



TESIS DOCTORAL

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y DE LA
EMPRESA

Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la
Empresa

Las medidas cautelares penales personales en el
proceso penal español y su vinculación con los
Derechos Fundamentales (especial referencia a las
recomendaciones internacionales en materia de
Derechos Humanos).

Autor:

César Augusto Giner Alegría.

Director:

Dr. D. Juan José Nicolás Guardiola.

Murcia, febrero de 2014



UCAM

**Universidad Católica
San Antonio**

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA TESIS
PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. Juan José Nicolás Director de la Tesis Doctoral titulada *Las medidas cautelares penales personales en el proceso penal español y su vinculación con los Derechos Fundamentales (especial referencia a las recomendaciones internacionales en materia de Derechos Humanos)* y realizada por D. César Augusto Giner Alegría en el Departamento de Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Empresa, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

LO QUE FIRMO, PARA DAR CUMPLIMIENTO A LOS REALES DECRETOS 56/2005 Y 778/98, EN MURCIA, FEBRERO DE 2014.

Fdo: Juan José Nicolás Director

AGRADECIMIENTOS

A todas las personas que hicieron posible este proyecto, muchas gracias por su apoyo y enseñanza. De forma muy especial, quiero dejar constancia de mi agradecimiento al Dr. Juan J. Nicolás Guardiola, al que nunca podré corresponder como merecería tantos años de conocimiento y sabiduría empleados en mi formación. Por si no fuera suficiente la deuda de gratitud que con él tengo contraída, me ha distinguido al dirigir esta Tesis, y me honra cada día con su personal trato y afecto. Gracias, de corazón, por ser un verdadero maestro.

Especial reconocimiento merecen mi madre, que me enseñó a valorar el esfuerzo y la constancia, así como, mis hermanos Ricardo, Julián y Amalia por estar siempre presentes.

A mis amigos M^a Ángeles García, Inmaculada Esparcía, Juan Torres, Mario Lara y Marisol Dura, por su aliento y comprensión.

A mis compañeros de Master, especialmente a Salvador F. Ruiz, Milagros López y Fuensanta Vivancos, con los que inicié la aventura de la investigación, así como, a los profesores del mismo.

Muy especialmente quiero agradecer a la Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM), y en particular, al “Departamento de Ciencias Jurídicas y de la Empresa” por aceptarme y permitirme la realización de esta Tesis y, al personal del Vicerrectorado de Investigación y del Servicio de Biblioteca por toda sus atenciones.

“Una ley rigurosa produce muchas veces los mayores crímenes”

Voltaire.

INDICE

| | Pag. |
|--|------|
| I. INTRODUCCIÓN. | 25 |
| II. OBJETIVOS CIENTIFICOS. | 33 |
| III. METODOLOGÍA. | 37 |
| IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION. | 41 |
| V. ANTECEDENTE HISTORICOS: POSITIVACIÓN DE LA DETENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. | 47 |
| V.1. EL ESTATUTO DE BAYONA. | 50 |
| V.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1812. | 51 |
| V.3. ESTATUTO REAL DE 1834. | 54 |
| V.4. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1837. | 56 |
| V.5. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1845. | 57 |
| V.6. PROYECTO CONSTITUCIONAL DE 1852. | 58 |
| V.7. CONSTITUCIÓN "NON NATA" DE 1856. | 59 |
| V.8. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1869. | 61 |
| V.9. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA REPÚBLICA DE 1873. | 64 |
| V.10. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1876. | 67 |
| V.11. ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL DE 1929. | 68 |

| | |
|--|-----|
| V.12. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA DE 1931. | 70 |
| V.13. LEYES FUNDAMENTALES DEL REINO DE 1967. | 71 |
| VI. ANTECEDENTE HISTORICOS: POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. | 73 |
| VI.1. SIGLO XVI. | 77 |
| VI.2. SIGLO XVII. | 78 |
| VI.2.1. La Petición de Derechos de 1628. | 78 |
| VI.2.2. Cuerpo de libertades de la bahía de Massachusetts. | 79 |
| VI.2.3. El Hábeas Corpus de 1679. | 79 |
| VI.2.4 La Declaración de Derechos de 1689. | 81 |
| VI.3 SIGLO XVIII. | 82 |
| VI.3.1. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776. | 82 |
| VI.3.2. Declaración de independencia de los Estados Unidos de 1776. | 84 |
| VI.3.3. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. | 86 |
| VI.3.4 La Carta de los Derechos de Norteamérica de 1791. | 89 |
| VI.4. SIGLO XIX. | 91 |
| VI.5. SIGLO XX. | 95 |
| VI.5.1. La positivación de los Derechos Humanos en la Primera Mitad del S. XX. | 95 |
| VI.5.2. La positivación de los Derechos Humanos en la Segunda Mitad del S. XX. | 101 |
| VII. DERECHOS HUMANOS. | 107 |

| | |
|--|-----|
| VII.1. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. | 110 |
| VII.2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. | 115 |
| VII.3. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. | 117 |
| VII.4. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. | 123 |
| VII.5. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. | 128 |
| VII.6. DECLARACIONES DE DERECHOS EN ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DEL ESTADO ESPAÑOL. | 131 |
| VIII. LA DETENCIÓN POLICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. | 135 |
| VIII.1. CONCEPTO DE DETENCIÓN. | 137 |
| VIII.1.1. La detención por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. | 139 |
| VIII.1.1.1. La detención por el Cuerpo de Mossos de Escuadra. | 141 |
| VIII.1.1.2. La detención por la Ertzaintza. | 143 |
| VIII.1.1.3. La detención por la Policía Foral. | 146 |
| VIII.1.2. Entrega del detenido y actuaciones del Juez. | 148 |
| VIII.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN. | 149 |
| VIII.2.1. Situación jurídica del detenido. | 151 |
| VIII.2.2. Detención ilegal. | 152 |
| VIII.2.3. Procedimiento del habeas corpus. | 155 |

| | |
|--|-----|
| VIII.3. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA DETENCIÓN. | 157 |
| VIII.4. LA DETENCIÓN COMO PRIVACIÓN DE LIBERTAD. | 160 |
| VIII.4.1. La detención preventiva. | 160 |
| VIII.4.2. La detención provisional. | 163 |
| VIII.5. INCOMUNICACIÓN DEL DETENIDO. | 164 |
| VIII.6. GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN LA DETENCIÓN. | 169 |
| VIII.6.1. Límite temporal de la detención. | 170 |
| VIII.6.2. Los derechos de detenido. | 175 |
| VIII.7. DETENCIÓN EN SUPUESTOS ESPECIALES. | 181 |
| VIII.7.1. Detención de menores. | 181 |
| VIII.7.2. Detención de extranjeros. | 186 |
| VIII.7.2.1. Centro de internamiento de extranjeros. | 191 |
| VIII.7.3. Detención de militares. | 193 |
| VIII.7.4. Detención de Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal. | 195 |
| VIII.7.5. Detención de Diputados y Senadores de las Cortes Generales. | 196 |
| VIII.7.6. Detención de miembros del Gobierno Central y Autonómico. | 199 |
| VIII.7.7. Detención de Jefes de Estado extranjero, representantes diplomáticos, miembros del personal administrativo y técnico y los miembros de sus respectivas familias que no sean españoles. | 200 |
| VIII.7.8. Detención de funcionarios consulares. | 202 |
| VIII.7.9. Detención administrativa. | 203 |

| | |
|---|-----|
| VIII.8. ANÁLISIS ACTUAL DE LA DETENCIÓN EN ESPAÑA. | 208 |
| VIII.9. EXTRADICIÓN, ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA, Y DERECHOS FUNDAMENTALES. | 213 |
| VIII.9.1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Extradición. | 214 |
| VIII.9.2. Orden Europea de detención y entrega. | 217 |
| VIII.9.2.1. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002. | 217 |
| VIII.9.2.2. Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de detención y entrega. | 220 |
| VIII.9.3. Protección de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico de la Euro-Orden. | 224 |
| IX. LA PRISIÓN PROVISIONAL. | 233 |
| IX.1. CONCEPTO DE PRISIÓN PROVISIONAL. | 236 |
| IX.1.1. Presupuestos de la prisión provisional. | 240 |
| IX.2. REQUISITOS PARA DECRETAR LA PRISIÓN PROVISIONAL. | 242 |
| IX.3. TIEMPO Y FORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL. | 246 |
| IX.3.1. Tiempo de la prisión provisional. | 246 |
| IX.3.2. Simultaneidad de causa penada y prisión provisional. | 249 |
| IX.3.3. Forma de la prisión provisional. | 252 |
| IX.3.4. Medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. | 254 |
| IX.4. ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA. | 256 |
| X. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO | 261 |

PENAL.

| | |
|---|-----|
| X.1. LA CITACIÓN JUDICIAL. | 263 |
| X.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL. | 265 |
| X.2.1. La retirada de pasaporte. | 268 |
| X.2.1.1. Retirada del pasaporte como medida cautelar en un expediente de expulsión. | 270 |
| X.2.2. Obligación de comparecencia ante el Juez o Tribunal. | 272 |
| X.2.3. La prohibición de conducir vehículo a motor. | 273 |
| X.2.4. Prohibición de acercarse a la víctima o a determinados lugares. | 274 |
| X.3. LAS FIANZAS EN EL PROCESO PENAL. | 275 |
| X.3.1. Fianza para asegurar la situación personal de libertad provisional. | 276 |
| X.3.2. Fianza para asegurar las responsabilidades pecuniarias de la causa. | 277 |
| X.3.3. Fianza para asegurar la responsabilidad civil de terceras personas. | 279 |
| XI. MEDIDAS LIMITADORAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL. | 281 |
| XII. DERECHO COMPARADO. | 289 |
| XII.1 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN FRANCIA. | 294 |
| XII.1.1 La detención policial en Francia. | 294 |
| XII.1.2. La prisión provisional en Francia. | 297 |

| | |
|--|-----|
| XII.2. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN ITALIA. | 300 |
| XII.2.1. La detención policial en Italia. | 302 |
| XII.2.2. La prisión provisional en Italia. | 304 |
| XII.2.3. Adopción de otras medidas cautelares en Italia. | 304 |
| XII.3. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN PORTUGAL. | 305 |
| XII.3.1. La detención policial en Portugal. | 305 |
| XII.3.2. La prisión provisional en Portugal. | 307 |
| XII.3.2.1. Otras medidas cautelares penales personales. | 309 |
| XII.4. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN PERÚ. | 310 |
| XII.4.1. La detención policial en Perú. | 310 |
| XII.4.2. La prisión preventiva en Perú. | 313 |
| XIII. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES. | 317 |
| XIII.1 INSTRUMENTOS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. | 319 |
| XIII.1.2. Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia. | 322 |
| XIII.2. LA PROTECCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS. | 326 |
| XIII.2.1. Consejo de Europa. | 327 |
| XIII.2.2. Los Derechos Humanos en la Unión Europea. | 328 |
| XIII.2.3. El sistema europeo. | 330 |
| XIII.2.4. Convenio Europeo de Derechos Humanos. | 332 |
| XIII.2.5. Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las | 335 |

| | |
|--|-----|
| Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. | |
| XIII.2.5.1. Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. | 339 |
| XIII.2.6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. | 341 |
| XIII.2.7. Organización para Seguridad y Cooperación en Europa. | 344 |
| XIII.2.8. Comisionado Europeo para los Derechos Humanos. | 346 |
| XIII.2.8.1. El Comisionado de Derechos Humanos. | 347 |
| XIII.2.9. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. | 350 |
| XIII.3 SISTEMAS SUPRANACIONALES DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. | 352 |
| XIII.3.1. Naciones Unidas. | 353 |
| XIII.3.1.1. La Carta de Naciones Unidas. | 354 |
| XIII.3.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos. | 356 |
| XIII.3.1.3. Otros mecanismos internacionales de las Naciones Unidas. | 358 |
| XIII.3.2. Protección internacional regional de los Derechos Humanos. | 361 |
| XIII.3.2.1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. | 362 |
| XIII.3.2.1.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. | 363 |
| XIII.3.2.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos. | 365 |
| XIII.3.2.1.3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. | 366 |
| XIII.3.2.1.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. | 368 |
| XIII.3.2.2. Protección de los Derechos Humanos en África. | 370 |

| | |
|-------------------------------|-----|
| IVX. CONCLUSIONES. | 375 |
| XV. FUENTES. | 391 |
| XV.1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS. | 393 |
| XV.1. FUENTES JURÍDICAS. | 415 |
| XV.3. OTRAS FUENTES. | 422 |

TABLA DE ABREVIATURA

ART. Artículo.

ARTS. Artículos.

CE. Constitución Española de 1978.

CEDH. Convención Europea de Derechos Humanos.

CNP: CUERPO NACIONAL DE POLICIA.

CP. Código Penal.

CPT. Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.

CSCE. Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa.

DIR. Director.

ECRI. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.

EDIC. Ediciones.

EDIT. Editorial.

EE.UU. Estados Unidos.

FYCSE: FUERZAS Y LOS CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO.

LECRIM. Ley de enjuiciamiento Criminal.

LJCA. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LO. Ley Orgánica.

LORPM. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

LOPJ. Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 24 -

Nº. Número.

OEA. Organización de Estados Americanos.

OSCE. Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa.

OUA. Organización para la Unidad Africana.

PFO. Párrafo.

PAG. Página.

PP. Páginas.

REVISTA. Rev.

S. Siglo.

SIDH. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

STC. Sentencia del Tribunal Constitucional.

SSTC. Sentencias del Tribunal Constitucional.

STS. Sentencia del Tribunal Supremo.

SSTS. Sentencias del Tribunal Supremo.

TC. Tribunal Constitucional.

TS. Tribunal Supremo.

TSJ. Tribunal Superior de Justicia.

VOL. Volumen.

I. INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.

La protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática.

Una de las conquistas más importantes de la sociedad, en su búsqueda de hitos fundamentales para regular la convivencia tanto a nivel nacional como internacional, ha sido sin duda, el consenso alcanzado respecto a la noción de Derechos Humanos y plasmada en la Declaración Universal de 1948¹.

Pero no es menos cierto que, junto a solemnes y amplios textos internacionales que los reconocen, la historia ha conocido y aún conoce brutales violaciones e incumplimientos de los mismos. Es por ello, la importancia de establecer mecanismos jurídicos idóneos para garantizarlos, a través de un proceso denominado: positivación de los Derechos Humanos.

Ya Beccaria, en su obra "Tratado de los delitos y las penas" expresó que: "El fin de la pena no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales, luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo".

Debemos tener presente que la noción de medida cautelar, en cuanto concepto genérico bajo que el cual se engloban una serie de medidas que presentan similares características y presupuestos, fue una noción que surgió de la mano de la moderna ciencia procesal y que alcanzó en la Escuela italiana de Derecho Procesal, de la primera mitad del Siglo XX, su más brillante expresión.

Las medidas cautelares de carácter personal han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del

¹ El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".

proceso el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia. Una característica común a todas las medidas cautelares es su carácter excepcional. Esto significa que sólo proceden cuando resultan estrictamente necesarias para asegurar la ejecución de la sentencia.

Por ello, la limitación del derecho a la libertad personal del imputado, sólo ha de ser aplicado cuando concurren los presupuestos establecidos en las leyes y, es por ello, que el *ius puniendi* se encuentra sujeto a una serie de principios que como recuerda Cobo del Rosal y Vives Antón en su obra “Derecho Penal” son: “El de legalidad, el de prohibición de exceso o de proporcionalidad en sentido amplio, el principio ne bis in idem, el principio de igualdad y la presunción de inocencia”.

Nuestra Constitución propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, como bien jurídico que consagra como derecho fundamental en sus artículos 9.2 y 17.1, para cumplir el mandato constitucional que nos encomienda el artículo 104 de esta norma suprema y garantizar la seguridad ciudadana, los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado, bajo la dependencia del Gobierno han de cercenar en ocasiones ese bien tan preciado que es la libertad, sin que, ello suponga una vulneración del ordenamiento jurídico, siempre que se haga en los supuestos que la Ley establece y de acuerdo a los principios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad que debemos valorar aún someramente previamente a cualquier detención.

Además, junto al Derecho a la libertad se encuentra también, el de la presunción de inocencia del imputado que viene regulado en el art. 24 de la CE, que expresa que: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por

razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos²".

La Constitución francesa de 1958, que acoge este principio de una manera singular, puesto que su preámbulo adhiere expresamente a la Declaración de 1789, que establece que: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, conformada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946.

En virtud de esos principios y del de libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los territorios de ultramar que manifiesten la voluntad de adherirse a ellas unas instituciones nuevas basadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas con vistas a la evolución democrática de todos ellos".

El Código Político italiano de 1948 adoptó el principio en su art. 27 inc. 2º, expresando que: "El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme³".

La Constitución de la República portuguesa de 1974 consagra el estado de inocencia en su artículo 32, nº 2 que expresa: "Todo imputado es presuntamente inocente hasta que se haga firme la sentencia condenatoria, debiendo ser juzgado en el plazo más breve compatible con las garantías de defensa⁴".

El art. 2º, nº 24, letra e de la Constitución peruana, señala que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

² La redacción del texto fundamental español establece el estado de inocencia como un verdadero derecho, virtud que permite utilizar el recurso de amparo en los casos en que la acusación o el encausamiento de la persona no respete dicho derecho.

³ Redacción que ha suscitado diferentes interpretaciones que van desde considerarlo solo como una proclamación política hasta las posiciones más radicales que observan al principio como a uno rector de todo el proceso penal al que la legislación debe sujetarse.

⁴ La novedad de este texto es que establece un límite temporal para la persecución penal concorde con las garantías de la defensa.

Este trabajo se ocupará de aquellos derechos que garantizan la libertad frente al poder del Estado, reconocidos en el texto de nuestra Constitución y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En este trabajo veremos como la afectación del derecho fundamental a la libertad se fundamenta en la trascendencia de los bienes jurídicos que el Derecho Penal busca proteger y en la existencia de su daño.

Sólo la probada existencia del ilícito y la determinación de la responsabilidad de una persona justifican la imposición de la restricción de libertad y, al mismo tiempo, la convierte en un medio de prevención y de acuerdo con nuestro sistema constitucional, como un medio de reinserción social.

La limitación de la libertad personal sólo se justifica como sanción impuesta al responsable de un delito, sin embargo, existe otra modalidad de restricción a la libertad personal, de común aplicación en el proceso penal español, cuya justificación debe ser totalmente diferente en un Estado Constitucional de Derecho y que la encontramos en determinadas medidas cautelares penales personales.

Como pórtico de entrada recordaremos lo que por Derechos Humanos debe entenderse, pues este concepto nos servirá como guía de interpretación para encontrar en el texto legal las conductas prohibidas que los lesionan o ponen en peligro, principalmente durante la detención policial de los ciudadanos.

Nos meteremos de lleno en las garantías constitucionales respecto a la detención, profundizando en los límites temporales y en los derechos de los detenidos. Abordaremos la detención en supuestos especiales, como es la detención de extranjeros, menores, de militares, senadores y diputados, entre otros casos. También estudiaremos la extradición y la Orden europea de detención y entrega.

A continuación, detallaremos los requisitos para decretarse la prisión provisional y se hará un análisis de la misma en España. Para seguir así, indagando en otras medidas cautelares personales en el proceso penal, como son: la citación judicial, la libertad provisional y las fianzas en el proceso penal.

Continuaremos profundizando en las medidas limitadoras de derechos fundamentales. También analizaremos para así, poder llevar un estudio más

exhaustivo de la detención y la prisión preventiva en otros países, en concreto, la de nuestros vecinos europeos: Portugal, Francia Italia y el de Perú

Concluiremos este estudio profundizando en las recomendaciones internacionales de protección de Derechos Humanos, así como, la protección Europea de Derechos Humanos y de otros Sistemas Supranacionales de reconocimiento y de protección.

II. OBJETIVOS CIENTÍFICOS

II. OBJETIVOS CIENTÍFICOS.

- Conocer la positivación de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico español.
- Especificar la positivación del término Derechos Humanos a lo largo de la historia.
- Conceptualizar el término Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico español.
- Señalar la diferencia entre el término de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.
- Enumerar los límites al ejercicio de los Derechos Humanos en la Constitución española.
- Precisar que se entiende por medidas cautelar.
- Describir la detención policial ordenamiento jurídico español.
- Distinguir los diferentes tipos de medidas cautelares penales personales.
- Reseñar las garantías constitucionales de la detención.
- Desarrollar los supuestos especiales de detención en el ordenamiento jurídico español.
- Interpretar la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre las medidas cautelares personales penales.
- Explicar los instrumentos universales de protección de los Derechos Humanos.
- Describir la prisión preventiva en el ordenamiento jurídico español.
- Explicar la citación judicial en el ordenamiento jurídico español.
- Analizar la libertad provisional
- Examinar las medidas limitadoras de Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico español.
- Averiguar las similitudes y diferencias de la protección de los Derechos Fundamentales en las medidas cautelares con otros países de nuestro entorno.

- Enumerar los Derechos Humanos en la Administración de justicia española.
- Desarrollar la Orden Europea de detención y entrega y el respeto a los Derechos Fundamentales.
- Aclarar la extradición en el ordenamiento jurídico español.

III. METODOLOGÍA

III. METODOLOGÍA.

En muchas ocasiones, cuando se planea llevar a cabo una investigación en la que se incluye el comportamiento humano, se piensa en términos de si la investigación ha de ser de tipo cualitativo⁵ o cuantitativo⁶, se piensa sobre las ventajas y desventajas de cada tipo de investigación, pues en base al estudio en cuestión se evaluarán las mismas y se decidirá como habrá de abordarse el diseño metodológico⁷.

El estudio que hemos realizado constituye un análisis cualitativo, ya que, los análisis metodológicos empleados son: teóricos manejando fuentes documentales y etnográficos, a través del análisis de realidades concretas (el respeto a los derechos fundamentales en las medidas cautelares) con colectivos concretos (Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, Funcionarios de justicia y prisiones, imputados y detenidos).

Dentro de las técnicas metodológicas que se han utilizado destacan las siguientes:

- La observación documental a través del:
 - Metaanálisis: búsqueda documental y el tratamiento de datos.

⁵ La investigación cualitativa es aquella donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema. La misma procura por lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular. Por tanto, es un método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales que se basa en cortes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología, hermenéutica, la interacción social empleando métodos de recolección de datos que son no cuantitativos, con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan los correspondientes.

⁶ La investigación cuantitativa es aquella que permite examinar los datos de manera numérica, especialmente en el campo de la Estadística. Para que exista metodología cuantitativa se requiere que entre los elementos del problema de investigación exista una relación cuya naturaleza sea lineal. Es decir, que haya claridad entre los elementos de investigación que conforman el problema, que sea posible definirlo, limitarlos y saber exactamente donde se inicia el problema, en cual dirección va y que tipo de incidencia existe entre sus elementos.

⁷ NICOLAS GUARDIOLA, J. J. *Evolución de la Política Penitenciaria Europea*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2011, pag. 22.

□ El análisis secundario: fuente de datos, análisis e interpretación.

La documentación analizada incluye monografías, revistas especializadas, nacionales e internacionales, fuentes demográficas e históricas, prensa y conferencias.

En cuanto a la determinación de las fuentes utilizadas para la realización de la presente tesis doctoral han sido:

- Revisión bibliografía existente en relación con el objeto de estudio.
- Revisión de Sentencias del Tribunal Supremo y Sentencias del Tribunal Constitucional.
- Estudio de la legislación vigente, tanto de las medidas cautelares como de los derechos fundamentales.

A partir de aquí, el análisis de la doctrina científica nos va a permitir tener una visión de la evolución histórica y de la situación actual del tema a tratar.

IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

IV. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

La expresión Derechos Humanos tiene una significación heterogénea tanto en la teoría como en la praxis que contribuye a hacer de este concepto un paradigma de equívocidad. A ello se une la falta de precisión de la mayor parte de las definiciones que suelen proponerse, lo que hace muy difícil determinar su alcance.

Pero no es menos cierto que, junto a solemnes y amplios textos internacionales que los reconocen, la historia ha conocido y aún conoce brutales violaciones e incumplimientos de los mismos. Es por ello, la importancia de establecer mecanismos jurídicos idóneos para garantizarlos, a través de un proceso denominado: positivación de los Derechos Humanos.

El derecho a la libertad y seguridad entraña el derecho a la libertad física que garantiza a todos los ciudadanos la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar, en cualquier momento y lugar dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones.

Las medidas cautelares están reguladas en los Títulos VI (de la citación, de la detención y de la prisión provisional) y VII (de la libertad provisional del procesado) y IX (de las fianzas y embargos de la LECrim de 1882 y constituye la mínima restricción posible a la libertad personal puesto que sólo persigue oír a la persona a quien se impute un acto punible salvo que la Ley disponga lo contrario o proceda su detención. Con la citación se cumple una triple función: comunicar la imputación, posibilitar la actuación como parte y limitar la actividad del imputado garantizando su disponibilidad al órgano instructor.

Si el citado no comparece ni justifica causa legítima que se lo impida la orden de comparecencia puede convertirse en orden de detención.

Las medidas cautelares personales, se proyectan sobre la persona del imputado con el fin de asegurar su sujeción al proceso penal y la efectividad de la sentencia condenatoria que eventualmente pudiese recaer en éste. Son medidas cautelares que implican una afectación de derechos fundamentales garantizados constitucionalmente y de la máxima relevancia como son, por ejemplo, la libertad

personal, la libertad de elección de residencia y de circulación por el territorio nacional, e indirectamente, la presunción de inocencia⁸.

Por lo tanto, las medidas cautelares en el proceso penal afrontan la difícil empresa de conciliar la necesidad de proteger a la sociedad y, en especial, a la víctima u ofendido del delito, con la obligación del mismo estado de derecho de respetar los derechos del individuo sujeto a proceso.

La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin. Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz⁹.

El Auto del Tribunal Constitucional de 9 de Diciembre de 1987, en su fundamento jurídico primero expone: "Las medidas cautelares responden, dentro del proceso, a la necesidad o conveniencia de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional. Revisten, por consiguiente, un carácter instrumental esto es, de subordinación respecto de la definitiva resolución sobre el fondo y, son esencialmente temporales, guardando relación con la pendencia del proceso al que se conectan. La adopción de tales medidas corresponde a los órganos judiciales competentes, sin que pueda negarse la legitimidad de tal facultad (regulada en los artículos 334 y ss. de la LECrim, entre otros textos), tanto si viene impuesta con carácter reglado, como si responde al ejercicio de una prudencia discrecional que forma parte de la función de juzgar".

⁸ GARCIA MORENO, J. M. *Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Edit. El Derecho. 2012. www.elderecho.com

⁹ PELÁEZ SANZ, F y BERNAL NETO, J. M. *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 1999. www.noticias.juridicas.com

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Noviembre de 1984, que habla del principio de proporcionalidad indirectamente en su fundamento de derecho segundo, apartado b), que dice así: "En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en el juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso". Con esto se constata que la jurisprudencia ha tenido a bien reconocer el papel fundamental que desempeña el órgano jurisdiccional en la adopción de medidas cautelares penales personales, en tanto en cuanto debe descender a la individualidad de cada caso concreto para valorar las circunstancias, la situación del imputado y estudiar a fondo las consecuencias del sometimiento del sujeto a la medida cautelar.

El día 22 de julio de 2011 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de LECrim junto con el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal. Se trata de dos textos prelegislativos que pretenden proporcionar un nuevo marco normativo para el proceso penal en España, elaborado a partir de los valores jurídicos reflejados en la CE de 1978¹⁰.

¹⁰ GARCIA MORENO, J. M. *Consideraciones generales...ob. cit.* 2012. www.elderecho.com

**V. ANTECEDENTE HISTÓRICOS: POSITIVACIÓN DE LA
DETENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

V. ANTECEDENTE HISTÓRICOS: POSITIVACIÓN DE LA DETENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La historia constitucional de España ha transcurrido entre catorce normas básicas, desde la autoproclamada Constitución de Bayona de 1808 hasta la actual Carta Magna de 1978. Esta Constitución fue la única que, verdaderamente, se puede calificar como tal, al ser la primera Constitución que fue redactada por una comisión plural donde estaban representadas diferentes ideologías y la única que el pueblo español ha ratificado en referéndum por mayoría.

Los otros textos fueron impuestos, en cada época, por el emperador de Francia, dictadores locales, monarcas absolutistas o el partido político de turno que gobernaba en aquel momento, pretendiendo imponer su propia norma al resto de los españoles, con independencia de que éstos pensarán de forma distinta.

El Derecho Penal moderno nace en España, como en los demás países europeos como consecuencia del influjo de la Ilustración¹⁰. En este momento histórico los intelectuales de la época realizaron una serie de críticas de Antiguo Régimen y de su sistema punitivo. En este sentido cabe destacar la obra de Beccaria¹¹. Estos hechos fueron decisivos para el nacimiento de la Ciencia del Derecho Penal y para la reforma de las leyes punitivas.

¹⁰ LANDROVE DÍAZ, G. *Introducción al Derecho penal Español*, 6ª Edición. Edit. Tecnos. Madrid, 2004, pag. 55.

¹¹ Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria. En 1764 publicó "*De los delitos y de las penas*". Beccaria en el prólogo de su obra presenta la realidad de la mayoría de las leyes penales que estaban vigentes en los Estados europeos de aquel siglo. Lo hace con crudeza y gran realismo. Fue uno de los más importantes inspiradores del movimiento de reforma del antiguo derecho penal continental, un derecho caracterizado en toda Europa por su extrema crueldad, por su arbitrariedad y su falta de racionalidad. Es también un pilar imprescindible para la comprensión de la vasta reforma ilustrada del siglo XVIII, inspirada en las ideas de autonomía, emancipación y lucha contra el despotismo.

V.1. EL ESTATUTO DE BAYONA.

El 6 de julio de 1808, Napoleón Bonaparte otorgó esta Carta a los representantes del clero y la nobleza españoles convocados en la ciudad francesa de Bayona para jurar fidelidad a su hermano, José I Bonaparte.

En este Estatuto se ve claramente la influencia de la Revolución francesa ya que se regulaban derechos de los inicios del liberalismo burgués¹², lo que suponía un avance respecto la situación existente, como son la libertad personal o los derechos del detenido y preso, que vienen regulados en los arts. 41, 42 y 43 de dicho Estatuto¹³.

En cuanto a los derechos y libertades, el Título XIII incluyó, dentro de un apartado muy amplio sobre Disposiciones Generales, el Derecho del preso a solicitar el habeas corpus¹⁴, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de

¹² FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *La Constitución de Bayona (1808)*. Edit. Iustel. Madrid. 2007, pp. 21 y ss.

¹³ Artículo 41.- Todas las personas presas y no puestas en libertad o en juicio dentro del mes de su prisión, podrán recurrir directamente por sí, sus parientes o representantes, y por medio de petición, a la Junta Senatoria de Libertad Individual.

Artículo 42.- Cuando la Junta Senatoria entienda que el interés del Estado no justifica la detención prolongada por más de un mes, requerirá al ministro que mandó la prisión, para que haga poner en libertad a la persona detenida o la entregue a disposición del Tribunal competente.

Artículo 43.- Si después de tres requisiciones consecutivas, hechas en el espacio de un mes, la persona detenida no fuese puesta en libertad, o remitida a los Tribunales ordinarios, la Junta pedirá que se convoque al Senado, el cual, si hay méritos para ello, hará la siguiente declaración: "Hay vehementes presunciones de que no está detenido arbitrariamente".

¹⁴ En España se incorpora la Institución del Hábeas Corpus a nuestro Derecho Constitucional por primera vez en el Estatuto de Bayona de 1808, permaneciendo sucesivamente vigente en las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869, y en el Proyecto Constitucional de 1852, en la Constitución "non nata" de 1856, y en el Proyecto Constitucional de la Primera Republica Española de 1863 y en el Proyecto Constitucional de 1929. Permaneciendo por tanto incorporado a nuestro derecho de forma permanente desde el Estatuto de Bayona de 1808 hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1876 en que fue suprimido, al igual que lo fue en el corto periodo comprendido entre la aprobación del Estatuto Real de 1834 y la entrada en vigor de la Constitución de 1837.

imprensa, la prohibición del tormento (la tortura) o la posibilidad de que los extranjeros obtuvieran el Derecho de vecindad.

Respecto a la detención, regula el art. 127 que: "Ninguna persona residente en el territorio de España y de Indias podrá ser presa, como no sea en flagrante delito, sino en virtud de una orden legal y escrita". El art. 130 del Estatuto de Bayona refiere la obligación de presentar ante el magistrado a la persona presa¹⁵.

El art. 131 hace alusión al derecho del detenido a ser visitado por sus familiares, a no ser, que la detención sea incomunicada¹⁶, por último, el art. 132 regula la detención arbitraria que establecía que "Todos aquellos que no habiendo recibido de la ley la facultad de hacer prender, manden, firmen y ejecuten la prisión de cualquiera persona, todos aquellos que aun en el caso de una prisión autorizada por la ley reciban o detengan al preso en un lugar que no esté pública y legalmente destinado a prisión, y todos los alcaides y carceleros que contravengan a las disposiciones de los tres artículos precedentes, incurrirán en el crimen de detención arbitraria".

V.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1812.

Las Cortes Generales reunidas en Cádiz el 19 de marzo de 1812 decretaron esta Constitución "para el buen gobierno y recta administración del Estado". Inspirada en los textos constitucionales de EE.UU. de 1787 y Francia en 1791, "La Pepa", como popularmente se la conocía, proclamó la libertad individual, la separación de poderes y la soberanía nacional, en oposición al absolutismo de la época¹⁷.

¹⁵ MONTERO DÍAZ, J. *Constituciones y códigos políticos españoles, 1808-1978*. Edit. Ariel. España. 1998, pag. 33.

¹⁶ Artículo 131.- No podrá negarse que vean al preso sus parientes y amigos, que se presente con una orden de dicho magistrado, y éste estará obligado a darla, a no ser que el alcaide o carcelero manifieste orden del juez para tener al preso sin comunicación.

¹⁷ Por avatares de la historia, la Constitución "doceañera" estuvo vigente durante tres épocas distintas: entre 1812 y 1814, año en el que Fernando VII retomó el absolutismo; en

En España, las Cortes de Cádiz abordan decididamente el camino de las reformas penales y de procedimiento¹⁸. Pero, la Comisión redactora del texto criminal, nombrada en 1814, fue disuelta por la reacción política que sobreviene al retorno de Fernando VII¹⁹. Después de unos años de silencio, renacen las inquietudes codificadoras: Fernando VII, por Real Decreto de 2 de diciembre de 1819, ordeno la unificación de la legislación penal.

Sin embargo, sobreviene el levantamiento de Riego, y el restablecimiento de la Constitución de 1812. Se abre así, un periodo constitucional que abarca de 1820 a 1823, en el que la codificación habría que hacerse realidad, surgiendo el primer Código Penal en 1822²⁰.

La Constitución de 1812 regula la detención en el Título V “De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal a lo largo de su articulado”, Capítulo III. “De la Administración de Justicia en lo criminal”. En concreto, el art. 287²¹ expresa que nadie puede ser detenido sin que preceda información sumaria del hecho²². Respecto al detención expresa la Carta Magna que “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 horas²³”.

el trienio liberal, de 1820 a 1823, y durante unos meses, de 1836 a 1837, en lo que se redactó un nuevo texto constitucional.

¹⁸ LANDROVE DÍAZ, G. *Introducción al...ob. cit.* 2004, pag. 56.

¹⁹ Además, hay que tener presente que el establecimiento de la monarquía absoluta supuso la derogación de toda la legislación liberal nacida de las Cortes gaditanas.

²⁰ SANCHEZ AGESTA, *Historia del Constitucionalismo español (1808-1936)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984, pp. 83 -124.

²¹ Art. 287. Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

²² SOLE TURA, J. y AJA, E. *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808 – 1936)*. Edit. Siglo XXI de España. Madrid. 1997, pp. 31 – 33.

²³ Artículo 290 de la Constitución Política de la Monarquía española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812.

También se regula en el texto constitucional que: “en 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. 292. Para que el detenido permanezca detenido es necesario un auto motivado, tal y como expresa el art. 293²⁴.

Continúa el texto constitucional expresando que la declaración del detenido se hará sin juramento²⁵ y que en circunstancias de seguridad del Estado²⁶, se puede prescindir de algunas de las garantías articuladas en el texto constitucional tal y como expresa el art. 308. La detención arbitraria por jueces y alcaides viene regulada en el artículo 299²⁷.

Además, respecto al proceso después de la detención, expresa esta Constitución, que será público²⁸, que no usará el tormento²⁹, que no se impondrá la pena de confiscación de bienes³⁰, ni tampoco, ninguna pena ha de ser sufrida por la familia, sino por el delincuente³¹.

²⁴ Art. 293. Si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo la más estrecha responsabilidad.

²⁵ Art. 291. La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio.

²⁶ Art. 308. Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretar por un tiempo determinado.

²⁷ MONTERO DÍAZ, J. *Constituciones y...ob. cit.* 1998, pag. 65.

²⁸ Art. 302. El proceso, de allí en adelante, será público en el modo y forma que determinen las leyes.

²⁹ Art. 303. No se usará nunca del tormento ni de los apremios

³⁰ Art. 304. Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes.

³¹ Art. 305. Ninguna pena que se imponga, por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció.

Respecto al propósito de las cárceles, recoge el art. 297³² que han de servir para asegurar, y no para molestar a los presos; así, el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos.

Otra medida cautelar que recoge el texto constitucional es el allanamiento de morada, que viene regulado en el art. 306, y que expresa que no podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado.

Lo que si nos queda claro es que un derecho básico como es la libertad no quedaba suficientemente explicitado de modo genérico, encontrándose restringido su ejercicio sólo al ámbito de la libertad civil sin posibilidad de ejercitarlo en un ámbito tan importante como el de la conciencia bajo la idea de libertad religiosa³³.

V.3. ESTATUTO REAL DE 1834.

Lo primero que hemos de dejar patente del Estatuto Real de 1834, es que no contenía ninguna disposición en materia de justicia, limitándose a ser una simple convocatoria a Cortes, con un fin determinado como era reformar el Estado³⁴.

Fue aprobado el 10 de abril de 1834, durante la regencia de María Cristina de Borbón, se trató, en realidad, de una nueva Carta Otorgada que devolvía la soberanía a la Corona, estableciendo un parlamentarismo moderado.

Este Estatuto sirvió para convocar las primeras elecciones generales que se celebraron en España³⁵. Fue anulado por el motín de La Granja del 13 de agosto

³² 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.

³³ NAVARRO AZNAR, F. *El marco filosófico político de los Derechos Humanos en la Constitución de 1812*. En NICOLAS GUARDIOLA, J. J. (Dir). *Ciencias jurídicas y Victimológicas*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2013, pag. 58.

³⁴ FLAQUER MONTEGUI, R. *La petición de Derechos de 1834*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 93. 1996, pp.243 – 257.

³⁵ AULA VIRTUAL CERVANTES. www.cervantesvirtual.com/porta/constituciones

de 1836 al declarar en vigor, por tercera vez, la Constitución de Cádiz mientras que las Cortes redactaban un nuevo texto.

El Estatuto no era jurídicamente una constitución ya que no había sido elaborado ni aprobado por representantes populares, sino una carta otorgada, a semejanza de la dada por Luis XVIII a los franceses, es decir, una concesión o dejación de determinados poderes y prerrogativas reales que el monarca trasladaba por su propia voluntad a otras instituciones ya fueran antiguas o creadas ex novo. Sus fuentes también se encuentran en la doctrina de la Iglesia, y en la teoría defendida por Jovellanos años antes, de que la ley fundamental de un país debe ser fruto de su historia y no producto de una asamblea constituyente. Por ello, como dice Adolfo Posada, "el Estatuto es el Decreto de un rey absoluto que convoca unas Cortes organizadas por él"³⁶.

El Estatuto Real de 1834 no contemplaba ninguna regulación de derechos, tan sólo regulaba las Cortes y sus relaciones con el Rey, por lo tanto, no establecía el principio de separación de poderes, ni se menciona al judicial³⁷.

Respecto al tema que nos trata, únicamente regula que los Grandes de España son miembros natos del Estamento de Próceres del Reino, siempre que no estén procesados criminalmente³⁸. En el art. 8.5., también se regula respecto a los Títulos de Castilla que fueren nombrados próceres del Reino, que tampoco pueden estar procesados criminalmente³⁹.

El Título III que versa del Estamento de Procuradores del Reino, establece en su art. 15.1 que no podrán ser procuradores del Reino los que se hallen

³⁶ SOLE TURA, J. y AJA, E. *Constituciones... ob. cit.* Siglo XXI de España. Madrid. 1997, pp. 31 – 33.

³⁷ PRO RUIZ, J. *El Estatuto Real y la Constitución de 1837*. Edit. Iustel. Madrid. 2010, pp. 19 – 49.

³⁸ Artículo 5.5. Todos los Grandes de España son miembros natos del Estamento de Próceres del Reino, y tomarán asiento en él, con tal que reúnan la condición siguiente: no hallarse procesados criminalmente.

³⁹ Artículo 8.5. Los Títulos de Castilla que fueren nombrados próceres del Reino, deberán justificar que reúnen la condición siguiente: no hallarse procesados criminalmente.

procesados criminalmente, y el art. 15.2 añade que tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por un Tribunal a pena infamatoria.

V.4. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1837.

El 18 de julio de 1837, María Cristina juraba esta nueva Constitución obligada por los progresistas. Heredera de muchos de los "principios gaditanos", la nueva Constitución trató de conciliar el espíritu democrático de Cádiz con el monárquico del Estatuto Real⁴⁰.

Entre una de sus características principales esta el reconocimiento, en el Título Primero, de algunos derechos individuales⁴¹, como la libertad de imprenta, la de no ser detenido ni preso, ni separado del domicilio sino en los casos que las leyes prescriban⁴², por ello, establece el artículo 8 de esta Carta Magna, que si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley.

El art. 9 de la Constitución expresaba que "Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban".

Establecía la Constitución de 1837 en su art. 42, que "los Senadores y los Diputados no podrán ser procesados ni arrestados durante las sesiones sin permiso del respectivo Cuerpo Colegislador, a no ser hallados infraganti; pero, en este caso, y en el de ser procesados o arrestados cuando estuvieren cerradas las Cortes, se deberá dar cuenta lo más pronto posible al respectivo Cuerpo para su

⁴⁰ Estableció que la soberanía volvía a recaer en "la voluntad de la Nación", pero reconociendo la iniciativa legislativa tanto a la Corona como a las Cortes formando lo que el art. 39 calificó de "cuerpos colegisladores"; afianzó el sistema bicameral, elegido cada tres años mediante sufragio directo masculino, el Congreso, e indirecto censitario, el Senado, donde la reina elegía personalmente a los senadores entre los candidatos propuestos por los electores; reguló el Derecho de Petición de los ciudadanos y, finalmente, permitió una postura más permisiva en materia religiosa.

⁴¹ SANCHEZ AGESTA, *Historia del ... ob. cit.* 1984, pag. 272.

⁴² Artículo 7º. No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

conocimiento y resolución". Por su parte, en el art. 65 se establece el derecho al proceso público⁴³.

El derecho a la presunción de inocencia no tiene tradición constitucional en España, es igualmente cierto que desde la Constitución de 1837 se vienen reconociendo en nuestros textos constitucionales tres derechos con los que en parte se pretende garantizar el mismo bien jurídico "libertad" frente abusos del poder sancionador: el derecho de acceso a la justicia, derecho a la ley penal (principio de legalidad penal) y derecho a la reserva de ley procesal (debido procedimiento legal) a cuya obediencia queda sometido el juez a la hora de conocer de juicios civiles y penales⁴⁴.

V.5. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1845.

Esta Constitución⁴⁵ de carácter conservador, la soberanía volvía a compartirse entre las Cortes y la Corona, restableció el carácter confesional del Estado y creó un Senado⁴⁶ vitalicio que tenía atribuciones, no solo legislativas si no también judiciales. Por circunstancias de su tiempo, fue suspendida y rehabilitada, sucesivamente, en 1852 y 1856, periodo en el que se redactaron otros dos proyectos, siendo abolida, definitivamente, tras la expulsión de la reina en 1868.

⁴³ Art. 65. Los juicios en materias criminales serán públicos, en la forma que determinen las leyes.

⁴⁴ OVEJERO PUENTE, A. M. *Régimen Constitucional del Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe. 2004, pag. 61.

⁴⁵ El 22 de octubre de 1840, la reina regente, su marido morganático y sus hijos tuvieron que exiliarse en París durante los cuatro años que duró la regencia del general Espartero. Cuando regresaron, en 1843, las Cortes "arreglaron" la situación personal del marido de la reina y reconocieron, con tan solo 13 años, la mayoría de edad de la joven Isabel II. La Constitución moderada que se aprobó el 23 de mayo de 1845, durante el Gobierno de Narváez, era, en realidad, una modificación de la del 37 adaptada para que el país cayera en manos de la monarquía, la nobleza y la burguesía.

⁴⁶ El Senado era el órgano encargado de juzgar a los ministros y de conocer los delitos que afectaran al rey o a la seguridad del Estado.

Respecto a la detención expresa el art. 7 de la Constitución que: “No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”. Dicha circunstancia puede ser suspendida temporalmente por exigencias de la seguridad del Estado⁴⁷.

También regula la Constitución en su art. 9 que “ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban⁴⁸”.

El art. 41 de la Constitución de 1845 precisa que: “los senadores no podrán ser procesados ni arrestados sin previa resolución del Senado, sino cuando sean hallados in fraganti, o cuando no esté reunido el Senado; pero en todo caso se dará cuenta a este Cuerpo lo más pronto posible para que determine lo que corresponda. Tampoco podrán los diputados ser procesados ni arrestados durante las sesiones sin permiso del Congreso, a no ser hallados in fraganti; pero en este caso y en el de ser procesados o arrestados cuando estuvieren cerradas las Cortes, se dará cuenta lo más pronto posible al Congreso para su conocimiento y resolución”.

El art. 42 expresa que: “La Persona del Rey es sagrada e inviolable, y no está sujeta a responsabilidad. Son responsables los Ministros”.

V.6. PROYECTO CONSTITUCIONAL DE 1852.

El Proyecto Constitucional otorgaba a la reina facultades legislativas, sin señalar quién era el titular de la soberanía ni reconocer expresamente derechos o libertades; y manteniendo los poderes judiciales del Senado y el sistema bicameral, con legislaturas de cinco años⁴⁹.

⁴⁷ Artículo 8. Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía o en parte de ella, de lo dispuesto en el Artículo anterior, se determinará por una ley.

⁴⁸ www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras

⁴⁹ PÉREZ VAQUERO, C. *Ley de Leyes*. Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 2010. www.noticias.juridicas.com.

El conservador Bravo Murillo⁵⁰, Presidente del Consejo de Ministros durante la Década Moderada elaboró el Proyecto Constitucional De 1852 cuyo objetivo era volver a una normativa ultraconservadora más propia del Antiguo Régimen o del Estatuto Real de 1834. La oposición al texto constitucional fue tal que no prosperó.

La referencia a la detención de este Proyecto Constitucional viene reflejado en el art. 18 que expresa que: “Los senadores y los diputados no podrán ser procesados ni arrestados durante las sesiones, sin permiso del Cuerpo respectivo, a no ser hallados en flagrante delito; pero en este caso y en el de ser procesados y arrestados cuando estuvieren cerradas las Cortes, se dará cuenta, lo más pronto posible, al Senado y al Congreso respectivamente para su conocimiento y resolución⁵¹”.

V.7. CONSTITUCIÓN "NON NATA" DE 1856.

A finales del 54, el Duque de la Victoria, Espartero, accedió de nuevo al poder iniciando el proceso para elaborar una nueva Constitución de carácter progresista⁵², pero el texto, aunque se debatió, no llegó a prosperar al carecer de la ratificación real y producirse el enésimo cambio de Gobierno que supuso el ascenso de O'Donnell⁵³ y la vigencia, de nuevo, del antiguo texto de 1845.

⁵⁰. Los sucesos de la revolución de 1848 le llevaron a redactar un Proyecto Constitucional de 1852 de corte absolutista para eliminar el carácter liberal que a su juicio tenía la Constitución de 1845 pero es impopular y rechazada. La llegada del Bienio Progresista le obligará a abandonar la política, aunque ocasionalmente sería Presidente del Congreso de los Diputados en 1858.

⁵¹ www.cervantesvirtual.com

⁵² Soberanía nacional, tolerancia religiosa, libertad de prensa, elección del Senado mediante sufragio directo cada tres años, implantación del jurado en determinados delitos.

⁵³ El 30 de junio de 1854, varios generales, encabezados por O'Donnell, se pronuncian con éxito contra el Gobierno. Para conservar su trono, Isabel II llama a formar Gobierno al viejo general Espartero, que compartirá el poder con O'Donnell. Es el inicio del bienio progresista (1854 – 1856).

La Non nata es una Constitución progresista, es la más avanzada dentro de esta ideología. Es Bicameral, elegidas las dos cámaras por sufragio censitario. Se reconocen los derechos individuales, se vuelve a la Milicia Nacional, suprimida con anterioridad, y por último se apoya y protege a la Iglesia Católica pero se especifica que nadie puede ser detenido por opiniones privadas⁵⁴.

En el articulado de esta Constitución, se expresa que: “No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”, continua este precepto proclamando que: “Los que contravinieren a esta disposición, como autores o cómplices, además de las penas que se les impongan por infracción de la Constitución, serán responsables de daños y perjuicios, y perderán sus empleos y todos los derechos a ellos anejos”(art 8). Este artículo puede ser suspendido temporalmente en circunstancias extraordinarias (art. 9)⁵⁵.

También reconoce el art. 10 de la presente Constitución que: “Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban. Respecto a la detención de Senadores y Diputados se expresa en el art. 44 que no podrán ser arrestados a no ser hallados in fraganti⁵⁶.

El art. 73 establece que las leyes determinarán la época y el modo en que ha de establecerse el juicio por jurados para toda clase de delitos y cuantas

⁵⁴ ALVARADO PLANAS, R. y PEREZ MARCOS, R. M. *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España: (Siglos XII-XX)*. Edit. Polifemo. España. 1996, pag. 247.

⁵⁵ Artículo 9. Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley. Promulgada ésta, el territorio a ella sujeto se regirá durante la suspensión por la ley de orden público establecida de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podrá en ningún caso autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar, ni desterrar fuera de la Península a los españoles.

⁵⁶ Artículo 44. Los senadores y los diputados no podrán ser procesados ni arrestados durante las sesiones, sin permiso del respectivo Cuerpo Colegislador, a no ser hallados in fraganti; pero en este caso, y en el de ser procesados o arrestados cuando estuvieren cerradas las Cortes, se dará cuenta lo más pronto posible al respectivo Cuerpo para su conocimiento y resolución, sin la cual no se podrá nunca dictar sentencia.

garantías sean eficaces para impedir los atentados contra la seguridad individual de los españoles⁵⁷.

V.8. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1869.

El 1 de junio de 1869 la Nación española y en su nombre las Cortes Constituyentes, elegidas por Sufragio Universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, decretaron y sancionaron esta Constitución⁵⁸. A la hora de plasmar en el texto estos principios, los constituyentes se inspiraron en diversos textos extranjeros: en la Constitución belga de 1831, y en la Constitución norteamericana de 1787⁵⁹.

El Título I, De los españoles y sus derechos, sentó las bases para establecer una auténtica declaración de derechos y libertades: amplió el derecho de petición; reconoció el derecho a reunirse y asociarse; la libertad de imprenta, de palabra y de cultos; la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia; el derecho de propiedad, los derechos de los detenidos, etc.

El art. 2 de esta Constitución expresa que “Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito”. El art. 4 manifiesta que ningún español podrá ser preso sino es virtud de un mandamiento judicial⁶⁰.

⁵⁷ SANJURJO REBOLLO, B. *Los jurados en USA y en España: dos contenidos distintos de la misma expresión*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004, pag. 277.

⁵⁸ Curiosamente, esta Constitución, que estableció como forma de gobierno la monarquía, surgió de una revolución que destronó a Isabel II; por ese motivo, el art. 1 de las disposiciones transitorias previó que una Ley tendría que “elegir la persona del rey”. Una búsqueda que resultó ser más complicada de lo que parecía en un principio y que recayó finalmente en Amadeo I de Saboya, un monarca que entró en Madrid el 2 de enero de 1871 y abdicó tan sólo dos años después. Su renuncia al trono español abriría las puertas a la I República y a un nuevo proyecto constitucional.

⁵⁹ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Constituciones Españolas 1812 – 1978. Constitución de 1869*. www.congreso.es

⁶⁰ Artículo 4.- “Ningún español podrá ser preso sino en virtud de mandamiento de Juez competente. El auto por el cual se haya dictado el mandamiento se ratificará o repondrá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión”.

Con esta Constitución se amplían los derechos de los detenidos respecto a las Constituciones anteriores, como el de límite temporal de la detención⁶¹, que viene regulado en el art. 3. Se manifiesta en el art. 7 del texto Constitucional que “En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por el correo”. La detención de la correspondencia escrita o telegráfica, será motivado⁶².

Otra novedad es que la Autoridad gubernativa que infrinja lo prescrito en los Artículos 2 y 3 incurrirá, según los casos, en delito de detención arbitraria, y quedará además sujeta a la indemnización prescrita en el párrafo 2 del Artículo anterior⁶³.

Igualmente, se recoge en el art. 10 que todo detenido: “Tendrá derecho a indemnización, regulada por el Juez, todo detenido que dentro del término señalado en el Artículo 3 no haya sido entregado a la Autoridad judicial. Si el Juez, dentro del término prescrito en dicho Artículo, no elevare a prisión la

⁶¹ Artículo 3.- 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 elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al Juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo.

⁶² Artículo 8.- Todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia escrita o telegráfica, será motivado. Cuando el auto carezca de este requisito, o cuando los motivos en que se haya fundado se declaren en juicios ilegítimos o notoriamente insuficientes, la persona que hubiere sido presa, o cuya prisión no se hubiere ratificado dentro del plazo señalado en el Artículo 4, o cuyo domicilio hubiere sido allanado, o cuya correspondencia hubiere sido detenida, tendrá derecho a reclamar del Juez que haya dictado el auto una indemnización proporcional al daño causado, pero nunca inferior a 500 pesetas. Los agentes de la Autoridad pública estarán asimismo sujetos a la indemnización que regule el Juez cuando reciban en prisión a cualquiera persona sin mandamiento en que se inserte el auto motivado, o cuando la retengan sin que dicho auto haya sido ratificado dentro del término legal.

⁶³ RICO LINAGE, R. *Constituciones históricas*, 3^a Edic. Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. Sevilla. 2010, pag. 139.

detención, estará obligado para con el detenido a la indemnización que establece el Artículo 8”.

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 español⁶⁴.

El art. 5 establece que: “Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por el Juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente, hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste”.

El Art. 6º recoge que ningún español puede ser obligado a dejar su domicilio o residencia sino en virtud de sentencia ejecutoria⁶⁵.

Para poder proteger estos derechos, el art. 9 promulga que la Autoridad gubernativa que infrinja lo prescrito en los artículos 2º, 3º, 4º y 5º, incurrirá según los casos, en delito de detención arbitraria o de allanamiento de morada, y quedará además sujeta a la indemnización prescrita en el párrafo segundo del artículo anterior⁶⁶.

⁶⁴ Art 12. 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 la detención o prisión ilegal.

⁶⁵ RICO LINAGE, R. *Constituciones históricas...ob.cit.* 2010, pag. 140.

⁶⁶ Los agentes de la Autoridad pública estarán asimismo sujetos a la indemnización que regule el juez, cuando reciban en prisión a cualquiera persona sin mandamiento en que se inserte el auto motivado, o cuando la retengan sin que dicho auto haya sido ratificado dentro del término legal.

También se especifica en el art. 31: "Que las garantías consignadas en los arts. 2, 5 y 6 no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de orden pública establecida de antemano.

Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este Artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio. En ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley".

Respecto a la detención de senadores y diputados se expresa en el art. 56 que no podrán ser procesados ni detenidos cuando estén abiertas las Cortes sin permiso del respectivo Cuerpo Colegislador, a no ser hallados in fraganti.

Así en este caso, como en el de ser procesados o arrestados mientras estuvieren cerradas las Cortes, se dará cuenta al Cuerpo a que pertenezca tan luego como se reúnan. Cuando se hubiere dictado sentencia contra un Senador o Diputado en proceso seguido sin el permiso a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia no podrá llevarse a efecto hasta que autorice su ejecución el Cuerpo a que pertenezca el procesado⁶⁷.

V.9. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LA REPÚBLICA DE 1873.

La I República se saldó, en apenas un año de vida, con la proclamación de un Estado catalán dentro de la República Federal y movimientos cantonales como el de Cartagena, que "se independizó" hasta enero del 74; insurrecciones en Cuba y Puerto Rico y duros enfrentamiento en la guerra carlista que asolaba el País Vasco, Navarra y El Maestrazgo; un intento de golpe de Estado y algo que el pueblo no lograba entender: cinco ministros monárquicos formando parte del gobierno republicano.

⁶⁷ ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*. Edic. Del Foro. España. 1978, pag. 389.

Ante esta situación, el proyecto de Constitución que presentó Pi i Margall a la Asamblea Nacional el 17 de julio de 1873 no llegó ni tan siquiera a debatirse, ante el inminente riesgo de colapso y desintegración que asolaba el país.

El proyecto⁶⁸ incluyó un título preliminar donde estableció "los derechos naturales" que toda persona encontraría asegurados en la República (derecho a la vida, seguridad, dignidad, libertad de pensamiento, etc.), junto con el Título II dedicado a enumerar los derechos y libertades de los españoles.

El Título preliminar manifiesta que toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales.

También se expone que estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva y son⁶⁹:

1. El derecho a la vida, y a la seguridad, y a la dignidad de la vida.
2. El derecho al libre ejercicio de su pensamiento y a la libre expresión de su conciencia.
3. El derecho a la difusión de sus ideas por medio de la enseñanza.
4. El derecho de reunión y de asociación pacíficas.
5. La libertad del trabajo, de la industria, del comercio interior, del crédito.
6. El derecho de propiedad, sin facultad de vinculación ni amortización.
7. La igualdad ante la ley.
8. El derecho a ser jurado y ser juzgado por los Jurados; el derecho a la defensa libérrima enjuicio; el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena.

⁶⁸ Esta constitución vino acompañada de leyes notorias como la Ley Electoral (1870), la Ley Orgánica del Poder Judicial (1870), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1872), así como un Código Penal (1870).

⁶⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA. *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, Vol. 2. Edit. Secretaria General Técnica. Madrid. 1988, pag. 920.

El art. 4 de este Proyecto formula que ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito⁷⁰. El art. 5 nos habla de los plazos de la detención⁷¹. La autoridad gubernativa que infrinja estos plazos incurrirá, según los casos, en delito de detención arbitraria, y quedará además sujeta a la indemnización prescrita en el párrafo 2º del artículo anterior⁷².

El art. 6 se señala que ningún español podrá ser detenido si no es por la autoridad judicial. El auto por el cual se haya dictado el mandamiento se ratificará o responderá, oído el presunto reo, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de la prisión⁷³.

Los senadores y los diputados, desde el momento de su elección, no podrán ser procesados ni detenidos cuando estén abiertas las Cortes, sin permiso del respectivo Cuerpo Colegislador, a no ser hallados in fraganti. Así en este caso como en el de ser procesados o arrestados mientras estuviesen cerradas las Cortes se dará cuenta al Cuerpo a que pertenezcan, tan luego como se reúnan, las cuales decidirán lo que juzguen conveniente⁷⁴.

⁷⁰ ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentario Sistemático...ob. cit.* 1978, pag. 181.

⁷¹ Artículo 5. 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 elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo.

⁷² Artículo 12.- Tendrá asimismo derecho a indemnización, regulada por el Juez, todo detenido que dentro del término señalado en el Artículo 5.º no haya sido entregado a la autoridad judicial. Si el Juez, dentro del término prescrito en dicho artículo, no elevare a prisión la detención, estará obligado para con el detenido a la indemnización que establece el Artículo 10.

⁷³ ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentario Sistemático...ob. cit.* 1978, pag. 181.

⁷⁴ Cuando se hubiere dictado sentencia contra un senador o diputado en proceso seguido sin el permiso a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia no podrá llevarse a efecto hasta que autorice su ejecución el Cuerpo a que pertenezca el procesado (art. 67).

V.10. CONSTITUCIÓN DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA DE 1876.

La Constitución canovista⁷⁵ ha sido, hasta la fecha, la norma básica que más tiempo ha estado en vigor, casi cincuenta años. El art. 4 de la Constitución regula que: "Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban⁷⁶. 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 elevará a prisión, dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente".

Respecto a la inviolabilidad del domicilio establece el artículo 6 que "Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo".

⁷⁵ Confirmado en su puesto por el monarca, el gobierno canovista comenzó a redactar un nuevo texto constitucional que se aprobó el 30 de junio de 1876. La llamada "Constitución de los Notables", por las personalidades que la redactaron, vino a romper la línea progresista iniciada veinte años atrás y continuada por la Constitución de 1869 y el proyecto del 73; pero como ya hemos visto, nuestras Constituciones son herederas de los textos que las antecedieron, por lo cual, la de 1876 también incorporó un título dedicado a los derechos y libertades de los españoles aunque desde una óptica conservadora: ya no se habla de soberanía nacional ni de libertad de cultos, por citar dos ejemplos, si no de soberanía conjunta, entre el Rey y las Cortes, y de un Estado que se declara "católico, apostólico y romano", indicando que aunque "nadie será molestado por sus opiniones religiosas, no se permitirán otras ceremonias que las de la religión del Estado".

⁷⁶ El 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 la prisión". Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso.

Las garantías expresadas en los Artículos 4, 5 y 6 no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias⁷⁷.

Sólo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible. Pero en ningún caso se suspenderán más garantías que las expresadas en el primer párrafo de este Artículo. Tampoco los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley.

Respecto a la detención de correspondencia establece el artículo 7 que no puede de abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo. Continúa en este sentido expresando el texto que todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia, será motivado⁷⁸.

V.11. ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL DE 1929.

El 13 de septiembre de 1923, el general Primo de Rivera dio un golpe militar y, con el beneplácito real, instauró una dictadura que, en principio, resolvió el problema de Marruecos y logró una cierta paz social, pero que con el tiempo (pensaba durar tres meses y se prolongó durante siete años), acabó granjeándole la oposición de prácticamente todos los sectores de la sociedad. En los últimos meses de la dictadura, el 6 de julio de 1929, Primo de Rivera presentó un anteproyecto de Constitución a la Asamblea Nacional que tampoco llegó a prosperar por falta de apoyos.

⁷⁷ CARRASCO CANALS, C. *La burocracia en la España del Siglo XIX*. Edit. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1975, pag. 302.

⁷⁸ CARO CORIA, D. C. y ENTRENA VAZQUEZ, L. *Derechos y libertades*. Corporación Editora Nacional. España. 2005, pag. 166.

De carácter conservador, los 104 artículos del anteproyecto⁷⁹ establecían una monarquía constitucional donde los tres poderes respondían "al doble principio de diferenciación y coordinación": el ejecutivo, lo ejercía el Rey y, en su nombre, el presidente y los ministros; el legislativo, estaba formado por una sola cámara, las Cortes del Reino, compuesta por dos clases de diputados: unos, elegidos por el Rey, y otros, mediante sufragio directo por "todos los españoles de ambos sexos" (regulándose, por primera vez, el voto femenino); y, por último, el poder judicial, ejercido por los tribunales y juzgados en nombre del Rey.

El art. 23 recoge "ningún español ni extranjero podrán ser detenidos sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban" y que "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 providencia que se dictare se notificará al detenido, dentro del mismo plazo. El punto 3 de dicho precepto recoge que: "Nadie podrá ser preso sino en virtud de mandamiento del juez competente⁸⁰".

El art. 56 del Anteproyecto Constitución formula que: "Los diputados no podrán ser arrestados, ni sufrir restricción alguna judicial o disciplinaria en su libertad personal, sin que se dé inmediatamente conocimiento a las Cortes, salvo si fueren hallados in fraganti o si las Cortes no estuvieren reunidas".

Las Cortes podrán, en todo caso, suspender la ejecución de la medida en un plazo de ocho días; transcurrido el cual sin que recaiga decisión, quedará expedita la acción gubernativa o judicial contra el inculpado. Suspendida la ejecución, podrán las Cortes, dentro del plazo de dos meses, y por acuerdo motivado que se

⁷⁹ El texto de Primo de Rivera previó la existencia de un Tribunal Constitucional, incluía un título con los derechos y deberes de los españoles e incorporó, también por primera vez en un texto constitucional, diversas menciones sobre la bandera, el escudo y el idioma del "Estado español" que, de nuevo, volvía a ser confesional católico.

⁸⁰ 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 la prisión.

adopte con la concurrencia de la mitad más uno de sus miembros, amparar la inmunidad del perseguido, quien, en este caso, quedará bajo la vigilancia y responsabilidad exclusiva del Presidente de las Cortes, hasta que se dicte sentencia. El Tribunal Supremo conocerá de las causas contra los diputados⁸¹.

V.12. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA DE 1931.

El texto republicano estableció una república democrática de trabajadores donde los poderes emanaban del pueblo; organizó el: "Estado español" en municipios mancomunados en provincias, reconociendo la posibilidad de que éstas se constituyeran en regiones autónomas; enumeró los derechos y deberes de los españoles, estableciendo una serie de garantías individuales y políticas⁸².

Esta Constitución reguló la existencia de una sola cámara legislativa, el Congreso de los Diputados, compuesto por representantes elegidos mediante sufragio universal, igual, directo y secreto por: "Todos los ciudadanos de la República mayores de 23 años, sin distinción de sexo"; fijó las competencias del presidente de la República, que era Jefe del Estado, y del Gobierno, formado por el Presidente del Consejo y los Ministros; y, finalmente, en cuanto al poder judicial, aseguró "La gratitud de la justicia para los necesitados" y la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales⁸³.

En el Preámbulo del texto Constitucional, art. 2 se recode que "Todos los españoles son iguales ante la ley". 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 detención⁸⁴.

⁸¹ VICEN ANTOLIN, C. *Historia del constitucionalismo Español, (1808 - 1978)*. Edit. Dilex. España. 2004, pag. 193.

⁸² ALBELOA, V. M. *La Semana Trágica de la Iglesia en España (8-14 octubre de 1931)*. Edic. Encuentro. Madrid. 2006, pag. 364.

⁸³ El estallido de la Guerra Civil, en 1936, puso fin a su vigencia pero no evitó que la Constitución Republicana desempeñara un importante papel en el desarrollo del constitucionalismo español, sentando las bases de muchas instituciones asumidas, en 1978, por nuestra actual Carta Magna.

⁸⁴ Artículo 29. 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

Los derechos y garantías consignados en el artículo 29 podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por Decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria o inminente gravedad⁸⁵.

V.13. LEYES FUNDAMENTALES DEL REINO DE 1967.

Acabada la contienda que enfrentó a nacionales y republicanos, el General Francisco Franco instauró un régimen autoritario que se prolongó hasta 1975⁸⁶. Durante los cerca de cuarenta años que duró la dictadura franquista, la norma básica que reguló la vida de los españoles fue una recopilación de textos denominada Leyes Fundamentales del Reino, aprobada por Decreto el 20 de abril de 1967, que incluía atendiendo a un criterio sistemático y no según el orden cronológico en que fueron promulgadas" las siguientes disposiciones:

- Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958.
- Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945.
- Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938.
- Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967.
- Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942.
- Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1946.

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.

⁸⁵ DE ESTEBAN, J. *Las Constituciones de España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998, pag. 267.

⁸⁶ En 1975, tras la muerte del general Franco, se inició la transición a la democracia con la proclamación de una monarquía constitucional (Juan Carlos I), la legalización de los partidos políticos y sindicatos y la celebración de las primeras elecciones democráticas, el 15 de junio de 1977, donde se alzó con la victoria la coalición Unión de Centro Democrático, liderada por Adolfo Suárez.

□ Ley de Referéndum, de 22 de octubre de 1945.

En el Fuero de los españoles de 1945⁸⁷, se fijan los derechos y deberes de los españoles. Esta ley pretende ser una declaración de derechos y libertades, aparentemente liberal. Así, el art. 18 expresa que ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las Leyes. En el plazo de setenta y dos horas, todo detenido será puesto en libertad o entregado a la Autoridad judicial⁸⁸.

⁸⁷ En el Título Preliminar se recoge que el Estado español proclama como principio recto de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembros de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común.

⁸⁸ FERRANDO BADIA, F. *Del autoritarismo a la democracia*. Edit. Rialp. España. 1987, pp. 18 – 19.

**VI. ANTECEDENTE HISTÓRICOS: POSITIVACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

VI. ANTECEDENTE HISTÓRICOS: POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Si por derechos fundamentales se entiende en sentido amplio todas aquellas normas jurídicas que reconocen ciertas prerrogativas a los particulares, el proceso de su positivación puede remontarse a los más lejanos testimonios de ordenamientos jurídicos positivos.

Todo orden jurídico determina la esfera de actuación de los particulares, y al hacerlo establece, junto a determinados deberes, un conjunto más o menos amplio de facultades⁸⁸.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la afirmación de Pérez Luño, el cual nos dice, que los derechos humanos son producto de la afirmación progresiva de la individualidad⁸⁹ y, de acuerdo con ello, la noción de derechos del hombre apareció por primera vez durante la lucha burguesa contra el sistema del Antiguo Régimen. Otros autores consideran que los derechos humanos son una constante en la Historia y hunden sus raíces en el mundo clásico.

Documentos medievales y modernos, como la Carta Magna inglesa, de 1215, y la Magna Carta de Mandén, de 1222, se han atribuido a los derechos humanos. En contra de esta idea, José Ramón Narváez Hernández afirma que la Carta Magna no puede considerarse una declaración de derechos humanos, ya que en esta época existen derechos pero sólo entre iguales, y no con carácter universal: no se predica la igualdad formal de todos los seres humanos⁹⁰.

En concreto, en esta Carta se enumeran los privilegios otorgados a la Iglesia de Inglaterra⁹¹, a la Ciudad de Londres, a los mercaderes y a los dignatarios

⁸⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*, 9ª Edición. Edit. Tecnos. Madrid. 2005, pp.110 - 111.

⁸⁹ PÉREZ LUÑO, A. E. ., *"Derechos Humanos,... ob.cit."* 2005, p. 25.

⁹⁰ NARVÁEZ HERNÁNDEZ, J. R. *"Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos"*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº8, 2005, p. 202.

⁹¹ Por la presente Carta hemos confirmado para Nos y nuestros herederos a perpetuidad que la Iglesia inglesa sea libre, conserve todos sus derechos y no vea menoscabadas sus libertades. Que así queremos que sea observado resulta del hecho de que por nuestra libre voluntad, antes de surgir la actual disputa entre Nos y Nuestros

feudales del régimen, así como las siguientes garantías precisas concerniendo la libertad individual de las personas: "Ningún hombre libre será detenido o encarcelado como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley del país."

Desde principios del Siglo XIII la nobleza inglesa se rebeló contra los excesos de la monarquía. A raíz de una serie de múltiples abusos, los barones rebeldes emigraron a Francia, donde redactaron, en la abadía cisterciense de Pontigny, la Magna Carta Libertatum, o Carta Magna de las Libertades de Inglaterra⁹².

El 12 de junio de 1215, los señores feudales ingleses impusieron a su soberano, Juan sin Tierra, este largo texto de 63 artículos, redactados en latín, considerado como el primer documento constitucional de Inglaterra y el fundamento de sus libertades.

La Carta Magna es el primer texto establecido contra la arbitrariedad de la Corona y en el que se estipulan medidas concretas de protección de las libertades individuales⁹³. Ulteriormente se reiteró y amplió, en particular el 5 de noviembre de 1297, durante el reinado de Eduardo I.

El artículo 39 de la Carta Magna expresa que: "Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra el ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino".

barones, concedimos y confirmamos por carta la libertad de las elecciones eclesiásticas-- un derecho que se reputa como el de mayor necesidad e importancia para la Iglesia - y la hicimos confirmar por el Papa Inocencio III. Esta libertad es la que Nos mismo observaremos y la que deseamos sea observada de buena fe (*in good faith*) por nuestros herederos para siempre jamás (*in perpetuity*).

⁹² GALAZ ULLOA, S. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Edit. Universidad de Concepción. Chile. 1960, pag. 28.

⁹³ Art. 1 A todos los hombres libres de nuestro reino hemos otorgado asimismo, para Nos y para nuestros herederos a título perpetuo, todas las libertades que a continuación se enuncian, para que las tengan y posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos.

VI.1. SIGLO XVI.

El Edicto de Nantes, también conocido como el Edicto de Fontainebleau fue dado por el rey Enrique IV en 1598 y que fue registrado por el parlamento de París un año más tarde, puso fin a casi medio siglo de guerras religiosas.

El edicto concedía total libertad de conciencia⁹⁴ a los protestantes franceses, además de asegurarles la posición de una minoría respetada con derechos y privilegios.

Uno de los artículos secretos incluso les garantizaba protección contra la Inquisición cuando viajaran al extranjero⁹⁵. Además, les confería el mismo estado civil de los católicos y el derecho a desempeñar cargos públicos.

Este Edicto de tolerancia, único en Europa, tenía por objeto lograr que coexistieran dos confesiones, la católica y la protestante, con los mismos derechos, en el seno de un Estado católico⁹⁶. Se hicieron muchas concesiones a los protestantes, que, además de la libertad de conciencia, gozaban de libertad de culto.

En el plano jurídico, una amnistía devolvió a los protestantes todos sus derechos civiles. En el aspecto político, tenían derecho a desempeñar todos los empleos y a formular advertencias u observaciones al rey. Como signo de buena voluntad, se les concedió asimismo un centenar de plazas de seguridad.

Un antecedente del edicto de Nantes, que también respetaba la libertad de culto lo tenemos en la figura de Carlos IX, que firmó el edicto de *Saint-Germain*, también llamado Edicto de enero, el 17 de enero de 1562, que contenía el mismo espíritu que el edicto de Nantes, acordando la libertad de culto a los protestantes en Saint-Germain.

⁹⁴ Se garantizaba la libertad de conciencia en todo el reino, se aseguraba también la libertad de culto en aquellos lugares en los que los protestantes ya estaban instalados antes de 1597.

⁹⁵ ESCUDERO, J. A. *Intolerancia e Inquisición*, Vol. 1. Edit. Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales. Ministerio de Cultura. Madrid. 2006, pag. 26.

⁹⁶ DE ROUX, R. R. *Violencias y tolerancias*. Edit. Nueva América. Bogotá. 2000, pag. 17.

VI.2. SIGLO XVII.

VI.2.1. La Petición de Derechos de 1628.

En 1627, tras el fracaso del sitio de La Rochela, Carlos I de Inglaterra, en lucha contra Francia y España, se vio obligado a pedir fondos al Parlamento. Antes de someter esta demanda a votación, los miembros del Parlamento en pleno le impusieron la *Petition of Rights*.

Los 11 artículos de este texto garantizaban tanto diversos principios de libertad política (respecto de los derechos del Parlamento) como de libertades individuales⁹⁷ (seguridad del pueblo).

Cabe mencionar entre éstos: la imposibilidad de recaudar impuestos sin el acuerdo del Parlamento, de efectuar detenciones arbitrarias⁹⁸ y de establecer tribunales de excepción⁹⁹, el derecho del acusado a un proceso legal y el respeto de las libertades y los derechos reconocidos por las leyes y los estatutos del reino. El rey aceptó la Petición, que se aplicó durante dos años, pero nada más acabar la guerra, Carlos I ya no tuvo necesidad del Parlamento y reinó como soberano absoluto hasta su muerte, en 1649.

⁹⁷ MOLINARES HASSAN, V. *Notas sobre constitución, organización del estado y Derechos Humanos*, 2ª Edic. Edit. Universidad del Norte. Colombia. 2011, pag. 78.

⁹⁸ Art.3. Considerando que también se ha decretado y establecido por la ley llamada "Magna Carta de las Libertades de Inglaterra" que ningún hombre libre podrá ser preso ni llevado a la cárcel ni desposeído de su feudo, de sus libertades o de sus franquicias, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni molestado de ningún otro modo, salvo en virtud de sentencia legítima de sus pares o de las leyes del territorio.

⁹⁹ Art. 5. Considerando, empero, que a pesar de estas leyes y de otras normas y reglas válidas de vuestro Reino encaminadas al mismo fin, varios súbditos vuestros han sido recientemente encarcelados sin que se haya indicado la causa de ello; que, cuando fueron llevados ante vuestros jueces, conforme a los decretos de Vuestra Majestad sobre el *habeas corpus* para que el Tribunal resolviese lo procedente, y cuando sus carceleros fueron requeridos a dar a conocer las causas de la prisión, no dieron otra razón que una orden especial de Vuestra Majestad notificada por los lores de vuestro Consejo Privado; que los detenidos fueron devueltos acto seguido a sus respectivas cárceles sin que se formulase contra ellos auto alguno de procesamiento contra el que habrían podido defenderse conforme a la ley.

Termina la Petición de Derechos, con el art. 11, el cual prescribe que: “Todo lo cual suplican humildemente a V. M. por ser sus derechos y libertades según las leyes y estatutos de este Reino y solicitan asimismo de V. M. diga que todo lo que se ha hecho en este sentido, actuaciones, sentencias y ejecuciones, en daño de vuestro pueblo, no sentará precedente ni constituirá ejemplo para el futuro, e igualmente que V. M. declare graciosamente, para mayor satisfacción y seguridad de vuestro pueblo, que es vuestra intención y real deseo que, en las materias aquí tratadas, vuestros agentes y ministros os sirvan con sujeción a las leyes y estatutos de este Reino y tengan en consideración el honor de V. M. y la prosperidad de este Reino”.

VI.2.2. Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts.

Otorgado por el rey Carlos II a los primeros colonos de Norteamérica, concedió a estos un conjunto de poderes y es considerado como el primer catalogo norteamericano de derechos humanos. Aunque la Carta otorgada por Carlos II el 4 de marzo de 1629 remitía la futura creación de un Código de Leyes y Libertades, elaborado por los hombres libres de la Bahía, lo cierto es que los gobernantes de Massachusetts se opusieron durante mucho tiempo para gobernar sin limitaciones.

Finalmente se aprueba el cuerpo legal definitivo en diciembre de 1641¹⁰⁰. Se trata de un texto bastante completo dotado de un preámbulo y de un conjunto de normas sobre derechos y libertades relativas a: procedimientos judiciales, sobre libertades generales y libertades particulares de mujeres, niños, siervos y forasteros, parte esta última donde el texto anticipa el proceso de especificación de los derechos humanos.

VI.2.3. El Hábeas Corpus de 1679.

Instituido por Inglaterra, el procedimiento del hábeas corpus garantizaba la libertad individual contra los riesgos de detenciones y represiones arbitrarias. El

¹⁰⁰ SORIANO DÍAZ, R. L. *Historia temática de los Derechos Humanos*. Edit. MAD, S. L. Alcalá de Guadaíra (Sevilla), 2003, p. 99.

Acta de 1679 la redactaron los miembros del Parlamento, en el reinado de Carlos II, para protegerse de prácticas entonces corrientes¹⁰¹. Se denuncian en ella los abusos y se exponen normas precisas sobre los derechos de los acusados y de los prisioneros.

El hábeas corpus permitía al juez ordenar que le fuera presentado el acusado en persona, en el plazo de tres días, a fin de determinar si su detención era legal o no. Disposiciones precisas determinaban la forma del "writ" (mandato escrito).

Todo este procedimiento tenía por objeto proteger al detenido, evitarle traslados arbitrarios, garantizarle el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de transgresiones y responsabilizar a los ejecutantes, estableciendo multas y sanciones a los funcionarios negligentes.

El acta se inicia con la denuncia de que alguaciles y carceleros, a quienes se ha confiado la custodia de algún detenido por asuntos criminales, suelen eludir los mandamientos de habeas corpus que se les dirigen, ósea, acostumbran desoír o retardar las ordenes que se les dan para no retener por mas tiempo a una persona y presentarla ante el juez encargado de verificar la legalidad de su detención¹⁰².

La ley de hábeas corpus de 1679 expresaba en su art. II que " Si una persona es arrestada y detenida en tiempo de receso por cualquier delito tendrá derecho por sí, o por otro en representación suya para dirigirse al lord canciller o cualquier otro juez o magistrado, los cuales, vistas las copias de los autos de prisión o previo el juramento de haber sido denegadas dichas copias, precediendo una petición por escrito de la persona detenida o de cualquiera otra en su lugar, confirmada por dos testigos presentes en el acto de entregarla, tiene la obligación de expedir un hábeas corpus que será remitido al lord canciller, juez o barón de los respectivos tribunales; y una vez presentado el writ; el funcionario o la persona a quien éste comisione presentará nuevamente el preso ante el lord

¹⁰¹ El primer documento, que establece la necesidad de justificar la detención de un súbdito, bajo las restricciones siguientes: mediante un proceso público, controlado y sólo por voluntad del Monarca; fue la Magna Carta Libertatum de 1215.

¹⁰² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS LA UNAM. *Habeas Corpus Amendment Act (26 de mayo de 1679)*, pp. 185 y ss. www.biblio.juridicas.unam.mx

canciller, los demás jueces o el designado por el susodicho writ; dando a conocer las causas de la prisión o detención, cumplidas estas disposiciones, en dos días el lord canciller o cualquier otro juez pondrá en libertad al preso, recibiendo en garantía la suma que los jueces consideren conveniente, en atención a la calidad del preso o a la naturaleza del delito”.

VI.2.4 La Declaración de Derechos de 1689.

Impuesto por el Parlamento a la futura reina María II Estuardo (hija de Jacobo II) y a su esposo, Guillermo de Orange, el Bill of rights o Declaración de Derechos culmina la Revolución inglesa de 1688. Se trata, por primera vez, de un verdadero contrato, establecido entre los soberanos y el pueblo, también soberano¹⁰³.

La Declaración de Derechos recuerda las numerosas violaciones de las leyes y las libertades cometidas por Jacobo II y enumera los derechos reconocidos al pueblo desde 1215. En su artículo primero se enuncia un principio esencial: “la autoridad real no tiene fuerza de ley; la ley está por encima del rey¹⁰⁴”. Los demás artículos desarrollan este principio.

El pueblo tiene el derecho de petición¹⁰⁵, el derecho de votar libremente¹⁰⁶, garantías judiciales y la protección de sus libertades individuales¹⁰⁷. Poco tiempo después se otorgó la libertad de culto a los protestantes.

El nuevo Parlamento redacta una Declaración de derechos que recuerda las obligaciones y los deberes respectivos del Rey y el Parlamento entre los que destacan las siguientes peticiones de la Declaración: 2) El Rey no puede cobrar

¹⁰³ ALARCÓN REQUEJO, G. *Estado de derecho, derechos humanos y democracia.: Pautas para la racionalidad jurídico – política desde Elías Díaz*. Edit. Dykinson. Madrid. 2011, pag. 120.

¹⁰⁴ Petición 1.- El Rey no puede crear o eliminar leyes o impuestos sin la aprobación del Parlamento.

¹⁰⁵ Petición 5.- Que es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios.

¹⁰⁶ Petición 8.- Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres.

¹⁰⁷ HÜBNER GALLO, J. I. *Panorama de los Derechos Humanos*. Edit. Andrés Bello. Chile. 1973, pag. 41.

dinero para su uso personal, sin la aprobación del Parlamento. 3) Es ilegal reclutar y mantener un ejército en tiempos de paz, sin aprobación del Parlamento. 4) Las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres. Y 6) El Parlamento debe reunirse con frecuencia.

VI.3 SIGLO XVIII.

El liberalismo de Inglaterra no tuvo efecto sobre su política colonial. En 1775, se rebelaron las trece colonias inglesas de América del Norte. La Guerra de Independencia, en la que Francia apoyó a las colonias a partir de 1778, duró hasta 1783. Pero ya en 1776, las antiguas colonias, convertidas en los Estados Unidos de América, promulgaron declaraciones para reclamar sus derechos.

VI.3.1. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776.

Aprobada el 12 de junio de 1776, Jefferson la utilizó para redactar la primera parte de la Declaración de Independencia y sirvió de base de las diez primeras enmiendas de la Constitución¹⁰⁸.

Se comienza manifestando que la: “Declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en convención plena y libre, como derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad como base y fundamento de su Gobierno”.

A lo largo del articulado de la Declaración se enumeran derechos próximos a la noción moderna de Derechos Humanos:

- La igualdad de todos los hombres, que viene recogido en el art. 1, donde se expresa que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y

¹⁰⁸ LÓPEZ DÍAZ, E. *Iniciación al Derecho*. Edit. Delta Publicaciones Universitarias. Madrid. 2006, pag. 156.

poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad¹⁰⁹.

- La separación de los poderes legislativo y ejecutivo, que viene recogido en el art. 5 de la declaración puntualizando que: “Los poderes legislativo y ejecutivo del estado deben ser separados y distintos del judicial; que a los miembros de los dos primeros les sea evitado el ejercicio de la opresión a base de hacerles sentir las cargas del pueblo v de hacerles participar en ellas; para ello debieran, en períodos fijados, ser reducidos a un estado civil, devueltos a ese cuerpo del que originalmente fueron sacados; y que las vacantes se cubran por medio de elecciones frecuentes, fijas y periódicas, en las cuales, todos, o cualquier parte de los ex - miembros, sean de vuelta elegibles, o inelegibles, según dicten las leyes”.
- La primacía del poder del pueblo y de sus representantes, respecto a la hegemonía de ejecutar o suspender leyes, por cualquier autoridad, sin el consentimiento del pueblo, recoge el art. 7 que es injurioso y por lo tanto, no se puede hacer¹¹⁰.
- La libertad de prensa viene regulada en el art. 9 de la Declaración, al afirmar que es uno de grandes bastiones de la libertad, y que no puede ser restringirla un gobierno despótico¹¹¹.
- La subordinación del poder militar al poder civil, el derecho a que se haga justicia y la libertad de culto¹¹².

¹⁰⁹ BERRAONDO LÓPEZ, M. *Los Derechos Humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección*. Edic. Alberdania. Álava. 2004, pag. 24.

¹¹⁰ BERRAONDO LÓPEZ, M. *Los Derechos...ob. cit.* 2004, pag. 24.

¹¹¹ PONS RAFOLS, X. *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*. Edit. Icaria. Barcelona. 1998, pag. 219.

¹¹² Viene regulado en el art. 16 que expresa que la religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la manera de cumplirlas, sólo pueden estar dirigidas por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por tanto, todos los hombres tienen idéntico derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia; y que es deber mutuo de todos el practicar la indulgencia, el amor y la caridad cristianas.

Los derechos de la persona humana son considerados como derechos naturales¹¹³, que ningún régimen puede menoscabar. Algunos derechos son inalienables¹¹⁴.

El art. 10 hace referencia a la detención y en concreto dice que: “las ordenes judiciales, por medio de las cuales un funcionario o agente puede allanar un sitio sospechoso sin prueba de hecho cometido, o arrestar a cualquier persona o personas no mencionadas, o cuyo delito no está especialmente descrito o probado, son opresivas y crueles, y no deben ser extendidas”. Se pide también que todo hombre tenga derecho a conocer las causas y naturaleza de su acusación, así como, a que no se puede ser privado de su libertad salvo por las causas que precisa la ley¹¹⁵.

Este texto, que se tradujo al francés, ejerció una gran influencia durante la Revolución francesa en el Comité encargado de elaborar la Constitución y de redactar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

VI.3.2. Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776.

La Declaración de Independencia, que redactó Thomas Jefferson y que se aprobó el 4 de julio de 1776, considera como verdades evidentes por sí mismas que los hombres nacen iguales, que su Creador les ha dado algunos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y que los Gobiernos humanos han sido instituidos para garantizar esos derechos.

¹¹³ Afirma la existencia de ciertos derechos innatos que tienen todos los hombres, de los cuales, una vez que los hombres entran en estado de sociedad, no se pueden privar o desposeer de ellos posteriormente por ningún pacto.

¹¹⁴ LÓPEZ DÍAZ, E. *Iniciación al...ob. cit.* 2006, pag. 156.

¹¹⁵ Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares.

El Acta de Confederación imponía a las colonias liberadas que se unieran para defenderse en el art. 3¹¹⁶ contra toda violencia o ataque de que fueran objeto todas o algunas de ellas por causa de la religión, la soberanía, el comercio o con cualquier otro pretexto¹¹⁷.

El Preámbulo extrae la filosofía general de gobierno que justifica una revolución cuando el gobierno hace daño a los derechos naturales¹¹⁸. En el preámbulo se reconocen el derecho a la Vida, a la Libertad y a la Felicidad: es el primer documento histórico en el que se reconocen los Derechos Humanos más fundamentales¹¹⁹.

Además refleja la filosofía de Ilustración, incluyendo el concepto de la ley natural, y el derecho de libre determinación. Las ideas y frases están extraídas de las obras de John Locke¹²⁰.

¹¹⁶ STARCK, C. *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*. Edit. Dykinso. Madrid. 2011, pag. 234.

¹¹⁷ Este principio del derecho de resistencia al opresor justificaría la lucha de los pueblos dominados y colonizados en los siglos XIX y XX.

¹¹⁸ BALLESTEROS LLOMPART, J.; FERNANDEZ RUIZ – GALVEZ. E. y GARIBO PEYRO, A. P. *Derechos Humanos*. Edit. Universidad de Valencia. Valencia. 2007, pag. 20

¹¹⁹ Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, evidencia el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y proveer de nuevas salvaguardas para su futura seguridad y su felicidad.

¹²⁰ BOSCH, A. *Historia de los Estados Unidos, 1776-1945*. Edit. Crítica. Barcelona. 2010, pag. 24.

La Declaración de Independencia, constituye todavía hoy uno de los textos más innovadores y trascendentes de la historia contemporánea. En él quedaron proclamados los tres principios básicos que constituirían el lema de la Revolución Francesa: "libertad, igualdad y fraternidad".

La mayor parte de las antiguas colonias revisaron sus constituciones y ocho incluyeron en ellas declaraciones de derechos (1776-1783). En todas ellas se recuerda el derecho a la libertad individual, establecido en Inglaterra por la Magna Carta, y todas agregan junto a los derechos de propiedad, de reunión y de expresión y el derecho a la libertad religiosa¹²¹.

VI.3.3. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, reclamada por el diputado del Dauphiné Jean-Joseph Mounier y por La Fayette, héroe de la Guerra de Independencia norteamericana, la redactó el abate Sieyès y la aprobó la Asamblea Nacional Constituyente del 20 al 26 de agosto de 1789.

Sin perjuicio de la influencia que tuvo en ella la obra de autores como Rousseau y Montesquieu, es un hecho que en sus redactores influyeron también los textos norteamericanos. En esta declaración se reitera que:

- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, que la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.
- El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación, de modo que ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

La ley es la expresión de la voluntad general y que todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación.

¹²¹ GRAU, L. *El constitucionalismo americano*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005, pp. 82 – 86.

El principio del primer artículo: "Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos", se incluyó casi literalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En este se enuncian principios fundamentales de orden político: la soberanía nacional¹²², el sistema de gobierno representativo, la primacía de la ley y la separación de poderes¹²³.

Atribuye asimismo a los pueblos y a los individuos unos derechos que siguen siendo actuales:

- El derecho a la resistencia contra la opresión, regulado en su art. 2 al establecer que la finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión¹²⁴.
- La presunción de inocencia. Que se dio como resultado de la reacción contra el régimen de la Inquisición
- La libertad de opinión y de religión, dónde estipula que nadie ha de ser importunado por razón de sus opiniones o creencias religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley¹²⁵.
- La libertad de expresión, que viene regulada en la citada declaración, y donde se expresa que puesto que la comunicación sin trabas de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y

¹²² Art. 3. La nación es esencialmente la fuente de toda soberanía; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella.

¹²³ Art. 16. Toda comunidad en la que no esté estipulada la separación de poderes y la seguridad de derechos necesita una Constitución.

¹²⁴ GAUCHET, M. *La Revolución de los Derechos del Hombre*. Edit. Universidad Externado. Colombia. 2012, pag.12.

¹²⁵ NOVOA MONREAL, E. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, 6ª Edic. Edit. Siglo XXI. México. 2001, pag. 14.

publicar libremente, teniendo en cuenta que es responsable de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley¹²⁶.

- El derecho a la propiedad, donde se regula que: “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa”.

El art. 9 esta referido a la detención, de este modo se señala que: “todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona”.

Muchos artículos son dedicados a la libertad; así, el art. 1 manifiesta que los hombres son iguales en derechos, los arts. 4 y 5 definen la libertad¹²⁷, el 7, 8 y 9, precisan las características de la libertad individual, la presunción de inocencia e irretroactividad de la ley¹²⁸ y los arts. 10 y 11 se refieren a la libertad de opinión, de prensa y de conciencia.

¹²⁶ GAUCHET, M. *La Revolución...ob. cit.* 2012, pag.13.

¹²⁷ Art. 4 La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Art. 5. La ley sólo debe prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no debe ser estorbado. Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena.

¹²⁸ Art. 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

Art. 8. La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.

Art. 9. Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona.

La Declaración de los Derechos del Hombre aprobada por la es uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa en cuanto a definir los derechos personales y colectivos como universales¹²⁹.

Influenciada por la doctrina de los derechos naturales, los derechos del Hombre se entienden como universales, válidos en todo momento y ocasión al pertenecer a la naturaleza humana.

VI.3.4 La Carta de los Derechos de Norteamérica de 1791.

La constitución norteamericana fue la primera que plasmó el espíritu de la ilustración del S. XVIII y recogió los valores fundamentales de toda sociedad moderna de igualdad y respeto a los derechos humanos fundamentales, de separación de poderes y de garantías legales para todos los ciudadanos.

Las diez primeras enmiendas de la Constitución se introdujeron a la vez y son las denominadas "La Carta de Derechos" y entraron en vigor 1791. Básicamente limitan el poder del gobierno federal y garantizan los derechos y libertades de las personas, estas son¹³⁰:

1. Libertad de expresión, de prensa, religiosa, asamblea pacífica y de petición al gobierno¹³¹.
2. Derecho de las personas a tener y portar armas, así como a mantener una milicia. Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado Libre, no se violará el derecho del pueblo de poseer y portar armas.
3. Protección contra el alojamiento de militares, a este respecto se regula que: "En tiempo de paz a ningún militar se le alojará en casa

¹²⁹ JELLINEK, G. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2003, pag. 81.

¹³⁰ GONZÁLEZ ALONSO, L. N. *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Edic. Atlántida Grupo editor. Bilbao. 2008, pag. 196.

¹³¹ El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.

alguna sin el consentimiento del propietario; ni en tiempo de guerra, como no sea en la forma que prescriba la ley”.

4. Protección contra registros e incautaciones irrazonables. El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas¹³².
5. Los derechos en los juicios penales: debido al proceso, non bis in idem, auto-incriminación, propiedad privada¹³³.
6. El derecho a un juicio imparcial: Juicio por jurado y otros derechos del acusado. En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido¹³⁴.
7. Los derechos en los juicios civiles, se regula que: “El derecho a que se celebren ante un jurado los juicios de derecho consuetudinario en que el valor en disputa exceda de veinte dólares, será garantizado, y ningún hecho juzgado por un jurado será reexaminado en tribunal

¹³² MARTÍ MINGARRO, L. y CARRILLO FLÓREZ, F. *Iberoamérica y la corte penal internacional: debates, reflexiones y preguntas*. Edit. Universidad del Rosario. Colombia. 2006, pag. 60.

¹³³ Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

¹³⁴ Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que le defienda.

alguno de los Estados Unidos, salvo con arreglo a las normas del derecho consuetudinario”.

8. Fianzas, multas y castigos. No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas¹³⁵.
9. Derechos que el pueblo se reserva. No se interpretará la enumeración en la Constitución de ciertos derechos para negar o menospreciar otros derechos retenidos por el pueblo.
10. Poderes retenidos por los estados y por el pueblo. Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo. Esta enmienda fue adoptada para tranquilizar a la gente en cuanto a que el gobierno nacional no devoraría a los estados.

VI.4. SIGLO XIX.

México acogió la doctrina liberal de la Revolución Francesa y de la Constitución española de 1812 en el Decreto Constitucional de Apatzingán¹³⁶ de octubre de 1814. En dicha constitución aparece una enumeración de los derechos humanos en el Título I, Capítulo V: "De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos". La protección procesal de estos derechos se atribuyó a un órgano jurisdiccional denominado Supremo Tribunal, el cual funcionó con toda regularidad¹³⁷.

¹³⁵ ALTAVA LAVALL, M. G. *Lecciones de derecho comparado*. Publicacions Universitat Jaume I. Castellon. 2003, pag. 88.

¹³⁶ La Constitución de Apatzingán fue promulgada el 22 de octubre de 1814, por el Congreso de Anáhuac, reunido en la ciudad de Apatzingán a causa de la persecución de las tropas de Félix María Calleja. Titulada oficialmente Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, fue válida para las fuerzas de los insurgentes y los territorios que lograron controlar efímeramente durante el transcurso de la guerra de la Independencia de Méjico.

¹³⁷ DÁVILA GARCÍA, A, *Los derechos humanos a la vuelta del milenio*. Revista Vínculo Jurídico. Julio - Diciembre 1998.

El art. 14 recoge que: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas”. El art. 30 expresa que: “Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declara culpado”.

Posteriormente, en 1824, en el art. 30 del Acta Constitutiva se encuentra la mención "Derechos del hombre y del ciudadano". Luego, en el artículo 2º de la primera de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, se expresa "Derechos del mexicano". Con el título "Derechos del hombre" se localiza en el artículo 5º del Acta Constitutiva y de reformas de 1847. Con el rubro expreso de "Garantías individuales" se incluye en el Estatuto Orgánico provisional de 1856; una vez más "Derechos del hombre" en la Constitución de 1857¹³⁸ que contiene la primera sistematización técnico-jurídica de los derechos del hombre. Como puede apreciarse, domina en ella el espíritu democrático liberal de cuño francés.

En Europa entre los textos más representativos para la historia de los derechos humanos encontramos:

- La constitución belga de 1831 fue una obra maestra del camuflaje constitucional¹³⁹. Sus más fuertes opositores le podían reprochar contener todos los elementos esenciales del constitucionalismo moderno, pero sus partidarios podían igualmente sostener que en ninguna parte los expresaba.

En su versión francesa, evitaba proclamar abiertamente la soberanía popular, recurriendo en su lugar a la fórmula ambivalente de que todos los poderes derivaban de la nación¹⁴⁰. La fraseología tendió a referirse a la Constitución Francesa de 1791, integrando al Rey en la nación.

Sin ser el resultado de un vago compromiso o, como la Paulskirche en 1848, un deliberado rechazo de la idea de soberanía popular, el significado del artículo respectivo puede ser mas explícito en su versión oficial flamenca: “*Alle gezag komt*

¹³⁸ AULA VIRTUAL CERVANTES. www.cervantesvirtual.com

¹³⁹ GILISEN, G. *La Constitution belge de 1831, ses sources, son influence*, en *Res publica*, X. 1968, pp. 108 y ss.

¹⁴⁰ Constitución de Bélgica, art. 25, en: *Bulletin officiel des décrets du Congrès national de la Belgique, et des arrêtés du pouvoir exécutif/Staetsblad*, n.º. 14, Bruselas: Imprimerie de Weissenbruch père, 1831, 180.

*van het volk*¹⁴¹". Sin embargo, lo que algunos podían entender como una soberanía popular disfrazada, otros lo podían descartar fácilmente como una pobre traducción¹⁴².

- La Constitución francesa de 1848 en el artículo IV del Preámbulo señala como principios: "la libertad, la igualdad y la fraternidad" y como fundamento "la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público". Algunos de sus artículos hacen referencia a ciertos derechos relativos al trabajo, la asistencia y la educación pero los resultados prácticos más efectivos tuvieron lugar en Inglaterra y Alemania.

- Tres nuevas enmiendas a la constitución norteamericana, aprobadas entre 1865 y 1870. La primera de estas Enmiendas fue aprobada en 1865, y fue la Número 13. "Abolición de la esclavitud"¹⁴³". Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria existirán en Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción, salvo como castigo por un delito del cual la persona haya sido debidamente convicta¹⁴⁴.

Posteriormente se decretó la Enmienda 14, Derechos civiles. El propósito principal de esta enmienda fue hacer que los ex - esclavos se convirtieran en ciudadanos, tanto de Estados Unidos como del estado en el cual vivían, y protegerlos de cualquier discriminación impuesta por el estado. Finalmente, en 1870 se aprueba el sufragio racial, es decir, el voto afro-estadounidense, en la Enmienda 15¹⁴⁵.

¹⁴¹ Todo el poder proviene del pueblo.

¹⁴² DIPPEL, H. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que Necesita ser Escrita*. Revista Electrónica de Historia Constitucional, nº 6. Septiembre 2005, pp. 181- 200.

¹⁴³ FERNANDEZ SEGADO, F. *La justicia constitucional: Los sistemas de justicia constitucional. Las "dissenting opinions". El control de las omisiones legislativas. El control de "comunitariedad"*. Edit. Dykinson. Madrid. 2009, pag. 520.

¹⁴⁴ La Proclamación de la Emancipación, hecha por el Presidente Abraham Lincoln en 1863, había liberado a los esclavos de los Estados Confederados que aún se hallaban en rebeldía. Esta enmienda consumó la abolición de la esclavitud en Estados Unidos.

¹⁴⁵ Ni los Estados Unidos, ni ningún otro Estado, podrán desconocer ni menoscabar el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos por motivo de raza, color o de su condición anterior de esclavos.

En España tenemos dos textos constitucionales que hemos visto anteriormente:

- La Constitución política de la Monarquía española de 1812. El significado general de esta Constitución reposa en el hecho de constituir el más importante intento en Europa, en la primera mitad del Siglo XIX, de combinar la esencia del constitucionalismo moderno con el orden monárquico existente¹⁴⁶.

Por esta razón fue vehementemente rechazada, y no solo por los conservadores a todo lo largo de Europa, sino también por los liberales moderados, quienes se negaban a aceptar mayores limitaciones al poder monárquico que aquellas provistas por la constitución británica antes de 1832.

- La Constitución española de 1876. Para elaborar una nueva Constitución, se convocaron las Cortes por sufragio universal. Esta buscaba un proyecto lo suficientemente amplio como para dar cabida a los distintos programas liberales y finalmente fue promulgada el 30 de junio de 1876.

Esta Constitución establecía una división de poderes¹⁴⁷, reconocía algunas libertades¹⁴⁸, establecía un parlamento bicameral y determinaba un estado confesional¹⁴⁹. Se caracteriza por ser: monárquica, moderada y ecléctica, recogía los aspectos más destacables de otras Constituciones anteriores.

¹⁴⁶ VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. *La Teoría del estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid. 1983, pp. 374-377.

¹⁴⁷ Las Cortes se componen de dos Cuerpos Colegisladores, iguales en facultades: el Senado y el Congreso de los Diputados.

¹⁴⁸ Todo español tiene derecho: "De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa. De reunirse pacíficamente. De asociarse para los fines de la vida humana".

¹⁴⁹ La religión Católica, Apostólica, Romana es la del Estado. La Nación se obliga a mantener el culto y sus ministros. Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana. No se permitirán, sin embargo, otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado.

VI.5. SIGLO XX.

VI.5.1. La positivación de los Derechos Humanos en la Primera Mitad del S. XX.

Durante la primera mitad del S. XX se publicaron nuevas Declaraciones en todo el mundo. En Iberoamérica, con la Constitución de los Estados Unidos de México¹⁵⁰ en 1917, en Rusia, con la Declaración Soviética de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado en 1918¹⁵¹ y en Alemania, con la Constitución de Weimar en 1919.

El movimiento de los Derechos Humanos alcanzó una dimensión internacional con la Declaración de los Derechos del Niño, o Declaración de Ginebra, aprobada por la Sociedad de Naciones en 1924¹⁵².

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

¹⁵⁰ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada en 1917, trata en su Título I de las garantías individuales. Al respecto el reconocimiento de los derechos sociales, aborda derechos como libertad de asociación, de expresión, derecho de huelga, derecho a la educación y la regulación de la propiedad de acuerdo a los intereses de la comunidad.

¹⁵¹ MÁRQUEZ PIÑERO, R. *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*. Edit. Universidad Nacional Autónoma. México. 1986, pag. 286.

¹⁵² Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas el 24 de setiembre de 1924.

5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo¹⁵³.

Frente a las aberraciones y el genocidio cometidos por las fuerzas neonazis, fue indispensable que desde 1941 los gobiernos aliados empezaran a intercambiar opiniones sobre las maneras efectivas de proteger a la sociedad y a sus; así es como el 1 de enero de 1942 se firmó la Declaración de las Naciones Unidas, en la que se recoge que “los Gobiernos signatarios¹⁵⁴, habiendo expresado su adhesión al programa común de propósitos y principios que incorpora la Declaración conjunta del Presidente de EE.UU. y el Primer Ministro del Reino Unido, de fecha 14 de agosto de 1941, conocida como Carta del Atlántico” se expresa como esencial defender la vida, la libertad, la independencia y conservar los derechos humanos y la justicia¹⁵⁵.

La II Guerra Mundial aceleró este proceso. En efecto, a la Carta del Atlántico, fruto de una entrevista que mantuvieron en 1941 Churchill y Roosevelt en un buque de guerra, le siguió muy pronto, en enero de 1942, la Declaración de las Naciones Unidas, en la que veintiséis Estados se declararon unidos para luchar contra las potencias del Eje y prometieron permanecer unidos después del conflicto para fundar una organización internacional cuya misión sería promover la paz en el mundo¹⁵⁶.

¹⁵³ VERHELLEN, E. *La Convención Sobre Los Derechos Del Nino: Trasfondo, Motivos, Estrategias, Temas principales*. Edic. Garant. Bélgica. 2002, pag. 81.

¹⁵⁴ Declaración conjunta de los Estados Unidos de América, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, China, Australia, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, República Dominicana, El Salvador, Grecia, Guatemala, Haití, India, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Panamá, Polonia, Unión del África del Sur y Yugoslavia.

¹⁵⁵ Convencidos de que es esencial obtener una victoria absoluta sobre sus enemigos para defender la vida, la libertad, la independencia y la libre profesión de cultos, así como preservar los derechos humanos y la justicia, tanto en su propio suelo como en otras tierras, y estando en el presente empeñados en la lucha común contra fuerzas bárbaras e inhumanas que tratan de subyugar al mundo.

¹⁵⁶ DEBASA NAVALPOTRO, F. R. *Jean Monnet y la Carta Fundacional de la Unión Europea: La declaración de 9 de mayo de 1950*. Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos I. Madrid. 2004, pag. 26.

El 26 de junio de 1945 se firmó la Carta de las Naciones Unidas¹⁵⁷. Comienza la Carta de las Naciones Unidas expresando que “nosotros los pueblos de las Naciones Unidas hemos resuelto a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Para ello incluye, entre los fines de la ONU, los siguientes: "Conseguir la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social y cultural o humanitario, y en la promoción y el fomento del respeto de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, de sexo, de lengua o de religión¹⁵⁸".

En el art. 1 de la Carta se enumeran los propósitos de las Naciones Unidas, entre los que destacan: mantener la paz y la seguridad, la igualdad de derechos, respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales y no discriminar por razón de raza, sexo, idioma o religión¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Firmada en San Francisco, Estados Unidos el 26 de junio 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

¹⁵⁸ ANGULO SÁNCHEZ, N. *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, contenido, objetivos y sujetos*. Edit. IEPALA. Madrid. 2005, pag. 240.

¹⁵⁹ Los Propósitos de las Naciones Unidas son: “Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y

En caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales¹⁶⁰.

A este respecto establece el art. 41 que el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

En 1948 la Declaración Americana fue producto de la IX conferencia panamericana que se celebró en Bogotá a inicios de 1948, ocasión en que se aprobó la carta de la declaración de los estados americanos.

En esa misma declaración, su preámbulo¹⁶¹, propugna una articulación entre derechos y deberes, lo cual se ve reflejado luego en que su capítulo primero trata precisamente de los derechos, en tanto que el segundo y último trata de los deberes.

estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes”.

¹⁶⁰ Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas art. 42).

¹⁶¹ Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

En el capítulo primero, junto a la consagración de la igualdad ante la ley y de las libertades de conciencia y de expresión, se mencionan un conjunto de derechos de carácter social como: a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la seguridad¹⁶² social, a la participación en la vida cultural; todos los cuales no importan límites al poder político sino compromisos que deben asumir quienes ejercen el poder para mejorar las condiciones materiales de vida de las personas¹⁶³.

La Declaración recoge el Derecho de protección contra la detención arbitraria. El Art. XXV recoge que “nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado¹⁶⁴ sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

En el Capítulo II relativo a los deberes, la declaración menciona entre otros el de obedecer a la ley¹⁶⁵, el de adquirir a lo menos la instrucción primaria, el de votar en las elecciones populares y el de cooperar con el estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales, de acuerdo con las posibilidades y las circunstancias de cada cual.

Meses más tarde, el 10 de diciembre de 1948, la asamblea general de la ONU, a través de la resolución 217 adopta la Declaración Universal de los

¹⁶² Art. I: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

¹⁶³ GROSS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos. Análisis comparativo*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1991, pag. 47.

¹⁶⁴ Art. XXVI. Derecho a proceso regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

¹⁶⁵ Artículo XXXIII. Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre.

Derechos del Hombre. Estuvo muy influenciada por los horrores cometidos en la segunda guerra mundial.

Fue la consagración de estos derechos a nivel internacional y tuvo un carácter declarativo y no propiamente el de un pacto internacional vinculante con los países que lo suscribieron. Marca el inicio del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos y su segunda importancia radica en que influye en numerosas constituciones políticas a nivel interno de cada estado posterior a ésta¹⁶⁶.

En su preámbulo advierte que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad¹⁶⁷.

La Declaración consta de 30 artículos y se advierte como los derechos individuales que se asientan en el valor de la *libertad* ocupan la mayor parte del texto (arts. 3 al 20). Los derechos económicos, sociales y culturales, que se fundan en el valor de la igualdad son tratados apenas en 3 artículos (22 al 25). Por lo que concierne a los derechos políticos o de participación¹⁶⁸ aparecen tratados en el art. 21.

Termina la Declaración con el art. 30 en el que se proclama que nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o

¹⁶⁶ ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F. *La declaración universal de Derechos Humanos*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2009, pag. 26.

¹⁶⁷ Preámbulo: "...Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias ..."

¹⁶⁸ Art. 21. 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración¹⁶⁹.

VI.5.2. La positivación de los Derechos Humanos en la Segunda Mitad del S. XX.

Desde 1948 a la fecha se han firmado de manera multilateral y gradualmente diversas convenciones por parte de Estados-miembros de la ONU: sobre Derechos Humanos específicos que son de un gran interés para los diversos pueblos del planeta, entre estas convenciones protectoras de los valores más preciados, tenemos las relativas a la prevención y represión de los crímenes de genocidio; a los refugiados; a los derechos políticos de la mujer; a la abolición de la esclavitud y prácticas análogas a la eliminación de todas las formas de discriminación racial; al carácter imprescriptible de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, para mencionar tan sólo algunas.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950. Firmado en Roma en 1950, solo vigente en el ámbito europeo. Se trata de un verdadero tratado internacional, en el cual se establecen obligaciones jurídicas al estado que lo suscribe, por lo que se deben integrar en sus derechos internos lo que este convenio establece.

Los destinatarios de este convenio no son solo los ciudadanos de los estados que lo han ratificado, sino que se extiende a cualquier persona que resida o que simplemente, se encuentre en el país.

El convenio establece por primera vez a la persona como sujeto del derecho¹⁷⁰ internacional, porque el convenio permite demandas individuales de las personas que se les han pasado llevar sus derechos fundamentales. Por esto se

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ ARAMAYO, R. *Valores e historia en la Europa del Siglo XXI*. Edit. Plaza y Valdés. Madrid. 2006, pag. 398.

¹⁷⁰ Artículo 1. Reconocimiento de los Derechos Humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título 1 del presente Convenio

crea la Comisión Europea de Derechos Humanos y además el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷¹.

El 20 de marzo de 1952, en París se firmó el Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Se realizaron unas modificaciones introducidas por el protocolo número 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994¹⁷².

Comienza dicho Protocolo afirmando que los Gobierno signatarios, miembros del Consejo de Europa, están resueltos a tomar medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el título 1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Los pactos internacionales de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, uno sobre los derechos civiles y políticos y otro sobre los derechos económicos, sociales, correspondientes a 1966.

Ambos pactos tratan de las libertades civiles y políticas, y de los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo que tanto aquellas como estos son indispensables para realizar el ideal de ser humano libre, por lo cual es necesario que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar tanto de unas como de otras¹⁷³.

¹⁷¹ El Título II versa sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Art. 19. Recoge la Institución del Tribunal; Así, “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado “el Tribunal”. Funcionará de manera permanente”.

¹⁷² Boletín Oficial del Estado nº 152, de 26 de junio de 1998.

¹⁷³ Una declaración como esa refuerza no solo la idea de que hay distintas clases o generaciones de derechos del hombre, todas indispensables, sino que el valor de la libertad, que esta a la base de las dos primeras generaciones, precisa para su efectiva realización de una cierta igualdad de condiciones materiales de vida de las personas, igualdad a la que apuntan los derechos económicos, sociales y culturales, o de tercera generación, puesto que para personas que desde el punto de vista material padecen de condiciones de vida miserables se torna completamente ilusorio y vacío el disfrute y ejercicio de las libertades.

Otras declaraciones que despiertan un gran interés respecto al tema que estamos tratando es la Declaración sobre la Protección de todas las Personas sobre la Tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes, Asamblea de la ONU, diciembre de 1975¹⁷⁴; la Convención sobre la Tortura y otras Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, ONU 1984¹⁷⁵ y la Declaración sobre el Desarrollo: ONU 1986¹⁷⁶, que contempla los derechos de la cuarta generación que conciernen a la humanidad en su conjunto, como por ejemplo el derecho a la paz¹⁷⁷.

En agosto de 1990, la 19ª Conferencia Islámica promulgó la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam. Dicho texto nació con la pretensión de erigirse en alternativa a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, proclamada en 1948.

La Declaración de los Derechos Humanos en el Islam coronó una larga serie de desacuerdos y discrepancias que los poderes islámicos habían mantenido durante años contra la Declaración Universal de los derechos Humanos de la ONU.

Tales discrepancias podrían resumirse brevemente en las tempranas declaraciones de 1948 del ulema pakistaní al-Maududi: "No es competencia humana el decidir el alcance y propósito de nuestra existencia, o establecer siquiera los límites de nuestra autoridad secular. Nadie tiene el derecho de tomar estas decisiones por nosotros. Este derecho pertenece exclusivamente a Dios.

El principio de la Unicidad de Dios priva de todo sentido al concepto de la soberanía legal y política de los seres humanos. Ningún individuo, familia, clase o

¹⁷⁴ Resolución 3379 de la Asamblea General de la ONU, aprobada el 10 de noviembre de 1975.

¹⁷⁵ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

¹⁷⁶ Resolución 41/128, 04 de diciembre de 1986.

¹⁷⁷ Art. 7. Todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y, con ese fin, deben hacer cuanto esté en su poder por lograr el desarme general y completo bajo un control internacional eficaz, así como lograr que los recursos liberados con medidas efectivas de desarme se utilicen para el desarrollo global, en particular de los países en desarrollo.

raza puede ponerse por encima de Dios. Sólo Dios es el legislador y sus mandamientos constituyen la ley del Islam¹⁷⁸.

En el fondo, lo que más irritaba a los poderes islámicos acerca de la Declaración de la ONU es que ésta reconoce abierta y esencialmente la posibilidad de cambiarse de religión, o de ser ateo, pecados ambos castigados con la muerte dentro del Islam¹⁷⁹. Estos sabían y saben que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU es un obstáculo insalvable para el Islam, gobierno que ellos quieren implantar, a menudo con una despótica mano de hierro, instalados en la rentable pretensión de hablar "en nombre de Dios"¹⁸⁰.

La 19ª Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores (sesión de Paz, Desarrollo y Solidaridad) celebrada en el Cairo, República Árabe de Egipto, del 9 al 14 de *muharram* de 1411¹⁸¹, consciente de la dignidad del ser humano en el Islam, en tanto que representante de Allah en la tierra; reconociendo la importancia de promulgar un documento sobre Derechos Humanos en el Islam, que sirva de guía a los Estados miembros en los diferentes aspectos de la vida; tras haber examinado las diferentes etapas del proyecto de dicho documento.

Así, como el informe de la Secretaría General al respecto; y tras estudiar el informe de la Comisión de expertos legales celebrada en Teherán del 26 al 28 de diciembre de 1989, acuerda promulgar la Declaración del Cairo de los Derechos Humanos en el Islam¹⁸², la cual proveerá las pertinentes orientaciones generales para los Estados miembros en el ámbito de los Derechos Humanos.

¹⁷⁸ A'LA MAUDUDI, A. *The political framework in Islam*", recogido en *Human Rights in Islam*. The Islamic Foundation, 1981, pag. 9.

¹⁷⁹ Aunque este hecho lamentable es constantemente obviado por la balumba mediática de los "defensores de los derechos humanos en el Islam" empeñados en no ver nunca nada que sea molesto o contrario a sus discursos filantrópicos, no había pasado en absoluto desapercibido a los poderes islámicos.

¹⁸⁰ ABOU ZEID, N. *Critique du discours religieux*. Edit. Sindbad. París. 1999, pág. 140.

¹⁸¹ Del 31 de julio al 5 de agosto 1990.

¹⁸² Afirmando el papel civilizador e histórico de la Comunidad de creyentes Islámica, instituida por Allah como la mejor comunidad, que legó a la humanidad una civilización ecuaníme y universal, que pone en relación esta vida con la otra y armoniza la ciencia con la fe; y por cuanto hoy se espera que esta Comunidad de Creyentes sirva de recta guía a la humanidad, confundida por creencias y corrientes contradictorias; y que asimismo provea soluciones para los problemas crónicos de la sociedad materialista; contribuyendo a los

Por consiguiente, los estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, basándose en todo lo antedicho, promulgan lo siguiente respecto a la libertad religiosa: todos los seres humanos son iguales sin distinción de creencia religiosa¹⁸³ y tienen derecho a vivir seguro en lo que respecta a su religión¹⁸⁴.

Salta a la vista que esta Declaración imita formalmente la estructura de la de la ONU, a cuya medida y réplica está hecha, aunque las diferencias son esenciales: si la declaración de la ONU reconoce: "La dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

La presente Declaración establece que: "La humanidad entera forma una sola familia unida por su adoración a Allah y su descendencia común de Adán¹⁸⁵".

esfuerzos de la humanidad en el terreno de los derechos del hombre, cuyo objetivo es proteger al ser humano de la explotación y la opresión, así como afirmar su libertad y su derecho a una vida digna en consonancia con la Sharía Islámica; y confiando con la Sharía Islámica en que la humanidad, aun habiendo alcanzado altas cotas materiales en la ciencia, sigue y seguirá en la necesidad palpable del sustento de la fe para su civilización, así como de un estímulo esencial para la salvaguarda de sus derechos; en la fe de que los derechos fundamentales y las libertades generales en el Islam son una parte de la religión de los musulmanes. Nadie, categóricamente, puede abolirlos total ni parcialmente, ni tampoco violarlos o ignorarlos en tanto que decretos divinos revelados por Allah en sus Libros, enviados y restablecidos por medio del Sello de sus Profetas, culminando así cuanto habían legado las sagradas escrituras. Observarlos es signo de devoción, así como descuidarlos o transgredirlos es una abominación de la religión. Todo ser humano es responsable de ellos individualmente, y la Comunidad de los Creyentes es responsable de ellos colectivamente.

¹⁸³ Artículo 1.a. La humanidad entera forma una sola familia unida por su adoración a Allah y su descendencia común de Adán. Todos los seres humanos son iguales en el principio de la dignidad humana, así como en el de las obligaciones (para con Allah) y las responsabilidades sin distinción de raza, color, lengua, sexo, creencia religiosa, filiación política, nivel social o cualquier otra consideración. Sólo la verdadera religión garantiza el desarrollo de esa dignidad por medio de la integridad humana.

¹⁸⁴ Artículo 18. a. Todo ser humano tiene derecho a vivir seguro en lo que respecta a su persona, su religión, su familia, honor y bienes.

¹⁸⁵ Esta afirmación significa, entre otras cosas, que se quiera o no todos los seres humanos tienen la obligación de creer en Dios. Ninguno podrá reclamarse agnóstico, ateo o animista.

Por otra parte, ya desde el mismo preámbulo se afirma que la Comunidad Islámica de Creyentes (la *Umma*) fue "instituida por Allah como la mejor comunidad".

La Declaración no lo dice, pero sí apunta claramente que, al menos, se espera de la Comunidad Islámica que "sirva de recta guía a la humanidad". Esto lo hace señalándole al resto el camino de la verdadera fe.

La humanidad estaría "confundida por creencias y corrientes contradictorias", que hacen más que nunca recomendable al Islam¹⁸⁶.

Estamos, en resumidas cuentas, ante una declaración de preceptos, no de derechos, cuyo objetivo esencial es imponer el hecho religioso como un requisito previo a los derechos fundamentales. La Declaración de la ONU ni conculca ni impone el hecho religioso. En sus artículos 2 y 18 afirma tajantemente la libertad de creencias, "incluida la libertad de cambiar de religión".

En cambio, de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam se desprende que los Derechos Fundamentales no son inalienables de la persona, sino inalienables de Dios¹⁸⁷. "Todas las criaturas son siervos de Allah", reza el artículo segundo¹⁸⁸.

El Estatuto de Roma de la Corte Internacional¹⁸⁹. Establece una Corte internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las naciones unidas que tenga competencia sobre los crímenes mas graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, aunque, a la vez, se establece que la corte penal internacional será complementaria a las jurisdicciones penales nacionales.

¹⁸⁶ Con esta pretensión, la Declaración pretende estatuir al Islam como la religión por antonomasia, la "religión indiscutible" (art. 10), en tanto que todas las demás opciones religiosas, políticas y morales, no serían sino "creencias y corrientes contradictorias". La pregunta evidente es: ¿acaso no es el Islam también una creencia?

¹⁸⁷ No cabe duda de que la aplicación práctica de esta Declaración dejaría la puerta abierta a la más cruda represión: quien abandone la religión no será acreedor a estos derechos; no tendrá derechos fundamentales.

¹⁸⁸ MIKUNDA FRANCO, E. *Derechos humanos y mundo islámico*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad e Sevilla. España. 2001, pag. 43.

¹⁸⁹ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

VII. DERECHOS HUMANOS

VII. DERECHOS HUMANOS.

La simple enunciación de la palabra “Derechos Humanos” nos hace pensar que existe un problema semántico, y es que entre el derecho, su enunciación y la realidad existen contradicciones respecto a la concepción de un “ente” que por excelencia debería ser tutelado por el derecho, el ser humano.

No obstante, en materia de derechos fundamentales, tendemos a utilizar el término “humano” y no “persona” como en el derecho privado, quizá influenciados en el binomio “Human Rights” del inglés¹⁹⁰.

Existe un importante debate sobre el origen cultural de los Derechos Humanos. Generalmente se considera que tienen su raíz en la cultura occidental moderna, pero existen al menos dos posturas principales más. Algunos afirman que todas las culturas poseen visiones de dignidad que se plasman en forma de derechos humanos, y hacen referencia a proclamaciones como la Carta de Maden¹⁹¹, de 1222.

No obstante, ni en japonés ni en sánscrito clásico, por ejemplo, existió el término *derecho* hasta que se produjeron contactos con la cultura occidental, ya que estas culturas han puesto tradicionalmente el acento en los deberes.

Existen también quienes consideran que Occidente no ha creado la idea ni el concepto de Derechos Humanos, aunque sí una manera concreta de sistematizarlos, una discusión progresiva y el proyecto de una filosofía de los Derechos Humanos.

Las teorías que defienden el universalismo de los derechos humanos se suelen contraponer al relativismo cultural, que afirma la validez de todos los sistemas culturales y la imposibilidad de cualquier valoración absoluta desde un marco externo, que en este caso serían los Derechos Humanos universales.

¹⁹⁰ NARVÁEZ HERNÁNDEZ, J. R. *Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº8, 2005, p. 199.

¹⁹¹ La Carta de Mandén es una declaración que fijó las reglas básicas en las que se fundó el Imperio, con la intención de evitar la guerra y garantizar una convivencia armoniosa. Pone como principio el respeto por la vida humana, la libertad individual y la solidaridad. Afirma la oposición total al sistema de esclavitud que se había vuelto corriente en África occidental.

Entre estas dos posturas extremas se sitúa una gama de posiciones intermedias. Muchas declaraciones de derechos humanos emitidas por organizaciones internacionales regionales ponen un acento mayor o menor en el aspecto cultural y dan más importancia a determinados derechos de acuerdo con su trayectoria histórica.

A lo largo de este epígrafe intentaremos definir el término derechos humanos, así como la diferencia con el expresión de derechos fundamentales, a partir de hay, profundizaremos en la positivación de los derechos humanos, hasta llegar, a la protección y positivación de los derechos fundamentales en nuestra Constitución.

VII.1. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La expresión derechos humanos tiene una significación heterogénea tanto en la teoría como en la praxis que contribuye a hacer de este concepto un paradigma de equivocidad¹⁹². A ello se une la falta de precisión de la mayor parte de las definiciones que suelen proponerse, lo que hace muy difícil determinar su alcance.

Si la terminología referente a los Derechos Humanos se mueve en un ámbito de equivocidad y confusión, no menos equívocos y confusos resultan los intentos doctrinales por definirlos. Siguiendo a Pérez Luño se pueden señalar tres tipos de definiciones de Derechos Humanos¹⁹³: tautológicas, formales y teleológicas.

- Tautológicas. Significa que algo se explica por sí mismo, es decir, que no admite dudas. Son definiciones descriptivas, claras y sencillas, por lo que parecen no plantear problemas, son planteadas como axiomas. Un ejemplo sería: "los derechos del hombre¹⁹⁴ son los que corresponden al hombre por el hecho de ser hombre".

¹⁹² PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª Edición. Edit. Tecnos. Madrid, 2005, pag. 27.

¹⁹³ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto, jurídico y sistema*. Ediciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1979, pag. 43.

¹⁹⁴ Término equivalente a Derechos Humanos utilizado, entre otras, por la Declaración de 1789: "Declaración de derechos del hombre y del Ciudadano".

No parece que esta definición existan valoraciones no connotaciones filosóficas, aunque sin embargo sí las hay. Es una definición basada en el Derecho Natural (tengo derechos por el mero hecho de ser persona), por lo que hay una fundamentación iusnaturalista¹⁹⁵. En este sentido, un marxista no aceptaría este tipo de definición, ya que Marx señalaba que los derechos se conquistan a través de la lucha de clases¹⁹⁶, se van adquiriendo mediante una metodología concreta.

- Formales. Estas definiciones no especifican el contenido de estos derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto¹⁹⁷. Son definiciones descriptivas, pero más completas que las tautológicas. Un ejemplo de este tipo de definición sería: “los Derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres y de los que ningún hombre debe ser privado. Es una definición no valorativa”.
- Teleológicas. Se aprecian en este tipo de definiciones en s una serie de valores, no son descriptivas sino valorativas, por ello pueden ser interpretadas de diversas formas. En concreto, se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones¹⁹⁸. Un ejemplo lo tenemos en el siguiente axioma: “los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona, el progreso social y el desarrollo de la civilización”.

En esta definición se aprecian conceptos interpretables, como: perfeccionamiento de la persona, progreso social o desarrollo de la civilización. Esta definición, también es valorativa¹⁹⁹ y dinámica²⁰⁰.

¹⁹⁵ La corriente iusnaturalista sustenta que los derechos humanos provienen de una base objetiva por la cual se aplican de forma universal, siendo además atemporal. Los derechos humanos encuentran su fundamento en la esencia del hombre, es decir, de su naturaleza, de su forma propia de ser.

¹⁹⁶ ENGELS, F. Y MARX, K. *Manifiesto del Partido comunista*. 1848. Edición electrónica. Buenos Aires 2004. www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Marx/ManifiestoComunista.

¹⁹⁷ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos... ob. cit.* 2005., p. 27.

¹⁹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Humanos... ob. cit.* 1979, pp. 17-18.

¹⁹⁹ Al existir conceptos que pueden valorarse. Cada ideología política o corriente filosófica los entiende de modo distinto.

Como podemos observar las definiciones teleológicas tienden a modular el carácter cuasi pétreo del Derecho.

A estos tres tipos de definiciones podríamos añadir uno más, la explicativa o descriptiva. Una definición que pretende ser descriptiva, aunque tiene una fuerte carga teleológica, y que ha sido generalmente aceptada por la doctrina, es la que propone Pérez Luño²⁰¹, quien entiende que los Derechos Humanos son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".

Teniendo en cuenta los diferentes tipos de definiciones se ha pretendido crear un concepto universalmente válido de Derechos Humanos, lo cual no resulta sencillo. Se sugiere una definición explicativa inicial y realista: "Conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".

Esta definición puede entrañar ciertos peligros, como el de parecer tautológica, al ser muy rotunda y cerrada, es decir, como si se tratase de una verdad esencial indiscutible. En realidad es también relativa, ya que concreta ideales según el momento o circunstancias concretas. Contiene ideales permanentes como puede ser: libertad o Derecho, que se ven impregnados por el contexto.

Von Kirchmann señalaba que el Derecho no es ciencia por no tener un objeto de estudio concreto y definido, argumentando que "una frase del legislador puede modificar bibliotecas enteras²⁰²".

Otra crítica a esta definición, es que puede confundirse con una definición teleológica, porque aparecen conceptos como dignidad o libertad, que suponen

²⁰⁰ Ya que tiende hacia la consecución de algo, no es estática sino que evoluciona al tener contacto con la realidad social.

²⁰¹ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los Derechos Humanos...* ob. cit. 1979, p. 43.

²⁰² VON KIRCHMANN, J. H. *La ciencia del Derecho*. Edit. Losada, S.A. Buenos Aires. 1949, pag. 251.

valores que no son entendidos de igual modo ni en el mundo, ni en nuestra civilización occidental, por lo que se dificulta la universalidad de la definición. Estos conceptos podemos explicarlos del siguiente modo:

- La dignidad como el punto de referencia moral y ética del hombre. El Evangelio²⁰³ marca su aparición, continuado por el Cristianismo²⁰⁴, pero con el derecho natural racionalista se aparta del ámbito religioso. Así Samuel Puffendorf (s. XVII) sitúa la dignidad como uno de los valores principales del ser humano²⁰⁵.

El concepto de dignidad caló en todas las Declaraciones, primero en la racionalista Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776, la cual se ve influenciada por las ideas de derecho natural racionalista de la Declaración de Independencia del Buen Pueblo de Virginia, que a su vez influye en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

- Libertad: siempre se ha situado como la bandera de lucha del hombre para reclamar sus derechos. Por primera vez, desde el punto de vista filosófico y político, fue Kant en el S. XVIII quien señaló que la libertad es el único derecho innato²⁰⁶.
- Igualdad: se ha de resaltar porqué en la Declaración Francesa no queda totalmente clara esta idea, ya que en realidad no todos nacen iguales en sus derechos. Cada corriente puede interpretarla según sus propias ideas.

No obstante esta definición resulta bastante técnica. Tal vez, como alternativa a las definiciones anteriores y como instrumento de trabajo, podría

²⁰³ El Evangelio y la Dignidad Humana tienen una relación muy profunda y real; por que es en el evangelio, donde se comprende que Dios ama incondicionalmente con un amor generoso y activo. "Naturalmente, el amor supone y exige la justicia pero también orienta a una justicia mayor". Mt 5,20

²⁰⁴ GELABERT BALLESTER, M. *Evangelización y Dignidad Humana*, en *Razón y Fe*, Tomo 243, nº 1229. Madrid. 2001, pp. 257- 268.

²⁰⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, núm. 26. Edit. Dykinson. Madrid, 2003, pp. 20 - 21.

²⁰⁶ BONETE PERALES, E. *La política desde la ética*. Edit. Proyecto A Ediciones. Kings Tree, S.L. Barcelona, 1998, pp. 95 – 96.

proponerse otra definición, también de tipo descriptivo y en cierto modo similar a la propuesta por Pérez Luño, entendiendo por definición descriptiva aquella que pretende compendiar los elementos estructurales de los Derechos Humanos. Esa definición podría ser la siguiente:

“Los Derechos Humanos son aquellas exigencias de poder social, cuya toma de conciencia en cada momento histórico por los individuos y grupos sociales, en cuanto que manifestación de los valores sociales fundamentales, supone la pretensión de garantizarlos bien por la vía institucional, bien a través de medios extraordinarios²⁰⁷”.

Dando por sentado lo insuficiente de esta definición, como de todas las definiciones propuestas hasta el momento, hay que indicar que con ella se ha pretendido:

- Partir de los Derechos Humanos como concepto histórico.
- Superar, en la medida de lo posible, los inconvenientes de las definiciones anteriores.
- Predominar una concepción puramente jurídica de los Derechos Humanos. La teoría de los Derechos Humanos como forma de poder social, puede permitirlo.
- Superar, en consecuencia, la clásica contraposición iusnaturalismo-positivismo.
- Recoger la triple dimensión ético- jurídico-política de los Derechos Humanos.
- Mostrar la esencial unión existente entre el fundamento de los Derechos Humanos y sus garantías.
- Superar la clásica concepción institucionista de las garantías de los Derechos Humanos, que ni en tiempos pasados ni en la actualidad responde a la verdad de los hechos.
- Establecer una definición formal que, en cuanto tal, pueda ser referida a cualquier momento histórico.

²⁰⁷ BERRAONDO LÓPEZ, M. *Los derechos humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección*. Edit. Alberdania S.L. Álava. 2005, pag. 133.

- Responder coherentemente a los planteamientos metodológicos sustentados a lo largo del trabajo.
- Situar al lector no conocedor de la materia de manera que la definición pueda servirle de referencia para poder analizar los restantes problemas concernientes a los Derechos Humanos.

VII.2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

El término derechos fundamentales aparece en Francia con la Ilustración, que dio lugar a la Enciclopedia Francesa. Este movimiento filosófico-político culmina con la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que reivindicó el derecho natural racionalista, la razón por encima de todo.

Posteriormente la expresión ha alcanzado especial relieve en Alemania, donde bajo el título de los Grundrechte se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Éste es su sentido en la Grundgesetz²⁰⁸ de Bonn de 1949.

La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege; interno en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los Derechos humanos²⁰⁹.

De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Frente a estas caracterizaciones de los derechos fundamentales que coinciden en situarlos en el plano de la estricta positividad, no ha faltado quien postulará su naturaleza ambivalente.

De este modo se les considera como la resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho

²⁰⁸ Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, acordada el 8 de mayo de 1949.

²⁰⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª Edición. Edit. Aranzadi. Navarra. 2008, pag. 40.

positivo²¹⁰, tal y como apunta Peces – Barba en su obra, *Derechos Fundamentales I, Teoría general*.

En todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950²¹¹, a reservar la denominación derechos fundamentales para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la formula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.

Llegado a este punto, es necesario precisar, si entre los derechos humanos y los derechos fundamentales hay separación o comunicación. A favor de la idea de que no se trata de compartimentos estancos militan dos factores: la tendencial identidad de los valores protegidos, y la creciente internacionalización de la protección de los derechos.

Esto es, particularmente claro en el ámbito regional europeo, donde hay una aplicación capilar, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De aquí que, al menos en Europa, lo más correcto sea afirmar que unos mismos derechos son protegidos por distintos ordenamientos; ordenamientos que, por perseguir unos mismos fines en un mismo espacio, están llamado a colaborar²¹². Esta conclusión, es inevitable en España, donde el art 10.2 de la CE obliga a interpretar las normas internacionales sobre derechos fundamentales²¹³.

Nuestra Constitución de 1978 no habla de Derechos Humanos sino de fundamentales, por las siguientes razones:

- Fue una copia de la alemana, aunque influenciada por ciertas fuerzas fácticas que limitaron su contenido esencial.

²¹⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos... ob. cit.* 2005, p. 33.

²¹¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979.

²¹² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. *Sistema de...ob. cit.* 2008, pag. 40.

²¹³ Art 10.2 de la CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

- El pensamiento de Gregorio Peces Barba, que señalaba que hablar de Derechos Humanos le recordaba a la dictadura franquista, al estar ligado al derecho natural. Sólo el art. 10.1 de la CE²¹⁴ puede recordar algo del iusnaturalismo.

VII.3. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Vašák²¹⁵, introdujo el concepto de las tres generaciones de los Derechos Humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo en 1979; su inspiración fue la de la bandera francesa, es decir, “libertad, igualdad y fraternidad”, sustituyendo esta última con mayor acierto por la presencia del valor “solidaridad”. La idea de nuestro autor refleja el orden temporal sucesivo, de ahí lo generacional, del reconocimiento internacional de los derechos humanos, identificando tres generaciones que marchan de lo individualista a lo solidario²¹⁶.

Existen tres generaciones de derechos humanos que delimitan la evolución del estado liberal burgués al democrático de Derecho:

1ª. Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad. Generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada. Derechos estos, que son limitantes del poder estatal frente al individuo, como consecuencia de la idea de libertad, del

²¹⁴ Art. 10.1 de la CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

²¹⁵ Karel Vašák es un funcionario internacional y profesor de universidad checo – francés. Vašák fue el primer Secretario General del Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, entre 1969 y 1980. Trabajó como Director de la Sección de Derechos Humanos y Paz de la Unesco y posteriormente como asesor legal de dicho organismo y de la Organización Mundial del Turismo.

²¹⁶ VAŠÁK, K. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen I. Edit. Serbal-UNESCO. Barcelona. 1984, pp. 15- ss.

pensamiento de la ilustración, de la teoría del contrato social y de sus incitadas revoluciones burguesas del siglo XVIII²¹⁷.

A esta primera generación Tierno Galván los denominó libertades formales y políticas. Estos Derechos surgen con la Revolución Francesa y posteriormente se desarrollan en el estado liberal, el cual pretende proteger determinadas actividades del ciudadano, aunque no contempla los derechos sociales²¹⁸.

2ª. Por su parte, los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad²¹⁹. Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos²²⁰. Se hallan consagrados en los artículos 22-27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Se refieren estos derechos, al equilibrio de la riqueza, el acceso a la cultura, a la sanidad, a la educación, etc. El Estado interviene en el bienestar de los ciudadanos. Surge como consecuencia de las luchas sociales en el s. XIX, aunque no llegan a incorporarse a las constituciones hasta después de la II Guerra Mundial, a excepción, de la Constitución de la República de Weimar²²¹, que

²¹⁷ Su consagración más encumbrada está en los artículos 3 - 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

²¹⁸ AGUILERA PORTALES, R. y ESPINO TAPIA, D. R. *Fundamento, Garantías y Naturaleza Jurídica de los Derechos Sociales ante la crisis del Estado Social de Derecho*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 10, 2006/2007, pag. 117. www.filosofiyderecho.com

²¹⁹ Estos derechos son consecuencia de la idea de igualdad universal nacida del pensamiento humanista y socialista del siglo XIX, sustitutiva del Estado Liberal por el Social de Derecho que se proyecta a garantizarlos ante las desigualdades socialmente exhaladas.

²²⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2006, pag. 28.

²²¹ La Constitución de Weimar de 1919 supone un cambio radical en la función del Estado y representa el tránsito de las Constituciones del siglo XVIII a las Constituciones modernas, donde se reconocen y garantizan no solo las libertades individuales sino también buscan que el Estado, mediante su función intervencionista, haga reales y efectivos los derechos basados en la solidaridad y justicia social. En ella, el legislador buscó formular los derechos fundamentales de carácter liberal con precisión y, a la vez, insertar una completa regulación normativa de carácter social.

tímidamente recoge alguno de estos derechos. Se instauran estos derechos, al aparecer el Estado Social y de Derecho, que desplaza al Estado Liberal burgués²²².

Existe cierta contradicción entre los Derechos contra el Estado, los de la primera generación y los Derechos sobre el Estado, los de la segunda generación. Los defensores de los derechos civiles y políticos califican frecuentemente a los derechos económicos, sociales y culturales como falsos derechos, ya que el Estado no puede satisfacerlos más que imponiendo a otros su realización, lo que para éstos supondría una violación de derechos de primera generación.

3ª. Una vez satisfechas las necesidades más básicas, aparece la necesidad de otros derechos mucho más sutiles, aunque tan importantes como los anteriores, se trata de los derechos no reconocidos ni plasmados, son los derechos de la tercera generación, denominada de los derechos de la solidaridad²²³.

Es consecuencia, de una fraternal respuesta a factores discriminatorios como son: económicos, raciales, culturales y religiosos, o necesidades futuras en riesgo como, por ejemplo, el medio ambiente sano de grupos humanos universalizados en tiempo y espacio motivados por una exigencia común: actuar impulsados por el valor solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario.

Los llamados derechos de la solidaridad²²⁴ constituyen una tercera generación que se concretiza en la segunda mitad del Siglo XX²²⁵. Esta vez, su

²²² BARRANCO AVILÉS, M. C. *La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004, pag. 109.

²²³ Derechos a la paz, desarrollo económico, libre determinación de los pueblos, medio ambiente sano, patrimonio cultural, justicia transnacional; así como los derechos del consumidor, de los niños y de los ancianos.

²²⁴ Los derechos de Solidaridad también conocidos como de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. El contenido de estos derechos no está totalmente determinado. Los Derechos de los Pueblos se encuentran en proceso de definición y están consagrados en diversas disposiciones de algunas convenciones internacionales.

²²⁵ ABRISKETA, J. *Derechos Humanos y acción humanitaria*. Edit. Alberdania. Álava. 2005, pag. 88.

motor impulsor será la acción de determinados colectivos que reclaman legítimos derechos.

Se comienzan a configurar en forma de declaraciones sectoriales que protegen los derechos de colectivos discriminados grupos de edad, minorías étnicas o religiosas, países del Tercer Mundo, que se afectados por alguna de las múltiples manifestaciones que cobra la discriminación económico social.

En las dos últimas décadas del S. XX, estos derechos²²⁶ han ido cobrando un papel cada vez más importante, y gracias a ellos se ha desarrollado concepto de diálogo Norte Sur, el respeto y la conservación de la diversidad cultural, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural del humanidad, etc.

Estas políticas radicales, en el sentido italiano del término radical, son el reconocimiento de un contexto en el que surgen nuevas necesidades humanas y donde estas exigencias obligan a desarrollar nuevos derechos que garanticen el acceso universal a formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida.

La globalización económica, así como la ideológica y simbólica, la transición de la sociedad de información a la sociedad del conocimiento, la integración del mundo a través de la extensión universal de los medios de comunicación de masas, así como los fenómenos de multiculturalismo provocado por los flujos migratorios, son claros síntomas de que algo sustancial está cambiando.

Comienzan a reivindicarse con fuerza los derechos a la paz²²⁷ y a una justicia internacional, a poder intervenir desde instituciones de carácter supranacional en los conflictos armados locales, imponiendo a la paz desde una fuerza legítima. La persecución sin fronteras de los dictadores, la limitación del

²²⁶ Entre los Derechos de la Tercera generación o Derechos de Los Pueblos tenemos: Derecho a la autodeterminación; Derecho a la independencia económica y política; Derecho a la identidad nacional y cultural; Derecho a la paz; Derecho a la coexistencia pacífica; Derecho a el entendimiento y confianza; La cooperación internacional y regional; la justicia internacional; el uso de los avances de las ciencias y la tecnología; la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos; el medio ambiente; el patrimonio común de la humanidad; y el desarrollo que permita una vida digna.

²²⁷ Resolución 41/128, 04 de diciembre de 1986 de la ONU. En el art. 7 de la Declaración Sobre el Desarrollo, se contempla el Derecho a la Paz.

derecho a la inmunidad diplomática para determinados delitos, y el derecho a crear un tribunal internacional que actúe de oficio en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad.

El derecho a escoger modelos de desarrollo sostenible que garanticen la vía diversidad y que permitan preservar el medio ambiente natural, así como el patrimonio cultural de la humanidad. El derecho a un entorno multicultural que supere el concepto de tolerancia, haciendo de la diferencia una ventaja y no un inconveniente.

Estas nuevas condiciones permiten que vayan cristalizando nuevos derechos que aspiran a concretarse en Declaraciones como las anteriores de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales. Se reivindica el derecho a la paz y a la intervención desde un poder legítimo internacional en los conflictos armados; el derecho a crear un Tribunal Internacional²²⁸ que actúe en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad; el derecho a un desarrollo sostenible que permita preservar el medio ambiente natural y el patrimonio cultural de la humanidad; el derecho a un mundo multicultural en el que se respeten las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas; el derecho a la libre circulación de las personas, no sólo de capitales y bienes, que permita condiciones de vida dignas a los trabajadores inmigrantes²²⁹.

Este conjunto de derechos va tomando forma en las últimas décadas, y abre el camino para un gran reto añadido en el siglo XXI: las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio, es decir, la cuarta generación de los derechos humanos.

Durante los últimos años, el estudio generacional de los Derechos Humanos, ha ido convocando nuevos planteamientos y opiniones de no poca importancia, como el de Antonio Pérez Luño²³⁰ que apunta al establecimiento de

²²⁸ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

²²⁹ GARCÍA GARCÍA, E. *Derechos humanos y calidad de vida*. Edit. Tecnos. Madrid. 1997, pp. 131-163.

²³⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. *La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales. Problemas de legitimación en el Estado Social*. Edit. Trotta. Madrid. 1991, pp. 96 – 97.

una nueva generación de los derechos humanos, en el que tendrían cabida, por un lado, aquellos derechos que no pueden ser encuadrados en el clásico contenido de la tercera generación²³¹ y, por otro, las reivindicaciones futuras de nuevos derechos.

Esta opinión evidencia un desencuadre posicional de los referidos derechos, pues no se acomodan en el contenido clásico de la tercera generación, porque sencillamente encajan en otras generaciones; así, la manipulación genética, que obviamente no es un derecho, es manifestación nueva de amenaza del derecho a la libertad personal, a la vida y a la integridad física.

Otra opinión, la encontramos en la figura de Helio Gallardo Martínez, que defiende la existencia de cinco generaciones de Derechos Humanos²³², que identifica con las reivindicaciones de diferentes grupos sociales. Así, la burguesía reclamaría los derechos civiles y políticos; los movimientos obreros o los anti – esclavistas exigirían los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos de los pueblos y sectores diferentes, incluyendo las luchas de descolonización y feministas; los ambientales, que define como derechos las generaciones futuras; y los relativos al control del cuerpo y la organización genética de uno mismo, enfrentados a la mercantilización del interior de la vida.

Para terminar este apartado es interesante precisar que la tesis propuesta por Vašák Karel, acerca de las generaciones de los Derechos Humanos, podría quedar en entredicho si tenemos en cuenta los siguientes razonamientos:

1. Que el propio Derecho Fundamental a la vida pertenece a todas las generaciones y es civil, político, económico, social, cultural, prácticamente universal, como lo es la libertad y sus diferentes expresiones.
2. Que no tiene precisión histórica el surgimiento de los derechos de cada una de sus generaciones.

²³¹ Como son la manipulación genética, el derecho a visitar el patrimonio histórico y cultural de la humanidad.

²³² GALLARDO MARTÍNEZ, H. Nuevo Orden Internacional, Derechos Humanos y Estado de Derecho en América Latina. Revista Crítica Jurídica. n.º 22. 2003, pag. 260.

3. Que la visión generacional implica el surgimiento de una generación y la extinción de otra, porque está referida a la vida de un período y esta llega en un momento a extinguirse.

VII.4. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

La historia de las declaraciones de derechos esta íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y control del poder político por medio del derecho²³³.

A partir del S. XVIII, con las primeras constituciones francesas²³⁴, se empieza a otorgar al poder constituyente el privilegio de formular determinados derechos en las constituciones, bien en su preámbulo, en el texto articulado, o también mediante declaraciones concretas. La positivación de los derechos humanos a nivel constitucional plantea problemas teórico-jurídicos, por lo que se han empleado distintos sistemas de plasmarlos:

1. Los Derechos Humanos se plasman a modo de ley general, y en ella se enuncian en forma de grandes principios como, igualdad, seguridad o libertad.
2. Plasmarlos a través de leyes concretas, aparecen como libertades concretas: libertad de pensamiento o de conciencia.
3. Supone un carácter mixto, en el preámbulo constitucional se recogen los grandes principios, y en el desarrollo de la constitución se recogen los Derechos Humanos de forma más concreta.

La Constitución Española de 1978 es difícil de encuadrar en ellas, aunque a la que más se parece es a la tercera, ya que en ella existen cinco niveles distintos de positivación. A continuación, profundizaremos en los niveles de positivación de los derechos formales o políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

²³³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. *Sistema de...ob. cit.* 2008, p. 33.

²³⁴ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

1. Positivación de los derechos formales o políticos. La CE desborda el sistema de positivación de los tres existentes, en ella convergen cinco niveles o instrumentos de positivación.

- Primer nivel. La positivación de los derechos formales o políticos, los de la primera generación, según Enrique Tierno Galván son meramente políticos²³⁵. En el primer nivel de positivación se denominan principios programáticos²³⁶, se recogen en los preámbulos constitucionales, siendo considerados como la filosofía de la constitución, en los que se proclaman principios generales abstractos en base a los cuales se desarrolla ésta posteriormente.

Para los alemanes estos principios forman parte esencial de la Grundgesetz (ley fundamental). La CE, en su preámbulo recoge estos principios clásicos, en base a los cuáles se han de desarrollar a lo largo de su articulado. Es la primera constitución en la que su preámbulo habla antes de los derechos sociales, económicos y culturales que de los políticos²³⁷.

- Segundo nivel. Principios Constitucionales para la actuación de los poderes públicos²³⁸. Consiste en plasmar los derechos humanos a través de principios generales. Lo que encontramos son principios rectores, por lo tanto derechos. Así tenemos, por ejemplo el art 9 CE párrafo segundo “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

De igual modo, el art. 10.1 señala: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto

²³⁵ HERRERA FLORES, J. A *propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 45. 1985, pp. 186 y ss.

²³⁶ Los alemanes los denominan grundwerte, que significa, la gran verdad.

²³⁷ HÄBERLE, P. *¿Tienen España y Europa una Constitución?*. Edit. Fundación El Monte. Sevilla. 2004, pp. 363 y ss.

²³⁸ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos... ob. cit.* 2005, pag. 68.

a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social²³⁹”.

- Tercer nivel. A través de leyes o cláusulas generales para desarrollar leyes orgánicas. La CE no está desarrollada “en intenso”, sino que determinados artículos han de ser desarrollados posteriormente en leyes orgánicas²⁴⁰. Un numeroso grupo de derechos fundamentales reconocidos en el articulado de la Constitución y positivados como tales derechos y no como principios, se hallan remitidos a la legislación para la delimitación de su alcance y contenido²⁴¹.

Entre otros puede citarse, el art. 81.1 hace referencia a las leyes orgánicas: “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en esta Constitución” y el art. 81.2 se añade: “la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

- Cuarto nivel. Mediante normas específicas o casuísticas. Nos referimos a derechos concretos donde el artículo se aplica tal y como viene referido. Por ejemplo el art. 14 de nuestra norma suprema señala: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Otro ejemplo, lo encontramos en el art 19 de la CE: “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”. En su apartado 2 añade: “asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de

²³⁹ Aquí tenemos un claro ejemplo de ius naturalismo, porque se habla de la dignidad humana y los derechos que le son inherentes, estos valores son directrices para el desarrollo posterior, se plasma en otros artículos.

²⁴⁰ El art. 35.2 se refiere a los trabajadores: “la ley regulará el estatuto de los trabajadores”. Lo que se hará a través de una Ley Orgánica. El art. 30 se refiere al servicio militar, la objeción de conciencia,... En su apartado 4 señala: “mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos del grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”. Se refiere al desarrollo de este punto mediante ley orgánica.

²⁴¹ PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Humanos... ob. cit.* 2005, pag. 69.

España, en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

Quinto nivel. Normas de tutela, se refiere a la protección de los Derechos Humanos. Son una serie de normas para salvaguardar otras normas. Podemos decir que son instrumentos jurídicos de defensa y garantía de los derechos humanos. En este sentido podemos destacar dos artículos:

El art. 53.2 de nuestra Carta Magna señala que: “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30”. Pueden distinguirse dos procedimientos para la protección de los Derechos Humanos²⁴²:

- 1) Se puede recurrir a los tribunales ordinarios mediante un procedimiento de preferencia y sumariedad.
- 2) Se puede recabar la tutela de estos derechos mediante el recurso de amparo ante el TC.

El art. 54 señala: “una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo²⁴³, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de La Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

2. La positivación de los derechos económicos, sociales y culturales. Los niveles de positivación son los que a continuación se especifican:

- Primer nivel. Se refiere a los principios constitucionales programáticos. En el Preámbulo de la C.E. se recoge: “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo²⁴⁴”.

²⁴² GENEROSO HERMOSO, F.; DE BERNARDO BUSTOS, M. T. y GÓMEZ SOBRINO, E. *Práctica del recurso de amparo constitucional*. Edit. Dykinson. Madrid. 1998, pp. 39 – 40.

²⁴³ La figura del Defensor del Pueblo es otra forma de defensa de los ciudadanos frente a la Administración Pública.

²⁴⁴ Aquí tenemos una novedad importante, ya que el Legislador prefiere garantizar la convivencia conforme a un orden económico y social justo.

- Segundo nivel. Principios Constitucionales para la actuación de los poderes públicos²⁴⁵. La positivación se efectúa a través de cláusulas generales. Vienen regulados en los Arts. 39-52 de la CE, que comprende todo el Capítulo III de los principios rectores de la política social y económica. Estos principios son tan importantes que la doctrina jurídica los cataloga como principios generales del Derecho.

- Tercer nivel. Los Derechos Fundamentales se positivizan a través de leyes o cláusulas generales para desarrollar leyes orgánicas. Tenemos varios ejemplos en nuestra Constitución, Así, el art. 27.1 de la CE se refiere a la educación: “todos tienen del derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”. En los párrafos 7, 9 y 10 aparece la remisión a leyes orgánicas²⁴⁶.

- Cuarto nivel. La positivación se produce a través de normas específicas o casuísticas. El ejemplo lo tenemos en el mismo art. 27 de la CE, a excepción de los párrafos 7, 9 y 10, se señala en el art. 27.5 de la CE que: “Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”.

- Quinto nivel. La protección de los derechos económicos, sociales y culturales, la encontramos en el art. 53.3 de la CE²⁴⁷.

Cuando se refiere al Capítulo III es a los arts. 39 a 52 la protección es mucho menor que la otorgada a las políticas ya que sólo tiene una vía de protección (la

²⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos... ob. cit.* 2005, pag. 96.

²⁴⁶ Art. 27.1 de la CE, párrafos 7, 9 y 10. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la ley establezca”.

²⁴⁷ El Art. 53.3 de la CE señala: “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

jurisdicción ordinaria). Otro medio es la protección mediante el recurso de amparo a través del Defensor del Pueblo²⁴⁸.

VII.5. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

Es sobre todo la doctrina italiana la que en mayor medida se ha encargado de desarrollarlo, los límites se expresan a través de unas coletillas “orden público” que suponen límites a los derechos humanos.

Norberto Bobbio, afirmó que el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos, como el de protegerlos²⁴⁹, en su obra “Sobre el fundamento de los derechos del hombre” ofrece una serie de razones para que los derechos humanos sean limitados:

- Por su historicidad. Por su propia historia los derechos humanos tienen un carácter relativo.
- En interés de la colectividad.

En España las coletillas tienen un aspecto bifronte como consecuencia de la técnica del consenso. Así, por ejemplo tenemos concesiones de los conservadores a los progresistas con respecto al derecho a la propiedad, pero también de los progresistas hacia los conservadores como sucede con la idea de “orden público”. A través de la técnica del consenso pudo desarrollarse la Constitución. Podemos hablar de dos tipos de límites:

1. Permanentes: no dependen de ninguna circunstancia temporal, tienen validez universal. Las limitaciones se aprecian por una serie de coletillas:

- “Los derechos de los demás”: supone que los derechos del hombre no son ilimitados, terminan donde comienzan los de los demás. En el art. 10.1 de la CE, de impronta iusnaturalista se señala: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son

²⁴⁸ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. *Sistemas Político-constitucionales en el mundo*. Edit. Aebius. Madrid. 2011, pag. 183.

²⁴⁹ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Edit. Sistema. Madrid. 1991, pag. 61.

inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

- “Orden público”: la CE posee un desarrollo de transición donde existieron concesiones progresistas conservadoras, esta coletilla es una concesión de los conservadores. El término “orden público” ha sido muy utilizado por los regímenes autoritarios para impedir el desarrollo de los derechos humanos. Martín Retortillo dice que ha de ser entendido como norma de reserva, por temor a una utilización abusiva por parte de las autoridades²⁵⁰. Como ejemplo tenemos el art. 16.1 de la CE²⁵¹.
- Las referencias a la protección del honor, la intimidad, la propia imagen, la juventud y la infancia, son una novedad en nuestra Constitución²⁵².
- Otro tipo hace referencia a la problemática económica y social. Como ejemplos los términos “función social”, “utilidad pública” e “interés social”. Como ejemplo el art. 33.1 de la CE reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, y en el art. 33.2 de la CE se señala que la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Esto era inconcebible en el S. XIX, donde la propiedad privada era sagrada e inviolable, no siendo así hoy día²⁵³.

²⁵⁰ JERICÓ OJER, L. El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal. Edit. La Ley. Madrid. 2007, pag. 132.

²⁵¹ Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

²⁵² Se reconocen y protegen los derechos: a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; a la producción literaria, artística, científica técnica; a la libertad de Cátedra; y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

²⁵³ Art. 33 de la CE. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o

2. Transitorios: son de menor entidad para la filosofía del Derecho, ya que es materia de derecho administrativo y constitucional. Su desarrollo depende de determinadas circunstancias entre las que pueden distinguirse dos tipos:

□ Limitaciones según las características del sujeto. Así, el art. 23 de la CE se refiere a la participación de los ciudadanos en las elecciones, por lo que quien no sea ciudadano no posee ese derecho²⁵⁴. A raíz del Tratado de Maastricht²⁵⁵ se ha interpretado como que esa participación sí es posible.

El art. 19 hace referencia al derecho a la libre elección de su residencia y a circular por todo el territorio nacional para los españoles, por tanto en sentido contrario puede interpretarse que quienes no sean españoles no poseen tal derecho. De hecho incluso los ciudadanos españoles pueden ver limitado este derecho a la libre circulación y residencia por razones de seguridad²⁵⁶.

Con respecto a los derechos de sindicación y asociación política ciertas profesiones tienen prohibido o limitado su ejercicio. Así el art. 28 se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas, el 127

interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

²⁵⁴ SANCHEZ GONZALEZ, S. *Constitución española de 1978: Artículos 10 a 23, Vol. 2*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1984, pag. 85.

²⁵⁵ El Tratado de la Unión Europea, conocido también como Tratado de Maastricht por haber sido firmado el 7 de febrero de 1992. Constituye un paso crucial en el proceso de integración europeo, pues se sobrepasaba por primera vez el objetivo económico inicial de las Comunidades y se le da una vocación de carácter político. Las novedades más importantes de este tratado son:

- Consagración de la Europa de los ciudadanos: dando carta de naturaleza a la libre circulación de personas y reconociendo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a los residentes de la UE. Se instituye la figura del defensor del pueblo, designado por el Parlamento Europeo.
- Desarrollo de una estrecha cooperación: en el ámbito de la justicia y de los asuntos interiores.
- Atribución de mayores poderes al Parlamento europeo.

²⁵⁶ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. *Sistemas Político-constitucionales...ob. cit.* 2011, pag. 178.

prohíbe a jueces, Magistrados y Fiscales el pertenecer a partidos políticos o a sindicarse.

- Limitaciones en razón de circunstancias especiales. Existen determinadas circunstancias especiales en las que pueden limitarse ciertos derechos, los cuales vuelven a estar en vigor al recobrase la situación inicial. El art. 55 de la CE se encuadra dentro del Capítulo V bajo la rúbrica “De la suspensión de los derechos y libertades”. Este artículo contiene limitaciones en sentido positivo regulando la posibilidad de suspensión de determinados derechos (libertad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, libre elección de residencia y circulación) cuando se acuerde la declaración de los estados de excepción o sitio, en aras a la salvaguarda del Estado democrático²⁵⁷.

Para completar el catálogo de situaciones especiales se añade la contenida en el art. 116.1 de la CE relativa al estado de alarma²⁵⁸, aunque en este caso no se podrán suspender los derechos fundamentales recogidos en el art. 55.

El 55.2 reconoce el fenómeno terrorista como límite para determinados derechos fundamentales, señalando que en virtud de él y con intervención judicial es posible suspender determinados derechos fundamentales (ampliación del tiempo máximo de detención preventiva, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio²⁵⁹).

VII.6. DECLARACIONES DE DERECHOS EN ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DEL ESTADO ESPAÑOL.

Para que podamos completar la idea de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, es preciso señalar las declaraciones de derechos en

²⁵⁷ IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, 2ª Edic. Edit. Universidad de Salamanca. España. 2011, pag. 320.

²⁵⁸ Una Ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

²⁵⁹ IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica...ob. cit.* 2011, pag. 324.

algunos estatutos de autonomía. Este hecho, es muy reciente en nuestro ordenamiento, ya que comienza con el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña de 19 de julio de 2006²⁶⁰.

Este nuevo fenómeno ocasiona al menos, dos nuevos problemas constitucionales. El primero de ellos, es si pueden los Estatutos de Autonomía regular materias distintas de las que les atribuye la CE.

Esta delimitación de los estatutos de autonomía viene recogida en el art. 147. 2⁶¹, pero también hay algunos otros preceptos constitucionales dispersos (arts. 3, 4, 69, 145, 149.1.29, 152, 156, Disposición Adicional Primera, Disposición adicional Cuarta de la CE).

El segundo problema es si dichas declaraciones estatutarias de derechos son compatibles con la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales y, en particular, con lo previsto en los arts. 139 y 149.1.1 de la CE²⁶².

A este respecto es importante resaltar la STC de 247/ 2007 de 12 de diciembre, que aborda los problemas derivados de la proclamación de los derechos en los Estatutos de Autonomía. Esta Sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra el precepto del nuevo Estatuto de la Comunidad Valenciana de 10 de abril de 2006 que declara el derecho de los valencianos al abastecimiento del agua, así como a la redistribución de los sobrantes de otras cuencas hidrográficas²⁶³.

La anterior Sentencia ha establecido una serie de criterios en relación a las declaraciones estatutarias de derechos. Así, se puede regular junto al contenido

²⁶⁰ Anteriormente, no habían normas que declarases derechos, deberes y principios en los estatutos de autonomía, a lo sumo, había alguna disposición programática, aisladas y sin verdadera vocación normativa.

²⁶¹ Los Estatutos de autonomía deberán contener: la denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica, la delimitación de su territorio, la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias y, las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

²⁶² DIEZ PICAZO, L. M. *Sistema de...ob. cit.* 2008, pag. 73.

²⁶³ TORNO MAS, J. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.* Revista d'estudis autonòmics i federals, nº 7. 2008, pp. 79 – 105.

constitucionalmente previsto en los estatutos de autonomía, cabe que éstos regulen otras materias, y en especial, que declaren derechos, deberes y principios siempre que ello tenga como finalidad encauzar u orientar el ejercicio de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma correspondiente.

El segundo criterio que se establece es que los derechos declarados en los estatutos de autonomía, no pueden ser concebidos como verdaderos derechos subjetivos.

En tercer lugar, entiende el Tribunal Constitucional que los arts. 139 y 149.1.1 de la CE no son, en principio, óbice para la existencia de declaraciones estatutarias de derechos. El primero, porque es entendido como una prohibición de que los legisladores autonómicos discriminen entre ciudadanos españoles; y el segundo, porque la posibilidad de dictar legislación básica para asegurar la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales no impediría que los estatutos de autonomía añadieran derechos nuevos²⁶⁴.

²⁶⁴ DIEZ PICAZO, L. M. *Sistema de...ob. cit.* 2008, pag. 74.

**VIII. LA DETENCIÓN POLICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL**

VIII. LA DETENCIÓN POLICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

VIII.1. CONCEPTO DE DETENCIÓN.

Constituye la detención una medida cautelar de naturaleza personal y provisional, y que puede adoptar la autoridad judicial policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del Derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, de ponerlo a disposición judicial²⁶⁴.

El Tribunal Constitucional define la detención como “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 libertad²⁶⁵”.

Para el Tribunal Supremo: “La detención es una medida cautelar, realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, preordenada a garantizar la futura aplicación del ‘ius puniendi’ y, de modo inmediato, a proporcionar al juez de Instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional²⁶⁶”.

La detención en la Constitución viene recogido en el art. 17, éste, es muy significativo puesto que forma parte de los derechos fundamentales, y por tanto, goza de una tutela privilegiada y reforzada, ya que la infracción del mismo puede dar lugar al planteamiento del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El Art. 17.1 señala que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista por la ley”. Ese derecho a la

²⁶⁴ GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Edit. Colex. Madrid. 2008, pp. 320 – 321.

²⁶⁵ STC 98/86, de 10 de julio de 1986.

²⁶⁶ STS nº 89 de 1 de febrero de 1995.

libertad y seguridad entraña el derecho a la libertad física²⁶⁷, que garantiza a todos los ciudadanos “la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar, en cualquier momento y lugar dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones²⁶⁸”.

El art. 17.2, establece que 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 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial²⁶⁹. Este precepto está desarrollado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1986, de 10 de julio, que excluye la existencia de zonas intermedias entre la detención y la libertad.

Continúa diciendo el art. 17 en su número 3, que, toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que desear 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 establezca²⁷⁰.

Termina diciendo el art. 17.4 que la ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente²⁷¹. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

²⁶⁷ STC 120/1990, de 27 de junio.

²⁶⁸ STC 15/1986, de 31 de enero.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ RIVERA, F. E. La Constitución española de 1978. Edit. MAD. 2005, pag. 104.

²⁷⁰ El artículo 17.3 garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca, exigencia que recoge el artículo 520.2 de la LECrim. con carácter irrenunciable, salvo que se trate de delitos contra la seguridad vial (Capítulo IV del Título XVII del Libro II del C.P.).

²⁷¹ A este respecto, señalar que el procedimiento de hábeas corpus está regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal bajo el nombre "De la detención²⁷²", se regulan una serie de actuaciones diversas consistentes todas ellas en una privación de la libertad de la persona, entendida como restricción de su derecho a la libre deambulación, de duración breve, que obedecen a distintos motivos y que necesariamente deben practicarse cuando así lo prescribe la Ley expresamente.

Partiendo de dichas conceptualizaciones, hay que puntualizar que la orden de detención consiste en declarar la privación de libertad de un sujeto con el fin de ponerlo a disposición del Juez competente, en los casos previstos en la CE y en las leyes que la desarrollan²⁷³. La detención puede producirse antes de la existencia de un proceso penal, durante el mismo o cuando éste concluya.

VIII.1.1. La detención por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

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 persona²⁷⁴.

Indica el art. 5 de la LO 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que son principios básicos de actuación de estos, la adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente la de ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico²⁷⁵.

Respecto al tratamiento de los detenidos, según la citada Ley, en su art. 5.3.c: "darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites,

²⁷² Artículos 489 a 501 de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁷³ PÉREZ MORALES, M. G. *Materiales de Derecho procesal penal*. Edit. Diego Marín. Murcia. 2009, pag. 158.

²⁷⁴ Instrucción 1.1. de la Instrucción 12/2007 de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

²⁷⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Garantías ante la privación de libertad*, en *El mandato constitucional a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, IX Seminario Duque de Ahumada. Madrid. 1997, pp. 19 - 20.

plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona"; el art. 11.1 manifiesta que: "las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana²⁷⁶"; entre las funciones asignadas están las de mantener y restablecer el orden y la seguridad ciudadana, la de prevenir la comisión de actos delictivos, y la de investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables²⁷⁷.

Algunas de las funciones encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son desempeñadas en los territorios de las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con la posibilidad contenida en el art. 149.1. 29 de la CE²⁷⁸ y lo establecido en sus Estatutos de Autonomía, poseen policía propia, por los miembros de esos cuerpos²⁷⁹.

Además, hay que agregar que, por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se aprobó el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local; en el art. 173 de dicho Texto se señala que "La Policía Local ejercerá sus funciones de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", y, en consecuencia, con lo que se establece en los artículos 51 a 54 de dicha LOFCS²⁸⁰.

Muchas Comunidades Autónomas han dictado Leyes de Coordinación de Policías Locales. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse a esta cuestión en la STC 25/1993 para Murcia, la STC 49/1993 para Baleares, la STC 50/1993 para Asturias, la STC 51/1993 para Extremadura, la STC 52/1993 para

²⁷⁶ Lo cual, a su vez, es consecuencia de la proclamación contenida en el art. 53.1 CE de que "los derechos y libertades... vinculan a todos los poderes públicos".

²⁷⁷ Art. 11.1 e), f) y g) de la LO 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

²⁷⁸ Artículo 149. 1. 29 El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguiente materia: "Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica".

²⁷⁹ Por Ley 19/1983, de 14 de julio, se regula la Policía Autonómica de la Generalidad de Cataluña (denominada Cuerpo de Mossos de Escuadra); por Ley 4/1992, de 17 de julio, se regula la Policía del País Vasco (denominada Ertzaintza), y, por Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, se regularon los Cuerpos de Policía de Navarra (denominada Policía Foral).

²⁸⁰ ALONSO PEREZ, F. *Manual del policía, 2ª Edic.* Edit. La Ley. Madrid. 2004, pag. 116.

Madrid, la STC 81/1993 para Andalucía, la STC 82/1993 para la Comunidad Valenciana, la STC 85/1993 para Cataluña, y la STC 86/1993 para Galicia.

Se ha de tener en cuenta también, que el 14 de septiembre de 2007, la Secretaría de Estado de Seguridad, dependiente del Ministerio del Interior, dictó dos Instrucciones relativas a las actuaciones policiales:

- La primera de ellas, la Instrucción 12/2007, se refiere al comportamiento que se exige a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para alcanzar una más eficaz protección de los derechos del detenido²⁸¹ y una mayor claridad en sus actuaciones, impartiendo nuevas instrucciones, precisas y actualizadas, que permitan continuar salvaguardando tales derechos y, simultáneamente, dotar a los agentes de las garantías jurídicas suficientes con ocasión de la práctica de la detención y la posterior custodia²⁸².

- Por su parte, la Instrucción 13/2007, de la misma fecha, atañe al uso del número de identificación personal en la uniformidad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

VIII.1.1.1. La detención por el Cuerpo de Mossos de Escuadra.

La Policía de la Generalitat de Catalunya (o Mossos d'Esquadra) es la policía autonómica de Cataluña²⁸³, su creación como cuerpo policial con competencias de

²⁸¹ Para ello, la Instrucción Decimo segunda se ocupa de los procedimientos de control de las detenciones, en concreto, se expresa que: “la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil adoptará normas de régimen interno que garanticen la inmediata detección, seguimiento y control, en sus distintos niveles jerárquicos, de aquellos casos o asuntos que puedan suponer una extralimitación o vulneración de los derechos de las personas que se encuentren bajo custodia policial, así como de las imputaciones o requerimientos judiciales que reciban los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con motivo de sus intervenciones”.

²⁸² DE HOYOS SANCHOS, M. *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales*. Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2009, pag. 411.

²⁸³ Actualmente el Cuerpo Mossos d'Esquadra está a cargo del Consejero de Interior, Relaciones Institucionales y Participación de la Generalidad de Cataluña.

policía integral, fue en 1983 por el Parlamento de Cataluña mediante la Ley 19/1983, de 14 de julio²⁸⁴.

En 1994 empezó un proceso de sustitución del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil en las funciones de orden público, seguridad ciudadana y tráfico, quedando estos dedicados a tareas relativas a competencias exclusivas del Estado, como la expedición de los documentos oficiales de identidad, la inmigración o el control de fronteras entre otros²⁸⁵.

Desde el 1 de noviembre de 2005, los Mossos d'Esquadra tienen la plena competencia en la ciudad de Barcelona. Y el 1 de noviembre de 2008 se culminó su despliegue en materia de seguridad ciudadana, asumiendo así toda Cataluña.

En el Título I, de la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalitat-Mozos de escuadra, se especifica el porque de la creación de esta Policía autonómica: "fue creada por la Ley 19/1983, de 14 de julio. Se trataba entonces de la refundición de una policía que adoptaba como núcleo inicial al Cuerpo de Mossos d'Esquadra, denominación histórica que se conserva. De esta forma se establecía el vínculo de continuidad de la actual Policía de la Generalitat con un cuerpo que data de finales del siglo XVII y que fue la primera fuerza de policía profesional en Cataluña y pionera en todo el Estado.

Por otro lado, deben tenerse en cuenta, como precedente histórico inmediato en el ámbito policial, las competencias de la Generalitat republicana, de conformidad con el artículo 8 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932, según las cuales el Estado sólo se reservaba la seguridad pública de carácter extra y supracomunitario, dejando al Gobierno catalán todas las funciones de policía y orden interiores. Fue ello un factor decisivo en la defensa de la legalidad democrática y de las instituciones de autogobierno, en julio de 1936".

El Art. 3 de la Ley 10/1994, expresa que Gobierno de la Generalitat, de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1 de la CE, el art. 13 del Estatuto de Autonomía y el resto de la legislación vigente, a través del Departamento de Gobernación, tiene como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y

²⁸⁴ LÓPEZ NIETO Y MALLO, F. *La policía municipal*, 3ª Edic. Edit. La Ley. Madrid. 2007, pag. 27.

²⁸⁵ Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalitat – Mossos d'Esquadra.

libertades y garantizar la seguridad ciudadana. A tal efecto, velará por la convivencia pacífica y la protección de las personas y los bienes, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. El Cuerpo de Mossos d'Esquadra, como policía al servicio de la comunidad, contribuirá a la consecución del bienestar social, cooperando con otros agentes sociales, especialmente en los ámbitos preventivo, asistencial y de rehabilitación.

El trato de los Mossos d'Esquadra a los detenidos²⁸⁶ viene regulado en el art. 11.4 de la presente ley, y manifiesta que la Policía velará por la integridad física de los detenidos y respetarán los derechos, el honor y la dignidad de las mismas. Nada dice en cambio de la integridad psicológica.

VIII.1.1.2. La detención por la Ertzaintza.

La Ertzaintza es la policía integral autonómica del País Vasco. Fue creada en 1982 en desarrollo del Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979²⁸⁷. Actualmente la Ertzaintza tiene todas las competencias en orden público, seguridad ciudadana, tráfico y juegos y espectáculos del País Vasco. El cuerpo depende del Departamento de Interior del Gobierno Vasco.

La Ley 4/1992 regula en su Título II, Capítulo II, el Código Deontológico de la Policía vasca, en el se especifica que el servicio público de policía se ejercerá con absoluto respeto a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico, y al mismo incumbe cumplir los deberes que le impone la Ley, sirviendo a la comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales que impidan el libre ejercicio de sus derechos y libertades²⁸⁸.

²⁸⁶ Art. 11. 4 En cuanto al trato de detenidos, los miembros del Cuerpo de *Mossos d'Esquadra*: Se identificarán debidamente como tales en el momento de efectuar una detención. Velarán por la vida e integridad física de las personas que se encuentren detenidas o bajo su custodia y respetarán los derechos, el honor y la dignidad de las mismas. Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico en la detención de una persona.

²⁸⁷ POLICIA DE LA ERTZAINZA. www.ertzaintza.net

²⁸⁸ MARTOS NAVARRO, F. *Policía local de Corporaciones locales del País Vasco*. Edit. MAD. Sevilla. 2006, pag. 160.

También se regula en la Ley anteriormente citada, que la Ertzaintza no podrá realizar ninguna práctica abusiva²⁸⁹ y que deben actuar en todo momento con integridad y dignidad²⁹⁰. Se precisa también que la policía ha de tener un buen trato con los ciudadanos y proporcionarle toda la información que sea posible²⁹¹. Se codifica también que deben acreditar su condición profesional siempre que sea necesario y cuando lo demanden las personas con las que se relacionen en sus actuaciones²⁹².

La detención viene regulada en los arts. 36 y 37 de la Ley 4/1992. En dicha Ley se especifica que los miembros de la Policía del País Vasco velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detengan o que se encuentren bajo su custodia, y respetarán su honor y dignidad y los derechos que legalmente les corresponden²⁹³.

Se especifica también, que no pueden infligir o tolerar tortura o trato inhumano ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como amenaza de guerra o de la seguridad nacional, o cualquier otra emergencia pública, como justificación. Del mismo modo, se especifica que cuando la persona esta detenida se protegerá su salud²⁹⁴.

²⁸⁹ Los miembros de la Policía del País Vasco actuarán con absoluta neutralidad política e imparcialidad, y evitarán cualquier práctica abusiva o arbitraria respetando en todo momento los principios de igualdad y no discriminación, y los demás que se consignan en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

²⁹⁰ Deberán actuar en todo momento con integridad y dignidad, evitando todo comportamiento que pueda significar pérdida de la confianza y consideración que requieren sus funciones, o comprometer el prestigio o eficacia del servicio o de la Administración. En particular deben abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a éstos resueltamente.

²⁹¹ En sus relaciones con los ciudadanos observarán un trato correcto y esmerado, proporcionando información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de sus intervenciones.

²⁹² GOBIERNO VASCO. ARARTEKO. *Los calabozos. Centros de detención municipales y de la Ertzaintza*. Edit. Ararteko Universidad del País Vasco. Vitoria Gasteiz. 1991, pp. 68 y ss.

²⁹³ ALONSO PEREZ, F. *Manual del...ob. cit.* 2004, pag. 103.

²⁹⁴ Asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia. Cuando el estado de las mismas lo requiera, les procurarán asistencia médica y seguirán las instrucciones del facultativo que les atienda, cuidando en todo caso que no se produzca merma alguna en las medidas de seguridad necesarias para garantizar su vigilancia.

Se especifica que todo miembro de la Policía del País Vasco es responsable personal y directo de los actos que lleve a cabo en su actuación profesional infringiendo o vulnerando las normas legales y reglamentarias²⁹⁵.

Desde octubre de 2005 se estableció en todas las Comisarías de la Ertzaintza un sistema de video grabación digital y automatizado que detecta y graba movimiento de personas las 24 horas del día de la estancia de los detenidos en los centros policiales sin posibilidad de opción de desconexión de las cámaras o de interrupción del Sistema²⁹⁶.

Las cámaras están instaladas de tal manera que controlan y graban todas las áreas de circulación de los detenidos en la zona de calabozos (zona de entrada, de salida y pasillos de la zona de calabozos). El equipo informático que controla el sistema de videograbación se encuentra ubicado en un habitáculo con acceso restringido al personal autorizado, y almacena las imágenes en su disco duro, realizándose además una copia de seguridad²⁹⁷.

La Ertzaintza dispone una Oficina de Iniciativas para la Mejora del Servicio²⁹⁸, encargada de estudiar las iniciativas dirigidas a la mejora del funcionamiento de los servicios policiales que se presenten por cualquier administrado con sujeción a los requisitos y límites establecidos por el ordenamiento jurídico, y de proponer la adopción de aquellas medidas que estime convenientes para la mejora del servicio.

²⁹⁵ Art. 37. 2. No obstante, los miembros de la Policía del País Vasco tendrán derecho a ser representados y defendidos por profesionales designados por la Administración Pública de la que dependan, y a cargo de ésta, en todas las actuaciones judiciales en que se les exijan responsabilidades por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Cuando la resolución jurisdiccional firme acredite que los hechos causantes de la exigencia de responsabilidad se produjeron contraviniendo las normas reguladoras de la actuación policial, la Administración podrá ejercitar la correspondiente acción de regreso.

²⁹⁶ GOBIERNO VASCO. Plan de reorganización y modernización de la Ertzaintza. Edit. Gobierno Vasco. País Vasco. 2010, pp. 28 y 29.

²⁹⁷ ERTZAINZA. *Detención*. www.ertzaintza.net/wps/portal/ertzaintza

²⁹⁸ Regulado por art. 23 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco.

VIII.1.1.3. La detención por la Policía Foral.

La Policía Foral de Navarra es una policía integral y de referencia que ejerce sus funciones en todo el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, sin perjuicio de las competencias que el ordenamiento jurídico atribuye a las Policías Locales y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La Policía Foral de Navarra es una institución relativamente moderna, fue creada por la Diputación Foral de Navarra el 30 de octubre de 1928, con el objeto de actuar como policía de carreteras, vigilar la circulación e inspeccionar los impuestos provinciales. Ha diversificado sus funciones, sobre todo tras la aprobación de la Ley Foral de Cuerpos de Policía de Navarra de 1987²⁹⁹.

El artículo 3 de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra, establece la misión que realiza el Cuerpo de Policía Foral de Navarra, que son: proteger y velar por las libertades y derechos de las personas reconocidos por el ordenamiento jurídico; garantizar el mantenimiento de la tranquilidad y seguridad pública, el respeto de la ley y del orden en la sociedad; prevenir y combatir la delincuencia y facilitar la asistencia y servicios a la población³⁰⁰.

La Policía Foral cuenta con una serie de competencias reguladas en la Ley Foral 8/2007 de 23 de marzo, sustituyendo al anterior Decreto Foral 213/2002 de 14 de octubre³⁰¹, entre las que destaca:

- Garantizar la seguridad ciudadana y el pacífico ejercicio de los derechos y libertades públicas y la protección de personas y bienes.
- Velar por el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones generales aplicables en las materias de la competencia de la Comunidad Foral, así como de los actos emanados de los órganos institucionales de la Comunidad Foral de Navarra, mediante las actividades de inspección, denuncia y ejecución forzosa.

²⁹⁹ Art. 9 de la Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, de Cuerpos de Policía Navarra. (Vigente hasta el 29 de noviembre de 2002).

³⁰⁰ ESCALANTE CASTARROYO, J. *Manual del policía, 5ª Edic.* Edit. La Ley. Madrid. 2008, pp. 152 y 153.

³⁰¹ Decreto Foral Legislativo 213/2002, de 14 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Cuerpos de Policía de Navarra. (Vigente hasta el 3 de abril de 2007).

- Garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales cuya competencia corresponda a la Comunidad Foral de Navarra.
- La prevención de actos delictivos y la realización de las diligencias necesarias para evitar su comisión.
- Policía judicial, en los casos y formas que señalen las leyes³⁰².
- La cooperación y colaboración con las autoridades locales de Navarra, siempre que éstas lo soliciten, en la forma que determinen las disposiciones aplicables.
- La cooperación y colaboración con otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los casos previstos en las leyes.
- La colaboración con todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la recogida, tratamiento y suministro recíprocos de información de interés policial.

Entre los principios básicos de la actuación de los miembros de los Cuerpos de Policía de Navarra relativos a la detención, se regula en la Ley Foral 8/2007, la obligación del Cuerpo de Policía de identificarse³⁰³, al igual que velarán por la integridad física del detenido³⁰⁴ y cumplirán los plazos exigidos por el ordenamiento jurídico en la detención de una persona³⁰⁵.

Según el artículo 61 que versa sobre “Faltas muy graves” serán faltas muy graves: “El abuso de autoridad que cause grave daño a los ciudadanos, subordinados o a la Administración, así como la práctica de tratos inhumanos,

³⁰² MERINO LUCERO, B. *Seguridad ciudadana: VIII Informe sobre Derechos Humanos*. Edit. Trama. Madrid. 2011, pag. 254.

³⁰³ Se identificarán como miembros del Cuerpo de Policía al que pertenezcan en el momento de efectuar una detención y en aquellas otras situaciones en que su actuación limite el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, reconocidos por las leyes.

³⁰⁴ Velarán por la vida e integridad física de las personas que se encuentren detenidas o bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las mismas.

³⁰⁵ Darán cumplimiento y observarán, con la debida diligencia, los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico en la detención de una persona, para ponerla a disposición judicial lo antes posible.

degradantes, discriminatorios o vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia³⁰⁶’.

VIII.1.2. Entrega del detenido y actuaciones del Juez.

Una vez que se ha procedido a la detención, debe ponerse a disposición judicial de forma inmediata, por ello, la regla general sobre la materia es la de que se deberá entregar al juez más próximo, y habiendo varios al que estuviera de guardia³⁰⁷.

Una vez puesto el detenido a disposición judicial, la naturaleza de la detención determina un diferente trato:

1. Cuando la detención tiene naturaleza ejecutiva, se ordenará el traslado inmediato del detenido al establecimiento penitenciario o lugar donde deba cumplirse la condena³⁰⁸.
2. Si la detención tiene naturaleza cautelar, deben diferenciarse a su vez dos supuestos:
 - a) Si la entrega al Juez se realiza sin que exista procedimiento penal pendiente y se considera competente, practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el plazo de setenta y dos horas; por el contrario, si no se considera competente, instruirá las primeras diligencias, resolverá sobre la situación personal del detenido en el plazo indicado, y pondrá las diligencias y el preso, en su caso, a disposición del Juez competente³⁰⁹ (art. 499 LECrim).

³⁰⁶ Ley Foral 15/2010, de 25 de octubre, de modificación de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra.

³⁰⁷ Art. 496 LECrim. El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes arts. 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.

³⁰⁸ Art. 500 LECrim. “... el Juez a quien se entregue o que haya acordado la detención dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento o lugar donde debiere cumplir su condena”.

³⁰⁹ MARTIN RIOS, P. *Victima y Justicia Penal*. Edit. Atelier. Barcelona. 2012, pag. 148.

b) Si la entrega se realiza existiendo proceso penal pendiente, también deberemos diferenciar según se realice la puesta a disposición del detenido al Juez que esté conociendo o no: si es el que conoce, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto en el término de setenta y dos horas³¹⁰; si no conoce de la causa, se formará la documentación específica sobre la detención (persona y circunstancias del que ha practicado la detención, las razones de la misma, etc.) y se remitirá, así como al detenido al órgano jurisdiccional que estuviere conociendo³¹¹ (art. 498 LECrim).

En todos dos casos examinados, el auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y se notificará al querellante particular, si lo hubiere, y al imputado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra o por escrito la reposición del auto consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere³¹².

VIII.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN.

El principio de legalidad penal, usualmente expresado bajo la fórmula del latín “nullum crimen, nulla poena sine lege”, supone, según el pensamiento de Beccaria, que: “... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida

³¹⁰ Art. 497 LECrim. Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa,... elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado.

³¹¹ MARTIN RIOS, P. *Victima y...ob. cit.* 2012, pag. 147.

³¹² Art. 501 LECrim. El auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto se pondrá en conocimiento del Ministerio fiscal, y se notificará al querellante particular, si lo hubiere, y al procesado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra o por escrito la reposición del auto, consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciere.

por el contrato social. Ningún magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad³¹³”.

Dicho principio fue proclamado por el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789³¹⁴, constituye un fundamento del Derecho penal moderno.

El art. 25.1 de la vigente Constitución española lo recoge expresamente, al estipular que: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

De la Resolución 169/34 de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas emana un Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En concreto, al art. 1 expresa que “estos funcionarios cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido en su profesión”.

Respecto a la detención, dicho Código regula en su art. 6 que “... se asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise³¹⁵”.

Por su parte, la Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, realiza una Declaración de la policía. En el Anexo de dicha Declaración referente a la ética, manifiesta que corresponde a todos los funcionarios de Policía cumplir los deberes que le impone la ley”.

En el apartado 5 se expresa que: “Es deber de todo policía oponerse a las violaciones de la ley”. Respecto al arresto o custodias de personas la Declaración

³¹³ BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, 3ª Edic. Alianza Editorial. Madrid. 1982, pp. 29 -31.

³¹⁴ Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

³¹⁵ COMUNIDAD AUTONOMA DE LA REGION DE MURCIA. *Ley de Coordinación de Policías Locales de la Región de Murcia*. Edición preparada por la Dirección General del Interior. Consejería de Administración Pública e Interior. 1989, pp. 83 – 84.

expresa que el Policía ha de rehusar participar en ellas sino hay sospecha de haber cometido un acto ilegal³¹⁶.

Según el Art. 489 LECrim "ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban". No resulta constitucional la denominada "retención" y sólo cabría admitir como límites a la detención las situaciones intermedias reguladas en los artículos 18, 19 y 20 de la LO 1/92 de Protección de la Seguridad Ciudadana, donde encuentran su cobertura legal los distintos controles policiales realizados en calles o carreteras, solicitudes de identificación, detenciones momentáneas de vehículos para notificar denuncias por infracciones de tráfico.

Es decir, la momentánea privación del derecho a la libre deambulación o circulación, por la aplicación de normas de policía que garanticen la seguridad. Por el Auto del TS de 03 de julio de 1996, se han considerado lícitas y diversas a la detención propiamente dicha la práctica de diligencias de identificación y cacheo por la Policía, así como la prueba de alcoholemia que, sin embargo, han de someterse al principio de proporcionalidad y de racionalidad,³¹⁷ al igual ocurre con las diligencias de identificación y cacheo de los sospechosos, siempre que dichas sean sometidas a los principios de proporcionalidad y de necesidad³¹⁸.

VIII.2.1. Situación jurídica del detenido.

Hablar de la situación jurídica del detenido es hablar de los efectos que produce sobre la persona privada de su libertad la detención:

- a) El principal efecto es la privación de la libertad ambulatoria en condiciones diferentes a la del cumplimiento de una pena privativa de la libertad (art. 520. 1 LECrim, y los arts. 5 y 8 de la LOGP).

³¹⁶ COMUNIDAD AUTONOMA DE LA REGION DE MURCIA. *Ley de ...ob. cit.* 1989, pp. 77 – 78.

³¹⁷ SSTC 10 de julio de 1986 y 18 de noviembre de 1993 y SSTS de 31 de enero y 14 de febrero de 1994.

³¹⁸ SSTC de 7 de julio de 1995 y de 02 de febrero de 1996.

- b) A su vez el detenido tiene una serie de derechos que se recogen básicamente en los artículos 17 CE y 520 LECrim. Estos derechos³¹⁹ están pensados para los supuestos de detención policial y la que ordena el órgano jurisdiccional, ya que cuando un particular detiene a otro, su actuación se limita a ponerlo de inmediato a disposición judicial.
- c) La condición de detenido tiene una duración breve y estrictamente determinada tal y como hemos expuesto.
- d) Existe un régimen especial de detención que también coincide con el de la prisión provisional relativa a la detención provisional incomunicada³²⁰, regulado en los artículos 506³²¹ y 527 LECrim³²².

VIII.2.2. Detención ilegal.

El fundamental derecho a la libertad ambulatoria o de locomoción encuentra protección jurídico - penal, sobre todo, en los arts. 163 y siguientes del vigente Código penal, bajo la rúbrica “De las detenciones ilegales y secuestros³²³”.

Por lo tanto, comete un delito de detención ilegal el particular que retenga o encierre a otra persona contra su voluntad privándole de su libertad de movimiento³²⁴.

³¹⁹ La detención deberá practicarse de la forma que menos perjudique a la persona, reputación y patrimonio; el detenido tiene derecho a que se le informe de los hechos que se le imputan, de las razones por las que se le ha privado de su libertad, así como de los derechos que le asisten.

³²⁰ Por regla general este tipo de detención sólo puede practicarse previa resolución judicial, y supone una limitación del régimen general de derechos que tiene el detenido (no tiene derecho a que se ponga en conocimiento el hecho de su detención al familiar o persona que desee, ni a nombrar Abogado de su elección ni a entrevistarse reservadamente con él, etc.

³²¹ Artículo 506 redactado por el artículo primero de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

³²² GRUPO EDITORIAL EL DERECHO. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y normativa complementaria*. Edit. El Derecho. Madrid. 2011, pag. 170.

³²³ LANDROVE DÍAZ, G. *Detenciones Ilegales y Secuestros*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999, pp. 23 y ss.

Detención ilegal es aquella realizada por la autoridad competente sin cumplir los requisitos que legalmente se establecen³²⁵. Supone un abuso de autoridad, y en el Estado de Derecho existen medidas para defenderse. Al procedimiento para solicitar la interrupción de una detención ilegal se le denomina habeas corpus.

El delito de detención ilegal cometido por una autoridad o funcionario público³²⁶ es una modalidad agravada del delito de detención ilegal cometido por un particular.

El código Penal de 1995 establece una doble regulación, distinguiendo entre el delito de detención ilegal material, tanto si media causa criminal (artículo 167 CP) por un lado, y el delito de detención ilegal formal por quebrantamiento de cualquiera de las garantías inherentes a la detención (artículos 530³²⁷ y 531 del CP).

Esta especial modalidad delictiva suele ser perpetua por funcionarios de policía, con lo que su regulación punitiva tiene una especial importancia ya que constituye una importante garantía de todos los ciudadanos frente a cualquier posible abuso policial³²⁸.

³²⁴ Para que exista este delito no es necesario que la detención se realice por la fuerza o con violencia ya que también puede utilizarse el engaño para privar de libertad a una persona.

³²⁵ Un requisito indispensable de la detención ilegal, que el agente ha de obrar con dolo, es decir, saber que está cometiéndola y aun así realizarla.

³²⁶ Art. 167 del CP: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años".

³²⁷ La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

³²⁸ CLIMENT DURÁN, C. *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1 edición. 1999, pag. 157.

En una primera aproximación a lo establecido en los arts. 167 y 530 observamos que ambos preceptos describen situaciones en las que la autoridad o funcionario público priva de libertad a un particular.

La prevista en el art. 167 se refiere a actuaciones realizadas por la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, pero sin ninguna cobertura legal, sin razón que legitime dicha actuación, abusando por tanto de su condición de funcionario público.

Por su parte el art. 530 describe actuaciones realizadas por el funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, con cobertura legal, pero con infracción de las garantías constitucionales³²⁹.

En la misma línea podría afirmarse que el bien jurídico que se protege en el art. 167 del CP es la libertad, mientras que el bien jurídico protegido en el art. 530 del CP se vincula al derecho a que la afectación de ciertos derechos fundamentales como la libertad, intimidad, inviolabilidad de domicilio se realice respetando las formalidades establecidas en las leyes³³⁰.

La razón de la penalidad más benigna prevista en el art. 530 se halla, en el hecho de que en la situación contemplada en este precepto el ataque al derecho fundamental es menos directo, produciéndose como consecuencia de no respetar las exigencias legales que rodean la detención cuando hay razón material para practicarla.

En este sentido, se puede afirmar que en el art. 530 CP, “No se actúa como particular, sino como autoridad o funcionario que se excede en el ejercicio de su competencia. No prescinde de ésta, no actúa fuera completamente de la misma, es más, no atenta directamente contra la libertad, sino más bien contra las garantías de la misma³³¹”.

Con la regulación actual de los tipos de detenciones ilegales hay que concluir que el art. 167 (en relación con los arts. 163 y ss. Del CP) debe aplicarse

³²⁹ BOLEA BARDÓN, C y ROBLES PLANAS, R. *La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal*. InDret Revista para el Análisis del Derecho. 2006, pag. 4. www.Indret.com

³³⁰ Garantías constitucionales y legales.

³³¹ CARBONELL MATÉU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996, pag. 862.

para aquellos supuestos de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos que respondan a la pura arbitrariedad o abuso de poder.

Por su parte, el art. 530 debe reservarse a todos aquellos supuestos de detenciones policiales practicadas a partir de la comisión de una infracción penal (sea delito o falta) que, sin embargo, no resulten procedentes o presenten alguna irregularidad legal. Por consiguiente, la controvertida expresión “mediando causa por delito” debe entenderse como opuesta a detención arbitraria y, más concretamente, como equivalente a detención motivada por la comisión de una infracción penal³³².

Como hemos podido apreciar, nuestro ordenamiento jurídico parte de un concepto amplio de detención ilegal, esto es, no se limita a los casos de detención no prevista en la ley (ilegítima ab initio), sino que abarca también la detención que vulnera el procedimiento legalmente establecido³³³ (infracción de las garantías que rodean la detención).

VIII.2.3. Procedimiento del habeas corpus.

El art. 17.4 de la C.E., impone la necesidad de regular un procedimiento de "habeas corpus³³⁴", para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Dicho procedimiento ha sido regulado por Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo³³⁵.

³³² BOLEA BARDÓN, C y ROBLES PLANAS, R. *La tipicidad...ob. cit.* 2006, pag. 5.

³³³ CLIMENT DURÁN, C. *Detenciones ilegales policiales. Edit.* Tirant lo Blanch, Valencia. 1998, pp.71 – 71.

³³⁴ Aparece en el derecho histórico español como el denominado “recurso de manifestación de personas” del Reino de Aragón en el Fuero de Aragón de 1428, y en las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya de 1527, más tarde en la Ley Inglesa de 1640. La institución del Hábeas corpus estaba concebida como una forma de evitar agravios e injusticias cometidas por los señores feudales contra sus súbditos o personas de clase social inferior.

³³⁵ El art. 1 de la L.O. 6/1984 de 24 de mayo considera personas detenidas ilegalmente:
- Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.

El hábeas corpus, tutela dos derechos fundamentales, la libertad individual³³⁶ y el derecho a la integridad personal³³⁷. En ese sentido tiene como objeto el reponer las cosas al estado anterior a la privación, perturbación o amenaza de dichos derechos, por lo cual tiene un carácter sumario y potencialmente eventual, en tanto se autoriza desde que aparece posible una violación eventual a estos derechos para evitar que la violación se torne en irreparable³³⁸.

El procedimiento se inicia mediante solicitud dirigida al Juez del lugar en que se encuentre el detenido, o si no constara el lugar, al de aquel en que se hubiere producido la detención y, en su defecto, al del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido³³⁹.

Si la detención correspondiente a delitos de competencia de la Audiencia Nacional, la solicitud se dirigirá al Juez Central de Instrucción; y si fuera competente la jurisdicción militar, al Juez Togado Militar de Instrucción.

Están legitimados para instar el procedimiento, el privado de libertad, sus parientes más cercanos o representantes legales, Ministerio Fiscal y Defensor del Pueblo, e inclusive, el Juez competente de oficio. Promovida la solicitud, el Juez examinará la concurrencia de los requisitos necesarios³⁴⁰.

-
- Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.
 - Las que lo estuvieran 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.
 - Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida.

³³⁶ Relativa a su libertad de movimiento y, por tanto, a no ser objeto de detenciones arbitrarias.

³³⁷ A no ser objeto de daños en su persona, como lesiones, tortura o muerte.

³³⁸ DE DIEGO DIEZ, L. A. *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*. Edit. Bosch. Barcelona. 2011, pp. 54 y ss.

³³⁹ BLANCO PEÑALVER, A. *La naturaleza cautelar del hábeas corpus*. En Estudios del Ministerio Fiscal, Cursos de formación, nº. 1. 1994, pag. 321.

³⁴⁰ Si no concurren, denegará la solicitud y, en otro caso, acordará mediante auto, la incoación del procedimiento. En el auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle el detenido, que lo ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna, o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

En el plazo de 24 horas desde la incoación, el Juez oirá a la persona privada de libertad, al Ministerio Fiscal y a quien hubiere ordenado la detención, y practicará las pruebas que dichas personas propongan y puedan practicarse en el acto. Practicadas dichas actuaciones, el Juez resolverá:

1. Si estima que no concurren las circunstancias para que la detención pueda considerarse ilegal, decretará el archivo de las actuaciones.
2. En caso contrario, adoptará alguna de las medidas siguientes:
 - La puesta en libertad.
 - Que continúe la privación de libertad, pero si lo considera pertinente, en establecimiento distinto o bajo la custodia de personas distintas.
 - Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

Tal y como recoge la STC 122/2004, de 12 de julio, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en que medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de habeas corpus, generando una consolidada doctrina³⁴¹.

VIII.3. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA DETENCIÓN.

Como hemos visto la libertad es un derecho fundamental proclamado y garantizado por el artículo 17 de la CE, de ahí que dicho artículo y el 489 de la LECrim, digan que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

Así, por lo que respecta a los presupuestos de la detención, estos son: la probabilidad responsabilidad penal o *fumus boni iuris* y una situación de *periculum in mora* o peligro de no comparecencia ante el órgano jurisdiccional.

³⁴¹ MOLINA, L. H. *El Recurso de Amparo*. Edit. Escuela Nacional de la Judicatura. República Dominicana. 2006, pag. 210.

Los supuestos o casos en los que procede la detención están contenidos en los artículos 490 a 492 de la LECrim, la lectura de los citados preceptos nos obliga a diferenciar dos clases de detención:

1.- La detención como medida cautelar es la que tiene lugar cuando el proceso penal todavía no se ha incoado, o durante la tramitación del mismo, ya que en estos casos cumple su función aseguradora³⁴². Los presupuestos de esta detención son los siguientes:

- a) Que alguien intente cometer un delito o sea sorprendido en el momento de la comisión³⁴³.
- b) Que se fugue estando detenido o preso provisional³⁴⁴.
- c) Que el procesado se encuentre en rebeldía³⁴⁵.
- d) Que el imputado lo sea por delito que tenga prevista pena superior a tres años de prisión³⁴⁶. En este caso no procedería la detención si previamente el órgano jurisdiccional hubiera decretado su libertad provisional.
- e) Que el imputado lo sea por delito que tenga prevista pena de prisión de seis meses a tres años o inferior, si por sus antecedentes o por las circunstancias del hecho, pudiera preverse que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial³⁴⁷.

³⁴² PUJADAS TORTOSA, V. *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Barcelona. 2008, pag. 21

³⁴³ Art. 490.1 y 2 LECrim. Cualquier persona puede detener. 1 Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. 2. Al delincuente in fraganti.

³⁴⁴ Art. 490.6 LECrim. Cualquier persona puede detener. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

³⁴⁵ Art. 490.7 LECrim. Cualquier persona puede detener. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

³⁴⁶ Art. 492. 2º; equivalencias de penas según reforma introducida por Disposición Transitoria undécima de la L.O. 10/95, 23 de noviembre del CP.

³⁴⁷ Art. 492.3 LECrim. La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener 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,

2.- La detención como medida ejecutiva tiene por objeto imponer la realización de una ejecución actual y no garantizar la futura ejecución³⁴⁸. Los presupuestos de la detención de conformidad con lo preceptuado en la LECrim, son los que se expresan a continuación:

- a) El quebrantamiento por un condenado de una pena privativa de libertad, fugándose de la cárcel, o al ser conducido al citado establecimiento (art. 490. 3º, 4º y 5º).
- b) El condenado que estuviere en rebeldía (art. 490.7º).

Para completar el análisis de los presupuestos de la detención conviene referirnos a unos supuestos especiales:

1. La detención por faltas no es posible como norma general³⁴⁹, salvo que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle³⁵⁰.
2. La detención por incomparecencia, que ya hemos examinado, la podrá acordar el órgano jurisdiccional si al que le citan con arreglo a lo preceptuado en los artículos 486 y 488 de la LECrim no comparece ni alega justa causa que lo legitime³⁵¹.
3. La detención de las personas aforadas³⁵² acostumbra a practicarse en caso de flagrante delito, un ejemplo, lo encontramos en el art. 71. 2 de la CE, referente a Diputados y Senadores³⁵³

para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

³⁴⁸ PELÁEZ SANZ, F. y BERNAL NETO, J. M. *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Edit. Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 1999. www.noticiasjuridicas.com

³⁴⁹ ALONSO PÉREZ, F. *Manual de...ob. cit.* 2004, pag. 240.

³⁵⁰ Art. 495 LECrim. 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.

³⁵¹ Art. 487 LECrim. Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención.

³⁵² ALONSO PÉREZ, F. *Manual de...ob. cit.* 2004, pag. 387.

VIII.4. LA DETENCIÓN COMO PRIVACIÓN DE LIBERTAD.

Como hemos visto anteriormente el concepto de detención tiene múltiples definiciones, en función del carácter más o menos amplio que le queramos dar. Si utilizamos un sentido estricto de la misma, consideraremos la detención como “aquella medida adoptada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los particulares, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial, consistente en la privación de libertad del sujeto como consecuencia de su vinculación de un hecho delictivo³⁵⁴”.

A partir de esta definición podemos distinguir entre la detención realizada por particulares o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin respaldo de una orden judicial o del Ministerio Fiscal y la detención realizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por orden de la autoridad judicial o el Ministerio fiscal. A la primera se le denomina detención preventiva y a la segunda detención provisional³⁵⁵.

VIII.4.1. La detención preventiva.

La Ley de enjuiciamiento Criminal en sus artículos 490 y 492, establece los casos en los que se puede proceder a la detención de un sujeto. La legislación contempla los casos en los que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tienen obligación de detener, regulados en el art. 492 LECrim y entre los que se incluyen también los supuestos del art. 490 de la LECrim: flagrancia, fuga o rebeldía³⁵⁶.

³⁵³ Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

³⁵⁴ REBATO PEÑO, M.E. *La detención desde la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006, pag. 69.

³⁵⁵ MARCHAL ESCALONA, N. *El Atestado. Inicio del Proceso Penal*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2010, pp. 96 y ss.

³⁵⁶ MORA CHAMORRO, H. *Manual del vigilante de seguridad. Tomo 2, 3ª edic.* Edit. Club Universitario. Alicante. 2012, pag. 102.

El Art 490 de la LECrim tal y como hemos dicho habilita a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a detener en los mismos casos en los que puede hacerlo un particular.

Al margen de los tres supuestos anteriores, la LECrim establece otros dos supuestos en el art. 492: detención por delito y la detención de procesados³⁵⁷.

En concreto, la Fragancia, que tiene cabida en los dos primeros párrafos del art. 490 de la LECrim, habilita a los agentes de la policía judicial, al que intente cometer un delito en el momento de hacerlo y al delincuente in fraganti. Actualmente no se encuentra ningún precepto normativo que conceptualice el término fragancia, es por ello, que debemos remitirnos al antiguo art. 779 de la LECrim, derogado por la modificación introducida por la LO 7/1988, reguladora del Procedimiento Abreviado, el art. 398 de la LO Procesal Militar 2/1989³⁵⁸, a la STS de 29 de marzo de 1990 y la STC 341/1993, que dirime la constitucionalidad del art. 21 de la LO de Protección de la Seguridad Ciudadana³⁵⁹.

Si tenemos en cuenta el art. 499 de la LECrim que considera delito Flagrante “al que estuviera cometiendo o se acabará de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos”, podemos entresacar de este precepto dos tipos de fragancia: la “strictu sensu” y la “post-flagrancia”.

El primer tipo se refiere a cuando el delito se estuviere cometiendo o se acabara de cometer y el segundo tipo de fragancia contempla el momento inmediatamente posterior a la comisión del delito.

Pero serán la STS de 29 de marzo de 1990 y la STC 341/1993, las que nos especificarán realmente el término de fragancia. Así, el Tribunal Supremo matiza cuatro requisitos para que pueda constituirse un delito flagrante: inmediatez

³⁵⁷ MINGUELA CEDILLO, P. *La penalidad del delito como condicionante de la detención*. Edit. Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal. 2011. www.noticiasjuridicas.com

³⁵⁸ Art. 398 de la LO Procesal Militar 2/1989. A los efectos de este Título se consideran delitos flagrantes los que se estuvieren cometiendo o se acabasen de cometer cuando el delincuente o delincuentes fuesen sorprendidos.

³⁵⁹ REBATO PEÑO, M. E. *La detención...ob. cit.* 2006, p. 72.

temporal, inmediatez personal, necesidad urgente y percepción directa del delito³⁶⁰.

El Tribunal Constitucional por su parte específica que serán características de la flagrancia: la percepción sensorial³⁶¹, la inmediatez temporal, la inmediatez personal y la necesidad urgente de detención.

También se puede detener cuando un sujeto se encuentra en una situación de custodia, bien sea un quebrantamiento de una condena penal o de una situación retentiva; es decir, nos encontramos ante un supuesto de fuga. En realidad, esto constituye la conducta típica de los delitos de quebrantamiento de condena contemplado en el CP³⁶².

En los supuestos en los que un sujeto es sorprendido en el momento de cometer la infracción o en el momento inmediatamente después, y es requerido por la autoridad para que se entregue y no lo hiciese; esta desobediencia quedará subsumida en el delito principal que el sujeto está cometiendo, ya que no existe obligación de dejarse detener³⁶³.

³⁶⁰ SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho constitucional*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004, pag. 509.

³⁶¹ Señalan las SSTs de 29 de marzo de 1990 y 14 de junio de 1999, que la palabra flagrante proviene del latín y significa arder o quemar y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo con fuego o llama, algo que se está cometiendo de manera ostentosa.

³⁶² Art. 468 CP. 1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

Art. 469 CP. Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén recluidos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

³⁶³ La STS de 28 de enero de 1982 considera inmanente, a la naturaleza humana, el ansia de libertad, entendiéndose que, las naturales reacciones de no acatamiento a las ordenes de detención, no deben originar la estimación de delito.

También se podrá detener al procesado o condenado que se encuentre en rebeldía. Será declarado rebelde por el órgano judicial correspondiente aquel procesado que se encuentre en paradero desconocido y que no se comparece ni es hallado para ser presentado ante el juez en el plazo establecido en las requisitorias³⁶⁴.

El art. 492.4 de la LECrim se regula la detención por presunto delito. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando concurren los siguientes supuestos: que la persona a detener no haya sido sometida a ningún procedimiento penal por el delito que presumiblemente se le va a imputar, que se tengan motivos racionales para creer que se encuentra ante la comisión de un delito y que haya una presunción de incomparecencia ante un eventual proceso judicial.

El último supuesto de detención preventiva viene regulada en el Art. 492.2 y 4 de la LECrim, que legitima a la Policía Judicial a realizar la detención de los procesados, siempre y cuando el delito este tipificado con pena superior a la de seis meses a tres años o que lo sean por delito de pena inferior a la de seis meses a tres años, que presumiblemente comparecerán ante la autoridad judicial cuando fueren llamados.³⁶⁵

VIII.4.2. La detención provisional.

Independientemente de la detención realizada por los particulares y por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, también cabe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que esta detención sea ordenada por el Juez o el Ministerio Fiscal.

En el primer caso, el Juez o Tribunal podrá decretar la detención de las personas que se encuentren en los supuestos del art. 492 de la LECrim. Este tipo de detención tiene una finalidad preventiva³⁶⁶.

³⁶⁴ REBATO PEÑO, M. E. *La detención...ob. cit.* 2006, pag. 77.

³⁶⁵ REBATO PEÑO, M. E. *La detención...ob. cit.* 2006, pag. 81.

³⁶⁶ IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica...ob. cit.* 2011, pag. 207.

En la detención ordenada por el Ministerio Fiscal el detenido no podrá ser interrogado por la Policía Judicial, sino que tras su identificación ha de ser remitido al Fiscal, que será quien le interroge. Inmediatamente después se pondrá en libertad o a disposición de la autoridad Judicial³⁶⁷.

El art. 5.2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal³⁶⁸ y el Art. 773.2 de la LECrim³⁶⁹ conceden al Ministerio Fiscal la competencia para ordenar la prevención preventiva.

VIII.5. INCOMUNICACIÓN DEL DETENIDO.

En España, las personas reclusas en régimen de incomunicación pueden verse privadas de acceso efectivo a un abogado o a un médico de su elección, y no tienen la posibilidad de informar de su detención a su familia ni a sus amistades³⁷⁰.

³⁶⁷ REBATO PEÑO, M. E. *La detención...ob. cit.* 2006, pp. 82 – 83.

³⁶⁸ Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, 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.

³⁶⁹ Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

³⁷⁰ PÉREZ MACHÍO, A. I. *La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿Una medida lesiva de Derechos Humanos?* En DE LA CUESTA, J. L. y MUÑAGORRI, I. *Aplicación*

Con arreglo a la legislación española, la detención en régimen de incomunicación puede imponerse antes o después de que la persona detenida comparezca ante una autoridad judicial³⁷¹.

La legislación que autoriza este régimen de detención ha sido mantenida y ampliada por los sucesivos gobiernos españoles, pese a los llamamientos realizados desde hace más de un decenio por diversos órganos de la ONU, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa y organizaciones de derechos humanos para que se tomen medidas destinadas a eliminar de la legislación nacional las disposiciones relativas a la detención en régimen de incomunicación. España mantiene uno de los regímenes de detención más severos de toda la Unión Europea³⁷².

La organización Amnistía Internacional ha denunciado el régimen de incomunicación de los detenidos en España porque considera que incumple las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Según Amnistía, el régimen español es uno de los más estrictos de Europa³⁷³.

El Gobierno español ha justificado el uso de la detención en régimen de incomunicación en nombre de la seguridad nacional y la seguridad pública. En virtud de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez de Instrucción está facultado para, a petición de la policía, ordenar que una persona detenida permanezca en régimen de incomunicación hasta cinco días en cualquier caso y hasta un total de 13 días si el detenido es sospechoso de delitos de terrorismo³⁷⁴.

de la normativa antiterrorista. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. País Vasco. 2008, pag. 168.

³⁷¹ AMNISTIA INTERNACIONAL. *Juicios Justos: manual de Amnistía Internacional*. Editorial Amnistía Internacional. Madrid. 2000, pag. 51.

³⁷² BENENSON HOUSE, P. *España: salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación*. Amnesty International Publications. Madrid. 2008, pag. 5. www.amnesty.org

³⁷³ EL PAIS. www.elpais.com. Edición nacional el 15 de abril de 2009.

³⁷⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 509.2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más

Este periodo de 13 días se compone de una fase, de cinco días como máximo, de detención incomunicada bajo custodia policial, que puede ampliarse, por orden del juez de instrucción, a otros cinco días de detención incomunicada en prisión provisional. Además, puede imponerse un periodo adicional de otros tres días de incomunicación en prisión provisional si un juez así lo ordena en cualquier momento de la investigación una vez expirado el periodo inicial de 10 días en régimen de incomunicación.

Las personas detenidas en régimen de incomunicación no tienen derecho a:

- Contar con un abogado de su elección; la asistencia letrada la proporciona un abogado de oficio asignado por el Colegio de Abogados, a petición de la policía³⁷⁵.
- Consultar con un abogado en privado en ningún momento durante el periodo de incomunicación (ni bajo custodia policial ni en prisión provisional).
- Comunicar, o hacer que alguien comunique, a un familiar u otra persona de su elección el hecho de su detención y el lugar donde permanecen detenidas; los ciudadanos extranjeros no tienen derecho a que se comunique esa información a su consulado³⁷⁶.
- Ser examinadas por un médico de su elección³⁷⁷.

Todas las órdenes de detención en régimen de incomunicación deben ser fundamentadas por escrito (mediante lo que se denomina “comunicación

allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.

³⁷⁵ PÉREZ MACHÍO, A. I. *La detención...ob. cit.* 2008, pp. 168.

³⁷⁶ AMNISTIA INTERNACIONAL. *Juicios Justos... ob. cit.* 2000, pag. 51.

³⁷⁷ Art. 510.4 LECrim. El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos.

motivada”) por el juez competente en cada caso individual y cada vez que se amplía el periodo de incomunicación.

Las medidas son temporales por lo que únicamente duran el tiempo estrictamente necesario. El Juez puede ordenar que el detenido esté incomunicado durante el tiempo que dure la detención.

No existe en el ámbito internacional regulación similar a la medida de incomunicación contemplada en las disposiciones de la LECrim. El carácter excepcional de la presente medida sólo puede ser interpretada como una derogación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las Altas Partes Contratantes, que sólo se admite como consecuencia de la existencia de una situación de guerra o de peligro que amenace la vida de la nación. Así se recoge, tanto en el artículo 4³⁷⁸ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, como en el mencionado artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950³⁷⁹.

El informe de la delegación del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, en su visita a España entre el 31 de mayo y 13 de junio de 2011, señala algunas recomendaciones, que el Gobierno respondió el 13 de marzo de 2012, relacionados con la detención incomunicada³⁸⁰:

³⁷⁸ Según el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: “1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

³⁷⁹ PÉREZ MACHÍO, A. I. *La detención...ob. cit.* 2008, pp. 168- 169.

³⁸⁰ COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES. *Informe al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*. Naciones Unidas. Estrasburgo. 2013.

1. La detención incomunicada constituye en España una modalidad excepcional de detención preventiva caracterizada por dos elementos fundamentales:
 - a) El control judicial, ya que es el Juez quien debe pronunciarse sobre la petición de incomunicación respecto al detenido en el plazo de 24 horas mediante resolución motivada, y quien además es quien efectúa un control permanente y directo de la situación personal del detenido y de las condiciones del centro de detención, teniendo constancia desde el primer momento el lugar de custodia y de los funcionarios que prestan su servicio.
 - b) Una serie de restricciones respecto del régimen ordinario de detención que persiguen la desconexión del detenido respecto a posibles informadores o enlaces, para evitar que pueda recibir o emitir consignas que perjudiquen la investigación judicial. Se trata de restricciones dotadas de respaldo legal y jurisprudencial.
2. En relación a la ampliación del plazo máximo de 72 horas de la detención por decisión judicial, el Gobierno señala que, si bien el legislador español prevé que la incomunicación pueda durar hasta un máximo de 13 días (5 bajo custodia policial y 8 en prisión preventiva), en la práctica los juzgados y tribunales españoles no están acordando esa prórroga, de forma que hoy no existen incomunicaciones que duren más de 5 días.
3. Sobre la imposibilidad para el detenido de designar abogado de su elección, así como de entrevistarse reservadamente con él tras practicarse la diligencia, el Gobierno señala que es necesario garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses de la prevención de eventuales atentados terroristas y la defensa del detenido, el legislador español confiere a éste el derecho a ser asistido por un abogado de oficio³⁸¹.

³⁸¹ La restricción de la entrevista en privado responde también a la necesidad doble de evitar la comunicación del estado de la investigación a miembros de la banda terrorista y de asegurar la protección del abogado de oficio frente a la propia banda terrorista.

4. Sobre la ausencia de notificación al familiar o persona que el detenido haya designado, obedece a la necesidad de evitar el riesgo de fuga de otros criminales o de deterioro de medios de prueba.
5. La asistencia al detenido en régimen de incomunicación por un médico de elección propia, hecho que la legislación española no contempla aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí prevé en su artículo 510.4 que el detenido solicite ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos³⁸².

VIII.6. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA DETENCIÓN.

La detención, entendida como la privación provisional o preventiva de la libertad de la persona y, en consecuencia, como restricción de un derecho fundamental, necesita estar provista de una serie de garantías que la hagan constitucionalmente admisible³⁸³. Es decir, la CE requiere de una serie de requisitos, de una forma y de un procedimiento en el que estén presentes una serie de garantías para que la detención no sea ilegal.

Así, el artículo 17.2 CE indica que la detención preventiva no podrá durar más de lo 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 judicial³⁸⁴.

³⁸² En este sentido, el Gobierno señala que desde que se adoptó esta previsión, se han producido en España avances significativos en la garantía de la asistencia médica al detenido incomunicado por un segundo facultativo. Un ejemplo de ello es que, en la actualidad, varios juzgados encargados de la instrucción de los delitos de terrorismo permiten ya que los detenidos puedan ser examinados por médicos de su elección, si así lo solicitan, junto con el médico forense adscrito al juzgado, quien realiza visitas cada 8 horas y siempre que sea necesario.

³⁸³ RICHARD GONZÁLEZ, M.; RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. *Proceso Penal Práctico*, 6ª Edición. Edit. La Ley. Madrid. 2009, pag. 740.

³⁸⁴ LLERA SUAREZ - BARCENA, E. *Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y policía*, 2ª Edición. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, pp. 287 – 288.

La CE proclama en su art. 1 como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La libertad es entendida según el Tribunal Constitucional como “la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias³⁸⁵” o “libertad general de actuación o libertad general de autodeterminación del individuo³⁸⁶”.

Esta referencia genérica a la libertad se concreta en una de sus proyecciones, en la libertad física o individual a la que, al recogerse más adelante como un derecho fundamental, y, como consecuencia, brinda una especial protección.

Indiscutible es que ese derecho, como todos los demás, no es absoluto y puede ser limitado en ciertos casos y, de ahí, que la propia CE remita a la Ley esa posibilidad³⁸⁷. No obstante, como se indica en la STC 112/1988, es necesario “interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de la libertad”, debiendo exigirse, como se señala en las SSTC 178/1985 y 341/1993, “una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan aun previstas en la ley privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación³⁸⁸”.

VIII.6.1. Límite temporal de la detención.

En cuanto a los límites temporales de la detención preventiva, operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto³⁸⁹. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al

³⁸⁵ STC 132/1989, de 18 de julio.

³⁸⁶ STC 120/1990, de 27 de junio.

³⁸⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *La detención policial: garantías constitucionales*. www.tuabogadodefensor.com/detencion.

³⁸⁸ Es la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que en sus artículos 489 a 501 contempla los distintos supuestos, personas autorizadas, tiempo de duración y efectos que la detención supone.

³⁸⁹ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Edit. La Ley. Madrid. 2007, pag. 117.

esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso³⁹⁰.

Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias, y en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida³⁹¹.

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 dependencias policiales³⁹².

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha diferenciado dos límites temporales con respecto a la detención policial. Baste citar la STC 288/2000, de 27 de noviembre³⁹³, donde tras consignarse que “Este principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por

³⁹⁰ BARBERO SANTOS, M. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 1997, pag. 10.

³⁹¹ SSTC 31/1996, de 27 de febrero; 86/1996, de 21 de mayo y 224/1998, de 24 de noviembre.

³⁹² STC 86/1996, de 21 de mayo.

³⁹³ Se precisa en esta STC: “más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las Autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8 y 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3). Durante el período de detención preventiva, y en atención a lo dispuesto por el art. 17.3 CE, debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos al detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las 72 horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el que el afectado se encuentra en dependencias policiales (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7)”.

la Constitución con mayor intensidad, si cabe, cuando se trata de las detenciones preventivas, porque el art. 17.2 CE no se remite a la ley para que ésta determine los plazos legales, como, sin embargo, ocurre en el art. 17.4 CE respecto a la prisión provisional, sino que se ocupa él mismo de establecerlos imperativamente”, y añadirse que “el 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 SSTC 341/1993, de 18 de noviembre; 174/1999, de 27 de septiembre y 179/2000, de 26 de junio”.

En la STC 95/2012, de 7 de mayo³⁹⁴ se recoge 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 ... En consecuencia, la vulneración del citado 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)”.

En la hipótesis más normal de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto³⁹⁵.

En atención a tales plazos, la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la Autoridad gubernativa o sus Agentes una vez cumplidas las

³⁹⁴ Recurso de amparo 6377-2010. Promovido en relación con el Auto de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Palma del Condado de 8 de agosto de 2010, dictado en procedimiento de habeas corpus. 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 165/2007).

³⁹⁵ SSTC 31/1996, de 27 de febrero y 86/1996, de 21 de mayo.

72 horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, 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 judicial³⁹⁶.

Esta misma distinción se predica no sólo para las detenciones policiales sino también para los actos administrativos de compulsión sobre las personas necesarias para la ejecución de la medida de expulsión o devolución de extranjeros³⁹⁷.

Del mismo modo, es de aplicación a la prisión provisional judicialmente acordada, de tal suerte que el derecho fundamental se vulnera cuando se sobrepasan los plazos máximos absolutos o los determinados en la resolución por la que se acuerda la imposición de esta medida personal³⁹⁸.

Como estamos viendo, cuando una detención exceda el tiempo mínimo imprescindible para la averiguación de los hechos o el plazo máximo de 72 horas, salvo en los supuestos extraordinarios, sería como hemos señalado anteriormente una detención ilegal.

En el Capítulo V de la CE, "De la suspensión de los derechos y libertades", se contempla la posibilidad de suspender o limitar los derechos fundamentales en determinadas circunstancias y de dos maneras diferentes.

De este modo, hablaremos de una suspensión y/o limitación colectiva de derechos como consecuencia de la declaración de los estados de excepción y de sitio, previstos en el art. 55.1 de la CE³⁹⁹; y de una suspensión individual para personas relacionadas en bandas armadas o elementos terroristas⁴⁰⁰.

³⁹⁶ STC 224/1998, de 24 de noviembre.

³⁹⁷ SSTC 174/1999, de 27 de septiembre 288/2000, de 27 de noviembre.

³⁹⁸ STC 305/2000, de 11 de diciembre.

³⁹⁹ Art. 55.1 de la CE. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3; artículos 19, 20, apartados 1, a y d, y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo

Con la declaración del estado de excepción o de sitio rige lo que la doctrina ha denominado el “derecho de excepción”, un derecho estrictamente transitorio, aplicable únicamente durante la situación de crisis y cuya finalidad es la superación de la misma. La principal consecuencia de la vigencia de este hecho de excepción es la suspensión, de los derechos fundamentales⁴⁰¹.

Llegado a este punto es preciso señalar que la declaración del estado de alarma no origina suspensión de derechos fundamentales, sino límites a los mismos⁴⁰², a diferencia de los estados de excepción y de sitio en los que si se produce una suspensión temporal.

El sustrato material de la prórroga de la detención preventiva en supuestos de terrorismo, amparada por la suspensión constitucional del artículo 55.2 de la Carta Magna, se caracteriza por la concurrencia de unas circunstancias que implican una rebaja considerable de las garantías procesales y de los estándares mínimos internacionales, establecidos en los supuestos de derogación de las obligaciones convencionales, que representa la antesala de la medida de incomunicación, directamente vinculada a la prórroga de la detención preventiva en supuestos de terrorismo⁴⁰³.

establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

⁴⁰⁰ 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, apartado 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha Ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las Leyes.

⁴⁰¹ REBATO PEÑO, M. E. *La detención... ob. cit.* 2006, pp. 104 – 105.

⁴⁰² LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁴⁰³ La duración de 5 días de la detención prorrogada se aleja de los estándares internacionales que justifican la prórroga de la detención el tiempo necesario para los fines investigadores. Los avances tecnológicos existentes en materia de prueba y la vigencia del derecho a no declarar y a no confesarse culpable, incluso en supuestos excepcionales de prórroga de detención preventiva, arroja más sombras que luces a una medida que parece perder legitimidad democrática, a la luz de la ausencia de garantías que aseguren tanto su carácter excepcional, como el respeto de todos los derechos del detenido.

Conviene reseñar 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, 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 exige que el detenido sea conducido “sin dilación” o “sin demora” ante la autoridad judicial⁴⁰⁴ (en este sentido, STC 165/2007, de 2 de julio, recogiendo pronunciamientos anteriores de este Tribunal, como los contenidos en las SSTC 199/1987, de 16 de diciembre y 224/1998, de 24 de noviembre).

No hay que olvidar que la libertad de los ciudadanos es, en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales, la regla general y no la excepción (STC 209/2000, de 24 de julio), reconociendo nuestra Constitución su importancia cuando la configura, no sólo como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además como un derecho fundamental (art. 17 CE), vinculado directamente con la dignidad de la persona y cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales (STC 147/2000, de 29 de mayo).

VIII.6.2. Los derechos de detenido.

Los derechos de las personas detenidas cuentan con un marco protector configurado por la normativa interna y los instrumentos internacionales ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰⁵. A nivel

⁴⁰⁴ GONZÁLEZ VÁSQUEZ, V. *Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal*. Edit. X Jornadas de Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007, pag. 260.

⁴⁰⁵ Instrucción 12/2007 de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

internacional destacan dentro de éstos n los emanados de la Organización de Naciones Unidas⁴⁰⁶ y los procedentes del Consejo de Europa⁴⁰⁷.

No se puede olvidar que la detención es una actuación de marcado carácter provisional, y que implica una privación de libertad hacia el sujeto que la sufre. Este sujeto sin embargo es titular de una serie de derechos, y en particular del derecho a la presunción de inocencia que le asiste a lo largo de todo el procedimiento penal.

Por todo ello, el detenido o preso deberá ser respetado en todos los derechos fundamentales y libertades públicas que sea posible, y en particular la detención deberá ser llevada a cabo de la forma que resulte menos gravosa para la persona reputación o bienes del detenido. En particular, los derechos del detenido se contemplan en el artículo 520 de la LECrim⁴⁰⁸.

Señala el art. 17.3 de la CE 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 establezca⁴⁰⁹”.

Todas estas garantías reconocidas en el art. 17.3 de la CE, como se recuerda en la STC 107/1985, de 19 de abril, “corresponden al detenido, esto es, a quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando la norma que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso productora de indefensión del afectado⁴¹⁰”. Esta

⁴⁰⁶ Entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de 1966.

⁴⁰⁷ El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987.

⁴⁰⁸ PÉREZ MORALES, M. G. *Materiales de...ob. cit.* 2009, pp. 158 – 156.

⁴⁰⁹ Debe hacerse, lógicamente, antes de proceder al interrogatorio del detenido y al objeto de que pueda preparar su defensa.

⁴¹⁰ También viene recogido en la STC 252/1994 y en el art. 520.2 de la LECrim, que señala, que toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, estableciendo una serie de derechos que le asisten.

obligación, ya prevista de una manera genérica en el art. 2 LECrim⁴¹¹, es la misma que se contempla en los arts. 5.2 y 6.3 del Convenio Europeo.

Estos derechos, o garantías formales, son los que se contemplan en el art. 520.2 LECrim:

1. Derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez⁴¹². Este presupuesto viene también regulado en el art. 17.3 CE, cuando señala que toda persona detenida no puede “ser obligada a declarar”.

2. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Es esta una garantía, como protección de una posible indefensión, es la misma que esta prevista en el art. 24.2 CE⁴¹³ y parece más bien una reiteración de la anteriormente señalada⁴¹⁴. No obstante, parece que quiere insistirse en el derecho que el texto constitucional reconoce al ya imputado, y en obligación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de los Jueces de no exigir la culpabilidad de uno mismo⁴¹⁵.

El Alto Tribunal en STC 197/1995, de 21 de diciembre, señala en su fundamento jurídico 6 que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable: “Son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por

⁴¹¹ Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor.

⁴¹² IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica...ob. cit.* 2011, pag. 209.

⁴¹³ Art. 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

⁴¹⁴ ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución Europea y Constitución Española*. Edit. La Ley. 2008, pag. 262.

⁴¹⁵ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Edit. Colex. Madrid. 2004, pag. 504.

defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable⁴¹⁶. Es decir, como recuerda la STC 115/1998, de 1 de junio, el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que “puede callar total o parcialmente o incluso mentir⁴¹⁷”.

3. Derecho a asistencia letrada. El derecho de asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, recogido en el art. 17.3 CE es una garantía distinta de la contemplada en el artículo 24.2 CE. En este último artículo se quiere hacer referencia, en el marco de la tutela judicial efectiva, a una garantía dentro del proceso y, en consecuencia, está referida a la persona acusada en procedimiento penal especialmente⁴¹⁸.

Según se afirma en la STC 7/2004, de 9 de febrero, este derecho fundamental “tiene una doble proyección constitucional, reconociendo nuestra Constitución, por una parte en el art. 17.3 CE el derecho del detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el nº 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las SSTC 21/1981, de 15 de junio, y 48/1982, de 5 de julio, y, por tanto, en relación con el acusado o imputado⁴¹⁹”.

Como señala el inciso final del art. 17.3 CE, esta garantía se establecerá “En los términos que la ley establezca”. Como consecuencia de esta declaración fue

⁴¹⁶ SSTC 36/1983, de 11 de mayo y 127/1992, de 28 de septiembre.

⁴¹⁷ SSTC 197/1995 de 24 de enero y 129/1996 de 9 de julio.

⁴¹⁸ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Pena. 2ª Edición*. Edit. Colex. Madrid. 2007, pp. 225 - 226.

⁴¹⁹ Así, en la STC 196/1987, de 11 de diciembre, que resolvió que “el art. 17.3 de la Constitución reconoce el derecho de asistencia letrada al “detenido” en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente, del penal (SSTC 21/1981 y 48/1982 y, por tanto, en relación con el “acusado” o “imputado”.

promulgada la LO 14/1983, de 12 de diciembre, de Asistencia Letrada⁴²⁰, dándose una nueva redacción al artículo 520 de la LECrim.

En la redacción actual, se señala en el art. 520.2 c) LECrim que toda persona detenida o presa tiene “Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio⁴²¹”.

Solamente prevé la Ley un supuesto de renuncia a la preceptiva asistencia de abogado en el número 5 de este art. 520 LECrim, cuando la detención fuese “por hechos susceptibles de ser tipificados, exclusivamente, como delitos contra la seguridad del tráfico⁴²²”.

A todo lo mostrado acerca del derecho a la asistencia letrada hay que añadir que este derecho será limitado a que se le nombre un abogado de oficio en supuestos en que se hubiere decretado judicialmente la incomunicación del detenido, situación que suele producirse cuando la persona detenida lo es como presunto partícipe en la comisión de alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis de la LECrim⁴²³.

En definitiva, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho a la asistencia letrada al detenido tiende a: “Asegurar con la presencia personal del letrado que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los

⁴²⁰ Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17. 3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴²¹ ARENGÜENA FANEGO, C. *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2007, pag. 127.

⁴²² Arts. 379 y ss. del Código Penal.

⁴²³ Art. 384 bis de la LECrim. Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras dure la situación de prisión.

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 lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma⁴²⁴”.

4. Derecho a la notificación de la detención a un familiar o persona que el detenido designe del hecho de la detención y del lugar de custodia en que se halle en cada momento⁴²⁵.

Asimismo, si el detenido es extranjero también tendrá derecho a que se comuniquen tales circunstancias a la oficina consular de su país. No obstante, este derecho no será de aplicación al detenido “mientras se halle incomunicado” tal y como regula el art. 527. b de la LECrim⁴²⁶.

5. Derecho a ser asistido por un intérprete gratuito, cuando sea extranjero que no comprenda o no hable el castellano. Sobre este derecho, contemplado en el art. 520.2.e) LECrim, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Öztürk, así como el Tribunal Constitucional en las SSTC 71/1988, de 24 de abril; 188/1991, de 3 de octubre y 181/1994, de 20 de junio, entre otras⁴²⁷.

La atribución de ese derecho a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano y no sólo a los extranjeros que se encuentren en ese caso no debe ofrecer duda. Lo contrario supondría una flagrante discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución⁴²⁸.

6. Derecho a ser reconocido por un médico forense. Esta es una garantía, contemplada en el art. 520.2 f) LECrim, que viene a evitar los posibles malos

⁴²⁴ SSTC 196/1987, de 11 de diciembre; 252/1994, de 19 de septiembre y 21/1997, de 10 de febrero.

⁴²⁵ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005, pag. 479.

⁴²⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Penal, 8ª Edición*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007. pp. 339 - 350.

⁴²⁷ ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ª Edición*. Edit. Marcial Pons. Madrid. 2009, pag. 55.

⁴²⁸ JOVER GÓMEZ – FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S. *Derechos Fundamentales de los extranjeros en España*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2010, pag. 238.

tratos o torturas a los detenidos, puesto que el dictamen pericial realizado por el facultativo servirá para, en su caso, apreciar comparativamente el estado del detenido en el momento de su detención y en el de su puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial⁴²⁹.

VIII.7. DETENCIÓN EN SUPUESTOS ESPECIALES.

VIII.7.1. Detención de menores.

El Código Penal consagraba el principio de la no responsabilidad de los menores de edad, remitiendo a lo dispuesto en la ley específica sobre la materia. Dicha ley es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

El citado texto legal establece dos tramos diferentes en el tratamiento penal de los menores de edad⁴³⁰.

1. El primero de ellos hace referencia a los menores de catorce años, en relación al cual se pueden dictar las siguientes pautas policiales de actuación: los menores de catorce años no serán en ningún caso responsables penalmente de sus hechos⁴³¹, la actuación policial en relación con estos menores no será nunca represiva, sino siempre estrictamente protectora y si se produce infracción penal por parte de un menor de catorce años, habrá que tener en cuenta en primer lugar las normas de protección de menores previstas en el Estado o en las Comunidades Autónomas cuando tengan transferida esta materia.

Igualmente ha de darse traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal, puesto que tiene legalmente atribuidas las misiones de defensa y representación de los

⁴²⁹ GIMENO SENDRO, V. *Derecho Procesal...ob. cit.* 2004, pag. 507.

⁴³⁰ PICORNELL LUCAS, A. *La Infancia en desamparo*. Edicions Culturals Valencianes. Valencia. 2011, pag. 52.

⁴³¹ VICENTE GIMÉNEZ, T. *Los Derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones. Murcia. 2007, pag. 221.

menores de edad, y por último debe procederse siempre que sea posible a la entrega del menor a su padre, tutor o guardador⁴³².

2. El segundo tramo legal hace referencia a los mayores de catorce y menores de dieciocho años. En estos casos el menor de edad presuntamente responsable de un hecho delictivo podrá ser detenido en la misma forma y en los mismos casos que los mayores de edad, teniendo en cuenta una serie de cautelas adicionales por razón de su edad⁴³³.

La detención del menor se enmarca, al igual que la de los adultos, en el artículo 17 de la Constitución, sirviendo de referencia supletoria los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal y como establece la Disposición Final Primera⁴³⁴ de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

Esta Ley dedica dos artículos a la detención del menor: el artículo 17, que regula los derechos del menor detenido, y el artículo 22, que regula los derechos del menor desde la incoación del expediente⁴³⁵.

El art. 17 de la LORPM, establece toda una serie de garantías para el menor detenido, similares a las previstas por el art. 520 de la LECrim para los adultos, si bien teniendo en cuenta que es el Ministerio Fiscal quien instruye y no el Juez de Instrucción. La detención, dice el art. 17.1 de la LORPM, debe practicarse en la forma que menos perjudique al menor. Esta exigencia es consecuencia obligada del principio que inspira la regulación de la Ley, que no es otro que el del interés del menor⁴³⁶.

⁴³² DÍEZ RIAZA, S. *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. Burgos. 2004, pp. 46 – 47.

⁴³³ ALONSO PEREZ, F. *Manual del...* ob. cit. 2004, pag. 417.

⁴³⁴ Disposición Final Primera. Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

⁴³⁵ Redactados según Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁴³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Jurisprudencia constitucional, Volumen 60*. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2003, pag. 1466.

Quienes realicen la detención del menor están obligados a informarle inmediatamente, en lenguaje claro y comprensible de las causas de la misma, de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten, siendo de inmediata aplicación lo dispuesto en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴³⁷.

La detención se notificará siempre a los representantes legales del menor, a quienes, además, se comunicará el lugar donde se encuentra; y se requerirá su presencia si se pretende tomarle declaración. También se notificará inmediatamente la detención y el lugar de la custodia al Ministerio Fiscal⁴³⁸.

Este requisito, es una novedad de la LORPM respecto a la normativa anterior, según la cual, el Ministerio Fiscal era inmediatamente notificado de la detención del menor, en caso de ausencia de representantes legales del menor. En cambio, con la nueva Ley, lo será siempre, como consecuencia de su condición de instructor de las diligencias de investigación penal que nazcan a raíz de la detención.

Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales. En relación con los menores extranjeros, también debemos tener en cuenta que tienen derecho a intérprete.

Por otra parte, si al detener al menor se duda de su edad, éste será remitido al Juzgado de Instrucción que es el competente para determinar la edad. Comprobado en el menor tiempo posible que se trata de un menor, el Juzgado de Instrucción se inhibe a favor del Juzgado de Menores. Cuando no pueda determinarse con exactitud la edad se utiliza siempre la horquilla más baja de edad.

⁴³⁷ SANZ HERMIDA, A. M. *El nuevo Proceso Penal del Menor*. Servicio de Publicaciones de Castilla la Mancha. Cuenca. 2002, pag. 302.

⁴³⁸ CAMPOY CERVERA, I. *Los Derechos de los Niños: Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas*. Edit. Dykinson. Madrid. 2007, pag. 116.

En cuanto a la declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de sus representantes legales. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del.

Esta necesidad es más evidente si tenemos en cuenta que el art. 22 LORPM reconoce, desde el momento mismo en que se incoa el expediente, el derecho del menor a designar abogado que le defienda, o que le sea designado de oficio, pudiendo entrevistarse con él incluso antes de prestar declaración⁴³⁹, cosa esta última no permitida en los adultos por el art. 520.6 c) LECrim.

Mientras dure la detención de los menores, deberán estar custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad⁴⁴⁰.

Los traslados a ser posible, deben hacerse por agentes que no vayan uniformados, que el vehículo no porte distintivos policiales y que no se traslade en el mismo vehículo a menores y adultos.

La detención de un menor por funcionarios de Policía no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la práctica de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 24 horas, el menor detenido deberá ser 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 judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.

En virtud de este precepto, la detención policial sólo puede durar 24 horas. Dentro de este plazo el menor detenido debe ser puesto en libertad o a disposición del Fiscal, el cual, de acuerdo con el art. 17.5 de la LORPM: "Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de

⁴³⁹ CAMPOY CERVERA, I. *Los Derechos...* ob. cit. 2007, pag. 117.

⁴⁴⁰ ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución Europea...* ob. cit. 2008, pag. 423.

Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28”.

Dichas medidas cautelares podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo⁴⁴¹.

En los supuestos de delitos de terrorismo, el art. 17.4 LORPM, declara aplicable lo dispuesto en el art. 520 bis de la LECrim que establece la posibilidad de ampliar motivadamente en 48 horas más los plazos de detención para las personas detenidas por delitos de terrorismo⁴⁴².

Desde el inicio de la incoación del expediente, el menor tiene una serie de derechos; como son: el de ser informados de todos aquellos derechos que le asisten, el de asistencia letrada, ser escuchado por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución, y la asistencia psicológica y afectiva.

El Art.2.5 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, establece que “el cacheo y aseguramiento físico de los menores detenidos se llevará a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio

⁴⁴¹ ARROM LOSCOS. R. *El proceso penal con implicación de menores: (Ley Orgánica 5 -2000 sobre Responsabilidad Penal de Menores)*. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca. 2002, pag. 150.

⁴⁴² Sin embargo, debemos tener en cuenta las modificaciones introducidas en esta materia por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo. Las modificaciones más importantes introducidas por esta Ley en lo que respecta a la materia de que estamos tratando consisten, por una parte, en atribuir la competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional; y, por otra, en que se establece que la referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la L.O. 5/2000 al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código Penal.

menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contención física del menor⁴⁴³". Se establece en el art. 3.4 de este Reglamento que el menor debe tener una alimentación y unas condiciones de seguridad adecuadas.

También se insta que en los establecimientos de detención han de existir uno libros de registros⁴⁴⁴ en los que conste: identidad del menor; motivos de la detención, día y hora del ingreso traslado o libertad; indicación de la persona o personas que custodian al menor, detalle de la notificación a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal de la detención del menor; expresión de las circunstancias psicofísicas del menor y constatación de que se le ha informado de las circunstancias de la detención y de sus derechos.

Para concluir es importante hacer referencia al procedimiento del hábeas corpus en los menores. Cuando el procedimiento de hábeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora⁴⁴⁵.

El art. 17.6 de la LORPM establece que: "el Juez competente para el procedimiento de hábeas corpus en relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, 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".

VIII.7.2. Detención de extranjeros.

La detención como tal no sufre modificación alguna con respecto a la practicada con nacionales, sin embargo si hay que tener en cuenta el régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros, regulados en la LO 4/2000,

⁴⁴³ MONTERO HERNANZ. T. *La justicia...* ob. cit. 2006, pag. 65.

⁴⁴⁴ Instrucción nº 7/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, de 2 de junio, sobre libro-registro de menores detenidos.

⁴⁴⁵ MONTERO HERNANZ. T. *La justicia...* ob. cit. 2006, pag. 36.

de 11 de enero⁴⁴⁶; luego modificados por la LO 8/2000, de 22 de diciembre⁴⁴⁷; la LO 14/2003, de 20 de noviembre⁴⁴⁸ y LO 2/2009 de 11 de diciembre⁴⁴⁹.

Según el art. 1 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre "Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española".

El art. 5 de la presente Ley proclama el derecho a la libertad de circulación de todos los extranjeros de que hallen en España de acuerdo con lo establecido en esta Ley, sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, como por ejemplo puede ser por una detención⁴⁵⁰.

Los extranjeros que se encuentren detenidos tienen reconocidos una serie de derechos por la Constitución española, inherentes a la dignidad de la persona humana como son:

□ Derecho a la vida y a la integridad física y moral.

⁴⁴⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁴⁴⁷ Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁴⁴⁸ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁴⁴⁹ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁴⁵⁰ Artículo 5. 1 de la LO 2/2009. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho 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 sentencia firme.

□ Derecho a la seguridad personal, que básicamente consiste en la necesidad de intervención judicial para la prisión preventiva, información inmediata a la persona detenida sobre sus derechos y las razones de su detención, asistencia letrada al detenido, el habeas corpus o puesta inmediata a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente y un plazo máximo de detención de setenta y dos horas.

□ Derecho a la Intimidad que abarca: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar.

□ Derecho a la Tutela Judicial efectiva, que comprende el derecho al Juez ordinario predeterminado y la presunción de inocencia y demás garantías procesales.

□ Principio de legalidad, de creencias y de expresión.

Respecto al tema que nos trata, acerca de la detención de extranjeros, vamos a centrarnos ahora en la doctrina que recoge al respecto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español. Entre la doctrina del primero, lo que más nos interesa, de nuestro tema a tratar es:

- Existe la posibilidad de detención en el ámbito de la legislación de extranjería recogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁵¹, recogido en el artículo 5.1, f “si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

Lo que no cabe son las expulsiones colectivas o masivas de extranjeros. Estas expulsiones están prohibidas por el Derecho Internacional Público en la costumbre internacional (no discriminación y no arbitrariedad en la expulsión de extranjeros) y en algunos tratados de Derechos Humanos, como las Convención Europea, Americana y africana de Derechos Humanos. La expulsión masiva de residentes ilegales e indocumentados también es inadmisibile.

⁴⁵¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. De 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979.

En esta dirección ha decidido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia en el caso Conka / Bélgica, 5 de febrero de 2002) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (medidas provisionales adoptadas en 2000 y 2001 en el caso de la expulsión masiva de haitianos por la República Dominicana). Este es el status quaestionis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las expulsiones masivas de extranjeros⁴⁵².

- La expulsión de un extranjero "per se" no es un maltrato, ni es degradante o inhumana. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 1991. Caso Vilvarajah y otros contra el Reino Unido⁴⁵³.

- Los extranjeros son titulares de los derechos de defensa⁴⁵⁴ reconocidos a los acusados en procedimientos criminales por los apartados 1 y 3 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁴⁵⁵.

El derecho a defenderse de manera adecuada personalmente a través de Abogado se ve reforzado por la obligación del Estado a proveer de asistencia

⁴⁵² CHUECA SANCHO, A. G. *El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros*. Revista de derecho migratorio y extranjería, nº 1. 2002, pp. 9 - 36.

⁴⁵³ Nadarajah Vilvarajah, Vaithialingam Skadarajah, Saravamuthu Sivakumaran, Vathanan Navratnasingam y Vinnasithamby Rasalingam, pertenecientes a la etnia tamil, y nacionales de Sri Lanka contra el Reino Unido. www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm.

⁴⁵⁴ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 21 de abril de 1998, caso Daud contra Portugal.

⁴⁵⁵ Artículo 6.1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

judicial gratuita, asegurando la efectividad de la defensa⁴⁵⁶. El abogado debe tener acceso al expediente y obtener copias para preparar una defensa adecuada⁴⁵⁷.

La doctrina del Tribunal Constitucional se ha basado fundamentalmente en dos aspectos, el de las privaciones de libertad y clases de detención y en el estatuto jurídico del detenido.

Respecto al primer caso manifiesta nuestro Alto Tribunal en STC 179/2000, de 26 de junio que la retención en la frontera de un extranjero en espera de su expulsión o retorno constituye una situación fáctica de pérdida de libertad de movimientos. Por lo tanto, tal y como manifiesta la STC de 17 de enero de 1994, no hay violación del derecho a la libertad en la detención de los extranjeros por motivo de la incoación de un expediente de expulsión.

Acerca del Estatuto jurídico del detenido, recogen las SSTC 95/2003, de 22 de mayo; la STC 183/2001, de 17 de septiembre; y la STC 117/1998, de 2 de junio que el derecho de asistencia jurídica gratuita establecido en la Constitución se reconoce a todos los extranjeros que se hallen en territorio español, siendo un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en la Constitución.

Se recoge en la STC 149/1997, de 29 de septiembre, que la información de sus derechos al detenido es el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa. La información es presupuesto anterior a cualquier otra facultad procesal⁴⁵⁸.

La asistencia gratuita de intérprete al detenido corresponde tanto al español como al extranjero que no comprenda o hable el castellano, derecho que se fundamenta en el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la CE, tal y como manifiesta la STC 74/1987, de 25 de mayo. También se enuncia el Tribunal Constitucional que los extranjeros que se encuentren en zona de tránsitos en

⁴⁵⁶ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 28 de octubre de 1994, Caso Poner.

⁴⁵⁷ Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 12 de marzo de 2003, Caso Ocalan.

⁴⁵⁸ MARTÍNEZ PARDO, V. J. *Estudio jurisprudencial sobre la detención de extranjeros*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007, pp. 1-5.

aeropuertos bajo la autoridad judicial, por más de 72 horas, debe ser considerada como detención ilegal y por lo tanto cabe estimar el “Habeas Corpus⁴⁵⁹”.

VIII.7.2.1. Centro de internamiento de extranjeros.

En los casos de denegación de entrada, devolución, inicio de expediente sancionador por el procedimiento preferente y expulsión, el juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, a petición del instructor del procedimiento, del responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido o de la autoridad gubernativa que hubiera acordado dicha detención, en el plazo de 72 horas desde aquélla, podrá autorizar su ingreso en Centros de Internamiento de Extranjeros, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal⁴⁶⁰.

La incoación del expediente, la adopción de la medida cautelar de detención e internamiento, y la resolución del procedimiento serán comunicados a la embajada o consulado del país de origen del extranjero⁴⁶¹.

Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares, a la persona a la que haya atribuido su defensa jurídica, la organización no gubernamental indicada por el extranjero u otras personas residentes en España.

El ingreso del extranjero en un Centro de Internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, devolución o el regreso, siendo su duración máxima de 60 días, y la autoridad

⁴⁵⁹ STC 232/1999, de 13 de diciembre; STC 224/1999, de 13 de septiembre; STC147/2000, de 22 de mayo; STC 179/2000, de 26 de junio.

⁴⁶⁰ AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2011, pag. 167.

⁴⁶¹ AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Legislación de Extranjeros*. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2011, pag. 424.

gubernativa deberá proceder a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible⁴⁶².

El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, debiendo la autoridad gubernativa comunicar a éste cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento⁴⁶³.

Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada. En particular, el extranjero sometido a internamiento tiene los siguientes derechos⁴⁶⁴:

- A ser informado de su situación.
- A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.
- A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
- A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.
- A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.

⁴⁶² COLOMER VIADEL, A. *Inmigrantes y Emigrantes*. Editorial Universidad Politécnica de Valencia. Valencia. 2006, pag. 245.

⁴⁶³ AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Legislación...ob. cit.* 2011, pag. 128.

⁴⁶⁴ BATUECAS FLORINDO, J. M. *La expulsión del extranjero en la legislación española*. Editorial Club Universitario. Alicante. 2009, pag. 85.

- A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.
- A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
- A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
- A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.
- A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.

VIII.7.3. Detención de militares.

El ordenamiento jurídico español ha venido dando un trato específico a la detención de militares, en razón del principio arraigado en la institución castrense de que dichas personas sólo podían ser detenidas por sus jefes naturales y que únicamente podían permanecer detenidas, en prisión preventiva o cumpliendo condena en acuartelamientos o prisiones militares, por lo que su estancia en dependencias policiales debía limitarse al tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, debiendo ser entregado el detenido a un militar de igual o superior categoría⁴⁶⁵.

Actualmente, hablar de detención militar nos hace plantearnos cuatro supuestos: como presuntos responsables de la comisión de delitos sometidos a la jurisdicción ordinaria, por la comisión de faltas o infracciones administrativas,

⁴⁶⁵ ALONSO PÉREZ, F. *Manual de...ob. cit.* 2004. pag. 302.

por su participación en hechos delictivos sometidos a la jurisdicción militar y por faltas de carácter disciplinario⁴⁶⁶.

Conforme establece el art. 201 de la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, la detención de las personas responsables de hechos que, pudiendo ser constitutivos de delitos, aparezcan como de la competencia de la jurisdicción militar, podrá acordarse por el Juez Togado que incoe las actuaciones, así como por las autoridades o sus Agentes facultados legalmente para ello⁴⁶⁷.

Expresa también la citada Ley en su art. 203 que: “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”.

La detención de un militar en actividad, dispuesta por Autoridad Judicial de cualquier jurisdicción, miembros del Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, funcionario o agente, se efectuará conforme dispone el ordenamiento común para la detención, en especial si se trata de flagrante delito. No obstante, se ejecutará a través de sus jefes si estuviera a su alcance inmediato, o si no retrasa, con perjuicio grave, la efectividad de la medida.

Es decir, el militar, puede ser objeto de detención exactamente igual que cualquier otra persona salvo que se encontrase desempeñando servicio de armas o cualquier otra misión estrictamente militar. En este último caso, sólo podrá ser detenido por orden de sus jefes salvo que se hallase fuera del alcance de estos. Una vez detenido, el militar tiene la obligación de identificarse y de comunicar el hecho de la detención a sus superiores jerárquicos, por lo que el atestado policial una vez confeccionado, deberá ser entregado a la autoridad militar competente, quien a su vez lo entregara a la autoridad judicial que corresponda⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución Europea...ob. cit.* 2008, pag. 401.

⁴⁶⁷ ALONSO PÉREZ, F. *Manual de...ob. cit.* 2004, pag. 306.

⁴⁶⁸ Art. 205 de la LO 2/1989 que no obstante, se observarán las siguientes reglas:

VIII.7.4. Detención de Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal.

Para su detención salvo en casos "in fraganti", se requiere orden del Juez competente, debiéndose dar cuenta inmediata de la detención, en todo caso, al Presidente del Tribunal o Audiencia de que dependa⁴⁶⁹.

En el Derecho español, la regulación de la responsabilidad de jueces, magistrados y fiscales se halla lógicamente determinada por el modelo de Poder judicial que configuró el constituyente en la CE vigente de 1978 (Título VI, arts. 117 a 127, en cuanto al Poder Judicial; y, Título IX, arts. 159 a 165 en cuanto al Tribunal Constitucional), y que posteriormente fue desarrollado por el legislador mediante las leyes orgánicas del Poder judicial en 1985, así como la del Tribunal Constitucional en 1979⁴⁷⁰.

De este modo, la responsabilidad encuentra su anclaje constitucional en su artículo 9.3, que proclama genéricamente el principio de la responsabilidad de todos los poderes públicos, junto a otros principios esenciales para el Estado de Derecho, como el sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Sobre este particular dispone el art. 398 de la LO 6/1985, de 1 de julio del poder judicial: "los jueces y magistrados en servicio activo solo podrán 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 el detenido al juez de instrucción más próximo".

- Si el militar se encuentra desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, se llevará a cabo solamente por sus Jefes de quienes se interesará, a no ser que hubiera cometido delito flagrante y estuviere fuera del alcance de dichos Jefes.

- Si el militar se encuentra en recinto militar se interesará la detención del Jefe de mayor empleo y antigüedad que se encuentre destinado y presente en él.

⁴⁶⁹ LLERA GUTIÉRREZ, A. F. *La Asistencia Letrada en Comisaría y Juzgados. Visión Práctica*. Edit. Ley Nueva. Málaga. 2012, pag. 57.

⁴⁷⁰ ROMEU VERDEJO, J. *Área Jurídica. Cuerpo Nacional de Policía, 2ª Edición*. Edit. Ius – Centro de estudios, S. L. Huelva. 2011, pag. 50.

De toda detención se dará cuenta, por el medio más rápido, al Presidente del Tribunal o de la Audiencia de quien dependa el juez o magistrado. Se tomarán por la autoridad judicial que corresponda las prevenciones que procedan para atender a la sustitución del detenido⁴⁷¹.

El legislador, en la redacción de la LOPJ, ha entendido que los Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal dichos profesionales precisamente por el cargo que ostentan y en aras a garantizar el carácter de inmunidad judicial que todo juez o magistrado ostenta en el ejercicio de su cargo tal y como se recoge en el artículo 117.1 CE, los que se hallen en servicio activo, sólo pueden ser detenidos por orden de juez competente o en caso de flagrante delito debiéndose tomar en este último caso las medidas de aseguramiento indispensables y entregándosele inmediatamente el detenido al juez de instrucción más próximo⁴⁷².

Los miembros del Ministerio Fiscal gozan de un privilegio similar, a tenor de lo establecido en el art 56 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre⁴⁷³, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁴⁷⁴.

VIII.7.5. Detención de Diputados y Senadores de las Cortes Generales.

Existen en nuestra legislación algunas inmunidades, entendidas como impedimentos procesales a la acción penal contra determinados sujetos⁴⁷⁵, como es el caso de Diputados y Senadores.

Esta inmunidad viene recogida en el art. 71.2 de la CE que establece que: “durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo

⁴⁷¹ Art. 398.3 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴⁷² ESCRIBANO COLLADO, P. *Legislación administrativa: (Parte general)*, 21 edición. Edit. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones. Sevilla, 2006, pag. 111.

⁴⁷³ Artículo 56. Los miembros de la Carrera Fiscal en activo no podrán ser detenidos sin autorización del superior jerárquico de quien dependan, excepto por orden de la autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito. En este último supuesto se pondrá inmediatamente el detenido a disposición de la autoridad judicial más próxima, dándose cuenta en el acto, en ambos casos, a su superior jerárquico.

⁴⁷⁴ ALONSO PÉREZ, F. *Manual de...ob. cit.* 2004, pag. 301.

⁴⁷⁵ MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal.* Edit. Dykinson S. L. 2004, pag. 256.

de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

El artículo precepto actúa sobre tres aspectos: detención, inculpación y procesamiento. Respecto a la detención, la Constitución no la impide absolutamente, pero exige que si esta se realiza sea, como hemos visto anteriormente, "En caso de flagrante delito".

La idea de flagrancia, con todas sus dificultades, ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional en la STC 341/1993, que admite que es posible "Reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es "sorprendido" o visto directamente o percibido de otro modo en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito".

En relación con la inculpación o el procesamiento lo que impide la Constitución es que esas actuaciones procesales se puedan dirigir contra los diputados y senadores "sin la previa autorización de la Cámara respectiva". Ello conduce directamente a la cuestión del denominado suplicatorio⁴⁷⁶.

También, aparece recogido en el art. 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados y en el art. 22.1 del Reglamento del Senado.

Así, el artículo 11 del Reglamento del Congreso de los Diputados recoge que "Durante el período de su mandato, los Diputados gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización del Congreso⁴⁷⁷".

Por su parte, el art. 22.1 del Reglamento del Senado expresa que "Durante el período de su mandato, los Senadores gozarán de inmunidad y no podrán ser

⁴⁷⁶ GONZÁLEZ ESCUDERO. A. *Sinopsis artículo 71 de la Constitución Española*. 2011. www.congreso.es

⁴⁷⁷ AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Cortes Generales*. COLECCIÓN Textos Legales, nº 48, 4ª Edic. Madrid. 2012, pag. 36. www.boe.es

retenidos ni detenidos salvo en caso de flagrante delito. La retención o detención será comunicada inmediatamente a la Presidencia del Senado⁴⁷⁸".

En los Diputados y Senadores de las Cortes Generales la detención sólo puede darse en caso de flagrante delito, y ha de ser puesta inmediatamente en conocimiento del Presidente de la Cámara respectiva. Para su inculpación y procesamiento se requiere la autorización de ésta (suplicatorio).

Los Diputados y Senadores tanto si son de las Cortes Generales como de las Autonómicas, gozan también de inviolabilidad absoluta por las opiniones en el ejercicio de sus funciones, art. 71.1 de la CE⁴⁷⁹.

Por lo tanto, no todas las opiniones o manifestaciones de un diputado o senador están protegidas por la prerrogativa de la inviolabilidad. Sólo lo están las manifestadas en el ejercicio de sus funciones".

Este ámbito funcional exige una delimitación no siempre fácil. Será sencillo cuando el parlamentario se manifiesta desde la tribuna parlamentaria o desde el escaño o votando en las sesiones. Pero la vida política no se acaba entre las paredes de las Cámaras. Los parlamentarios ejercen su función de manera relevante fuera de aquellas. Así se ha planteado la duda de si la prerrogativa cubre las actuaciones cuando éstas se desarrollan en sedes diferentes del Parlamento.

El Tribunal Constitucional, conjuntamente con la interpretación restrictiva antes expuesta, ha fijado que la protección decae: "...cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de político incluso) fuera del ejercicio de competencias y función que le pudieran corresponder como parlamentario.

Así, las funciones relevantes para el artículo 71.1 de la Constitución no son indiferenciadamente todas las realizadas por quien sea parlamentario, sino aquellas imputables a quien siéndolo, actúa jurídicamente como tal⁴⁸⁰".

⁴⁷⁸ SERRANO MAÍLLO, M. I. *Prensa, Derecho y Poder Político: El caso Pinochet en España*. Edit. Dykinson. Madrid. 2002, pag. 358.

⁴⁷⁹ AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Cortes Generales. Textos Legales*, 48. 4ª Edición. Edit. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2011, pag. 16.

⁴⁸⁰ STC 71/1985, de 12 de junio.

VIII.7.6. Detención de miembros del Gobierno Central y Autonómico.

Con respecto a los miembros del Gobierno Central, nada dice la Ley en cuanto a su detención, si bien, en evitación de absurdos, es lógico que sólo quepa su detención en caso de flagrante delito⁴⁸¹.

Con respecto a los segundos, los estatutos de autonomía establecen como regla general que los mismos sólo pueden ser detenidos en caso de flagrante delito, decidiendo sobre su inculpación, procesamiento y juicio del Tribunal Superior de Justicia correspondiente⁴⁸².

En concreto, en lo referente a Murcia, su Estatuto de Autonomía, en el art. 25.2⁴⁸³ expresa que los diputados regionales “gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones, que se entienden asumidos, a estos efectos, desde el acto de su proclamación.

Durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidos por los presuntos actos delictivos cometidos en el territorio de la Región, sino en caso del flagrante delito, en tanto decide el Tribunal Superior de Justicia sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio. Fuera de la Región la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”.

⁴⁸¹ EDITORIAL MAD. *Policía Local. Supuestos Prácticos, 4ª Edición*. Edit. MAD. Sevilla. 2006, pag. 31.

⁴⁸² GRACIANO RAMOS, J.; MARTOS NAVARRO, F.; LOPEZ ALVAREZ, J. L. y MUÑOSZ LABIANO, A. *Policía Local Del País Vasco. Temario Volumen II*. Edit. MAD. Sevilla. 2003, pag. 278.

⁴⁸³ Artículo 25 redactado por el artículo único de la L.O. 1/1998, 15 junio, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

VIII.7.7. Detención de Jefes de Estado extranjero, representantes diplomáticos, miembros del personal administrativo y técnico y los miembros de sus respectivas familias que no sean españoles.

El Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 reconoce como parte del llamado estatuto diplomático normas aplicables a las misiones y agentes diplomáticos extranjeros los privilegios e inmunidades diplomáticas, que se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados⁴⁸⁴.

Según el art. 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961: “La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto”.

El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad. También goza de inviolabilidad el domicilio particular del diplomático, así como, su correspondencia y sus bienes, salvo lo previsto en el art. 31.3 de dicha Convención⁴⁸⁵.

El art. 31.3 expresa que “El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a, b y c del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia”.

El art. 31.1 expresa que el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor y también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa⁴⁸⁶, excepto si se trata:

- De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión.

⁴⁸⁴ MARTÍN ARRIBAS, J. J. *Derecho internacional: bases y tendencias actuales*. Edit. Entimena. Madrid. 2007, pag. 71.

⁴⁸⁵ ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución Europea...ob. cit.* 2008, pag. 391.

⁴⁸⁶ ORTELLS RAMOS, M. *La Ejecución de condenas no dinerarias en la ley de enjuiciamiento civil*. Edit. La Ley. Madrid. 2005, pag. 104.

- De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario.
- De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

El art. 37 de la Convención de Viena recoge además del agente diplomático quien goza de inmunidad; así, la tienen los miembros de la familia del agente diplomático, excepto si tienen nacionalidad del país receptor, los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas, los miembros del personal de servicio de la misión y los criados particulares de los miembros de la misión siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente⁴⁸⁷.

A pesar de la existencia de estas inmunidades puede ocurrir que el Estado acreditante renuncie a dichas inmunidades. La inmunidad es un derecho del Estado, no del diplomático, en consecuencia, la renuncia a este derecho es competencia exclusiva del Estado⁴⁸⁸.

Junto a la renuncia a la práctica diplomática refleja la posibilidad de la retirada de la confianza diplomática. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción deberá ser un acto expreso de gobierno del Estado acreditante o del jefe de la misión; esto implica que no es posible la renuncia implícita.

Para concluir, es preciso dejar claro que en caso de detención, que sólo se puede dar en caso de flagrante delito deberán ser puestos inmediatamente a disposición de sus Gobiernos.

⁴⁸⁷ RIQUELME CORTADO, R. *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones. Murcia. 2004, pag. 168.

⁴⁸⁸ Art. 32.1 del convenio de Viena. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al Artículo 37.

VIII.7.8. Detención de funcionarios consulares.

Según el Convención de Viena sobre relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963 recoge que además de los casos de flagrante delito, pueden ser detenidos cuando se trate de delito grave y por decisión de la Autoridad Judicial, comunicando la detención inmediatamente a su Estado por vía diplomática⁴⁸⁹.

El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad, por ello, tal y como recoge el art. 41 de la Convención de Viena⁴⁹⁰ no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente⁴⁹¹.

Continua el Convenio expresando en su art. 42 que: “Cuando se arreste o detenga preventivamente a un miembro del personal consular, o se le instruya un procedimiento penal, el Estado receptor estará obligado a comunicarlo sin demora al jefe de oficina consular. Si esas medidas se aplicasen a este último, el Estado receptor deberá poner el hecho en conocimiento del Estado que envía, por vía diplomática”.

⁴⁸⁹ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. *Convención de Viena sobre relaciones consulares: de 24 de abril de 1963*. Edit. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid. 2001, pag. 41.

⁴⁹⁰ Art. 41 de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente. Excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, los funcionarios consulares no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme. Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y, excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando en las circunstancias previstas en el párrafo 1 de este artículo sea necesario detener a un funcionario consular, el correspondiente procedimiento contra él deberá iniciarse sin la menor dilación.

⁴⁹¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de derecho internacional privado*. Edit. Civitas. Madrid. 1991, pag. 721.

VIII.7.9. Detención administrativa.

La detención administrativa es aquella que se realiza al margen de los supuestos que la LECrim habilita para realizar una detención en el marco de un hecho delictivo⁴⁹². Según la legislación española, cabe la detención administrativa básicamente en dos supuestos:

- Cuando se trata extranjeros cuya entrada o permanencia en España no se ha realizado conforme a la legalidad. En este supuesto cabría la detención por parte de la autoridad o agentes de la misma para iniciar el correspondiente expediente administrativo que culmina con su expulsión del territorio nacional y repatriación a su país de origen⁴⁹³.
- Cuando se trata de enfermos mentales peligrosos, al amparo de lo que dispone el Código Civil, con el fin de internarlos en Centros habilitados al efecto⁴⁹⁴.

Por imperativo del artículo 10.2 de la Carta Magna⁴⁹⁵, resulta de aplicación el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales de 1950 que en su apartado 1 manifiesta que “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 en la ley: ...e) Si se trata de internamiento, 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”.

El internamiento por razón de trastorno psíquico, se da, independientemente de que haya sido previamente, o no, declarado incapaz el internado.

⁴⁹² AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Entender la labor policial*. Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2005, pp. 147 – 148.

⁴⁹³ BATUECAS FLORINDO, J. M. La expulsión...ob. cit. 2009, pag. 75.

⁴⁹⁴ ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución Europea...ob. cit.* 1008, pag. 1141.

⁴⁹⁵ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Señalaba la Circular 2/1984, de 8 de junio, de la Fiscalía General del Estado, que “el internamiento no sólo priva de la posibilidad de desplazarse libremente libertad personal, sino que también afecta a lo que se ha llamado libertad moral, pues al sujeto se le ha de administrar un tratamiento contra su voluntad, se ha de sujetar a determinadas normas de régimen interno, etc.”.

El antiguo art. 211 del Código Civil, en su redacción original dada por la Ley de 1983, se refería al internamiento de “presuntos incapaces”, pero la reforma del Código llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, modificó la dicción del precepto, sustituyendo la mención al presunto incapaz, en los siguientes términos: “El internamiento por razón de un trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometido a la patria potestad, requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas”.

El actual artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se ocupa tanto de los internamientos necesitados de autorización judicial previa, como de los que denomina internamientos urgentes, en los que, al necesitarse la inmediata adopción de la medida, se prevé la autorización judicial a posteriori⁴⁹⁶.

El párrafo primero del precepto recoge que “El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, 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 internamiento⁴⁹⁷”.

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ, J. L. *Exclusión social y discapacidad*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. España. 2005, pag. 112.

⁴⁹⁷ El inciso “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial” del párrafo primero del artículo 763.1, ha sido declarado inconstitucional por Sentencia TC (Sala Pleno) de 2 diciembre 2010, con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

Continúa expresando el citado precepto que: “La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se 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 tribunal⁴⁹⁸”.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley⁴⁹⁹.

En su apartado cuarto, el citado artículo expresa que “En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente⁵⁰⁰”.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

⁴⁹⁸ El inciso «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida» del párrafo segundo del artículo 763.1, ha sido declarado inconstitucional por Sentencia TC (Sala Pleno) de 2 diciembre 2010, con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

⁴⁹⁹ Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

⁵⁰⁰ MARTÍNEZ, J. L. *Exclusión social...ob. cit.* 2005, pag. 112.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, 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 competente⁵⁰¹''.

Llegado a este punto, podemos afirmar que existen diferentes clases de internamiento. Así, podemos aglutinarlos en: por razón de quien lo autoriza, por razón de quien lo interesa, por razón de la persona internada y por el motivo que los origina⁵⁰²:

1. Por razón de quien lo autoriza. Dentro de esta categoría podemos distinguir los internamientos en judiciales y extrajudiciales, en función de la intervención, o no, del órgano jurisdiccional, subdividiéndose, a su vez, los judiciales en ordinarios y de urgencia, según dicha intervención sea previa o posterior al internamiento.
2. Por razón de quien lo interesa. En función de este criterio pueden dividirse los internamientos en voluntarios y forzosos.
3. Por razón de la persona internada. En este punto pueden distinguirse dos posibles manifestaciones, según se tome como referencia la situación de incapacidad del sujeto o su edad. Atendiendo al primero de los criterios propuestos, es decir, la situación de incapacidad, puede distinguirse el internamiento de presuntos incapaces o de declarados en situación de incapacidad, clasificación que entendemos carece de virtualidad práctica, sobre todo tras la reforma operada por la L.O. 1/1996. Tomando como base el segundo de los criterios, o sea, la edad, pueden distinguirse el internamiento de los mayores y de los menores de edad.

⁵⁰¹ DOMINGUEZ LUELMO, A. *Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2009, pag. 2007.

⁵⁰² PERCELLAR GIMÉNEZ, P. *El procedimiento de internamiento por razón de trastorno psíquico*. Edit. Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal. Febrero 2000. www.noticias.juridicas.com

4. Por el motivo que los origina. Es quizá una de las clasificaciones de mayor relevancia práctica, al menos desde una perspectiva estrictamente procesal, pues según se trate de un internamiento ordinario o urgente el procedimiento a seguir será sustancialmente distinto.

Se discute si se puede considerar detención al requerimiento que realizan los agentes de la autoridad para identificar a un ciudadano con el fin de investigar un acto delictivo o denunciar una infracción administrativa, conforme al art. 20 de la LO 1/1992. de 21 de febrero , sobre protección de la Seguridad Ciudadana⁵⁰³, ya que en este supuesto se puede llegar a trasladar al ciudadano a dependencias policiales que cuenten con medios adecuados para su identificación, lo cual constituye de facto una restricción de la libertad deambulatoria.

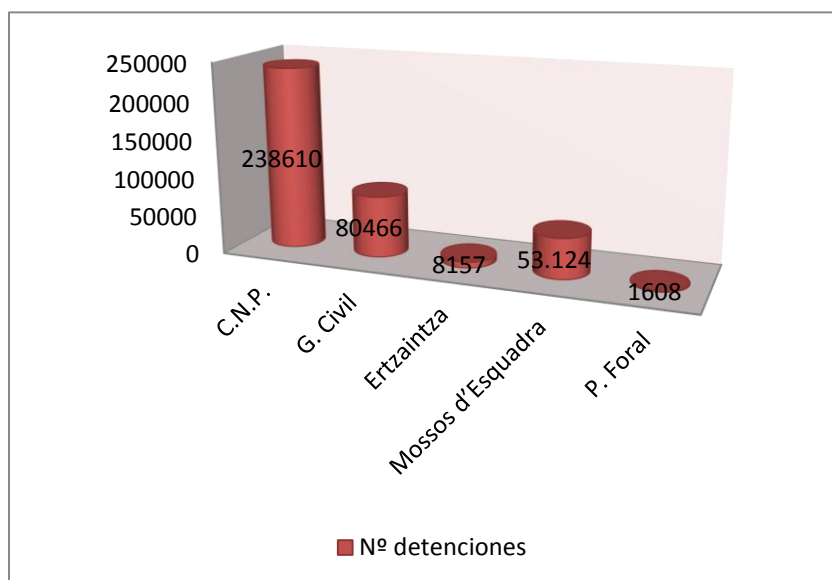
⁵⁰³ Art. 20 de la LO 1/1992. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la Autoridad Judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VIII.8. ANÁLISIS ACTUAL DE LA DETENCIÓN EN ESPAÑA.

Durante el año 2012 y según la información facilitada por el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y las Policías Autonómicas el número de detenciones con ingreso en calabozos ha sido de 381.965, lo que supone un descenso respecto del año 2011, en el que se produjeron más de 425.000 detenciones.

Gráfico 1.

NUMERO DE DETENCIONES REALIZADAS POR LAS FYCSE EN 2012⁵⁰⁴.



El número total de las detenciones, tal y como se refleja en la Gráfico 1, con ingreso en calabozo practicadas por el Cuerpo Nacional de Policía, en España durante el año 2012 ha sido de 238.610. Por su parte, la Guardia Civil ha efectuado, a lo largo de 2012, un total de 80.466 detenciones que han supuesto ingreso de calabozos.

⁵⁰⁴ Fuente: DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2012: *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*. Imprenta Nacional Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2013.

Por su parte, la Ertzaintza ha efectuado, a lo largo de 2012, un total de 8.157 detenciones que han supuesto ingreso en calabozos. Por lo que se refiere a los Mossos d'Esquadra, durante el año 2012 se han practicado 53.124 detenciones con ingreso en calabozos. La Policía Foral de Navarra ha efectuado, a lo largo de 2012, un total de 1.608 detenciones con ingreso en calabozos.

Finalmente, la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad del Gobierno de Canarias ha informado de que el Cuerpo General de la Policía Canaria no ha realizado detenciones con ingreso en calabozos durante el año 2012. Asimismo, no se tiene conocimiento de ninguna denuncia contra las actuaciones llevadas a cabo por miembros de ese cuerpo policial durante el año 2012⁵⁰⁵.

El Cuerpo Nacional de Policía ha efectuado un total de 238.610 detenciones, de las cuales 179.035 lo fueron por la presunta comisión de una infracción penal y 59.575 por infracción a la Ley de extranjería⁵⁰⁶.

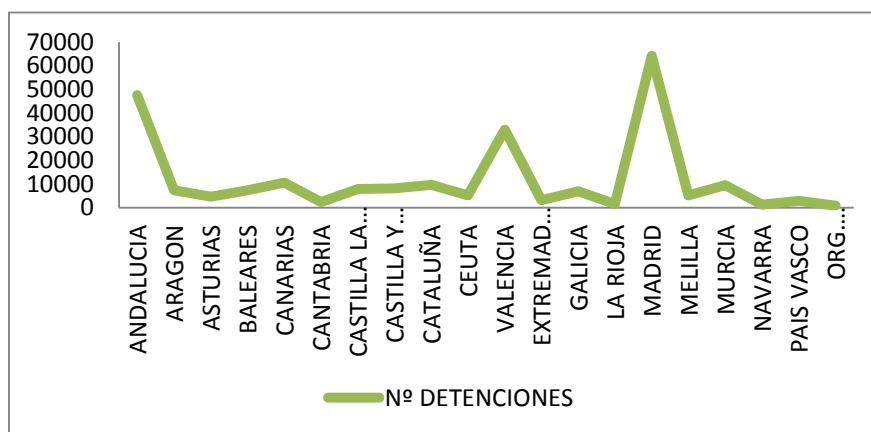
Como podemos apreciar en el Gráfico 2, es la Comunidad Autónoma de Madrid donde se presentan más detenciones seguida de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Comunidad Autónoma Cataluña, por lo que podemos concluir que las detenciones se dan en las zonas más pobladas y donde más turismo hay.

⁵⁰⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual...ob. cit.* 2013, pp. 29 - 37.

⁵⁰⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual... ob. cit.* 2013, pag. 27.

Gráfico 2.

**DETENCIONES CON INGRESO EN CALABOZOS PRACTICADAS
POR EL CNP EN 2012⁵⁰⁷.**



Las detenciones con ingreso en calabozos practicadas por el Cuerpo Nacional de Policía en 2012 distribuidas por comunidades y ciudades autónomas son las que a continuación se especifican en la Tabla 1.

Tabla 1.

| NUMERO DE DETENCIONES | | |
|-----------------------------|--------------------------|--------------------------------|
| - Andalucía: 47.540 | - Castilla y León: 8.111 | - Madrid: 64.133 |
| - Aragón: 7.282 | - Cataluña: 9.589 | - Melilla: 5.178 |
| - Asturias: 4.668 | - Ceuta: 5.104 | - Murcia: 9.480 |
| - Illes Balears: 7.273 | - Valenciana: 32.999 | - Navarra: 1.267 |
| - Canarias: 10.605 | - Extremadura: 3.179 | - País Vasco: 2.801 |
| - Cantabria: 2.326 | - Galicia: 6.907 | - Organismos centrales: 831 |
| - Castilla la Mancha: 7.831 | - La Rioja: 1.506 | |

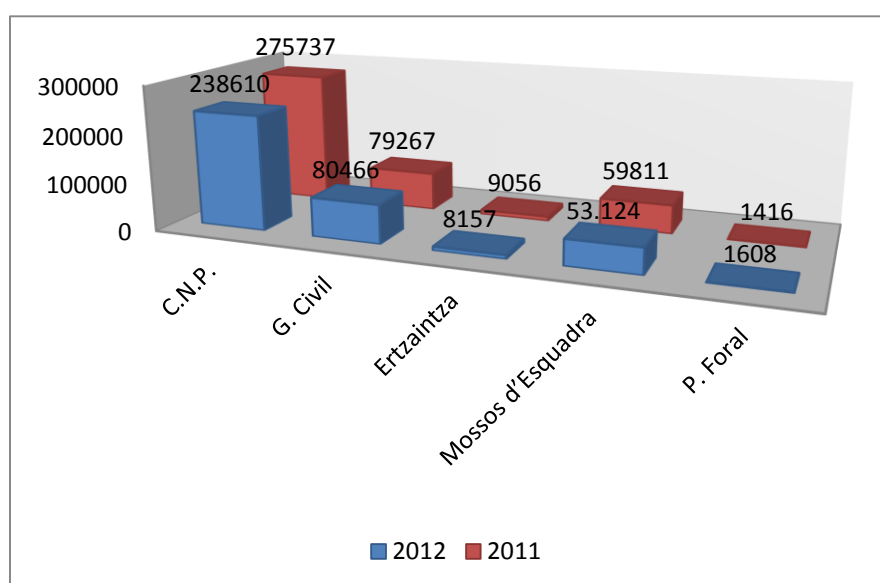
⁵⁰⁷ Fuente: DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual...ob. cit.* 2013.

Como se puede apreciar en la gráfica las Comunidades Autónomas donde más detenciones se han producido han sido en Andalucía, seguida de Madrid y la Comunidad Valenciana. En el polo opuesto tenemos a Navarra, La Rioja y Cantabria, que ofrecen los datos más bajos.

Pero se ha de tener claro, que estos datos corresponden sólo a las detenciones de los Cuerpos de Policía Nacional, y que tres Comunidades Autónomas tienen Policía Autonómica: País Vasco, Navarra y Cataluña, donde si se sumaran las detenciones entre ambos cuerpos esta estaría entre las tres Comunidades Autónomas con más detenciones.

Gráfico 3

DETENCIONES 2011 – 2012 POR LAS FYCSE⁵⁰⁸.



⁵⁰⁸ Fuente: DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual...ob. cit.* 2013.

Recogiendo los datos de 2011, podemos hacer una comparativa entre los años 2011 y 2012 (Gráfico 3), y así, establecer que el Cuerpo Nacional de Policía ha efectuado, a lo largo de 2011, un total de 275.737 detenciones sin que se pueda determinar cuántas personas han ingresado en calabozos. De ellas, 172.039 lo fueron por la presunta comisión de un delito, 13.274 por la presunta comisión de una falta y 90.424 por infracción a la Ley de extranjería.

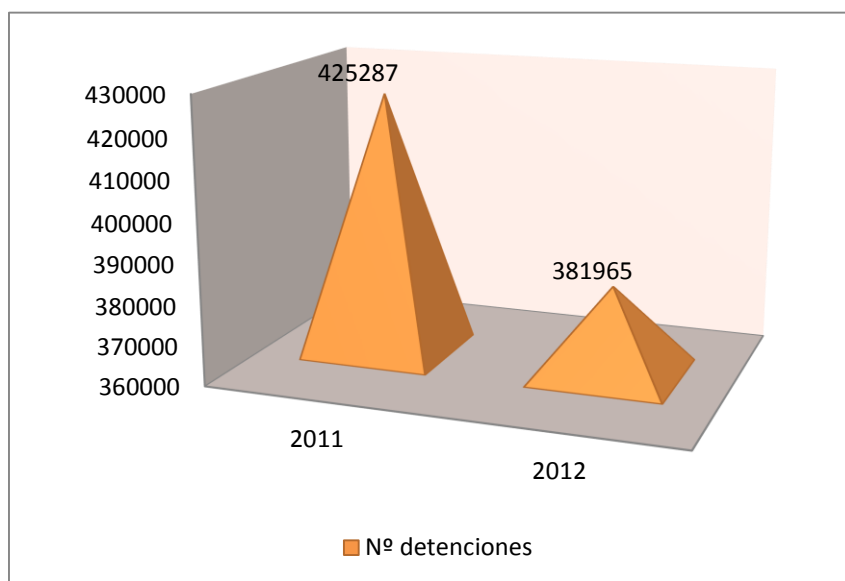
La Guardia Civil ha efectuado, a lo largo de 2011, un total de 79.267 detenciones que han supuesto ingreso en calabozos. Por su parte, la Ertzaintza ha efectuado, a lo largo de 2011, un total de 9.056 detenciones que han supuesto ingreso en calabozos. Por lo que se refiere a los Mossos d'Esquadra, los datos facilitados por la Consejería de Interior de la Generalitat de Cataluña se refieren a ingresos en dependencias de este cuerpo policial y dependencias de juzgados, así como a las detenciones realizadas por la Policía Local con ingresos en dependencias de los Mossos d'Esquadra, y es en total de 59.811 detenciones.

La Policía Foral de Navarra ha efectuado, a lo largo de 2011, un total de 1.416 detenciones que han supuesto ingreso en calabozos⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2011: *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*. Imprenta Nacional Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2012, pp. 45 - 53.

Gráfico 4

NUMERO DE DETENCIONES 2011 – 2012⁵¹⁰.



Por lo tanto, podemos constatar la bajada de detenciones del 2012 respecto al 2011 (Gráfico 4), ya que, durante el año 2012, según el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y las Policías Autonómicas el número de detenciones con ingreso en calabozos ha sido de 381.965, y en el año 2011, se originaron más de 425.287 detenciones.

VIII.9. EXTRADICIÓN, ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA, Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Las relaciones de España con otros Estados y con Organizaciones Internacionales necesariamente se han de apoyar en el Derecho. Por lo que a la ayuda en materia de Justicia respecta, ésta se concreta en convenios y acuerdos multilaterales y bilaterales de asistencia judicial. Esta asistencia se ha hecho más necesaria en los últimos años. La tanta veces nombrada “globalización” ha

⁵¹⁰ Fuente: DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe Anual...ob. cit.* 2013.

llegado también a la delincuencia, provocando una aceleración en la adopción de instrumentos internacionales dirigidos a luchar contra ella⁵¹¹.

España es un país que manifiesta un claro interés del auxilio judicial internacional en materia penal, por dos razones fundamentales. Por un lado tenemos el fenómeno de la criminalidad organizada que opera en el ámbito internacional, cuyo ejemplo más palpable es el tráfico de drogas⁵¹². Por otro lado, en nuestro país, el fenómeno terrorista perdura muchos años y es sabido, que algunos de los que cometen atentados terroristas se refugian en otros Estados para evitar ser descubiertos⁵¹³.

Llegado a este punto, es importante apuntalar que el mecanismo más relevante de auxilio judicial internacional en el ámbito penal es la extradición. Podemos hablar de dos modalidades por la que un país puede solicitar la extradición. Un primer caso sería cuando se pide la extradición para el cumplimiento de un apena ya impuesta, y un segundo caso en el que se solicita la extradición para que el sujeto reclamado sea sometido a juicio⁵¹⁴.

VIII.9.1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Extradición.

Antes de nada es preciso señalar que el Tribunal Constitucional sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humano conforme al cual, las vulneraciones de los derechos fundamentales cometidos o que fundadamente puedan cometer las Autoridades de un Estado extranjero son imputables a los órganos judiciales españoles si éstos autorizan la extradición sin remediarla o sin restablecer el derecho fundamental vulnerado.

⁵¹¹ ARANGÜENA FANEGO, C. *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: la Orden Europea de detención y entrega*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2005, pag. 23.

⁵¹² España es tanto un territorio de tránsito como un espacio de destino de sustancias estupefacientes.

⁵¹³ CUERDA RIEZU, A. *De la extradición a la euro orden de detención y entrega*. Edit. Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 2003, pag.14.

⁵¹⁴ Un caso de estas características se planteó al solicitar España en 1998 que el Reino Unido le entregara al Senador chileno Augusto Pinochet Ugarte.

Nuestro Tribunal Constitucional, asumió esta doctrina que se inicio con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de julio de 1989, asunto Soering⁵¹⁵, para todos los países requirentes.

El Tribunal Constitucional español se ha decantado por una solución muy similar a la adoptada por su homónimo alemán. Este hecho lo podemos ver en la STC 91/2000, de 20 de marzo (asunto Paviglianiti), ha creado en este nuevo contexto una nueva noción, la del contenido absoluto de los derechos fundamentales, más reducido que el del contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 de la CE. De este modo, sólo cuando las Autoridades extranjeras hayan lesionado o vayan a lesionar el contenido absoluto de uno de los derechos

⁵¹⁵ El demandante, Jens Soering, de nacionalidad alemana, fue detenido en 1986 en Inglaterra por el delito de estafa, junto con su compañera sentimental, de nacionalidad canadiense. En junio de ese año un "gran jurado" del condado de Bedford, Virginia (EE.UU), acusó a la pareja de haber asesinado a los padres de ella en dicho estado en marzo de 1985, de modo que el Gobierno de Estados Unidos solicitó la extradición de ambos en agosto de ese año, en aplicación del Tratado anglo-americano sobre extradición de 1972. En marzo de 1987, la República Federal de Alemania solicitó igualmente la extradición del recurrente, sobre la base de un Tratado celebrado con Gran Bretaña en 1872. Ante la imposibilidad de obtener, por parte del Reino Unido, el compromiso de que no sería condenado a la pena capital en caso de ser extraditado a Estados Unidos y declarado culpable, o al menos el compromiso de que la eventual pena capital no sería ejecutada, el demandante solicitó a las autoridades británicas que denegasen la petición estadounidense de extradición.

Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos suelen ser como Soering, escuetas y contundentes, pero llenas de repercusiones prácticas. El caso se ha convertido hoy en uno de los epicentros de la cooperación judicial internacional. Es una doctrina que permite exportar derechos fundamentales a otros ordenamientos. El dilema jurídico y moral al que antes hacíamos referencia tras Soering se resuelve del siguiente modo: no podemos colaborar con un proceso, extraditando a una persona, en el que existe un serio riesgo de que se vulneren derechos fundamentales. Concretamente, los Estados que aun aplican la pena de muerte o que por ejemplo en la lucha contra el terrorismo están dispuestos a saltarse las garantías básicas del derecho penal deben saber que los jueces europeos no van a colaborar con ellos. Pero no solo los jueces europeos utilizan Soering. Muy pronto su doctrina fue utilizada por los jueces canadienses para negarse la extradición a EEUU de personas que podían ser condenadas a muerte y fue acogida por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

fundamentales previstos en nuestra Constitución, los tribunales españoles deben abstenerse de declarar procedente la extradición, pues si lo hicieran, ellos mismos infringirían ya por esta razón la Constitución⁵¹⁶.

Respecto a la entrega de nacionales, la Audiencia Nacional ha autorizado la entrega de españoles, argumentando que tiene preferencia el Tratado sobre la ley, y como en este ámbito el art. 6.1 a) del Convenio europeo de extradición no prohíbe tajantemente la entrega de nacionales, esta hipótesis está permitida y no se declara el supuesto de prohibición prevista en la Ley de Extradición Pasiva⁵¹⁷.

El art. 6,1 a) del Convenio establece que: “Toda parte contratante tendrá la facultad de denegar la extradición de sus nacionales”. En cambio, la Ley de Extradición Pasiva prescribe en su art. 3.1 que: “No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales Españoles, según el Ordenamiento Nacional.

La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento Jurídico Español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición”.

El TC se ha ocupado de dos casos de españoles cuya extradición a Italia fue autorizada para ser juzgados por presuntos delitos de tráfico de drogas. Se trata de las SSTC 87/2000, de 27 de marzo (asunto Sánchez Ceresani) y 102/2000, de 10 de abril (asunto Sánchez Tolosa). Las dos resoluciones deniegan el amparo, y entienden que la extradición por España de estos españoles no vulnera la Constitución.

Como se puede ver en estas dos SSTC se ha tenido en cuenta, por un lado, que el Estado requirente era Italia, miembro del Consejo de Europa, que ha asumido su sometimiento al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en segundo lugar, que los delitos por los que se le quería enjuiciar en ese país eran relativos al tráfico de drogas, delitos de cuyo enjuiciamiento también Italia era competente, y por último, la circunstancia de que la disposición aplicada al

⁵¹⁶ CUERDA RIEZU, A. *De la...ob. cit.* 2003, pag. 14.

⁵¹⁷ Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.

procedimiento de extradición por la Audiencia Nacional había sido el Convenio Europeo de Extradición, que faculta, pero no obliga, a denegar la extradición de nacionales⁵¹⁸.

VIII.9.2. Orden Europea de detención y entrega.

En la Unión Europea no es suficiente la clásica asistencia judicial de naturaleza internacional. Suprimidas las fronteras interiores y dentro de una frontera exterior única de la Unión, que acota un vasto territorio que abarca desde el círculo polar ártico hasta el mar Egeo, y desde la frontera con Rusia hasta Portugal, los ciudadanos europeos tenemos muchas más oportunidades, pero también estamos sometidos a muchos más riesgos. Es por ello, que en el año 2013, la extradición judicial europea no es una aspiración, es una necesidad.

VIII.9.2.1. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002.

El instrumento elegido para poner en marcha la “euro-orden” ha sido una Decisión Marco⁵¹⁹. Es esta una nueva modalidad introducida por el Tratado de Ámsterdam en el Tratado de la Unión Europea. En 1997, a través de dicho Tratado, los Estados miembros acordaron impulsar la creación de un “Espacio de libertad, seguridad y justicia” que hiciera posible una protección jurídica transnacional de los ciudadanos europeos⁵²⁰.

El nuevo art. 34.2 del Tratado de la Unión precisa que las Decisiones Marco van dirigidas a la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

El mismo precepto aclara que la naturaleza de una de una Decisión Marco es la de obligar a los Estados en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los

⁵¹⁸ CUERDA RIEZU, A., *De la...ob. cit.* 2003, pp. 32 – 33.

⁵¹⁹ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la Orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

⁵²⁰ ARANGÜENA FANEGO, C. *Cooperación Judicial...ob. cit.* 2005, pag. 81.

medios. La norma indicada concluye señalando que las Decisiones Marco no tendrán efecto directo.

El Consejo Europeo de Tampere invitó a los Estados miembros a convertir el principio del reconocimiento mutuo en la “piedra angular” de un verdadero espacio judicial europeo⁵²¹.

La orden de detención europea propuesta por la Comisión tiene por objeto sustituir al sistema actual de extradición imponiendo a cada autoridad judicial nacional (autoridad judicial de ejecución) reconocer, ipso facto, y con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por la autoridad judicial de otro Estado miembro (autoridad judicial de emisión). A partir del 1 de enero de 2004 la Decisión Marco tuvo que sustituir a los textos existentes en la materia tales como:

- El Convenio europeo de extradición de 1957 así como el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1978 por lo que se refiere a la extradición.
- El Acuerdo de 26 de mayo de 1989 entre los 12 Estados miembros relativo a la simplificación de la transmisión de las solicitudes de extradición.
- El Convenio sobre la extradición simplificada de 1995.
- El Convenio sobre la extradición de 1996.
- Las disposiciones del acuerdo de Schengen que hacen referencia a esta materia.

Sin embargo los Estados miembros siguen siendo libres para aplicar y concluir acuerdos bilaterales o multilaterales en la medida en que faciliten o simplifiquen los procedimientos. La aplicación de estos acuerdos no debe en ningún caso perjudicar las relaciones con los otros Estados miembros que no forman parte del acuerdo.

Un rasgo característico de la Decisión Marco es la intención explícita de configurar la “euro-orden” como un instrumento de cooperación penal internacional sustancialmente dispar respecto a la extradición⁵²². Aunque el

⁵²¹ ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. *La orden de detención y entrega Europea*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 2006, pag. 39.

⁵²² ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. *La orden...ob. cit.* 2006, pag. 407.

objetivo sea el mismo (el traslado de un individuo de un Estado a otro distinto, para juzgarle o para que cumpla una pena o medida de seguridad ya impuestas), el fundamento, la base normativa y los procedimientos difieren entre sí.

En cuanto al fundamento, se ha de indicar que las implicaciones que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales determina en el sistema de la “euro-orden”.

Por lo que se refiere a la base normativa, la extradición suele estar fundamentada en convenios acordados libremente por la voluntad de los Estados, mientras que la “euro-orden” debe ser desarrollada obligatoriamente por los Estados de la Unión, de acuerdo con los criterios establecidos por la Decisión Marco.

En cuanto a los procedimientos, la “euro-orden” pretende superar la extradición, aspira a ser un instrumento jurídicamente diferente, un paso más hacia la colaboración cada vez más estrecha entre los Estados miembros en su labor de prevención o represión de la delincuencia⁵²³.

La decisión define la “orden de detención europea” como cualquier decisión judicial adoptada por un Estado miembro para la detención o la entrega por otro Estado miembro de una persona a efectos de:

- El ejercicio de actuaciones penales.
- La ejecución de una pena.
- La ejecución de una medida policial de privación de libertad⁵²⁴.

La orden será aplicable en los casos de una condena definitiva a una pena de cárcel o medida policial que tenga, al menos, una duración de 4 meses, o una infracción para la cual una pena de encarcelamiento o una policial superior a un año esté prevista⁵²⁵.

⁵²³ CUERDA RIEZU, A. *De la...ob. cit.* 2003, pp. 81 y 89.

⁵²⁴ RIVERA BEIRAS, I y CANO, F. *Privación de libertad y derechos humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional.* Edit. Icaria. Barcelona. 2008, pp. 93 – 94.

⁵²⁵ RODRÍGUEZ BENOT, A. *La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.* Revista española de Derecho Internacional, Vol. 54, nº 2. 2002, pp. 1053 – 1058.

VIII.9.2.2. *Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de detención y entrega.*

El día 13 de junio de 2002 se adoptó por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁵²⁶, primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

La presente Ley tiene por objeto cumplir con las obligaciones que la Decisión Marco establece para los Estados miembros, consistentes en la sustitución de los procedimientos extradicionales por un nuevo procedimiento de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme⁵²⁷.

Este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión, la orden europea de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que solicite la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta. De la misma forma, la autoridad judicial competente en España deberá proceder a la entrega cuando sea requerida por la autoridad judicial de otro Estado miembro⁵²⁸.

En aplicación del Título VI del tratado de la Unión Europea se aprobó la decisión marco del Consejo, relativo a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros. Destaca las siguientes especialidades:

1. La orden es una resolución judicial dictada por un estado miembro⁵²⁹.

⁵²⁶ DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002.

⁵²⁷ DE TOMÁS MORALES, S. y VAQUERO LAFUENTE, M. E. *El día de Europa: la Europa de los 25: contribuciones a las III Jornadas en conmemoración del Día de Europa de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 6 y 7 de mayo de 2004*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2005, pag. 51.

⁵²⁸ Exposición de motivos de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden europea de detención y entrega.

⁵²⁹ Art. 1.1 "La orden de detención europea (en adelante, la orden europea) 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

2. La autoridad de judiciales intervinientes son, autoridad judicial de emisión, que es el competente para dictar la orden, y la de ejecución, competente para ejecutar⁵³⁰, esto viene recogido en el art. 1.2⁵³¹.

3. En España solo se puede dictar para acciones penales con pena o medidas de seguridad privativas de libertad mayor o igual a 12 meses de condena (art. 5.1. a).

Las autoridades judiciales de emisión españolas podrán dictar una orden europea en el siguiente supuesto: “con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses”.

4. Están tasados los supuestos de denegación en el art. 12, la autoridad judicial de ejecución española rechazará la ejecución de la orden europea en los casos siguientes:

- Cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución española se desprenda que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro distinto del Estado de emisión, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena.
- Cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aun no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable

el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”.

⁵³⁰ En España son los Juzgados Centrales de Instrucción y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

⁵³¹ Art. 1.2 “A los efectos de esta Ley, se entiende por: *autoridad judicial de emisión*: la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden europea en virtud del derecho de ese Estado; y por *autoridad judicial de ejecución*: la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden europea en virtud del derecho de ese Estado”.

penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al derecho español.

- Cuando la persona reclamada haya sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se funda la orden europea y éste fuera perseguible por la jurisdicción española.

La autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea en los casos siguientes:

- Cuando se dé el supuesto previsto en el artículo 9.2⁵³²; no obstante, en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la orden europea por el motivo de que la legislación española no imponga el mismo tipo de tasas o de impuestos o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio que la legislación del Estado miembro emisor.
- Cuando la persona que fuere objeto de la orden europea esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea.
- Cuando se haya acordado el sobreseimiento libre en España por los mismos hechos.
- Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden europea haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales.
- Cuando la persona objeto de la orden europea haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya

⁵³² En los restantes supuestos no contemplados en el apartado anterior, siempre que estén castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo.

sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado de condena.

- Cuando la orden europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España.
- Cuando la orden europea contemple delitos que el ordenamiento jurídico español considere cometidos en su totalidad o en parte en el territorio español.
- Cuando la orden europea contemple delitos que se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y el ordenamiento español no permita la persecución de esos mismos hechos cuando se hayan cometido fuera del territorio español.

Cuando conforme a la legislación española el delito en que se funda la orden europea o la pena impuesta hubieran prescrito, si respecto de los hechos delictivos hubieran sido competentes para su persecución los tribunales españoles.

5. Se tramitara y ejecutara con carácter de urgencia⁵³³.

La detención y puesta a disposición de la autoridad judicial viene regulada en el art. 13 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de detención y entrega⁵³⁴.

La detención de una persona afectada por una orden europea de detención y entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la

⁵³³ Art. 19.1 "La orden europea de detención se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia".

⁵³⁴ Esta Ley esta acompañada de la Ley 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega, que reforma la Ley Orgánica del poder judicial para determinar el órgano competente en materia de ejecución de la orden europea de detención.

LECrim en el plazo máximo de 72 horas tras su detención⁵³⁵, la persona detenida será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Puesta la persona detenida a disposición de la autoridad judicial, ésta le informará de la existencia de la orden europea, su contenido, la posibilidad de consentir con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten. La detención de la persona reclamada será comunicada a la autoridad judicial de emisión por el Juzgado Central de Instrucción.

VIII.9.3. Protección de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico de la Euro-Orden.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵³⁶, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000, en su art. 19.1 establece la prohibición de las expulsiones colectivas, prohibición que ya venía recogida en el art. 4 del Protocolo número 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵³⁷, firmado por España el 23 de febrero de 1978.

⁵³⁵ ARANGÜENA FANEGO, C. *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2007, pag. 138.

⁵³⁶ La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁵³⁷ La Convención Europea de Derechos Humanos fue adoptada por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigor en 1953. El nombre oficial de la Convención es Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. Hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

El apartado 2 de este mismo artículo contiene el principio del non refoulement: “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a penas de tratos inhumanos o degradantes”

Este principio se inspira en la Doctrina del Tribunal de Derechos Humanos, iniciada con la sentencia de 7 de julio de 1989, en el caso Soering, doctrina que ha sido asumida por nuestro TC.

Asimismo la Carta eleva a la categoría de derecho fundamental autónomo el principio ne bis in idem, en el art. 50, en el que se declara que nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto a la cual ya había sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley⁵³⁸.

Si tenemos en cuenta la evolución de los instrumentos de cooperación internacional destinados a la entrega de personas a otro Estado que las persigue por motivos penales, cabe plantear la cuestión de si en materia de derechos fundamentales el régimen jurídico de la Euro-Orden es protector de los derechos fundamentales.

La Decisión Marco pretende alcanzar una mayor eficacia y simplificación en la entrega de personas, pero estos dos objetivos no se deben alcanzar en detrimento de las garantías que les protegen.

Esta idea se ve en el art. 1.3, donde se recuerda la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos también fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea.

Dicho art. expresa que: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos,

⁵³⁸ CUERDA RIEZU, A. *De la...ob. cit.* 2003, pp. 78 – 79.

libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales⁵³⁹.

El apartado 12 del Preámbulo de Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, insiste en esta idea y amplía manifestando que la “euro-orden”.

Así, en concreto, expresa que: “La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI.

Nada de lo dispuesto en la presente Decisión Marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando exista razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones.

La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho aun proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios”.

⁵³⁹ ESCRIBANO ÚBEDA – PORTUGUÉS, J. *Quince años de construcción de la Unión Europea a través de sus tratados (1992 – 2007)*. Edit. Liber Factory. Madrid. 2008, pp. 98 – 99.

Esta voluntad de proteger los derechos fundamentales queda reforzada por la circunstancia de que la decisión última sobre la orden es siempre judicial (arts. 1.1 y 15.1⁵⁴⁰), de modo que la actividad de los órganos administrativos va dirigida exclusivamente a colaborar con Jueces y Tribunales.

Por lo que se refiere a España, el art. 24.1 de la CE garantiza como derecho fundamental la tutela judicial efectiva, lo que implica que tales Jueces y Tribunales tienen que hacer una labor positiva, de prestación del servicio de la Justicia hacia los ciudadanos en su conjunto y también, por lo tanto, a las personas sobre las que pesa una orden de detención europea, aunque sean extranjeras⁵⁴¹.

Cuando la persona buscada es detenida objeto de la “euro-orden” tiene una serie de derechos como:

1.- El de ser oído ante la autoridad judicial. Así, el art. 11.1. del Acuerdo Marco precisa que: “Cuando una persona buscada sea detenida, la autoridad judicial de ejecución competente informará a dicha persona, de conformidad con su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención europea, de su contenido, así como de la posibilidad que se le brinda de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora”.

Así, el art. 11.2 expresa que: “Toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución”.

Precisa también la Decisión Marco en su art. 18. 1. a) que: “Cuando se haya emitido una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales, la autoridad judicial de ejecución deberá: bien aceptar que se tome la declaración a la persona buscada con arreglo al artículo 19⁵⁴²”.

⁵⁴⁰ La autoridad judicial de ejecución decidirá la entrega de la persona, en los plazos y condiciones definidos en la presente Decisión marco.

⁵⁴¹ CUERDA RIEZU, A. *De la...ob. cit.* 2003, pp. 105 – 106.

⁵⁴² Toma de declaración de la persona en espera de la decisión. La toma de declaración de la persona buscada la realizará una autoridad judicial asistida por cualquier otra persona designada de conformidad con el Derecho del Estado miembro del órgano

La audiencia ante la autoridad judicial esta prevista en el art. 14 asimismo cuando la persona buscada no consiente su entrega⁵⁴³.

2.- Asistencia por letrado y, si fuese necesario un interprete. En el momento de la detención la persona objeto de la orden europea de detención tiene derecho a ser asistida tanto a un abogado como, si fuese necesario a un interprete⁵⁴⁴, estos derechos vienen regulados en el art. 11.2.

También se prevé la asistencia de abogado cuando la persona buscada consiente la entrega. Este derecho se puede aplicar en los siguientes supuestos; bien antes de la entrega⁵⁴⁵, bien después de la misma⁵⁴⁶ o bien en supuestos de reentrega a otro Estado miembro.

En cualquier caso, expresa el art. 28.2 que será posible, sin el consentimiento del Estado miembro de ejecución entregar, a una persona, que haya sido

jurisdiccional solicitante. La toma de declaración de la persona buscada se realizará con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución y en las condiciones determinadas de común acuerdo entre las autoridades judiciales emisora y de ejecución. La autoridad judicial de ejecución competente podrá designar otra autoridad judicial del Estado miembro de que depende para que participe en la toma de declaración de la persona buscada con el fin de garantizar la correcta aplicación del presente artículo y las condiciones establecidas.

⁵⁴³ Cuando la persona detenida no consienta en su entrega, tal como se menciona en el artículo 13, tendrá derecho a ser oída por la autoridad judicial de ejecución, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución.

⁵⁴⁴ Así, el art. 11.2. "Toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución".

⁵⁴⁵ Art. 13.2. " Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consentimiento y, en su caso, la renuncia contemplados en el apartado 1 se obtengan en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha formulado voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona buscada tendrá derecho ala asistencia de un abogado".

⁵⁴⁶ Art. 27.3.f "cuando la persona hubiere renunciado expresamente, después de la entrega, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su entrega. La renuncia se efectuará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta de la misma con arreglo al Derecho interno de éste. La renuncia se efectuará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona tendrá derecho a la asistencia de un abogado".

entregada al Estado miembro emisor en ejecución de una orden de detención europea, a otro Estado miembro distinto del de ejecución de conformidad con una orden de detención europea emitida por otra infracción cometida antes de su entrega, en los casos siguientes:

- A. Si la persona buscada, habiendo tenido ocasión de abandonar el territorio del Estado al que hubiere sido entregada, no lo hiciere en el plazo de 45 días desde su puesta en libertad definitiva, o hubiere regresado a dicho territorio después de abandonarlo.
- B. Si la persona buscada hubiere consentido en ser entregada a otro Estado miembro distinto del Estado miembro de ejecución en virtud de una orden de detención europea. El consentimiento se dará ante la autoridad judicial competente del Estado miembro emisor, y se levantará acta del mismo con arreglo al Derecho interno de éste. El consentimiento se dará en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha hecho voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Con este fin, la persona buscada tendrá derecho a la asistencia de un abogado.
- C. Si la persona buscada no se acoge al principio de la especialidad, de conformidad con lo dispuesto en las letras a), e), f) y g) del apartado 3 del artículo 27.

3.- Limite temporal de la detención y prisión provisional. Este punto es un tema muy sensible respecto a la perspectiva de los derechos fundamentales. En materia relativa a la privación de libertad impuesta como medida cautelar para asegurar la entrega, la Decisión Marco no distingue entre la detención preventiva y la prisión provisional, pero en nuestra Constitución se diferencia entre ambas con bastante nitidez, sometiéndolas a distintas garantías y plazos. Es por ello que habrá que acudir a una distinción material entre ambas medidas cautelares, con el objeto de diferenciar correctamente entre una y otra dentro del régimen de la orden de detención europea, de modo que no se vulnere la Constitución mediante la

técnica de olvidar o desconocer las garantías que corresponden a cada una de ellas⁵⁴⁷.

4.- Garantías en las condenas dictadas en rebeldía. A este respecto, la Decisión Marco ha tenido en cuenta la reacción del TC español ante las sentencias dictadas en rebeldía en nuestro país. De este modo, la Decisión Marco permite, pero no impone que la ejecución de la orden de detención europea quede supeditada al cumplimiento de ciertas garantías⁵⁴⁸, esto, viene regulado en el art. 5.1.

5.- Cadena o medida de seguridad a perpetuidad. Viene regulado en el art. 5.2 de la decisión marco⁵⁴⁹, en el que existe la posibilidad de condicionar la entrega de la persona buscada cuando la infracción que motiva la “euro-orden” esta castigada con cadena o medida de seguridad a perpetuidad. Esta posibilidad de condicionar la entrega viene regulada en la Constitución de la República de Portugal, que prohíbe las penas perpetuas⁵⁵⁰.

6.- Non-refoulement⁵⁵¹. Este principio aparece reflejado en el apartado 13 del Preámbulo de la Decisión Marco, en el se señala que: “nadie podrá ser devuelto,

⁵⁴⁷ CUERDA RIEZU, A. *De la...ob. cit.* 2003, p 107.

⁵⁴⁸ Art. 5.1. “ cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y en lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada el rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora de garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista”.

⁵⁴⁹ Cuando la infracción en que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido a menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida.

⁵⁵⁰ FONSECA MORILLO, F. J. *La orden de detención y entrega europea*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 14, 2003, pag. 77.

⁵⁵¹ El término non-refoulement, o no devolución, deriva del término francés refouler, que quiere decir “empujar hacia atrás, hacer retroceder a las personas”. En el ámbito de la

expulsado o extraditado aun Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Para concluir es preciso matizar que la Decisión Marco ha de respetar los derechos fundamentales de las personas detenidas. Estos derechos que tradicionalmente han sido reconocidos a la persona reclamada en la extradición también han de ser respetados en la “euro-orden”. Es preciso matizar que la Decisión Marco cumple con las exigencias de nuestra Constitución, de la doctrina del TC y el control jurisdiccional.

extranjería implica la reconducción sumaria a la frontera de quienes se ha descubierto su entrada ilegal, así como la denegación sumaria de admisión a quienes no poseen documentación válida. Es un proceso distinto de la expulsión y de la extradición.

Si bien generalmente se admite que la norma que impide devolver a un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corran peligro es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, y como tal obligatoria para todos los Estados de la comunidad internacional, la norma ha sido también plasmada en diversos tratados internacionales. En efecto, el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que tiene su precedente en los artículos 3.2. de la “Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados” de 28 de octubre de 1933, y el artículo 5.3 a) de la “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados procedentes de Alemania”, de 10 de febrero de 1938, recoge la prohibición de devolución de refugiados en los siguientes términos: “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

IX. LA PRISIÓN PROVISIONAL

IX. LA PRISIÓN PROVISIONAL.

En nuestra Constitución, España se configura como un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que la libertad personal se propugna no sólo como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, sino además como un derecho fundamental, reconocido en el art. 17.

Nuestra propia Constitución establece las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1, de modo que “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” o, como interpretó el TC desde sus inicios: “El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la Ley: en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita⁵⁵²”.

Dentro de los límites que le marcan la Constitución y los Tratados internacionales, es la que regula los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional, siendo uno de ellos el de la prisión provisional acordada como medida cautelar, de carácter personal, conforme lo dispuesto en los arts. 502 y siguientes de la LECrim⁵⁵³.

La prisión provisional constituye un elemento relevante como instrumento del Estado de derecho para dotarse de un conjunto de medidas que garanticen la seguridad ciudadana y la efectividad de la lucha contra la criminalidad.

En este sentido cobra especial relevancia la figura de la prisión provisional en cuanto medida cautelar de carácter personal que se traduce en una privación del derecho a la libertad y que forma parte del deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano⁵⁵⁴.

La prisión provisional es una medida excepcional que sólo se debe aplicar en casos excepcionales. Así lo ha declarado el TC cuando manifiesta que “hemos

⁵⁵² SSTC 241/1994, de 20 de julio y 121/2003, de 16 de junio.

⁵⁵³ MARTÍNEZ GALINDO, G. *La prisión provisional*. Edit. La Ley. Revista La Ley Penal, nº 13, Sección Estudios. 2005.

⁵⁵⁴ STC 41/1982, de 2 de julio.

exigido que la decisión judicial por la que se decreta la prisión provisional de un imputado venga expresamente motivada por la necesidad de dicha medida para lograr los fines anteriormente expuestos, debiendo ser acordada por medio de Auto motivado en el que se hagan explícitas las razones que han llevado al órgano judicial a la imposición de tal medida⁵⁵⁵.

Además, el TC recoge que "...tratándose de una medida que afecta al derecho a la libertad del art. 17.1 CE la jurisprudencia constitucional viene exigiendo una motivación reforzada, como siempre que las medidas consideradas pongan en cuestión un derecho sustantivo cuyo sacrificio, incluso a favor de fines constitucionalmente legítimos, exige una cuidadosa ponderación⁵⁵⁶".

IX.1. CONCEPTO DE PRISIÓN PROVISIONAL.

Tal y como propugna nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos), puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral⁵⁵⁷.

Según el TC: "La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que quedará así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente.

Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (art.529), debiendo el inculcado prestar obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren

⁵⁵⁵ STC 191/2004, de 2 de noviembre.

⁵⁵⁶ STC 62/2005, de 14 de marzo.

⁵⁵⁷ GIMENO SENDRA, V. *La prisión provisional y el derecho a la libertad*. Edit. La Ley. Diario La Ley, Sección Doctrina, Tomo 6. 1996.

señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa⁵⁵⁸".

Esta regulación es la plasmación de la doctrina del supremo intérprete de la Constitución, en el sentido de que rige, tanto en su adopción como en su mantenimiento, el principio de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertate*, formulaciones que vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen⁵⁵⁹.

Entre los principios de la prisión provisional están la legalidad y la jurisdiccionalidad⁵⁶⁰:

- Legalidad. Al igual que sucede con la limitación de cualquier derecho fundamental, la restricción de la libertad en el proceso penal debe estar prevista legalmente. Pero esta exigencia no se limita a la necesidad de existencia de una norma con rango de ley, sino que va más allá.

Los derechos fundamentales, como expresa el art. 53 de la CE, son directa y plenamente aplicables sin necesidad de desarrollo alguno; la ley que los regula, pues, asume la consideración de ley de límites en un doble sentido: por un lado, porque expresamente determina los inherentes al derecho, de manera que no caben otros que los expresamente previstos y, por otro lado, porque establece el margen de actuación del Estado que no puede ir más allá, en su función represora, de los límites establecidos en la norma.

En suma, toda ley de desarrollo de un derecho fundamental es una ley de límites, no de declaración o autorización de derechos, característica ésta que tiene importantes repercusiones prácticas no siempre suficientemente entendidas.

- Jurisdiccionalidad. Toda limitación del derecho a la libertad operada en el proceso penal, distinta de la detención gubernativa o la efectuada por

⁵⁵⁸ STC 85/1989, de 10 de Mayo.

⁵⁵⁹ MARTÍNEZ GALINDO, G. *La prisión... ob. cit.* 2005.

⁵⁶⁰ ASECIO MELLADO, J. M. *Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003.* En ASECIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. *Nuevos retos de la justicia penal*, Edición nº 1. Edit. La Ley. Madrid. 2008.

particulares, ha de ser ordenada por la autoridad judicial conforme a las normas orgánicas y procesales que sean de aplicación.

Además, la prisión provisional es concebida como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan⁵⁶¹. De ahí que los caracteres de la prisión provisional sean los siguientes:

- Excepcionalidad. La Exposición de Motivos, apartado II, de la LO 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la LECrim, declara que “La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción⁵⁶²”.

- Subsidiariedad. Este carácter viene reflejado en el propio art. 504.2 de la LECrim cuando se dice que “La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria” y cuando “No existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines⁵⁶³”.

- Proporcionalidad. Según la STC 69/1999, de 26 de abril, la estructura del juicio de proporcionalidad “Pasa por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto”.

A estos fines, se señala por el TC que, para analizar la admisibilidad jurídica de una determinada decisión, debe atenderse al “dato de si la ponderación entre fines a alcanzar..., el medio empleado... y el derecho afectado... resultó o no efectivamente proporcionada”.

El principio de proporcionalidad, según apartado II de la Exposición de Motivos de la LO 13/2003, de 24 de octubre exige, “La adecuación de la prisión provisional a determinados fines», lo que significa «que no toda finalidad justifica la privación de libertad del imputado o acusado durante un proceso penal, sino

⁵⁶¹ SSTC 82/2003, de 5 de mayo, 121/2003, de 16 de junio y 81/2004, de 5 de mayo.

⁵⁶² RUILOBA ALVARIÑO, J. *El convenio...ob. cit.* 2005, pag. 371.

⁵⁶³ SAAVEDRA RUIZ, J. *Ley de...ob. cit.* 2010, pag. 358.

que esta drástica medida sólo es admisible para la consecución de ciertos fines constitucionalmente legítimos”.

Además, la proporcionalidad pretende, también, “Que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida (proporcionalidad en sentido estricto⁵⁶⁴)”.

Por lo tanto, la proporcionalidad supone la necesidad de realizar un adecuado juicio de ponderación entre las gravosas consecuencias que puede generar para una persona la adopción de la prisión provisional, en atención a sus concretas circunstancias, y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso⁵⁶⁵.

- Temporalidad y provisionalidad. Estas dos características de la prisión se refieren a la perdurabilidad de la medida y suponen que la prisión provisional tiene un plazo máximo limitado de duración, como se verá en el posteriormente (apartado IX.2), mientras persistan las circunstancias que motivaron en su día su adopción, por lo que se trata de una medida flexible y variable que puede ser sustituida en cualquier momento por otra menos gravosa⁵⁶⁶.

Por lo tanto, podemos afirmar que esta institución, como medida cautelar que constituye una de las restricciones a la libertad, y que se prevé en todas las legislaciones penales modernas y en las normas fundamentales de la Unión Europea (arts. 8 a 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 9 y 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales), puede ser definida, como hizo mi maestro, Carlos *García Valdés*, como: “El encarcelamiento que, ordenado por la autoridad judicial, sufre el procesado durante la instrucción sumarial y con anterioridad al fallo sentenciador firme⁵⁶⁷”.

⁵⁶⁴ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El convenio europeo...ob. cit.* 2005, pag. 371.

⁵⁶⁵ IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica...ob. cit.* 2011, pag. 215.

⁵⁶⁶ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El convenio...ob. cit.* 2005, pag. 371.

⁵⁶⁷ GARCÍA VALDÉS, C. *Reflexiones sobre la prisión provisional*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVII, nº 47. 1973, pag. 415.

IX.1.1. Presupuestos de la prisión provisional.

La naturaleza jurídica de la prisión provisional en nuestro ordenamiento hay que reconducirla a *la de las medidas cautelares* penales de naturaleza personal⁵⁶⁸. Por lo tanto, la prisión provisional participa de todas y cada una de las notas que configuran a las medidas cautelares. Así, concurren, en primer lugar los presupuestos propios de tales medidas, como lo son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*⁵⁶⁹.

El *fumus boni iuris*, o apariencia de título del buen derecho de todas las medidas cautelares en el proceso penal, consiste siempre en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del imputado en el hecho punible⁵⁷⁰. Las especialidades que plantea este juicio de imputación en la prisión provisional son dos:

- Desde un punto de vista formal es necesario, en primer lugar, que exista algo más que un indicio racional de criminalidad⁵⁷¹. La prisión provisional exige: no sólo que exista constancia del hecho, sino también que el Juez tenga motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado. Para disponer la prisión provisional no sólo se requiere un juicio de imputación, sino, además, que no se acredite la concurrencia de alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal.

- No es suficiente la imputación de cualquier delito o contravención, sino de un delito grave, castigado con pena privativa superior a dos años⁵⁷².

El criterio de la imputación ha de ser conjugado con el *periculum in mora* o peligro en el retardo a la hora de dictar sentencia que, en el proceso penal, se subsume en el peligro de fuga del imputado⁵⁷³.

⁵⁶⁸ SSTC 41/1982, 32/1987, 117/1987, 85/1989, 3/1992 y 60/1995.

⁵⁶⁹ GIMENO SENDRA, V. *La prisión provisional...*ob. cit. 1996.

⁵⁷⁰ GARROCHO SALCEDO, A. M. *El consentimiento de la víctima de violencia doméstica en relación con las penas y medidas de alejamiento*. En CONGRESO INTERNACIONAL DE JÓVENES INVESTIGADORES EN CIENCIAS PENALES. *Temas actuales de investigación en ciencias penales*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2011, pag. 118.

⁵⁷¹ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso...*ob. cit. 2007, pag. 130.

⁵⁷² RIVERA BEIRAS, I. y CANO, F. *Privación de...*ob. cit. 2008, pag. 130.

⁵⁷³ ANGULO ARIZA, F. S. y PARRA ARANGUREN, F. I. *Temas de derecho procesal*:

Sin fundada sospecha del peligro de fuga del imputado nunca puede justificarse la prisión provisional⁵⁷⁴, pues su finalidad esencial consiste, como se ha reiterado, en asegurar la futura presencia del acusado a la llamada a la celebración del juicio oral⁵⁷⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico mantiene motivos de adopción de la prisión provisional que distorsionan gravemente la naturaleza cautelar de esta medida. De entre ellos destaca el *peligro de alteración del orden público o alarma social*, de orígenes ciertamente muy espurios, pero que permanecen anclados en nuestro ordenamiento.

Siguiendo a Gimeno Sendra sería inconstitucional que la sola alarma social ocasionada por el delito pudiera llegar a desplazar el peligro de fuga, pues, por muy respetables que sean los sentimientos sociales de *vindicta*, la prisión provisional no está concebida como una pena anticipada que pueda cumplir fines de prevención, sino exclusivamente para asegurar la presencia del imputado⁵⁷⁶.

Es por ello, que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, si bien no ha llegado a declarar contraria al Convenio Europeo de los Derechos Humanos este motivo de alteración del orden público, sí que ha llamado la atención del Juez a fin de que extreme su celo a la hora de revisar de oficio la permanencia en el tiempo, disponiendo la libertad del preso tan pronto como haya desaparecido aquella alteración⁵⁷⁷.

Similar doctrina ha consagrado el Tribunal Constitucional español a la hora de señalar que el transcurso del tiempo en prisión provisional disminuye el peligro de fuga y que los requisitos extracautelares exigidos en el momento inicial de la adopción han de revisarse permanentemente, pues el transcurso del tiempo

libro homenaje a Félix S. Angulo Ariza, Vol. 1. Edit. Tribunal Supremo de Justicia. 2003, pag. 617.

⁵⁷⁴ GIMENO SENDRA, V. *La prisión...ob. cit.* 1997, pag. 151.

⁵⁷⁵ GIMENO SENDRA, V. *La prisión...ob. cit.* 1997, pag. 151.

⁵⁷⁶ GIMENO SENDRA, V. *La prisión provisional...ob. cit.* 1996.

⁵⁷⁷ Sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos *Letellier*, de 26 de junio de 1991, *Kemmache*, de 27 de noviembre de 1991 y *Tomasi*, de 27 de agosto de 1992.

hace modificar estas circunstancias, lo que aconseja reexaminar el peligro de fuga⁵⁷⁸.

IX.2. REQUISITOS PARA DECRETAR LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Establece el artículo 502.1 de la LECrim que podrá decretar la prisión provisional el órgano instructor (juez o magistrado), el que forme las primeras diligencias así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.

Continúa el precepto estableciendo una serie de criterios o requisitos que podríamos denominar informadores sin perjuicio de los criterios más específicos que se determinan en el art. 503. Así, el párrafo segundo del artículo que comentamos recoge criterios de objetividad y subsidiariedad⁵⁷⁹.

En cuanto al primer criterio que establece que la medida sea objetivamente necesaria en relación a los criterios que se establecen en el art. 503 y, por lo que respecta al segundo, debe adoptarse la medida de prisión provisional siempre que no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad⁵⁸⁰.

El art. 502.3 instaura que el juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta⁵⁸¹.

Finaliza el precepto en su párrafo cuarto estableciendo dos supuestos que excluyen la adopción de tal medida. Así, no se adoptará cuando se concluya que el hecho no es constitutivo de delito o que se cometió al amparo de una causa de justificación contemplada en el Código Penal⁵⁸².

Los requisitos más específicos y esenciales para poder decretar la prisión preventiva los encontramos en el artículo 503 de la LECrim, redactado por el

⁵⁷⁸ SSTC 128/1995, 14/1996, 37/1996 y 62/1996.

⁵⁷⁹ MENDO ESTRELLA, A. *La reforma y la contrarreforma de la prisión provisional*. Edit. La Ley, nº 5998, Sección Doctrina, Año XXV, Ref. D-88. 2004.

⁵⁸⁰ DAMIÁN MORENO, J. *El derecho y su garantía jurisdiccional*. Edit. Reus. Madrid. 2010, pp. 174 - 179.

⁵⁸¹ FERRAJOLI, L. y SOTTAS, E. *Privación de...ob. cit.* 2008, pag. 125.

⁵⁸² DAMIÁN MORENO, J. *El derecho...ob. cit.* 2010, pag. 179.

artículo primero de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional.

Podemos dividir los referidos requisitos en cuantitativos, indiciarios y teleológicos⁵⁸³. Los requisitos cuantitativos se recogen en el párrafo 1º del art. 503 y hacen referencia a la penalidad del hecho presuntamente delictivo.

Establece el art. 503 de la LECrim que la prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurran los siguientes requisitos:

1º. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso⁵⁸⁴.

La razón de este límite no es otra que evitar la privación de libertad en aquellos casos en que, conforme con lo establecido en los arts. 80, 81 y 88 del CP fuera de aplicación una medida sustitutiva de la pena privativa de libertad, en cuyo caso la prisión provisional constituiría una medida excesivamente gravosa⁵⁸⁵.

2º. En cuanto al requisito indiciario éste no ha sufrido ninguna modificación pues el que hoy se contempla en el párrafo 2º del art. 503 es el que literalmente prescribía el párrafo 3º de la regulación derogada, a saber: "Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión⁵⁸⁶".

3º. En el párrafo tercero donde se recogen los requisitos que hemos denominado *teleológicos* que suponen una novedad en cuanto a la regulación anterior pero, al mismo tiempo, son un reflejo de la doctrina jurisprudencial que

⁵⁸³ MENDO ESTRELLA, A. *La reforma...*ob. cit. 2004.

⁵⁸⁴ RUGGERI, S. *Liberty and Security in Europe: A Comparative Analysis of Pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*. Edit. Universitätsverlag Osnabrück. Osnabrück. 2012, pag. 166.

⁵⁸⁵ ASECIO MELLADO, J. M. *Notas sobre...*ob. cit. 2008.

⁵⁸⁶ SAAVEDRA RUIZ, J. *Ley de...*ob. cit. 2010, pag. 355.

el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, había venido sentando desde sus primeras sentencias referentes a la privación de libertad.

Estos requisitos son que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

- Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona imputada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.

Respecto al tema que nos trata, el TC estableció que para valorar adecuadamente el riesgo de fuga, debe tomarse en consideración no sólo la gravedad del delito y la pena sino que además, hay que conjugar a la vez la importancia que tienen las circunstancias personales del imputado en cuanto suponen una disminución o incluso anulación de ese riesgo de fuga⁵⁸⁷.

- 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. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

⁵⁸⁷ STC 128/1995, de 26 de julio.

Dice: “En primer lugar, que al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga –y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a la mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia.

Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio –de aplicación objetiva y puramente mecánica- a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculpado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc...-, como a las que concurren en el caso enjuiciado (Sentencias del T.E.D.H. de 27 de junio de 1968, Caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter; de 10 de noviembre de 1969, Caso Stögmüller; de 26 de junio de 1991, caso Letellier, de 27 de agosto de 1992, Caso Tomasi; de 26 de enero de 1993, Caso W. contra Suiza⁵⁸⁸)”.

Por lo tanto, para determinar si existe un posible peligro de fuga, el juez ha de tener en cuenta no sólo la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado y la inminencia de la celebración del juicio oral, sino también, su situación familiar, laboral y económica.

- Evitar que el imputado pueda actuar 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.

⁵⁸⁸ SSTC 37/1996, de 11 de marzo; 62/1996, de 15 de abril; 165/2000, de 1 de junio; 304/2000, de 11 de diciembre; 8/2002, de 14 de enero.

También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

IX.3. TIEMPO Y FORMA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

La Constitución española sólo contempla como garantía general la reserva de ley del art. 17.4 cuando establece que: “Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”, siendo la legislación de desarrollo quien regula esta figura.

Este precepto, como advierte el TC, no puede deducirse que el derecho a la libertad se convierta para este caso en derecho de configuración legal: la prisión provisional ha de contemplarse a la luz de los valores superiores del art. 1.1 CE y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE⁵⁸⁹⁵⁹⁰.

IX.3.1. Tiempo de la prisión provisional.

La Constitución señala que los plazos máximos de prisión provisional estarán establecidos mediante ley, lo que se ha desarrollado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 503, 504 y 505).

⁵⁸⁹ BELDA PÉREZ - PEDRERO, E. *El derecho a la libertad y a la seguridad personal*. Parlamento y Constitución. Anuario, Nº 3. Castilla la Mancha. 1999, pag. 232.

⁵⁹⁰ SSTC 41/82 de 2 de julio y 158/96 de 20 de junio.

Los criterios seguidos consisten en la fijación del tiempo máximo de prisión provisional de acuerdo con las penas previstas para el delito que se imputa, así como el carácter de dicho delito y la alarma social que provoque.

La prisión habrá de ser dictada por el Juez de forma motivada y deberá ser acorde con los fines de la medida⁵⁹¹, además de ponderar las circunstancias personales del procesado⁵⁹²; sin que baste, pues, la alarma social o el carácter del delito para decretar la prisión⁵⁹³, debiendo optar por otro tipo de medidas menos restrictivas cuando de ese modo se garantice la presencia en el juicio del encausado, pues no hay que olvidar que la prisión provisional es una medida de carácter cautelar.

Se admitirá prórroga de la prisión provisional sólo de autorizarse mediante resolución judicial motivada, siempre que no supere el plazo máximo fijado⁵⁹⁴. En caso de acumulación de sumarios, el tiempo de prisión provisional no podrá estipularse por cada delito por separado⁵⁹⁵.

Además, en la imposición de este tipo de medidas se aplicará la ley más favorable al preso, cuando una disposición posterior imponga un plazo de prisión provisional más elevado que una anterior⁵⁹⁶.

El primer límite temporal de la prisión provisional está establecido por la determinación legal del plazo máximo de duración de esta medida cautelar, lo que implica que aunque subsistan los motivos por los que dicha medida fue adoptada deberá existir un límite temporal, como exige el inciso segundo del art. 17.4 de nuestra Carta Magna, al establecer que por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional⁵⁹⁷.

Con este precepto se ofrece una garantía de seguridad jurídica a los ciudadanos, de forma que el afectado por dicha medida cautelar conozca el límite

⁵⁹¹ SSTC 14/2000, de 17 de enero; 165/2000, de 12 de junio; 26/2008, de 11 de febrero y 122/2009, de 18 de mayo.

⁵⁹² STC 33/1999, de 8 de marzo.

⁵⁹³ STC 47/2000, de 17 de febrero.

⁵⁹⁴ STC 72/2000, de 13 de marzo.

⁵⁹⁵ STC 147/2000, de 29 de mayo.

⁵⁹⁶ SSTC 117/1987, de 8 de julio; 88/1988, de 9 de mayo.

⁵⁹⁷ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso...ob. cit.* 2007, pag. 142.

temporal de restricción de su derecho a la libertad y, por otro lado, se consigue evitar dilaciones indebidas en los procesos penales, ya que la determinación de un plazo legal máximo de prisión provisional tiene por objeto que los órganos jurisdiccionales reduzcan el tiempo de tramitación de las causas penales con preso⁵⁹⁸.

A través del mandato constitucional del art. 17.4, el art. 504 de la LECrim establece los diversos supuestos de duración máxima y su cómputo teniendo en cuenta la exigencia de proporcionalidad. Estos límites son los siguientes:

1º. Tal y como recoge el art. 504.2 pfo. 1º de la LECrim⁵⁹⁹ cuando se trate de evitar riesgos de fuga, de ataques a bienes jurídicos de la víctima o de reiteración delictiva:

- El plazo máximo será de un año, si la pena prevista fuera igual o inferior a tres años, ampliable mediante una única prórroga hasta 6 meses más, si el preso no pudiese ser juzgado en el plazo del año.
- De dos años, si la pena fuera superior a tres años ampliable mediante una única prórroga hasta otros 2 años más.

2. Cuando la prisión provisional se decreta para evitar la ocultación, alteración, destrucción de fuentes de prueba, o de influir sobre testigos, peritos, u otros inculcados, según establece el art. 504.3 de la LECrim, su máximo es de 6 meses.

En caso de condena y de recurso la prisión provisional puede prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia. Las disposiciones contenidas en ambos párrafos del art 504.2 LECrim han de integrarse en una interpretación sistemática de los mismos, para evitar que resulte más perjudicial para el imputado la prisión provisional antes de dictarse sentencia que en el supuesto de que la misma se hubiere dictado, y por tanto, hubiere adquirido el *fumus boni iuris* una especial fuerza⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ STC 23/2004, de 23 de febrero.

⁵⁹⁹ Párrafo 1º del número 2 del artículo 504 redactado por la letra e) del número 1 de la disposición final primera de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶⁰⁰ STC 62/1996, de 15 de abril.

Según el artículo 58.1 del CP “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa⁶⁰¹”.

Con este artículo se da respuesta a los supuestos de concurrencia en el tiempo de dos situaciones de prisión provisional, recogiendo la redacción propuesta por el Tribunal Supremo en su sentencia 414/2010, de 17 de marzo⁶⁰² añadiendo, para evitar cualquier género de duda, que “en ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

IX.3.2. Simultaneidad de causa penada y prisión provisional.

La Sala de lo Penal de nuestro Alto Tribunal, considera que tras la reforma del Artículo 58 operada por la Ley 5/2010, ya no será abonable el periodo de prisión preventiva que sea coincidente con el de cumplimiento; ya que el Art. 58 pese a estar comprendido dentro de una norma sustantiva como es el CP tiene un

⁶⁰¹ Número 1 del artículo 58 redactado por el apartado decimoséptimo del artículo único de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶⁰² Cuestión distinta es la coincidencia en el tiempo de dos o más prisiones provisionales acordadas en causas distintas» caso no contemplado «ni resuelto en la STC 57/2008, que analiza la finalidad primordial y la distinta funcionalidad que tienen la medida cautelar y el cumplimiento de la pena», y afirma que «puede sostenerse que las prisiones provisionales simultáneas realmente solo conllevan una privación de libertad única, y la pluralidad de las mismas no deja de ser a estos efectos meramente formal o, incluso, precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un Juzgado y no por otro u otros» y que, «en consecuencia, no es posible computar doblemente la prisión provisional cuando ya ha sido aplicada en la causa en la que se acordó o, en su caso, en otra causa distinta, de conformidad con las previsiones contenidas en la redacción anterior y actual del art. 58 CP, según la LO 15/2003.

marcado carácter procesal, por lo tanto, se produce con ello, una separación con el TC, tal y como expresó el TC⁶⁰³.

En STS 413/2012, de 17 de mayo, concretamente, en el fundamento jurídico tercero expresa la motivación de la decisión adoptada, siendo el siguiente:

"Tercero.- Para resolver la cuestión planteada, hemos de partir de la naturaleza jurídica que debemos conferir al contenido del art. 58 del Código Penal , que ordena el abono de la prisión preventiva sufrida por el reo, el cual «será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella». A tal efecto, es necesario poner de manifiesto que la sentencia recaída en la causa en donde se pretende tal abono, fue dictada con fecha 13 de abril de 2011 , y que su firmeza fue declarada el día 13 de mayo siguiente, vigente ya la nueva redacción del citado art. 58 del Código Penal.

La Audiencia "a quo" dice que tal precepto tiene carácter procesal, aunque se aloje en una ley sustantiva, como es el Código Penal, y que en consecuencia, no rige efecto alguno retroactivo, favorable o desfavorable, aplicándose el principio "tempus regit actum", característico del Derecho procesal.

Para ello, hemos de distinguir entre la configuración de las leyes penales, que son las tipifican las infracciones criminales, o lo que es lo mismo, la propia estructura típica de los hechos punibles. A tal núcleo se refiere el contenido del art. 2º del Código Penal, tanto en la vertiente del principio de legalidad (lex certa, anterior y scripta), como en su funcionamiento temporal, al establecerse la retroactividad favorable al reo.

Pero hemos de convenir que no toda la estructura penal se construye conforme a esos principios. De manera que ese funcionamiento no es posible en aquellos institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal, como por ejemplo, en la sustitución o suspensión de penas, o pago fraccionado de multas, en donde la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. Y lo mismo, en cuanto al supuesto

⁶⁰³ STC 57/2008, de 28 de abril.

aquí planteado, el abono de la prisión preventiva, pues no es más que una norma ejecutiva que regula el cumplimiento de la prisión.

Esta interpretación resulta igualmente del estudio de las disposiciones transitorias primera y segunda de la LO 5/2010. En efecto, se determina en la primera de ellas, que “los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión.

No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”.

Como puede advertirse la norma se refiere a hechos, lo que caracteriza el hecho punible en sí mismo considerado, y no a las circunstancias atinentes a la forma de ejecución del delito, lo que resulta igualmente del apartado 2 de tal disposición, en donde se aclara que para la determinación de cuál sea la ley más favorable, se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley, previéndose incluso una audiencia al reo.

Esto mismo se deduce de los parámetros que se establecen en la disposición transitoria segunda de la referida Ley Orgánica, en donde únicamente se tiene en consideración la duración de la pena, pues tal aspecto es el que determina la aplicación más favorable, o no, de la nueva norma penal. Nada de ello tiene, pues, relación con los avatares de la ejecución de tal pena, por lo que respecta al contenido del art. 58 del Código Penal, lo que refuerza la interpretación que llevamos a efecto en esta resolución judicial.

Y a mayor abundamiento, hemos de partir que el citado abono doble, resulta, igualmente, de una interpretación del Tribunal Constitucional, fruto de la STC 57/2008, única dictada hasta el momento, por lo que sus efectos se han desplegar en las situaciones anteriores a la promulgación del nuevo art. 58 del Código Penal, quedando sin efecto tal interpretación por voluntad del legislador, a partir precisamente de la vigencia de la nueva norma.

Y, es precisamente en tal momento, cuando la Audiencia dicta la sentencia condenatoria, esto es, en momento posterior a su vigencia, por lo que se ha de

aplicar el marco legal que sea procedente para dar cumplimiento a una pena, que -dicho sea de paso- también se ha constituido en condena en momento posterior a la vigencia de la repetida LO 5/2010.

A partir de este momento, no existe ya una laguna legal, de la que se hizo eco el Tribunal Constitucional en la referencia Sentencia, sino que el legislador ha despejado la duda con la expresa previsión de que “en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”. Y, como dice nuestro TS⁶⁰⁴: “en consecuencia, no existe un derecho constitucional al doble cómputo, sino únicamente la interpretación conforme a la Constitución de una laguna legal, interpretación que queda sin contenido una vez que dicha laguna ha sido subsanada”. Por ello, la norma vigente, como decíamos más arriba, tiene que ser aplicada conforme al nuevo marco, ahora ya regulado -y resuelta la laguna-, en la ejecución de las sentencias dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, pues -se repite en la STS 345/2012 , anteriormente citada-, es en el momento en el que se impone la condena cuando surge el derecho al abono de la preventiva sufrida, abono que debe realizarse conforme a la normativa legal imperante en el momento de la condena”.

IX.3.3. Forma de la prisión provisional.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula tres modalidades de la prisión provisional: la prisión provisional comunicada, la incomunicada (artículo 509) y la atenuada (artículo 508).

La prisión provisional comunicada supone la necesidad que propugna el art. 520.1 de la LECrim cuando establece que deberá practicarse en la forma que menos perjudique al preso en su persona, reputación y patrimonio.⁶⁰⁵ Por ello, hay que garantizarles los derechos de comunicación, ya sea de manera oral, mediante el régimen de visitas, comunicación escrita por medio de correspondencia o comunicación por vías telefónicas.

La prisión provisional incomunicada es una medida de excepcionalidad cualificada que implica una restricción del régimen ordinario de los derechos del

⁶⁰⁴ STS 345/2012, de 16 de mayo.

⁶⁰⁵ FERRAJOLI, L. y SOTTAS, E. *Privación de...ob. cit.* 2008, pag. 101.

preso preventivo, marcadamente de aquellos relativos a la comunicación con el exterior⁶⁰⁶.

A este respecto el art. 509.1 de la LECrim establece que el Juez de Instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos⁶⁰⁷.

Continua el precepto expresando que: “La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días”.

Como hemos visto, si bien la regla general es que el preso se encuentre en situación de comunicación, hay algunos supuestos en los que se puede apreciar que esta situación no sea segura o que pueda llegar a afectar al curso de la investigación penal:

- Podrá acordarse la incomunicación cuando se puedan estar implicadas personas relacionadas con los hechos investigados, o cuando se pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima o destruir o alterar pruebas relacionadas con la comisión del delito.

⁶⁰⁶ DALABRIDA, S. E. *La prisión provisional en el ordenamiento procesal brasileño desde la regulación procesal española*. Tesis doctoral. Servicio de Publicaciones de la universidad de Navarra. 2011, pag. 323

⁶⁰⁷ FERRAJOLI, L. y SOTTAS, E. *Privación de...ob. cit.* 2008, pag. 109.

- La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar peligros anteriores, y en todo caso no podrá durar más de cinco días.
- Una vez haber establecido la comunicación normal del imputado se le podrá volver a establecer la incomunicación cuando la investigación ofreciere méritos para ello. En este caso no podrá durar más de tres días.

Dentro de la prisión provisional atenuada podemos destacar dos motivos por los que concurre esta modalidad:

- La que permite que el imputado practique el ejercicio de la prisión provisional en su domicilio, bajo las medidas de seguridad pertinentes, tal y como se regula en el art. 508.1 de la LECrim.
- Y la que establece que puede cumplirse la misma por aquellos que se encuentren sometidos a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes, como establece el art. 508.2 de la LECrim⁶⁰⁸.

IX.3.4. Medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

La Resolución 22 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (9 de abril 1965) recomienda como medidas alternativas a la prisión provisional las siguientes: la vigilancia domiciliaria, la orden de no abandonar un lugar determinado sin previa autorización del juez, la orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades, la retirada del pasaporte u otros documentos de identidad, la prestación de una fianza y el internamiento de jóvenes delincuentes en una institución especializada.

El art. 1 de la Decisión Marco 2009/829/JAI⁶⁰⁹, establece normas con arreglo a las cuales un Estado miembro reconocerá las resoluciones sobre medidas de

⁶⁰⁸ ARRANZ DE ANDRES, C y SERNA VALLEJO, M. *Estudios de Derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 de la Facultad de Derecho en la Universidad de Cantabria*. Ediciones de la Universidad de Cantabria. Santander, 2009, pag. 515.

⁶⁰⁹ Del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

vigilancia emitidas en otros Estados miembros como sustitución de la prisión provisional⁶¹⁰.

El art. 8 de la mencionada Decisión Marco establece los tipos de medida de vigilancia, así, tenemos:

- Obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir las citaciones a comparecer en unas diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales.
- Obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución.
- Obligación de permanecer en un lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados.
- Imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución.
- Obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.
- Prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

Establece el art. 13 que: “En caso de que las medidas de vigilancia sean, por su naturaleza, incompatibles con el Derecho del Estado de ejecución, la autoridad competente de dicho Estado miembro podrá adaptarlas a los tipos de medidas de vigilancia que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes. Las medidas de vigilancia, una vez adaptadas, deberán corresponder tanto como sea posible a las dictadas en el Estado de emisión”.

Como podemos ver los sistemas de vigilancia electrónica constituyen una modalidad de cumplimiento alternativo a las penas privativas de libertad de corta duración, o bien a las situaciones de prisión provisional, siendo el origen de la vigilancia electrónica el mismo en la mayoría de los países que han iniciado su experimentación: evitar la masificación de los centros penitenciarios con la salida de aquellos sujetos que en relación a la pena , así como a sus antecedentes

⁶¹⁰ RUGGERI, S. *Liberty and...ob. Cit.* 2012, pag. 82

personales y sociales podrían ser susceptibles de un régimen de libertad con vigilancia⁶¹¹.

IX.4. ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA.

Establece Gimeno Sendra que la prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia⁶¹².

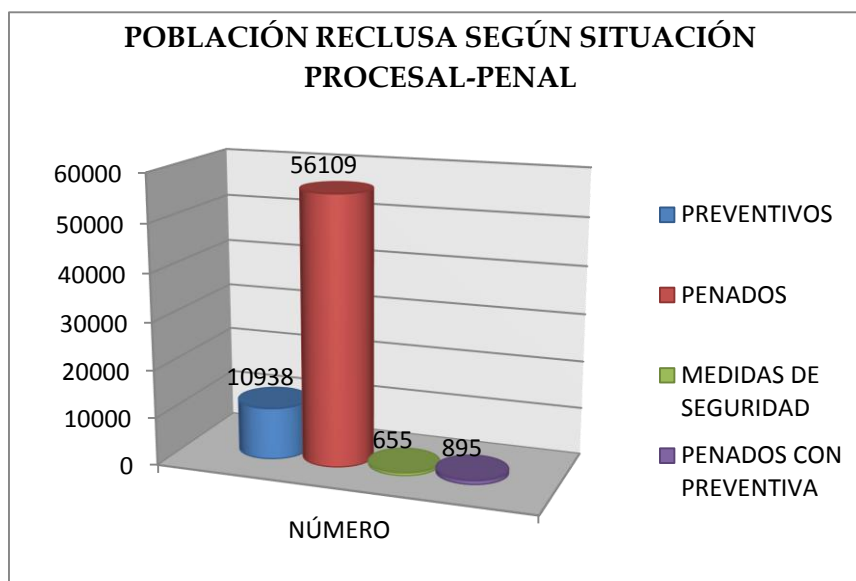
Es por esta razón, por la que vamos a realizar un análisis cuantitativo de la situación procesal de la población reclusa en España, de los últimos cinco años, reseñando tanto las diferencias de género como las de edad.

Así, tal y como muestra el Gráfico 5, en España. A fecha de 31 de diciembre de 2012, la población reclusa que se encontraba en situación procesal preventiva constituía el 15, 94% y la proporción de reclusos penados en prisión preventiva es del 1,3%.

Como se puede apreciar en el gráfico los reclusos preventivos de los Centros Penitenciarios Españoles abarca el 19% de la población reclusa, lo que confirma el uso cada vez menor de esta medida cautelar penar en el sistema judicial español.

⁶¹¹ PARES I GALLES, R. *Ejecución penas mediante control electrónico: presente y futuro*. Revista del Poder Judicial nº 46. 1997.

⁶¹² GIMENO SENDRA, V. *Prólogo*. ASENSIO MELLADO, J. M. *La prisión provisional*. Edit. Civitas. Madrid. 1987, pag. 21.

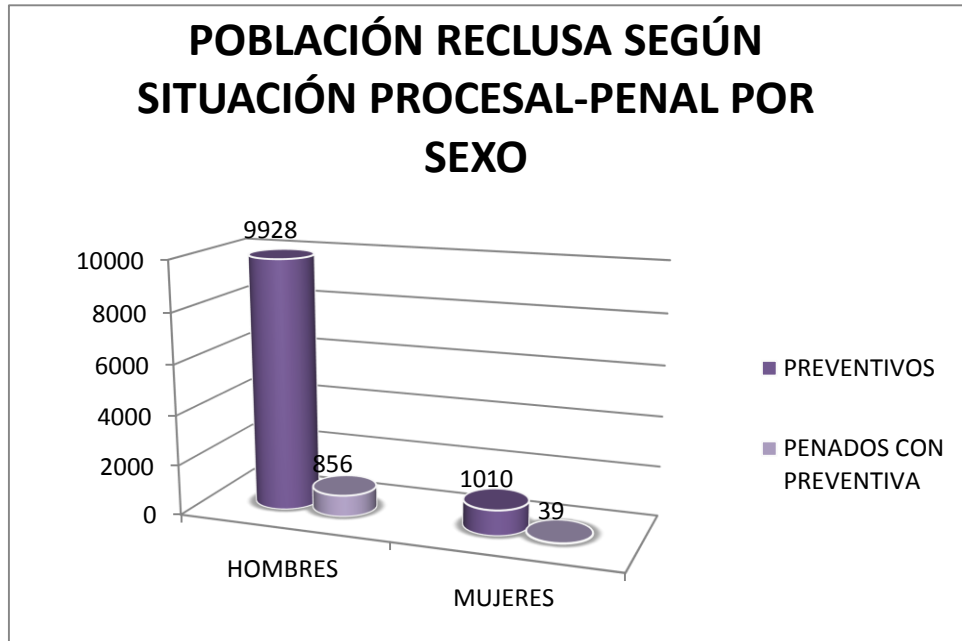
Gráfico 5⁶¹³.

El Gráfico 6 muestra las diferencias de sexo, así, podemos concluir que respecto a los hombres, el 15,66 % se encuentra procesalmente en preventiva y, el 1,35 son penados en preventiva. Respecto a las mujeres, el 19,33 % están preventivas y el 0,74 % se encuentran en situación procesal de penadas con preventivas.

Por lo expuesto, podemos concluir que si se encuentran diferencias significativas respecto al sexo de la población reclusa en España, siendo superior en casi cuatro puntos la proporción de mujeres que se encuentran preventivamente ingresadas en los Centros Penitenciarios españoles. En cambio, cuando subsisten las dos situaciones procesales (penados y preventivos⁹, la proporción de hombres es casi el doble que el de las mujeres.

⁶¹³ Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: www.institucionpenitenciaria.es

Grafico 6⁶¹⁴.



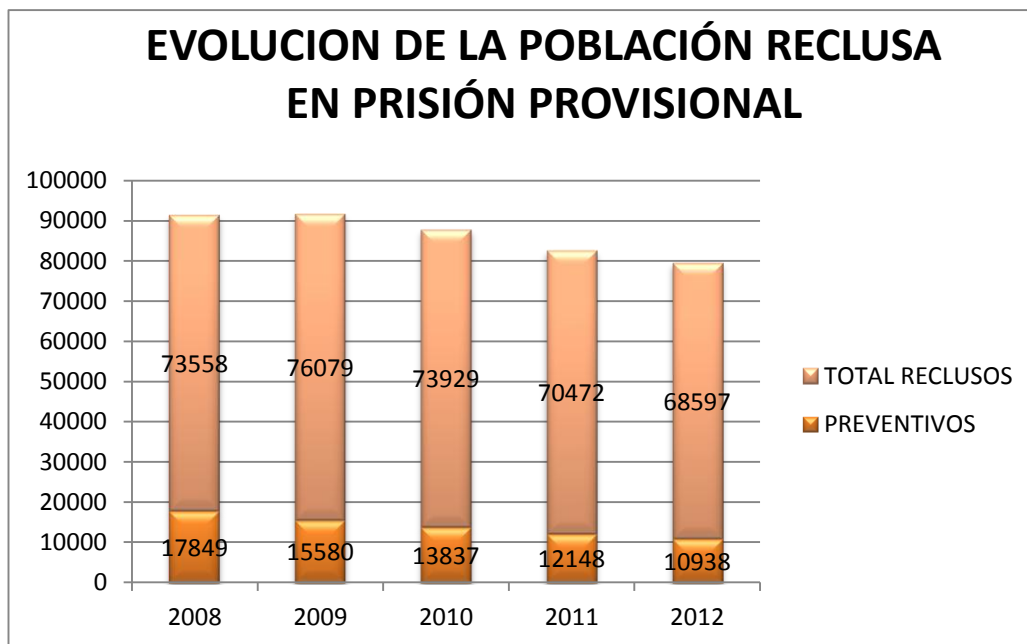
El Gráfico 7 refleja la evolución que ha ido sufriendo la medida cautelar de la prisión provisional en España en los últimos cinco años, así, podemos observar tal y como muestra la Tabla 2 que el numero de reclusos en situación procesal preventiva ha ido descendiendo de un 24,26 % en 2008, a menos de un 15,94 % en 2012.

Tabla 2.

| AÑO | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|-----|-------|-------|-------|-------|-------|
| % | 24,26 | 20,47 | 18,71 | 17,23 | 15,94 |

Como podemos apreciar en la tabla 2, se muestra una tendencia a utilizar cada vez menos esta medida cautelar.

⁶¹⁴ Fuente: Secretaria General de Instituciones Penitenciarias: www.institucionpenitenciaria.es

Gráfico 7⁶¹⁵.

En el Gráfico 7 podemos ver claramente que la política penitenciaria es la de aplicar cada vez menos esta medida cautelar personal, y prueba de ella es que en España ha descendido en 5 años en un 38,72 %, mientras que el número de reclusos penados se mantiene constante.

⁶¹⁵ Fuente: Secretaria General de Instituciones Penitenciarias: www.institucionpenitenciaria.es

**X. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO
PENAL**

X. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL.

Como hemos estado viendo las Medidas cautelares personales son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el Juez Instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el Juzgador⁶¹⁵.

X.1. LA CITACIÓN JUDICIAL.

En el Capítulo I, del Título del Título Vi, del Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente los artículos que van del 486 al 488 están referidos a la citación de aquellos individuos imputados en el proceso, así como, las consecuencias de su incomparecencia ante el órgano judicial.

Concretamente, el art. 486 de la LECrim la persona a quien se impute un acto punible deberá ser citado sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención⁶¹⁶.

Por ello, podemos establecer que la citación no es propiamente una medida cautelar, sino que supone, como ellas, una constricción de la libertad personal, en cuanto obliga al sujeto citado a comparecer ante la autoridad judicial.

El art. 487 de la citada normativa regula que si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo mencionado anteriormente, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención⁶¹⁷.

Continúa el art. 488 de la LECrim estableciendo que durante la instrucción de la causa, el Juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír, por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad.

⁶¹⁵ STC 85/1989, de 10 de mayo.

⁶¹⁶ SAAVEDRA RUIZ, J. *Ley de... ob. cit.* 2010, pag. 347.

⁶¹⁷ ALONSO PEREZ, F. *Manual de...ob. cit.* 2004, pag. 232.

La regulación que hemos citado hay que complementarla con el artículo 118 de la LECrim al establecer que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

Además, la admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpadós.

Las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio o cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo. Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombre de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación⁶¹⁸.

Si a lo dispuesto a lo citado añadimos las disposiciones del artículo 175 de la LECrim en cuanto al contenido de las células de citación, podemos establecer que éstas deberán contener los siguientes requisitos⁶¹⁹:

- Expresión del Juez, Tribunal o Secretario judicial que hubiere dictado la resolución, de la fecha de ésta y de la causa en que haya recaído.
- Los nombres y apellidos de los que debieren ser citados y las señas de sus habitaciones; y si éstas fuesen ignoradas, cualesquiera otras circunstancias por las que pueda descubrirse el lugar en que se hallaren.
- El objeto de la citación, y calidad en la que se es citado, que en el caso que nos ocupa es el de imputado.
- El lugar, día y hora en que haya de concurrir el citado.

⁶¹⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Instituciones de derecho procesal penal*. Edic. Jurídicas de Cuyo. Argentina. 2001, pag. 2008.

⁶¹⁹ CHENA, S. y HINOJAL LÓPE, S. *De profesión abogado. Guía práctica para el ejercicio de la Abogacía*. Edit. La Ley. Madrid. 2010, pag. 383.

- La obligación, de concurrir al primer llamamiento, bajo el apercibimiento de que en caso de no comparecer podrá decretarse la detención
- La información de que deberá acudir de abogado o en caso contrario de será asignado uno de oficio.

La forma de practicar la citación, tal y como viene regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser mediante entrega personal⁶²⁰.

X.2. LA LIBERTAD PROVISIONAL.

La STC, de 10 de Mayo de 1989, expresa que: "La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que quedará así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (art.529), debiendo el inculpado prestar obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa".

El art. 529 de la LECrim establece que si al imputado no se le ha decretado la prisión provisional, el Juez o Tribunal dictará, con arreglo a lo previsto en el art. 505 de la LECrim, si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional⁶²¹.

Concretamente, el art. 505 de la LECrim establece que si el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza. En los supuestos del procedimiento regulado en el título III del libro IV de

⁶²⁰ TAPIA FERNÁNDEZ, I. y LOPPEZ SIMO, F. *Lecciones de derecho procesal, vol. III*. Edic. Universitat de les Illes Balears. Palma. 2009, pag. 41.

⁶²¹ GOMEZ COLOMER, J.L. *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*. Col·lecció Estudis Jurídics, nº 13. Publicacions de a Universitat Jaume I. 2007, pag. 351.

esta ley, este trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 798, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad.

Continúa el precepto estableciendo que la audiencia prevista en el art. 505.1 deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza.

En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas antes indicadas en el apartado anterior.

El inciso 4 del art. 505 regula que el Juez o Tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido.

A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 16 de Enero de 2001, establece que: "La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión y la libertad, y tiene por ello sus propios presupuestos que son los previstos en el artículo 529, distintos de los de la prisión provisional. Es decir, dada su posición intermedia entre prisión provisional y libertad completa, se ha de adoptar en aquellos supuestos en que la falta de presupuestos o requisitos necesarios para la prisión provisional aconsejaban la sumisión del inculpado a la autoridad judicial mediante la adopción de una medida asegurativa, con fianza o sin fianza, y en su caso las oportunas compareencias apud acta".

A pesar de que en el art. 529 de la LECrim esta la configuración legislativa de los presupuestos que deben concurrir para la adopción de la medida cautelar de libertad provisional, se puede observar que no toda la jurisprudencia es unánime en lo que respecta al tratamiento de los citados presupuestos. Ya que es

jurisprudencia reiterada la remisión a los presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, propios del proceso civil⁶²².

Así, lo establece la Sentencia de 15 de Abril de 2002 de la Audiencia Provincial de Toledo, en cuyo fundamento de derecho primero establece: "En consonancia con estos caracteres, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la obligada concurrencia de dos presupuestos o requisitos esenciales, por lo demás comunes a cualquier otra medida cautelar, pero cuya presencia ha de ser examinada sin perder de vista aquellos caracteres y fines que singularizan esta medida gravemente limitativa de la libertad personal: el "fumus boni iuris" que descansa en la existencia de razonables sospechas o, dicho de otro modo, racionales indicios o motivos bastantes (art. 503 LECrim)de la comisión de un delito de cierta entidad por el destinatario de la medida; y el "periculum in mora", que se integra con la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, como son el de conjurar el riesgo de sustracción a la acción de la Justicia o de obstrucción de la instrucción penal⁶²³".

García Moreno⁶²⁴ expresa que: "La regulación de la libertad provisional parte del principio de que la medida cautelar de prisión provisional es un recurso verdaderamente subsidiario y excepcional, por lo que la regla general consiste en que el sujeto pasivo del proceso penal *permanece en libertad*⁶²⁵.

Las normas recogidas en la rúbrica correspondiente contienen un amplio elenco de obligaciones y condiciones que pueden limitar parcialmente la situación originaria de libertad del imputado, pero sin llegar a la completa restricción de la libertad deambulatoria de éste que la situación de prisión provisional conlleva.

⁶²² MUÑOZ MUÑOZ, S. *La libertad provisional en la jurisprudencia*. Revista Jurídica Valenciana, nº 12. 2003. www.ripj.com

⁶²³ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de Marzo de 1990, 12 de Diciembre de 1991 y 26 de Enero de 1993; y Sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de Marzo de 1993, de 26 de Julio de 1995, 15 de Abril de 1996 y 20 de Mayo de 1997.

⁶²⁴ GARCÍA MORENO, J. M. *Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Revista de Jurisprudencia, nº. 2. 2012. www.elderecho.com

⁶²⁵ Art. 178,1 pár. 1º LECrim.

Entre estas medidas limitativas⁶²⁶ destacan la prestación de garantía o caución⁶²⁷, la prohibición de salida del territorio nacional, la obligación de localización por medios electrónicos, la obligación de presentación periódica, la obligación de comunicar los cambios de residencia o lugar de trabajo, la prohibición de ausentarse de un determinado lugar, la prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima o sus familiares, las prohibiciones de acudir a o residir en determinados lugares, la prohibición de desempeñar determinadas actividades, las obligaciones de participar en determinados programas o de seguir un tratamiento o control médico, el sometimiento a custodia; así como la suspensión de cargo u oficio público, de profesión y de otros derechos (arts. 190 a 192 LECrim.).

También se incluyen algunas medidas encaminadas a ofrecer protección a los bienes jurídicos de la víctima, como la orden de protección respecto de los delitos de violencia doméstica o de género⁶²⁸ (art. 194 LECrim.)”.

Por lo tanto, podemos establecer que la libertad provisional es una medida cautelar penal personal cuyo soporte legislativo viene dado por tres condicionantes: no existencia de indicios claros de existencia de delito; cuando, habiéndolos, no constan datos o elementos de juicio bastantes para pensar que el detenido haya participado en ellos; cuando aún apareciendo síntomas suficientes de la comisión de un delito y existiendo también razones para suponer que el detenido haya podido participar en él, se trata sin embargo, de una infracción castigada condena inferior a seis años de privación de libertad⁶²⁹.

X.2.1. La retirada de pasaporte.

La retirada de pasaporte viene establecida en el artículo 530 de la LECrim⁶³⁰, que tras la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la

⁶²⁶ Enumeradas en el art. 179,1 LECrim y reguladas con más detalle en los preceptos siguientes.

⁶²⁷ Concepto que sustituye al de fianza de libertad provisional recogido en los arts. 529 y ss. de la vigente LECrim.

⁶²⁸ GARCÍA MORENO, J. M. *Consideraciones generales...ob.cit.* 2012. www.elderecho.com

⁶²⁹ MUÑOZ MUÑOZ, S. *La libertad...ob. cit.* 2003.

⁶³⁰ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso...ob. cit.* 2007, pag. 109.

Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, queda redactado de la siguiente forma: "El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte".

El Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características recoge en su art. 2.1 que: "Todos los ciudadanos españoles tienen derecho a obtener el pasaporte ordinario siempre que no concurren en los mismos alguna de las siguientes circunstancias⁶³¹":

- a) Haber sido condenado a penas o medidas de seguridad que conlleven la privación o limitación de su libertad de residencia o de movimientos, mientras no se hayan extinguido, salvo que obtengan autorización del órgano judicial competente.
- b) Cuando la autoridad judicial haya prohibido su expedición o la salida de España respecto al interesado que se halle inculcado en un proceso penal.
- c) Que motivadamente le sea limitado este derecho por el Ministerio del Interior en el ámbito de las medidas que deban adoptarse en los supuestos recogidos en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

El art. 6 del citado Real Decreto que versa sobre la retirada de pasaporte expresa que:

- El pasaporte ordinario podrá ser retirado o retenido a aquellos ciudadanos que se hallen en alguna de las circunstancias a que se refieren el apartado 1, a) y b), del artículo 2, por los órganos encargados de su expedición, cuando ello sea interesado por las autoridades judiciales competentes.

⁶³¹ DIAZ VARCALCEL, R. *Manual del policía*. Edit. La Ley. Madrid. 2004, pag. 665.

- Igualmente podrá procederse a la retirada o retención cuando así se acuerde por el Ministerio del Interior, en la forma y supuestos a que se refiere el párrafo c) del indicado artículo 2.
- El pasaporte retirado o retenido de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, será reintegrado a su titular, si no hubiera perdido la vigencia, tan pronto desaparezcan las circunstancias que motivaron su retirada o retención⁶³².

Como destaca el Tribunal Constitucional⁶³³, se ha establecido una consolidada doctrina constitucional respecto de la exigencia de motivación de las medidas cautelares judiciales limitativas del derecho a la libertad a adoptar en el marco de un proceso penal. Por ello, el deber de motivación se ha hecho extensivo no sólo a las decisiones de prisión provisional incondicionadas, sino también a las resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la prisión provisional o permiten eludirla⁶³⁴ y a las decisiones de prohibición de salida el territorio nacional y la retirada de pasaporte, en tanto que puedan considerarse garantías que integran una medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional⁶³⁵.

X.2.1.1. Retirada del pasaporte como medida cautelar en un expediente de expulsión.

Según la Sentencia TSJ Cantabria 697/2012 de 25 de septiembre, el derecho de un extranjero a retener el pasaporte en España, cuando está incurso en un procedimiento judicial de revisión de una sanción administrativa que supone su expulsión del territorio nacional, ha de pasar por interpretar conjuntamente los siguientes artículos:

- El Art. 4.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero⁶³⁶, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que expresa

⁶³² DIAZ VARCALCEL, R. *Manual del...ob. cit.* 2004, pag. 666.

⁶³³ STC 179/2011, de 1 de noviembre.

⁶³⁴ STC 14/2000, de 17 de enero, FJ 4.

⁶³⁵ STC 169/2001, de 16 de junio, FJ 4.

⁶³⁶ Redactado por el apartado seis del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

que Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁶³⁷.

- El Art. 5.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero establece que los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho 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 sentencia firme⁶³⁸.

Con base en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, la Policía Nacional, puede adoptar como medida cautelar la de retirada del pasaporte del extranjero, cosa que suele hacer al inicio del expediente de extranjería. Por lo que es de suponer, que es una clase de medida cautelar innominada de las previstas por el legislador en el artículo 129 de la LJCA y que deben cumplir los requisitos legales de que concurran las circunstancias que justifiquen su adopción⁶³⁹.

El hecho de que sea una de las medidas cautelares que puede adoptar la autoridad judicial según el artículo 5 antes transcrito, supone, lógicamente, que pueda ser, también, una de las medidas contracautelares que prevé el artículo 133 de la LJCA para "Evitar perjuicios de cualquier naturaleza que puedan derivarse de la adopción de una medida cautelar".

Por todo ello, la Sentencia TSJ Cantabria 697/2012 de 25 de septiembre, expresa que en conclusión, si no se afecta ningún derecho del extranjero, ya que en este caso, ni siquiera quiere hacer uso de su derecho a salir del territorio

⁶³⁷ MARTOS NAVARRO, F.; GONZALEZ RABANAL, J. M. y SALAMANCA CRIADO, R. *Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad de Castilla Y León*, vol. 1. Edit. MAD. 2004, pag. 148.

⁶³⁸ ALONSO PEREZ, F. *Manual de...ob. cit.* 2004, pag. 707.

⁶³⁹ Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

español, que es lo que precisamente quiere evitar, habrá libertad para adoptar la medida cautelar”.

X.2.2. Obligación de comparecencia ante el Juez o Tribunal.

El artículo 530 de la Ley Procesal establece que “El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa⁶⁴⁰”.

La obligación de comparecencia ante el Juez o Tribunal se establece con la evidente finalidad de poner fin a una posible situación de prisión provisional que evidentemente sólo puede prolongarse mientras subsisten los motivos que la hayan ocasionado y durante el tiempo que legalmente se establezca, tal y como prevé el art. 528 LECrim, en relación con el art. 17 CE y 5 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950⁶⁴¹.

Al mismo tiempo se pretende tener localizado al procesado o imputado como una medida de garantía adicional, evidentemente menos gravosa que la prisión provisional y ello tanto a efectos de su localización para asegurar su presencia en el acto del juicio y, en su caso, la posible ejecución de la condena, como para el ingreso de nuevo en prisión ante una eventual revocación de la libertad provisional concedida siempre que procediera por resultar méritos bastante para ello como consecuencia de la investigación criminal.

Con ello, la medida, aún admitiendo que supone un gravamen para la libertad personal del procesado o imputado, en concreto en lo que se refiere a su libertad de circulación, evidentemente no tiene solo una finalidad represora sino que también contribuye a garantizar determinados derechos, por supuesto el del Estado a la celebración de un juicio justo y ejercer su potestad punitiva, pero también el derecho del ciudadano implicado a la tutela judicial efectiva al poder personarse en su caso en la causa y asistir al juicio⁶⁴².

⁶⁴⁰ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso...ob. cit.* 2007, pag. 109.

⁶⁴¹ BARBERO SANTOS, M. *Prisión provisional...ob. cit.* 1997, pag. 147.

⁶⁴² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe en relación con el escrito remitido por el Director General de Asuntos y Asistencia Consulares del Ministerio de Asuntos*

X.2.3. La prohibición de conducir vehículo a motor.

En los casos en los que se decreta la libertad provisional de un encausado por delitos relacionados con la conducción de vehículos a motor, el Juez podrá privarle provisionalmente de utilizar su permiso de conducir⁶⁴³.

Establece el art. 529 bis de la LECrim que: "Cuando se decreta el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por delito cometido con motivo de su conducción, si el procesado ha de estar en libertad, el Juez, discrecionalmente, podrá privarle provisionalmente de usar el permiso, mandando que se recoja e incorpore al proceso el documento en el que conste. El Secretario judicial lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido⁶⁴⁴".

El art. 384 del CP, segundo párrafo recoge que: "La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial".

La conducta típica consiste en conducir un vehículo a motor o ciclomotor tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial⁶⁴⁵.

Por privación cautelar ha de entenderse la resolución judicial provisional acordada en sede de medidas cautelares⁶⁴⁶; la privación definitiva será la acordada en sentencia firme.

A este respecto el art. 764.4 de la LECrim establece⁶⁴⁷ que: "Se podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación

Exteriores y de Cooperación relativo al problema de la libertad condicional de ciudadanos extranjeros acordada por los Jueces de Instrucción. 06 de octubre de 2004. www.poderjudicial.es

⁶⁴³ FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el Proceso Penal*. Edit. La Ley. Madrid. 2005, pag. 410.

⁶⁴⁴ Artículo 529 bis redactado por el apartado cincuenta y ocho del artículo segundo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

⁶⁴⁵ PIPAÓN PULIDO, J. G.; BAI FRANCÉS, E. y PEDREÑO NAVARRO, L. *Los delitos contra la seguridad vial. Análisis práctico y formularios de aplicación*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2009, pp. 126 – 127.

⁶⁴⁶ Art. 529 bis y 764.4 LECrim.

del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero responsable civil. También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 556 del Código Penal. Las medidas anteriores, una vez adoptadas, llevarán consigo la retirada de los documentos respectivos y su comunicación a los organismos administrativos correspondientes”.

Sólo se comete este delito cuando la conducción tenga lugar tras la notificación de la medida cautelar judicial o sentencia prohibiendo la conducción y el apercibimiento de incurrir en este delito. La liquidación de la condena determinará el período temporal en que la conducción es típica. En los casos de medida cautelar se extenderá hasta que se alce.

Deberá constatarse la existencia de la resolución judicial, indicando en el atestado su fecha, la notificación al conductor y demás datos que obren en la resolución. Si es posible se acompañará copia de la misma.

X.2.4. Prohibición de acercarse a la víctima o a determinados lugares.

Establece el art. 544 bis de la LECrim que en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma⁶⁴⁸.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

⁶⁴⁷ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso...ob. cit.* 2007, pag. 109.

⁶⁴⁸ MAGRO SERVEF, V. *Guía práctica del menor y de la violencia de género y doméstica*. Edit. La Ley. Madrid. 2005, pag. 99.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización⁶⁴⁹.

En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter⁶⁵⁰ o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

X.3. LAS FIANZAS EN EL PROCESO PENAL.

La fianza consiste en el depósito de una suma de dinero o la garantía de su abono y tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación que tiene el encausado de comparecer ante el Juez o Tribunal.

Será la resolución judicial la que determine la forma y cuantía de la fianza debiendo tener en consideración para ello la naturaleza del delito, el estado social y los antecedentes del procesado, así como el resto de circunstancias que puedan influir en su deseo de evadir la actuación judicial⁶⁵¹.

En este apartado vamos a diferenciar tres tipos de fianzas, que tienen un fin concreto, que es de asegurar la situación personal de libertad provisional, o bien el de cerciorar las responsabilidades pecuniarias de la causa, o por último, certificar la responsabilidad civil de terceras personas.

⁶⁴⁹ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso...ob. cit.* 2007, pag. 109.

⁶⁵⁰ El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

⁶⁵¹ Art. 531 LECrim.

X.3.1. Fianza para asegurar la situación personal de libertad provisional.

El art. 505 de la LECrim establece que el Juez o Tribunal decretará si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional. Continúa regulándose en la LECrim que resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto⁶⁵². En dicho auto, el Juez o Tribunal fijara la calidad y la cantidad de la fianza que se hubiere que prestar.

Establece la LECrim es su art. 531 que para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial⁶⁵³.

Se regula en la LECrim que es aplicable a las fianzas que se ofrezcan para obtener la libertad provisional de un procesado todo cuanto a su naturaleza, manera de constituirse, de ser admitidas y calificadas y de sustituirse, se determina en los artículos 591 y siguientes hasta el 596 inclusive del título IX de este libro.

A este respecto se establece que la fianza podrá ser personal, pignoraticia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo⁶⁵⁴, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del Juez o Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate⁶⁵⁵.

Para realizar toda fianza el Secretario judicial procederá por la vía de apremio de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, del Libro

⁶⁵² Establece la LECrim en su art. 506.3, tras la entrada en vigor de la LO 13/2003 que los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución y será recurrible de acuerdo a lo previsto en el art. 507 de la LECrim.

⁶⁵³ RUGGERI, S. *Liberty and...ob. Cit.* 2012, pag. 163.

⁶⁵⁴ GUZMÁN FLUJA, A.; COLMENERO GUERRA, J. A. y DORADO PICÓN, A. *Manual Práctico de la Reforma Procesal*. Edit. El Derecho. Madrid. 2010, pag. 610.

⁶⁵⁵ Contra los autos que el Juez dicte calificando la suficiencia de las fianzas procederá el recurso de apelación.

III de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁵⁶. Si se tratase de una fianza personal, se procederá también por la vía de apremio contra los bienes del fiador hasta hacer efectiva la cantidad que se haya fijado al admitir la referida fianza.

Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte.

Si el procesado no presenta o amplía la fianza en el término que se le señale, será reducido a prisión. Se cancelará la fianza:

1. Cuando el fiador lo pidiere, presentando a la vez al procesado.
2. Cuando éste fuere reducido a prisión.
3. Cuando se dictare auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria o, cuando siendo condenatoria, se presentare el reo para cumplir la condena.
4. Por muerte del procesado, estando pendiente la causa⁶⁵⁷.

Si se hubiere dictado sentencia firme condenatoria y el procesado no compareciere al primer llamamiento o no justificare la imposibilidad de hacerlo, se adjudicará la fianza al Estado en los términos establecidos en el artículo 535⁶⁵⁸.

X.3.2. Fianza para asegurar las responsabilidades pecuniarias de la causa.

Establece el art. 589 que cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva

⁶⁵⁶ GUZMÁN FLUJA, A.; COLMENERO GUERRA, J. A. y DORADO PICÓN, A. *Manual Práctico...ob. cit.* 2010, pag. 610.

⁶⁵⁷ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Instituciones de...ob. cit.* 2001, pag. 231.

⁶⁵⁸ Si el fiador personal o dueño de los bienes de la fianza no presentare al rebelde en el término fijado, se procederá a hacer ésta efectiva, declarándose adjudicada al Estado y haciendo entrega de ella a la Administración más próxima de Rentas, con deducción de las costas indicadas al final del artículo 532.

puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza⁶⁵⁹.

La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias.

Como se desprende de la regulación del artículo 589 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, para acordar una medida cautelar real que asegure la cobertura de las responsabilidades pecuniarias que de la causa puedan derivarse es condición suficiente y, a la vez, necesaria, pues se caracteriza también por la urgencia de su adopción, que de lo actuado en la instrucción se advierta la existencia de indicios de criminalidad contra una persona. Nada menos, pero también nada más.

No se trata, por tanto, de que de lo actuado de deriven elementos probatorios carentes de toda tacha procesal y con fuerza suficiente para desvirtuar, por sí solos o conjuntamente con otros, la presunción constitucional de inocencia. Tal tarea de análisis y de depuración del material obtenido a lo largo de la instrucción queda relegada para el desarrollo del juicio oral, donde habrá de llevarse a cabo bajo el imperio de los principios de publicidad y contradicción.

En esta fase inicial, la simple aparición de tales indicios permite al instructor y, al mismo tiempo, le obliga, a adoptar la prevención que regula el precepto mencionado.

Su contenido ha de someterse, además, a las ampliaciones o reducciones que la evolución del proceso muestre como razonables, tal como ordenan los siguientes artículos 611 y 612. Para la adopción de tales medidas cautelares no se exige que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales puede decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo; en estos supuestos nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal para adoptar medidas de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias⁶⁶⁰ (artículo 589).

⁶⁵⁹ URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso...ob. cit.* 2007, pag. 109.

⁶⁶⁰ Auto Juzgado Central de Instrucción nº 28/2012, de 5 de noviembre de 2012.

X.3.3. Fianza para asegurar la responsabilidad civil de terceras personas.

Partiendo del art. 589 de la LECrim donde se desprende que sea cual sea el estado de tramitación en que se halle el sumario, el Juez podrá acordar de oficio, el aseguramiento de las responsabilidades civiles⁶⁶¹. Por ello, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 384 de la LECRIM que regula el auto de procesamiento y establece que éste se dictará “desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra una persona”.

Atendido, que tanto el artículo 384 como el artículo 589 de la LECrim, parten del presupuesto común de la existencia de indicios de criminalidad contra una persona, cuando tal presupuesto concurre el Juez debe procesar, y al mismo tiempo, asegurar las responsabilidades civiles. Por ello, el auto de procesamiento deberá contener un pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles derivadas del procedimiento penal⁶⁶².

⁶⁶¹ SAAVEDRA RUIZ, J. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Ley de enjuiciamiento criminal comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Edit. El Derecho. Madrid. 2007, pag. 447.

⁶⁶² BARCONES AGUSTÍN, N. *El aseguramiento de responsabilidades civiles en el proceso penal: la fianza hipotecaria*. Edit. Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 2009. www.noticias.juridicas.com

**XI. MEDIDAS LIMITADORAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL PROCESO PENAL**

XI. MEDIDAS LIMITADORAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se establece como pena tipo, a las privativas de derechos (art. 39), permitiendo la suspensión de las penas privativas de libertad, así como su sustitución por otras privativas de derechos⁶⁶³ (art. 83).

Así, el art. 39 de nuestro CP regula que son penas privativas de derechos las que se detallan a continuación:

- La inhabilitación absoluta. viene definida en el artículo 41 del CP como: "La inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena⁶⁶⁴".
- Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
- La suspensión de empleo o cargo público. El artículo 42 la define como aquella pena que: "Produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la Sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación."
- La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

⁶⁶³ LUZÓN PEÑA, D. M. *Código Penal*. Edit. La Ley. Madrid. 2008, pag. 57.

⁶⁶⁴ Puede operar como pena principal o como accesoria, aplicándose en este último caso de forma totalmente automática cuando la pena de prisión a la que se condena al reo es igual o superior a diez años (artículo 55).

- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- Los trabajos en beneficio de la comunidad⁶⁶⁵. El Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Además, su artículo 27 dispone que, en los casos en los que alguna de las penas o medidas previstas en el Real Decreto sean impuestas por hechos relacionados con la violencia de género, al objeto de garantizar la protección de las víctimas, los servicios sociales penitenciarios coordinarán sus actuaciones con las Fuerza y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, hoy Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.
- La privación de la patria potestad. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma,

⁶⁶⁵ El artículo 33 del CP establece que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es un pena menos grave de 31 a 180 días y pena leve si su duración es de 1 a 30 días. En los términos del artículo 39 de la norma penal sustantiva, es pena privativa de derechos. El artículo 40 prevé su extensión de 1 día a 1 año. El artículo 49 del CP señala que no podrá imponerse sin el consentimiento del penado.

subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor⁶⁶⁶.

Por su parte, el art. 83.1 de nuestro Código Penal⁶⁶⁷, establece que la suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código⁶⁶⁸.

En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1. Prohibición de acudir a determinados lugares.
2. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.
3. Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.
4. Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
5. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.

⁶⁶⁶ El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

⁶⁶⁷ LUZÓN PEÑA, D. M. *Código Penal...ob. cit.* 2008, pag. 282.

⁶⁶⁸ El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

6. Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado⁶⁶⁹.

Como hemos estado viendo, en el ordenamiento jurídico español, las alternativas a la prisión provisional, además, de las medidas pecuniarias estarían las restrictivas de libertad y las privativas de derechos.

Dentro de las que hemos denominado restrictivas de libertad nos hallaríamos como se ha apuntado en el Capítulo anterior con la comparecencia apud acta y la personación de aquel sujeto frente al que se sigue el procedimiento penal ante el órgano judicial que esta conociendo del mismo o ante la fuerza pública.

Respecto a las medidas limitadoras de derechos nos encontramos en el ordenamiento jurídico con los siguientes supuestos⁶⁷⁰:

1. En el caso de encontrarnos ante imputaciones o acusaciones relativas a la violencia doméstica, cuando las mismas sean relativas a delitos contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de personas y la víctima sea o haya sido su cónyuge, persona que este o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propio o del cónyuge o conviviente, menor o incapaz que con el convivan o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre

⁶⁶⁹ ALGUACIL GONZÁLEZ – AURIOLES, J. *Tutela Penal*. En ARANDA, E. *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005, pag. 125.

⁶⁷⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Congreso Violencia Doméstica*. Edit. Lerko Print, S. A. Madrid, 2004, pp. 25 y ss.

sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados, cabe la adopción de lo que se conoce como orden de protección que puede recoger la siguientes medidas⁶⁷¹:

- La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
 - La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
 - La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
2. En los supuestos en los que nos encontremos ante la presunta comisión de un delito relativo a la seguridad vial, cabe la retirada cautelar del permiso de conducción⁶⁷².

⁶⁷¹ Cuando no exista la relación referida anteriormente entre presunta víctima y agresor igualmente podrán adoptarse las referidas medidas pero ya no estaremos ante una orden de protección, sino ante medidas cautelares sin más.

⁶⁷² TORRES FERNANDEZ, M. E. *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: (aspectos penales, civiles y procesales)*. Edit. Dykinson. Madrid. 2007, pag. 102.

XII. DERECHO COMPARADO

XII. DERECHO COMPARADO.

Para poder llegar a comprender las medidas cautelares personales penales en el ordenamiento jurídico español y la vinculación que tienen con los derechos fundamentales es interesante poder establecer una comparativa con otros países.

Así, estudiaremos éstas (especialmente la detención policial y la prisión provisional) en nuestros países vecinos, como es el caso de Francia, Italia y Portugal. Después de profundizar en la regulación de los países de nuestro entorno, cruzaremos el Atlántico para conocer la normativa del tema que nos trata, de Perú.

Para ello, comenzaremos analizando la población penitenciaria de los países mencionados, para así, poder establecer el porcentaje de reclusos que se encuentra privados de libertad, al tener impuesta como medida cautelar, la prisión provisional.

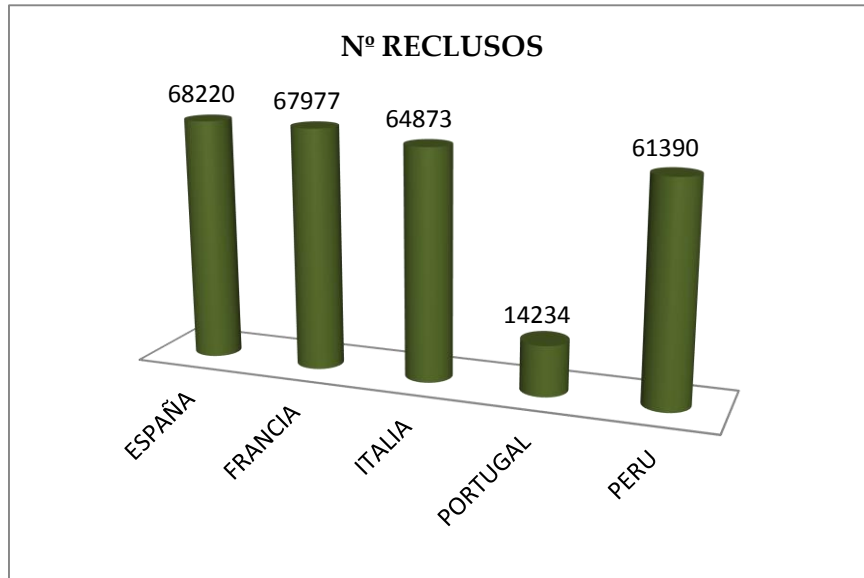
En el gráfico 8 se establece la población penitenciaria a fecha de 31 de julio de 2013 de los países reseñados anteriormente.

Como podemos apreciar en el gráfico, España es el país que más población penitenciaria presenta, teniendo una tasa por cada 100.000 habitantes de 147 (como se puede observar en la Tabla 3).

Portugal, por su parte, a simple vista sería el país, que estamos analizando que menos reclusos tiene, en cambio, su tasa por cada 100.000 habitantes es superior a la de Francia e Italia (ver Tabla 3).

Perú, con una población penitenciaria inferior a España, Francia e Italia presenta una tasa por cada 100.000 habitantes muy superior a la de los países europeos analizados.

Gráfico 8⁶⁶⁹.



Como podemos observar en la Tabla 3, la tasa de población penitenciaria por cada 100.000 habitantes, pese a tener menos reclusos que en todos los países, excepto Portugal, es Perú la que presenta una mayor tasa superando en más de un 25 % a España y casi un 50 % a Francia. La situación en Europa es distinta, siendo la primera España seguida de Portugal.

Tabla 3.

| PAIS | ESPAÑA | FRANCIA | ITALIA | PORTUGAL | PERU |
|------|--------|---------|--------|----------|------|
| TASA | 147 | 102 | 106 | 136 | 202 |

El Gráfico 9 nos muestra el porcentaje de presos preventivos en los países mencionados, y podemos deducir, que en España, pese a tener la tasa más alta de población penitenciaria, por cada 100.000 habitantes, es la que menos presos preventivos tiene, este hecho es debido a la aplicación de otras medidas cautelares que se están dando en los últimos años en nuestro país.

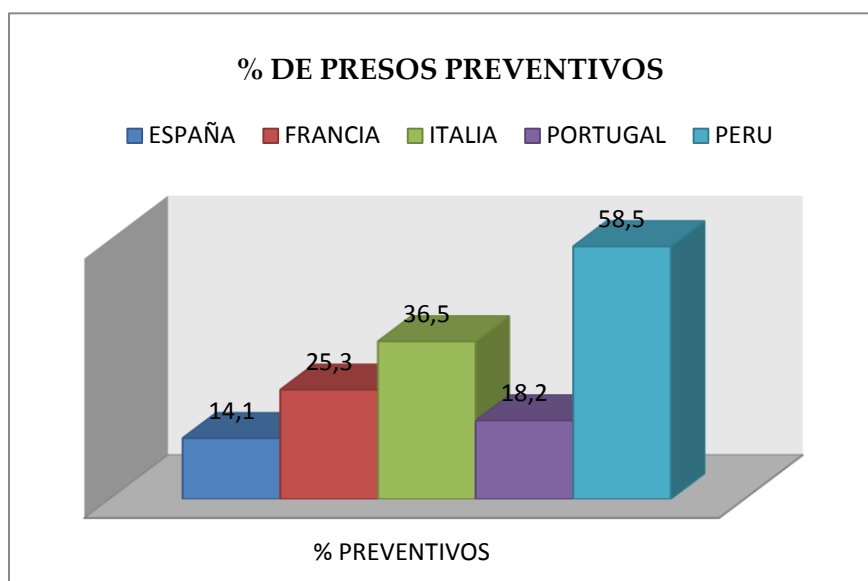
⁶⁶⁹ Fuente: International Centre for Prison Studies, www.prisonstudies.org

Como podemos observar en el gráfico 9, los reclusos preventivos en España abarca el 14,1% de la población penitenciaria, seguido de Portugal con un 18,2%, Francia con un 25,3%, Italia con un 36,5%, y Perú con un 58,5 %.

Este hecho confirma que no se está cumpliendo el principio de excepcionalidad que regula tanto la normativa estatal de los países mencionados, así como, las recomendaciones internacionales.

La imposición de la prisión provisional obedece muchas veces a razones económicas, como es el caso de España, que desde que entro en la denominada "crisis Económica" baja de una forma muy considerada el número de preventivos, o bien, como es el caso de Perú, está fundamentada en los retrasos judiciales.

Gráfico 9⁶⁷⁰.



⁶⁷⁰ Fuente: International Centre for Prison Studies. www.prisonstudies.org

XII.1 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN FRANCIA.

La Constitución francesa en su Preámbulo expresa que: “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos Humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”.

A las medidas cautelares penales se le denominan en Francia actos privativos de libertad, y entre estos destacan los mandatos, el contrato judicial y la detención provisoria.

XII.1.1 La detención policial en Francia.

La Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791 en su Título I, ya expresaba que se garantiza como derechos naturales y civiles, entre otros, el de la: “Libertad de todos de ir, de quedarse o de partir, sin que puedan ser arrestados ni detenidos, más que en las formas determinadas por la Constitución⁶⁷¹”.

La Constitución en su art. 66 reconoce que nadie podrá ser detenido arbitrariamente⁶⁷². El art. 26 de la Constitución francesa⁶⁷³ enuncia que ningún miembro del Parlamento podrá ser procesado, perseguido, detenido, preso o juzgado por opiniones o votos que haya emitido en el ejercicio de sus funciones.

Sigue el precepto enunciando que ningún miembro del Parlamento puede ser objeto, en materia criminal o correccional, de arresto o de cualquier otra medida privativa o restrictiva de libertad sin autorización de la Mesa de la

⁶⁷¹ El Poder Legislativo no podrá hacer leyes que vulneren y pongan trabas al ejercicio de los derechos naturales o civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución; pero, como la libertad no consiste más que en poder hacer todo aquello que no perjudique ni a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública, la Ley podrá establecer penas contra los actos que, atentando contra la seguridad pública o los derechos de los demás, fueren perjudiciales para la sociedad.

⁶⁷² Art. 66 de la Constitución de Francia. Nadie podrá ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley.

⁶⁷³ Modificado el 4 de agosto de 1995.

asamblea de la cual forma parte. Esta autorización no será necesaria en caso de crimen o de flagrante delito o de condena definitiva⁶⁷⁴.

La detención de un miembro del Parlamento se suspenderá durante el período de sesiones si lo requiere la Asamblea de la que forma parte. La Asamblea interesada se reunirá de pleno derecho en sesiones suplementarias para permitir, en caso necesario, la aplicación del apartado anterior.

Francia es uno de los países europeos que menos garantías ofrecen a los detenidos. La detención preventiva, que puede llegar a 24 horas y extenderse con el permiso del juez a 48 horas, y hasta a cuatro y seis días en delitos graves como el terrorismo está legalmente justificada en Francia para: "Toda persona sobre la que existe una razón plausible para sospechar que ha cometido o ha intentado cometer una infracción". La gravedad del delito no cuenta para nada⁶⁷⁵.

Las propuestas del Gobierno francés para reformar el sistema de justicia penal deben ser revisadas para fortalecer la protección de las personas bajo custodia policial, especialmente para los acusados de los delitos más graves, señaló Human Rights Watch el 3 de febrero de 2010⁶⁷⁶.

A Human Rights Watch le preocupan especialmente los cambios relativamente débiles en el derecho a un abogado. Todos los sospechosos deben tener acceso a un abogado tan pronto se encuentren en custodia policial y durante todo el interrogatorio, y se les debe informar sobre su derecho a guardar silencio.

El proyecto de ley del Gobierno propone cambios de gran alcance al sistema de justicia penal, que incluyen transferir de los jueces a los fiscales la responsabilidad de dirigir las investigaciones. Sin embargo, hace sólo ajustes menores en lo que respecta a las normas que rigen el acceso un abogado de los acusados bajo custodia policial.

Asimismo, tampoco fortalece las garantías débiles de los acusados de terrorismo o delincuencia organizada, permitiendo los interrogatorios de sospechosos durante un máximo de 3 días sin un abogado presente. Las

⁶⁷⁴ EISEMANN, P. M. *L'intégration Du Droit International Et Communautaire Dans L'ordre Juridique national*. Edit. Kluwer Law International. Netherlands. 1996, pag. 245.

⁶⁷⁵ URÍA, L. *Escándalo en Francia por el auge de detenciones abusivas*, 23 de abril de 2010. www.lavanguardia.es

⁶⁷⁶ HUMAN RIGHT WATCH. www.hrw.org/es/news/2010/02/03/francia-las-propuestas-en-materia-de-justicia-son-insuficientes

complejas propuestas incluyen permitir a los acusados en causas penales ordinarias hablar con un abogado después de 12 horas en prisión, en lugar del actual plazo de 24 horas, además de una visita existente al principio de la detención. Sin embargo, los acusados aún pueden ser interrogados durante las primeras 24 horas sin un abogado.

El proyecto de ley mantiene severas limitaciones en el acceso a un abogado en casos de delitos graves. Los acusados en casos de narcotráfico podrían ver a un abogado después de 48 horas. Pero las reglas para acusados de terrorismo se mantendrían sin cambios, sin acceso a un abogado por un plazo máximo de tres días, durante lo que pueden ser muchas horas bajo interrogatorio. Después de tres días, a estos sospechosos se les permitiría media hora con un abogado. Pero luego pueden ser cuestionados por otras 24 horas antes de que puedan ver a un abogado de nuevo⁶⁷⁷.

En casos excepcionales, la ley permitiría a las autoridades mantener a un sospechoso bajo custodia policial durante un máximo de seis días, con el primer acceso a un abogado después de 96 horas, o cuatro días.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas instó a Francia en julio de 2008 a garantizar que los acusados de terrorismo tengan acceso a un abogado inmediatamente, sean informados de su derecho a guardar silencio al ser interrogados, y sean llevados sin demora ante un juez.

Para garantizar que la reforma del Código de Procedimientos Penales se lleve a cabo en consonancia con las obligaciones de Francia en virtud del derecho internacional de Derechos Humanos⁶⁷⁸, el Gobierno debe modificar el proyecto de ley para dar a todos los sospechosos bajo custodia policial:

- El derecho a tener un abogado desde el primer momento de la detención y durante todo el período de detención.
- El derecho a hablar en privado con un abogado sin límites de tiempo.
- El derecho a ser interrogados en presencia de un abogado.
- El derecho a ser notificados de su derecho a guardar silencio.

⁶⁷⁷ COURTIN, C. *La réforme de la garde à vue*. Edit. L'Harmattan. Francia, 2013, pag. 15.

⁶⁷⁸ COALICIÓN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. www.iccnw.org

Además, Human Rights Watch señaló, los abogados que asisten a los acusados bajo custodia policial deben tener acceso a información suficiente acerca de las pruebas contra sus clientes para proporcionar asesoramiento jurídico significativo. Por último, deben ser obligatorias las grabaciones de audio y video durante todos los interrogatorios bajo custodia policial⁶⁷⁹.

No queremos concluir este epígrafe sin hacer mención al hecho, de que en Francia las personas detenidas son beneficiarias de una serie de derechos atribuidos a todos los hombres. A ningún hombre se le pueden negar estos Derechos; en virtud de su dignidad humana; según la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, porque son inalienables; en cambio, resulta curioso, que en la actual legislación francesa no exista la expresión “derechos del detenido⁶⁸⁰”.

XII.1.2. La prisión provisional en Francia.

En Francia, la prisión provisional (*détention provisoire*) es una medida de privación de libertad de carácter excepcional, para el ingreso en prisión de un acusado en espera de un juicio.

La prisión provisional, llamada preventiva hasta 1970 (*détention préventive*), se rige por los artículos 143 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y por los artículos 131 y 135 del Código de Justicia Militar de Francia.

La prisión provisional sólo podrá ser ordenada o prolongada en uno de los casos enumerados a continuación:

1. Cuando la persona encausada pueda incurrir en una pena criminal.
2. Cuando la persona encausada pueda incurrir en una pena correccional de una duración igual o superior a tres años de prisión.

Además, la prisión provisional podrá igualmente ser ordenada en las condiciones previstas en el artículo 141-2⁶⁸¹ cuando la persona encausada se sustrajera voluntariamente de las obligaciones del control judicial⁶⁸².

⁶⁷⁹ HUMAN RIGHT WATCH. www.hrw.org/es/news/2010/02/03/

⁶⁸⁰ DEFLOU, A. *Le droit des détenus. Sécurité ou réinsertion*. Edit. Dalloz. Université de la Rochelle. Francia. 2010, pag. 7.

⁶⁸¹ Artículo 141-2. Si la persona encausada se sustrajera voluntariamente a las obligaciones del control judicial, el juez de instrucción podrá expedir en su contra una orden de detención o de conducción a su presencia. Podrá igualmente, de acuerdo con las

Establece el Código de Procedimiento Penal, en su art. 144 que la prisión provisional sólo podrá ser ordenada o prolongada si constituye el único medio, en los siguientes supuestos:

1. Para conservar las pruebas o los indicios materiales o impedir o bien una presión sobre los testigos o las víctimas y su familia, o bien una concertación fraudulenta entre personas encausadas y cómplices.
2. Para proteger a la persona encausada, garantizar su mantenimiento a disposición de la justicia, poner fin a la infracción o prevenir su repetición.
3. Para poner fin a un problema excepcional y persistente de orden público provocado por la gravedad de la infracción, las circunstancias de su comisión o la importancia del perjuicio que hubiera causado⁶⁸³.

Tal y como establece el art. 145.1 de la presente normativa en materia correccional, la prisión provisional no podrá exceder de cuatro meses si la persona encausada no hubiera sido aún condenada por crimen o delito de derecho común o bien a una pena criminal, o bien a una pena de prisión sin suspensión por un periodo superior a un año y cuando incurra en una pena inferior o igual a cinco años⁶⁸⁴.

En los demás casos, a título excepcional, el juge des libertés et de la détention podrá decidir prolongar la prisión provisional por un periodo que no podrá exceder de cuatro meses mediante auto motivado de conformidad con las

condiciones previstas en el párrafo cuarto del artículo 137-1, solicitar al juge des libertés et de la détention que decrete su prisión provisional. Cualquiera que fuese la pena de encarcelamiento prevista, el juge des libertés et de la détention podrá extender, en contra de esta persona, una orden de internamiento con vistas a su prisión provisional, a reserva de lo dispuesto en el artículo 141-3.

⁶⁸² OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Edit. La Ley. Madrid. 2008, pag. 367.

⁶⁸³ ARROLLO, ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Edic. de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 2007, pp. 147 y ss.

⁶⁸⁴ BOUCHARD, C.; SOMAT, A. y VILLERBU, L. *Temps psychiques, temps judiciaires: Etudes anthropologiques, psychologiques et juridiques*. Edit. L'Harmattan. París. 2009, pag. 45.

disposiciones del artículo 137-3⁶⁸⁵ y dictado tras un debate contradictorio organizado de conformidad con las disposiciones del párrafo sexto del artículo 145⁶⁸⁶, habiendo convocado al abogado según las disposiciones del párrafo segundo del artículo 114⁶⁸⁷.

Dicha decisión podrá ser renovada según el mismo procedimiento, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 145-3⁶⁸⁸, sin que la duración total de la prisión pueda exceder de un año. Sin embargo, la duración podrá ser de dos años cuando los hechos constitutivos de la infracción hayan sido cometidos fuera del territorio nacional o cuando la persona sea perseguida por tráfico de estupefacientes, terrorismo, asociación de malhechores, proxenetismo, extorsión de capitales o por una infracción cometida en banda organizada y que comporte una pena igual a diez años de prisión⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ Artículo 137 – 3. El juge des libertés et de la détention resolverá mediante auto motivado. Cuando ordene o prolongue una prisión provisional o cuando rechace una solicitud de puesta en libertad, dicho auto contendrá el enunciado de las consideraciones de derecho y de hecho sobre el carácter insuficiente de las obligaciones del control judicial y el motivo de la medida cautelar con referencia exclusiva a las disposiciones de los artículos 143-1 y 144. En todos los casos, el auto se notificará a la persona encausada que recibirá una copia íntegra contra firma al margen en el expediente del sumario.

⁶⁸⁶ El juge des libertés et de la détention resolverá en audiencia en el despacho, tras un debate contradictorio en el curso del cual oirá al Ministerio Público plantear sus posiciones tomadas de conformidad con el párrafo tercero del artículo 82 además de las observaciones de la persona encausada y, en su caso, las de su abogado.

⁶⁸⁷ Los abogados serán convocados como mínimo cinco días hábiles antes del interrogatorio o de la audiencia de la parte a la que asistan mediante carta certificada con acuse de recibo, fax con recibo o verbalmente con anotación al margen en el expediente del procedimiento.

⁶⁸⁸ Artículo 145-3. Cuando la duración de la prisión provisional exceda de un año en materia criminal o de ocho meses en materia delictiva, las decisiones que ordenen su prórroga o que rechacen las peticiones de puesta en libertad deberán asimismo ir acompañadas de las indicaciones particulares que justifiquen en concreto la diligencia de la información y el plazo previsible de terminación del procedimiento. Sin embargo no será necesario que la orden de prórroga indique la naturaleza de las investigaciones a las que el juez de instrucción tenga la intención de proceder si dicha indicación pudiera obstaculizar el cumplimiento de las investigaciones.

⁶⁸⁹ BOUCHARD, C.; SOMAT, A. y VILLERBU, L. *Temps psychique...ob. cit.* 2009, pag. 45.

Excepcionalmente, cuando las investigaciones del juez de instrucción deban proseguir y cuando la puesta en libertad del encausado causara un riesgo de particular gravedad para la seguridad de las personas y los bienes, la cámara de instrucción puede prolongar por un periodo de cuatro meses adicionales, la duración de dos años prevista en el presente artículo.

Respecto a la incomunicación establece la legislación vigente, que cuando la persona encausada esté sometida a prisión provisional, el juez de instrucción podrá prescribir en su contra la incomunicación por un periodo de diez días. Esta medida podrá renovarse, pero solamente por un nuevo periodo de diez días⁶⁹⁰.

En ningún caso, la prohibición de comunicarse se aplicará al abogado de la persona encausada. Sin perjuicio de las disposiciones que preceden, toda persona sometida a prisión provisional podrá, con la autorización del juez de instrucción, recibir visitas en la prisión.

El art. 147 regula que en cualquier materia, la puesta en libertad con o sin control judicial podrá ser ordenada de oficio por el juez de instrucción tras dictamen del Fiscal, a condición de que la persona encausada se presente en todos los actos del procedimiento tan pronto como sea requerida en ellos y mantenga informado al juez instructor de todos sus desplazamientos.

El Fiscal podrá igualmente requerirla en cualquier momento. Salvo si ordena la puesta en libertad de la persona, el juez de instrucción deberá, en los cinco días siguientes a los requerimientos del Fiscal, trasladar el expediente, con su dictamen razonado, al juez de libertad y de la detención, que resolverá en el plazo de tres días laborables.

XII.2. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN ITALIA.

La Constitución italiana entre sus Principios Fundamentales establece que todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

⁶⁹⁰ AMBOS, K. *Estudios de derecho penal internacional*. EDIT. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004, pp. 116 y ss.

Según el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal Italiano⁶⁹¹ la libertad de la persona puede estar limitada sólo a las medidas cautelares de conformidad con las disposiciones del presente título⁶⁹².

El Código de Procedimiento Penal italiano se rige por el principio de legalidad⁶⁹³. Y el Ministerio Público es independiente, ya que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Por lo tanto, las atribuciones del Ministerio Público son amplias, ya que puede hacer comparecer e interrogar testigos e imputados, secuestrar cosas o documentos, allanar domicilios, hacer pericias y arrestar preventivamente al sospechoso⁶⁹⁴.

El artículo 274 que versa sobre las medidas cautelares, establece que las medidas deberán ser impuestas en tres supuestos⁶⁹⁵:

- a) En caso de requisitos específicos y obligatorios en relación con la investigación de los hechos por los que se procede, con las situaciones de peligro real y presente para la adquisición o autenticidad de la evidencia⁶⁹⁶.
- b) Cuando el acusado se ha dado a la fuga o existe el peligro real de que se fuga.
- c) Cuando, por las condiciones y circunstancias específicas del delito, la personalidad de la persona objeto de investigación, o por sus antecedentes penales, existe un peligro real contra el orden constitucional o de la delincuencia organizada o del mismo tipo que aquellos para los que procede.

⁶⁹¹ Título I, del Libro IV, del Código de Procedimiento Penal de 1988.

⁶⁹² GARLATI, L. *L'inconcio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura procesualpenalistica italiana*. Edit. Università Degli Studi Di Milano. Milán. 2010, pag. 135.

⁶⁹³ GUZMÁN, N. M. *Algunos aspectos del modelo Procesal Penal italiano*. Edit. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires. 2002, pp. 619 y ss.

⁶⁹⁴ Esto último en casos de urgencia y por breve lapso hasta obtener la orden de un Juez.

⁶⁹⁵ MARTINELLI, C. *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*. Giuffrè Editore. Milan. 2008, pag. 138.

⁶⁹⁶ Las situaciones de peligro real y presente no pueden ser identificados en la negativa de la persona objeto de investigación o acusados de realizar declaraciones o en la no admisión de cargos.

En caso de incumplimiento de las exigencias inherentes a una medida cautelar, el Tribunal podrá disponer la sustitución o una combinación con otra más grave, dada la magnitud de las causas y circunstancias de la infracción.

Cuando se trata de la vulneración de las exigencias inherentes a la descalificación, el Tribunal podrá disponer la sustitución o una combinación con una medida de restricción.

XII.2.1. La detención policial en Italia.

Entre los derechos y deberes de los ciudadanos, el Título I de la Constitución establece que la libertad personal es inviolable. Continúa el precepto reconociendo que no procederá ninguna forma de detención, inspección o registro personal ni otra restricción cualquiera de la libertad personal salvo por razonado de la autoridad judicial y únicamente en los casos y del modo previstos por la ley⁶⁹⁷.

Expresa la Constitución italiana el mandato de que: “Se castigara toda violencia física y moral” y que: “Ley establecerá los límites máximos de la detención preventiva⁶⁹⁸”.

El art. 88 de la Constitución establece que los miembros del Parlamento no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, continua expresando que ningún miembro puede ser detenido a menos que sea sorprendido o aparejado el auto judicial o la orden de busca y captura⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ MARTINES, T. *Diritto costituzionale*. Edit. Giuffrè. Italia. 2011, pag. 94.

⁶⁹⁸ 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 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 para adoptar medidas provisionales que deberán ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas siguiente a la autoridad judicial y que, de no ser confirmadas por esta en las cuarenta y ocho subsiguiente, se consideraran revocadas y no surtirán efecto alguno. Se castigara 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.

⁶⁹⁹ Art. 88. Los miembros del Parlamento no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sin autorización de la

El 18 de mayo de 2009, el Comité Contra la Tortura publicó sus observaciones finales sobre Italia. El Comité recomendó a Italia que incorporase en su derecho interno el delito de tortura y adoptase una definición de tortura que abarcara todos los elementos contenidos en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁷⁰⁰.

También recomendó que todos los agentes encargados de cumplir la ley contasen con el equipo y la formación adecuados para emplear medios no violentos y para no recurrir a la fuerza y a las armas de fuego más que cuando ello fuera estrictamente necesario, y de forma proporcional. El Comité observó con preocupación la persistencia de denuncias de uso excesivo de la fuerza y de malos tratos por parte de agentes de las fuerzas del orden.

En relación con la rendición de cuentas de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que empleaban violencia innecesaria y desproporcionada, el Comité contra la Tortura recomendó que Italia “reforzase sus medidas para

Cámara a la que pertenezca, ningún miembro del Parlamento podrá ser sometido a procedimiento penal, ni podrá ser detenido, o privado en alguna forma de su libertad personal, ni sujeto a registro personal o domiciliario, a menos que sea sorprendido o aparejado el auto judicial o la orden de busca y captura. La misma autorización será necesaria para detener o mantener detenido a un miembro del Parlamento en ejecución de una sentencia, aun cuando sea firme.

⁷⁰⁰ Art. 1. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

garantizar una investigación rápida, imparcial y efectiva de todas las denuncias de tortura y malos tratos cometidos por agentes de las fuerzas del orden⁷⁰¹.

XII.2.2. La prisión provisional en Italia.

Según el artículo 275.3 del Código de Procedimiento Penal italiano, la prisión preventiva puede ser ordenada sólo cuando las demás medidas sean inadecuadas⁷⁰².

También recoge el mencionado precepto, que no puede ser puesto en prisión preventiva en la cárcel, a menos que las necesidades preventivas así, lo requieran, cuando los acusados son una mujer embarazada o madre de los niños menores de tres años que viven con ella, o su padre si la madre ha muerto o es absolutamente incapaz de cuidar de los hijos, o la persona que ha superado la edad de setenta años⁷⁰³.

Además, se establece que no se puede establecer la prisión preventiva cuando el acusado es una persona que esta infectado de VIH/SIDA, con una inmunodeficiencia grave, comprobadas de conformidad con el artículo 286 bis, apartado 2⁷⁰⁴, o por otra enfermedad especialmente grave, cuyo efecto sus condiciones de salud son incompatibles con el estado de detención y, como no permitir el tratamiento adecuado en el caso de la detención en la cárcel.

XII.2.3. Adopción de otras medidas cautelares en Italia.

Establece el art. 275 bis, en su apartado 1º, que al realizar la medida de arresto domiciliario en lugar de la prisión preventiva, el Tribunal, si lo considera necesario, establece los procedimientos de control por medios electrónicos u otros medios técnicos⁷⁰⁵ cuando se ha determinado la voluntad por parte de la policía.

⁷⁰¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL EE.UU.. www.amnestyusa.org.

⁷⁰² GAITO, A. y BARGI, A. *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*. Edit. Wolters Kluwer. Torino. 2007, pag. 876.

⁷⁰³ COSTANZO, G. *Madre e bambino nel contesto carcerario italiano*. Edit. Armando. Roma. 2013, pag. 21.

⁷⁰⁴ Por Decreto del Ministerio de Salud, se definen los casos de VIH/SIDA y se establecen procedimientos de diagnóstico, médicos y legales para su evaluación.

⁷⁰⁵ AUTIERI, D. *Un braccialetto diverso. La due Città*, nº. 1,2 año II, pág. 14.

Por la misma medida, el Juez aplica la medida de prisión preventiva en la cárcel si el demandado se niega su consentimiento para la adopción de los medios y los instrumentos descritos anteriormente⁷⁰⁶.

XII.3. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN PORTUGAL.

La Constitución de Portugal entre los Principios fundamentales en los que se asienta esta el que recoge el art. 2 que enuncia que: “La República Portuguesa es un Estado de derecho democrático, basado en la soberanía popular, en el pluralismo de expresión y organización política democráticas, en el respeto y en la garantía de efectividad de los derechos y libertades fundamentales y en la separación e interdependencia de poderes, que tiene por objetivo la realización de la democracia económica, social y cultural, así como la profundización de la democracia participativa⁷⁰⁷”.

XII.3.1. La detención policial en Portugal.

El art. 27 de la Constitución recoge el derecho a la libertad y a la seguridad de todos, a excepción de los casos previstos en la ley, entre los que se encuentra el de detención por: flagrante delito, por fuertes indicios de haberse cometido un delito, por resolución judicial o por detención de sospechosos a los efectos de identificación⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ En Italia el arresto domiciliario bajo control telemático no es ninguna novedad desde su introducción en el 2001 como alternativa a la prisión provisional y al cumplimiento de las penas pequeñas de privación de libertad, la tendencia a propagarse puede ser definida como irrefrenable.

⁷⁰⁷ BARRETO, A.; GÓMEZ, B. y MAGALHÃES, P. *Portugal: democracia y sistema político*. Edit. Siglo XXI. Madrid. 2003, pag. 69.

⁷⁰⁸ Artículo 27. Del derecho a la libertad y a la seguridad. Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser total o parcialmente privado de su libertad, salvo a consecuencia de sentencia judicial condenatoria por acto castigado por ley con pena de prisión o de aplicación judicial de una medida de seguridad. Se exceptúa de este principio la privación de libertad, por el tiempo y en las condiciones que la ley establezca, en los casos siguientes: 1. Detención en flagrante delito. 2. Detención o prisión preventiva por fuertes indicios de haberse cometido un delito doloso al que corresponda pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años. 3. Prisión, detención u otra medida

Continúa el articulado de la Constitución haciendo referencia a la detención. Así, el art. 28.1 recoge que: “la detención será sometida, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a examen judicial, para restituir la libertad o para imponer la medida de coacción adecuada, debiendo el Juez conocer las causas que la determinaron y comunicarlas al detenido, interrogarlo y darle oportunidad de defenderse⁷⁰⁹” y que cuando se ordene por mandato judicial que continúe esta medida cautelar, el detenido tiene derecho a que se le comunique a la persona que el establezca⁷¹⁰.

También se regula en esta Constitución el proceso de habeas corpus para poder erradicar el abuso de poder ante una detención ilegal. Así, el art. 31 de la Constitución establece que Habrá habeas corpus contra el abuso de poder, en virtud de prisión o detención ilegal, y será requerida ante el Tribunal competente. La providencia de habeas corpus puede ser requerida por el propio interesado o por cualquier ciudadano en el disfrute de sus derechos políticos⁷¹¹.

coactiva sujeta a control judicial de persona que haya penetrado o que permanezca irregularmente en el territorio nacional o contra la que esté en curso un procedimiento de extradición o de expulsión. 4. Prisión disciplinaria impuesta a militares, con la garantía de recurso ante el Tribunal judicial competente. 5. Sometimiento de un menor a medidas de protección, asistencia o educación en un establecimiento adecuado, decretadas por el Tribunal judicial competente. 6. Detención por resolución judicial por desobediencia a una resolución tomada por un Tribunal o para asegurar la comparecencia ante autoridad judicial competente. 7. Detención de sospechosos a los efectos de identificación, en los casos y por el periodo de tiempo estrictamente necesarios. 8. Internamiento de portador de anomalía psíquica en establecimiento terapéutico adecuado, decretado o confirmado por autoridad judicial competente. Toda persona privada de libertad debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de las razones de su prisión o detención, así como de sus derechos. La privación de libertad contra lo dispuesto en la Constitución y en la ley obliga al Estado a indemnizar a la persona lesionada en los términos que la ley establezca.

⁷⁰⁹ ALEXI, R. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista española de derecho constitucional, nº 66. 2002, pp. 51 – 52.

⁷¹⁰ Art. 28.3. La resolución judicial que ordene o mantenga una medida de privación de libertad debe ser inmediatamente comunicada a algún pariente o persona de confianza del detenido, indicados por éste.

⁷¹¹ MOLINARES HASSAN, V. *Notas sobre constitución, organización del estado y derechos humanos*. Edic. Uninorte. Colombia. 2009, pag. 238.

A partir de la última década del S. XX, a estancias del Comité de Derechos Humanos, Portugal realiza una serie de medidas para mejorar las detenciones policiales. Así, se crea en 1995 la Inspección General de la Administración Interna en el Ministerio del Interior, encargada de iniciar investigaciones de denuncias de abusos de la policía. También se crea en 2000 de la Inspección General de Servicios de Justicia, así como la Oficina del Defensor del Pueblo⁷¹².

En el año 2003 el Comité De Derechos Humanos en su sesión 78^o expresó su preocupación por los casos denunciados en Portugal de uso desproporcionado de la fuerza y de malos tratos infligidos por la policía, en particular en el momento de la detención y durante la prisión preventiva, que en algunos casos han provocado la muerte de las víctimas. La violencia policial contra personas pertenecientes a minorías étnicas es al parecer un hecho frecuente. Preocupa asimismo al Comité la información según la cual los sistemas judicial y administrativo no investigan de manera pronta y eficaz esos casos, particularmente los relativos a la muerte de varias personas en 2000 y 2001, presuntamente causada por agentes policiales⁷¹³.

XII.3.2. La prisión provisional en Portugal.

El artículo 191 del Código Procesal Penal expresa que la libertad del pueblo sólo se puede limitar, total o parcialmente, en función de los requisitos procesales para la naturaleza protectora, mediante medidas coercitivas y de garantía de activos previstas por la ley⁷¹⁴.

La prisión preventiva es, además de una medida cautelar, una pena privativa de libertad, y como tal se ha de regir por el principio que viene regulado en la Ley 115/2009, de 12 de octubre, concretamente, en su art. 3 que expresa que se ha de garantizar el respeto de la dignidad humana (que pertenece a todos los hombres) y a los demás principios fundamentales consagrados en la Constitución

⁷¹² Comité De Derechos Humanos. 78^o período de sesiones. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos : Portugal. 17/09/2003.

⁷¹³ AMNISTÍA INTERNACIONAL EE.UU. *Los derechos humanos en Portugal*. 2005. www.amnestyusa.org

⁷¹⁴ FONSECA, J. C. *Reformas penais em Cabo Verde: um novo Código Penal para Cabo Verde*. Edit. Instituto de Promoção Cultural - Direcção do Livro. Cobo verde. 2001, pag. 115.

de la República Portuguesa, el derecho internacional y las demás leyes que rigen el funcionamiento de la República.

El art. 202.1 del Código Procesal Penal establece que se puede requerir al acusado la prisión preventiva cuando:

1. Existe una fuerte evidencia de que un delito punible con pena de prisión de un máximo superior a 5 años.
2. Existe una fuerte evidencia de que un delito grave que corresponde a los delitos violentos.
3. Existe una fuerte evidencia de que el delito grave de terrorismo o que representa la delincuencia organizada altamente punible con pena de prisión superior a 3 años como máximo
4. Hay una fuerte evidencia de que un delito grave a la integridad física calificado, robo, daño calificado, fraude informático y de las comunicaciones, la recepción, la falsificación o la falsificación de documentos, los que socava la seguridad del transporte por carretera, que se castiga con pena de prisión superior a 3 años.
5. Existe una fuerte evidencia de la comisión de un delito grave por posesión de armas y otros dispositivos, productos o sustancias, punibles con pena máxima de prisión de hasta tres años.
6. Se trata de una persona que ha entrado o permanecido ilegalmente en el país, o bien se encuentra con la extradición en curso o el proceso de deportación⁷¹⁵.

Respecto a sujeto con trastorno mental a los que se le impone la prisión preventiva, el Juez puede imponer oído el defensor y, un miembro de la familia, siempre que sea posible, que se lleve a cabo la detención preventiva en un hospital psiquiátrico u otra propiedad análoga adecuada, tomando las precauciones necesarias para evitar los peligros de fuga y de cometer nuevos delitos.

No se puede imponer la prisión preventiva, si no se dan alguno de los siguientes supuestos que establece el Código Procesal Penal:

- 1) Riesgo de Fuga.

⁷¹⁵ NICOLITT, A. *Lei nº 12.403/2011. O Novo Processo Penal Cautelar*. Edit. Elsevier. Portugal. 2011, pag. 72.

- 2) Riesgo de interrupción de la investigación y, en particular peligro para la adquisición, la conservación o la veracidad de las pruebas.
- 3) Peligro, debido a la naturaleza y circunstancias de la infracción o la personalidad del acusado, que sigue en la actividad criminal o perturbando el orden público y la tranquilidad⁷¹⁶.

XII.3.3. Otras medidas cautelares penales personales.

El Código Procesal Penal de Portugal reguló, en el Libro IV, Título II, otras medidas cautelares penales personales, además de la prisión preventiva⁷¹⁷:

1. Obligación de presentación periódica. Si el delito imputado se castiga con una pena máxima de prisión superior a seis meses, el tribunal puede requerir el demandado está obligado a comparecer ante una autoridad judicial o un ciertos cuerpos de policía criminal en los días y horas predeterminados. La obligación de presentación periódica se puede combinar con cualquier otro medio de coacción, con la excepción de la obligación de permanecer en la vivienda y la prisión preventiva.
2. Suspensión de ejercicio de funciones, profesión o derechos. Si el delito del imputado se castiga con una pena máxima de prisión de hasta dos años, el tribunal podrá imponer al demandado, de forma acumulativa, en su caso, con cualquier otro medio de coacción, la suspensión del ejercicio:
 - a) Profesión, función o actividad, públicos o privados.
 - b) La custodia, la tutela, la guarda, la gestión de la propiedad o la emisión de valores; cuando es probable que se promulgue como efecto del delito imputado.
3. Prohibición de permanencia, de ausencia o de contactos. Si hay una fuerte evidencia de que un delito punible con pena de prisión superior a máximo de tres años, el tribunal podrá imponer al demandado, de forma acumulativa o por separado las siguientes obligaciones:
 - a) No permanecer sin autorización en una zona determinada de la ciudad, parroquia o del condado o de la residencia donde se

⁷¹⁶ NICOLITT, A. *Lei n.º...ob. Cit.* 2011, pag. 55.

⁷¹⁷ SENADO FEDERAL. *Revista de informação legislativa*, n.º 183 – 184. Edit. Subsecretaria de Edições Técnicas. Portugal. 2009, pag. 12.

- cometió el delito o donde el habita ofendido, sus familiares y otras personas sobre los cuales se puede cometer nuevos delitos.
- b) No dejar el pueblo, parroquia o condado de su residencia, o y no podrá ausentarse sin permiso, a excepción de los lugares predeterminados, incluyendo el lugar de trabajo.
 - c) Que no compre o use armas u otros objetos y utensilios que faciliten la comisión de otro delito.
4. Obligación de permanecer en habitación. La obligación de permanecer en la vivienda puede ser añadido a la obligación de no ponerse en contacto, por cualquier medio, con ciertas personas, como por ejemplo, para ofrecerle asistencia social o sanitaria. Para el cumplimiento de esta obligación, los medios técnicos de control remoto se puede utilizar de acuerdo con la ley.

El gobierno de Portugal modificó en 1999 el Código de Procedimiento penal permitiendo aplicar la vía telemática para atenuar la prisión preventiva.

XII.4. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES PENALES EN PERÚ.

El artículo 2 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal de Perú de 2004, establece que: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado⁷¹⁸.”

XII.4.1. La detención policial en Perú.

La promulgación del nuevo código procesal penal, mediante Decreto Legislativo 957, y Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de julio de 2004 de fecha 27, nos sirve para analizar la institución de la detención. Sus

⁷¹⁸ HURTADO POZO, J. *La Reforma Del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*. Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2004, pag. 465.

disposiciones resaltan las características propias del derecho a la libertad personal. Libertad protegida tanto por las normas constitucionales, como por los Tratados y Convenios Internacionales que tienen fuerza de leyes por haber sido ratificados de acuerdo a la Constitución.

En estos cuerpos legales y en su Carta Fundamental, se prevén, de un lado, el respeto al derecho a la libertad personal y, de otro lado, las excepciones que la restringen: la detención, la forma y términos en que debe llevarse a cabo. Por esto es necesario analizar, de *lege data*⁷¹⁹ y de *lege ferenda*⁷²⁰, la manera cómo se regula esta medida en el nuevo Código Procesal⁷²¹.

Las normas internacionales ponen de relieve, junto al derecho a la vida, el derecho a la libertad de la persona, como exigencia genérica de la naturaleza humana. Es el caso, por ejemplo, del art. 3 de la Declaración de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966⁷²². En éste, se establece que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales" y se prohíbe la privación de la libertad "salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". Disposición similar contiene la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1,969⁷²³, así como el art. 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950⁷²⁴.

⁷¹⁹ *Lege data*: determinar cuáles son los delitos, tipificados en el CP, que violan Derechos Humanos.

⁷²⁰ *Lege ferenda*: plantear cuáles son las conductas vulneradoras de derechos humanos fundamentales no previstas en nuestro código y que sería necesario preverlas.

⁷²¹ HERRERA GUERRERO, M. R. *La justicia penal negociada. Un análisis comparativo entre los procesos español y peruano*. Tesis Doctoral. Universidad de Alcalá de Henares. Madrid. 2010, pag. 73.

⁷²² De 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Perú en la décimo sexta disposición general de la Constitución de 1979.

⁷²³ Art. 7. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estado Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

⁷²⁴ NAVAS CASTILLO, A. y NAVAS CASTILLO, F. *Derecho constitucional: estado constitucional*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005, pag. 356.

La Constitución peruana reconoce en su art. 2.24, de un lado, a toda persona el derecho a la libertad y seguridad personal y, de otro lado, establece la excepción a esta regla: “no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley” y continua manifestando el precepto que: “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito⁷²⁵.”

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas⁷²⁶.

Según el art. 71.1 del Código Procesal Penal “El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso”.

Continua el precepto afirmando que el detenido tiene derecho a que se le informe del motivo de su detención, puede decidir a quien se le debe notificar que esta en dependencias policiales, así como, de abstenerse de declarar y no se pueden expresar medidas intimidatorias contrarias a su dignidad, y por último, puede pedir ser examinado por un médico forense⁷²⁷.

⁷²⁵ CANOSA USERA, R. *El derecho a la integridad personal*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2006, pag. 47.

⁷²⁶ Art. 2.24.f. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

⁷²⁷ Art. 71.2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

- a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
- d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;
- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y

La Coordinadora Estatal de Derechos Humanos de Perú denunció en noviembre de 2009, el abuso policial contra comuneros de Huancabamba. Entre estos abusos destacan las detenciones irregulares que realizaron los miembros de la policía. Pero, no menos sorprendente es la denuncia que hace el 30 de junio de 2009 la Coordinadora a través de su Blog⁷²⁸. En ella recoge la detención irregular de un joven de 21 años: “a los policías no les gustó la actitud del joven y quisieron quebrarlo. Golpes de todo calibre, varazos, pisotones en la cara, horas encapuchado y a ratos desnudo con varios policías amenazándolo de violación y muerte es el repertorio de un libreto que ocurre con frecuencia en diferentes comisarías, cuarteles, cárceles y otros lugares de detención en el país”.

Continúa la Coordinadora de Derechos Humanos denunciando que: “es el Estado quien permite a sus agentes del orden que violen los derechos fundamentales de los peruanos, y por otro lado, requiere que nuestra sociedad se mantenga anestesiada por la indiferencia, la discriminación (en el Perú se tortura de acuerdo al color y el status socio-económico) y los patrones de relación autoritarios⁷²⁹”.

El Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, programa conjunto de la Organización Mundial contra la Tortura y de la Federación Internacional de Derechos Humanos, solicitó el 27 de noviembre de 2009, en Perú, su intervención urgente, ya que se había producido la detención arbitraria del Secretario General del Sindicato de Trabajadores de Casapalca y de un dirigente del mismo sindicato⁷³⁰.

XII.4.2. La prisión preventiva en Perú.

En Perú, En el marco del proceso, la prisión preventiva, como medida cautelar, está llamada a ser una medida de *ultima ratio*, y por tanto, excepcional.

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

⁷²⁸ GAMARRA HERRERA, R. *Denunciamos abuso policial contra comuneros de Huancabamba*. Blog de la Coordinadora Estatal de Derechos Humanos de Perú. 13 de noviembre de 2009. www.blog.dhperu.org

⁷²⁹ JIBAJA ZÁRATE, C. *Solidaridad con las víctimas de tortura*. Blog de la Coordinadora Estatal de Derechos Humanos de Perú. 30 de junio de 2009. www.blog.dhperu.org

⁷³⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA. www.omct.org.

El Código Procesal Peruano de 2004 establece que los fines del proceso cautelar son dos⁷³¹:

1. Prevenir, según los casos, los riesgos de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad.
2. Evitar el peligro de reiteración delictiva.

El Código Procesal Peruano establece los requisitos⁷³², que sustentan la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar sin distinción de delitos. Así, el Juez de investigación preparatoria deberá analizar los hechos según lo expuesto por el fiscal y la defensa para determinar la existencia de tres presupuestos de forma concurrente y obligatoria:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este.
- b) Que la sanción por imponerse por el caso concreto sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
- c) Que los antecedentes y otras circunstancias del caso particular permitan colegir razonablemente que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad⁷³³ (peligro de obstaculización).

También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a esta, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados, o para obstaculizar la averiguación de la verdad⁷³⁴.

Respecto al tiempo de Prisión preventiva establece el artículo 272 del Código Procesal Penal establece que si el caso no reviste características de

⁷³¹ La Sentencia Casatoria N.º 01-2007, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, señaló adicionalmente como fines de la prisión preventiva los dos siguientes: 1) garantizar una normal y exitosa investigación de los hechos y actos que se atribuyen al imputado; y 2) asegurar la futura ejecución penal.

⁷³² Denominados *presupuestos materiales*.

⁷³³ Artículo 268.1 Código Procesal Peruano.

⁷³⁴ Artículo 268.2 Código Procesal Peruano.

complejidad, la prisión preventiva no durará más de 9 meses y, en los casos en que se llevan procesos complejos, el plazo de la detención se podrá extender a 18 meses.

Además, Código Procesal establece una segunda prolongación por 18 meses más, previa solicitud fundamentada del fiscal siempre que concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación preparatoria y que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia⁷³⁵.

La prisión preventiva en Perú debe ser aplicada con ciertas garantías y controles judiciales, los que son de ineludible cumplimiento por parte de los operadores judiciales. Entre éstas están⁷³⁶:

- 1) La comprobación de presupuestos materiales y formales que justifiquen su aplicación.
- 2) La legitimidad procesal en el Ministerio Público para su requerimiento.
- 3) El rebate y la contradicción de dicho requerimiento por parte de la defensa del imputado, expresado en una audiencia creada exclusivamente para ello.
- 4) La oralidad y la inmediación como garantías judiciales de una verdadera tutela procesal efectiva.
- 5) Los plazos mínimos y máximos establecidos para su duración.
- 6) Su consideración por una instancia revisora.
- 7) La posibilidad de imponer medidas coercitivas alternativas a la prisión preventiva.

La prisión preventiva como medida cautelar podrá ser sujeta a revisión mediante un pedido de cesación. La cesación de la prisión preventiva consiste en un pedido realizado por la defensa del imputado detenido, en virtud de la cual se solicita la finalización de la prisión preventiva cada vez que:

1. Nuevos elementos de convicción demuestren que ya no concurren los presupuestos materiales que la determinaron.

⁷³⁵ El artículo 274 del Código Procesal.

⁷³⁶ DE LA JARA, E.; CHÁVEZ-TAFUR, G.; RAVELO, A., GRÁNDEZ, A., DEL VALLE, O. y SÁNCHEZ, L. *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?*. Edit. Instituto de Defensa Legal. Perú. 2013, pag. 31.

2. Cuando el plazo de la prisión preventiva haya concluido. Frente a esta decisión, sea que se le otorgue la libertad o se la deniegue, procede un recurso impugnatorio de apelación⁷³⁷.

Igualmente, el artículo 283 del Código Procesal 2004 establece que la persona privada de su libertad podrá solicitar al juez de investigación preparatoria la cesación de la prisión preventiva y, consecuentemente, su variación por cualquier otra medida, las veces que lo considere conveniente.

⁷³⁷ DE LA JARA, E.; CHÁVEZ-TAFUR, G.; RAVELO, A., GRÁNDEZ, A., DEL VALLE, O. y SÁNCHEZ, L. *La prisión preventiva en Perú. ¿Medida preventiva o pena anticipada?* Edit. Instituto de Defensa Legal. Lima. 2013, pag. 35.

XIII. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES

XIII. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES.

En este apartado describiremos por un lado los instrumentos universales de protección de los Derechos Humanos, centrándonos sobre todo, en Europa; y por otro, analizaremos la protección los Derechos Humanos en la Administración de Justicia, a través de las Naciones Unidas. Así como, los Sistemas Supranacionales de reconocimiento y protección de Derechos Humanos.

XIII.1 INSTRUMENTOS UNIVERSALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. El art. 3 enuncia: “El derecho a la libertad y a la seguridad de su persona”. Prosigue afirmando que: “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. También se expresa en el art. 9 de la Declaración que nadie puede ser detenido arbitrariamente⁷³⁸.

Dos años más tarde, en Europa, los gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, firman el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁷³⁹. Al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este Convenio reconoce que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, del mismo modo, se pronuncia el Consejo de Europa, afirmando que todo ciudadano tiene derecho a la libertad y a la seguridad⁷⁴⁰.

También se enumeran los casos en que una persona puede ser privada de libertad y los derechos que se tienen durante la detención: derecho a ser informado de los motivos, en una lengua que comprenda, derecho a ser conducida sin dilación a presencia de un juez, derecho a poder, derecho

⁷³⁸ Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

⁷³⁹ De 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979.

⁷⁴⁰ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El Convenio Europeo...ob. cit.* 2005, pag. 168.

presentar un recurso ante un órgano judicial y derecho a reparación en caso de detenciones ilegales⁷⁴¹.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁴², en su art. 7 expresa que: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". También se reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad personal y que nadie puede ser detenido de forma arbitraria⁷⁴³.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, se realizó en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969⁷⁴⁴.

Esta Convención tiene su propósito en consolidar en el continente americano, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

⁷⁴¹ Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad. 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 Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. Toda persona detenida preventivamente 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. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

⁷⁴² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

⁷⁴³ Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

⁷⁴⁴ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Anuario interamericano de derechos humanos*. Kluwer Law International. Massachusetts, Usa. 1998, pag. 115.

El art. 5 versa sobre el “Derecho a la Integridad Personal”, en el que se recoge el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral de la persona y se prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes⁷⁴⁵.

El Consejo Islámico de Europa, una organización con sede en Londres afiliada a la Liga Musulmana Mundial, presentó en 1981 la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos⁷⁴⁶.

En 1990, la XIX Conferencia Islámica celebrada en el Cairo promulgó la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam⁷⁴⁷. En 1994, el Consejo de la Liga de Estados Árabes aprobó la Carta Árabe de Derechos Humanos.

Estos tres documentos someten los Derechos Humanos a la Ley Islámica, por lo que entran en conflicto con principios recogidos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948. Por ejemplo, la libertad religiosa proclamada en la Declaración Universal no es compatible con la condena de la apostasía que formula la Ley Islámica⁷⁴⁸.

Se argumenta también que en 1948 las Naciones Unidas estaban dominadas por los países occidentales, y que los países que se adhirieron posteriormente a las Naciones Unidas no tuvieron posibilidad de opinar sobre el contenido de la Declaración Universal. Pero también es cierto que los autores de la Declaración Universal tuvieron la gran visión y la amplitud de miras necesarias

⁷⁴⁵ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

⁷⁴⁶ RUIZ FIGUEROA, L. *El Islam y Occidente desde América Latina*. Edit. El Colegio de México, A. C. México. 2007, pag. 84.

⁷⁴⁷ MIKUNDA FRANCO, E. *Derechos humanos...ob. cit.* 2001, pag. 41.

⁷⁴⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL. www.amnistiacatalunya.org.

para abordar la redacción de un texto con clara e irrenunciable vocación de universalidad, sin duda perfectible, pero no mutilable⁷⁴⁹.

La Conferencia Internacional Islámica en 1981, proclama su Declaración de los Derechos Humanos, en el que se proclama el derecho a la libertad⁷⁵⁰. También se prohíbe cualquier tipo de tortura mental o física.

El Estatuto de Roma de la Corte Internacional de 1998 fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. A partir de aquí se constituye una Corte Penal Internacional⁷⁵¹.

La Corte es una institución permanente, está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se rigen por las disposiciones del presente Estatuto.

XIII.1.2. Los Derechos Humanos en la Administración de Justicia.

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Asamblea General adoptó en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura⁷⁵² y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

⁷⁴⁹ Cuando se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 Arabia Saudita se abstuvo en la votación. Durante el proceso de redacción, ya había manifestado sus discrepancias a causa de las dificultades de armonizar el texto que se estaba gestando con los principios de la Ley Islámica.

⁷⁵⁰ GARÍN, P. M^a. *Temas de Derecho eclesiástico del Estado*. Serie derecho, vol. 76. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2009, pag. 71.

⁷⁵¹ SALINAS DE FRÍAS, A. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. *Soberanía del estado y derecho internacional: homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo 1*. Edit. Catalogo de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: derecho, nº 115. Sevilla. 2005, pag. 104.

⁷⁵² Artículo 1. Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se

En la Declaración se especifica que: “Todo Estado tomará, de conformidad con las disposiciones de la presente Declaración, medidas efectivas para impedir que se practiquen dentro de su jurisdicción torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Continúa la Declaración propuesta por las Naciones Unidas que en el adiestramiento de la policía se asegurará que se tenga en cuenta la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

También se puntualiza en su art. 6 que cada Estado vigilara las técnicas de interrogatorio y el trato de los detenidos⁷⁵³. También se recoge que cuando una persona alegue que ha sido sometida a tortura, el Estado examinara el caso de forma imparcial⁷⁵⁴.

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Asamblea General adoptó en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En el art. 2 del Presente Código se recoge que los “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas⁷⁵⁵”.

considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

⁷⁵³ HIKAL, W. *Criminología, Derechos Humanos y Garantías Individuales*. Edit. Porrúa. México. 2010, pag. 222.

⁷⁵⁴ Artículo 8. Toda persona que alegue que ha sido sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por un funcionario público o a instigación del mismo, tendrá derecho a que su caso sea examinado imparcialmente por las autoridades competentes del Estado interesado.

⁷⁵⁵ Artículo 5. Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

Se recoge en la Convención que todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción; sin que se pueda invocar circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. En la II parte de la Convención se enuncia la creación de un Comité Contra la Tortura⁷⁵⁶.

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Asamblea General adoptó en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, un conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. El primero de ellos enuncia que cualquier tipo de detención “será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Continúa expresando el Alto Comisionado que toda detención se hará dentro de la ley⁷⁵⁷ y en el respeto de los derechos humanos⁷⁵⁸.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, fue adoptada por la Asamblea General en su resolución

⁷⁵⁶ Art. 17.1. 1. Se constituirá un Comité contra la Tortura (denominado en lo que sigue el Comité), el cual desempeñará las funciones que se señalan más adelante. El Comité estará compuesto de diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercerán sus funciones a título personal. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.

⁷⁵⁷ Principio 2. El arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.

⁷⁵⁸ Principio 3. No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

45/110, de 14 de diciembre de 1990 y, constituyen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión⁷⁵⁹.

De todo lo visto, tal y como recoge el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, por la cual aprobó y abrió a la firma, ratificación y adhesión la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como todas sus resoluciones posteriores sobre la cuestión, se entiende que el derecho a no ser sometido a torturas debe estar protegido en todas las circunstancias⁷⁶⁰.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993, declaró firmemente que los esfuerzos por erradicar la tortura debían concentrarse ante todo en la prevención, por ello se decide crear un protocolo facultativo⁷⁶¹ de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁷⁶² destinado a establecer un sistema preventivo de visitas periódicas a los lugares de detención.

Para concluir este apartado, es preciso matizar que las Naciones Unidas en Asamblea General de 8 de marzo de 1999, aprueban la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente

⁷⁵⁹ GARCIA MORIYON, F. *Derechos humanos y educación*. Edic. de la Torre. Madrid. 1999, pag. 504.

⁷⁶⁰ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 9 de enero de 2003, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁷⁶¹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los principales tratados internacionales de Derechos Humanos*. Edit. Naciones Unidas. Suiza. 2006, pag. 164.

⁷⁶² Art. 1. El objetivo del presente Protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

reconocidas⁷⁶³. Reafirmando de este modo, la importancia de la observancia de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas para la promoción y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas en todos los países del mundo.

XIII.2. LA PROTECCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El sistema europeo para la protección de los Derechos Humanos, en el ámbito del Consejo de Europa, es el sistema regional más antiguo y el que mayor grado de evolución y de perfección ha alcanzado. Ello viene motivado fundamentalmente por la relativa homogeneidad política de los Estados europeos y por su avance alcanzado en el campo de los Derechos Humanos.

El sistema comenzó su andadura en 1950, con la aprobación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, instrumento destinado a la protección de los derechos civiles y políticos.

Por su parte, los derechos de carácter socioeconómico tuvieron que esperar hasta 1961, año en el que se adoptó la *Carta Social Europea*⁷⁶⁴. Además, como vamos a ver, los mecanismos de protección establecidos en uno y otro Convenio van a ser notablemente diferentes.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha instaurado el sistema de control y de supervisión de los derechos humanos más evolucionado que existe hasta la actualidad, con un órgano de naturaleza jurisdiccional, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, con sede en Estrasburgo, como auténtico árbitro del sistema⁷⁶⁵. Los mecanismos de control del cumplimiento del Convenio por parte de los Estados son básicamente tres:

1. Los *informes* que, a requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, todo Estado miembro deberá suministrar dando las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su Derecho interno asegura la

⁷⁶³ GARCÍA AMILBURU, M. y GARCÍA GUTIÉRREZ, J. *Filosofía de la educación: cuestiones de hoy y de siempre*. Edic. Narcea. Madrid. 2012, pag. 156.

⁷⁶⁴ FIGUEROA PLA, U. *El Sistema Internacional y los Derechos Humanos*. RiL Editores. Santiago de Chile. 2012, pag. 519.

⁷⁶⁵ HIKAL, W. *Criminología, Derechos...ob. cit.* 2010, pag. 135.

aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio. Se trata de un mecanismo de escasa relevancia.

2. Las *demandas interestatales*, o denuncia de uno o varios Estados miembros contra otro por incumplimiento del Convenio.
3. Las *demandas individuales*, que constituyen el mecanismo más importante mediante el que cualquier persona, Organización no Gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctima de una violación de sus derechos humanos puede plantear una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

XIII.2.1. Consejo de Europa.

El continente Europeo sufrió mucha devastación por los efectos de la Segunda Guerra Mundial. Para renovar los esfuerzos del mantenimiento de paz y la cooperación entre los países Europeos después del final de la guerra, líderes a través de la región fundaron tres organizaciones: el Consejo de Europa, la Unión Europea (anteriormente la Comunidad Europea de Carbón y de Acero), y después, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (anteriormente la Conferencia de la Seguridad y la Cooperación en Europa).

A pesar de que estas organizaciones fueron fundadas para traer la paz y la estabilidad a Europa, cada una de ellas fue establecida con diferentes propósitos:

- El Consejo de Europa promueve la ley de paz, los derechos humanos y la democracia⁷⁶⁶.
- La Unión Europea fue ideada como una institución para promover el comercio y la estabilidad económica entre sus miembros⁷⁶⁷.
- La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa fue fundada para mantener la paz y la seguridad militar dentro de Europa⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ CASAL HERNÁNDEZ, J. M. *Los Derechos Humanos y Su Protección: (Estudios Sobre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales)*, 2ª Edic. Edit. Eniversidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2008, pag. 272.

⁷⁶⁷ SOLÉ, C. *Inmigración comunitaria: ¿discriminación inversa?* Edit. Anthropos. Barcelona. 2006, pp. 129 – 130.

⁷⁶⁸ DE LA TORRE, S. *La organización de seguridad y cooperación en Europa -OSCE-: misiones y dimensiones de la OSCE*. Edit. Dykinson. Madrid. 2006, pp. 13 – 33.

En 1949, el Tratado de Londres estableció el Consejo de Europa (COE) basado en los principios de la democracia pluralista, los derechos humanos, y la ley de paz⁷⁶⁹. Para que un estado se una al COE, debe demostrar respeto por la ley de paz así como por los derechos humanos. Además, el COE está preocupado con promover la cultura Europea y la diversidad, consolidar y mantener la estabilidad democrática, y promover la fuerza económica.

Los estados que se unen al Consejo de Europa conservan su soberanía individual y su identidad política. Sin embargo, deben satisfacer obligaciones del tratado firmado en las jefaturas del COE, situado en el Palais de l'Europe en Estrasburgo (Francia).

El Consejo de Europa está compuesto por varias instituciones⁷⁷⁰:

- El Comité de Ministros es el órgano de decisión del Consejo de Europa; está formado por los ministros de Asuntos Exteriores de todos los Estados miembros.
- La Asamblea Parlamentaria es el órgano de deliberación, compuesto por 313 miembros y 313 sustitutos que están designados por asambleas nacionales.
- El Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa es un órgano consultivo que representa a las colectividades locales y regionales. Está compuesto de una Cámara de Autoridades Locales y de una Cámara de Regiones.
- El Secretario General del Consejo de Europa dirige y coordina las actividades de la Organización. El Secretario cumple un mandato de cinco años.

XIII.2.2. Los Derechos Humanos en la Unión Europea.

Dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos son los valores en los que se fundamenta la

⁷⁶⁹ BARTOLOME PINA, M. *Identidad y ciudadanía: un reto a la educación intercultural*. Edic. Narcea. Madrid. 2002, pag. 55.

⁷⁷⁰ FERNÁNDEZ MANJÓN, D. *La Identidad Europea. La Aportación Española*. Edit. Visión Libros. Burgos. 2009, pp. 272 y ss.

Unión Europea⁷⁷¹. Estos valores, consagrados en el Tratado de la Unión Europea, se han visto reforzados con la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales⁷⁷².

Los países que deseen incorporarse a la Unión Europea y aquellos que hayan celebrado acuerdos comerciales o de otro tipo con ella deben respetar los Derechos Humanos.

La Unión Europea se ha comprometido a defender el carácter universal e indivisible de los Derechos Humanos⁷⁷³, que promueve y protege activamente tanto dentro de sus fronteras como en sus relaciones con otros países. Para ello colabora estrechamente con sus Estados miembros, los países asociados, las organizaciones internacionales y regionales y la sociedad civil.

La cuestión de los Derechos Humanos ha ocupado un lugar preferente en las relaciones de la Unión Europea con otros países y regiones. Todos los acuerdos comerciales o de cooperación con países no pertenecientes a la Unión Europea contienen una cláusula que estipula que los Derechos Humanos son un elemento esencial de las relaciones.

En la actualidad existen más de 120 acuerdos de este tipo. Para impulsar los Derechos Humanos en todo el mundo, la Unión Europea financia la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos⁷⁷⁴. Esta iniciativa, dotada con un presupuesto de 1.100 millones de euros para 2007-2013, sitúa el respeto de los Derechos Humanos y la democracia en un contexto global y se centra en cuatro ámbitos:

- Consolidación de la democracia⁷⁷⁵, la buena gobernanza y el Estado de Derecho (apoyo al pluralismo político, libertad de expresión y un sistema judicial saneado).
- Supresión de la pena de muerte en los países que aún la aplican⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ LOPEZ, E. *Europa busca modelo: los referenda nacionales sobre la Constitución Europea*. Edit. Dykinson. Madrid. 2007, pag. 286.

⁷⁷² LÓPEZ CUÉTARA, J. M. *Homo iuridicus*. Edit. El Derecho. Madrid. 2004, pp. 53 y ss.

⁷⁷³ RODRÍGUEZ PALOP, M. E. *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2000, pag. 110.

⁷⁷⁴ PÉREZ RUIZ, A. *La participación en la ayuda oficial al desarrollo de la Unión Europea: un estudio para Aragón*. Edit. Prensas Universitarias de Zaragoza. España. 2004, pag. 93.

⁷⁷⁵ MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C. *Democracia y Derecho Humanos en la acción exterior de la Unión Europea*. Edit. Reus. S. a. Madrid. 2011, pag. 99.

- Lucha contra la tortura a través de medidas preventivas (como la formación de policías y la educación) y punitivas⁷⁷⁷ (creación de tribunales internacionales y juzgados de lo penal).
- Lucha contra el racismo y la discriminación⁷⁷⁸, asegurando el respeto de los derechos políticos y civiles.

La iniciativa también financia proyectos a favor de la igualdad entre los sexos y la protección de la infancia. Además, apoya la acción conjunta de la UE y otras organizaciones comprometidas en la defensa de los Derechos Humanos como la ONU, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Consejo de Europa y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

XIII.2.3. El sistema europeo.

El sistema europeo es el precursor entre los sistemas de protección de los Derechos Humanos y es generalmente reconocido como el más eficiente de ellos. Fue desarrollado dentro del Consejo de Europa, a partir de la elaboración del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950⁷⁷⁹.

Esta Convención establece dos tipos de procedimientos: las denuncias individuales por una parte, que han demostrado ser el principal *modus operandi* del sistema y las denuncias interestatales por otra parte, que son utilizadas excepcionalmente.

Con el tiempo, 13 Protocolos adicionales fueron adoptados. Algunos de estos proveen nuevos derechos; otros han rediseñado completamente el mecanismo de vigilancia.

⁷⁷⁶ MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.; MADRAZO RIVAS, E. y DE LA TORRE DÍAZ, F. J. *La universidad como agente de cooperación al desarrollo*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004, pag. 152.

⁷⁷⁷ SOTILLO LORENZO, J. A. *Un lugar en el mundo: la política de desarrollo de la Unión Europea*. Edit. Catarata. Madrid. 2006, pag. 122.

⁷⁷⁸ MOLINA MEDINA, E. y VELASCO RODRÍGUEZ, C. *La Construcción de Europa: Ciudad, Ciudadanos, Ciudadanía*. Narcea Edic. Madrid. 2003, pag. 147.

⁷⁷⁹ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A. *Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar*. Edit. Edibesa. Madrid. 2001, pag. 77.

Desde la entrada en vigor del Protocolo nº 11 en 1999, el nuevo sistema se basó en un Tribunal único, compuesto por un número de jueces igual al de Estados Parte y dividido en cinco secciones.

Por lo general, trabaja en salas constituidas en cada sección y compuestas por siete miembros - incluyendo en cada caso, el juez propuesto por el Estado defensor.

Más raramente, adopta la forma de una Gran Sala, formada por 17 jueces, el Presidente, dos Vicepresidentes y los cinco presidentes de sección. Un caso será examinado por la Gran Sala solamente si una Sala ordinaria considera la necesidad de diferir, en razón de la importancia de las cuestiones planteadas o el riesgo de contradicción con la jurisprudencia precedente y esto, a menos que una de las partes no se oponga con éxito.

Otra evolución notoria consistió en extender al máximo el derecho de presentar denuncias individuales, mientras que en el pasado, era necesario que el Estado en cuestión hubiera aceptado expresamente el derecho de sus ciudadanos a recurrir a estos órganos.

Actualmente, todo individuo o grupo de individuos bajo la jurisdicción de un Estado parte de la CEDH, puede presentar ante la Corte una denuncia por violaciones a los derechos garantizados⁷⁸⁰.

Una vez que la petición ha sido recibida, se pueden iniciar audiencias públicas basadas en el sistema acusatorio. La asistencia de un abogado es altamente recomendada desde el inicio y obligatorio en la mayor parte de los casos desde el momento de presentar la denuncia.

El procedimiento comienza por la constatación de que las condiciones de admisibilidad se cumplan, para abordar más tarde las cuestiones de fondo. Para esto, la Corte emite normalmente dos decisiones distintas, aunque puede pronunciarse sobre las dos en una sola decisión.

Cada denuncia recibida es confiada a una sección y atribuida por el Presidente a un Juez investigador. Según un sistema relativamente complejo de asignación, la admisibilidad es determinada ya sea por ese juez, o por un comité de tres miembros, o por una sala que decidirá sobre la admisibilidad y el fondo.

⁷⁸⁰ MORALES PAUL, I. *Derecho internacional económico (derecho de la integración)*. Edit. Jurídica Venezolana. Venezuela. 1980, pag. 10.

En cuanto al análisis del fondo del caso, las partes son generalmente invitadas a presentar observaciones escritas y a proveer pruebas adicionales. La Corte puede celebrar audiencias, que son públicas⁷⁸¹, excepto cuando existen motivos importantes en contra. En la mayoría de los casos, el Tribunal puede prescindir de las audiencias, pero si una audiencia tiene lugar, por lo general es en el curso de la fase dedicada a la discusión sobre el fondo del caso.

Durante la fase discusión del fondo del caso, el Secretario emprenderá una mediación entre las partes para tratar de llegar a un acuerdo de manera amistosa. Estas gestiones se desarrollan de forma absolutamente confidencial.

Las decisiones sobre el fondo de cualquier caso, pueden ser revisadas por la Gran Sala a petición de una de una y otra de las partes, cuando la cuestión en examen es particularmente grave. Sin embargo, en este caso, es necesaria que la petición de revisión sea respaldada por un colegio de cinco jueces de la Gran Sala. En caso contrario, la decisión de la Sala ordinaria es definitiva.

Las decisiones definitivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constatan ya sea la existencia de una violación de uno o varios derechos garantizados por la CEDH o la ausencia de cualquier violación⁷⁸².

En el primer caso, los fallos del Tribunal también determinan lo que debe ser acordado como reparación. Esas decisiones son completamente vinculantes para el Estado defensor. El Comité de Ministros del Consejo de Europa es responsable de supervisar su cumplimiento por el Estado⁷⁸³.

XIII.2.4. Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, fue adoptado bajo los auspicios del Consejo de Europa en 1950 para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

⁷⁸¹ VEIRA GONZALEZ, M. A. *Captura, detención y libertad: régimen constitucional y legal: conforme con el nuevo Código de procedimiento penal*. Edit. Leyer. Bogotá. 2002, pp. 183 – 184.

⁷⁸² BONET PÉREZ, J. y SÁNCHEZ, V. M. *Los derechos humanos en el s. XXI: continuidad y cambios*. Edit. Huygens. España. 2008, pp. 242 y ss.

⁷⁸³ FLORES JUBERIAS, C. *Las Nuevas instituciones políticas de la Europa Oriental*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales. España. 1997, pag. 75.

Se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El Convenio ha sido desarrollado y modificado por diversos protocolos adicionales que han añadido el reconocimiento de otros derechos y libertades al listado inicial o han mejorado las garantías de control establecidas.

Por otra parte, el número de Estados miembros se ha ido incrementando hasta abarcar casi todo el continente europeo. Su antigüedad y desarrollo lo convierten en el más importante sistema de protección de los derechos humanos en el mundo.

A fin de permitir un control del respeto efectivo de los derechos humanos, el Convenio instituyó dos órganos:

- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o *Corte Europea de Derechos Humanos*), creado en 1954⁷⁸⁴.
- La Comisión Europea de los Derechos Humanos, ambos ubicados en la ciudad francesa de Estrasburgo⁷⁸⁵.

El primero es un órgano jurisdiccional compuesto por magistrados independientes nombrados por los estados partes en el Convenio. Originalmente solo podía examinar los casos planteados ante él bien por un Estado parte, bien por la Comisión. Los individuos no podían plantear demandas directamente ante el Tribunal.

La Comisión era un órgano intermedio que hacía las veces de *filtro* entre los individuos y el Tribunal. Examinaba las demandas presentadas por las personas y, ocasionalmente, realizaba una labor de mediación entre ellas y los Estados denunciados. Cuando decidía no elevar el caso al Tribunal, lo remitía al Comité de Ministros del Consejo de Europa. Cuando no se alcanzaba una solución amistosa y la Comisión consideraba que la reclamación tenía entidad de conformidad con los términos de la Convención y la jurisprudencia del Tribunal, estaba capacitada para presentarla ante el Tribunal con el fin de que éste dictara sentencia tras el oportuno proceso.

⁷⁸⁴ FERRERO COSTA, R. *Derecho Constitucional General. Materiales de enseñanza*. Edit. Universidad de Lima. Perú. 2004, pag. 394.

⁷⁸⁵ DÍAZ CREGO, M. *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*. Edit. Reus. Madrid. 2010, pag. 2008.

Se trataba de un sistema similar al posteriormente instituido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos creado en el seno de la Organización de Estados Americanos⁷⁸⁶.

La entrada en vigor del Protocolo nº 11 a la Convención supuso la reforma en profundidad del sistema de control. Desapareció la Comisión y se modificó la estructura del Tribunal.

A partir de ese momento, las personas pueden presentar demandas directamente ante el renovado Tribunal. La reforma significó la creación del sistema internacional de protección de los derechos humanos más complejo y efectivo existente en el mundo, ya que permite a los ciudadanos y a otras personas sometidas a la jurisdicción de los estados miembros recurrir directamente a un tribunal internacional independiente del Estado demandado para que examine su demanda conforme a los términos de la Convención y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

El Convenio comprende un Preámbulo, 3 Títulos y 59 artículos que se distribuyen de la siguiente manera. El Convenio se complementa por 11 Protocolos; de ellos, los Protocolos núm. 3 (6 de mayo de 1963), núm. 5 (20 de enero de 1966), núm. 8 (19 de marzo de 1985) y núm. 11 (11 de mayo de 1994) son de reforma; el Protocolo núm. 2 (de 6 de mayo de 1963) se considera integrado; el Protocolo núm. 9 (de 6 de noviembre de 1990) está derogado y el núm. 10 (25 de marzo de 1992) ha quedado sin objeto; los Protocolos Adicional 1.º, de 20 de marzo de 1952, 4.º (de 16 de septiembre de 1963), 6.º (de 28 de abril de 1983) y 7.º (de 22 de noviembre de 1984) han reconocido derechos adicionales.

El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El principio de igualdad y de no discriminación constituye un elemento fundamental del derecho internacional en materia de Derechos Humanos⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ CORREA, C.; GUANIPA, M.; CISNEROS, Y. y CAÑIZALEZ, A. *Libertad de expresión: una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones*. Edit. CEC, S. A. Caracas, Venezuela. 2007, pag. 53.

⁷⁸⁷ LARRONDO ILUNDAIN, A. (Dir.). *Código Derecho Internacional: septiembre 2008*. Edit. La Ley. Madrid. 2008, pag. 349.

Se afirmó como tal en el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en las disposiciones similares que figuran en otros instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

La disposición pertinente del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la materia es el artículo 14. No obstante, la protección ofrecida por el artículo 14 por lo que se refiere a la igualdad y a la no discriminación es limitada, comparada con la que se prevé en las disposiciones de otros instrumentos internacionales⁷⁸⁸.

Esto se debe principalmente a que el artículo 14, a diferencia de las disposiciones contenidas en otros instrumentos, no enuncia una prohibición independiente relativa a la discriminación, ya que sólo la proscribire por lo que se refiere al «goce de los derechos y libertades» definidos en el Convenio. Desde 1950, se han expresado en el artículo 5 del Protocolo n. 7 al CEDH ciertas garantías específicas adicionales relativas únicamente a la igualdad entre cónyuges.

XIII.2.5. Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

El 28 de septiembre de 1983, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 971 (1983) relativa a la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes⁷⁸⁹.

En este texto, la Asamblea recomendaba al Comité de Ministros en particular adoptar el proyecto de Convenio europeo para la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, que se anexó a la presente Recomendación. Los motivos para la elaboración de este Convenio fueron⁷⁹⁰:

- La tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes están penalizados en las legislaciones nacionales y en varios instrumentos jurídicos. Sin

⁷⁸⁸ GARCÍA JIMÉNEZ, M. E. *El Convenio europeo de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998, pag. 150.

⁷⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, L. y MARTÍN, A. *Código de...ob. cit.* 2008, pag. 82.

⁷⁹⁰ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El Convenio...ob. cit.* 2005, pp. 240 – 241.

embargo, la experiencia muestra la necesidad de adoptar medidas internacionales más amplias y eficaces, en particular para reforzar la seguridad de las personas privadas de libertad.

- En el Consejo de Europa, el sistema de vigilancia establecido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ha sido sumamente satisfactorio. Se considera que este sistema, basado en quejas presentadas por las personas o los Estados alegando vulneraciones de los derechos humanos, podría complementarse de un modo muy útil por un mecanismo no judicial de carácter preventivo cuya misión fuera examinar el trato dado a las personas privadas de libertad con miras a reforzar, si procede, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Por estos motivos, el Convenio establece un Comité facultado para desplazarse a cualquier lugar que se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados Partes en que se encuentren personas privadas de su libertad por una autoridad pública.

A través del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes se realizó en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987, se crea un Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes⁷⁹¹ (denominado a continuación: “el Comité”).

Por medio de visitas, este Comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Los miembros del Comité serán elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por mayoría absoluta de votos, de una lista de nombres elaborada por la Mesa de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa; la delegación nacional en la Asamblea Consultiva de cada Parte presentará tres candidatos de los que, al menos dos, serán de su nacionalidad. Se seguirá el mismo procedimiento para proveer los puestos que queden vacantes.

⁷⁹¹ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El Convenio...ob. cit.* 2005, pag. 25.

Los miembros del Comité serán elegidos por un período de cuatro años⁷⁹². Podrán ser reelegidos sólo una vez. Sin embargo, por lo que respecta a los miembros designados en la primera elección, las funciones de tres de ellos terminarán al cabo de un período de dos años.

Los miembros cuyas funciones concluyan al término del período inicial de dos años serán designados por sorteo efectuado por el Secretario general del Consejo de Europa inmediatamente después de que se haya procedido a la primera elección.

Establece el presente Convenio que cualquier Estado podrá designar, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación, el territorio o los territorios a los que se aplicará el presente Convenio.

Cualquier estado podrá extender, en cualquier fecha posterior, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, la aplicación del presente Convenio a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Convenio entrará en vigor respecto de ese territorio el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha en que el Secretario general haya recibido dicha declaración.

Según el presente Convenio, los miembros del Comité gozarán, durante el ejercicio de sus funciones, así como durante los viajes que realicen en el desempeño de las mismas, de los privilegios e inmunidades siguientes:

1. Inmunidad de detención o arresto y de embargo de sus equipajes personales y, por lo que respecta a los actos realizados por ellos en su calidad oficial, incluidas sus palabras y escritos, de inmunidad ante cualquier jurisdicción⁷⁹³.
2. Exención de cualquier medida restrictiva de su libertad de movimientos⁷⁹⁴: salida y entrada en su país de residencia y entrada en el país donde ejercen sus funciones y salida del mismo, así como de cualesquiera trámites de registro de extranjeros en los países que visiten o atraviesen en el desempeño de sus funciones.

⁷⁹² LARRONDO ILUNDAIN, A. (Dir.). *Código Derecho...ob. cit.* 2008, pag. 362.

⁷⁹³ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El Convenio...ob. cit.* 2005, pag. 86.

⁷⁹⁴ LARRONDO ILUNDAIN, A. (Dir.). *Código Derecho...ob. cit.* 2008, pag. 367.

Durante los viajes que efectúen en el desempeño de sus funciones, los miembros del Comité recibirán, en materia aduanera y de control de cambios⁷⁹⁵:

- a) De su propio Gobierno, las mismas facilidades otorgadas a altos funcionarios que viajan al extranjero en comisión temporal de servicios.
- b) De los Gobiernos de las otras Partes, las mismas facilidades concedidas a los representantes de Gobiernos extranjeros en comisión temporal de servicios.

Los documentos y papeles del Comité serán inviolables en lo que atañe a sus actuaciones. La correspondencia oficial y demás comunicaciones oficiales del Comité no podrán ser retenidas o censuradas.

Para asegurar a los miembros del Comité libertad completa de expresión y total independencia en el desempeño de sus funciones, seguirá otorgándoseles, incluso después de que haya terminado el mandato de esas personas, inmunidad de jurisdicción por lo que respecta a sus palabras, escritos o actos en el cumplimiento de sus funciones⁷⁹⁶.

Los privilegios e inmunidades se otorgarán a los miembros del Comité, no para su beneficio personal, sino para asegurar con toda independencia el desempeño de sus funciones.

El Comité es el único habilitado para pronunciar la retirada de la inmunidad: no sólo tendrá el derecho sino también el deber de privar de la inmunidad a cualquiera de sus miembros en todos los casos en que, en su opinión, dicha inmunidad impida el curso de la justicia, y cuando dicha inmunidad pueda levantarse sin perjuicio de la finalidad para la que fue concedida.

⁷⁹⁵ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El Convenio...ob. cit.* 2005, pag. 86.

⁷⁹⁶ LARRONDO ILUNDAIN, A. (Dir.). *Código Derecho...ob. cit.* 2008, pag. 367.

XIII.2.5.1. *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.*

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura organiza visitas a los lugares de detención con el fin de evaluar el trato dado a las personas privadas de libertad⁷⁹⁷.

Entre estos lugares se cuentan prisiones, centros de detención específicos para menores de edad, comisarías de policía, centros de detención para inmigrantes detenidos, hospitales psiquiátricos, centros de asistencia social, etc.

Las delegaciones del CPT tienen acceso ilimitado a los lugares de detención, y el derecho a desplazarse en el interior de los mismos sin restricciones. Se entrevistan sin testigos con personas privadas de libertad, y se ponen libremente en contacto con toda persona que pueda proporcionarles información.

Después de cada visita, el CPT envía un informe detallado al Estado interesado, que contiene las conclusiones del CPT y sus recomendaciones, observaciones y solicitudes de información. Asimismo, el CPT solicita una respuesta detallada a las cuestiones planteadas en su informe⁷⁹⁸. Estos informes y respuestas forman parte de un diálogo continuo con los Estados afectados.

El nombre completo del CPT es “Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes⁷⁹⁹”. Esto pone de relieve dos características importantes: en primer lugar, tiene un alcance europeo y, en segundo lugar, no sólo cubre la “tortura”, sino también situaciones de muy diversa índole que pueden considerarse “penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁷⁹⁷ SCHULER, M. *Derechos Humanos de las mujeres: Paso a paso: guía práctica para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*. Edit. Law & Development International. USA. 1999, pag. 73.

⁷⁹⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Manual de Acción. Contra la Tortura*. Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2003, pag. 32.

⁷⁹⁹ ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *Código de...ob. cit.* 2008, pag. 82.

Las visitas son realizadas por delegaciones, que suelen estar integradas por varios miembros del CPT, acompañados de miembros del personal de la Secretaría del Comité y, si es necesario, por expertos adicionales e intérpretes⁸⁰⁰.

Las delegaciones del CPT realizan visitas periódicas (por lo general, una vez cada cuatro años), pero también se realizan visitas “ad hoc” adicionales cuando se considera necesario⁸⁰¹.

El Comité debe notificar al Estado interesado su intención de realizar una visita. Tras la notificación, la delegación del CPT puede desplazarse en todo momento a cualquier lugar en el que pueda haber personas privadas de libertad.

Los principios de cooperación y confidencialidad están recogidos en el acuerdo internacional que establece el CPT⁸⁰². La cooperación con las autoridades nacionales es el elemento cardinal de la labor del CPT ya que su objetivo es proteger a las personas privadas de libertad y no condenar a los Estados por los abusos cometidos.

La confidencialidad es otra característica de la labor del CPT: las conclusiones del Comité, sus informes y las respuestas de los gobiernos son, en principio, confidenciales. No obstante, existe abundante información sobre la labor del CPT que es de dominio público.

Respecto a la estructura del CPT se puede matizar que:

- Los miembros del CPT son expertos independientes e imparciales con titulaciones muy diversas, entre los que se incluyen abogados, médicos y especialistas en cuestiones penitenciarias y policiales⁸⁰³.
- El Comité de Ministros del Consejo de Europa elige a un miembro de cada Estado Parte. Los miembros actúan individualmente (es decir, no representan al Estado con respecto al cual han sido

⁸⁰⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Entender la labor policial. Recursos de derechos humanos*. Edit. Amnistía Internacional. España. 2007, pag. 151.

⁸⁰¹ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El Convenio...ob. cit.* 2005, pag. 75.

⁸⁰² NACIONES UNIDAS. *Protocolo de Estambul: manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*. Edit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Suiza. 2005, pag. 8.

⁸⁰³ GARCÍA-CERNUDA LAGO CALLEJA FERNÁNDEZ, P. *Solidaridad: no es humanitario todo lo que reluce*. Edic. Temas de Hoy. Madrid. 2002, pag. 229.

elegidos). Para garantizar más aún la independencia, los miembros no visitan el Estado con respecto al cual han sido elegidos.

- La Secretaría del CPT forma parte de la “Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Jurídicos” del Consejo de Europa⁸⁰⁴.

XIII.2.6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la institución principal que se encarga de proteger los derechos humanos en Europa. Es una institución permanente con sede en Estrasburgo, Francia. Está formado por un número de jueces independientes europeos igual al número de Estados miembros del Consejo y un Secretariado⁸⁰⁵.

El Tribunal Europeo surgió de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950⁸⁰⁶. El objetivo era supervisar su cumplimiento por los Estados Partes⁸⁰⁷.

La Convención Europea de Derechos Humanos (oficialmente conocida como *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*⁸⁰⁸) es uno de los convenios más importantes adoptados por el Consejo de Europa.

El Tribunal Europeo puede adoptar decisiones vinculantes⁸⁰⁹ y ordenar medidas de reparación en solicitudes individuales o interestatales. Puede ordenar la adopción de medidas provisionales para evitar daños graves e irreparables a la vida humana y la integridad personal en casos urgentes.

⁸⁰⁴ RUILOBA ALVARIÑO, J. *El Convenio...ob. cit.* 2005, pp. 113 - 114.

⁸⁰⁵ MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: ámbito, órganos y procedimientos*. Edit. Centro de Publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1985, pag. 37.

⁸⁰⁶ MARTÍNEZ MOSCOSO, A. *La libertad de expresión en la nueva sociedad de la información: perspectivas y conflictos entre derechos*. Edit. Fundación Carolina. Cuenca, Ecuador. 2009, pag. 135.

⁸⁰⁷ HIKAL, W. *Criminología, Derechos...ob. cit.* 2010, pag. 135.

⁸⁰⁸ ORAÁ ORAÁ, J. Y GÓMEZ ISA, F. *Textos básicos de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2008, pag. 8.

⁸⁰⁹ LOPEZ CASTILLO, A. *Constitución e Integración: El Fundamento Constitucional de la Integración Supranacional Europea en España y en la RFA*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1996, pag. 176.

El Tribunal publica un Informe Anual sobre sus actividades y sobre la situación de los derechos humanos en Europa. También proporciona opiniones consultivas sobre la interpretación de la Carta Europea y sus Protocolos.

La importancia de enviar casos de desapariciones forzadas al Tribunal se basa en que éste está facultado para:

- Dictar fallos vinculantes.
- Conceder una “justa satisfacción” (suma monetaria) en compensación por ciertas formas de daño (si el Tribunal declara que ha habido una violación).
- Requerir al Estado afectado que reembolse los gastos en los que el demandante haya incurrido al presentar el caso.
- Si el Tribunal declara que no ha habido violación, el demandante no tendrá que pagar ningún gasto adicional, como por ejemplo los realizados por el Estado demandado.

Las pautas para la presentación de un caso son⁸¹⁰:

El Tribunal acepta solicitudes de cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de individuos que denuncie ser víctima de una violación por parte de uno de los Estados parte de los derechos expuestos en la Convención Europea de Derechos Humanos o sus protocolos. Estos países han acordado no obstruir de ningún modo el ejercicio efectivo de este derecho.

Los criterios para presentar una solicitud son los siguientes⁸¹¹:

- Deben haberse agotado previamente todos los recursos internos (deben existir, ser accesibles y eficaces).
- La solicitud no puede ser anónima.
- La solicitud debe ser presentada dentro de un periodo de seis meses desde la fecha en que la parte que denuncia la violación de sus derechos sea notificada de la decisión interna final.
- La solicitud no puede ser manifiestamente infundada, incompatible con la Convención Europea o sustancialmente idéntica a otro asunto que ya haya sido examinado por el Tribunal.

⁸¹⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Informe 2010 Amnistía Internacional: el Estado de los Derechos Humanos en el mundo*. Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2010, pag. 19.

⁸¹¹ HIKAL, W. *Criminología, Derechos...ob. cit.* 2010, pag. 136.

- El asunto de la comunicación no debe estar pendiente de acuerdo en otro proceso internacional.
- Con la entrada en vigor del Protocolo Adicional Nº 14 de la Convención Europea se produce otro criterio de admisibilidad, a saber, que el solicitante debe haber sufrido una desventaja significativa⁸¹².
- Las solicitudes pueden realizarse enviando al Tribunal una carta con detalles claros acerca de la demanda o presentando directamente un formulario de solicitud debidamente completado. En caso de que la solicitud sea enviada por fax es necesario enviar una copia por correo ordinario. Los documentos enviados al Tribunal no serán devueltos y por ello es preferible enviar copias.
- Si bien las medidas provisionales suelen tratarse como asuntos urgentes y procesarse de manera rápida, el procedimiento concerniente a una demanda puede durar algunos años (normalmente hay que esperar 1 año antes de que el Tribunal decida si el caso es admisible).
- El procedimiento es gratuito⁸¹³: sólo se deberán cubrir los gastos propios (como honorarios de abogados o gastos relacionados con la investigación y correspondencia).
- La denuncia de un caso de desaparición ante el Tribunal Europeo puede causar actos de intimidación y represalias contra los familiares de la persona desaparecida y/o testigos o sus abogados. En tal caso, se puede pedir al Tribunal que tome medidas de protección provisionales.
- Los solicitantes individuales pueden presentar sus propios casos, pero se recomienda la representación legal y ésta es obligatoria una vez que la solicitud se ha comunicado al gobierno demandado. El Consejo de Europa ha creado un programa de asistencia jurídica gratuita para los solicitantes que no dispongan de recursos suficientes.

⁸¹² Instrumento de Ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004. Publicado en BOE nº. 130 de 28 de Mayo de 2010.

⁸¹³ REBOLLO DELGADO, L. y PAIS RODRÍGUEZ, R. *Introducción al derecho: (Derecho público). I, Vol. 1.* Edit. Dykinson. Madrid. 2005, pag. 126.

- Las ONG y asociaciones de familias de los desaparecidos pueden ayudar a los individuos al presentar sus demandas al Tribunal, representarles en vistas públicas, presentar informes o amicus curiae y, en general, contribuir a difundir la información concerniente a la protección de los derechos humanos, así como crear mayor conciencia

XIII.2.7. Organización para Seguridad y Cooperación en Europa.

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa es la institución de seguridad regional más grande del mundo. Con la sede central en Viena (Austria), la OSCE se conocía anteriormente como la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa; fue retitulada como OSCE en el 1994. La OSCE fue creada en el Acto Final de Helsinki en el 1975⁸¹⁴.

La OSCE se ocupa de avisar sobre el conflicto, la prevención, el manejo de crisis y la rehabilitación post-conflicto. Las labores de la OSCE incluyen⁸¹⁵:

- El control de armas.
- La diplomacia preventiva.
- Medidas de confianza y construcción de la seguridad.
- Promoción de los Derechos Humanos.
- Democratización.
- Control de elecciones.
- Garantizar la seguridad económica y medioambiental.

Los miembros de la OSCE incluyen actualmente todas la naciones Europeas, así como Canadá y los Estados Unidos (los cuales eran miembros en su concepción), y miembros como Asia Central⁸¹⁶.

Todos los miembros tienen el mismo estatus y las decisiones se toman en consenso. Los 55 estados miembros son: Albania, Andorra, Armenia, Austria,

⁸¹⁴ DE LA TORRE FERNÁNDEZ DEL POZO, S. *La organización de seguridad y cooperación en Europa -OSCE-: misiones y dimensiones de la OSCE*. Edit. Dykinson. Madrid. 2006, pp. 36 y ss.

⁸¹⁵ DE LA TORRE FERNÁNDEZ DEL POZO, S. *Un modelo de seguridad para Europa: la carta de seguridad europea de la OSCE*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004, pag. 266.

⁸¹⁶ MINISTERIO DE DEFENSA. *Hacia una política de cooperación en seguridad y defensa con Iberoamérica*. Edit. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Madrid. 2006, pag. 93.

Azerbaijan, Belorussia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, El Vaticano, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Kazakhanstan, Kirgistan, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Mala, Moldavia, Mónaco, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, la Federación Rusa, San Marino, Serbia y Montenegro, la República Eslovaca, España, Suecia, Suiza, Tajikistan, la República Yugoslava de Macedonia, Turquía, Turkmenistan, Ucrania, el Reino Unido, los Estados Unidos y Uzbekistan.

Varias instituciones forman la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, entre ellas destaca⁸¹⁷:

- El Consejo Permanente es el cuerpo principal de las tomas de decisiones de la OSCE. Se reúne semanalmente en Viena para discutir y formular decisiones.
- El Presidente en Cargo es el Ministro de Asuntos Exteriores de un estado miembro. El Presidente es elegido anualmente, y es responsable por la acción ejecutiva a nombre de los estados miembros. El Ministerio Troika y el Secretario General ayudan al Presidente.
- La Asamblea Parlamentaria está formada por más de 300 Miembros del Parlamento de los estados miembros. Su propósito es promover la agenda de la OSCE en los parlamentos generales de la OSCE.
- El Secretariado provee ayuda organizacional a la OSCE. El Secretariado está bajo supervisión del Secretario General. Las responsabilidades del Secretario General incluyen: actividades de soporte del campo, mantener contactos con ONGs, coordinar actividades económicas y medioambientales, servicios administrativos, financieros y de personal, y coordinar eventos militares, servicios de conferencias e idiomas, información pública, tecnología, y prensa.
- La Corte de Conciliación y Arbitraje resuelve conflictos entre estados miembros que son partidos del Convenio de Conciliación y Arbitraje de la OSCE.

Las Medidas de Control de Armas y Construcción de la Confianza y la Seguridad son dirigidas por personas designadas por el Presidente en Cargo y

⁸¹⁷ BERRAONDO LÓPEZ, M. *Los derechos...ob. cit.* 2004, pag. 99.

vigilan amenazas militares contra los estados miembros. Las reuniones de la OSCE ocurren de la siguiente manera:

- El Forum de la Seguridad y la Cooperación se reúne semanalmente en Viena para discutir aspectos militares de la seguridad de la región de la OSCE, enfocándose en las medidas de construcción de la confianza y la seguridad⁸¹⁸.
- El Consejo Mayor/Forum Económico se reúne una vez al año en Praga para discutir problemas económicos y medioambientales de la OSCE.
- La reunión de los Jefes de Estado o Gobierno de la OSCE suceden periódicamente en la Cumbre. Las cumbres son precedidas de una conferencia resumen, donde los compromisos de la OSCE y su implementación son revisados y los documentos de la cumbre son formulados.
- El Consejo Ministerial es una reunión de los Ministros Extranjeros de la OSCE, que sucede en los años en los cuales no se celebran cumbres⁸¹⁹.

XIII.2.8. Comisionado Europeo para los Derechos Humanos.

La posición del Comisario para los Derechos Humanos fue aprobada en la Cumbre de Jefe de Estados y Gobiernos en octubre de 1997, y fue establecida en abril de 1999 cuando fue adoptada por el Comité de Ministros⁸²⁰.

La Asamblea Parlamentaria elige al Comisario por mayoría de votos. Los candidatos al puesto son seleccionados de tres candidatos sometidos por el Comité de Ministros. Los candidatos deben ser nacionales de un estado miembro del Consejo de Europa con experiencia en el área de los derechos humanos. Cada mandato dura seis años. El primer Comisario para los Derechos Humanos es el Sr. Álvaro Gil - Robles de España. Fue elegido en 1999. El Comisario tiene tres deberes principales:

⁸¹⁸ EGAÑA SEVILLA, I. *Diccionario histórico-político de Euskal Herria*. Edit. Txalaparta. 1996, pag. 574.

⁸¹⁹ DE LA TORRE FERNÁNDEZ DEL POZO, S. *La organización...ob. cit.* 2006, pag. 305.

⁸²⁰ GONZÁLEZ, N. *Los derechos humanos en la historia*. Edit. Universitat de Barcelona. Cataluña. 1998, pag. 204.

- Promover la educación y el conocimiento de los Derechos Humanos.
- Identificar las áreas de las leyes que fallan en reconocer los Derechos Humanos en un grado completo, así como leyes de Derechos Humanos que no estén completamente implementadas.
- Promover un respeto y disfrute de los derechos humanos en los estados del Consejo de Europa.

El Comisario no se ocupa de quejas individuales de violaciones de derechos.

XIII.2.8.1. El Comisionado de Derechos Humanos.

El mandato general del Comisionado consiste en⁸²¹:

- Fomentar una observación efectiva de los derechos humanos y asistir a los Estados miembros en la implementación de los estándares de Derechos Humanos del Consejo de Europa.
- Promover la educación y sensibilización sobre Derechos Humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa.
- Identificar posibles deficiencias en la legislación y en la práctica en cuanto a Derechos Humanos.
- Facilitar las actividades de los Ombudsman nacionales e institucionales y otras estructuras de Derechos Humanos.
- Proporcionar asesoramiento e información en relación a la protección de los Derechos Humanos en toda de la región.

El Comisionado coopera con una amplia gama de instituciones internacionales y nacionales como también con mecanismos de monitoreo de Derechos Humanos. Los socios intergubernamentales más importantes para la Oficina del Comisionado son: Naciones Unidas y sus oficinas especializadas, la Unión Europea, y la OSCE⁸²².

⁸²¹ HERMIDA DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Edit. Anthropos. Barcelona. 2005, pag. 52.

⁸²² DE LA TORRE FERNÁNDEZ DEL POZO, S. *Un modelo...ob. cit.* 2004, pag. 306.

El Comisionado busca participar en un diálogo permanente con los Estados miembros del Consejo de Europa y lleva a cabo misiones oficiales a los países para evaluar exhaustivamente la situación de los Derechos Humanos.

Las misiones comúnmente incluyen reuniones con los altos representantes del gobierno, congreso, poder judicial, como también con miembros de las instituciones líderes en protección de Derechos Humanos y de la sociedad civil. Luego de las visitas a los países, el Comisionado publica y difunde un informe, que contiene un análisis de las prácticas de Derechos Humanos y recomendaciones detalladas de posibles mejoras⁸²³.

Algunos años después de la visita a un país, el Comisionado o su Oficina lleva a cabo una visita de seguimiento para evaluar los progresos logrados a través de la aplicación de las recomendaciones.

Posteriormente, el Comisionado publica un informe de seguimiento, que también es publicado extensamente. Por último, el Comisionado lleva a cabo visitas de contacto a países o regiones con el objetivo de reforzar las relaciones con las autoridades y examinar una o varias áreas problemáticas, aunque no se publican informes generales.

El Comisionado para los Derechos Humanos también se encarga de proporcionar asesoramiento e información sobre la protección de Derechos Humanos y sobre la prevención de violaciones de los mismos.

Cuando el Comisionado lo considera necesario, la Oficina publica recomendaciones en relación a un tema específico de Derechos Humanos en un Estado miembro. El Comisionado puede, ya sea a petición de los organismos nacionales o por iniciativa propia, dar su opinión sobre proyectos de ley y prácticas específicas.

El Comisionado debe además promover la sensibilización en Derechos Humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa. Con este fin, la Oficina del Comisionado organiza o co-organiza seminarios y eventos sobre varios temas de Derechos Humanos⁸²⁴, y busca entablar un diálogo permanente con los gobiernos, organizaciones de la sociedad civil e instituciones educativas

⁸²³ RIOBÓ SERVÁN, A. El derecho de libertad religiosa en la República Checa y en la República Eslovaca. Edit. Dykinson. Madrid. 2005, pag. 252.

⁸²⁴ ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. *Lecciones de Relaciones Internacionales*. Edit. Aebius. Madrid. 2009, pag. 155.

para mejorar el conocimiento público sobre los estándares de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

El Comisionado coopera estrechamente con Defensores del Pueblo nacionales, instituciones nacionales de derechos humanos y con otras organizaciones de Derechos Humanos.

El Comisionado también mantiene relaciones estrechas de trabajo con el Defensor del Pueblo de la Unión Europea y organiza mesas de diálogos bianuales con los Defensores del Pueblo e instituciones nacionales de Derechos Humanos de los Estados miembros del Consejo de Europa⁸²⁵.

El Comisionado apoya enérgicamente la creación y funcionamiento efectivo de los Defensores del Pueblo en aquellos países en los que no existan o en los que sus funciones no estén desarrolladas.

Desde febrero de 2008, el papel del Comisionado ha sido reforzado a través de la Declaración del Comité de Ministros sobre la acción del Consejo de Europa para mejorar la protección de los defensores de Derechos Humanos y promover sus actividades⁸²⁶.

Su adopción marcó el fuerte compromiso de los Estados miembros del Consejo de Europa para ofrecer una protección efectiva a los defensores de Derechos Humanos y a su trabajo, especialmente en situaciones de riesgo.

Asimismo, insta a los órganos e instituciones del Consejo de Europa a prestar especial atención a los temas relacionados a los defensores de Derechos Humanos y su trabajo.

Además, la Declaración invita al Comisionado de Derechos Humanos a reforzar el papel y la capacidad de su Oficina para proporcionar una protección fuerte y efectiva a los defensores de Derechos Humanos a través de:

- Continuar actuando en base a la información recibida por parte de los defensores de Derechos Humanos y otras fuentes relevantes, inclusive el Defensor del Pueblo o instituciones nacionales de Derechos Humanos.
- Continuar reuniéndose con un gran número de defensores durante sus visitas a los países y publicar informes sobre la situación de los defensores de Derechos Humanos.

⁸²⁵ FIGUEROA PLA, U. *El sistema...ob. cit.* 2012, pag. 212.

⁸²⁶ GARCÍA JIMÉNEZ, M. E. *El convenio...ob. cit.* 1998, pp. 219 y ss.

- Intervenir, de la manera que el Comisionado considere apropiada, junto con las autoridades competentes, para asistirles en la búsqueda de soluciones, de acuerdo con sus obligaciones, a los problemas que puedan enfrentar los defensores de Derechos Humanos, especialmente en situaciones graves en las que se necesita una acción urgente.
- Trabajar en estrecha cooperación con otros organismos intergubernamentales e instituciones, en particular con el *Focal Point* de OSCE/ODHIR para Defensores de Derechos Humanos, la Unión Europea, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos y otros mecanismos existentes⁸²⁷.

La Declaración del Comité de Ministros es el resultado del trabajo del Grupo de Especialistas sobre Defensores de Derechos Humanos y de la Conferencia “Protegiendo y Apoyando a los Defensores de Derechos Humanos en Europa” llevada a cabo en Estrasburgo en noviembre de 2006.

XIII.2.9. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia se creó en 1994⁸²⁸ a instigación de la Primera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, con objeto de combatir los crecientes problemas del racismo, el antisemitismo y la intolerancia que amenazan los derechos del hombre y los valores de la democracia en Europa.

Los miembros de la ECRI fueron elegidos por su acreditada experiencia en los temas relacionados con el racismo y la intolerancia.

Los objetivos de la ECRI serían los siguientes: estudiar de nuevo la legislación de los Estados miembros, las políticas y otras medidas para combatir el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia, así como la eficacia de las mismas; proponer nuevas acciones a nivel local, nacional y europeo; elaborar recomendaciones políticas generales para los Estados miembros y estudiar los

⁸²⁷ NOGUERA FERNANDEZ, A. *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, pp. 87 y ss.

⁸²⁸ DURÁN Y LAGUNA, P. *Acciones positivas para las mujeres en las organizaciones internacionales*. Edit. La Ley. Madrid. 2008, pag. 94.

instrumentos legales internacionales que pudieran aplicarse al respecto, de modo que pudieran reforzarse si fuera preciso⁸²⁹.

Uno de los aspectos de las diversas actividades que desarrolla la ECRI para cumplir su mandato es su realización de un enfoque país por país, lo cual supone un estudio en profundidad de la situación de cada uno de los Estados miembros para poder colaborar con los gobiernos mediante propuestas concretas y adecuadas.

El procedimiento adoptado para la elaboración de los informes específicos de cada país⁸³⁰ puede resumirse del siguiente modo:

- La ECRI consta de pequeños grupos de trabajo que se ocupan de la recopilación preliminar de la información y la preparación de los textos de los proyectos de informe. Las fuentes preliminares de la información utilizada son muy diversas y comprenden, entre otros aspectos, las respuestas de los gobiernos a los cuestionarios enviados por la ECRI, la contribución de los miembros nacionales pertinentes de la ECRI, información sobre la legislación nacional que reúne el Instituto Suizo de Derecho Comparado para la ECRI, información de organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales, diversas publicaciones y los media.
- La ECRI estudia y debate en sesión plenaria el proyecto de informe de cada país y aprueba un proyecto de informe.
- El informe se envía al gobierno pertinente para que proceda a un diálogo confidencial, dirigido por un funcionario de enlace nacional denominado por el gobierno. El proyecto de informe se estudia y se revisa de nuevo a la luz de los comentarios de dicho funcionario.
- La ECRI aprueba en sesión plenaria el informe definitivo y lo transmite al gobierno del país pertinente por medio del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Dicho informe se publica dos meses después de su

⁸²⁹ GARRIDO RODRÍGUEZ, P. *Inmigración y diversidad cultural en España: un análisis histórico desde la perspectiva de los derechos humanos*. Edic. universidad de salamanca. España. 2011, pp. 313 y ss.

⁸³⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Federación Rusa. "Dokumenty!". Discriminación por motivos raciales en la federación Rusa*. Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2003, pag. 81.

transmisión, a menos que el gobierno del país en cuestión pida expresamente que no se publique.

XIII.3 SISTEMAS SUPRANACIONALES DE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

La lucha por la libertad ha estado presente a lo largo de la historia de la Humanidad, por ello el reconocimiento de los derechos y libertades han constituidos desde siempre uno de los fundamentos más importantes de las sociedades⁸³¹.

En los Estados democráticos actuales la lucha por el reconocimiento y eficacia de los derechos constituye elemento primordial y determina, en gran medida, la valoración que aquéllos reciban en el ámbito internacional⁸³².

La protección de los Derechos Humanos en el nivel Internacional se realiza a través de dos tipos de garantías de los Derechos Humanos:

1. El ámbito supraestatal universal (garantías internacionales), representado por la agrupación de todos los Estados integrados en la Organización de las Naciones y Unidas⁸³³.
2. El ámbito supraestatal regional, entendiéndose por tal la agrupación de Estados en un Continente o Región. Integran la comúnmente denominada Protección Internacional Regional de los Derechos Humanos⁸³⁴.

En la actualidad, existen tres Organizaciones de carácter regional que disponen de instituciones de carácter permanente para la protección de los Derechos Humanos: son el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana.

⁸³¹ ROBLES VALDES, G. y CARLOS ALGERRECA JOAQUIN, C. *Administración: un enfoque interdisciplinario*. Edit. Pearson. México. 2000, pag. 401.

⁸³² JIMÉNEZ MATARITA, A. *El imposible país de los filósofos*. Edit. Alekin. Costa Rica. 2005, pag. 175.

⁸³³ BONET PÉREZ, J. (Dir). *Los derechos humanos en el S. XXI: continuidad y cambios*. Edit. Huygens. Barcelona. 2008, pag. 156.

⁸³⁴ BERRAONDO LÓPEZ, M. *Los derechos...ob. cit.* 2004, pag. 34.

XIII.3.1. Naciones Unidas.

Las Naciones Unidas son una organización internacional fundada en 1945 tras la Segunda Guerra Mundial por 51 países que se comprometieron a mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los Derechos Humanos⁸³⁵. Las Naciones Unidas tienen entre sus principales objetivos⁸³⁶:

- Mantener la paz y la seguridad internacionales.
- Fomentar relaciones de amistad entre las naciones.
- Ayudar a las naciones a trabajar unidas para mejorar la vida de los pobres, vencer el hambre, las enfermedades y el analfabetismo, y fomentar el respeto de los derechos y libertades de los demás.
- Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos objetivos comunes.

Debido a su singular carácter internacional, y las competencias de su Carta fundacional, la Organización puede adoptar decisiones sobre una amplia gama de temas, y proporcionar un foro a sus 193 Estados Miembros para expresar sus opiniones, a través de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y otros órganos y comisiones.

La labor de las Naciones Unidas llega a todos los rincones del mundo. Aunque es más conocida por el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz, la prevención de conflictos y la asistencia humanitaria, hay muchas otras maneras en que las Naciones Unidas y su sistema (organismos especializados, fondos y programas), afectan a nuestras vidas y hacer del mundo un lugar mejor.

La Organización trabaja en una amplia gama de temas fundamentales, desde el desarrollo sostenible, medio ambiente y la protección de los refugiados, socorro en casos de desastre, la lucha contra el terrorismo, el desarme y la no proliferación, hasta la promoción de la democracia, los Derechos Humanos, la igualdad entre los géneros y el adelanto de la mujer, la gobernanza, el desarrollo económico y social y la salud internacional, la remoción de minas terrestres, la expansión de la producción de alimentos, entre otros, con el fin de alcanzar sus

⁸³⁵ HIKAL, W. *Glosario de...ob. cit.* 2011, pag. 370.

⁸³⁶ ANGULO SÁNCHEZ, N. *El derecho...ob. cit.* 2005, pag. 231.

objetivos y coordinar los esfuerzos para un mundo más seguro para las generaciones presentes y futuras.

XIII.3.1.1. La Carta de Naciones Unidas.

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas está constituida por un Preámbulo, y XIX Capítulos. El Preámbulo de la Carta establece que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos entre otros:

- A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.
- A promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad⁸³⁷,

Y con tales finalidades está decidida a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos⁸³⁸.

Los propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.
3. Realizar la cooperación internacional⁸³⁹ en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en

⁸³⁷ CRUCHAGA GANDARILLAS, V. *La igualdad jurídica de los estados*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1968, pag. 33.

⁸³⁸ UNITED NATIONS. *Las Naciones Unidas Hoy*. Edit. Servicio de Información pública de las Naciones Unidas. Nueva York. 2007, pag. 4.

⁸³⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, I. *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005, pp. 113 – 114.

el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes⁸⁴⁰.

Para la realización de los Propósitos consignados, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

- La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.
- Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta⁸⁴¹.
- Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional, ni la justicia.
- Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.
- Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.
- La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.
- Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna

⁸⁴⁰ UNITED NATIONS. *Las Naciones...ob. cit.* 2007, pag. 4.

⁸⁴¹ SALADO OSUNA. A. *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*. Edit. Universidad de Sevilla. Servicio de Publicaciones. Sevilla. 2004, pag. 92.

de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta⁸⁴².

XIII.3.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El principal instrumento internacional es la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 en la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Sin embargo, este no tenía carácter vinculante⁸⁴³, por lo que se establecieron el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", establecidos el 16 de diciembre de 1966⁸⁴⁴.

Ambos pactos abordan de forma más amplia los derechos enumerados en la Declaración y tienen como característica su carácter vinculante que lleva más lejos la Declaración Universal. La mayoría de los países del mundo son partes en los dos pactos, lo que hace posible supervisar sus prácticas en materia de Derechos Humanos.

El "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" cuenta además con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁴⁵", de 16 diciembre de 1966, el cual faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.

⁸⁴² ALBERTO PADILLA, L. *Teoría de las relaciones internacionales: La investigación sobre el conflicto y la paz*. Edit. Instituto de Relaciones Internacionales e Investigación para la Paz. Guatemala. 1992, pag. 345.

⁸⁴³ PONS RAFOLS, X. *La Declaración...ob. cit.* 1998, pag. 154.

⁸⁴⁴ SILVA BASCUÑÁN, A. y SILVA GALLINATO, M. P. *Tratado de derecho constitucional: La Constitución de 1980*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997, pag. 118.

⁸⁴⁵ BALTAZAR ROBLES, G. E. *El Nuevo Juicio de Amparo: Las Reformas Constitucionales de Junio de 2011*. Edit. COEDI. Mexico. 2011, pag. 150.

También cuenta con el "Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte", del 15 de diciembre de 1989⁸⁴⁶.

Además de la Declaración, los Pactos y sus Protocolos que forman la "Carta Internacional de Derechos Humanos", existen a nivel internacional más de 80 convenios y declaraciones que abarcan de más específicas acerca de estos derechos⁸⁴⁷.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 incluye un Preámbulo y 30 Artículos.

En el Preámbulo se presentan los principios básicos sobre los que se fundamentan los 30 artículos; son las consideraciones que inspiran el conjunto del articulado y le dan fuerza.

El Preámbulo enuncia siete consideraciones previas a la Proclama. Se considera que el reconocimiento de la dignidad de todo miembro de la familia humana está en la base de la libertad, de la justicia y de la paz; el menosprecio de esta dignidad ha originado muchas barbaridades.

Se considera esencial proteger las personas con derechos fundamentales, establecer relaciones amistosas entre los países, favorecer el progreso social, instaurar mejores condiciones de vida.

El conjunto de la declaración expresa un ideal común de la comunidad de naciones, un ideal moral mínimo y compartido que ha de guiar las relaciones entre las personas. Un ideal común que es inalienable, que es universal, que es innegociable.

La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación

⁸⁴⁶ NATIONS UNIES. HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME. Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales. Instrumentos. Edit. Naciones Unidas. Ginebra. 2002, pag. 43.

⁸⁴⁷ ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F. *La declaración...ob. cit.* 2009, pag. 41.

universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Los 30 Artículos de la Declaración contienen una proclamación de principios y de derechos. Unos derechos se presentan como fundamentales o personales: como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad.

Otros son derechos civiles y políticos: como el derecho a la propiedad o a la intimidad o como el derecho al sufragio universal y secreto o el derecho a la libertad de asociación. Otros son derechos económicos, sociales y culturales: como el derecho a formar familia o a la vivienda o como el derecho al trabajo y a un salario igual por igual trabajo o como el derecho a la educación.

XIII.3.1.3. Otros mecanismos internacionales de las Naciones Unidas.

1. Consejo de Derechos Humanos. En 2006 la Asamblea General de la ONU creó el Consejo de Derechos Humanos, nuevo órgano político que se encarga de los Derechos Humanos y que sustituye a la Comisión de Derechos Humanos⁸⁴⁸. El Consejo tiene el mandato de promover y proteger los Derechos Humanos. Para ello debe, entre otras cosas:

- Abordar violaciones graves y sistemáticas de Derechos Humanos.
- Contribuir a la prevención de las violaciones de Derechos Humanos.
- Responder sin demora a las emergencias en materia de Derechos Humanos.

2. Declaración de la ONU sobre los defensores de los Derechos Humanos.

La Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos se adoptó el 9 de diciembre de 1998, víspera del 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁴⁹.

Esto indica el grado de reconocimiento existente entre los Estados miembros de la ONU respecto a que los ideales consagrados en la Declaración Universal sólo pueden hacerse realidad si todas las personas participan en su

⁸⁴⁸ OPPENHEIMER, A. *Los estados Desunidos de las Américas*. Edit. EDAF. Madrid. 2009, pag. 151.

⁸⁴⁹ AMNESTY INTERNATIONAL. *Defending human rights in a changing world*. Amnesty International Publications. London. 2008, pag. 39.

aplicación y si quienes trabajan para promoverlos pueden hacerlo sin injerencias, obstáculos, intimidaciones o amenazas.

Los gobiernos determinaron que los esfuerzos de los defensores de los Derechos Humanos por observar la situación, analizarla y proponer mejoras no sólo son compatibles con la obligación de los Estados de cumplir las leyes y normas de Derechos Humanos nacionales e internacionales, sino que contribuyen en gran medida a lograr este fin.

La Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos pide a los gobiernos que protejan los derechos que son fundamentales para el trabajo de defensores⁸⁵⁰.

El derecho a la libertad de expresión y de reunión pacífica, el derecho a la acción colectiva y al activismo pacífico para lograr cambios, así como el derecho a recibir y difundir información y a establecer comunicación con organizaciones nacionales e internacionales, quedan todos reconocidos como fundamentales para quienes defienden los derechos humanos.

Las personas que defienden los Derechos Humanos a menudo se ponen en peligro por criticar al Estado o a otros agentes poderosos. Por ello, los gobiernos están obligados a garantizar que quienes defienden los Derechos Humanos pueden llevar a cabo su trabajo sin injerencias, obstáculos, discriminación o temor a represalias.

Cuando se producen denuncias de abusos de este tipo, los defensores tienen derecho a que su denuncia sea examinada por una autoridad judicial o de otro tipo que sea independiente, imparcial y competente, y, cuando se concluya que se ha producido una violación, tienen derecho a obtener reparación.

La Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos establece además que los gobiernos deben promover el conocimiento de los Derechos Humanos, mediante, entre otras cosas⁸⁵¹:

- La difusión de información relacionada con los Derechos Humanos.
- La educación en Derechos Humanos.
- El establecimiento de instituciones nacionales de derechos humanos.

⁸⁵⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Defensores de los derechos humanos en Latinoamérica: Más protección, menos persecución*. Edit. Amnistía Internacional. 1999, pag. 82.

⁸⁵¹ AMNESTY INTERNATIONAL. *Defending human...ob. cit.* 2008, pag. 40.

La extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU instó a los gobiernos a hacer efectiva la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos e informar de sus esfuerzos. También instó a todos los órganos y mecanismos de Derechos Humanos de la ONU a tener en cuenta las disposiciones de dicha Declaración⁸⁵².

3. Relatoría especial de la ONU sobre la situación de los defensores de Derechos Humanos. En el año 2000, el Secretario General de la ONU nombró a Hina Jilani, abogada paquistaní y activista de los Derechos Humanos, primera representante especial sobre la cuestión de los defensores de los Derechos Humanos, para que contribuyera a aplicar la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos⁸⁵³.

En abril de 2008, el nuevo mandato pasó a llamarse relatoría especial de la ONU sobre la situación de los defensores de derechos humanos y se designó a una nueva titular: Margaret Sekaggya, abogada y profesora universitaria de Uganda⁸⁵⁴. El mandato de esta relatora especial incluye:

- Elaborar informes.
- Vigilar.
- Visitar países para adquirir un conocimiento más completo de la situación a la que se enfrentan quienes defienden los derechos humanos en países específicos. Empezar acciones individuales sobre casos de violación de los Derechos Humanos.
- Formular recomendaciones para mejorar la protección de los defensores y defensoras de los derechos humanos.

Cuando los defensores corren un peligro particular, la relatora especial puede emprender acciones urgentes en su favor. Para ello, normalmente depende de la información proporcionada por defensores y defensoras locales u organizaciones internacionales que trabajan en su favor.

Desde el año 2000, la relatora especial ha enviado más de 1.500 comunicaciones a Gobiernos, planteando su preocupación por defensores en

⁸⁵² AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Transformar dolor en esperanza. Defensores y defensoras de derechos humanos en América*. Edit. Amnistía Internacional. 2012, pag. 63.

⁸⁵³ AMNESTY INTERNATIONAL. *Defending human...ob. cit.* 2008, pag. 41.

⁸⁵⁴ LIST, A. y DORNER, W. *Civil Society, Conflict and Violence*. Bloomsbury Publishing London. 2012, pag. 108.

situación de riesgo, y ha visitado 10 países⁸⁵⁵. Sin embargo, no todos los países han cooperado sin reservas: 21 no han cursado invitaciones para permitir una visita, mientras que otros no han respondido a las comunicaciones de la relatora especial.

XIII.3.2. Protección internacional regional de los Derechos Humanos.

Uno de los sectores del Derecho Internacional contemporáneo donde el fenómeno del regionalismo tiene una presencia más acusada es en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁵⁶. Esto es debido en gran parte a la estrecha conexión de los Derechos Humanos con el fenómeno de las Organizaciones Internacionales.

Así, junto a los sistemas universales de control, han hecho su aparición importantes sistemas regionales de protección de los derechos humanos que se desarrollan como regla en el seno de las grandes Organizaciones regionales de fines generales. En nuestro estudio nos centraremos en las dos regiones en que los sistemas de protección de los Derechos Humanos han alcanzado un mayor desarrollo: América y África.

Los sistemas regionales que vamos analizar presentan los siguientes rasgos comunes:

- Surgen siempre en conexión con una Organización regional.
- Están llamados a operar entre un conjunto de Estados que, perteneciendo a una misma área geográfica, presentan importantes similitudes en sus sistemas políticos, económicos y sociales, así como en sus respectivos sistemas jurídicos internos. Estas características facilitan tanto la definición de derechos como el establecimiento de mecanismos de control generalmente aceptados por los Estados.
- Mayor juridificación y tecnificación de los sistemas regionales, tanto de los instrumentos jurídicos que les sirven de base como de los mecanismos de control que se definen en los mismos. Así, es en el ámbito regional donde se ha establecido la fórmula de los tribunales internacionales de derechos

⁸⁵⁵ AMNESTY INTERNATIONAL. *Defending human...ob. cit.* 2008, pag. 41.

⁸⁵⁶ QUISPE REMÓN, F. *El agotamiento de recursos internos en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos*. Revista IBDH, vol. 8. 1986, pag. 79. www.corteidh.or.cr

humanos, representados en el Tribunal Europeo, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos.

Los sistemas regionales son plenamente autónomos de los sistemas universales, respecto de los que no se establece ninguna regla de subordinación ni de primacía.

XIII.3.2.1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los Estados americanos, en ejercicio de su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, conocido como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

El Sistema Interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948, en el marco de la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁸⁵⁷.

Adicionalmente, el sistema cuenta con otros instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o Convención); Protocolos y Convenciones sobre temas especializados, como la Convención para prevenir y sancionar la tortura, la Convención sobre la desaparición forzada y la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, entre otros; y los Reglamentos y Estatutos de sus órganos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra en Washington, D.C, Estados Unidos de América, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte, Corte Interamericana o Tribunal), con sede en San José de Costa Rica⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Anuario interamericano de Derechos Humanos*. Martinus Nuhoff Publishers. USA. 1996, pag. 9.

⁸⁵⁸ CASAL HERNÁNDEZ, J. M. *Los Derechos...ob. cit.* 2008, pag. 38.

XIII.3.2.1.1. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Comienza esta Declaración expresando que la IX Conferencia Internacional Americana, considerando: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución;

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias, acuerda adoptar esta Declaración⁸⁵⁹.

Dicha Declaración fue Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948⁸⁶⁰. La Declaración consta de un Preámbulo, y 38 artículos que se reparten en 2 Capítulos. Concretamente, el Preámbulo expresa que:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y

⁸⁵⁹ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Edit. Organización de los Estados Americanos. 1948. www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp

⁸⁶⁰ ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F. *Textos básicos...ob. cit.* 2008, pag. 208.

política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos, porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.

Según la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todo ser humano tiene el derecho fundamental a la libertad y a la protección contra la detención arbitraria⁸⁶¹. El artículo XXV de la Declaración Americana establece que: “Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”. La Convención Americana también contempla el derecho a la libertad personal⁸⁶².

⁸⁶¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. I & XXV (1948).

⁸⁶² Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. Toda persona detenida o retenida debe ser 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 o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra

En términos generales, en materia de derecho a la libertad personal debe regir el principio de que la privación de libertad es una medida excepcional. Como consecuencia, la prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan⁸⁶³.

De manera similar, la Comisión Interamericana ha señalado que el principio de necesidad que debe regir la detención preventiva implica que la autoridad que decreta la aplicación de la medida debe sustentar de manera suficiente las razones por las cuales la existencia de indicios de responsabilidad tiene, en el caso concreto, relación con el curso adecuado de las investigaciones. Asimismo, implica que deben establecerse los motivos por los cuales procede aplicar la detención preventiva y no otra medida menos gravosa⁸⁶⁴.

XIII.3.2.1.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Fue proclamada en San José, Costa Rica el 7 al 22 de noviembre de 1969. Su Preámbulo establece que:

“Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección

persona. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

⁸⁶³ Informe n.º. 86/09, Caso 12.553 (Fondo) Jorge, José y Dante Peirano Basso (República Oriental del Uruguay) del 6 de agosto de 2009, párr. 100.

⁸⁶⁴ Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 11.663. Oscar Barreto Leiva Vs. Venezuela. 31 de octubre de 2008, párr. 143.

internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos⁸⁶⁵".

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, consagra el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad, en el Art. 7 n^o 5⁸⁶⁶.

A diferencia de lo que ocurre con la Corte Internacional de Justicia, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Europea de Derechos Humanos, la facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para adoptar medidas provisionales tiene base convencional. Se encuentra expresamente prevista en el art. 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual expresa que: "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión⁸⁶⁷".

XIII.3.2.1.3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de Organización de los Estados Americanos encargado de la promoción y protección de los Derechos Humanos en el continente americano⁸⁶⁸. Está integrada por siete miembros

⁸⁶⁵ HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D. F. 2003, pag. 183.

⁸⁶⁶ Toda persona detenida o retenida debe ser 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 o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

⁸⁶⁷ El 15 de enero de 1988, la Corte IDH hizo uso de esta facultad por primera vez, adoptando de oficio medidas provisionales para requerir al Estado de Honduras que tomara cuantas medidas fueran necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes habían comparecido o sido citados para comparecer ante ella con motivo de los primeros casos contra Honduras, tras enterarse del homicidio de un testigo que había comparecido ante la Corte IDH, y de otro que había sido citado para rendir declaración.

⁸⁶⁸ RUIZ OREJUELA, W. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, 2^a edic. ECOE Edic. Bogotá. 2013, pag. 473.

independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C.

Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta de la OEA, que proclama los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios en que se funda la Organización.

El pleno respeto a los Derechos Humanos aparece en diversas secciones de la Carta. De conformidad con ese instrumento: "El sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".

La Carta establece la Comisión como un órgano principal de la OEA, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en dicha materia⁸⁶⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza su trabajo con base en tres pilares de trabajo:

- El Sistema de Petición Individual.
- El monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros.
- La atención a líneas temáticas prioritarias.

El mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el art. 25 del Reglamento de la CIDH⁸⁷⁰. Según lo que establece el Reglamento, en situaciones

⁸⁶⁹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Anuario interamericano...ob. cit.* 1996, pag. 19.

⁸⁷⁰ Artículo 25.1 del Reglamento de la CIDH. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención

de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.

Estas medidas podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables. En consecuencia, el número de medidas cautelares otorgadas no refleja el número de personas protegidas mediante su adopción; como se puede observar, muchas de las medidas cautelares acordadas por la CIDH extienden protección a más de una persona y en ciertos casos, a grupos de personas como comunidades o pueblos indígenas. Asimismo, el Reglamento indica que el otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables⁸⁷¹.

XIII.3.2.1.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos⁸⁷² cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto y fue establecida en 1979.

El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de

Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares.

⁸⁷¹ El 1º de agosto entró en vigor el Reglamento modificado de la CIDH y establece que "las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas".

⁸⁷² INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Anuario interamericano...ob. cit.* 1996, pag. 51.

la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D. C.

La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país.

Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979.

El 30 de julio de 1980 la Corte Interamericana y el Gobierno de la República de Costa Rica firmaron un convenio, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 6528 del 28 de octubre de 1980, por la cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos⁸⁷³.

Bajo este Convenio se establece el Instituto como una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicado a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, con un enfoque multidisciplinario y con énfasis en los problemas de América. El Instituto, con sede también en San José, Costa Rica, trabaja en apoyo del sistema interamericano de protección internacional de los Derechos Humanos.

En noviembre de 2009 durante el LXXXV período ordinario de sesiones, entró en vigor un nuevo Reglamento de la Corte, el cual se aplica a todos los casos que se tramitan actualmente ante la Corte⁸⁷⁴.

La Corte podrá conocer de una solicitud de medidas provisionales o medidas urgentes cuando se reúnan dos requisitos: que el Estado miembro de la OEA sea parte en la Convención Americana y que haya reconocido expresamente como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte⁸⁷⁵.

Se caracterizan las medidas provisionales por lo siguiente: “Primero, que pueden ser adoptadas en cualquier estado del procedimiento; segundo, que su adopción se justifica ante la existencia de circunstancias de gravedad y urgencia;

⁸⁷³ LEVIN, L. *Human rights: questions and answers*. Department of Public Information, United Nations. Ginebra. 1987, pag. 57

⁸⁷⁴ GARCIA RAMIREZ, S. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Vol. 7. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2008, pag. 2.

⁸⁷⁵ MARTIN, C.; RODRIGUEZ PINZON, D. y GUEVARRA, J. A. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Edit. Universidad Iberoamericana, A. C. México. 2006, pag. 271.

tercero, que pueden adoptarse de oficio y no necesariamente a instancia de parte; cuarto, que no requieren de trámite adicional, como por ejemplo el traslado de la solicitud para que el Estado demandado exprese su opinión⁸⁷⁶; quinto, que las medidas provisionales a adoptar serán todas aquellas que la Corte considere necesarias⁸⁷⁷.

Las medidas urgentes se caracterizan por lo siguiente: “Primero, que la Corte no se encuentre reunida y se den circunstancias de gravedad y urgencia que hagan necesaria la adopción de tales medidas; segundo, las medidas serán adoptadas por el Presidente; tercero, como único trámite para su adopción se precisa la previa consulta con la comisión permanente y si es posible con los demás jueces; cuarto, la competencia del presidente está referida a requerir al Gobierno respectivo para que adopte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones⁸⁷⁸”.

XIII.3.2.2. Protección de los Derechos Humanos en África.

El sistema africano de protección de los derechos humanos es el más reciente y el menos evolucionado de los sistemas regionales actualmente en funcionamiento.

El principal instrumento convencional con el que cuenta es la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, aprobada el 27 de junio de 1981 en el marco de la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA) y que entró en vigor en octubre de 1986⁸⁷⁹.

En dicha Carta se expresa un concepto peculiar de los Derechos Humanos, concepto que es reflejo de las propias singularidades del continente africano. Benedek, a este respecto expresó que las concepciones africanas de Derechos

⁸⁷⁶ Formalidad procesal que no se haya vigente, numeral 5 del artículo 27 del Reglamento de la Corte, porque la Corte podría pedir al Estado información antes de resolver.

⁸⁷⁷ SANSO, M. A. *Penal Procesal Penal*. Edit. Juris. Argentina. 2003, pag. 252.

⁸⁷⁸ RINCÓN COVELLI, T. *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá. 2010, pag. 128.

⁸⁷⁹ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal...ob. cit.* 2008, pag. 47.

Humanos son una: “parte constitutiva importante de un concepto universal de los Derechos Humanos⁸⁸⁰”.

En cuanto a las aportaciones y características de dicho concepto africano de Derechos Humanos inserto en la Carta, consiste en su reconocimiento de los Derechos Humanos de tercera generación, en especial del derecho de los pueblos al desarrollo⁸⁸¹.

Nos encontramos ante el único Tratado Internacional de Derechos Humanos que consagra explícitamente este nuevo tipo de derechos, lo que nos da una idea clara de cuáles son las prioridades del continente africano en materia de Derechos Humanos: el derecho a la paz tanto en el ámbito interno como internacional (art. 23), el derecho al medio ambiente satisfactorio y global (art. 24), y, el más importante, el derecho al desarrollo⁸⁸² (art. 22).

En virtud de este último artículo:

1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y a disfrutar por igual del patrimonio común de la humanidad.
2. Los Estados tienen el deber, por separado o en cooperación, de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo.

Una segunda nota definitoria de la Carta Africana es que, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye el único instrumento de carácter regional que recoge en su seno tanto los derechos civiles y políticos más relevantes como los derechos económicos, sociales y culturales⁸⁸³.

Ya en el párrafo nº 8 del Preámbulo, los Estados de la OUA se declaran: “Convencidos de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”.

⁸⁸⁰ GÓMEZ ISA, F. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 1999, pag. 135.

⁸⁸¹ ANGULO SÁNCHEZ, N. *El derecho...ob. cit.* 2005, pag. 36.

⁸⁸² BADI, M. K. *Derechos Humanos en África*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2008, pag. 296.

⁸⁸³ GÓMEZ ISA, F. *El derecho...ob. cit.* 1999, pag. 135.

Como vemos, la Carta Africana opta de una manera clara y decidida por la interdependencia e indivisibilidad de todos los Derechos Humanos, sin priorizar unos derechos sobre otros.

Una tercera característica importante de la Carta Africana es que, como ya se deja entrever en su mismo título, dedica una especial atención a los derechos de los pueblos, a los derechos colectivos, importancia que no reciben en ningún otro documento internacional de Derechos Humanos⁸⁸⁴.

Esto encaja con las peculiaridades culturales del África tradicional, donde tiene primacía el grupo sobre la persona, la comunidad sobre el individuo; sólo en la comunidad el individuo cobra un pleno sentido. En África se produce lo que Bello (1985:33) ha calificado como un “enfoque global y comunitario a los Derechos Humanos”, donde los derechos son inseparables de la idea de deberes respecto a la comunidad en la que uno está inserto.

Un cuarto rasgo definitorio de la Carta Africana es que se trata del texto de Derechos Humanos en el que se realiza un reconocimiento más significativo de los deberes del individuo.

El Preámbulo considera que el disfrute de los derechos y libertades conlleva el cumplimiento de los deberes de cada uno, mientras que el artículo 27 señala que todo individuo tiene deberes respecto a la familia y la sociedad, el Estado, y las demás comunidades legalmente reconocidas y respecto a la comunidad internacional⁸⁸⁵.

Sin embargo, el artículo más importante en este sentido es el artículo 29, que formula un auténtico catálogo de deberes humanos del individuo: preservar el desarrollo armónico de la familia y trabajar por su respeto, servir a la comunidad nacional, preservar la solidaridad social y la seguridad nacional, trabajar y pagar tributos, preservar los valores culturales africanos, etc⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ BADI, M. K. *Derechos Humanos...ob. cit.* 2008, pag.305.

⁸⁸⁵ NATIONS EDUCATIONAL ORGANIZATIONS. *Informe Mundial sobre la Diversidad Cultural: Invertir en la diversidad cultural y el dialogo intercultural*. Edic. Unesco. Ginebra. 2010, pag. 244.

⁸⁸⁶ BADI, M. K. *Derechos Humanos...ob. cit.* 2008, pag. 296.

A fin de promover y proteger los derechos de la Carta, ésta creó una *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, compuesta por once personalidades africanas de prestigio con funciones a título personal⁸⁸⁷.

En cuanto a los mecanismos de control y protección, la Carta utiliza los tres mecanismos tradicionales:

1. *Informes periódicos*, que los Estados tienen que presentar cada dos años al Secretario General de la OUA, dando cuenta de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos de la Carta.
2. *Denuncias interestatales*, o acusación que un Estado puede cursar contra otro ante la Comisión cuando entienda que haya vulnerado las disposiciones de la Carta.
3. *Denuncias individuales*, presentadas por individuos ante la Comisión, la cual, si ve indicios de violaciones graves o masivas de los Derechos Humanos, puede llamar la atención de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA sobre estas situaciones, al tiempo que la Conferencia puede encargarle a la Comisión la realización de una investigación y un informe con recomendaciones⁸⁸⁸.

Como vemos, son unos mecanismos tremendamente débiles, con poderes muy limitados para la Comisión Africana y con un control férreo por parte de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, órgano político por excelencia y, hasta la fecha, no muy preocupado por la grave situación por la que atraviesan los Derechos Humanos en el continente.

Además, como contraste con los sistemas regionales europeo y americano, la Carta Africana no prevé ningún órgano de protección de los Derechos Humanos de naturaleza jurisdiccional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸⁸⁷ MOLINARES HASSAN, V. *Notas sobre..ob. cit.* 2011, pag. 62.

⁸⁸⁸ ESCRIBANO ÚBEDA - PORTUGUÉS, J. *Temas de Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*. Edit. Aebius. Madrid. 2010, pp. 67 y 68.

IVX. CONCLUSIONES

IVX. CONCLUSIONES.

Quiero comenzar este apartado haciendo referencia al principio “*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere, nisi si quid vi aut iure prohibetur*⁸⁸⁸”, que está presente en nuestra Carta Magna, en las leyes que de ella se derivan, y en los Convenios Internacionales, y que me sirva como pórtico de entrada para establecer las siguientes conclusiones:

La libertad personal es, después del derecho a la vida, el primero de los derechos, lo que llevó a que su protección se consignara ya en la Carta Magna inglesa de 1215. La importancia del derecho se refleja en el cuidado con el que el constituyente lo recogió y en su régimen de garantías, contando con una característica de este derecho, como es el procedimiento de habeas corpus.

El mandato constitucional español relativo a los principios de libertad y seguridad encuentra sus precedentes en las Constituciones Españolas de 1812 (artículo 290), de 1837 (artículo 7), de 1845 (artículo 7), de 1869 (artículo 2), de 1873 (artículo 4), de 1876 (artículo 4) y de 1931 (artículo 29) y en los instrumentos internacionales siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 9), Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 5) y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 9).

Todos los textos (internos e internacionales) valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad, y en lógica coherencia con el mandato constitucional español reseñado, al consistir las medidas cautelares penales personales en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar y adoptada mediante resolución judicial motivada.

Un Estado Social y Democrático de Derecho como es el nuestro se caracteriza por entender que la limitación a la libertad de la persona ha de ampararse a través de un procedimiento previamente determinado, en el que se respeten los derechos que la propia Constitución consagra. Sin embargo, conforme se ha observado, la respuesta que en los últimos años ha ofrecido el legislador y los tribunales al problema de la criminalidad y, por tanto, el

⁸⁸⁸ La libertad es la facultad natural de cada uno de hacer lo que le plazca, a menos que esté impedido por la fuerza o por el Derecho.

tratamiento que ha realizado de la prisión provisional y otras medidas restrictivas de la libertad, se ha caracterizado por alejarse de las funciones que estas medidas deben atender.

Los derechos fundamentales de los imputados están limitados por las medidas cautelares personales penales y dependen en última instancia del criterio subjetivo del Juez, condicionado únicamente por la garantía de motivación de las sentencias.

Las medidas cautelares en el proceso penal constituyen una materia de singular importancia. Por un lado, en ellas encontramos un conflicto entre el interés del Estado en la efectividad de las sentencias que puedan dictarse en el marco del proceso penal y el necesario respeto a los derechos fundamentales que debe imperar respecto a la persona sometida a enjuiciamiento sobre la que no existe todavía, un pronunciamiento judicial firme de signo condenatorio.

Aunque como hemos visto es difícil conceptualizar el término Derechos Humanos, optamos por definirla como el: "Conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".

Por ello, todo derecho fundamental debe sujetarse, en orden a su restricción, a los presupuestos de la excepcionalidad y la proporcionalidad entre otros. Excepcionalidad, ligada a la legalidad, en tanto los derechos constitucionalmente proclamados son plenamente ejercitables, debiendo las leyes de desarrollo establecer expresamente los límites siempre insuperables, debiendo tales límites, por otra parte, acomodarse expresamente a los fines perseguidos con la afectación al derecho.

Proporcionalidad derivada de la necesidad de equilibrar los sacrificios exigidos al ciudadano cuando se trata de verificar intereses estatales, de modo que estos últimos siempre han de corresponderse con la naturaleza de la medida adoptada y cumplirse en la forma menos severa para los derechos de la persona.

Los derechos fundamentales de los imputados que son ciertamente limitados por las medidas cautelares de referencia dependen en última instancia del criterio subjetivo del Juez, condicionado únicamente por la garantía de motivación de las sentencias.

La detención es una medida cautelar de naturaleza personal y provisional, y que puede adoptar la autoridad judicial policial e incluso los particulares, por la cual se produce una limitación del Derecho a la libertad del imputado con el fin de ponerlo a disposición judicial.

Según establece la LECrim, la detención deberá practicarse de la forma que menos perjudique a la persona, reputación y patrimonio; ya que el detenido tiene derecho a que se le informe de los hechos que se le imputan, de las razones por las que se le ha privado de su libertad, así como de los derechos que le asisten.

La Ley de enjuiciamiento Criminal contempla los casos en los que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tienen obligación de detener, regulados en el art. 492 LECrim y entre los que se incluyen también los supuestos del art. 490 de la LECrim: fragancia, fuga o rebeldía.

La detención no puede durar más del tiempo estrictamente necesario, por ello, el Tribunal Constitucional ha diferenciado dos límites temporales con respecto a la detención policial. Baste citar la STC 288/2000, de 27 de noviembre, donde tras consignarse que: "Este principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con mayor intensidad, si cabe, cuando se trata de las detenciones preventivas, porque el art. 17.2 CE no se remite a la ley para que ésta determine los plazos legales, como, sin embargo, ocurre en el art. 17.4 CE respecto a la prisión provisional, sino que se ocupa él mismo de establecerlos imperativamente", y añadirse que: "El 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 SSTC 341/1993, de 18 de noviembre; 174/1999, de 27 de septiembre y 179/2000, de 26 de junio".

El sustrato material de la prórroga de la detención preventiva en supuestos de terrorismo, amparada por la suspensión constitucional del artículo 55.2 de la Carta Magna, se caracteriza por la concurrencia de unas circunstancias que implican una rebaja considerable de las garantías procesales y de los estándares mínimos internacionales, establecidos en los supuestos de derogación de las obligaciones convencionales, que representa la antesala de la medida de incomunicación, directamente vinculada a la prórroga de la detención preventiva en supuestos de terrorismo.

La duración de 5 días de la detención prorrogada se aleja de los estándares internacionales que justifican la prórroga de la detención el tiempo necesario para los fines investigadores. Los avances tecnológicos existentes en materia de prueba y la vigencia del derecho a no declarar y a no confesarse culpable, incluso en supuestos excepcionales de prórroga de detención preventiva, arroja más sombras que luces a una medida que parece perder legitimidad democrática, a la luz de la ausencia de garantías que aseguren tanto su carácter excepcional, como el respeto de todos los derechos del detenido.

Según el Alto Tribunal, la situación de excepcionalidad que ampara la suspensión individual del artículo 55.2 CE, permitiendo la ampliación de la duración de la detención preventiva hasta un máximo de 5 días, reside en el peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del Orden Democrático Constitucional, derivado de las actividades delictivas cometidas por “bandas armadas o elementos terroristas”.

El derecho a la libertad ambulatoria o de locomoción encuentra protección jurídico - penal, sobre todo, en los arts. 163 y siguientes del vigente Código penal, bajo la rúbrica “De las detenciones ilegales y secuestros”, regulándose que comete un delito de detención ilegal el particular que retenga o encierre a otra persona contra su voluntad privándole de su libertad de movimiento.

A través de la Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se crea una Declaración de la policía. En el Anexo de dicha Declaración referente a la ética, se establece que todos los funcionarios de Policía deben cumplir los deberes que le impone la ley. Además, se expresa que es deber de todo policía oponerse a las violaciones de la ley.

Con la regulación actual de los tipos de detenciones ilegales hay que concluir que el art. 167 debe aplicarse para aquellos supuestos de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos que respondan a la pura arbitrariedad o abuso de poder. Por su parte, el art. 530 debe reservarse a todos aquellos supuestos de detenciones policiales practicadas a partir de la comisión de una infracción penal (sea delito o falta) que, sin embargo, no resulten procedentes o presenten alguna irregularidad legal.

Por consiguiente, la controvertida expresión “mediando causa por delito” debe entenderse como opuesta a detención arbitraria y, más concretamente, como equivalente a detención motivada por la comisión de una infracción penal.

Nuestro ordenamiento jurídico parte de un concepto amplio de detención ilegal, esto es, no se limita a los casos de detención no prevista en la ley (ilegítima ab initio), sino que abarca también la detención que vulnera el procedimiento legalmente establecido (infracción de las garantías que rodean la detención).

Por las SSTS y las SSTC podemos concluir que la regulación en el Código penal de las detenciones ilegales policiales es deficiente y ha provocado la disparidad de criterios jurisprudenciales para supuestos idénticos en busca de soluciones ajustadas a la gravedad de cada caso.

Los derechos de las personas detenidas cuentan con un marco protector configurado por la normativa interna y los instrumentos internacionales ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. A nivel internacional destacan los emanados de la Organización de Naciones Unidas y los procedentes del Consejo de Europa.

El hábeas corpus, tutela dos derechos fundamentales, la libertad individual y el derecho a la integridad personal. En ese sentido tiene como objeto el reponer las cosas al estado anterior a la privación, perturbación o amenaza de dichos derechos, por lo cual tiene un carácter sumario y potencialmente eventual, en tanto se autoriza desde que aparece posible una violación eventual a estos derechos para evitar que la violación se torne en irreparable.

Por ello, tal y como recoge la STC 122/2004 de 12 de julio, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y que medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de habeas corpus, generando una consolidada doctrina.

En España, las personas reclusas en régimen de incomunicación pueden verse privadas de acceso efectivo a un abogado o a un médico de su elección, y no tienen la posibilidad de informar de su detención a su familia ni a sus amistades.

Con arreglo a la legislación española, la detención en régimen de incomunicación puede imponerse antes o después de que la persona detenida comparezca ante una autoridad judicial. Este hecho ha originado que la organización Amnistía Internacional ha denunciado el régimen de incomunicación de los detenidos en España porque considera que incumple las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional de los derechos

humanos. Según Amnistía, el régimen español es uno de los más estrictos de Europa.

En materia relativa a la privación de libertad impuesta como medida cautelar para asegurar la entrega, la Decisión Marco no distingue entre la detención preventiva y la prisión provisional, pero en nuestra Constitución se diferencia entre ambas con bastante nitidez, sometiendo una y otra a distintas garantías y plazos. Es por ello, que habrá que acudir a una distinción material entre ambas medidas cautelares, con el objeto de diferenciar correctamente entre una y otra dentro del régimen de la orden de detención europea, de modo que no se vulnere la Constitución mediante la técnica de olvidar o desconocer las garantías que corresponden a cada una de ellas.

Es preciso matizar que la Decisión Marco cumple con las exigencias de nuestra Constitución, de la doctrina del TC y el control jurisdiccional. Un rasgo característico de la Decisión Marco es la intención explícita de configurar la “euroorden” como un instrumento de cooperación penal internacional sustancialmente dispar respecto a la extradición. Aunque el objetivo sea el mismo (el traslado de un individuo de un Estado a otro distinto, para juzgarle o para que cumpla una pena o medida de seguridad ya impuestas), el fundamento, la base normativa y los procedimientos difieren entre sí.

Las medidas cautelares también constituyen un instrumento de cooperación y lucha contra la criminalidad transfronteriza capital, como es el caso de la Orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros y que en ocasiones no precisan la intervención del órgano jurisdiccional. Por lo tanto, nuestro sistema de Enjuiciamiento Criminal debería plantear un esquema completamente diferente al modelo vigente, a partir de la regulación de un proceso penal sin dilaciones.

Francia, que propugna desde su Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, que todas las personas detenidas son beneficiarias de una serie de derechos atribuidos a todos los hombres, en virtud de su dignidad humana, resulta extraño, que en la actual normativa francesa no exista la expresión *derechos del detenido*.

Francia es uno de los países europeos que menos garantías ofrecen a los detenidos. La detención preventiva, que puede llegar a 24 horas y extenderse con el permiso del juez a 48 horas, y hasta a cuatro y seis días en delitos graves como

el terrorismo está legalmente justificada en Francia para "toda persona sobre la que existe una razón plausible para sospechar que ha cometido o ha intentado cometer una infracción". La gravedad del delito no cuenta para nada.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas instó a Francia en julio de 2008 garantizar que los acusados de terrorismo tengan acceso a un abogado inmediatamente, sean informados de su derecho a guardar silencio al ser interrogados, y sean llevados sin demora ante un Juez.

Italia ha instaurado un sistema básicamente acusatorio que se caracteriza, entre otros aspectos, en relegar la prisión preventiva a un medio residual y subsidiario, al introducir un amplio cuadro de medidas alternativas, entre las cuales se encuentran: prohibición de expatriación, obligación de presentarse a la policía judicial, prohibición y obligación de residencia, arresto domiciliario, suspensión del ejercicio de la patria potestad, suspensión del ejercicio de cargo u oficio público, prohibición temporal de ejercer determinadas actividades profesionales.

El 18 de mayo de 2009, el Comité Contra la Tortura publicó sus observaciones finales sobre Italia. El Comité recomendó a Italia que incorporase en su derecho interno el delito de tortura y adoptase una definición de tortura que abarcara todos los elementos contenidos en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. También, se recomendó que todos los agentes encargados de cumplir la ley contasen con el equipo y la formación adecuados para emplear medios no violentos y para no recurrir a la fuerza y a las armas de fuego más que cuando ello fuera estrictamente necesario, y de forma proporcional.

El Comité observó con preocupación la persistencia de denuncias de uso excesivo de la fuerza y de malos tratos por parte de agentes de las fuerzas del orden. En relación con la rendición de cuentas de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que empleaban violencia innecesaria y desproporcionada, el Comité contra la Tortura recomendó que Italia "reforzase sus medidas para garantizar una investigación rápida, imparcial y efectiva de todas las denuncias de tortura y malos tratos cometidos por agentes de las fuerzas del orden".

A partir de la última década del S. XX, a estancias del Comité de Derechos Humanos, Portugal realiza una serie de medidas para mejorar las detenciones policiales. Así, se crea en 1995 la Inspección General de la Administración Interna

en el Ministerio del Interior, encargada de iniciar investigaciones de denuncias de abusos de la policía. También se crea en 2000 de la Inspección General de Servicios de Justicia, así como la Oficina del Defensor del Pueblo.

En el Comité De Derechos Humanos en su sesión 78^o expresó su preocupación por los casos denunciados en Portugal de uso desproporcionado de la fuerza y de malos tratos infligidos por la policía, en particular en el momento de la detención y durante la prisión preventiva, que en algunos casos han provocado la muerte de las víctimas.

La violencia policial contra personas pertenecientes a minorías étnicas es al parecer un hecho frecuente. Preocupa asimismo al Comité la información según la cual los sistemas judicial y administrativo no investigan de manera pronta y eficaz esos casos, particularmente los relativos a la muerte de varias personas en 2000 y 2001, presuntamente causada por agentes policiales.

El Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos, programa conjunto de la Organización Mundial contra la Tortura y de la Federación Internacional de Derechos Humanos, solicitó el 27 de noviembre de 2009, en Perú, su intervención urgente, ya que se había producido la detención arbitraria del Secretario General del Sindicato de Trabajadores de Casapalca y de un dirigente del mismo sindicato.

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Asamblea General adoptó en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. En el art. 2 del Presente Código se recoge que los "los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Asamblea General adoptó en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, un conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. El primero de ellos enuncia que cualquier tipo de detención "será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Continúa expresando el Alto Comisionado que toda detención se hará dentro de la ley y en el respeto de los derechos humanos.

Un total de 141 organizaciones de defensa de Derechos Humanos y colectivos de inmigrantes han denunciado ante el Defensor del Pueblo y ante el Ministerio del Interior la «ilegalidad» de la polémica circular secreta 1/2010 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que, entre otras cuestiones, insta a los policías a realizar *detenciones preventivas* de inmigrantes “sin papeles” y en la que ordena a ventilar a «la mayor brevedad y en el tiempo mínimo imprescindible» y por el «procedimiento preferente» la expulsión de los irregulares interceptados en la vía pública.

El 14 de septiembre de 2007, la Secretaría de Estado de Seguridad, dependiente del Ministerio del Interior, la Instrucción 12/2007, se refiere al comportamiento que se exige a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para alcanzar una más eficaz protección de los derechos del detenido y una mayor claridad en sus actuaciones, impartiendo nuevas instrucciones, precisas y actualizadas, que permitan continuar salvaguardando tales derechos y, simultáneamente, dotar a los agentes de las garantías jurídicas suficientes con ocasión de la práctica de la detención y la posterior custodia.

Tras el estudio exhaustivo de la Instrucción 12/2007, podemos concluir que: que no se duele informar al detenido de de su derecho constitucional a solicitar el "habeas corpus"; no se suele tener especial cuidado en procurar que el detenido pueda realizar sus necesidades fisiológicas con la suficiente intimidad e higiene, por ejemplo, hay Comisarias que sólo disponen de un Cuarto de Baños para hombres y mujeres, sin puerta; la higiene de la celda no es la más adecuada, las mantas suelen estar sucias; la comida es insuficiente, hay celdas que disponen de muy poca ventilación, en donde se está totalmente a oscuras; se aglutinan a varias personas en el mismo calabozo, lo que ocasiona que no se pueda descansar adecuadamente.

Los hechos descritos anteriormente, nos llevan a plantearnos, si la persona que se encuentra en dependencia policial tras largos periodos como puede ser el de 3 ó 5 días está en condiciones de declarar.

Lo visto hasta ahora, nos lleva a plantearnos que no, ya que la falta de sueño, la suciedad, la falta de espacio, la falta de luz y la falta de intimidad, nos puede llevar a estados de ansiedad y de confusión, sobre todo en detenidos primarios

Según la Instrucción 9, nuestro ordenamiento jurídico prohíbe terminantemente el uso de cualquier exceso físico o psíquico para obtener una declaración del detenido, de manera que el empleo de tales medios constituye infracción penal o disciplinaria, y como tal será perseguida. Aunque esta es la norma, no siempre es así, hemos visto en diferentes medios de comunicación, por ejemplo, los malos tratos que se infringían en dependencias policiales a manos de los Mossos d'Esquadra.

De todo lo visto, tal y como recoge el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, por la cual aprobó y abrió a la firma, ratificación y adhesión la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como todas sus resoluciones posteriores sobre la cuestión, se entiende que el derecho a no ser sometido a torturas debe estar protegido en todas las circunstancias.

La prisión provisional estrictamente concebida, acorde con un sistema constitucional democrático, es incompatible con cualquier regulación que le otorgue fines ajenos a su naturaleza, por más que los Estados, por las razones que sea, tiendan a ampararlos con argumentos no siempre comprensibles, ciertos y ni siquiera apropiados para verificar los intereses que se proclaman.

La prisión provisional tampoco puede ser convertida en un instrumento de política criminal o, sencillamente, en un mecanismo de propaganda social, de satisfacción inmediata de los deseos de respuesta frente al delito.

Corresponde a los jueces de instrucción el acordar la medida prevista en el art. 530 de la LECrim, mediante auto motivado. En el caso de que el inculpado fuera extranjero o español residente en el extranjero, si las circunstancias lo aconsejan, y dados los términos en que se plantea el conflicto de intereses en juego, siempre es preferible optar por el valor libertad o al menos por la medida que la garantice con mayor amplitud, por lo que no existe obstáculo en que se les imponga la obligación de comparecer ante el consulado español de su lugar de residencia con la periodicidad que se determine.

El Anexo a la Recomendación R(99)22 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la superpoblación en las prisiones y la inflación carcelaria

(artículo 10) también anima a "que se haga el uso más amplio posible de las alternativas a la detención preventiva.

El hecho de que la prisión preventiva también tenga el propósito de facilitar la administración de justicia y proteger el orden público supone que no se debería utilizar a efectos punitivos.

El mal uso de las propuestas de derecho penal mínimo y su predicado de última o de extrema ratio a pretexto del carácter restrictivo de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; y, la utilización prioritariamente de los sustitutivos de la prisión preventiva en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un uso perverso, irracional y abusivo del derecho, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad.

Prueba de ello, es que los reclusos preventivos en España abarca el 14,1% de la población penitenciaria, seguido de Portugal con un 18,2%, Francia con un 25,3%, Italia con un 36,5%, y Perú con un 58,5 %.

Este hecho confirma que no se está cumpliendo el principio de excepcionalidad que regula tanto la normativa estatal de los países mencionados, así como, las recomendaciones internacionales.

La imposición de la prisión provisional obedece muchas veces a razones económicas, como es el caso de España, que desde que entro en la denominada "crisis Económica" baja de una forma muy considerada el número de preventivos, o bien, como es el caso de Perú, está fundamentada en los retrasos judiciales.

El carácter excepcional de la prisión provisional es conocido por la Comisión Europea y de ahí, la redacción del Libro Verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad presentado en Bruselas el 17 de agosto de 2004, cuyo propósito es introducir un modelo europeo de libertad provisional con o sin fianza que constituya la medida cautelar idónea a adoptar con carácter general en todos los Estados miembros. La finalidad no es otra que "reforzar el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia en el conjunto de la Unión Europea".

A lo anterior hay que añadir, que aunque los estándares internacionales permiten las medidas cautelares penales personales bajo condiciones precisas y limitadas, el consenso global es el de desincentivar su uso y alentar en cambio

medidas alternas, como la libertad condicional siempre que sean posible, haciendo uso de las nuevas tecnologías.

Lo expuesto da la pauta para establecer un dialogo cuanto menos necesario, cuya teleología ha de ser el que prevalezca el respeto a la libertad y al principio de inocencia. Sin olvidar el impacto que ello conlleva en la idiosincrasia del país, la herencia histórica, cultural y jurídica.

Las medidas cautelares penales personales deberán de modificarse, porque así lo requieren las circunstancias y a partir de ahí ponderar garantías y Derechos Humanos. Lo contrario conllevaría a una defectuosa implementación y asimilación de dichas medidas cautelares y dejaría al proceso penal seriamente mermado, lo cual devendría en la violación sistemática de garantías y Derechos Humanos.

El objetivo según lo expuesto consiste en comprender la tensión existente y de no fácil conciliación, que surge con la necesidad de proteger a la sociedad, la víctima y el imputado, desde la perspectiva de un proceso penal democrático congruente con los postulados que exige el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimiento de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Por todo lo expuesto, se ha de tener claro que en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro debe constituir un compromiso indeclinable un Derecho Procesal Penal que, partiendo de nuestra Carta Magna y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que estamos suscritos, sea capaz de poner verdaderos límites a la respuesta punitiva.

Ya que, si un Estado utiliza un recurso como son las medidas cautelares penales personales para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de utilizar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

Y, es que un país como el nuestro que se enorgullece se pertenecer a la Unión Europea, debería recordar las palabras del profesor Sagarra Trías que afirmo que: "Allí donde la paz, la seguridad y la justicia, allí donde la democracia

y el respeto a los derechos humanos sean valores tangibles y de cotidiana aplicación, allí también es Europa⁸⁸⁹".

⁸⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. *La orden...ob.cit.* 2006, PAG. 382.

XV. FUENTES

XV. FUENTES.

XV.1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

- ABOU ZEID, N. *Critique du discours religieux*. Edit. Sindbad. París. 1999.
- ABRISKETA, J. *Derechos Humanos y acción humanitaria*. Edit. Alberdania. Álava. 2005.
- AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2011.
- AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Legislación de Extranjeros*. Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2011.
- AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Cortes Generales. Textos Legales, 48. 4ª Edición*. Edit. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2011.
- AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. *Cortes Generales. COLECCIÓN Textos Legales, nº 48, 4ª Edic.* Madrid. 2012.
- AGUILERA PORTALES, R. y ESPINO TAPIA, D. R. *Fundamento, Garantías y Naturaleza Jurídica de los Derechos Sociales ante la crisis del Estado Social de Derecho*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 10, 2006/2007.
- ALARCÓN REQUEJO, G. *Estado de derecho, derechos humanos y democracia.: Pautas para la racionalidad jurídico – política desde Elías Díaz*. Edit. Dykinson. Madrid. 2011.
- ALBELOA, V. M. *La Semana Trágica de la Iglesia en España (8-14 octubre de 1931)*. Edic. Encuentro. Madrid. 2006.
- ALEXY, R. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista española de derecho constitucional, nº 66. 2002.
- ALBERTO PADILLA, L. *Teoría de las relaciones internacionales: La investigación sobre el conflicto y la paz*. Edit. Instituto de Relaciones Internacionales e Investigación para la Paz. Guatemala. 1992.
- ALGUACIL GONZÁLEZ – AURIOLÉS, J. *Tutela Penal*. En ARANDA, E. *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005.

- ALONSO PEREZ, F. *Manual del policía, 2ª Edic.* Edit. La Ley. Madrid. 2004.
- ALTAVA LAVALL, M. G. *Lecciones de derecho comparado.* Publicacions Universitat Jaume I. Castellon. 2003.
- AMBOS, K. *Estudios de derecho penal internacional.* EDIT. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *Defending human rights in a changing world.* Amnesty International Publications. London. 2008.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Defensores de los derechos humanos en Latinoamérica: Más protección, menos persecución.* Edit. Amnistía Internacional. 1999.
- AMNISTIA INTERNACIONAL. *Juicios Justos: manual de Amnistía Internacional.* Editorial Amnistía Internacional. Madrid. 2000.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Federación Rusa. "Dokumenty!". Discriminación por motivos raciales en la federación Rusa.* Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2003.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Manual de Acción. Contra la Tortura.* Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2003.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Entender la labor policial.* Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2005.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Entender la labor policial. Recursos de derechos humanos.* Edit. Amnistía Internacional. España. 2007.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Informe 2010 Amnistía Internacional: el Estado de los Derechos Humanos en el mundo.* Edit. Amnistía Internacional. Madrid. 2010.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Transformar dolor en esperanza. Defensores y defensoras de derechos humanos en América.* Edit. Amnistía Internacional. 2012.
- ANGULO ARIZA, F. S. y PARRA ARANGUREN, F. I. *Temas de derecho procesal: libro homenaje a Félix S. Angulo Ariza, Vol. 1.* Edit. Tribunal Supremo de Justicia. 2003.
- ANGULO SÁNCHEZ, N. *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado: concepto, contenido, objetivos y sujetos.* Edit. IEPALA. Madrid. 2005.

- ALVARADO PLANAS, R. y PEREZ MARCOS, R. M. *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho en España: (Siglos XII-XX)*. Edit. Polifemo. España. 1996.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*. Edic. Del Foro. España. 1978.
- ARANGÜENA FANEGO, C. *Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea: la Orden Europea de detención y entrega*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2005.
- ARANGÜENA FANEGO, C. *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2007.
- ARENGÜENA FANEGO, C. *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2007.
- ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ª Edición*. Edit. Marcial Pons. Madrid. 2009.
- ARRANZ DE ANDRES, C y SERNA VALLEJO, M. *Estudios de Derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 de la Facultad de Derecho en la Universidad de Cantabria*. Ediciones de la Universidad de Cantabria. Santander, 2009.
- ARROM LOSCOS, R. *El proceso penal con implicación de menores: (Ley Orgánica 5 -2000 sobre Responsabilidad Penal de Menores)*. Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca. 2002.
- ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. *La orden de detención y entrega Europea*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 2006.
- ARROLLO, ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Edic. de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 2007.
- ASENCIO MELLADO, J. M. *Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003*. En ASENCIO MELLADO, J. M. y FUENTES SORIANO, O. *Nuevos retos de la justicia penal*, Edición nº 1. Edit. La Ley. Madrid. 2008.
- AUTIERI, D. *Un braccialeto diverso. La due Città, nº. 1,2 año II*.
- A'LA MAUDUDI, A. *The political framework in Islam*", recogido en *Human Rights in Islam*. The Islamic Foundation, 1981.

- BADI, M. K. *Derechos Humanos en África*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2008.
- BALLESTEROS LLOMPART, J.; FERNANDEZ RUIZ – GALVEZ. E. y GARIBO PEYRO, A. P. *Derechos Humanos*. Edit. Universidad de Valencia. Valencia. 2007.
- BALTAZAR ROBLES, G. E. *El Nuevo Juicio de Amparo: Las Reformas Constitucionales de Junio de 2011*. Edit. COEDI. Mexico. 2011.
- BARBERO SANTOS, M. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca. 1997.
- BARCONES AGUSTÍN, N. *El aseguramiento de responsabilidades civiles en el proceso penal: la fianza hipotecaria*. Edit. Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 2009. www.noticias.juridicas.com
- BARTOLOME PINA, M. *Identidad y ciudadanía: un reto a la educación intercultural*. Edic. Narcea. Madrid. 2002.
- BARRANCO AVILÉS, M. C. *La teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004.
- BATUECAS FLORINDO, J. M. *La expulsión del extranjero en la legislación española*. Editorial Club Universitario. Alicante. 2009.
- BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, 3ª Edic. Alianza Editorial. Madrid. 1982.
- BELDA PÉREZ - PEDRERO, E. *El derecho a la libertad y a la seguridad personal*. Parlamento y Constitución. Anuario, Nº 3. Castilla la Mancha. 1999.
- BENENSON HOUSE, P. *España: salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación*. Amnesty International Publications. Madrid. 2008.
- BERRAONDO LÓPEZ, M. *Los Derechos Humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección*. Edic. Alberdania. Álava. 2004.
- BLANCO PEÑALVER, A. *La naturaleza cautelar del hábeas corpus*. En Estudios del Ministerio Fiscal, Cursos de formación, nº. 1. 1994.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Edit. Sistema. Madrid. 1991.

- BOLEA BARDÓN, C y ROBLES PLANAS, R. *La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal*. InDret Revista para el Análisis del Derecho. 2006.
- BONET PÉREZ, J. y SÁNCHEZ, V. M. *Los derechos humanos en el s. XXI: continuidad y cambios*. Edit. Huygens. España. 2008.
- BONETE PERALES, E. *La política des de la ética*. Edit. Proyecto A Ediciones. Kings Tree, S.L. Barcelona, 1998.
- BARRETO, A.; GÓMEZ, B. y MAGALHÃES, P. *Portugal: democracia y sistema político*. Edit. Siglo XXI. Madrid. 2003.
- BONET PÉREZ, J. (Dir). *Los derechos humanos en el S. XXI: continuidad y cambios*. Edit. Huygens. Barcelona. 2008.
- BOSCH, A. *Historia de los Estados Unidos, 1776-1945*. Edit. Crítica. Barcelona. 2010.
- BOUCHARD, C.; SOMAT, A. y VILLERBU, L. *Temps psychiques, temps judiciaires: Etudes anthropologiques, psychologiques et juridiques*. Edit. L'Harmattan. París. 2009.
- CAMPOY CERVERA, I. *Los Derechos de los Niños: Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas*. Edit. Dykinson. Madrid. 2007.
- CANOSA USERA, R. *El derecho a la integridad personal*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2006.
- CARO CORIA, D. C. y ENTRENA VAZQUEZ, L. *Derechos y libertades*. Corporación Editora Nacional. España. 2005.
- CARBONELL MATÉU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996.
- CARRASCO CANALS, C. *La burocracia en la España del Siglo XIX*. Edit. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1975.
- CASAL HERNÁNDEZ, J. M. *Los Derechos Humanos y Su Protección: (Estudios Sobre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales)*, 2ª Edic. Edit. Eniversidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2008.
- CHENA, S. y HINOJAL LÓPE, S. *De profesión abogado. Guía práctica para el ejercicio de la Abogacía*. Edit. La Ley. Madrid. 2010.
- CHUECA SANCHO, A. G. *El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros*. Revista de derecho migratorio y extranjería, nº 1. 2002.

- CLIMENT DURÁN, C. *Detenciones ilegales policiales*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia. 1998.
- CLIMENT DURÁN, C. *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1 edición. 1999.
- COLOMER VIADEL, A. *Inmigrantes y Emigrantes*. Editorial Universidad Politécnica de Valencia. Valencia. 2006.
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Edit. Organización de los Estados Americanos. 1948.
- COMUNIDAD AUTONOMA DE LA REGION DE MURCIA. *Ley de Coordinación de Policías Locales de la Región de Murcia*. Edición preparada por la Dirección General del Interior. Consejería de Administración Pública e Interior. 1989.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe en relación con el escrito remitido por el Director General de Asuntos y Asistencia Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación relativo al problema de la libertad condicional de ciudadanos extranjeros acordada por los Jueces de Instrucción*. 06 de octubre de 2004. www.poderjudicial.es
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Congreso Violencia Domestica*. Edit. Lerko Print, S. A. Madrid, 2004.
- COSTANZO, G. *Madre e bambino nel contesto carcerario italiano*. Edit. Armando. Roma. 2013.
- CORREA, C.; GUANIPA, M.; CISNEROS, Y. y CAÑIZALEZ, A. *Libertad de expresión: una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones*. Edit. CEC, S. A. Caracas, Venezuela. 2007.
- COURTIN, C. *La réforme de la garde à vue*. Edit. L'Harmattan. Francia, 2013.
- CRUCHAGA GANDARILLAS, V. *La igualdad jurídica de los estados*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1968.
- CUERDA RIEZU, A. *De la extradición a la euro orden de detención y entrega*. Edit. Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 2003.
- DALABRIDA, S. E. *La prisión provisional en el ordenamiento procesal brasileño desde la regulación procesal española*. Tesis doctoral. Servicio de Publicaciones de la universidad de Navarra. 2011.

- DAMIÁN MORENO, J. *El derecho y su garantía jurisdiccional*. Edit. Reus. Madrid. 2010.
- DÁVILA GARCÍA, A. *Los derechos humanos a la vuelta del milenio*. Revista Vínculo Jurídico. 1998.
- DEBASA NAVALPOTRO, F. R. *Jean Monnet y la Carta Fundacional de la Unión Europea: La declaración de 9 de mayo de 1950*. Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos I. Madrid. 2004.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2011: *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*. Imprenta Nacional Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2012.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe Anual 2012: *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*. Imprenta Nacional Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2013.
- DEFLOU, A. *Le droit des détenus. Securite ou reinsertion*. Edit. Dalloz. Université de la Rochelle. Francia. 2010.
- DE DIEGO DIEZ, L. A. *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*. Edit. Bosch. Barcelona. 2011.
- DE ESTEBAN, J. *Las Constituciones de España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.
- DE HOYOS SANCHOS, M. *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Edit. Lex Nova. Valladolid.
- DE LA JARA, E.; CHÁVEZ-TAFUR, G.; RAVELO, A., GRÁNDEZ, A., DEL VALLE, O. y SÁNCHEZ, L. *La prisión preventiva en Perú. ¿Medida preventiva o pena anticipada?* Edit. Instituto de Defensa Legal. Lima. 2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Penal, 8ª Edición*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007.
- DE LA TORRE, S. *La organización de seguridad y cooperación en Europa - OSCE-: misiones y dimensiones de la OSCE*. Edit. Dykinson. Madrid. 2006.
- DE LA TORRE FERNÁNDEZ DEL POZO, S. *Un modelo de seguridad para Europa: la carta de seguridad europea de la OSCE*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004.

- DE LA TORRE FERNÁNDEZ DEL POZO, S. *La organización de seguridad y cooperación en Europa -OSCE-: misiones y dimensiones de la OSCE*. Edit. Dykinson. Madrid. 2006.
- DE ROUX, R. R. *Violencias y tolerancias*. Edit. Nueva América. Bogotá. 2000.
- DE TOMÁS MORALES, S. y VAQUERO LAFUENTE, M. E. *El día de Europa: la Europa de los 25: contribuciones a las III Jornadas en conmemoración del Día de Europa de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 6 y 7 de mayo de 2004*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2005.
- DÍAZ CREGO, M. *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*. Edit. Reus. Madrid. 2010.
- DIAZ VARCALCEL, R. *Manual del policía*. Edit. La Ley. Madrid. 2004.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª Edición. Edit. Aranzadi. Navarra. 2008.
- DÍEZ RIAZA, S. *Cuestiones relevantes en la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. Burgos. 2004.
- DIPPEL, H. *Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que Necesita ser Escrita*. Revista Electrónica de Historia Constitucional, nº 6. Septiembre 2005.
- DOMINGUEZ LUELMO, A. *Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2009.
- DURÁN Y LAGUNA, P. *Acciones positivas para las mujeres en las organizaciones internacionales*. Edit. La Ley. Madrid. 2008.
- EDITORIAL MAD. *Policía Local. Supuestos Prácticos*, 4ª Edición. Edit. MAD. Sevilla. 2006.
- EGAÑA SEVILLA, I. *Diccionario histórico-político de Euskal Herria*. Edit. Txalaparta. 1996.
- EISEMANN, P. M. *L'intégration Du Droit International Et Communautaire Dans L'ordre Juridique national*. Edit. Kluwer Law International. Netherlands. 1996.
- ENGELS, F. Y MARX, K. *Manifiesto del Partido comunista*. 1848. Edición electrónica. Buenos Aires 2004. www.laeditorialvirtual.com
- ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución Europea y Constitución Española*, 5ª Edición. Edit. La Ley. Madrid. 2008.

- ESCALANTE CASTARROYO, J. *Constitución Europea y Constitución Española*. Edit. La Ley. 2008.
- ESCRIBANO COLLADO, P. *Legislación administrativa: (Parte general), 21 edición*. Edit. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones. Sevilla, 2006.
- ESCRIBANO ÚBEDA – PORTUGUÉS, J. *Quince años de construcción de la Unión Europea a través de sus tratados (1992 – 2007)*. Edit. Liber Factory. Madrid. 2008.
- ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. *Lecciones de Relaciones Internacionales*. Edit. Aebius. Madrid. 2009.
- ESCRIBANO ÚBEDA - PORTUGUÉS, J. *Temas de Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*. Edit. Aebius. Madrid. 2010.
- ESCUDERO, J. A. *Intolerancia e Inquisición, Vol. 1*. Edit. Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales. Ministerio de Cultura. Madrid. 2006.
- FERNÁNDEZ MANJÓN, D. *La Identidad Europea. La Aportación Española*. Edit. Visión Libros. Burgos. 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de derecho internacional privado*. Edit. Civitas. Madrid. 1991.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *La Constitución de Bayona (1808)*. Edit. Iustel. Madrid. 2007.
- FERNANDEZ SEGADO, F. *La justicia constitucional: Los sistemas de justicia constitucional. Las "dissenting opinions". El control de las omisiones legislativas. El control de "comunitariedad"*. Edit. Dykinson. Madrid. 2009.
- FERRERO COSTA, R. *Derecho Constitucional General. Materiales de enseñanza*. Edit. Universidad de Lima. Perú. 2004.
- FERREIRO BAAMONDE, X. *La víctima en el Proceso Penal*. Edit. La Ley. Madrid. 2005.
- FIGUEROA PLA, U. *El Sistema Internacional y los Derechos Humanos*. RiL Editores. Santiago de Chile. 2012.
- FLAQUER MONTEGUI, R. *La petición de Derechos de 1834*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 93. 1996.
- FLORES JUBERIAS, C. *Las Nuevas instituciones políticas de la Europa Oriental*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales. España. 1997.

- FONSECA, J. C. *Reformas penais em Cabo Verde: um novo Código Penal para Cabo Verde*. Edit. Instituto de Promoção Cultural - Direcção do Livro. Cobo verde. 2001.
- FONSECA MORILLO, F. J. *La orden de detención y entrega europea*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 14, 2003.
- GAITO, A. y BARGI, A. *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*. Edit. Wolters Kluwer. Torino. 2007.
- GALAZ ULLOA, S. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Edit. Universidad de Concepción. Chile. 1960.
- GAMARRA HERRERA, R. *Denunciamos abuso policial contra comuneros de Huancabamba*. Blog de la Coordinadora Estatal de Derechos Humanos de Perú. 13 de noviembre de 2009. www.blog.dhperu.org
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Garantías ante la privación de libertad*, en *El mandato constitucional a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, IX Seminario Duque de Ahumada. Madrid. 1997.
- GARCÍA AMILBURU, M. y GARCÍA GUTIÉRREZ, J. *Filosofía de la educación: cuestiones de hoy y de siempre*. Edic. Narcea. Madrid. 2012.
- GARCÍA-CERNUDA LAGO CALLEJA FERNÁNDEZ, P. *Solidaridad: no es humanitario todo lo que reluce*. Edic. Temas de Hoy. Madrid. 2002.
- GARCÍA GARCÍA, E. *Derechos humanos y calidad de vida*. Edit. Tecnos. Madrid. 1997.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. E. *El Convenio europeo de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998.
- GARCÍA MORENO, J. M. *Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Revista de Jurisprudencia, nº. 2. 2012. www.elderecho.com
- GARCIA MORIYON, F. *Derechos humanos y educación*. Edic. de la Torre. Madrid. 1999.
- GARCIA RAMIREZ, S. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. 7*. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2008.
- GARCÍA VALDÉS, C. *Reflexiones sobre la prisión provisional*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVII, nº 47. 1973.

- GARÍN, P. M^a. *Temas de Derecho eclesiástico del Estado*. Serie derecho, vol. 76. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2009.
- GARLATI, L. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura procesualpenalistica italiana*. Edit. Università Degli Studi Di Milano. Milán. 2010.
- GARRIDO RODRÍGUEZ, P. *Inmigración y diversidad cultural en España: un análisis histórico desde la perspectiva de los derechos humanos*. Edic. universidad de salamanca. España. 2011.
- GARROCHO SALCEDO, A. M. *El consentimiento de la víctima de violencia doméstica en relación con las penas y medidas de alejamiento*. En CONGRESO INTERNACIONAL DE JÓVENES INVESTIGADORES EN CIENCIAS PENALES. *Temas actuales de investigación en ciencias penales*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2011.
- GAUCHET, M. *La Revolución de los Derechos del Hombre*. Edit. Universidad Externado. Colombia. 2012.
- GELABERT BALLESTER, M. *Evangelización y Dignidad Humana, en Razón y Fe*, Tomo 243, nº 1229. Madrid. 2001.
- GENEROSO HERMOSO, F.; DE BERNARDO BUSTOS, M. T. y GÓMEZ SOBRINO, E. *Práctica del recurso de amparo constitucional*. Edit. Dykinson. Madrid. 1998.
- GILISSEN, G. *La Constitution belge de 1831, ses sources, son influence*, en *Res pública*, X. 1968.
- GIMENO SENDRA, V. *Prólogo*. ASENCIO MELLADO, J. M. *La prisión provisional*. Edit. Civitas. Madrid. 1987.
- GIMENO SENDRA, V. *La prisión provisional y el derecho a la libertad*. Edit. La Ley. Diario La Ley, Sección Doctrina, Tomo 6. 1996.
- GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Edit. Colex. Madrid. 2004.
- GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Pena. 2ª Edición*. Edit. Colex. Madrid. 2007.
- GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Edit. Colex. Madrid. 2008.
- GOBIERNO VASCO. ARARTEKO. *Los calabozos. Centros de detención municipales y de la Ertzaintza*. Edit. Ararteko Universidad del País Vasco. Vitoria Gasteiz. 1991.

- GÓMEZ ISA, F. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 1999.
- GONZÁLEZ, N. *Los derechos humanos en la historia*. Edit. Universitat de Barcelona. Cataluña. 1998.
- GONZÁLEZ ALONSO, L. N. *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Edic. Atlántida Grupo editor. Bilbao. 2008.
- GONZÁLEZ ESCUDERO, A. *Sinopsis artículo 71 de la Constitución Española*. 2011. www.congreso.es
- GONZÁLEZ GARCÍA, I. *Naciones Unidas y la coordinación para el desarrollo*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005.
- GONZÁLEZ VÁSQUEZ, V. *Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal*. Edit. X Jornadas de Derecho Procesal. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007.
- GRACIANO RAMOS, J.; MARTOS NAVARRO, F.; LOPEZ ALVAREZ, J. L. y MUÑOSZ LABIANO, A. *Policía Local Del País Vasco. Temario Volumen II*. Edit. MAD. Sevilla. 2003.
- GRAU, L. *El constitucionalismo americano*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005.
- GROSS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos. Análisis comparativo*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1991.
- GRUPO EDITORIAL EL DERECHO. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y normativa complementaria*. Edit. El Derecho. Madrid. 2011.
- GUZMÁN, N. M. *Algunos aspectos del modelo Procesal Penal italiano*. Edit. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires. 2002.
- GUZMÁN FLUJA, A.; COLMENERO GUERRA, J. A. y DORADO PICÓN, A. *Manual Práctico de la Reforma Procesal*. Edit. El Derecho. Madrid. 2010.
- HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Méxido D. F. 2003.
- HÄBERLE, P. *¿Tienen España y Europa una Constitución?*. Edit. Fundación El Monte. Sevilla. 2004.
- HERMIDA DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Edit. Anthropos. Barcelona. 2005.

- HERRERA FLORES, J. *A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechos fundamentales*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 45. 1985.
- HERRERA GUERRERO, M. R. *La justicia penal negociada. Un análisis comparativo entre los procesos español y peruano*. Tesis Doctoral. Universidad de Alcalá de Henares. Madrid. 2010.
- HIKAL, W. *Criminología, Derechos Humanos y Garantías Individuales*. Edit. Porrúa. México. 2010.
- HÜBNER GALLO, J. I. *Panorama de los Derechos Humanos*. Edit. Andrés Bello. Chile. 1973.
- HURTADO POZO, J. *La Reforma Del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*. Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2004.
- IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, 2ª Edic.* Edit. Universidad de Salamanca. España. 2011.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Anuario interamericano de Derechos Humanos*. Martinus Nuhoff Publihers. USA. 1996.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Anuario interamericano de derechos humanos*. Kluwer Law International. Massachusetts, Usa. 1998.
- JELLINEK, G. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2003.
- JERICÓ OJER, L. *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*. Edit. La Ley. Madrid. 2007.
- JIBAJA ZÁRATE, C. *Solidaridad con las víctimas de tortura*. Blog de la Coordinadora Estatal de Derechos Humanos de Perú. 30 de junio de 2009. www.blog.dhperu.org
- JIMÉNEZ MATARITA, A. *El imposible país de los filósofos*. Edit. Alekin. Costa Rica. 2005.
- JOVER GÓMEZ – FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S. *Derechos Fundamentales de los extranjeros en España*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2010.

- LANDROVE DÍAZ, G. *Detenciones Ilegales y Secuestros*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- LANDROVE DÍAZ, G. *Introducción al Derecho penal Español*, 6ª Edición. Edit. Tecnos. Madrid, 2004.
- LARRONDO ILUNDAIN, A. (Dir.). *Código Derecho Internacional: septiembre 2008*. Edit. La Ley. Madrid. 2008.
- LEVIN, L. *Human rights: questions and answers*. Department of Public Information, United Nations. Ginebra. 1987.
- LIST, A. y DORNER, W. *Civil Society, Conflict and Violence*. Bloomsbury Publishing London. 2012.
- LLERA SUAREZ - BARCENA, E. *Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y policía*, 2ª Edición. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.
- LLERA GUTIÉRREZ, A. F. *La Asistencia Letrada en Comisaría y Juzgados. Visión Práctica*. Edit. Ley Nueva. Málaga. 2012.
- LOPEZ, E. *Europa busca modelo: los referenda nacionales sobre la Constitución Europea*. Edit. Dykinson. Madrid. 2007.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Instituciones de derecho procesal penal*. Edic. Jurídicas de Cuyo. Argentina. 2001.
- LOPEZ CASTILLO, A. *Constitución e Integración: El Fundamento Constitucional de la Integración Supranacional Europea en España y en la RFA*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1996.
- LÓPEZ CUÉTARA, J. M. *Homo iuridicus*. Edit. El Derecho. Madrid. 2004.
- LÓPEZ DÍAZ, E. *Iniciación al Derecho*. Edit. Delta Publicaciones Universitarias. Madrid. 2006.
- LÓPEZ NIETO Y MALLO, F. *La policía municipal*, 3ª Edic. Edit. La Ley. Madrid. 2007.
- LUZÓN PEÑA, D. M. *Código Penal*. Edit. La Ley. Madrid. 2008.
- MAGRO SERVEF, V. *Guía práctica del menor y de la violencia de género y doméstica*. Edit. La Ley. Madrid. 2005.
- MARCHAL ESCALONA, N. *El Atestado. Inicio del Proceso Penal*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2010.
- MÁRQUEZ PIÑERO, R. *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*. Edit. Universidad Nacional Autónoma. México. 1986.

- MARTÍ MINGARRO, L. y CARRILLO FLÓREZ, F. *Iberoamérica y la corte penal internacional: debates, reflexiones y preguntas*. Edit. Universidad del Rosario. Colombia. 2006.
- MARTIN, C.; RODRIGUEZ PINZON, D. y GUEVARRA, J. A. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Edit. Universidad Iberoamericana, A. C. México. 2006.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J. *Derecho internacional: bases y tendencias actuales*. Edit. Entimena. Madrid. 2007.
- MARTIN RIOS, P. *Victima y Justicia Penal*. Edit. Atelier. Barcelona. 2012.
- MARTINELLI, C. *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*. Giuffrè Editore. Milan. 2008.
- MARTINES, T. *Diritto costituzionale*. Edit. Giuffrè. Italia. 2011.
- MARTÍNEZ, J. L. *Exclusión social y discapacidad*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. España. 2005.
- MARTÍNEZ GALINDO, G. *La prisión provisional*. Edit. La Ley. Revista La Ley Penal, nº 13, Sección Estudios. 2005.
- MARTÍNEZ MOSCOSO, A. *La libertad de expresión en la nueva sociedad de la información: perspectivas y conflictos entre derechos*. Edit. Fundación Carolina. Cuenca, Ecuador. 2009.
- MARTÍNEZ PARDO, V. J. *Estudio jurisprudencial sobre la detención de extranjeros*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007.
- MARTOS NAVARRO, F. *Policía local de Corporaciones locales del País Vasco*. Edit. MAD. Sevilla. 2006.
- MENDO ESTRELLA, A. *La reforma y la contrarreforma de la prisión provisional*. Edit. La Ley, nº 5998, Sección Doctrina, Año XXV, Ref. D-88. 2004.
- MERINO LUCERO, B. *Seguridad ciudadana: VIII Informe sobre Derechos Humanos*. Edit. Trama. Madrid. 2011.
- MIKUNDA FRANCO, E. *Derechos humanos y mundo islámico*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad e Sevilla. España. 2001.
- MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.; MADRAZO RIVAS, E. y DE LA TORRE DÍAZ, F. J. *La universidad como agente de cooperación al desarrollo*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004.

- MINGUELA CEDILLO, P. *La penalidad del delito como condicionante de la detención*. Edit. Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal. 2011.
- MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. *Convención de Viena sobre relaciones consulares: de 24 de abril de 1963*. Edit. Ministerio de Asuntos Exteriores. Madrid. 2001.
- MINISTERIO DE DEFENSA. *Hacia una política de cooperación en seguridad y defensa con Iberoamérica*. Edit. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Madrid. 2006.
- MOLINA, L. H. *El Recurso de Amparo*. Edit. Escuela Nacional de la Judicatura. República Dominicana. 2006.
- MOLINA MEDINA, E. y VELASCO RODRÍGUEZ, C. *La Construcción de Europa: Ciudad, Ciudadanos, Ciudadanía*. Narcea Edic. Madrid. 2003.
- MOLINARES HASSAN, V. *Notas sobre constitución, organización del estado y Derechos Humanos, 2ª Edic.* Edit. Universidad del Norte. Colombia. 2011.
- MONTERO DÍAZ, J. *Constituciones y códigos políticos españoles, 1808-1978*. Edit. Ariel. España. 1998.
- MORA CHAMORRO, H. *Manual del vigilante de seguridad. Tomo 2, 3ª edic.* Edit. Club Universitario. Alicante. 2012.
- MORALES PAUL, I. *Derecho internacional económico (derecho de la integración)*. Edit. Jurídica Venezolana. Venezuela. 1980.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: ámbito, órganos y procedimientos*. Edit. Centro de Publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1985.
- MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Edit. Dykinson S. L. 2004.
- MUÑOZ MUÑOZ, S. *La libertad provisional en la jurisprudencia*. Revista Jurídica Valenciana, nº 12. 2003. www.ripj.com
- MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C. *Democracia y Derechos Humanos en la acción exterior de la Unión Europea*. Edit. Reus. S. a. Madrid. 2011.
- NACIONES UNIDAS. *Protocolo de Estambul: manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o*

- degradantes*. Edit. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Suiza. 2005.
- NATIONS EDUCATIONAL ORGANIZATIONS. *Informe Mundial sobre la Diversidad Cultural: Invertir en la diversidad cultural y el dialogo intercultural*. Edic. Unesco. Ginebra. 2010.
- NATIONS UNIES. HAUT COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME. *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*. Instrumentos. Edit. Naciones Unidas. Ginebra. 2002.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, J. R. *Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº8, 2005.
- NAVARRO AZNAR, F. *El marco filosófico político de los Derechos Humanos en la Constitución de 1812*. En NICOLAS GUARDIOLA, J. J. (Dir). *Ciencias jurídicas y Victimológicas*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2013.
- NAVAS CASTILLO, A. y NAVAS CASTILLO, F. *Derecho constitucional: estado constitucional*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005.
- NICOLAS GUARDIOLA, J. J. *Evolución de la Política Penitenciaria Europea*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2011.
- NICOLITT, A. *Lei nº 12.403/2011. O Novo Processo Penal Cautelar*. Edit. Elsevier. Portugal. 2011.
- NOGUERA FERNANDEZ, A. *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
- NOVOA MONREAL, E. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos, 6ª Edic*. Edit. Siglo XXI. México. 2001.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Los principales tratados internacionales de Derechos Humanos*. Edit. Naciones Unidas. Suiza. 2006.
- OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Edit. La Ley. Madrid. 2008.
- OPPENHEIMER, A. *Los estados Desunidos de las Américas*. Edit. EDAF. Madrid. 2009.
- ORAÁ ORAÁ, J. Y GÓMEZ ISA, F. *Textos básicos de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2008

- ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F. *La declaración universal de Derechos Humanos*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao. 2009.
- ORTELLS RAMOS, M. *La Ejecución de condenas no dinerarias en la ley de enjuiciamiento civil*. Edit. La Ley. Madrid. 2005.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A. *Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar*. Edit. Edibesa. Madrid. 2001.
- OVEJERO PUENTE, A. M. *Régimen Constitucional del Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Getafe. 2004.
- PARES I GALLES, R. *Ejecución penas mediante control electrónico: presente y futuro*. Revista del Poder Judicial nº 46. 1.997.
- PELÁEZ SANZ, F. y BERNAL NETO, J. M. *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Edit. Noticias Jurídicas. Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, núm. 26. Edit. Dykinson. Madrid, 2003.
- PELÁEZ SANZ, F y BERNAL NETO, J. M. *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 1999. www.noticias.juridicas.com
- PERCELLAR GIMÉNEZ, P. *El procedimiento de internamiento por razón de trastorno psíquico*. Edit. Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal. Febrero 2000. www.noticias.juridicas.com
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Los Derechos Humanos. Significación, estatuto, jurídico y sistema*. Ediciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1979.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales. Problemas de legitimación en el Estado Social*. Edit. Trotta. Madrid. 1991.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *“Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”*, 9ª Edición. Edit. Tecnos. Madrid. 2005.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Edit. Aranzadi. Navarra. 2006..

- PÉREZ MACHÍO, A. I. *La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿Una medida lesiva de Derechos Humanos?* En DE LA CUESTA, J. L. y MUÑAGORRI, I. *Aplicación de la normativa antiterrorista*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. País Vasco. 2008
- PÉREZ MORALES, M. G. *Materiales de Derecho procesal penal*. Edit. Diego Marín. Murcia. 2009.
- PÉREZ RUIZ, A. *La participación en la ayuda oficial al desarrollo de la Unión Europea: un estudio para Aragón*. Edit. Prensas Universitarias de Zaragoza. España. 2004.
- PÉREZ VAQUERO, C. *Ley de Leyes*. Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal. 2010.
- PICORNELL LUCAS, A. *La Infancia en desamparo*. Edicions Culturals Valencianes. Valencia. 2011.
- PIPAÓN PULIDO, J. G.; BAI FRANCÉS, E. y PEDREÑO NAVARRO, L. *Los delitos contra la seguridad vial. Análisis práctico y formularios de aplicación*. Edit. Lex Nova. Valladolid. 2009.
- PONS RAFOLS, X. *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*. Edit. Icaria. Barcelona. 1998.
- PRO RUIZ, J. *El Estatuto Real y la Constitución de 1837*. Edit. Iustel. Madrid. 2010.
- QUISPE REMÓN, F. *El agotamiento de recursos internos en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos*. Revista IBDH, vol. 8. 1986.
- REBATO PEÑO, M.E. *La detención desde la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006.
- REBOLLO DELGADO, L. y PAIS RODRÍGUEZ, R. *Introducción al derecho: (Derecho público)*. I, Vol. 1. Edit. Dykinson. Madrid. 2005.
- RIVERA BEIRAS, I y CANO, F. *Privación de libertad y derechos humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional*. Edit. Icaria. Barcelona. 2008.
- RICHARD GONZÁLEZ, M.; RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBAU, J. F. *Proceso Penal Práctico, 6ª Edición*. Edit. La Ley. Madrid. 2009.
- RICO LINAGE, R. *Constituciones históricas, 3ª Edic.* Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones. Sevilla. 2010.
- RINCÓN COVELLI, T. *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Edit. Universidad del Rosario. Bogotá. 2010.

- RIOBÓ SERVÁN, A. *El derecho de libertad religiosa en la República Checa y en la República Eslovaca*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005.
- RIQUELME CORTADO, R. *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones. Murcia. 2004.
- ROBLES VALDES, G. y CARLOS ALCERRECA JOAQUIN, C. *Administración: un enfoque interdisciplinario*. Edit. Pearson. México. 2000.
- RODRÍGUEZ ARAMAYO, R. *Valores e historia en la Europa del Siglo XXI*. Edit. Plaza y Valdés. Madrid. 2006.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. *La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*. Revista española de Derecho Internacional, Vol. 54, nº 2. 2002.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E. *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*. Edit. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2000.
- RODRÍGUEZ RIVERA, F. E. *La Constitución española de 1978*. Edit. MAD. 2005.
- RUGGERI, S. *Liberty and Security in Europe: A Comparative Analysis of Pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*. Edit. Universitätsverlag Osnabrück. Osnabrück. 2012.
- RUILOBA ALVARIÑO, J. *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*. Edit. Dykinson. Madrid. 2005.
- RUIZ FIGUEROA, L. *El Islam y Occidente desde América Latina*. Edit. El Colegio de México, A. C. México. 2007.
- RUIZ OREJUELA, W. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2ª edic.* ECOE Edic. Bogotá. 2013.
- SAAVEDRA RUIZ, J. y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Ley de enjuiciamiento criminal comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Edit. El Derecho. Madrid. 2007.
- SCHULER, M. *Derechos Humanos de las mujeres: Paso a paso: guía práctica para el uso del derecho internacional de los derechos humanos y de los mecanismos para defender los derechos humanos de las mujeres*. Edit. Law & Development International. USA. 1999.

- SALADO OSUNA, A. *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a derechos humanos y estudio preliminar*. Edit. Universidad de Sevilla. Servicio de Publicaciones. Sevilla. 2004.
- SALINAS DE FRÍAS, A. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. *Soberanía del estado y derecho internacional: homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Tomo 1*. Edit. Catalogo de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie: derecho, nº 115. Sevilla. 2005.
- SANCHEZ AGESTA, *Historia del Constitucionalismo español (1808-1936)*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.
- SANCHEZ GONZALEZ, S. *Constitución española de 1978: Artículos 10 a 23, Vol. 2*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1984.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho constitucional*. Edit. Dykinson. Madrid. 2004.
- SANZO, M. A. *Penal Procesal Penal*. Edit. Juris. Argentina. 2003.
- SERRANO MAÍLLO, M. I. *Prensa, Derecho y Poder Político: El caso Pinochet en España*. Edit. Dykinson. Madrid. 2002.
- SENADO FEDERAL. *Revista de informação legislativa, nº 183 – 184*. Edit. Subsecretaria de Edições Técnicas. Portugal. 2009.
- SILVA BASCUÑÁN, A. y SILVA GALLINATO, M. P. *Tratado de derecho constitucional: La Constitución de 1980*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997.
- SOLE TURA, J. y AJA, E. *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808 – 1936)*. Edit. Siglo XXI de España. Madrid. 1997.
- SOLÉ, C. *Inmigración comunitaria: ¿discriminación inversa?* Edit. Anthropos. Barcelona. 2006.
- SORIANO DÍAZ, R. L. *Historia temática de los Derechos Humanos*. Edit. MAD, S. L. Alcalá de Guadaíra (Sevilla), 2003.
- SOTILLO LORENZO, J. A. *Un lugar en el mundo: la política de desarrollo de la Unión Europea*. Edit. Catarata. Madrid. 2006.
- STARCK, C. *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*. Edit. Dykinso. Madrid. 2011.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I. y LOPPEZ SIMO, F. *Lecciones de derecho procesal, vol. III*. Edic. Universitat de les Illes Balears. Palma. 2009.

- TORNO MAS, J. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Revista d'estudis autonòmics i federals, nº 7. 2008.
- UNITED NATIONS. *Las Naciones Unidas Hoy*. Edit. Servicio de Información pública de las Naciones Unidas. Nueva York. 2007.
- URIARTE VALIENTE, L. M. y FARTO PIAY, T. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Edit. La Ley. Madrid. 2007.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. *La Teoría del estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*. Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid. 1983.
- VAŠÁK, K. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos, Volumen I*. Edit. Serbal-UNESCO. Barcelona. 1984.
- VEIRA GONZALEZ, M. A. *Captura, detención y libertad: régimen constitucional y legal: conforme con el nuevo Código de procedimiento penal*. Edit. Leyer. Bogotá. 2002.
- VERHELLEN, E. *La Convención Sobre Los Derechos Del Nino: Trasfondo, Motivos, Estrategias, Temas principales*. Edic. Garant. Bélgica. 2002.
- VICEN ANTOLIN, C. *Historia del constitucionalismo Español, (1808 - 1978)*. Edit. Dilex. España. 2004.
- VICENTE GIMÉNEZ, T. *Los Derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones. Murcia. 2007.
- VON KIRCHMANN, J. H. *La ciencia del Derecho*. Edit. Losada, S.A. Buenos Aires. 1949.

XV.1. FUENTES JURÍDICAS.

- Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de junio de 1981
- Circular 2/1984, de 8 de junio, de la Fiscalía General del Estado.
- Constitución de Francia de 1958.
- Constitución de Italia de 1948.
- Constitución de Perú de 1993.
- Constitución de Portugal de 1976.
- Constitución de la monarquía española de 1837.
- Constitución de la monarquía española de 1845.
- Constitución de la República Española de 1931.
- Constitución de Weimar de 1919.
- Constitución Española de 1978.
- Constitución "non nata" de 1856.
- Constitución política de la monarquía española de 1812.
- Constitución de la monarquía española de 1869.
- Constitución de la monarquía española de 1876.
- Convención de Viena, sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950.
- Convención sobre la Tortura y otras Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984.
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987.
- Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la Orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.
- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776.
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

- la Declaración del Cairo de los Derechos Humanos en el Islam.
- Declaración sobre el Desarrollo de 1986.
- Declaración sobre la Protección de todas las Personas sobre la Tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes.
- Declaración Soviética de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado en 1918.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.
- Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 1998.
- Estatuto de Bayona de 1808.
- Instrucción nº 7/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, de 2 de junio, sobre libro-registro de menores detenidos.
- Instrucción 12/2007 de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial
- Estatuto Real de 10 de abril de 1834.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.
- Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalitat – Mossos d’Escuadra.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de detención y entrega.
- Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra
- Ley Foral 15/2010, de 25 de octubre, de modificación de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra.
- Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.
- Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.
- Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17 .3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la LECrim.
- Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Leyes Fundamentales del Reino de 1967.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Proyecto constitucional de 1852.
- Proyecto de Constitución Federal de la República de 1873.

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
- Resolución 169/34 de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Resolución 34/169, de la ONU, de 17 de diciembre de 1979, del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
- Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la ONU, sobre las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 16 de Enero de 2001.
- Sentencia de 15 de Abril de 2002 de la Audiencia Provincial de Toledo.
- STC 21/1981, de 15 de junio.
- STC 41/1982, de 2 de julio.
- STC 48/1982, de 5 de julio.
- STC 36/1983, de 11 de mayo.
- STC 85/1989, de 10 de mayo.
- STC 15/1986, de 31 de enero.
- STC 32/1987, de 12 de marzo.
- STC 74/1987, de 25 de mayo.
- STC 178/1985, de Diciembre.
- STC 98/86, de 10 de julio.
- STC 107/1985, de 19 de abril.
- STC 117/1987, de 8 de julio.
- STC 196/1987, de 11 de diciembre
- STC 199/1987, de 16 de diciembre.
- STC 71/1988, de 24 de abril.
- STC 88/1988, de 9 de mayo.
- STC 112/1988, de 8 de Junio.
- STC 85/1989, de 10 de Mayo.
- STC 132/1989, de 18 de julio.
- STC 120/1990, de 27 de junio.

- STC 120/1990, de 27 de junio.
- STC 188/1991, de 3 de octubre.
- STC 3/1992, de 13 de Enero.
- STC 127/1992, de 28 de septiembre.
- STC 341/1993, de 18 de noviembre.
- STC 181/1994, de 20 de junio.
- STC 241/1994, de 20 de julio.
- STC 252/1994, de 19 de septiembre
- STC 60/1995, de 17 de marzo.
- STC 128/1995, de 26 de julio.
- STC 197/1995, de 21 de diciembre.
- STC 14/1996, de 29 de enero.
- STC 31/1996, de 27 de febrero.
- STC 37/1996, de 11 de marzo
- STC 62/1996, de 15 de abril.
- STC 86/1996, de 21 de mayo.
- STC 129/1996 de 9 de julio.
- STC 158/96 de 20 de junio.
- STC 21/1997, de 10 de febrero.
- STC 149/1997, de 29 de septiembre
- STC 115/1998, de 1 de junio.
- STC 117/1998, de 2 de junio.
- STC 224/1998, de 24 de noviembre.
- STC 33/1999, de 8 de marzo.
- STC 69/1999, de 26 de abril.
- STC 174/1999, de 27 de septiembre.
- STC 224/1999, de 13 de septiembre.
- STC 232/1999, de 13 de diciembre.
- STC 14/2000, de 17 de enero
- STC 47/2000, de 17 de febrero.
- STC 72/2000, de 13 de marzo.
- STC 87/2000, de 27 de marzo.
- STC 91/2000, de 20 de marzo.
- STC 102/2000, de 10 de abril.

- STC 147/2000, de 29 de mayo.
- STC 165/2000, de 12 de junio.
- STC 179/2000, de 26 de junio.
- STC 209/2000, de 24 de julio.
- STC 288/2000, de 27 de noviembre.
- STC 304/2000, de 11 de diciembre.
- STC 305/2000, de 11 de diciembre.
- STC 169/2001, de 16 de junio
- STC 183/2001, de 17 de septiembre.
- STC 8/2002, de 14 de enero.
- STC 82/2003, de 5 de mayo.
- STC 121/2003, de 16 de junio.
- STC 7/2004, de 9 de febrero.
- STC 23/2004, de 23 de febrero.
- STC 81/2004, de 5 de mayo.
- STC 191/2004, de 2 de noviembre.
- STC 122/2004, de 12 de julio.
- STC 62/2005, de 14 de marzo.
- STC 26/2008, de 11 de febrero. STC
- STC 57/2008, de 28 de abril.
- 122/2009, de 18 de mayo.
- STC 179/2011, de 1 de noviembre.
- STC 95/2012, de 7 de mayo.
- STS 345/2012, de 16 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de junio de 1968.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de noviembre de 1969.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de julio de 1989.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de Marzo de 1990.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de Diciembre de 1991.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 1991.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de agosto de 1992.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de enero de 1993.
- Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 28 de octubre de 1994.
- Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 21 de abril de 1998.
- Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de 12 de marzo de 2003.

XV.3. OTRAS FUENTES.

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. www.boe.es
- Amnesty International Publications. www.amnesty.org
- Amnistía Internacional EE.UU. www.amnestyusa.org
- Aula Virtual Cervantes. www.cervantesvirtual.com
- Coalición por la Corte Penal Internacional. www.iccnw.org
- Diario El País. www.elpais.com
- El Derecho. www.elderecho.com
- Human Right Watch. www.hrw.org
- Instituto UNAM. www.biblio.juridicas.unam.mx
- Noticias Jurídicas. www.noticias.juridicas.com
- International Centre for Prison Studies. www.prisonstudies.org
- Secretaria General Instituciones Penitenciarias:
www.institucionpenitenciaria.es