. Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en el mes de noviembre de 2006”³⁸.

4.5. Derecho a la asistencia letrada

Todo detenido tiene derecho a “la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca” (art. 17.3 CE). La STC 21/2018, de 5 de marzo, se ocupa también del derecho a la asistencia letrada al detenido, y el TC

³⁶ En este sentido ver la STC 161/1997, de 2 de octubre.

³⁷ La STC 33/2015, de 2 de marzo, que es previa a este acuerdo, dejaba ya muy clara la posición del TC sobre esta cuestión: “las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. De este modo, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola (STC 53/2013, FJ 4)”.

³⁸ Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2006: “Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

recuerda que es doctrina reiterada la distinción de una doble proyección del derecho de asistencia letrada, según se ejercite durante la detención preventiva (art. 17.3 CE) o en un momento posterior, una vez que el sospechoso del delito o acusado se encuentre ya a disposición judicial (art. 24.2 CE). La asistencia letrada al detenido tiene como función la de “asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de los transcrito en el acta de declaración que se le presenta a firma”³⁹.

La estrecha conexión existente entre las garantías jurídicas de la detención y el derecho de defensa aparece reconocida en numerosas sentencias del TC cuando destacan que la detención preventiva de una persona y su conducción a las dependencias policiales tiene como finalidad que la policía realice las diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos, tal y como señala el artículo 520.1 LECrim, entre las que se incluye la declaración del detenido. Por ello, como señala el TC, “es en esta situación cuando adquieren su pleno sentido protector las garantías del detenido de ser informado «de forma inmediata, de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de la detención», así como de la asistencia letrada y la de un intérprete, dada su innegable importancia para la defensa en tales diligencias”⁴⁰.

En relación con la asistencia letrada la reforma de 2015 ha traído consigo una agilización del trámite de llamamiento y personación del letrado en comisaría, ya que la ley señala que la autoridad que custodie al detenido deberá comunicar inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre de designado por el detenido, con el fin de que sea localizado e informado del encargo profesional, o, si el detenido no ha designado abogado, para que el Colegio proceda a designarle uno de oficio. La ley impone al abogado designado la obligación de personarse en el centro de detención en el plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si transcurrido este plazo no se ha personado, el Colegio designará un nuevo abogado del turno de oficio, que dispondrá igualmente de un plazo máximo de tres horas para personarse en el centro de detención (art. 520.5).

En aquellos supuestos en los que debido a la lejanía geográfica del abogado designado no sea posible de inmediato la asistencia letrada, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquel, salvo que la comunicación sea imposible (art. 520.2.c).

Las funciones del letrado que asiste al detenido vienen recogidas en el apartado sexto del artículo 520, en trasposición del artículo 3.3 de la Directiva 2013/48/UE. Estas funciones son las siguientes: 1) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de hechos en las que participe el detenido; 2) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de su consentimiento a la práctica de determinadas diligencias; y 3) 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 los supuestos de detención incomunicada. La entrevista previa entre el detenido y su

³⁹ Ver también STC 13/2017, de 30 de enero.

⁴⁰ Ver por todas SSTC 21/2018, de 5 de marzo; 339/2005, de 20 de diciembre; o 21/1997, de 10 de febrero.

abogado ha sido una de las principales novedades que ha traído consigo la reforma de 2015 y es consecuencia directa de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2013/48/UE, que reconoce el derecho a la asistencia letrada del sospechoso antes del interrogatorio policial o judicial o sin demora justificada tras la privación de libertad. Se trata, sin lugar a dudas, de una expansión del derecho a la asistencia letrada del detenido en nuestro ordenamiento, ya que en la regulación anterior el detenido estaba asistido de abogado, pero no podía entrevistarse con él a fin de garantizar la espontaneidad de la declaración del detenido. Este reconocimiento supone un fortalecimiento del derecho de defensa, ya que, como señala un importante sector doctrinal, la estrategia defensiva comienza desde el momento de la detención⁴¹.

Las comunicaciones entre el detenido y su abogado tendrán carácter confidencial (art. 520.7).

El último apartado del artículo 520 se refiere al supuesto de renuncia a la preceptiva asistencia de abogado, que queda limitado a aquellos supuestos en que su detención lo fuere por hechos de ser susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. La renuncia al abogado solo será admisible siempre que se le haya facilitado al detenido información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. En todo caso, el detenido podrá revocar esta renuncia en cualquier momento (art. 520.8).

5.- La detención incomunicada

Una vez analizados los plazos ordinarios de la detención y los derechos que asisten al detenido, es necesario hacer referencia a la detención incomunicada, que ha sido modificada por la LO 13/2015, introduciendo una serie de modificaciones que llevan a la doctrina a afirmar que esta reforma ha traído consigo un “nuevo” régimen de la detención incomunicada⁴².

La detención incomunicada, que es una medida de carácter excepcional, solo puede ser acordada por el juez de instrucción competente por medio de auto 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 (art. 509.1 LECrim).

La necesidad de motivar y justificar razonadamente la decisión de incomunicación deriva evidentemente de la restricción de derechos fundamentales del detenido que dicha decisión comporta. Por un lado, implica la posibilidad de que el plazo máximo de duración constitucional de la detención, las setenta y dos horas, se vea prorrogado por cuarenta y ocho horas más; en segundo lugar, implica igualmente limitaciones en el derecho a la asistencia letrada del detenido.

La detención incomunicada no podrá extenderse más allá de cinco días (art. 509.2), sin perjuicio de que también en estos supuestos el legislador no se olvida de establecer un plazo relativo a la incomunicación, cual es el “tiempo estrictamente necesario” para

⁴¹ MORENO CATENA, V., “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en GÓMEZ COLOMER, J.L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 396.

⁴² JUAN SÁNCHEZ, R., “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”, en *InDret* 4/2017, p. 4, disponible en www.indret.com.

practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar los peligros que han dado lugar a la adopción de la incomunicación. La regla general será, por tanto, que será la policía o el MF quienes valoren la necesidad o no de acordar la incomunicación y de solicitar al juez competente que la acuerde. Por ello, si la restricción de derechos la solicita la policía o el MF, se entenderá restringido el derecho solicitado por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse tanto sobre la solicitud de incomunicación como sobre la solicitud de restricción del derecho (art. 527.2).

En los casos en que la prisión provisional se acuerde por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis LECrim 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, es decir, en estos casos la incomunicación se podrá extender hasta diez días (art. 509.2). La reforma del año 2015 eliminó la segunda incomunicación de la prisión, que, en la redacción anterior, era posible por un plazo no que no podía exceder de tres días (lo que permitía, por tanto, que la incomunicación pudiese extenderse hasta los trece días).

La incomunicación podrá traer consigo la privación de los siguientes derechos del detenido (art. 527.1): a) No podrá designar abogado de su confianza; b) No podrá comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el MF y el médico forense; c) No podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni al finalizar la declaración ante la policía; y d) Ni él ni su abogado podrán acceder a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención. En este punto se produce una reforma significativa respecto de la regulación anterior, ya que tal y como señalaba dicho precepto: “El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones: a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio. b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2. c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6”. En definitiva, lo que interesa resaltar es que la redacción actual permite que el juez pueda determinar en el auto, en función de las razones que motivan la decisión de incomunicación, cuáles de los derechos susceptibles de ser limitados lo van a ser efectivamente, sin que tenga que producirse una limitación automática de todos los derechos. En todo caso, en el auto de incomunicación se debe restringir al menos alguno de los derechos que pueden ser restringidos, ya que, en otro caso, no tiene sentido la declaración de incomunicación⁴³.

Durante todo el periodo en que el detenido o preso se encuentre incomunicado, el juez está obligado a controlar las condiciones en las que la medida se desarrolla, para lo cual podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto de sus derechos (art. 527.2.II).

6.- La detención en los casos de terrorismo

Además de las restricciones al derecho fundamental a la libertad previstas en el propio artículo 17 CE, el artículo 55 CE, que se encuadra dentro del capítulo V del Título I, “De la suspensión de los derechos y libertades”, contempla la posible restricción del derecho fundamental a la libertad –y de otros derechos fundamentales- tanto en los supuestos en los que se declare el estado de excepción o de sitio (art. 55.1), como en los

⁴³ Así lo entiende también JUAN SÁNCHEZ, R., “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”, cit., p. 13.

casos de “investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas” (art. 55.2): “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, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

En la actualidad las restricciones previstas en el artículo 55 CE están reguladas en la LECrim. Tras la LO 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución⁴⁴, y la LO 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, la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la LECrim, introdujo en la LECrim los distintos preceptos que desarrollan la restricción de los derechos fundamentales al amparo de lo dispuesto en el artículo 55.2 CE⁴⁵.

En lo que se refiere al derecho fundamental a la libertad, tanto la LO 11/1980 (art. 3.1) como la LO 9/1984 (art. 13⁴⁶) preveían que la detención preventiva en estos casos pudiera “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”. En ambos casos, el juez, en el término de veinticuatro horas, debía procederá a denegar o autorizar la prolongación propuesta.

En la actualidad, el plazo máximo de duración de la detención por terrorismo es de cinco días, tal y como señala el apartado primero del artículo 520 bis: “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 cuando la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada”.

El apartado segundo del artículo 520 bis permite la incomunicación de los detenidos por terrorismo, por lo que remitimos al lector a lo explicado en el apartado anterior.

7.- La detención en espacios marinos

La LO 13/2015, de 5 de octubre, ha introducido el artículo 520 ter en la LECrim, que regula la detención en espacios marinos. La detención en estos supuestos está prevista para la comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4.d) LOPJ: “Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos

⁴⁴ La STC 25/1981, de 14 de julio, desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco contra esta ley orgánica.

⁴⁵ Estos son los artículos 520 bis, 553 y 579.4. El artículo 579.4 ha sido modificado por la LO 13/2015, de 5 de octubre.

⁴⁶ Este precepto fue uno de los artículos contra los que se interpuso un recurso de inconstitucionalidad que se resolvió en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LO 9/1984 por el Parlamento de Cataluña.

normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte”. A pesar de la limitación a los supuestos previstos en el artículo 23.4.d), la doctrina entiende que el artículo 520 ter será también de aplicación “a cualquier detención efectuada a bordo de buques o aeronaves con bandera española con independencia de que la causa de atribución de jurisdicción española sobre el delito por el que la medida se adopte, pues la restricción del ámbito de la norma carece de sentido”⁴⁷.

A los detenidos en estos supuestos “les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo”. En relación con la introducción de este nuevo artículo en la LECrim lo único que señala el Preámbulo de la Ley (apartado III) es que se viene a dar respuesta a las situaciones que venían produciéndose ante la falta de previsión legal para estos supuestos.

Respecto de la detención en alta mar hay una sentencia antigua del TC, la STC 21/1997, en la que la detención se produjo en alta mar y era imposible llegar a puerto español antes de las setenta y dos horas del plazo máximo de duración de la detención y, por tanto, no fue posible poner al detenido físicamente en presencia de la autoridad judicial competente. En este caso, lo que tuvo en cuenta el TC para entender que no se había vulnerado el derecho fundamental a la libertad es que el juzgado central de instrucción estaba ya controlando la situación de privación de libertad de quienes se encontraban en el barco privados de ella, y que, por auto, el juzgado mencionado acordó la prisión provisional antes de que transcurrieran las setenta y dos horas, sin que lo impidiera el hecho de que los detenidos no estuviesen físicamente a presencia del juez.

Tal y como señala la Circular 3/2018, de la FGE, en los supuestos de abordaje de buques en aguas internacionales es posible que no se pueda garantizar la presencia física de los detenidos ante la autoridad judicial dentro del plazo general máximo de la detención. Sin embargo, esto no significa que en estos supuestos no exista control judicial de la detención. En la STS número 55/2007, de 23 de enero, los recurrentes alegan que se les había vulnerado el derecho fundamental a la libertad, por haberse prolongado más de setenta y dos horas la puesta a disposición judicial del recurrente. Sin embargo, la Sala II entiende que esta cuestión carece de fundamento “puesto que es obvio que durante el tiempo de duración de la travesía, desde el momento del abordamiento del Rapa Nui hasta la arribada a tierra firme española, esa puesta a disposición material de la Autoridad judicial resultaba indudablemente difícil”. Pero, continúa señalando la Sala II, “ello no significa, en modo alguno, que el control del Instructor no se produjera pues, no sólo ordenó la detención en alta mar y posterior prisión provisional, a petición del Fiscal, y así le fue notificado al recurrente, sino que estuvo permanentemente informado del transcurso del viaje, según consta en las actuaciones, disponiendo el traslado llevado a cabo, y, por tanto, puede afirmarse que, aún en la distancia, los detenidos sí que permanecieron a disposición del Juez en todo momento, hasta su llegada a puerto, cuando ya, presente el Juez, se llevó a cabo la

⁴⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El fortalecimiento del derecho de defensa”, cit., p. 129.

comparecencia prevista para la ratificación de la situación personal decretada, con intervención de los interesados asistidos de sus Letrados”⁴⁸.

En relación con el derecho de los detenidos en espacios marinos a acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención, la Circular señala que este derecho deberá hacerse efectivo, cuando el buque o aeronave disponga de la tecnología adecuada, bien mediante la utilización de medios telemáticos que permitan el envío de documentos o incluso su exhibición en una videoconferencia. Y ello porque entiende la Fiscalía que esta medida es más respetuosa con los derechos del detenido que la de esperar a que él o su abogado se personen en el juzgado. No obstante, cuando la utilización de estos medios telemáticos no sea posible, otra alternativa será la de facilitar al letrado del detenido en alta mar dichos documentos, para lo que deberá personarse en el juzgado competente.

La Fiscalía insta a los fiscales a que en estos supuestos de detención en espacios marinos velen para que se garantice a los detenidos la correcta información y efectividad de sus derechos.

8.- La detención al amparo de una orden europea de detención y entrega

La orden europea de detención y entrega “es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores” (art. 34 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea). La Ley 23/2014 regula en su título II la orden europea de detención y entrega (arts. 34 a 62) y supone la opción del legislador por regular en un único cuerpo normativo la trasposición de las distintas normas europeas aprobadas en los últimos años en el marco de la cooperación judicial penal en la Unión Europea⁴⁹.

La autoridad judicial competente para ejecutar una orden europea de detención y entrega es el juez central de instrucción de la Audiencia Nacional; y, en el caso de que la persona reclamada sea menor de edad, la competencia para la ejecución de la orden europea es el juez central de menores (art. 35.2).

La detención de una persona reclamada en virtud de una orden europea se practicará en España en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la LECrim, y, si se trata de un menor, conforme a las garantías previstas en la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art. 50). Se trata de una detención que corresponde realizar a la policía y cuya finalidad, en teoría, es simplemente la de proceder a la identificación y reseña del detenido para averiguar si se trata de la persona reclamada, para, una vez constatada esta circunstancia, ponerlo a disposición del juez central de instrucción. Se trata, por tanto, de una detención a la que se han de aplicar las

⁴⁸ Por ello, dice la Sala II, “puede afirmar la inexistencia de la vulneración de derechos fundamentales por esta causa”.

⁴⁹ Esta norma deroga la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, con el objetivo de actualizar la regulación de este instrumento procesal, en atención a la experiencia acumulada a lo largo de todos estos años de utilización. Ello ha supuesto, como señala el apartado VI del Preámbulo de la Ley 23/2014, el reforzamiento de las garantías jurídicas, en especial con la introducción del criterio de la proporcionalidad, algunas mejoras de técnica normativa y otras modificaciones que persiguen mejorar la aplicación práctica de la norma. Esta nueva regulación implica la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

normas de la detención judicial, por lo que no se comparte por la doctrina la previsión legal de que la policía disponga de un plazo máximo de setenta y dos horas para poner al detenido a disposición del juez competente (art. 50.2). En el caso de que el detenido sea menor de edad, el plazo se reducirá a veinticuatro horas. La puesta del detenido a disposición judicial será comunicada a la autoridad judicial de emisión.

La autoridad que practique la detención deberá informar al detenido de todos sus derechos, entre ellos y fundamentalmente, el de que la detención se produce como consecuencia de una orden europea de detención y entrega⁵⁰. La información de derechos deberá realizarla igualmente el juez central de instrucción una vez que el detenido se encuentre a su disposición, informándole de la existencia de la orden europea, de su contenido, así como del derecho a designar a un abogado en el Estado emisor de la orden europea. Si el detenido en virtud de una orden europea opta por designar un abogado del Estado que ha emitido la orden de detención, la función de este abogado será la de prestar asesoramiento al abogado en España (art. 50.3).

Una vez que el detenido se encuentra a disposición del juez central de instrucción, este deberá celebrar una audiencia en el plazo máximo de setenta y dos horas, a la que asistirán el MF, el abogado de la persona detenida y en su caso, el intérprete. En esta audiencia, en la que se trata de resolver sobre la situación personal del detenido, el detenido puede prestar su consentimiento irrevocable a la entrega al Estado de emisión; consentimiento que, en todo caso, será analizado por el juez central de instrucción para comprobar que se ha prestado libremente y con pleno conocimiento de las consecuencias. En el caso de que el detenido no preste su consentimiento, el Juez Central de Instrucción convocará a las partes a la celebración de una audiencia, que deberá celebrarse en el plazo máximo de tres días, y a la que asistirá el MF, la persona reclamada asistida de abogado y, si fuera necesario, de intérprete.

En el curso de la audiencia o de la vista, el juez central de instrucción, oído en todo caso el MF, “decretará la prisión provisional o la libertad provisional, adoptando medidas cautelares que resulten necesarias y proporcionadas para asegurar la plena disponibilidad del reclamado”, de conformidad con lo previsto en el LECrim (art. 53.1). Esto supone, por lo tanto, que la orden europea de detención es un instrumento que en España permite la limitación del derecho fundamental a la libertad de la persona reclamada; en un primer momento mediante su detención y, posteriormente, mediante la adopción de una medida cautelar más o menos restrictiva de la libertad (prisión provisional o libertad provisional).

9.- La detención de menores

Los menores de edad penal (entre catorce y dieciocho años) podrán ser detenidos en los términos del artículo 17 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante LORPM. La detención de un menor por la policía “no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido será puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones previstas en dicho precepto al Juez de Menores” (art. 17.3). Sin embargo, la ley no dice nada en

⁵⁰ El artículo 5 de la Directiva 2012/13/UE señala que “los Estados miembros garantizarán que toda persona que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea reciba con prontitud una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos de conformidad con la legislación de aplicación de la Decisión Marco 2002/584/JAI en el Estado miembro que la ejecuta”.

relación con los presupuestos que deben concurrir para acordar la detención de un menor o el momento en que puede ser acordada, lo que obliga a acudir a la LECrim como norma supletoria.

Si el detenido es puesto a disposición del MF, este habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre su puesta en libertad, sobre la posibilidad de desistir del expediente por corrección en el ámbito educativo o familiar, o sobre la incoación del expediente. En este último caso, el MF pondrá al menor a disposición del juez de menores competente, instando del mismo que adopte las medidas cautelares oportunas, con arreglo a lo establecido en el artículo 28 de la Ley (art. 17.5).

La detención del menor deberá hacerse en la forma que menos le perjudique, y la policía deberá informarle “en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (art. 17.1). Entre ellos, evidentemente, también el de instar el procedimiento de *habeas corpus* ante el juez de instrucción competente a efectos de que revise la legalidad de la detención. Como consecuencia de las reformas operadas en la LECrim, esta información debe hacerse por escrito.

En lo que se refiere al derecho a la asistencia letrada del menor detenido, y a pesar de que el artículo 17 no hace expresa mención a ello, debe garantizarse de manera inmediata. El letrado del menor estará presente en toda declaración del detenido, y ya desde la reforma introducida por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, se reconoció el derecho del menor a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración (art. 17.2.II)⁵¹.

La detención de un menor y el lugar en el que se encuentra custodiado se notificará inmediatamente a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor es extranjero, la detención se comunicará también a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor detenido tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales (art. 17.1).

Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de aquellas en las que se encuentran detenidas las personas mayores de edad. Durante la detención los menores recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran y que sean las necesarias teniendo en cuenta su edad, sexo y características individuales (art. 17.3).

La actuación de la policía en los casos de detención de menores está regulada en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica de la responsabilidad penal de los menores. La detención del menor es la única medida restrictiva de derechos fundamentales que la

⁵¹ La posibilidad de que el menor se entrevistara reservadamente con su abogado antes de la declaración fue una cuestión controvertida antes de la reforma que trajo consigo la LO 8/2006, de 4 de diciembre. En la Consulta 2/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente, la Fiscalía General, después de reconocer lo controvertido del tema, se inclinaba por reconocer este derecho a los menores a la vista de la especial protección del menor, la preservación prioritaria de sus derechos y la evitación de eventuales indefensiones. Posteriormente la reforma legal puso fin a toda duda sobre este derecho. Derecho que, tras la reforma de la LECrim de 2015, se ha extendido también a los detenidos mayores de edad.

policía puede acordar sin haberla interesado previamente al MF para que, por el conducto establecido, realice la oportuna solicitud al juez de menores competente (art. 2.2). Durante la detención la policía podrá proceder a tomar reseña de las impresiones dactilares de los menores, así como de fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al MF para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación personal (art. 2.4). El artículo 3 del Real Decreto desarrolla el modo de llevar a cabo la detención de un menor.

9.1. La detención de menores en casos de terrorismo

La detención de menores implicados en casos de terrorismo se regirá por las normas de la LO 5/2000, pero también por lo dispuesto en la LECrim en lo que se refiere a la posible ampliación del periodo de detención (art. 520 bis). Tal y como señala el artículo 17.4 LORPM: “Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores”. A pesar de lo que dice la ley no se puede olvidar que la competencia para conocer de los procesos de terrorismo cometidos por menores de edad penal corresponde al juez central de menores.

El artículo 520 bis LECrim permite la prolongación del plazo de 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 dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

La remisión que la LORPM hace al artículo 520 bis de la LECrim plantea al menos tres cuestiones problemáticas⁵². En primer lugar, en qué supuestos se va a poder ampliar el plazo de detención de los menores. Las interpretaciones posibles son dos. La primera, entender que la ampliación del plazo de detención sería aplicable ante la presunta comisión de todos los delitos incluidos bajo la rúbrica “delitos de terrorismo” del Código Penal (arts. 571 a 580). La segunda, más restrictiva, entender que solo se aplica a los artículos a que se refiere el artículo 384 bis LECrim (“delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”), de tal manera que solo cuando el menor esté integrado o relacionado con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes se podría ampliar el periodo de detención cuarenta y ocho horas más. Esto supondría, que si el menor es detenido, por ejemplo, por un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 CP, no se podría ampliar la detención cuarenta y ocho horas más.

El segundo problema que plantea la detención de menores en los casos de terrorismo es la del cómputo de las cuarenta y ocho horas de prórroga de la detención. La detención del menor, como se ha puesto previamente de manifiesto, está sometida a distintos plazos. En primer lugar, la detención policial no podrá durar más de veinticuatro horas, plazo dentro del cual el menor detenido deberá ser puesto a disposición del MF que, dentro de las cuarenta y ocho horas desde la detención deberá decidir sobre su situación. En este caso también son posibles dos interpretaciones. La primera, conforme a la cual las cuarenta y ocho horas adicionales se suman a la detención policial. En este caso, una vez que el menor es puesto a disposición del MF a este aún le quedan veinticuatro horas para pronunciarse sobre su situación personal. La segunda interpretación posible sería la de que la prórroga de cuarenta y ocho horas se aplica al plazo máximo de detención por

⁵² Ver GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas cautelares”, en GONZÁLEZ PILLADO, E., (coord.), *Proceso penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 174-176.

el MF, es decir, las cuarenta y ocho horas se suman a las cuarenta y ocho horas en las que, como máximo, el MF tiene que resolver sobre la situación personal del menor detenido. Es decir, el problema está en determinar si las cuarenta y ocho horas se suman a la detención policial o a la detención del fiscal.

Sobre esta cuestión se pronunció la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, señalando que “la detención gubernativa tendrá un plazo máximo de duración de setenta y dos horas a la vista de la remisión expresa e incondicionada que el art. 17.4 hace al art. 520 bis LECr., que supone una excepción al régimen general aplicable a la detención de menores de edad”. Una vez transcurridas las setenta y dos horas, la policía deberá poner al menor a disposición del MF que tendrá un plazo de veinticuatro horas para pronunciarse sobre la situación personal del menor. Esto supone, por tanto, que el menor detenido por un delito de terrorismo podrá estar hasta un máximo de cuatro días detenido antes de ser puesto a disposición del juez central de menores.

El tercer problema es la incomunicación de los menores detenidos ya que, además de la posible ampliación del plazo de la detención que, al igual que ocurre en el caso de los detenidos mayores de edad, no es automática por el hecho de que se trate de un delito de terrorismo, se podrá acordar la incomunicación del menor detenido, con la consiguiente limitación de derechos que ello implica, y a los que ya se ha hecho referencia en el epígrafe dedicado a la detención por terrorismo.

La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento y de las medidas adoptadas en sentencia firme que acuerden el juzgado central de menores o la sala correspondiente de la Audiencia Nacional, corresponde al Estado, en los establecimientos y con el control del personal especializado que ponga a disposición de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de los convenios que, en su caso, pueda establecer para dicha finalidad con las comunidades autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla (art. 8.2 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio).

9.2. Procedimiento de *habeas corpus*

Todo menor detenido tiene derecho a cuestionar su privación de libertad a través del procedimiento de *habeas corpus* ante el juez competente, que también será el juez de instrucción del lugar en el que el menor se encuentra privado de libertad; si no constare, el del lugar en el que se produjo la detención, y en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido. No se atribuye, por tanto, la competencia al juez de menores. En los casos de menores detenidos por delitos de terrorismo, la competencia para conocer del procedimiento de *habeas corpus* corresponde al juzgado central de instrucción.

En aquellos casos en los que el procedimiento de *habeas corpus* sea instado por el propio menor detenido, la autoridad responsable de la detención comunicará dicha solicitud inmediatamente al MF, además de dar curso al procedimiento conforme a la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. El procedimiento de *habeas corpus* se analiza posteriormente de manera detenida.

10.- La detención en los supuestos de estado de alarma, excepción o sitio

Los artículos 16 y 32 de la LO 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio, autorizan detenciones de hasta diez días de aquellas personas sobre las que existan sospechas fundadas de que van a alterar el orden público. La declaración de los estados de alarma, excepción o de sitio procederá “cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los

poderes ordinarios de las Autoridades competentes” (art. 1.1). En todo caso, las medidas que se acuerden una vez que se acuerde alguno de estos estados, así como su duración “serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada las circunstancias” (art. 1.2).

La declaración del estado de alarma, en los supuestos previstos en el artículo 4, permite restringir la libertad deambulatoria de las personas en el sentido de “limitar la circulación o permanencia de las personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos” (art. 11.a), sin que se prevean medidas excepcionales en relación con la detención.

La declaración del estado de excepción⁵³ autoriza a la autoridad gubernativa a “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 17.3 de la Constitución” (art. 16.1). La detención que se lleve a cabo será comunicada al juez competente en el plazo de veinticuatro horas, y durante dicha detención, el juez podrá, “en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste” (art. 16.2).

En los supuestos en los que se declare el estado de sitio⁵⁴, además de poder limitar la libertad deambulatoria en los términos del artículo 11.a), o de poder proceder a la detención en los términos previstos en el artículo 16, será posible que en la declaración se autorice “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).

11.- La prisión provisional

La ley determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional (art. 17.4 CE). La referencia constitucional a esta cuestión es ciertamente muy insuficiente, ya que deja en manos del legislador la determinación del plazo máximo de duración de la prisión provisional. Y ello pese a que en los apartados segundo y tercero del art. 17 el constituyente sí que hace una regulación más detallada de la detención. Por ello la doctrina ha puesto de manifiesto que hubiera sido deseable que la propia Constitución estableciese algún límite en relación con el plazo máximo de duración de la prisión provisional o que, al menos, recogiese los supuestos en los que procede la prisión provisional así como las garantías con las que debe practicarse.

A la escasa referencia constitucional había que añadir la deficiente regulación legal de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta que los artículos 503

⁵³ Art. 13.1: “Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”.

⁵⁴ Art. 32.1: “Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio”.

y 504 de dicha Ley fueron objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el propio TC en la STC 47/2000, de 17 de febrero. Los argumentos utilizados en esta sentencia por el TC para cuestionar la regulación de la prisión provisional fueron los siguientes: 1) La Ley no exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar la prisión provisional; 2) La Ley no determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordar la prisión provisional; 3) La Ley no exige que los fines constitucionalmente legítimos se expresen en la resolución que acuerda la prisión provisional⁵⁵; y 4) El mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar la adopción de la prisión provisional del imputado, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad⁵⁶.

La LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, dio nueva regulación a esta medida cautelar, que fue reformada y completada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (Disposición final primera, apartados d), e), f), g), h), i). Desde esta fecha las reformas que han afectado a la prisión provisional han tenido lugar en el año 2015. Así, la LO 5/2015, de 27 de abril, introdujo un nuevo párrafo en el apartado 3 del artículo 505 que garantiza el acceso del abogado del imputado a las actuaciones que resulten esenciales para impugnar su privación de libertad; mientras que la LO 13/2015 sustituyó en estos preceptos el sustantivo “imputado” por “investigado o encausado” y el adjetivo “imputada”.

No se trata en este comentario al último inciso del apartado 4 del artículo 17 CE de hacer un análisis sobre todos los aspectos relacionados con la prisión provisional, tales como los requisitos necesarios o el procedimiento para acordarla, sino que se limita al análisis de la duración de la prisión provisional y, en la medida en que dicha duración está íntimamente relacionada con los fines que debe cumplir dicha medida, se analizarán también los fines de la prisión provisional.

11.1. Los fines de la prisión provisional

La prisión provisional requiere la concurrencia de tres presupuestos para poder ser acordada, que, además, son consustanciales a toda medida cautelar: apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), un riesgo para la efectividad del proceso si no se adopta (*periculum in mora*) y una resolución judicial motivada que la acuerde. En el proceso penal el *fumus boni iuris* está representado por la imputación motivada y verosímil, es decir, por la atribución de responsabilidad penal por unos concretos hechos delictivos

⁵⁵ Dice el Tribunal Constitucional que bastaría esta insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE. Señala en la STC 47/2000 que «para valorar la razonabilidad de la medida adoptada y su acomodación a los fines que constitucionalmente la legitimarían es preciso que la resolución judicial limitativa de la libertad personal exprese no sólo el fin perseguido con la misma sino también la relación existente entre la medida cautelar adoptada y el fin perseguido, es decir, ha de expresar hasta qué punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto. Sin referencia alguna al fin perseguido resulta imposible hacer las valoraciones expuestas».

⁵⁶ A través del ATC 154/2004, de 28 de abril, el Pleno del Tribunal Constitucional declaró «la pérdida sobrevenida de objeto y extinción de la cuestión de inconstitucionalidad 998-2000, planteada por el Pleno de este Tribunal en la STC 47/2000, de 17 de febrero», sobre la base de que «tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, los arts. 503 y 504 LECrim en su redacción anterior carecen de efectos ultraactivos, por lo que hemos de declarar extinguida la presente cuestión de inconstitucionalidad, dado que, de un lado, no hay en la Ley Orgánica 13/2003 disposición alguna que expresamente establezca dicha ultraactividad, y, de otro, respecto de los actos procesales rige, en principio, la regla conforme a la cual es aplicable la ley vigente en el momento en que hayan de realizarse».

contra una concreta persona. La ley exige, para poder acordar la prisión provisional, “que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito” (art. 503.1.1º) y “que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien haya de dictarse el auto de prisión” (art. 503.1.2º). El *periculum in mora* se concreta en la posible desaparición del imputado, y por ello se podrá acordar la prisión provisional “cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga” (art. 503.1.3º.a), así como en la posible ocultación o desaparición de pruebas, por lo que también se podrá acordar la prisión provisional para “evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto” (art. 503.1.3º.b).

Una vez que se dan estos presupuestos, la prisión provisional solo se acordará para la consecución de alguno de los fines previstos en la ley, es decir, de alguno de los fines constitucionalmente legítimos que permiten restringir el derecho fundamental a la libertad. El punto de partida ha de ser, en todo caso, que la prisión provisional es “una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan”, tal y como señalaba la STC 98/2002, de 29 de abril.

El cumplimiento de fines constitucionalmente legítimos es, sin duda alguna, la garantía más importante que debe exigirse al auto en el que se acuerde la prisión provisional. Sin embargo, antes de entrar a analizar los fines que permiten acordar la prisión provisional, no está de más recordar cuáles no deben ser los fines a los que debe dar satisfacción la prisión provisional. Así, y tal y como han señalado reiteradamente el TC y la doctrina más relevante, no se trata en ningún caso de una anticipación de la pena; no tiene un fin de prevención especial de evitar la comisión de delitos de la persona a la que se priva de libertad; tampoco tiene como fin “calmar la alarma social”, ni lograr que el imputado “colabore” con la investigación penal de los hechos, ya que en este caso se estarían vulnerando otros derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional lo apuntó en la STC 179/2005, de 4 de julio, al señalar que “lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras”.

En la actualidad son cuatro los fines que se persiguen con la prisión provisional. Basta, como señala el art. 503.3º, “que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines”, de tal manera que queda claro que no es necesario que se den varios fines conjuntamente, sino que la consecución de cualquiera de los fines legalmente fijados legitimará la prisión provisional. Estos fines son: 1) Asegurar la presencia del encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente la existencia de un peligro de fuga (art. 503.1.3º.a); 2) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto (art. 503.1.3º.b); 3) Evitar que el encausado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado (art. 503.1.3º.c); y 4) Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2).

Con el fin previsto en el párrafo segundo del artículo 503, el legislador llevó al texto legal uno de los fines de la prisión provisional que venía señalando el Tribunal Constitucional desde la STC 40/1987, de 3 de abril: el peligro de reiteración delictiva. Sin embargo, y a pesar de su aceptación por el alto tribunal, la inclusión de este fin entre

los que permiten la adopción de la prisión provisional es ciertamente muy discutible, ya que relega a un segundo plano el derecho a la presunción de inocencia, que se ve superado ahora por el principio de culpabilidad⁵⁷. En este caso, y de nuevo ante la imposibilidad de garantizar la seguridad a los ciudadanos, el legislador opta por encerrar lo antes posible al presunto culpable de los hechos delictivos, del que se presume, además, que va a volver a delinquir.

11.2. La duración de la prisión provisional

A falta de previsión constitucional al respecto, es el legislador el que debe determinar el plazo máximo de duración de la prisión provisional, puesto que, como señala el apartado primero del artículo 17 CE, toda privación de libertad se hará en los casos y en la forma previstos en la ley. Tal y como ha señalado en reiteradas ocasiones el TC, “la imposición de que el legislador determine el plazo máximo de duración de la prisión provisional encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar” (STC 305/2000, de 11 de diciembre). Tal y como reitera la STC 210/2013, de 16 de diciembre, “el preso preventivo goza, pues, de un derecho fundamental a no permanecer en prisión más allá de un plazo razonable, y desde luego a ser puesto en libertad una vez que se ha cumplido el plazo máximo de duración de la medida cautelar impuesta por una misma causa”. La razón de tal exigencia “encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del art. 17.4 CE” (STC 95/2007, de 7 de mayo). Además, con el establecimiento de un tope temporal de la prisión provisional se pretende evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso.

Frente a la regulación anterior en la que el legislador se limitaba a señalar la duración máxima de la prisión provisional en función de la pena que llevase aparejada el delito⁵⁸, la LO 13/2003 diferencia los plazos máximos atendiendo, por un lado, al fin que persigue la prisión provisional y, por otro, a la gravedad del delito. Así, en aquellos casos en los que se pretende evitar la fuga del imputado, que atente contra bienes jurídicos de la víctima, o que cometa nuevos hechos delictivos, la prisión provisional no podrá exceder de un año en los casos en que la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera inferior a tres años, y no podrá exceder de dos años, si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años (art. 504.2). En todos estos casos con las posibilidades de prórroga que analizaremos en el apartado siguiente. Por otro lado, cuando la prisión provisional se acuerda para evitar la alteración, ocultación o destrucción de las fuentes de prueba, la prisión provisional no podrá durar más de seis meses (art. 504.3). En este caso, sin embargo, no será posible acordar la prórroga.

⁵⁷ Para MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 327, este fin «no puede compartirse porque, en puridad, cuando se toma en consideración, se está partiendo de la presunción de culpabilidad y se pretendería hacer cumplir a la prisión provisional un fin de prevención especial».

⁵⁸ «La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior» (art. 504 IV).

A la hora de determinar el plazo máximo de duración de la prisión provisional cuando a un sujeto se le imputen varios delitos, habrá que estar, tal y como señala el art. 503.1.1º.II, “a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo II del título III del Libro I del Código Penal”. El Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que no cabe entender que el plazo máximo de la prisión provisional esté determinado por la suma de las penas correspondientes a los distintos delitos, sino en función de la pena correspondiente por el delito de mayor gravedad. La STC 81/2004, de 5 de mayo, declaró que el cómputo del plazo máximo de prisión no es posible determinarlo teniendo en cuenta cada uno de los delitos imputados en una misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto y conduciría a un resultado superior a todo plazo razonable, salvo que haya sido dictada sentencia condenatoria que hubiera sido recurrida después⁵⁹.

Los plazos de prisión provisional podrán prorrogarse “cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos” (art. 504.2). El legislador fija la duración de la prórroga atendiendo a los fines que persigue la medida cautelar. Así, cuando la medida se acuerda para evitar que el imputado se fugue, que atente contra bienes jurídicos de la víctima, o que cometa nuevos hechos delictivos, la prisión provisional se podrá prorrogar hasta seis meses -si el delito es de pena inferior a tres años- o hasta dos años -si es de pena superior- (art. 504.2). Cuando a través de la prisión provisional se pretende evitar la alteración, ocultación o destrucción de las fuentes de prueba, la ley no admite la posibilidad de prórroga.

Si el acusado resultare finalmente condenado, “la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida” (art. 504.2 II). El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la prórroga automática de la prisión provisional tras la emisión de una sentencia condenatoria, que es una práctica más habitual de lo que resultaría deseable. Una sentencia condenatoria no lleva consigo la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional; en estos casos el juez o tribunal sigue teniendo la obligación de motivar la prórroga en el caso de que decida acordarla, “sin que sea constitucionalmente razonable la interpretación según la cual la aprobación de una sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta” (STC 144/2002, de 15 de julio).

La prórroga de la prisión provisional en los casos de sentencia condenatoria podría dar lugar a que se plantee la paradoja de que si se trata de alguno de los delitos a los que el Código Penal, tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, sobre hechos delictivos a los que atribuye la prisión permanente revisable –asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en os supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, especialmente en los artículos 33.2 y 35 CP-, el condenado por estos hechos delictivos se encuentra con una imprecisión temporal de la prisión provisional absolutamente indefinida, con peligroso olvido de los derechos fundamentales⁶⁰

⁵⁹ En el mismo sentido STC 98/2002, de 29 de abril.

⁶⁰ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, cit., p. 300.

Aunque sea obvio, no está de más señalar que la emisión de una sentencia absolutoria supone la inmediata puesta en libertad del sujeto, aunque contra dicha sentencia se interponga un recurso [art. 861 bis a) LECrim].

La STC 217/2015, de 22 de octubre, recuerda que en el específico marco de la medida cautelar de prisión provisional “la exigencia general de habilitación legal supone que la «decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional» ha de estar «prevista en uno de los supuestos legales» (uno de los «casos» a los que se refiere el art. 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la «forma» mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como contra lo que la ley dispone”⁶¹. En esta sentencia se analiza una cuestión muy interesante, cuál si con la vigente regulación legal de la prisión provisional es posible acordar esta medida a personas inicialmente declaradas como inimputables en virtud de una sentencia, para los que el proceso penal ha proseguido a los solos efectos de dilucidar la pertinencia de una medida de seguridad privativa de libertad. La cuestión de fondo que se plantea en el recurso es la posible falta de cobertura legal de la prórroga de la prisión provisional cuando ha recaído una sentencia definitiva que aprecia una eximente completa pero que impone una medida de seguridad de internamiento, y dicha sentencia aún no ha alcanzado firmeza por haber sido recurrida. El TC entiende finalmente que el artículo 504.2 *in fine* LECrim no contempla la prórroga de la prisión provisional para el supuesto de hecho planteado, lo que le lleva a declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad del recurrente.

Para el cómputo de los plazos máximos de prisión provisional se habrá de tener en cuenta el tiempo que el encausado hubiera estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa (art. 504.5, párrafo primero). Queda fuera de dicho cómputo el tiempo en que la causa hubiera sufrido dilaciones indebidas no imputables a la Administración de Justicia (art. 504.5, párrafo segundo).

Una vez transcurridos estos plazos el encausado deberá ser puesto en libertad.

En relación con la prisión provisional resulta de interés, en último lugar, hacer una breve referencia a la STC 210/2013, de 16 de diciembre, en la que el TC analiza la aplicación de la prisión provisional en los procedimientos de orden europea de detención y entrega. Esta cuestión, como señala el TC, ya ha sido objeto de análisis por el TC tanto desde la perspectiva de la orden europea como del procedimiento de extradición pasiva. El TC destaca que la privación de libertad cautelar en estos procedimientos en los que otro Estado reclama a España la entrega de una persona que se encuentra en su territorio para poder ser juzgada en otro por los delitos allí cometidos, o para cumplir una pena ya impuesta, implica que en estos casos no se ventila la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición u orden europea, ni se exige la acreditación de indicios racionales de criminalidad, ni son aplicables en bloque las normas materiales y procesales de la LECrim sobre la prisión provisional. El TC ha puesto de manifiesto en distintas sentencias que la adopción, mantenimiento y duración de la prisión provisional posee un régimen específico en estos supuestos. Partiendo de esta base, en este recurso de amparo la cuestión que se plantea se debe a una de las particularidades de la prisión provisional acordada como medida dirigida a asegurar la entrega de la persona reclamada; concretamente, en la dificultad de conjugar los plazos máximos de ejecución

⁶¹ SSTC 210/2013, de 16 de diciembre o 305/2000, de 11 de diciembre, entre otras.

de la orden europea, que son, a su vez, los plazos máximos de privación cautelar de libertad⁶², con la posibilidad de suspender la entrega efectiva de la persona reclamada por tener dicho sujeto procesos penales pendientes en España. La STC 95/2007, de 7 de mayo, ya declaró que en los supuestos en los que se suspenda la entrega de la persona reclamada, que se encuentra en privación de libertad como consecuencia de la orden europea, “el mantenimiento de la medida carece de una expresa cobertura legal, sin que resulte constitucionalmente admisible inferirla de la previsión de la suspensión de la entrega o de los plazos generales sobre prisión provisional establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. La Audiencia Nacional aplicaba en estos supuestos la llamada “prisión provisional diferida”, que suponía que una vez acordada la suspensión de la entrega para que contra el reclamado se siguiese en España el proceso penal correspondiente, la Audiencia Nacional acordaba la libertad provisional en esta causa pero, para posibilitar la ejecución en el futuro de la orden europea cursada, decretaba en el mismo auto “la prisión provisional diferida al momento en que recobre la libertad en otro procedimiento el reclamado, prisión que tendrá carácter instrumental para la entrega y por el tiempo imprescindible para llevarla a cabo y, en todo caso, por el término previsto legalmente”. En palabras del TC, esta técnica utilizada por la AN “implica una ejecución automática y aplazada en el tiempo de la prisión provisional, con la consiguiente ausencia de un análisis sobre su legitimación realizado al momento en que se materializa la privación de libertad, que resulta incompatible con el art. 17 CE”, lo que le lleva a declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal del recurrente.

12.- El procedimiento de *habeas corpus*

La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente (art. 17.4 CE). A pesar de que la Constitución no lo especifica, al tratarse de un derecho fundamental la ley de desarrollo del procedimiento de *habeas corpus* ha de tener el carácter de orgánica. Este procedimiento fue desarrollado por la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (en adelante LOHC), que no ha sufrido ninguna modificación desde su aprobación. El *habeas corpus* es una institución propia del Derecho anglosajón donde se ha evidenciado como un sistema particularmente idóneo para resguardar la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del poder público, tal y como indica la Exposición de motivos de la ley. La finalidad del *habeas corpus* es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de una persona que no estén justificados legalmente, o que transcurran ilegalmente. Se trata, por tanto, de un procedimiento rápido para conseguir la inmediata verificación judicial de la legalidad y las condiciones de la detención, y lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos y permita acceder a la autoridad judicial de una manera relativamente sencilla.

12.1. Ámbito objetivo

Una de las características del procedimiento de *habeas corpus* es su universalidad, ya que cualquier privación de libertad, no solo las ejecutadas en el marco de un proceso penal, puede someterse a este control (salvo las privaciones de libertad controladas judicialmente). La universalidad implica que el *habeas corpus* pueda solicitarse no solo en los supuestos de detención ilegal, sino también cuando la detención, aun siendo

⁶² La STC 210/2013 se refiere al artículo 20 de la Ley 23/2003, que hoy es el artículo 58 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

legal, se prolonga ilegalmente o tiene lugar en condiciones ilegales⁶³. Este procedimiento podrá ser incoado por las personas ilegalmente detenidas que serán: a) Las personas detenidas por una autoridad, agente de la misma o funcionario público o particular, sin que concurren los presupuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes; b) Las personas ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; c) Las personas privadas de libertad por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al juez más próximo al lugar de la detención; y d) Las personas privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida (art. 1 LOHC).

12.2. Órgano competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus*

El órgano competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* y, por tanto, ante el que se debe presentar la solicitud de inicio de este procedimiento, es el juez de instrucción del lugar en el que la persona se encuentre privada de libertad. En el caso de que no conste dicho lugar, deberá presentarse ante el juez de instrucción del lugar en el que se produjo la detención y, si tampoco consta, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido (art. 2 párrafo primero). Los fueros subsidiarios solo se aplicarán cuando el procedimiento de *habeas corpus* lo inste una persona distinta al detenido. El problema en este punto es el de determinar si el juez de instrucción ante el que se ha presentado la solicitud de *habeas corpus*, y que no es el juez de instrucción del lugar en el que la persona se encuentra privada de libertad, debe inhibirse a favor del juez de instrucción del lugar de la detención una vez que consta dicho lugar. En este sentido, hay quien entiende que constituiría un supuesto de mala praxis, lesivo del derecho fundamental a la libertad e incompatible con los principios que inspiran el procedimiento de *habeas corpus*, las decisiones de inhibición basadas en el juego de los fueros principal y subsidiarios⁶⁴.

No obstante, la competencia para conocer del procedimiento de *habeas corpus* corresponderá al juez central de instrucción cuando la detención obedezca a la aplicación de la ley orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el artículo 55.2 CE (art. 2 párrafo segundo). La atribución a los juzgados centrales de instrucción para conocer de los procedimientos de *habeas corpus* en estos supuestos fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que se resolvió en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, interpuesto por el Parlamento Vasco contra el artículo 11 de la LO 9/1984 alegando que esta previsión “supone un serio inconveniente a la efectividad de la tutela y dificulta extraordinariamente el ejercicio del derecho de *habeas corpus*, dada la competencia reconocida a los Juzgados Centrales de Instrucción, lo que imposibilita la inmediata puesta verificación de la legalidad y condiciones de la detención, complica el acceso de los ciudadanos a la autoridad judicial y hace inefectivo el derecho a la tutela judicial”. La atribución de la competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción ya estaba prevista en la LO 6/1984, de tal manera que, como señala el TC, si se anulase o derogase el artículo 11 de la LO 9/1984, se mantendría en su integridad la competencia de dichos Juzgados Centrales para conocer del procedimiento de *habeas corpus*. En todo

⁶³ Ver BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, cit., p. 288.

⁶⁴ PESTANA PÉREZ, M., “El procedimiento de «*habeas corpus*»”, en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.), *Detención policial y habeas corpus*, Madrid, CGPJ, 2010, p. 190. Por ello entiende que el juez que inicialmente conoció de un procedimiento de *habeas corpus* planteado por persona distinta al detenido en función de un fuero subsidiario no debe inhibirse automáticamente, tras verificar el lugar de la custodia del detenido, a favor del juez del partido judicial donde aquel se encuentre, sino que debe mantener su inicial competencia al menos hasta asegurarse de que su inhibición va a ser inmediatamente aceptada.

caso, lo que interesa aquí es resaltar la fundamentación que hace el TC en relación con la alegación del Parlamento Vasco de que dicha atribución impide o dificulta gravemente la tutela judicial de la libertad y el control de la detención. Respecto a ello el TC entiende que “la asignación del conocimiento de la detención a los Juzgados Centrales de Instrucción no supone un obstáculo que impida el control judicial de esas detenciones, aunque las dificultades para el justiciable que se derivan de ello impone en todo caso una mayor diligencia del órgano judicial para asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad que le corresponde”. Finalmente el TC desestimó el recurso de inconstitucionalidad en este punto⁶⁵.

En el caso de los menores, la competencia no varía, ya que el juez competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* será el juez de instrucción del lugar en el que el menor se encuentre privado de libertad; si no consta, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido. En aquellos casos en los que el procedimiento de *habeas corpus* es instado por el propio menor, el responsable de la detención lo notificará inmediatamente al MF, además de dar curso al procedimiento conforme a lo dispuesto en la LOHC (art. 17.6 LORPM).

En el ámbito de la jurisdicción militar, la competencia para conocer del procedimiento de *habeas corpus* corresponde al juez togado militar de instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención (art. 2 párrafo tercero). El artículo 203 de la LO 2/1989, de 13 de abril, procesal militar señala lo siguiente: “El detenido o, en su nombre, el cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos y los representantes de los menores e incapacitados, podrán, en cualquier momento, comparecer verbalmente, sin formalismos ni necesidad de Abogado, ante el Juez Togado o Tribunal Militar a cuya disposición se encuentre el detenido, para exponerle las consideraciones que estimen oportunas respecto a los motivos, tiempo y condiciones de la detención y al objeto de que se resuelva inmediatamente sobre la legalidad y las condiciones de la detención, conforme a derecho”⁶⁶.

12.3. Legitimación para iniciar el procedimiento de *habeas corpus*

La ley legitima para solicitar el procedimiento de *habeas corpus* a los siguientes sujetos (art. 3): a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales; b) El Ministerio Fiscal; c) El Defensor de Pueblo; y d) El juez de instrucción que sea competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* podrá iniciarlo de oficio en el caso de que tenga conocimiento de la irregular privación de libertad de una persona.

En relación con la legitimación para presentar la solicitud de *habeas corpus* no han sido pocas las ocasiones en las que el órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento ha denegado la incoación del procedimiento por el hecho de que la solicitud había sido presentada por el abogado del detenido, al entender dicho juez que el abogado no figura entre quienes conforme al artículo 3 están legitimados para incoar este procedimiento. Esto ha requerido la intervención del TC ante la presentación de distintos recursos de amparo fundados en la vulneración del derecho fundamental a la

⁶⁵ La STC 153/1988, de 20 de julio, vuelve a reiterar la legitimidad constitucional de la atribución a los Juzgados Centrales de Instrucción de la competencia para conocer de las detenciones gubernativas practicadas en relación con las investigaciones concernientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

⁶⁶ Los artículos 200 a 214, y 236 a 239 de la LO 2/1989 regulan la detención de los militares.

libertad. En la STC 37/2008, de 25 de febrero, el TC reiteró la que viene siendo su doctrina en relación con esta cuestión: “la legitimación originaria para instar el procedimiento de «habeas corpus», en cuanto acción específica dirigida a proteger la libertad personal de quien ha sido ilegalmente privado de ella, reside, como prescribe el artículo 3.a) LOHC, en la persona física privada de libertad, y que si bien es cierto que en el caso enjuiciado el privado de libertad, promotor del amparo, no instó por sí mismo el mentado procedimiento, no es menos cierto que actuó en su nombre, tácitamente apoderado al efecto, el Letrado del turno de oficio que le asistía en su calidad de detenido. Esta circunstancia condujo a entender que se había solicitado el procedimiento por quien, como el privado de libertad, tiene legitimación para ello, si bien, instrumentalmente y dada su situación, lo efectuase en su nombre el Letrado designado por el turno de oficio para asistirle como detenido. Dijimos entonces que si el Juez competente albergaba alguna duda sobre la existencia del oportuno mandato conferido a su Letrado por el detenido, debió, para disiparla, realizar las comprobaciones oportunas y, como esencial, acordar la comparecencia de la persona privada de libertad para oírle, entre otras, acerca de tal circunstancia. Al no hacerlo así, la denegación a «limine litis» de la sustanciación del procedimiento de habeas corpus, no se acomodó a la función que al órgano judicial incumbe de guardián de la libertad personal.

En la misma línea debemos ahora afirmar 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 la exposición de motivos de la Ley reguladora del «habeas corpus» destaca como inspirador de su regulación”⁶⁷.

12.4. Solicitud de *habeas corpus*

El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte. Cuando se inicie a instancia de parte comenzará por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de abogado ni procurador. En dicho escrito o comparecencia deberán constar: a) El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el *habeas corpus*; b) El lugar en que se halle privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas circunstancias que puedan resultar relevantes en relación con la privación de libertad; y c) el motivo concreto por el que se solicita el *habeas corpus* (art. 4 LO 6/1984).

Si la persona privada de libertad solicita ante la autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público bajo cuya custodia se encuentra el *habeas corpus*, esta queda obligada a ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente. Si incumplieren esta obligación serán apercibidos por el juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir (art. 5 LO 6/1984).

12.5. Procedimiento de *habeas corpus*

El procedimiento de *habeas corpus* se estructura en dos fases fundamentales: una primera fase que supone un juicio de admisibilidad de la solicitud de *habeas corpus* y, una segunda fase en la que ya se realiza un juicio de fondo sobre la legalidad o no de la detención.

⁶⁷ En este mismo sentido SSTC 61/2003, de 24 de marzo y 224/1998, de 24 de noviembre.

12.5.1. Juicio de admisibilidad sobre la licitud de la detención

En lo que se refiere al juicio de admisibilidad, una vez recibida la solicitud de *habeas corpus*, el juez competente examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de dicha solicitud al MF. A continuación, y por medio de una resolución que adoptará la forma de auto acordará la incoación del procedimiento, o bien denegará la solicitud de *habeas corpus* por considerarla improcedente. Este auto se notificará en todo caso al MF⁶⁸ y, por supuesto, y a pesar de que la ley nada dice, al solicitante del *habeas corpus*. El auto que resuelve sobre la solicitud de *habeas corpus* no es recurrible en la vía ordinaria (art. 6 LOHC), quedando por tanto abierta la vía para acudir en amparo ante el TC.

Esta primera fase del procedimiento de *habeas corpus* se ha revelado en la práctica más conflictiva de lo que podría imaginarse, en la medida en que los jueces de instrucción han venido inadmitiendo la incoación del procedimiento de *habeas corpus* alegando la legalidad de la detención; es decir, el órgano judicial competente no se limitaba a un análisis formal del cumplimiento de los requisitos necesarios para la admisión de la solicitud de *habeas corpus*, sino que realizaba en ese mismo momento un juicio sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la vulneración o no del derecho fundamental a la libertad, lo que no es admisible. Así lo indica claramente la STC 204/2015, de 5 de octubre, que recuerda que aun cuando la LOHC permite realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para la tramitación del procedimiento de *habeas corpus*, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del MF, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplen los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC. No es constitucionalmente legítimo, como así se ha reiterado, fundamentar la inadmisión del procedimiento de *habeas corpus* en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, porque el contenido propio de la pretensión formulada en él es precisamente la de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación. Igualmente, el TC ha señalado que la mera referencia a que no se dan ninguno de los supuestos del art. 1 de la Ley de *habeas corpus*», como causa de justificación de la inadmisión a trámite de la petición formulada, “no permite conocer la razón determinante de la denegación, por lo que una resolución judicial en estos términos, genérica y estereotipada, no ofrece la motivación mínima que es constitucionalmente exigible”.

Precisamente, el frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que, en palabras del TC, “es grave y carece de justificación”, es el que dota de especial trascendencia constitucional a estos recursos de amparo “como consecuencia de que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental”⁶⁹.

Por lo tanto, el juez de instrucción solo puede inadmitir el procedimiento de *habeas corpus* solicitado en los siguientes supuestos: ante la manifiesta ausencia de una situación actual de privación de libertad; por falta de competencia objetiva o territorial

⁶⁸ El traslado al MF tiene como finalidad que este emita su opinión con carácter previo a que el juez se pronuncie sobre la admisión o inadmisión del procedimiento de *habeas corpus*.

⁶⁹ En este mismo sentido SSTC 42/2015, de 2 de marzo; 195/2014, de 1 de diciembre; 32/2014, de 24 de febrero; 21/2014, de 10 de febrero; 12/2014, de 27 de enero; 84/2009, de 30 de marzo; 173/2008, de 22 de diciembre; 172/2008, de 18 de diciembre; 147/2008, de 10 de noviembre; 37/2008, de 25 de febrero; 35/2008, de 25 de febrero; y 303/2006, de 23 de octubre, entre otras.

claramente apreciables desde el principio por deducirse de los términos de la solicitud; por la ausencia de legitimación activa del solicitante o, en último lugar, por tratarse de privaciones de libertad acordadas judicialmente. En caso de duda sobre la concurrencia o no de estos requisitos el juez de instrucción debe optar por la admisión del procedimiento de *habeas corpus* y resolver la cuestión al llevar a cabo el juicio de fondo.

12.5.2. Juicio de fondo sobre la licitud de la detención

Si el juez competente considera procedente el procedimiento de *habeas corpus*, en el auto de incoación ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la lleve a su presencia sin pretexto ni demora alguna, o el propio juez se personará en el lugar en el que se encuentre la persona privada de libertad (art. 7 párrafo primero LOHC).

Antes de dictar resolución el juez deberá oír a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y abogado, si lo hubiera designado, así como al MF. La audiencia a la persona privada de libertad es esencial en el proceso de *habeas corpus*. La referencia al representante legal de la persona privada de libertad opera en los casos en que este sea menor de edad o incapaz pero, en todo caso, debe entenderse como complementaria del afectado por la detención y no sustitutiva de dicha declaración⁷⁰. En relación con la necesidad de oír al abogado la ley lo limita a los supuestos en los que el abogado ha sido designado libremente por la persona privada de libertad, excluyendo, por tanto, los supuestos en los que se ha procedido a la designación de un abogado de oficio⁷¹.

Por otro lado, el juez competente, antes de resolver, deberá oír también a la autoridad, agente, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiera ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad, para que puedan justificar su proceder ante la autoridad judicial. A todas estas personas el juez dará a conocer las declaraciones del privado de libertad (art. 7 párrafo segundo).

En esta comparecencia el juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten todos aquellos que tienen que ser oídos antes de que tome una decisión y las que propongan que puedan practicarse en el acto (art. 7 párrafo tercero).

El juez en el plazo de veinticuatro horas, contadas a partir de que se ha dictado el auto de incoación, deberá practicar todas las actuaciones a que se refiere este artículo (oír a todas las partes y practicar, en su caso, prueba) y dictar la resolución que proceda (art. 7 párrafo cuarto).

La resolución del juez de instrucción podrá ser estimatoria o desestimatoria de la pretensión de *habeas corpus*. El juez desestimará la solicitud si estima que no se trata de una detención ilegal, y acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en las que se está realizando. Si, por el contrario, estima la solicitud y entiende, por tanto, que se trata de un supuesto de detención ilegal acordará, en el acto, alguna de las siguientes medidas: a) La puesta en libertad del que está privado de ella, si lo fue ilegalmente; b) Que continúe la situación

⁷⁰ PESTANA PÉREZ, M., “El procedimiento de «*habeas corpus*»”, cit., p. 203.

⁷¹ Como señala PESTANA PÉREZ, M., “El procedimiento de «*habeas corpus*»”, cit., p. 203, esta regulación es criticable en la medida en que puede comprometer seriamente el derecho de defensa, a la vez que permite una discriminación entre quienes puedan contratar abogado de confianza y quienes no pueden hacerlo por razones económicas.

de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, determinará que la privación de libertad continúe bien en establecimiento distinto, o bien bajo la custodia de personas distintas a las que hasta ahora la detentaban; o c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención (art. 8 LO 6/1984).

En el caso de que el juez estime que se trata de una detención ilegal, deducirá testimonio de los particulares pertinentes para la persecución y castigo de los delitos que hubieran podido cometerse por quienes hubieran ordenado la detención, o tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad (art. 9 párrafo primero). Por otro lado, en los casos de denuncia falsa o simulación de delito de detención ilegal, el juez deducirá también testimonio de los particulares, al efecto de determinar las responsabilidades penales correspondientes (art. 9 párrafo segundo). En todo caso, si se apreciase temeridad o mala fe en el solicitante de *habeas corpus*, será condenado al pago de las costas del procedimiento que, en caso contrario, se declararán de oficio (art. 9 párrafo tercero).

III.- SELECCIÓN JURISPRUDENCIAL ARTÍCULO 17 CE

1.- Apartado primero

STC 132/2016, de 18 de julio (RTC 2016/132). Vulneración del derecho a la libertad persona: resoluciones judiciales que no adoptaron, de oficio, la medida cautelar de internamiento en proceso de incapacitación.

STC 34/2016, de 29 de febrero (RTC 2016/34). Vulneración del derecho a la libertad persona: resoluciones judiciales que no adoptaron, de oficio, la medida cautelar de internamiento en proceso de incapacitación.

STC 22/2016, de 15 de febrero (RTC 2016/22). Vulneración del derecho a la libertad personal: privación de representación y defensa en la instancia que no puede entenderse reparada por la interposición posterior del recurso de apelación.

STC 13/2016, de 1 de febrero (RTC 2016/13). Vulneración del derecho a la libertad personal: resolución judicial tardía y adoptada sin la existencia de informe médico que justificara la medida adoptada.

STS, Sala tercera (Pleno), de 10 de febrero de 2015, (número de recurso 373/2014). Recurso contencioso-administrativo promovido por la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía, la Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado español y la Federación Andalucía Acoge. Estas asociaciones interpusieron recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Las impugnaciones se dirigen no contra el Real Decreto propiamente como tal, sino contra el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros aprobado por su artículo único, que, señalan, en determinados aspectos es contraria a la naturaleza preventiva y no penitenciaria de los centros de internamiento.

STC 141/2012, de 2 de julio (RTC 2012, 141). Vulneración del derecho a la libertad personal: resolución judicial tardía, adoptada sin haber informado al interesado de los derechos a la defensa y a la prueba que le asisten, y carente de la motivación exigible a una medida privativa de libertad.

STC 7/2011, de 14 de febrero (RTC 2011/7). Vulneración del derecho a la asistencia letrada: falta de adopción, por el órgano judicial, de las medidas necesarias para que la persona cuya incapacitación había sido instada pudiera comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, libremente designada o a través del turno de oficio.

STC 132/2010, de 2 de diciembre (Pleno) (RTC 2010, 132). Cuestión de inconstitucionalidad planteada por Juzgado de Primera Instancia, en relación con el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la LEC, por posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución. El artículo 763.1 LEC regula tanto la habilitación al juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos como las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento. El TC estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada señalando que se trata de “una vulneración de la Constitución que solo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”. El artículo 2.3 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dio nueva redacción a la disposición adicional primera de la LEC estableciendo que los artículos 763, 778 bis y 778 ter de dicha Ley tienen carácter orgánico.

STSJ de Madrid, número 48/2001, de 13 de noviembre (número de recurso 61/2001), trató el tema de la ausencia de regulación legal en relación con el internamiento por hospitalización terapéutica obligatoria.

STC 341/1993, de 18 de noviembre (Pleno) (RTC 1993, 341). Recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (que hoy en día esta derogada).

STC 178/1985, de 19 de diciembre (Pleno) (RTC 1985, 178). Cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 1335 LEC de 1881, que permitía el arresto del quebrado.

2.- Apartado segundo

STC 95/2012, de 7 de mayo (RTC 2012/95). Recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal al haberse extendido la detención más allá del plazo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

STC 180/2011, de 21 de noviembre (RTC 2011, 180). Recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal: cómputo de plazos de la detención judicial que no se inicia desde el momento de su ejecución material por la policía.

STC 179/2011, de 21 de noviembre (RTC 2011, 179). Recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad personal: detención impuesta sin adecuada ponderación de un fin constitucionalmente legítimo que la justifique.

STC 23/2004, de 23 de febrero (RTC 2004, 23). Vulneración del derecho a la libertad personal: detención preventiva que duró más del tiempo estrictamente necesario, e inadmisión a trámite de una petición de *habeas corpus* por razones de fondo.

STC 224/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 224). Vulneración del derecho a la libertad personal: detención preventiva que duró más del tiempo estrictamente necesario, e inadmisión a trámite de una petición de *habeas corpus* por razones de fondo.

STC 224/1998, de 24 de noviembre (RTC 1998, 224). Vulneración del derecho a la libertad personal.

3.- Apartado tercero

STC 21/2018, de 5 de marzo (RTC 2018, 21). Vulneración del derecho a la libertad personal: ausencia de información suficiente sobre las razones de la detención y denegación del acceso a los elementos de las actuaciones policiales esenciales para valorar su legalidad.

STC 13/2017, de 30 de enero (RTC 2017, 13). Recurso de amparo por vulneración de los derechos a la libertad personal y a la asistencia letrada: negativa del funcionario instructor a proporcionar copia del atestado policial que hiciera posible la impugnación de la detención del solicitante.

STC 339/2005, de 20 de diciembre (RTC 339/2005). Supuesta vulneración de los derechos del detenido y vulneración del derecho a la asistencia letrada: información de las razones de la detención y de sus derechos; asistencia por abogado designado libremente, y no nombrado de oficio, en la comparecencia regida por la Ley sobre orden europea de detención y entrega.

STC 21/1997, de 10 de febrero (RTC 1997, 21). Supuesta vulneración del derecho a la libertad personal: límites del derecho.

4.- Apartado cuarto

STC 154/2016, de 22 de septiembre (Pleno). (RTC 2016, 154). Recurso de amparo promovido por la asociación Algeciras Acoge en relación con el auto del juzgado de instrucción que denegó la incoación del procedimiento de *habeas corpus* por falta de legitimación de la asociación promotora para incoar dicho procedimiento. Voto particular.

STC 204/2015, de 5 de octubre (RTC 2015/2014). Recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal, al inadmitir el Juzgado de Instrucción el procedimiento de “*habeas corpus*” por razones de fondo⁷².

STC 195/2014, de 1 de diciembre (RTC 2014, 195). Recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal, al inadmitir el Juzgado de Instrucción el procedimiento de “*habeas corpus*” por razones de fondo.

STC 210/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 210). Vulneración del derecho a la libertad personal: resoluciones judiciales que acuerdan una medida de prisión provisional diferida sin cobertura legal y transgrediendo los principios de excepcionalidad, previsibilidad y proporcionalidad.

STC 88/2011, de 6 de junio (RTC 2011, 88). Vulneración del derecho a la libertad personal: inadmisión a trámite de una petición de *habeas corpus* por razones de fondo.

⁷² En este mismo sentido, entre otras muchas: SSTC 204/2015, de 5 de octubre; 42/2015, de 2 de marzo; 195/2014, de 1 de diciembre; 32/2014, de 24 de febrero; 21/2014, de 10 de febrero; 12/2014, de 27 de enero; o 37/2008, de 25 de febrero; 88/2011, de 6 de junio

STC 84/2009, de 30 de marzo (RTC 2009, 84). Recurso de amparo contra el auto del Juzgado de Instrucción que inadmitió a trámite el procedimiento de “habeas corpus” tras haber sido interceptados en una patera. Las inadmisiones a *limine* de las solicitudes de *habeas corpus* fundadas en la legalidad de la detención (y sin que conste que antes de la decisión de inadmisión hubiera existido una actuación judicial de control de la legalidad de la detención) han de considerarse lesivas del art. 17.4 CE, con vulneración del derecho a la libertad personal (STC 172/2008, de 18 de diciembre). Voto particular.

STC 172/2008, de 18 de diciembre de 2008 (RTC 2008, 172). Recurso de amparo promovido por el abogado frente al auto del Juzgado de Instrucción que inadmitió a trámite su solicitud de *habeas corpus* tras haber sido interceptados en una patera. Vulneración de los derechos a la libertad personal y al *habeas corpus*: inadmisión por razones de fondo de la petición presentada por un extranjero respecto a una privación de libertad gubernativa (STC 169/2006); apoderamiento tácito del abogado de oficio en *habeas corpus* para formular recurso de amparo. Votos particulares.

STC 95/2007, de 7 de mayo (RTC 2007, 95). Vulneración de la libertad personal: incumplimiento del plazo máximo legal de prisión provisional en procedimiento de euroorden, no justificado por la pendencia de otra causa penal ante la jurisdicción española.

STC 37/2008, de 25 de febrero (RTC 2008, 37). Recurso de amparo contra el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción que denegó la incoación del procedimiento de *habeas corpus* al proceder la solicitud de incoación del procedimiento del abogado de la persona detenida.

STC 250/2006, de 24 de julio (RTC 2006, 250). Vulneración del derecho a la libertad personal: inadmisión a trámite de una petición de *habeas corpus* por razones de fondo.

ATC 154/2004, de 28 de abril (Pleno) (ATC 2004, 154). Cuestión de inconstitucionalidad: extinción por pérdida sobrevenida de objeto por modificación normativa; modificación sobrevenida de preceptos cuestionados. Nueva regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de los fines de la prisión provisional.

STC 61/2003, de 24 de marzo (RTC 2003, 61). Vulneración del derecho a la libertad personal: inadmisión a trámite de una petición de *habeas corpus* por falta de legitimación del abogado del detenido.

STC 144/2002, de 15 de julio (RTC 2002, 144). Vulneración del derecho a la libertad personal: prisión provisional mantenida sin prórroga expresa, mientras pendía recurso contra la condena de instancia.

STC 98/2002, de 29 de abril (RTC 2002, 98). Vulneración del derecho a la libertad personal: prisión provisional prorrogada tardíamente, no pudiendo suspender el cómputo del plazo legal máximo las dilaciones debidas a terceros ni declaradas en su momento.

STC 305/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000, 305). Alegada y supuesta vulneración del derecho a la libertad personal: prisión provisional acordada en períodos sucesivos de un año, que no sobrepasan el plazo máximo legal ni son no razonables.

STC 47/2000, de 17 de febrero (Pleno) (RTC 2000, 47). Recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad provisional: prisión provisional carente de fundamentación. Cuestión interna de inconstitucionalidad sobre los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

STC 224/1998, de 24 de noviembre (RTC 1998, 224). Recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal contra el auto que denegó la incoación del procedimiento de *habeas corpus* instado contra la detención del actor efectuada por la policía.

STC 153/1988, de 20 de julio (RTC 1988, 153). Recurso de amparo contra el auto del Juzgado de Instrucción de San Sebastián dictado en el procedimiento de *habeas corpus*, en el que el magistrado-juez se declaró incompetente para la tramitación de dicho procedimiento al entender que la competencia correspondía a los juzgados centrales de instrucción.

STC 199/1987, de 16 de diciembre (Pleno), (RTC 1987, 199). Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco frente a la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 CE.