

LA DETENCIÓN

Un conflicto entre libertad y seguridad

(Análisis desde la perspectiva del “consumo del derecho fundamental”)¹

Salvador Camarena Grau

Magistrado-Juez de lo Penal

Sumario: 1. Introducción. A. Marco genérico. Límites absolutos y relativos. B. La detención, impacto cuantitativo. 2. La detención. Naturaleza y límites. A. Libertad. B. Naturaleza de la detención. Privaciones de libertad distintas de la detención. C. Límites. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. D. Límites generales de las medidas cautelares. El Tribunal Constitucional. E. Límites concretos. El artículo 17 de la Constitución. Plazo absoluto y plazo relativo. La Ley, veinticuatro o setenta y dos horas. 3. Detención y proceso penal. 4. Perspectiva del “consumo del derecho fundamental” A. La necesidad de mecanismos de control relativos al cumplimiento de las condiciones que legitiman la detención. La insuficiencia del procedimiento de *habeas corpus*. B. “Consumo”, planta judicial y conducciones. C. La necesidad de un cierto nivel de regularidad. D. Posibles mecanismos de control. La necesidad de que sean públicos.

1. INTRODUCCIÓN

A. MARCO GENÉRICO. LÍMITES ABSOLUTOS Y RELATIVOS

En nuestro entorno cultural, el diseño de condiciones racionalmente aceptables de convivencia supone desde una perspectiva individual el reconocimiento de determinados derechos² y la necesidad de *seguridad*.

En ese reconocimiento se debe ser especialmente cuidadoso, ya que está en juego la legitimidad del sistema político³. Como señala Nagel⁴, “Debemos acordar restringirnos a la hora de limitar la libertad personal por acción del Estado en el nombre de valores que en cierta manera quedan excluidos radicalmente de esa intervención del Estado”. Así, el Tribunal Supremo norteamericano en *Lawrence v. Texas* (2003)⁵ decía que: “La cuestión es determinar

si la mayoría puede utilizar el poder público para imponer estos puntos de vista a la totalidad de la sociedad a través del derecho penal⁶. ‘Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral’. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833, 850 (1992)”.

Esta es una cuestión importante: puede ser que, en ocasiones, para una mayoría de la población, una conducta no debería estar permitida, pues choca con aspectos básicos de su visión sobre cómo debería ser una *vida buena* (y entienden que también es *buena* para los demás, incluso hasta el punto que, no solo ellos no deben tener esa conducta, sino que tampoco deben tolerarla en los otros) reclamando que el inmenso poder del Estado esté de su parte. Por ejemplo, así podrían entenderlo respecto de determinadas conductas sexuales.

Ahora bien, además de lo dicho anteriormente, del coste global para la libertad (algo que no es desdeñable aunque fuera respecto de una cuestión ampliamente compartida⁷), y de los peligros derivados de la cesión de poder al Estado en estos ámbitos, parece que el sacrificio es extraordinariamente mayor para quien es privado de ese reconocimiento, que para quien no está de acuerdo con esa práctica pues, en el caso de éste último, su conducta sexual no es objeto de prohibición o persecución alguna.

Respecto de *seguridad*, puede contemplarse desde distintas perspectivas. Así, *seguridad* sería: la persona no puede verse privada de esos derechos sino por causas previamente definidas y conocidas⁸; pero, *seguridad*, desde otro punto de vista, también puede verse como la obligación del Estado de proporcionar un espacio de convivencia en el que el ejercicio de esos derechos sea realmente efectivo, para lo cual, paradójicamente, debe en ocasiones limitar su ejercicio.

Desde esta perspectiva, el Estado asume una doble responsabilidad: una responsabilidad negativa sobre las violaciones de derechos que no comete pero que es incapaz de evitar, pero también una responsabilidad positiva de no violarlos él mismo; lo cual cabe afirmar, incluso, aunque ello supusiera una disminución de la cantidad total de violaciones⁹. Y es que, en determinados sistemas, se reconoce que en esta materia hay restricciones a las posibles limitaciones de derechos por parte del Estado para la preservación de ese espacio de convivencia, actividad que no podría entenderse en esta materia desde parámetros exclusivamente utilitaristas.

Hay una idea que, en ocasiones, se plantea en las cuestiones relativas a la obligación del Estado de mantener un determinado nivel de seguridad, y es la siguiente: una injusticia solo sería tolerable allí donde fuera necesaria para evitar una injusticia aún mayor. Sin embargo, aceptamos que, en esa obligación de proporcionar un espacio común de convivencia, y en la obtención de un resultado aceptable en la prevención de violación de derechos de los ciudadanos, existen límites derivados de la

propia naturaleza de determinados derechos. En otras palabras, a pesar de que algunas políticas pudieran disminuir sustancialmente la violación de derechos por los particulares, ello no es aceptable si, para ello, el Estado debe, a su vez, violar determinados derechos, aunque fuera en muchos menos casos¹⁰.

Nagel¹¹ habla de que algunos derechos protegen al individuo contra ciertas cosas que, de hacerse, producirían un mejor balance general del bien social; se pueden entender como una condición de legitimidad y que¹², considerado estrictamente, ciertos derechos no pueden violarse ni siquiera como un medio para la prevención de una cantidad mayor de violaciones del mismo derecho. Y pone el siguiente ejemplo: “Hay ciertas cosas, como el matar a inocentes, que el Estado jamás debería estar autorizado a hacer en nombre de sus ciudadanos ni siquiera para prevenir males mayores del mismo tipo. El Estado debe estar sujeto a constricciones que impidan los malos tratos y torturas a los sospechosos de delitos graves, ni siquiera aunque esto redujese la frecuencia de las agresiones delictivas ordinarias en un factor superior a una simple compensación. (...) Enfrentados con la cuestión de si asesinar o no a alguien para impedir cinco asesinatos, se puede estar convencido de que menos personas serán asesinadas pero, con ello, estaríamos aceptando el principio de que cualquiera puede ser asesinado legítimamente si se dan las circunstancias adecuadas.(...) Mantener la dignidad de cada persona como alguien a quien nunca es legítimo asesinar puede parecer una compensación inadecuada para ese posible mayor número de asesinatos, Pero permítaseme un experimento mental algo impreciso; si se me ofreciese una elección entre un incremento significativo en la probabilidad de ser asesinado y la abolición de mis derechos morales y legales, elegiría la primera opción”.

Esta concepción considero que, en esencia, ha sido recogida por las normas básicas y por los Tribunales de ambos lados del Atlántico¹³.

Por ejemplo, respecto de la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes (artículo 15 CE), el límite es absoluto; la jurisprudencia

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo no admite excepciones, incluso aunque se trate de violencia terrorista y las dificultades que ello entraña para los Estados, así en su Sentencia (Gran Sala), de 19 febrero 2009 Caso A. y otros contra Reino Unido, afirma:

“Plenamente consciente de las dificultades que encuentran los Estados para proteger a su población de la violencia terrorista, el Tribunal ve en ello una razón de más para subrayar que el artículo 3 del Convenio¹⁴ consagra uno de los valores más importantes de las sociedades democráticas. Esta disposición no prevé limitaciones, en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núm. 1 y 4 y, según el artículo 15.2¹⁵, no autoriza ninguna excepción, ni siquiera en situaciones de peligro público que amenace la vida de la nación. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha antiterrorista, y cualesquiera que sean las acciones de la persona en cuestión, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes (Sentencia Ramírez Sánchez...).” Por su parte el Tribunal Supremo norteamericano, aunque con un fundamento diferente, ya en *Brown v. Mississippi* (279 U.S. 278-1936) declaró que las confesiones obtenidas por métodos “repugnantes frente al sentido de Justicia” no podían ser admitidas como prueba en juicio, pues su admisión “como el fundamento de la condena y de la sentencia [sería] una clara negación del debido proceso”¹⁶.

En otros casos, la prohibición puede provenir del modo en que se produce la injerencia y su alcance; un ejemplo, puede ser el caso examinado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la Sentencia de 3 de marzo de 2004 (BVerfGE 109,279) sobre el espionaje acústico masivo “Forma parte de la intangibilidad de la dignidad humana (...), el reconocimiento de un núcleo de configuración privada de la vida absolutamente protegido”. Dice también en esa sentencia que “La dignidad humana es un principio constitucional básico y el valor constitucional de mayor jerarquía”, señalando que

ha enfatizado repetidamente que no es compatible con la dignidad de las personas hacer de ellas un mero objeto del poder estatal. Si bien matiza que también tiene límites la eficacia de la fórmula del objeto. La dignidad humana no se lesionaría por el mero hecho de que alguien se convierta en destinatario de una medida de persecución penal; pero sí cuando el modo de las medidas adoptadas pone básicamente en cuestión la calidad del sujeto afectado. Y ello ocurriría cuando el tratamiento del poder público prescinde del respeto al valor que le corresponde a todo ser humano por el mero hecho de serlo. Tales medidas, afirma el Tribunal Constitucional Federal Alemán, tampoco pueden ser adoptadas en interés de la efectividad de la administración de justicia y de la averiguación de la verdad¹⁷.

Así pues, podemos hablar de límites absolutos y relativos. Hay derechos, respecto de los que, en determinadas circunstancias, es legítima la actuación del Estado¹⁸; este es el caso de la privación de libertad que se efectúa mediante la “detención”.

En ese sentido el artículo 17 CE recoge:

- “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”.

Ahora bien, tampoco debemos olvidar que, en la evaluación de las instituciones públicas, y, en concreto en lo que ahora estamos analizando, al valorar si la política criminal de un Estado en lo concerniente a las privaciones de

libertad que efectúan las fuerzas de seguridad debidas a la posible comisión de un hecho aparentemente delictivo (por su trascendencia numérica y el consiguiente impacto sobre el derecho fundamental) mediante la “detención”, debemos también tratar de averiguar si el coste para la libertad es “razonable” desde una perspectiva global y no tomando en consideración al individuo aisladamente, y para ello hemos de tratar de fijar unos parámetros tanto cuantitativos como cualitativos, y además, averiguar si verdaderamente existe ese control de la injerencia estatal.

B. LA DETENCIÓN, IMPACTO CUANTITATIVO

Tal como se ha indicado, una limitación de la libertad deambulatoria de los ciudadanos utilizada por el Estado para proporcionar esa seguridad es la “detención” debido a la posible comisión de un hecho aparentemente delictivo. El motivo de focalizar la mirada en esta clase de detenciones que efectúan las fuerzas de seguridad preprocesalmente es debido a su extraordinario impacto cuantitativo, y que no se legitiman por una finalidad autónoma, sino en función de un proceso penal y, por tanto, con carácter instrumental respecto del mismo.

Por ejemplo, solo en Catalunya, en el año 2006 los Mossos d'Esquadra detuvieron a 40.712 personas; lo cual, sin incluir las practicadas por otras fuerzas de seguridad, es una cifra próxima al 0,7% de la población catalana¹⁹. En el ámbito de los datos que proporciona el Ministerio del Interior²⁰, si en el año 2003 fueron detenidas 214.434 personas (CNP y Guardia Civil), en 2005 la cifra fue de 248.426; en 2007 ya eran 258.949 detenidos; en el año 2008, 296.137 y en el año 2009 se alcanzó el número de 307.730 detenciones²¹.

Esas cifras son a menudo presentadas y valoradas como una muestra de la eficiencia del Estado a la hora de cumplir con esa obligación estatal de proporcionar un espacio de convivencia que posibilite un efectivo ejercicio de los derechos que el ordenamiento reconoce a los ciudadanos.

También parece que en ocasiones se pretenda que tengan una función de satisfacción en esa aparente demanda social de castigo inmediato de la persona que se supone que ha cometido un hecho delictivo (pensemos en delitos no violentos contra la propiedad, en los que en los EEUU un 42% de esas detenciones se realizaban en los cinco minutos siguientes a la comisión del ilícito²²), función ajena a los presupuestos que legitiman la adopción de la medida.

En cualquier caso, si atendemos a las cifras del balance de 2009 de evolución de la criminalidad, ofrecido por el Ministerio del Interior, en la tasa de criminalidad comparada, España ocupa el antepenúltimo lugar, siendo significativamente inferior nuestra tasa a la de los países de nuestro entorno y, según los datos del Anuario estadístico del Ministerio del Interior, también la percepción de la inseguridad ciudadana como principal problema de España ha bajado significativamente respecto a los años 2002-2003.

Pero la detención que se examina, es la que efectúan las fuerzas de seguridad como medida cautelar preprocesal instrumental del proceso penal que se va a iniciar. Habrá que ver si existe un control eficaz respecto del cumplimiento de las condiciones que permiten la adopción de la medida, ya que no es ordenada por la autoridad judicial, así como de los requisitos que deben concurrir a lo largo de la ejecución de la misma, pues su incumplimiento supondría, a su vez, una violación por parte del Estado de los derechos de los ciudadanos, ya que esa “función social” no es presupuesto de legitimación a la hora de acordar y ejecutar la medida.

Es cierto que en algunos aspectos se ha avanzado. La Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad da pautas razonables de actuación, y la Instrucción 3/2009 de la Fiscalía General del Estado sobre el control de la forma en que debe practicarse la detención, también muestra una preocupación sobre la ejecución de esta medida²³. Sin embargo, más allá de instrucciones genéricas, y al mismo tiempo parciales, deberemos examinar

si podemos conocer si se están cumpliendo las condiciones a las que se ha hecho mención.

En otras palabras, parece razonable preguntarnos si existe un adecuado control de esas privaciones de libertad desde una perspectiva global.

2. LA DETENCIÓN. NATURALEZA Y LÍMITES

A. LIBERTAD

Antes de nada, deberíamos tratar de concretar de qué clase de libertad estamos hablando.

Es en extremo difícil dar un concepto. Una descripción genérica de la libertad podría ser, “esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal o cual cosa”; también se ha dicho que libertad es un complejo de derechos y deberes definido por las instituciones²⁴.

Sin embargo, en nuestro caso, hemos de concretar más.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1990 (Pleno), de 27 junio afirma que “según reiterada doctrina de este Tribunal —SSTC 126/1987, 22/1988 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes— la libertad personal protegida por este precepto (se refiere al art 17.1 CE) es la ‘libertad física’, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual; pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico —art. 1.1 de la Constitución—, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20; entre otros y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestacio-

nes ‘de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles’ (o manifestaciones de la ‘libertad a secas’) y ‘los derechos fundamentales que garantizan la libertad’ pero que ‘no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo’”.

Partiendo del artículo 17 de la Constitución, podríamos hablar de libertad física referida a la libertad de movimientos o deambulatoria²⁵ como hace el TC. Esa limitación tiene como característica que viene acompañada por otra relativa al lugar donde se hace efectiva esa limitación; el cual no es determinado por el afectado (y por tanto éste es sustraído de su entorno habitual) y está sometida a un régimen legal específico derivado del mandato constitucional. Si bien es una privación de la libertad ambulatoria del modo expuesto la que está incluida en el art 17.1 CE, también afecta al área privada de la persona, en la que conduce y desarrolla sus relaciones personales y a su propia concepción de cómo vivir. Vives²⁶ señaló, respecto de la libertad de movimientos, que “allí donde no se halle mínimamente garantizada puede decirse que no existe seguridad jurídica alguna; y que, toda autonomía, todo derecho y toda libertad personal son solamente poseídas a título de precario, porque pueden desaparecer de un momento a otro tras un arresto repentino”.

Por otra parte, la detención es una pura situación fáctica (no se inicia con la entrada en las dependencias policiales) y la libertad debe contemplarse desde la perspectiva de quien orienta su acción en el marco de normas generales, no la de a quien el Estado le somete a la tesitura de aceptar o resistir un requerimiento efectuado por las fuerzas de seguridad; pues una privación de libertad no deja de serlo por el hecho de que el afectado la acepte²⁷.

A la detención se le pueden aplicar las mismas consideraciones que efectúa el Tribunal Constitucional respecto de la prisión provisional, en el sentido de que se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (STC 27/2008, de 11 febrero).

B. NATURALEZA DE LA DETENCIÓN. PRIVACIONES DE LIBERTAD DISTINTAS DE LA DETENCIÓN

Es conveniente delimitar el objeto de análisis: éste no es cualquier privación de libertad, sino el producido mediante “la detención” por la posible comisión de un hecho aparentemente delictivo, y no es tampoco el de la detención en un sentido amplio (que incluya las detenciones judiciales), sino solo la practicada por las fuerzas de seguridad.

En este ámbito, como regla general solo la autoridad judicial puede privar de libertad, como consecuencia de los artículos 117.3 CE, positivamente al consagrar la exclusividad jurisdiccional, y el artículo 25.3 CE, negativamente, de modo que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que directamente o subsidiariamente impliquen privación de libertad”²⁸. La concreción de lo anterior en el artículo 1 del Código Penal y en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone que solo la autoridad judicial puede acordar restricciones de la libertad de las personas como consecuencia de la existencia de fundadas sospechas de que ha cometido un delito y de acuerdo con el proceso debido²⁹. Por eso, esa detención a la que nos referimos, la detención policial, la regulada en los artículos 489 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es la ejecución de una potestad administrativa con una finalidad autónoma, sino que actúa en prevención de la autoridad judicial, que la confirmará o no³⁰. Así, tiene una naturaleza instrumental del proceso penal, “precautelar”³¹.

Se ha afirmado que “no pueden encontrarse situaciones intermedias entre la detención y la libertad”; lo que significa que, salvo la detención (que cobra sentido a partir de su carácter instrumental respecto del proceso penal), las fuerzas de seguridad no pueden efectuar privación de libertad alguna, por ello, una persona “o está detenida o está libre”. Ello no es así³². Y no solo no es así, sino que son extraordinariamente frecuentes³³.

Posiblemente esta afirmación parte de la sentencia 98/1986 de diez de julio de nuestro

Tribunal Constitucional en la misma se afirmaba: “pues, como acabamos de decir, debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona”³⁴. Sin embargo, debe entenderse que el TC se está refiriendo a la detención, y al análisis del procedimiento de “habeas corpus” y es en el marco de ese entendimiento donde deben situarse las afirmaciones del Tribunal, pero sin extenderlas a otras clases de privaciones de libertad³⁵.

Así en la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 341/1993 (Pleno), de 18 noviembre señala que: “La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de ‘los casos’ a que se refiere el art. 17.1 CE, cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de Ley Orgánica de este art. 20.2 (Disposición final tercera de la LOPSC)”.

C. LÍMITES. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La detención ha de ser “razonable”, pero razonable como un todo, tanto en el momento de la decisión de detener, como durante el transcurso de la misma.

El TEDH afirma que debe procederse a la inmediata puesta en libertad en el momento en que la detención deje de ser razonable. La regla general podemos verla expresada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 29 abril 1999 TW contra Malta, en la que afirma: “El Tribunal lo ha declarado en numerosas ocasiones, el artículo 5.3 del Convenio³⁶ ofrece a las personas arrestadas o detenidas por ser sospechosas de haber cometido un delito, garantías contra la privación arbitraria o injustificada de libertad (ver, entre otras, la Sentencia Assenov y otros contra Bulgaria de 28 octubre 1998, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-VIII, p. 3187, ap. 146). El artículo 5.3, que forma un todo con el artículo 5.1 c), tiene, esencialmente, por objeto imponer la puesta en libertad en el momento en el que la detención deje de ser razonable”.

También el TEDH señala que el control judicial de la detención no sólo debe tener lugar con rapidez, sino que debe ser *automático* (Sentencia De Jong, Baljet y Van den Brink), y que no puede depender de una demanda presentada con anterioridad por la persona detenida. Dicha exigencia modificaría la naturaleza de la garantía ofrecida por el artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es diferente de la prevista por el artículo 5.4, según el cual la persona detenida tiene el derecho de solicitar a un Tribunal que examine la legalidad de su detención (Sentencia De Jong, Baljet y Van den Brink). Podría, incluso privarle de su sustancia, ya que el artículo 5.3 pretende proteger al individuo contra la detención arbitraria garantizando el sometimiento del acto privativo de libertad a un control judicial independiente (Sentencia Kurt contra Turquía de 25 mayo 1998).

Las referencias del Tribunal Constitucional al canon europeo en decisiones relativas a la detención son abundantes, pues desde el inicio el TC ha mantenido la misma concepción relativa a la duración de la prisión preventiva (así STC 341/1993 y 31/1999)³⁷.

D. LÍMITES GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La detención que efectúan las fuerzas de seguridad es una detención instrumental vinculada al proceso penal.

Como regla general, las medidas cautelares vinculadas al proceso penal suponen una injerencia del Estado en ese ámbito propio de la persona a que se hacía referencia en el apartado primero; por lo que esas medidas solo están justificadas en cuanto exista la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicos, sean necesarias, proporcionales, imprescindibles y respeten el contenido esencial del derecho.

Así, las notas que deben concurrir según el Tribunal Constitucional (por ejemplo STC 18/1999 de 22 de febrero) son:

- 1.- Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986).
- 2.- las medidas restrictivas han de ser necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982 y 13/1985),
- 3.- Deben atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989)
- 4.- y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994).

E. LÍMITES CONCRETOS. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN. PLAZO ABSOLUTO Y PLAZO RELATIVO. LA LEY, VEINTICUATRO O SETENTA Y DOS HORAS

En nuestro caso³⁸, en lo referido a la detención, hay unos límites primarios constitucionalmente consagrados.

La traducción respecto del artículo 17 CE de lo expuesto anteriormente con carácter general, de que las medidas cautelares vinculadas al procedimiento penal (y la detención poli-

cial lo es, aunque, éste, como tal, todavía no se haya iniciado) solo están justificadas en cuanto exista la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicos, sean necesarias, proporcionales, imprescindibles y respeten el contenido esencial del derecho, se puede observar en la ya clásica doctrina del Tribunal Constitucional sobre el límite absoluto y relativo en materia de detención, producida en general, en el análisis de la cuestión por vía del recurso de amparo tras los procedimientos de “habeas corpus” (en numerosas ocasiones tras denegarse su incoación³⁹).

Como ejemplo, la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 165/2007, de 2 julio afirma que nuestra Constitución, habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho, somete la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible (SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 8; 224/1998, de 24 de noviembre, F. 3), en consonancia con lo dispuesto en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 5.2 y 3) y en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 9.3), que exigen que el detenido sea conducido “sin dilación” o “sin demora” ante la autoridad judicial.

En ese sentido el TC afirma que el art. 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva: uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, F. 3; 224/2002, de 25 de noviembre, F. 3).

El TC (STC 165/2007) señala que este sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada (STC 179/2000, de 26 de junio, F. 2). En consecuencia, la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasarse el plazo máximo absoluto; es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo, 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 (STC 23/2004, de 23 de febrero, F. 2).

Por ello, el TC ha afirmado (STC 165/2007 que se remite a la 250/2006, de 24 de julio), que “pueden calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente” (F. 3).

Sin embargo habría que efectuar una matización a la doctrina constitucional, y es que, el término “esclarecimiento de los hechos” es extraordinariamente amplio; pueden hacerse actuaciones para las que ya no sea imprescindible que la persona esté privada de libertad o bien pueda ya presentarse ante el juez.

Expuesta en sus líneas generales la posición del Tribunal Constitucional, habrá que ver cuál es la regulación de la Ley.

En su traducción legal, nos encontramos ante la necesidad de conciliar dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Artículo 520.

1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

La detención preventiva 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.

Artículo 496.

El particular, Autoridad o agente de Policía Judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, 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.

Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas⁴⁰.

Frente a interpretaciones que simplemente entienden derogado o inaplicable el artículo 496⁴¹ y que se han convertido en una posición generalizada (o simplemente no cuestionada) entre los jueces, fiscales, abogados y fuerzas de seguridad, otra opción, a mi juicio más razonable, es que la regla general de duración de la detención debe ser de veinticuatro horas.

Hay que partir de que no es lícito destruir los núcleos fijos de sentido que el legislador mediante el lenguaje común fija en los preceptos, máxime si es posible una interpretación que los haga compatibles⁴². El propio artículo 520 dice: “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”; por tanto, se remite a las previsiones legales que, reproduciendo la previsión constitucional, en todo caso no podrán superar las setenta y dos horas; así pues, remite al artículo 496 (lo cual se refuerza con la previsión de los artículos 489 y 295)⁴³. A ello hay que añadir que en el diseño legal no existe la previsión de una entrevista previa con el letrado defensor (ATC 23/2006 de 30.1.2006⁴⁴).

Además, tras las múltiples reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el legislador no ha modificado el artículo 496; por ello no

es razonable, existiendo una expresa previsión legal y un mandato constitucional que lo limita (art 17.1 CE) a “en los casos y en la forma previstos en la ley”, reducir esa regla general en una materia que afecta a un derecho fundamental, ampliando el poder del Estado en perjuicio del ciudadano mediante interpretaciones de esta índole.

Se trata además de interpretaciones contrarias al principio de vigencia (afirmando expresamente que está derogado, o simplemente, obviándolo)⁴⁵, máxime si tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art 5.3º) como el Tribunal de Estrasburgo señalan que toda persona detenida deberá ser conducida *sin dilación* ante un Juez, tal como se ha recogido anteriormente.

Debemos tener en cuenta que un razonamiento destinado a efectuar una interpretación de la Ley que amplíe de ese modo la posibilidad de privación de un derecho fundamental como el que examinamos (“habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho”, dice el TC en la STC núm. 165/2007), frente al tenor literal de un precepto legal, debe justificar que no es posible una interpretación que haga compatibles los preceptos legales y, al mismo tiempo, debe tener una superioridad y desprenderse con tal claridad del texto legal que, a *cualquiera a quien se lo mostráramos* no pudiera presentar una objeción razonable, algo que no ocurre en este caso. Además existiendo una alternativa razonable no debería adoptarse la opción más gravosa⁴⁶.

Finalmente indicar que el art 17.1 CE se remite a la Ley, que puede establecer controles temporales más estrictos dentro del marco constitucional, y, realmente, es paradójico que se utilice al texto constitucional (que opera como límite a la Ley, pero, desde luego, no obliga a que la regulación legal llegue hasta ese límite) y la doctrina del TC para rechazar una normativa más estricta establecida por la legalidad ordinaria y, de ese modo, poder efectuar una interpretación que amplía las posibilidades de limitación por parte del Estado del derecho fundamental. También el Convenio Europeo

de Derechos Humanos y su aplicación por el Tribunal de Estrasburgo, establecen en materia de derechos fundamentales los mínimos que permiten garantizar una especie de espacio común europeo⁴⁷, pero son mínimos; el artículo 53 del Convenio recoge que: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte”. Y, por ello, no podrían utilizarse las Sentencias del TEDH para desautorizar una mayor protección de un derecho fundamental en un Estado, y lo mismo, trasladándolo a nuestro caso, podríamos decir respecto al artículo 17 CE, el TC y nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime si además, el plazo del artículo 496 LECrim es un plazo en ocasiones citado expresamente por el TC, así en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 224/2002, de 25 noviembre: “de modo que su detención habría devenido contraria al art. 17.2 CE por haberse superado el límite relativo previsto en dicho precepto sin que en tal momento se hubiera liberado al detenido o puesto a disposición de la autoridad judicial, habiéndose incluso rebasado el plazo de veinticuatro horas que señala el art. 496.1 LECrim”.

3. DETENCIÓN Y PROCESO PENAL

Como regla de juicio, la STC 81/1998 señala que la presunción de inocencia ha de ser entendida, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable⁴⁸, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

¿Cuándo deben las fuerzas de seguridad proceder a la detención? Pues, tal como se ha indicado con anterioridad, la detención que

efectúan las fuerzas de seguridad es una detención instrumental vinculada al proceso penal.

Es evidente que la actuación policial⁴⁹ no es la propia de la valoración de la prueba practicada en el juicio oral por el juez o tribunal⁵⁰, pero también, que la interpretación de los apartados 1 y 2 del número 4 del artículo 492 LECrim⁵¹: “con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien inerte detener tuvo participación en él”, que es lo que ahora interesa⁵², no puede ser ajena a los parámetros constitucionales.

Del mismo modo que, de acuerdo con el número 3, debe existir un examen del caso que excluya la posibilidad racional de establecer una presunción de comparecencia ante la autoridad judicial cuando sea llamado el afectado.

Estos límites pueden ser imprecisos, pero no desdeñables: “motivos racionalmente bastantes” no puede ser cualquier cosa que el funcionario policial considere, y al mismo tiempo, no pueden generarle tal inseguridad que sea incapaz de hacer su trabajo.

Una posible aproximación es que, *motivos racionalmente bastantes* debe equipararse a los indicios racionales a los que se refiere el artículo 5.1.c del CEDH; se trata de un nivel inferior al necesario para justificar una condena, o, formular acusación (no se exige necesariamente que los indicios tengan esa misma entidad, pues pueden presentarse en una etapa posterior), pero deben existir datos que hagan pensar a un observador objetivo que la persona concernida podría haber cometido una infracción⁵³.

Como regla general, podríamos tomar la propuesta de Vives⁵⁴ que indica que no puede consistir en sospechas o creencias que son realidades meramente anímicas, sino que: “los ‘motivos’ que la ley contempla —“racionalmente bastantes para creer”— han de apoyarse en fundamentos objetivos, pues han de pro-

porcionar razones válidas, según la experiencia, para pensar que una persona determinada ha perpetrado un hecho delictivo”.

4. PERSPECTIVA DEL “CONSUMO DEL DERECHO FUNDAMENTAL”

A. LA NECESIDAD DE MECANISMOS DE CONTROL RELATIVOS AL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES QUE LEGITIMAN LA DETENCIÓN. LA INSUFICIENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

El control del cumplimiento de las condiciones de legitimidad de la detención no puede dejarse exclusivamente en manos del particular privado de libertad a través del mecanismo del procedimiento del *habeas corpus*. Sin negar la importancia del procedimiento de *habeas corpus*, deberían existir mecanismos claros de control por parte de la propia administración, y al mismo tiempo a través de los propios ciudadanos, mediante la publicación de determinados “marcadores” de “consumo” del derecho fundamental.

Nos encontramos ante una medida precauteladora, que solo tiene sentido como medida instrumental del proceso penal, y es que como regla general, tal como se ha indicado, en los supuestos que examinamos solo la autoridad judicial puede privar de libertad, y ello como consecuencia del artículo 117.3 CE, positivamente al consagrar la exclusividad jurisdiccional, y el artículo 25.3 CE, negativamente. De ese modo, la actuación de las fuerzas de seguridad no es la ejecución de una potestad administrativa propia, sino que actúan a prevención de la autoridad judicial, que confirmará o no su actuación.

Sin embargo la capacidad reactiva del ciudadano a través del procedimiento de *habeas corpus* es insuficiente para ese control de legitimidad, por muy variados motivos (a los que,

en algunos casos, no son ajenos los jueces): entre ellos que en numerosas ocasiones, pueden, simplemente, no iniciarlo, pero, de cualquier modo, es evidente que el Estado no puede abstraerse de su obligación de controlar el cumplimiento de las condiciones que legitiman la detención, sin que desde una perspectiva global pueda descansar en los jueces que solo pueden analizarla caso a caso. Pues su obligación respecto de *seguridad* no es solo la de evitar o perseguir la violación de los derechos de los ciudadanos, sino también la de no vulnerarlos él mismo en su actuación⁵⁵.

B. “CONSUMO”, PLANTA JUDICIAL Y CONDUCCIONES

Otra cuestión es que hay que analizar la incidencia de la planta judicial y el sistema de guardias sobre la duración de las detenciones policiales.

Constituye objeto del servicio de guardia (reglamento 1/2005 del Consejo General del Poder Judicial artículo 42) la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial⁵⁶.

Vista la disparidad existente en los partidos judiciales, y consecuentemente en la prestación del servicio de guardia, sería conveniente un estudio de los tiempos de duración medios de las detenciones policiales, para tratar de prevenir y en su caso remediar posibles disfunciones; de modo que fuera posible detectar si un ciudadano pasa más o menos tiempo privado de libertad para la realización de idénticas actuaciones, en función (entre otros factores) de la planta judicial. La Comisión sobre Demarcación y Planta producto del acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión de fecha 24 de abril de 2009 ya proponía la superación del partido judicial como base del modelo; si bien no se refería a esta cuestión en concreto, lo cierto es que señalaba “...deben estudiarse nuevas formulas encaminadas a superar la desfasada división en partidos judiciales propia de otras épocas, y diseñar estructuras territoriales mas homogéneas y acordes con la España actual”.

Habría que analizar cuál es el diseño de las conducciones de detenidos de las fuerzas de seguridad a los juzgados, y si parte de un *consumo* indebido del derecho fundamental pueda deberse a una defectuosa concepción del diseño de la planta judicial y una ausencia de coordinación con las fuerzas de seguridad en el sistema de conducciones; pues ello no puede justificar una prolongación de la detención.

Y es que, estimo que es difícilmente discutible que un ciudadano no puede ver “consumido” su derecho fundamental por parte del Estado para efectuar diligencias similares, según sea la localidad donde se produzca la detención, salvo que concurren causas que lo justifiquen (y no cualesquiera). Por eso, es conveniente regular de modo adecuado “las conducciones”, y además, que haya una justificación adecuada a la no inclusión en una determinada conducción sin que basten referencias genéricas⁵⁷.

Debemos tener en cuenta que el Ministerio Fiscal en su informe recogido en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 224/2002 (Sala Segunda), de 25 noviembre⁵⁸ rechaza la prolongación de la detención por la organización de los servicios del Juzgado de guardia y de conducciones policiales, otorgando el amparo el TC, y expresamente, en ese mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 165/2007, de 2 julio:

“En la demanda de amparo se afirma, por otra parte, que a la detenida, durante el trámite de su declaración policial, le fue comunicado que no sería puesta a disposición judicial hasta el día siguiente, porque ‘sólo se realiza una conducción de detenidos al día, a las nueve de la mañana’. Tal afirmación, si bien no es invocada por el Juez en la resolución judicial que inadmitió a límine la petición de habeas corpus, parece confirmarse por la circunstancia de que la Jefatura Superior de Policía remitió al Juzgado, presentada dicha solicitud, junto con el atestado realizado una copia de un protocolo de colaboración entre los Juzgados y las fuerzas y cuerpos de seguridad, donde se establece como ‘pauta general una única conducción diaria de detenidos al Juzgado de Guardia de Detenidos, antes de las 9:30 horas’. No obstante, este criterio, al parecer asumido por el instructor del atestado policial, no aparece en modo alguno justificado, no sólo porque el propio protocolo preveía entre sus disposiciones que no quedaba excluida la presentación de un detenido

ante el Juez de guardia en hora distinta de la antes señalada, pudiendo así ‘el Juzgado de Instrucción de Guardia recibir detenidos durante las 24 horas cuando las circunstancias así lo aconsejen’, sino, fundamentalmente, porque tal circunstancia, como afirmábamos en su supuesto parecido en la STC 224/2002, de 25 de noviembre, ‘no puede justificar en principio un alargamiento tan desproporcionado del período de detención, una vez declarada la conclusión de las investigaciones policiales, máxime cuando, como acontece en este caso, se había presentado ante el Juzgado de guardia una solicitud de habeas corpus que permitió conocer, una vez remitidas, la conclusión de las diligencias policiales (F. 4)”.

Hay que evitar situaciones en las que por falta de medios personales y materiales en las fuerzas de seguridad o la inadecuación de la planta judicial, probablemente, no supongan la puesta en libertad del detenido para no alargar el periodo de privación de libertad antes de la puesta a disposición a judicial, sino, simplemente, la prolongación de ésta⁵⁹.

C. LA NECESIDAD DE UN CIERTO NIVEL DE REGULARIDAD

Un sistema público debe garantizar la seguridad de las personas, pero debe ser en extremo cauteloso en interferir indebida o erróneamente en la libertad de los ciudadanos. El sistema es razonable si no es inestable provocando pérdidas de libertad irrazonables. Al mismo tiempo, el gobierno de la ley implica el precepto de que casos similares deben ser tratados de un modo similar; ello debería limitar en gran medida la discrecionalidad de los funcionarios policiales, y debe forzar a justificar las distinciones que se hagan. En casos complejos o poco habituales podría ser más fácil justificar decisiones arbitrarias, pero, si aumentan esos casos es difícil justificar juicios incorrectos, y, en cualquier caso, ello no debería ser lo habitual.

D. POSIBLES MECANISMOS DE CONTROL. LA NECESIDAD DE QUE SEAN PÚBLICOS

Tal como se ha visto anteriormente, el número de detenciones anuales practicadas por las fuerzas de seguridad es extraordinariamente

te elevado. La exigencia de regularidad en la práctica global de esta actividad estatal se torna, pues, inexcusable. Sin embargo, los mecanismos de control para la evaluación desde una perspectiva general son insuficientes, siendo imprescindible conocer los datos relativos a la duración del tiempo consumido por las detenciones policiales, su justificación, y la actividad que durante las mismas se realiza.

Una posible vía de control, ante la clara insuficiencia del procedimiento de *habeas corpus*, pues no está diseñado para ese control global, sería la aplicación del artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la forma propuesta, que ya de por sí supondría una cierta homogenización (y posiblemente reducción) del tiempo de duración de las detenciones en circunstancias similares.

En cualquier caso, y sea cual sea la postura que se adopte respecto del artículo 496 y el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe existir un adecuado control de que la actividad de las fuerzas de seguridad se ajusta a los parámetros que se han expuesto. No hay que olvidar que en la medida que es una restricción de la libertad, el Estado “consume” para la realización de su actividad un “combustible”, por así llamarlo, precioso. Así pues, habrá que ver si se consume en demasía o eficientemente pues, por las características de este “combustible”, la ineficiencia estatal supone la violación del derecho del ciudadano.

En ese sentido, parece evidente la necesidad de instaurar *marcadores* tanto “cuantitativos” como “cualitativos” relativos a la eficiencia en el “consumo” del derecho fundamental y un registro y tratamiento adecuado de esa información.

De ese modo se posibilitaría un doble control:

1.- Permitirían medir, tal como se ha indicado, la “eficiencia” en el “consumo” del derecho fundamental (que, en general, es condición de legitimidad de la propia actuación policial) y la detección de posibles disfunciones.

2.- Al mismo tiempo, ese control permitiría detectar y corregir desviaciones en el uso de la

detención, posibles malos usos de la institución para tratar de obtener resultados alejados de su uso legítimo.

En cualquier caso, esa información posibilitaría un control del cumplimiento de las condiciones de legitimidad de privación del derecho fundamental que se han ido exponiendo.

Posibles *marcadores*, podrían ser:

- Duración de la detención provisional y diligencias realizadas.
- Sistema de conducciones y características del partido judicial.
- Supuesto de la LECrim que ampara la detención y breve justificación.
- Sería conveniente tener conocimiento de cuántas coincidencias ha habido entre la valoración inicial del agente y su traducción en una posterior acusación, y, en su caso, condena en el proceso penal.
- También debería efectuarse un análisis de la clase de diligencias que se han practicado: si solo han sido diligencias para preparar la acusación o también para preparar la defensa (artículo 2 de la LECrim).
- Control de la necesidad o no de mantener la situación de privación de libertad para su presentación al Juez.
- Modo en que se efectúa la detención, en el lugar de trabajo, vía pública, etc.
- Número de veces que se pone en libertad a la persona por presumir que comparecerá ante la autoridad judicial y número de ocasiones en que efectivamente es así.

Podrían también instaurarse módulos de tiempo recomendados para los supuestos más generales de detención; así, podrían asignarse tiempos según las actividades realizadas. Lo habitual es que se redacte la intervención de los agentes y en su caso la denuncia, se solicite abogado, y que se lleve a cabo la información de derechos del detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejer-

cita su derecho a no prestarla (que es la regla general). Pues bien, para esa detención “tipo” se podría establecer una duración aconsejable, y analizar las desviaciones que se detectaran para corregir las disfunciones, etc., tratando de llegar a la máxima uniformidad y eficiencia posible en todo el Estado.

En otras palabras, es imprescindible que en la obligación de proporcionar un espacio común de convivencia, y la obtención de un

resultado aceptable en la persecución de violación de derechos de los ciudadanos, el Estado, a su vez, atendida la propia la naturaleza de determinados derechos, no puede para cumplir esa obligación violarlos; por lo que, en el caso de la detención, debe establecer los mecanismos necesarios (y que los resultados sean públicos) para comprobar que está cumpliendo las condiciones que legitiman la privación del derecho fundamental.

NOTAS

1. Este texto parte de la intervención en la mesa redonda sobre el conflicto entre Libertad y Seguridad, en la Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial el 24 de junio de 2010, actividad dirigida por T.S. Vives Antón.

2. Debiendo también establecerse mecanismos frente al poder del Estado y la conducta de particulares.

3. John Rawls señala que “Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar” *Teoría de la Justicia*, página 20, Fondo de Cultura económica, Madrid 1978, y, podríamos añadir también, que ello supone para la persona una posición en los sistemas que lo reconocen de la que carece en aquellos que no. Tom Campbell en “*La Justicia*” Gedisa Barcelona 2002, página 147, recoge críticas al modelo utilitarista de Posner: “Como han señalado muchas críticas, esto representa una base bastante inestable para la defensa de los derechos, ya que podría resultar que, por ejemplo, alguna forma de esclavitud fuese en algunas circunstancias el sistema más eficiente de creación de riqueza. Además como sucede con todas las justificaciones utilitaristas *ad hoc* de los derechos, este enfoque parece alcanzar la respuesta correcta por razones equivocadas, en el sentido de que nuestras objeciones a la esclavitud están basadas en consideraciones distintas de la falta de utilidad. Pocas personas estarían de acuerdo con Posner en que el apartheid está mal simplemente porque es ‘improbable que el ostracismo, la expulsión o la segregación de un grupo productivo incremente realmente la riqueza de la sociedad’”.

4. NAGEL Thomas *Igualdad y parcialidad*, Barcelona, Paidós 2006, muchas de las consideraciones que se efectúan en este apartado provienen del mismo.

5. Es una sentencia que dejó sin efecto la difícilmente comprensible doctrina de *Bowers v. Hadwick* (1986) respecto de los derechos de los homosexuales. En el análisis del entorno (valores que compartimos con otros, dice la sentencia) cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Dudgeon v Reino Unido* (1981), P.G. J.H. v Reino Unido (2001). *Modinos v. Chipre* (1993), y *Norris v. Irlanda* (1988). También el TEDH ha citado al Tribunal Supremo norteamericano, por ejemplo, la importancia de *New York Times Co v. Sullivan* trasciende al derecho norteamericano ya que ha inspirado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así la sentencia del TEDH caso *Lingens contra Austria* de 8 de julio de 1986, sentencia, a su vez, citada por muchas posteriores, por ejemplo, *Castells contra España* de 1992, *Brasilier contra Francia* de 18 de abril de 2006 o *Desjardin contra Francia* de 2007, o bien —en otra materia— la STEDH —Gran Sala— *Jalloh contra Alemania* donde se recoge, *Schrmerber contra California*, *State of Ohio contra Dario Williams* y especialmente *Rochin contra California*.

6. Estimo que el argumento del juez Scalia en su voto particular afirmando que “la 14ª enmienda expresamente permite a los Estados privar a los ciudadanos de su libertad” (Beltrán-González *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC Madrid 2005 pág. 639) no toma suficientemente en consideración lo indicado al inicio respecto a las limitaciones de las mayorías y que además se trata de la aplicación a esa cuestión del derecho sancionador.

7. Véase, por ejemplo, la libertad de expresión y la protección a determinados grupos, lo cual no impide que se valore otorgar algún tipo de reconocimiento/favorecimiento, bajo determinadas condiciones, a través de otros mecanismos distintos a limitaciones de dicha libertad. En un voto particular de O.W. Holmes respecto de la libertad de pensamiento, caso *Schwimmer (United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644—1929—)*, en un supuesto en el que se denegó la

ciudadanía a una mujer de cincuenta años que había declarado en su solicitud que no tomaría las armas para defender el país, afirmó: "La idea de que las optimistas profecías de la solicitante la convierten en una peor ciudadana queda rebatida por su interrogatorio; el cual parece el mejor argumento que puede ofrecerse a favor de su admisión. Algunas de sus respuestas pueden suscitar los prejuicios de mucha gente, pero si se exige un principio de la Constitución que exige adhesión mas imperiosamente que ningún otro ese es el principio de libertad de pensamiento no el libre pensamiento con quienes estamos de acuerdo sino la libertad para el pensamiento que detestamos. Creo que ése es el principio que deberíamos observar en relación tanto con la admisión en este país como con la vida dentro de él" Tomado de *Los votos discrepantes del juez O.W. Holmes*, Justel, Madrid, 2006, Estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastián. Este voto es coherente con lo que Holmes señaló en uno de sus comentarios acerca del juez Stone: "Hace unos setenta y cinco años que aprendí que yo no era Dios. Así, cuando la gente... quiere hacer algo y no encuentro nada en la Constitución que expresamente les prohíba hacerlo, me guste o no, tengo que exclamar...; Maldita sea!, dejarles que lo hagan", SCHWARTZ Bernard *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Cuadernos Civitas Madrid 1989, página 56.

8. No es objeto de este trabajo la cuestión apuntada por Nagel relativa al análisis de las posiciones de Hobbes, que distinguía entre derechos exclusivos y no exclusivos, entendiendo que los derechos exclusivos —derechos que excluyen a otros de interferir directamente con su disfrute o ejercicio, y que, para él, solo pueden surgir a través del abandono por parte de los individuos que entran en la sociedad civil, de amplios fragmentos de los derechos no exclusivos que poseen en el estado de naturaleza—, y las de Locke, que consideraba los derechos exclusivos como derechos naturales y personales; tan solo indicar que, es difícil hablar de derechos sin otros seres humanos, y, por tanto, un cierto asociacionismo (hay cierta similitud con el argumento contra el lenguaje privado que toma su base en Wittgenstein), realmente, en otro caso, el ser humano posiblemente no sería tal como ahora lo concebimos.

9. Ver NAGEL Thomas, *Igualdad y Parcialidad*, Paidós, Barcelona 2006, página 154.

10. NAGEL Thomas, *Igualdad y parcialidad*, Paidós Barcelona 2006, página 154, señala: "Un orden social legítimo no sólo tiene que ser aceptable desde una perspectiva completamente aislada, sino que también debe serlo para cada individuo desde su perspectiva mixta que incluye una combinación similar en los demás. Todo esto plantea ciertas limitaciones estrictas respecto a qué cosas se pueden hacer a cualquier individuo a través del inmenso poder del Estado, ya sea al servicio del bienestar general, de la igualdad o de objetivos perfeccionistas. Hay también, al igual que con la justicia distributiva, un supuesto claro de responsabilidad negativa del Estado sobre las violaciones de derechos que no comete pero que inevitablemente fracasa en prevenir. No parece discutible que el Estado esté obligado a prevenir que sus ciudadanos violen los derechos de otros; pero incluso es más clara su responsabilidad positiva de no violarlos él mismo y, en algunos casos, esto puede hacer que no se atienda a las exigencias de responsabilidad negativa para impedir políticas que, en caso de adoptarse, disminuirían la cantidad global de violaciones de derechos".

11. NAGEL Thomas, *Igualdad y parcialidad*, Paidós, Barcelona 2006, página 159 y 160.

12. La Enmienda IV. de la Constitución norteamericana recoge: "No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino a virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas" y la V: Ninguna persona será obligada a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando se hallen en servicio activo en tiempos de guerra o de peligro público; ni podrá nadie ser sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que pueda ocasionarle la pérdida de la vida o la integridad corporal; ni será compelido en ningún caso criminal a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley; ni se podrá tomar propiedad privada para uso público, sin justa compensación" La traducción completa de la Constitución de los EEUU puede verse en la página web de Lex Juris de Puerto Rico. Sin embargo las traducciones no son idénticas, véanse por ejemplo las diferencias con la traducción de Cato Institute www.elcato.org.

13. Como la Constitución Española, el Convenio Europeo de 26 noviembre 1987, ratificado por Instrumento de 28 abril 1989. Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, el Pacto Internacional de 19 diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 27 abril 1977. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, o el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

14. Artículo 3. Prohibición de la tortura. “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

15. “Artículo 15. Derogación en caso de estado de urgencia. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.”

16. Tomado de FIDALGO GALLARDO Carlos, “*Las ‘pruebas ilegales’: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid 2003, página 430.

17. Se utiliza la traducción de la Sentencia de Patricia Faraldo Cabana en ALÁEZ Corral—ÁLVAREZ Álvarez “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*” Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2008.

18. En ese sentido artículo 5 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales: “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”.

19. RAMIREZ Ortiz Jose Luis, Boletín JpD mayo 2008 Jornada sobre la detención en Mataró: la máquina de la justicia y el otro 0,7%.

20. Evolución de la criminalidad balance de 2008 y 2009, que se refieren al ámbito de actuación de CNP y Guardia Civil. También referido a 2005 el Anuario estadístico del Ministerio del Interior, si bien en ese caso incluye los de la policía autonómica vasca.

21. Crecimiento paralelo ha experimentado la población reclusa, que en abril de 2010 era de 76.676 personas, en el año 2009 76.079, frente a las 73.558 de 2008, y es que ya se ha recogido en los medios de comunicación (por ejemplo en La Vanguardia de 14.6.2010) que somos el país de Europa occidental con un porcentaje superior de presos por habitante. También es llamativa la distribución por sexos, pues más del 90% de la población reclusa es masculina.

22. THAMAN C. Stephen, “*Detención y prisión provisional en los Estados Unidos*” Cuadernos de derecho Judicial XVIII 1996 CGPJ

23. Preocupación que lamentable solo se ha recogido cuando afectó a determinadas personas de relevancia pública.

24. RAWLS John, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultera Económica, México 1995.página 234. Rawls, en otro lugar, página 274 habla de que la libertad es un complejo de derechos y deberes definido por las instituciones. Sobre la problemática de la libertad puede verse VIVES ANTÓN T.S. “La libertad como pretexto” Tirant lo Blanch, Valencia 1995 páginas 387 y ss.

25. Que no se identifica con la libertad de circulación del artículo 19 de la Constitución, RAMIREZ-VALERA, *Doce tesis en materia de detención policial*, Jueces para la Democracia, Información y Debate, julio de 2008.

26. VIVES Antón TS, “La detención”, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1977, página 17.

27. Así, el Tribunal Constitucional señala en la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 341/1993 (Pleno), de 18 noviembre que: “libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17.1 de la Constitución cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención, y bien claro está que si éste del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad perderían toda objetividad las garantías del art. 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la

persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 1971, Caso de Wilde, Ooms y Versyp, II, 65)”.

28. GIMENO Sendra Vicente. El proceso de habeas corpus. Tecnos 1996, página 15. RAMÍREZ-VARELA, *Doce tesis en materia de detención policial*, Revista Información y debate, jueces para la Democracia julio 2008. Tesis 4, página 33.

29. GIMENO Sendra Vicente. El proceso de habeas corpus. Tecnos 1996, página 28.

30. En ocasiones se analizan otras cuestiones, así en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfGE 104, 220 [Detención para efectos de extradición] “La pérdida de libertad a consecuencia de una detención (aquí: detención para efectos de extradición) constituye un indicio de la existencia de un *interés de rehabilitación* [de la buena fama] de la persona afectada. Tal interés se encuentra protegido por el Art. 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental, el cual garantiza el derecho de los particulares a que los actos de autoridad —que vulneren derechos de los particulares— puedan ser sometidos al control jurisdiccional. Este derecho subsiste aun cuando el acto de autoridad se haya consumado. El otorgamiento de protección jurídica no puede depender de la manera concreta en que se desarrolla el proceso, como tampoco depende del momento en el que se llevó a cabo el acto ni de la circunstancia de que la protección jurídica habitualmente puede ser obtenida antes de que concluya la detención”. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

31. GIMENO Sendra Vicente. *El proceso de habeas corpus*. Tecnos 1996, página 28. En el sentido de instrumentalizado respecto del proceso penal también Barona Vilar Silvia, en *Derecho jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch Valencia 2007 página 480.

32. Sobre la privación de libertad de los testigos para ser conducidos a juicio puede verse Salvador Camarena Grau, en, *99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, junto con Roser Bach Fabregó, Juan Igartua Salaverría, Juan José López Ortega, Manuel Miranda Estrampes, Jaime Moreno Verdejo, María Poza Cisneros, José Manuel Sánchez Siscart Grupo de Investigación dirigido por Javier Hernández García, CGPJ Manuales de Formación Continuada 51/2009.

33. En el año 2008 se produjeron 8.881.317 identificaciones del art 20 LOPSC de las que 8.661.672 lo fueron en la vía pública y 219.645 lo fueron en dependencias policiales, fuente: Anuario estadístico 2008 del Ministerio del Interior, que puede obtenerse en su página web.

34. Previamente el TC había señalado: “Una recta identificación del concepto de “privación de libertad”, que figura en el art. 17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que disponen el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el juzgador “a quo” cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos”.

35. Así por ejemplo VEGA RUIZ, Jose Augusto de; y GRANADOS PÉREZ Carlos en, *La prueba en el proceso penal*, CGPJ 1/1992 para la conducción forzosa de testigos prevista en la LECrim.

36. “Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer 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 en juicio”.

37. Sobre la recepción de la doctrina del TEDH por el TC puede verse QUERALT Giménez Argelia, “La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2008.

38. Un análisis de la detención en los EEUU puede verse en THAMAN Stephen C., en “*Detención y prisión provisional en los Estados Unidos*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Detención y prisión, CGPJ 1996 XVIII.

39. Es necesaria una adecuada recepción de la doctrina constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales, atendido el volumen de recursos de acaparo que ha generado esta cuestión, y sería conveniente un adecuado análisis de su causas que excede del objeto de este trabajo, tan solo apuntar, que entiendo que no puede desvincularse, entre otros factores, del modelo de juez y su posición en la fase de instrucción.

40. Idéntico plazo en el artículo 104.3 de la Ley Fundamental alemana: “3. Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante el juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de la detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones. El juez deberá asimismo y sin demora dictar auto razonado y escrito de prisión o disponer la puesta en libertad”

41. Por ejemplo, BARONA Vilar, Silvia, *Garantías y derechos de los detenidos*, Derechos procesales fundamentales, Manuales de formación continuada, 22/2004 señala;”El art. 496 de LECrim prevé un límite de veinticuatro horas; el art. 520.1 II, LECrim (redactado conforme a la LO 14/1983, de 12 de diciembre), establece que no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario y, en todo caso, nunca de duración superior a setenta y dos horas; y el art. 17.2 CE fija el límite máximo en setenta y dos horas (...):

a) El límite de veinticuatro horas del art. 496 supuso, desde la promulgación de la LECrim, un elemento de difícil integración con los códigos penales y las Constituciones aprobadas a lo largo del siglo XX, dado que en éstos se hacía referencia al límite máximo de setenta y dos horas, tanto para delimitar lindes constitucionales como para fijar los elementos del tipo penal de detenciones ilegales.

b) El art. 17.2 CE mantuvo lo que venía siendo una constante en los textos anteriores, dejando claro que este precepto supone la fijación temporal máxima constitucional de la detención, de manera que el legislador ordinario no podría rebasarlo, si bien podría determinar un plazo legal ordinario menor. (...) La pluralidad de interpretaciones todavía hoy están presentes. Hay autores que defienden que el límite legal ordinario es el que marca la LECrim en el art. 496 (veinticuatro horas), si bien otros utilizan el tenor literal del art. 520.1.II, redactado por LO 14/1983, para dar viabilidad a dos posiciones diferentes: “*dentro de los plazos establecidos en la presente ley*” permitiría argumentar en favor de la pervivencia del plazo de veinticuatro horas del art. 496; por otro lado, el tenor literal de “...y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas” podría, incluso integrándolo con fundamentos históricos, apoyar la derogación del plazo de veinticuatro horas; opinión ésta última que compartimos, atendida la jurisprudencia del TS, que ha entendido que debe prevalecer el texto constitucional, si bien interpretada desde la doctrina del TC, que insiste en que la detención no debe durar más tiempo del estrictamente necesario, lo que comporta que este plazo es máximo, y como tal debe ser utilizado, evitándose las dilaciones injustificadas”. Sin embargo esos fundamentos históricos, que no se recogen, no pueden ser determinantes y permiten llegar a la conclusión contraria, véanse las obras citadas de VIVES Antón y GIMENO Sendra, ni tampoco es una cuestión cerrada en la jurisprudencia del TS, es cierto que la STS núm. 457/1999, de 19 junio dice que: “En lo que respecta al tiempo legal máximo que puede durar la detención cautelar, el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone ciertamente que el detenido habrá de ser puesto en libertad o a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes. Sin embargo el artículo 520, según la redacción dada por LO 14/1983, de 12 de diciembre, y el propio artículo 17.2 de la Constitución Española determinan un plazo de setenta y dos horas. Aunque un cierto sector doctrinal ha sostenido que la Constitución Española establece una duración máxima que la Ley ordinaria puede restringir, viene en general entendiéndose que, siendo la Constitución Española norma jerárquicamente superior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y posterior en el tiempo, ha modificado el artículo 496. Esta interpretación es la mantenida por esta Sala como por ejemplo en la Sentencia de 11 de octubre de 1988 considerando que debe prevalecer el Texto Constitucional cuyo criterio ha sido corroborado por la LO 14/1983”, posteriormente admite que es algo discutido, por ejemplo en la STS núm. 672/2001, de 11 abril, sin que en las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal posteriores a dichas resoluciones (entre ellas la relativa a la prisión provisional), se haya efectuado modificación alguna en la redacción del artículo 496.

42. A mi juicio idéntica conclusión cabría extraer de *Corley v. United States* (2009):“(...) Justice Frankfurter’s point in *McNabb* is as fresh as ever: “The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards”. 318 U. S., at 347. *McNabb-Mallory* is one of them, and neither the text nor the history of §3501 makes out a case that Congress meant to do away with it.

The Government’s fallback claim is that even if §3501 preserved a limited version of *McNabb-Mallory*, Congress cut out the rule altogether by enacting Federal Rule of Evidence 402 in 1975. Act of Jan. 2, Pub. L. 93–595, 88 Stat. 1926. So far as it might matter here, that rule provides that “[a]ll relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority”. The Government says that *McNabb-Mallory* excludes relevant evidence in a way not “otherwise provided by” any of these four authorities, and so has fallen to the scythe.

The Government never raised this argument in the Third Circuit or the District Court, which would justify refusing to consider it here, but in any event it has no merit. The Advisory Committee's Notes on Rule 402, which were before Congress when it enacted the Rules of Evidence and which we have relied on in the past to interpret the rules, Tome v. United States, 513 U. S. 150, 160 (1995) (plurality opinion), expressly identified McNabb-Mallory as a statutorily authorized rule that would survive Rule 402: "The Rules of Civil and Criminal Procedure in some instances require the exclusion of relevant evidence. For example, ... the effective enforcement of ... Rule 5(a) ... is held to require the exclusion of statements elicited during detention in violation thereof". 28 U. S. C. App. , pp. 325-326 (citing Mallory, 354 U. S. 449, and 18 U. S. C. §3501(c)); see also Mallory, supra, at 451 ("Th[is] case calls for a proper application of Rule 5(a) of the Federal Rules of Criminal Procedure ..."). Indeed, the Government has previously conceded before this Court that Rule 402 preserved McNabb-Mallory. Brief for United States in United States v. Payner, O. T. 1979, No. 78-1729, p. 32, and n. 13 (1979) (saying that Rule 402 "left to the courts ... questions concerning the propriety of excluding relevant evidence as a method of implementing the Constitution, a federal statute, or a statutorily authorized rule," and citing McNabb-Mallory as an example). The Government was right the first time, and it would be bizarre to hold that Congress adopted Rule 402 with a purpose exactly opposite to what the Advisory Committee Notes said the rule would do"

43. Art 489 "Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban". También parece coherente con la regulación general del atestado recogida en el artículo 295 LECrim: "En ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieren practicado"

44. A mi juicio, con la actual regulación ello no debería significar una negativa sistemática a su práctica cuando se solicitara, aunque el Auto del TC rechazara la admisión a trámite del amparo que se le pedía. El TC entendió que esta cuestión no afectaba a las garantías constitucionales y que era permisible su diseño de ese modo por la ley considerando que no afectaba al núcleo esencial de la asistencia letrada, sin que se vulnerara el derecho de defensa con la no previsión legal de una entrevista previa con el letrado defensor antes de la declaración policial (ATC 23/2006 de 30.1.2006). Sin embargo seguramente el TC no tuvo en cuenta su *trascendencia práctica* debido a la actual *desregulación* del proceso penal. No es posible analizar en estos momentos la problemática suscitada por el Auto del TC y el posterior Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 28.11.2006 relativo a la valoración de las manifestaciones del imputado, algo que el Auto del TC no entra a analizar. Puede verse un análisis del alcance del mencionado acuerdo en MENÉN-DEZ de Luarda Colmenero Miguel, *La confesión del acusado como única prueba de cargo*, en la revista Información y Debate de Jueces para la Democracia número 64 de marzo de 2009. El estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Sala II respecto del mencionado Acuerdo puede verse en la STS 8.7.2010 (Ponente Sr. Ramos Gancedo): "Por otra parte, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó que "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". Acuerdo que fue seguido de las STS n.º 1215/2006, de 4 de diciembre. En estos casos, aun cuando la declaración sea valorable, la prueba de cargo no viene constituida, en realidad, por el contenido de la declaración policial considerado en sí mismo y aislado de cualquier otro elemento, sino por el dato objetivo de carácter incriminatorio ya aportado en esa declaración, cuya realidad ha sido posteriormente comprobada por otros medios, siempre que haya sido incorporado válidamente al juicio oral. Asimismo, nada impide que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del plenario con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones, especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas a los que se acaba de hacer referencia, pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo incriminan. Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal debe proceder a la valoración de los datos objetivos contenidos en aquella declaración cuya realidad haya sido comprobada, una vez incorporados debidamente al plenario por cualquiera de los medios admitidos por la jurisprudencia, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas en función de la valoración conjunta de la prueba"

45. Ésta es la posición, por ejemplo del Tribunal Supremo norteamericano en el ámbito del derecho penal sustantivo (*Flores-Figueroa v United States*, 4.5.2009).

46. No es posible una mayor extensión en esta cuestión, pero el "*más allá de toda duda razonable*" también debería operar aquí vista la naturaleza de las normas afectadas. En la Sentencia 109/1986 el Tribunal Constitucional ya afirmó que la presunción de inocencia: 1.- "El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2.º del art.

24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”.

47. Sobre esta materia puede verse QUERALT Jiménez Argelia, “La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, páginas 97 y ss.

48. Un análisis del “más allá de toda duda razonable” puede verse en VIVES ANTÓN T.S. Teoría&Derecho revista semestral junio/diciembre 2007 Tirant lo Blanch.

49. La Instrucción 12/2007 de la Secretaria de Estado de seguridad recoge: “1.- La detención constituye la medida cautelar personal llevada a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por la que se limita provisionalmente el derecho a la libertad de una persona. 2.- Decidida la procedencia de la detención, el agente policial deberá llevarla a cabo con oportunidad, entendiendo ésta como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla, ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal”.

50. Las dificultades en la relación entre jueces de instrucción y fuerzas de seguridad, puede verse en RAMIREZ Ortiz José Luis. “Jueces y Policías”, Revista del Poder Judicial 88, primer trimestre de 2009, páginas 88 y ss.

51. *Artículo 489.* Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. *Artículo 490.* Cualquiera persona puede detener: 1º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2º Al delincuente “in fraganti”. 3º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionados en el número anterior. 6º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía. *Artículo 491.* [El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior. *Artículo 492.* La Autoridad o agente de Policía Judicial tendrá obligación de detener: 1º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código Penal superior a la de prisión correccional. 3º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. *Artículo 495.* No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle.

52. Las limitaciones de este trabajo impiden una mayor extensión del análisis, como por ejemplo, al caso del artículo 490.2: 2º Al delincuente “in fraganti”.

53. ENCINAR del Pozo, Miguel Ángel, *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad*, en Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos, Estudios de Derecho Judicial CGPJ número 155/2009, página 161 y ss. con citas de Fox, Campbell y Hartley, STEDH 30.8.1990, caso Murray, STEDH 28.10.1994, caso Elci STEDH 13.11.2003 o caso Tomecki, STEDH 20 de mayo de 2008,

54. VIVES Antón TS, “La detención”, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1977, página 71.

55. La Ertzaintza ha dado un paso en ese sentido, habiendo obtenido un certificado UNE-EN-ISO 9002, otorgado por Aenor, como aval de calidad para el procedimiento que supervisa todas las detenciones que se realizan en su principal centro policial, la comisaría de Deusto, en Bilbao, fuente: <http://datos.ertzaintza.net>

56. El reglamento distingue, a partir de su artículo 50 entre partidos judiciales donde haya treinta y tres o más Juzgados de Instrucción, con un servicio de guardia diario de veinticuatro horas de duración, iniciándose a las nueve de la mañana (art. 51), distinguiendo después en partidos judiciales partidos judiciales con trece o mas Juzgados de Instrucción, (artículo 55), con diez o más Juzgados de Instrucción (artículo 57), con ocho o más Juzgados de Instrucción (artículo

59), y luego resto de partidos y partidos con Juzgados mixtos (artículo 60), hasta llegar (artículo 61) partidos judiciales en que existe un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y en el que el servicio de guardia será permanente y se prestará durante la jornada ordinaria de trabajo, sin que la misma experimente alteración alguna. Si bien, fuera de dicha jornada, el Juez y el Secretario del Juzgado, así como el funcionario o funcionarios a los que por turno corresponda, permanecerán en situación de disponibilidad y en condiciones de continua localización para atender puntualmente a cualesquiera incidencias propias del servicio de guardia que pudieren suscitarse, en cuyo caso se incorporarán al mismo de forma inmediata.

57. Por ejemplo, a que “no está terminado el atestado”.

58. Como recogen Ramírez Ortiz-Valera Castejón, obra citada.

59. Relata THAMAN C. Stephen, “*Detención y prisión provisional en los Estados Unidos*” Cuadernos de Derecho Judicial XVIII 1996 CGPJ, que los tribunales de St. Louis Missouri, donde supervisaba un programa con estudiantes en la Oficina del Fiscal, ordenaban la libertad provisional en casi todos los casos de tráfico de drogas debido a la falta de espacio en la cárcel, mientras que en el Condado de Alameda, California, donde trabajó como fiscal en los años 1976-1987, la mayoría de los imputados en casos semejantes permanecían en prisión hasta el juicio oral, añadiendo que el estado de muchas cárceles municipales, que albergan a la gran mayoría de los detenidos en espera de juicio oral, es terrible y a menudo peor que las cárceles estatales, donde los reos cumplen sus condenas privativas de libertad.

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2010

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011