

Xavier Arbós i Josep M<sup>a</sup> Castellà

# La llibertat individual i els seus límits



Polítiques 3

Fundació Jaume Bofill

Llibres apareguts en aquesta col·lecció

1. «ELS ESTRANGERS A ESPANYA»

M. Carrillo, H. Garcia Morago,  
J. M<sup>a</sup> Manté, J. Pascual.

Coordinació: Marc. Carrillo.  
Setembre 1992

2. «LA LLENGUA ALS PAÏSOS CATALANS»

J. Ginebra, A. Mollà, J. Melià, R. Ganyet,  
M. Valls, F. Ricart, R. Caria.

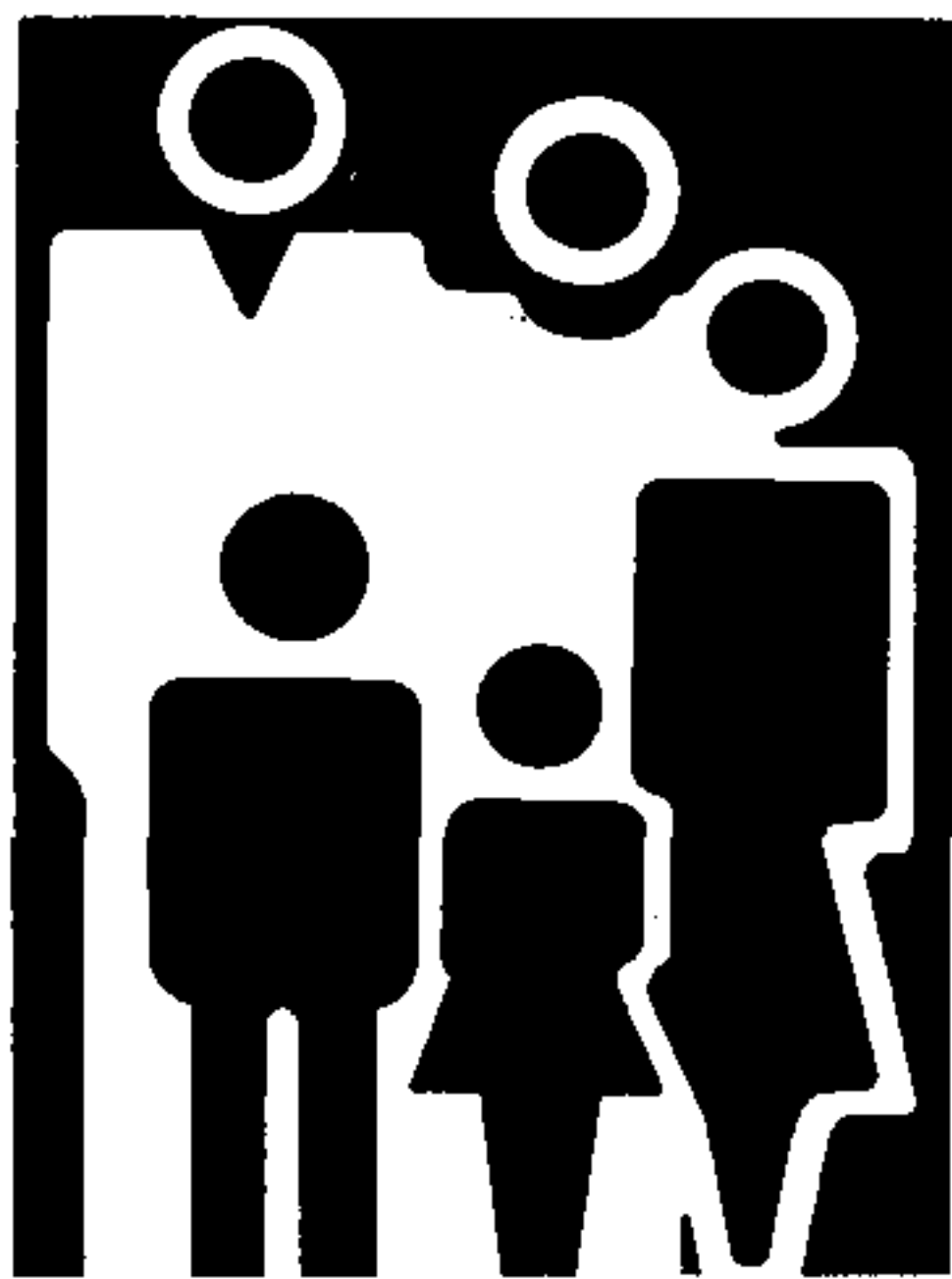
Coordinació: Isidor Marí  
Octubre 1992

3. «LA LLIBERTAT INDIVIDUAL I ELS SEUS  
LÍMITS»

Xavier Arbós i Josep M<sup>a</sup> Castellà.  
Desembre 1992

**Xavier Arbós i Josep M<sup>a</sup> Castellà**

# **La llibertat individual i els seus límits**



**Polítiques 3**

**FundacióJaumeBofill**

**Desembre 1992**

**La col.lecció *Polítiques* publica informes que analitzen quina política s'està fent actualment sobre una qüestió rellevant de la nostra societat. L'informe que presentem, número 3 de la col.lecció, ha estat elaborat a Barcelona el mes de setembre de 1992.**

© by Fundació Jaume Bofill

Propietat d'aquesta publicació (incloent-hi la coberta):

**Publicacions de la Fundació Jaume Bofill.** Provença 324, 1er. 08037 Barcelona

Disseny de la coberta: Narcís Comadira

Dipòsit legal B-42792/92

ISBN 84-85557-34-4

Impressió: F&P Institut Gràfic. Quintana 45. Esplugues de Llobregat

Prohibida la reproducció total o parcial per qualsevol mitjà, sense l'autorització de la Fundació Jaume Bofill.

## ÍNDIX

|             |                                                                       |           |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>INTRODUCCIÓ</b>                                                    | <b>7</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>ELS SUBJECTES I L'ÀMBIT DE LA LLIBERTAT</b>                        | <b>9</b>  |
| 1.          | Els subjectes de la llibertat: les persones                           | 9         |
| 2.          | L'àmbit de la llibertat i els seus límits                             | 11        |
| <b>III.</b> | <b>GARANTIES DE LA LLIBERTAT</b>                                      | <b>13</b> |
| 1.          | Garanties jurisdiccionals                                             | 14        |
| 1.1.        | Garanties de la jurisdicció ordinària                                 | 15        |
| 1.2.        | Garanties de la jurisdicció constitucional:<br>el recurs d'amparament | 17        |
| 1.3.        | Garanties internacionals                                              | 19        |
|             | 1.3.1. El Comitè de Drets Humans de les<br>Nacions Unides             | 19        |
|             | 1.3.2. El Tribunal Europeu de Drets Humans                            | 20        |
| 2.          | Garanties no jurisdiccionals                                          | 20        |
| 2.1.        | L'eficàcia de la primacia de la Constitució                           | 20        |
| 2.2.        | El Ministeri Fiscal                                                   | 23        |
| 2.3.        | El Defensor del Poble i el Síndic de Greuges                          | 24        |
|             | 2.3.1. El Defensor del Poble                                          | 24        |
|             | 2.3.2. El Síndic de Greuges                                           | 26        |
| <b>IV.</b>  | <b>LA PRIVACIÓ DE LA LLIBERTAT I LES<br/>GARANTIES DEL DETINGUT</b>   | <b>29</b> |
| 1.          | Privació de llibertat: la detenció                                    | 29        |
| 1.1.        | Causes de la detenció                                                 | 29        |
| 1.2.        | Persones objecte de la detenció                                       | 31        |
| 1.3.        | Durada de la detenció: límits temporals                               | 32        |

|           |                                                                                                                                 |           |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>2.</b> | <b>Mesures preventives: l'empresonament provisional i la llibertat provisional</b>                                              | <b>34</b> |
| 2.1.      | L'empresonament provisional                                                                                                     | 34        |
| 2.2.      | La llibertat provisional                                                                                                        | 37        |
| <b>3.</b> | <b>Altres situacions de privació de llibertat: l'internament en establiments psiquiàtrics i l'arrest domiciliari del fallit</b> | <b>30</b> |
| 3.1.      | L'internament en establiments psiquiàtrics                                                                                      | 37        |
| 3.2.      | L'arrest del fallit                                                                                                             | 38        |
| <b>4.</b> | <b>Els drets del detingut</b>                                                                                                   | <b>38</b> |
| 4.1.      | Inconstitucionalitat de l'anomenada "retenció"                                                                                  | 39        |
| 4.2.      | Drets del detingut                                                                                                              | 40        |
| 4.3.      | Valor provatori de l'atestat policíac                                                                                           | 42        |
| 4.4.      | Situació i drets del detingut sotmès a règim d'incomunicació                                                                    | 43        |
| <b>5.</b> | <b>El procediment d'<i>Habeas Corpus</i></b>                                                                                    | <b>45</b> |

## I. INTRODUCCIÓ

En aquest treball tractem de la llibertat dels ciutadans, i la primera dificultat amb què topem és la definició d'aquest concepte. Definir vol dir delimitar i, en termes absoluts, el concepte de llibertat exclou qualsevol limitació. Evidentment, aquest no és el lloc per a una reflexió filosòfica, almenys per una raó: en qualsevol societat la conducta dels individus es troba sotmesa a limitacions i, més precisament, a les constriccions derivades de les normes jurídiques. Més que d'idees abstractes, hem d'ocupar-nos de les circumstàncies concretes en què la nostra llibertat pot veure's afectada. El diccionari ens diu que la llibertat és la condició del qui no es troba sotmès a cap poder extern, i sembla clar que tothom cau sota la influència d'alguna forma d'autoritat. Els sistemes democràtics com el nostre es caracteritzen pel fet que l'autoritat suprema l'exerceixen, en darrera instància, representants dels ciutadans. A més, l'exerceixen d'una forma peculiar: l'autoritat de què disposen els governants neix de les lleis, de manera que han d'actuar d'acord amb el que elles disposin. L'àmbit de la llibertat, doncs, depèn fonamentalment del que les lleis estableixin.

Al nostre país hi ha moltes normes que imposen obligacions, però també n'hi ha algunes que garanteixen la llibertat, és a dir: un espai sense constriccions per a l'exercici de la voluntat individual. Entre aquestes normes sobre les quals reposa la llibertat, cal assenyalar la Constitució, que és, d'altra banda, la norma suprema que cap altra no pot contradir. En la Constitució es dona una gran importància a la llibertat; només cal veure el seu article primer, en què es presenta la llibertat com a valor superior de tot l'ordenament jurídic. A més, s'hi estableixen un seguit de mecanismes per preservar un àmbit de llibertat en què no hi hagi intromissions de ningú, ni tan sols de les lleis. Així doncs, la llibertat pot quedar definida com l'àmbit en què la conducta no es troba sotmesa a cap altre poder que no sigui l'arbitri individual de cada persona. L'extensió d'aquest àmbit depèn de les lleis, però

aquestes, al seu torn, han de respectar les disposicions de la Constitució en què es fixen condicions molts restrictives a tot el que representi privació de llibertat. Per totes aquestes raons, en tots els apartats començarem fent una referència a la regulació constitucional a la qual, com hem dit, han d'adaptar-se la resta.

L'explicació es desenvoluparà en tres apartats. En el primer ens ocuparem dels subjectes i del contingut de la llibertat. Dit d'una altra manera, indicarem qui pot gaudir de la llibertat i en quin àmbit pot desenvolupar-la. Cal advertir, pel que fa a aquest darrer punt, que n'aprofundirem només un dels aspectes, probablement el més important: el de la llibertat personal enfront de totes les actuacions dels poders públics que puguin anul·lar-la per la detenció o per l'empresonament. En segon lloc, veurem quines són les garanties que la Constitució ofereix a la llibertat, tant aquelles que comporten la intervenció dels tribunals de justícia -anomenades garanties "jurisdiccionals"-, com les que donen protecció a la llibertat per altres mitjans -a les quals ens referirem com a garanties "no jurisdiccionals". Finalment, tractarem de les circumstàncies en què pot succeir-se la privació de la llibertat. Analitzarem les prescripcions relatives a la detenció, així veurem les formes i els casos en què una persona pot ser privada de la seva llibertat. Un cas serà el de la detenció policíaca, i farem esment, també, de les situacions en què la privació de llibertat resulta d'una decisió judicial, tant si té caràcter provisional com si adquireix la condició de definitiva a partir d'una sentència que imposa penes de presó. Acabarem amb l'estudi dels drets de què gaudeix el detingut mentre dura la seva privació de llibertat.

## II. ELS SUBJECTES I L'ÀMBIT DE LA LLIBERTAT

### 1. Els subjectes de la llibertat: les persones

Ja hem dit que la Constitució dóna una gran importància a la llibertat, que és proclamada com un dels valors superiors de l'ordenament jurídic en l'article primer de la nostra norma fonamental. A més, s'ocupa de diverses manifestacions de la llibertat, com ara la llibertat religiosa, en l'article 16, o la llibertat d'expressió dins l'article 20. Aquestes són, sens dubte, dimensions molt importants de la llibertat, però no són les primeres que històricament van acollir els textos normatius que volien protegir els individus de l'arbitrarietat del poder polític. La primera llibertat que va voler-se protegir fou la llibertat personal més genèrica, entesa com el dret a no ser detingut ni empresonat més que en els casos prèviament establerts per les lleis. El poder dels governants havia de limitar-se per tal que no s'emprés capriciosament en contra del súbdits, i la idea que hi ha encara al darrere de tot reconeixement de la llibertat personal a les constitucions és que la llibertat és la regla general, mentre que l'excepció és la privació de la llibertat. Aquesta és una fórmula general de simple aproximació, en què volem subratllar dos punts: en primer lloc, que la llibertat reconeguda per la Constitució no és il·limitada; i, en segon lloc, que només són admissibles els límits de la llibertat en els termes previstos per la Constitució mateixa. Per aquesta raó dedicarem, més endavant, un espai sencer a la privació de llibertat. Ara ens centrarem en la descripció de la llibertat personal, tal com es presenta en la Constitució.

L'article 17.1 de la nostra norma fonamental diu literalment:

"Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat. Ningú no podrà ser privat de la seva llibertat, sinó amb l'observança del que estableix aquest article i en els casos i en la forma previstos a la llei."

El text és prou clar a l'hora d'indicar qui pot gaudir de la llibertat: tota persona. És a dir, qualsevol persona pel sol fet de ser-ho sense que en sigui rellevant ni la ciutadania ni cap altra característica individual o social. En això la Constitució espanyola del 1978 segueix d'una

manera gairebé literal alguns documents internacionals sobre drets humans. En el context europeu, cal citar el Conveni de Roma del 1950, a partir del qual es forma el Consell d'Europa. L'article 5 d'aquesta declaració, s'inicia amb aquestes paraules: "Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat." En relació amb les Nacions Unides, l'article 9 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics del 1966 comença dient: "Tot individu té dret a la llibertat i a la seguretat." Aquesta coincidència en els mots no és casual, perquè en la recuperació de la democràcia semblava indispensable situar-se plenament en el context dels països lliures. Per això, l'article 10.2 de la Constitució indica que les normes relatives als drets fonamentals s'interpretaran d'acord amb els tractats que sobre la matèria hagi signat l'Estat espanyol, com són els que s'acaben d'esmentar. Al costat d'aquesta remissió a textos internacionals a efectes d'interpretació, cal afegir-hi una altra dada que reforça la connexió del nostre ordenament jurídic amb els instruments internacionals: les disposicions de qualsevol tractat internacional a què s'obligui l'Estat espanyol -inclosos els relatius a drets i llibertats- formen part del dret vigent a Espanya.

Sembla clar, doncs, que la llibertat és un dret que la Constitució reconeix a tothom sense discriminacions, en la línia dels documents que en el pla internacional tracten de garantir el respecte als drets humans. Ara convé, però, fer una precisió: es prohibeixen les discriminacions en matèria de llibertat quan comportin un tractament diferenciat per raó de característiques individuals o socials, però s'admeten limitacions a la llibertat de les persones que es troben vinculades per determinades relacions reconegudes per la legislació. Per exemple, la llibertat dels infants es troba limitada per la submissió a la pàtria potestat que marca la relació paterno-filial. Igualment, podem entendre que tota relació laboral comporta una limitació de la llibertat individual, atès que durant l'horari de treball hem de complir les obligacions derivades del contracte. També la disciplina militar implica fortes restriccions a la llibertat de la persona, com en altres casos en què el particular es troba en una relació de servei a l'Administració pública. Si ens hi fixem bé, aquestes situacions són temporals i les limitacions a la llibertat no es deriven d'una característica inherent a la persona, com ara el color de la pell o l'origen social.

## 2. L'àmbit de la llibertat i els seus límits

Podem començar citant una expressió del Tribunal Constitucional, en una sentència -la 98/1986, de 10 de juliol- que dictà en relació amb el dret a la llibertat i a la seguretat: la llibertat és "l'autodeterminació de la conducta lícita", i això és l'àmbit de la llibertat que la Constitució protegeix. Com apuntàvem més amunt, resultaria contradictori amb la idea de llibertat qualsevol intent de fixar-ne el contingut; la llibertat és l'absència de determinacions externes a la nostra pròpia voluntat, i així pot entendre's l'expressió "autodeterminació" emprada pel Tribunal Constitucional. Ara bé, es parla de conducta "lícita", la qual cosa significa que la llibertat que protegeix la Constitució no és il·limitada, sinó que es mou en el marc del que la llei permet. Per tant, pot dir-se que el contingut de la llibertat individual depèn de la voluntat de cada persona, però l'àmbit de la llibertat dependrà de les limitacions que la llei estableixi. En conseqüència, el problema fonamental és que la llei no arribi a imposar limitacions tan estrictes que deixi sense contingut la llibertat personal.

Amb l'objectiu de prevenir aquesta mena de riscos, la Constitució ha establert dues mesures: en el seu article 53, que la regulació dels drets i les llibertats només podrà fer-se per llei, en primer lloc; i que la llei haurà de respectar el contingut essencial dels uns i les altres, en segon lloc. El sentit de la primera mesura, coneguda com a "reserva de llei", és essencialment de caràcter polític. En disposar que la regulació dels drets hagi de fer-se per llei, la Constitució exigeix que la limitació de la llibertat dels ciutadans només pugui ser feta per normes aprovades pels representants dels ciutadans mateixos, que aquests elegeixen en les eleccions generals. La reserva de llei s'imposa per a tots els drets i llibertats, però n'hi ha que es troben protegits per una forma particular de "reserva de llei": la que exigeix que la llei sigui del tipus "lleí orgànica". És necessari realitzar una breu explicació sobre aquest punt, en la mesura que la llibertat de la persona que aquí tractem es troba entre aquelles que només poden ser regulades per "lleí orgànica", de les quals parla l'article 81 de la Constitució. Els autors de la nostra norma suprema volgueren que hi hagués unes lleis que per ser aprovades necessitessin una forta majoria: la majoria absoluta del Congrés dels Diputats, és a dir: que votessin a favor més de la meitat dels membres d'aquesta cambra de les Corts Generals. Així doncs, esdevé

imprescindible un acord quan no hi ha cap grup polític que disposi de la majoria absoluta. Doncs bé, d'acord amb el que disposa l'article 81, a què ja hem fet referència, podem dir que tot el que signifiqui una regulació que desenvolupi el dret a la llibertat personal haurà de fer-se per llei orgànica. Per sintetitzar, podem dir que la primera mesura prevista per la Constitució consisteix a reservar a la llei orgànica la regulació de les normes inherents a la llibertat personal dels ciutadans.

La segona mesura imposa que, en tot cas, s'ha de respectar el "contingut essencial" del dret a la llibertat personal, tal com diu l'article 53. S'ha d'admetre que ningú no pot dir clarament en què consisteix el "contingut essencial" de cada dret i de cada llibertat; en el cas de la llibertat de la persona que comentem aquí ja hem dit que resultava contradictori amb la idea de llibertat definir-ne el contingut. El Tribunal Constitucional ha donat un criteri per saber si una llei respecta el contingut essencial dels drets i les llibertats. En la seva sentència 11/1981, de 8 d'abril, proposa que, quan vulguem assegurar-nos que una llei respecta el contingut essencial d'un dret o d'una llibertat, imaginem en abstracte allò que és indispensable per a l'existència del dret o la llibertat de què es tracti, allò que fa que hom el pugui o la pugui reconèixer -"recognoscible", diu el Tribunal Constitucional. Si això que considerem indispensable no apareix en la llei, podem entendre que aquesta no respecta el "contingut essencial"; si el Tribunal Constitucional és qui arriba a la conclusió que el "contingut essencial" no és respectat per la llei, l'haurà de declarar inconstitucional per infringir la disposició de l'article 53 de la Constitució que comentem. Per tant, els legisladors saben que no poden regular de qualsevol manera allò que afecti la llibertat; si a criteri del Tribunal Constitucional no és respectat el contingut essencial declararà la llei inconstitucional, així doncs deixarà de formar part de l'ordenament jurídic vigent.

### III. GARANTIES DE LA LLIBERTAT

En l'apartat anterior ens hem referit als subjectes del dret a la llibertat, i hem indicat que la Constitució presentava el dret a la llibertat com un dret de qualsevol persona, pel sol fet de ser-ho. Quan hem tractat de l'àmbit de la llibertat, hem hagut de fer-ho assenyalant-ne els límits admissibles segons la Constitució, i ens hem avançat en l'explicació del que és propi de l'apartat que ara s'inicia: les garanties de la llibertat. En efecte, quan la Constitució reserva a la llei la regulació de la llibertat, deixa exclusivament a les mans dels representants dels ciutadans la responsabilitat de decidir-ne les constriccions. I quan imposa restriccions als límits que la llei pot fixar a la llibertat, li està donant una forma de garantia enfront dels possibles abusos del legislador. Hi ha altres garanties que ara explicarem, classificant-les en dos tipus. El criteri serà l'existència o la inexistència d'una actuació judicial que tuteli la llibertat; parlarem de garanties "jurisdiccionals" i de garanties "no jurisdiccionals". Entre aquestes darreres se situen les que ja hem explicat abans -la reserva de llei i el respecte al contingut essencial-, que per aquesta raó només esmentarem de passada.

Abans d'entrar en matèria, però, cal subratllar una cosa que pot semblar òbvia: qualsevol dret, inclòs el dret a la llibertat, val el que valen les seves garanties. Si no hi ha cap mecanisme previst per fer efectiu un dret constitucional, aquest no és sinó una fórmula buida, un mer text que a tot estirar expressa bons propòsits. L'experiència del règim franquista va pesar molt al moment d'elaborar la Constitució. La derrota del nazisme i del feixisme a la segona guerra mundial va decidir el general Franco a promulgar textos que, de façana, fessin que la seva dictadura s'assemblés a les democràcies. Per això l'any 1945 va promulgar el "Fuero de los españoles", que en alguns aspectes del seu contingut recordava les declaracions de drets que hi ha en les constitucions del països lliures. Nogensmenys, les similituds començaven i s'acabaven sobre el paper: no hi havia manera de fer efectius els drets que s'hi reconeixien. S'explica així que a la Constitució del 1978 hi trobem una previsió completíssima per impedir que una majoria parlamentària anul·li la llibertat i per assegurar que qualsevol ciutadà pugui reaccionar davant dels abusos que limitin els seus drets. En aquest sentit, estudiar les garanties de la llibertat és

potser més important que descriure el contingut dels preceptes constitucionals que hi al·ludeixen.

## 1. Garanties jurisdiccionals

Allò propi dels tribunals de justícia és l'activitat jurisdiccional. L'etimologia de la paraula "jurisdicció" ens ajuda a subratllar el sentit de la funció que realitzen els jutges; ve de "juris dicere", que significa "dir el dret". Els jutges indiquen, als seus pronunciaments, quin dels interessos en conflicte que han de resoldre gaudeix de la protecció de l'ordenament jurídic. L'efectivitat de qualsevol norma es demostra pel fet que els jutges s'hi basen per justificar una de les seves decisions. Els drets fonamentals de la Constitució espanyola, entre els quals s'inclou el dret a la llibertat que centra aquest treball, són normes efectives en la mesura que qualsevol jutge les pot prendre en consideració per atorgar als ciutadans la protecció que ofereixen. En aquest punt, pot dir-se que el fet que els jutges i els tribunals apliquin la Constitució en allò que té de garantia de la llibertat entra dintre de les funcions que tothom pot esperar d'ells: apliquen el dret vigent, del qual la Constitució forma part com a llei suprema. Com a complement d'aquesta protecció tan estesa, el Tribunal Constitucional s'ocupa de les demandes de protecció que se li presenten com a recursos d'emparament, quan ja s'han esgotat les possibilitats que atorga la jurisdicció ordinària. Finalment, en alguns casos fins i tot és possible demanar la tutela de la llibertat davant del Tribunal Europeu de Drets Humans, si entenem que ha estat infringit algun dels drets que figuren al Conveni de Roma, que en el cas de l'article 5 ja hem vist la coincidència que hi mantenia l'article 17 de la Constitució espanyola. Per tal de seguir aquesta sistemàtica, dividirem aquest apartat dedicat a les garanties jurisdiccionals en tres seccions: en la primera ens referirem a les garanties de la jurisdicció ordinària; en la segona ens referirem a les garanties de la jurisdicció constitucional, que es concreten en el recurs d'emparament; en la tercera, d'una breu, ens referirem a la garantia internacional del dret a la llibertat.

Cal advertir que, salvant les excepcions a què al·ludirem directament, el dret a la llibertat és protegit sigui quin sigui l'origen de l'atac que pateixi. Com podria esperar-se, és protegit de les limitacions indegudes que puguin provenir de l'actuació dels poders públics, fins i tot quan

es concretin en lleis aprovades per les Corts Generals o pel Parlament de Catalunya. Els mecanismes de tutela del dret a la llibertat també poden posar-se en moviment, però, quan la vulneració provingui de particulars, cosa que no és pas una hipòtesi impossible.

### 1.1. Garanties de la jurisdicció ordinària

Tots els tribunals de justícia poden atorgar protecció al dret a la llibertat, des del moment que aquest és un dret constitucional que pot ser efectiu directament, sense necessitat d'esperar que hi hagi una llei que el desenvolupi. Estan obligats a admetre les demandes de protecció que s'hi fonamentin; evidentment, això no significa que hagin de satisfer sempre les pretensions que tinguin com a argument el dret a la llibertat, però és clar que no poden refusar de considerar-les. Els jutges i tribunals resten sotmesos a l'aplicació de l'ordenament jurídic vigent, del qual forma part la Constitució, que n'és la norma suprema i que acull el dret a la llibertat en el seu article 17. A partir de la Constitució poden reivindicar-se els drets que s'hi proclamen, sigui de forma exclusiva -reclamant només que es faci efectiu el dret constitucional-, sigui al costat de la demanda de tutela d'altres drets originats en normes legals o contractuals. Perquè la Constitució és una norma jurídica, els jutges i els tribunals han de vetllar perquè sigui efectiva. Avui ja s'accepta sense reticències que la Constitució no és un manifest polític de bons propòsits, sinó un cos normatiu que obliga amb més força que cap altre. A més de l'acceptació d'aquesta premissa, la garantia de la llibertat per part de la jurisdicció ordinària té la seva manifestació més clara en tot el dispositiu que preveu importants sancions penals i altres mecanismes de reacció a l'abast dels ciutadans -com ara l'*habeas corpus*- per combatre les privacions il·legals de llibertat. D'aquesta qüestió concreta, en tractem al darrer apartat del treball, que és el que pot tenir una utilitat més pràctica. De tota manera, cal subratllar que els ciutadans poden buscar altres garanties en supòsits no específicament lligats a la privació absoluta de llibertat, com ara la detenció o l'empresonament. La garantia de la llibertat també protegeix els supòsits en què no hi ha detenció, sinó simplement una limitació injustificada de la llibertat.

La possibilitat de reivindicar la tutela del dret a la llibertat davant dels tribunals ordinaris, en un procediment ordinari, pot no semblar massa

encoratjadora si tenim present la lentitud de l'administració de justícia al nostre país. Però no és imprescindible seguir els procediments ordinaris quan es tracta de defensar un dret fonamental com el dret a la llibertat: la Constitució ha previst en el seu article 53.2 un procediment especial per atendre d'una manera preferent i més ràpida les demandes que tinguin com a contingut la reclamació de tutela de drets fonamentals com el dret a la llibertat. El procediment previst per la Constitució encara no s'ha regulat; tot i amb tot, la legislació ha anat adaptant-se al requeriment constitucional d'oferir una via especial de protecció dels drets fonamentals. La peça clau és una llei promulgada dies abans que entrés en vigor la Constitució: la llei 62/1978, de 22 de desembre, de protecció jurisdiccional dels drets de la persona.

No és senzill explicar amb simplicitat les característiques del procediment preferent i sumari, si bé podem indicar que el seu avantatge pràctic és sobretot el de la rapidesa. En els ordres jurisdiccionals civil, penal i contenciós-administratiu, per l'esmentada llei 62/1978, i en el laboral pel reial decret legislatiu 521/1990, de 27 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la llei de procediment laboral, s'hi preveu una via que permet reivindicar la tutela del dret a la llibertat. Podrà emprar-la qualsevol que cregui ser-ne titular. La precisió és necessària per tal com l'article 53.2 de la Constitució diu que "qualsevol ciutadà" podrà reclamar la protecció dels drets fonamentals per la via especial que aquí comentem. S'ha d'indicar que, malgrat la redacció, la possibilitat d'emprar el procediment preferent i sumari no es limita als ciutadans espanyols; en el cas que ens ocupa ja hem dit que el dret a la llibertat correspon a tota persona, pel sol fet de ser-ho.

Les característiques comunes que es troben en totes les modalitats d'aquest procediment marquen la diferència respecte al que els interessats trobarien si seguissin les vies ordinàries. En primer lloc, es tracta d'un procediment preferent, això significa que les demandes que s'hagin presentat per aquesta via rebran una atenció prioritària, passant per davant d'altres que no tinguin com a objecte la protecció de drets fonamentals i que hagin estat presentades abans. En segon lloc, es tracta d'un procediment "sumari"; malgrat una imprecisió tècnica que molts especialistes assenyalen, el mot "sumari" s'ha d'entendre aquí com a "abreujat", en la mesura que els terminis són més curts i la resolució judicial pot arribar més aviat.

## 1.2. Garanties de la jurisdicció constitucional: el recurs d'emparament

En principi, la funció de la jurisdicció constitucional rau a pronunciar-se sobre un problema abstracte: la compatibilitat o no d'un precepte amb allò que disposa la Constitució. En altres paraules, pot dir-se que el que fa és jutjar una llei més que no pas un cas particular, com fan habitualment tots els jutges i els tribunals. El Tribunal Constitucional espanyol és plenament, en aquest sentit, una jurisdicció constitucional, i garanteix la supremacia de la Constitució enfront de les lleis que puguin contradir-la. Però també realitza una altra funció, per garantir l'efectivitat dels drets fonamentals, entre els quals es compta, recordem-ho, el dret a la llibertat: resol els recursos d'emparament que se li plantegin per protegir drets fonamentals, el principi d'igualtat que la Constitució proclama en l'article 14 i el dret a l'objecció de consciència al servei militar a què fa referència l'article 30.2.

La llei orgànica del Tribunal constitucional diu en el seu article 41.2 que el recurs d'emparament protegeix tots els ciutadans. Un cop més, cal prevenir els malentesos que pot suscitar el mot "ciutadans"; de fet, pot presentar recurs d'emparament qualsevol que pugui reivindicar un dret dels que protegeix aquest recurs, i ja sabem que qualsevol persona, pel sol fet de ser-ho, té dret a la llibertat. El recurs d'emparament davant el Tribunal Constitucional presenta, però, algunes particularitats respecte a la tutela que atorguen els tribunals ordinaris. La primera que cal assenyalar és el seu caràcter subsidiari: quant al dret a la llibertat, ningú no pot interposar un recurs d'emparament fins que no hagi esgotat la possibilitat de presentar recursos davant de la jurisdicció ordinària. La intenció d'una disposició d'aquestes característiques és fàcil d'endevinar. Presentant el recurs d'emparament com a darrera instància, els legisladors volien evitar que el Tribunal Constitucional quedés immersit en una allau de recursos d'emparament. Tot i aquesta cautela, el problema ha arribat a plantejar-se, i sovint se senten veus que reclamen una modificació de la legislació per tal d'alleugerir el Tribunal Constitucional dels nombrosíssims recursos d'emparament que l'ocupen.

La segona particularitat concerneix els casos en què pot presentar-se un recurs d'emparament. La defensa del dret a la llibertat pot reclamar-se

dels tribunals ordinaris vingui d'on vingui l'atac: tant si prové d'autoritats públiques com si té l'origen en l'actuació de particulars. En canvi, de la lectura de la llei orgànica del Tribunal Constitucional sembla que se'n desprèn que el recurs d'emparament només podrà presentar-se quan la vulneració del dret provingui d'un poder públic, i no quan qui la causi sigui un particular. Aquest plantejament ha estat superat per la jurisprudència del Tribunal Constitucional, que a la pràctica ha atorgat la tutela de drets fonamentals fins quan havien estat vulnerats per particulars. És útil tenir una idea de l'argument habitual del Tribunal Constitucional en aquesta qüestió, perquè en un moment donat pot ser la clau que obri a la protecció del dret a la llibertat una porta aparentment tancada. El punt de partida és la possibilitat de demanar la tutela del Tribunal Constitucional per vulneracions de drets fonamentals o llibertats públiques que derivin de l'actuació dels òrgans judicials mitjançant un recurs d'emparament. Doncs bé, el Tribunal Constitucional ha entrat a considerar i a resoldre recursos d'emparament plantejats contra vulneracions de drets fonamentals produïdes per l'actuació de particulars. El raonament que justifica la posició del Tribunal Constitucional pot resumir-se com segueix:

- a) El dret a la tutela jurisdiccional és reconegut per l'article 24 de la Constitució.
- b) Aquest dret és vulnerat quan un jutge o tribunal no atorga protecció a un dret fonamental, sigui quin sigui l'origen de la vulneració -una autoritat o un particular.
- c) El Tribunal Constitucional entén que pot examinar i resoldre un recurs d'emparament plantejat contra la resolució d'un òrgan jurisdiccional que vulnera l'article 24 en tant que no satisfà el dret a la tutela, en concret el dret a la tutela d'un dret fonamental com el dret a la llibertat.

Així doncs, com a indicació pràctica, no hem de considerar que quan el nostre dret a la llibertat ha estat vulnerat per un particular les vies de tutela s'esgoten així que s'acaba la possibilitat de recórrer les decisions de la justícia ordinària. Si ens adrecem al Tribunal Constitucional impugnant la resolució de l'òrgan jurisdiccional és possible que el primer entri a considerar el rerefons del nostre recurs: si hi ha hagut o

no vulneració del dret a la llibertat per part d'un particular i si, existint-hi la vulneració, l'òrgan jurisdiccional ordinari ha vulnerat el dret a la tutela judicial en no satisfer la nostra demanda de protecció.

### 1.3. Garanties internacionals

Hi ha dos organismes internacionals a què hom pot acudir per tal de reclamar la protecció del dret a la llibertat: el Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides i el Tribunal Europeu de Drets Humans. Convé assenyalar que el Tribunal Constitucional espanyol, a partir de la sentència 245/1991, de 16 de desembre, ha entès que les resolucions d'òrgans internacionals que determinin que s'ha produït la vulneració d'un dret reconegut també en la Constitució espanyola han de fer-se efectives per als ciutadans espanyols que s'han vist perjudicats, malgrat que la legislació espanyola no hagi previst encara la forma concreta. El Tribunal Constitucional mateix assumeix la tasca de la tutela, per suplir la inexistència de vies legals que puguin donar eficàcia a la protecció que atorguen els òrgans internacionals.

#### 1.3.1. El Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides

La Declaració Universal dels Drets Humans de les Nacions Unides del 1948 proclama en el seu article 3 que tot individu té dret a la llibertat i a la seguretat. Aquesta afirmació, però, no té per ella mateixa cap garantia d'efectivitat per defensar les persones dels abusos de les autoritats del seu Estat. La voluntat d'aconseguir una mínima eficàcia va portar a reiterar en el Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics del 1966 el dret a la llibertat en l'article 9, afegint en el mateix document la creació d'un Comitè de Drets Humans que pot rebre les queixes dels individus quan considerin que algun dels drets recollits en el Pacte... ha estat vulnerat pel seu propi Estat. El comitè examinarà el cas si ja s'han exhaurit totes les vies jurisdiccionals internes, i presentarà les seves observacions a l'Estat i a l'individu. Aquesta possibilitat es dona només en el cas dels Estats que hagin signat l'anomenat Protocol facultatiu, pel qual accepten la possibilitat que el comitè examini les queixes que hagi formulat un dels seus ciutadans, i Espanya ho va fer el 1985.

### 1.3.2. El Tribunal Europeu de Drets Humans

El Tribunal Europeu dels Drets Humans examina els casos que plantegin ciutadans que considerin que el seu Estat ha vulnerat un dret reconegut al Conveni de Roma del 1950, en el qual, com ja sabem, l'article 5 reconeix el dret de tota persona a la llibertat i a la seguretat. També exigeix que s'hagin exhaurit les vies jurisdiccionals de protecció internes de cada Estat. L'any 1979 Espanya va acceptar de sotmetre's a la jurisdicció del Tribunal Europeu.

## 2. Garanties no jurisdiccionals

Els jutges i els tribunals ordinaris i el Tribunal Constitucional són els òrgans que d'una manera directa i concreta poden tutelar el dret a la llibertat de qui n'estigui privat il·legítimament. Aquesta actuació podríem considerar-la "reparadora": perquè el mecanisme tutelar dels òrgans jurisdiccionals es posi en funcionament cal que algú presenti alguna demanda o recurs, un cop consideri que s'ha donat una vulneració del dret a la llibertat. Al costat d'instruments de reacció, que impliquen la intervenció de jutges i tribunals, n'hi ha d'altres que podríem considerar de caràcter preventiu. Habitualment són presentats com a garanties "no jurisdiccionals", ja que no operen per la via de la decisió de jutges o tribunals.

Tractarem, en primer lloc, del paper que exerceix l'eficàcia de la primacia de la Constitució; en segon lloc del Ministeri Fiscal; i, en tercer lloc, del Defensor del Poble i el Síndic de Greuges.

### 2.1. L'eficàcia de la primacia de la Constitució

Al llarg d'aquest treball hem procurat deixar clar que, en matèria de drets, aquests valen el que valen les seves garanties. Són aquestes que impedeixen que els drets proclamats al text constitucional siguin simples bons propòsits. El passat és ple de bones intencions constitucionals que no han impedit barrar el pas a la supressió de la llibertat. Per aquesta experiència, quan va redactar-se la Constitució espanyola del 1978 es va posar molta cura a evitar que, en relació amb drets fonamentals com ara el dret a la llibertat, quedés sense efectivitat pràctica. Una previsió, que ja hem vist, és la de reservar als legisladors elegits l'establiment

de les línies bàsiques de la regulació dels drets fonamentals. Aquí es reflecteix la desconfiança envers les autoritats no elegides, fent pesar la responsabilitat de l'establiment dels límits a la llibertat sobre aquells que han de presentar-se periòdicament a les eleccions. Una altra mesura consisteix en l'exigència de respecte al contingut essencial del dret, que també hem comentat. Cal dir, quant a aquest darrer punt, que hi trobem una altra desconfiança: aquella que tracta d'evitar el perill que representa per a la llibertat una majoria parlamentària de vocació totalitària que deixés en paper mullat allò que la Constitució disposa. D'altra banda, la reforma dels preceptes constitucionals que proclamen els drets fonamentals requereix la seva aprovació per referèndum, i no queda pas a disposició d'una majoria parlamentària per més àmplia que sigui. Però, sobretot, aquesta és la raó d'existir d'un organisme com el Tribunal Constitucional, que té com a funció la preservació de la garantia de la supremacia de la Constitució. Per tal d'assegurar-ho, pot arribar a anul·lar una llei que contradigui alguna disposició del text constitucional: per exemple, quan no respecti el contingut essencial del dret a la llibertat.

Aquesta possibilitat és difícil d'acceptar des de determinades visions de la democràcia, atès que un òrgan no representatiu com és el Tribunal Constitucional arriba a imposar-se a la voluntat dels representants dels ciutadans. Els dotze magistrats del Tribunal Constitucional són independents, malgrat que siguin elegits per les Corts Generals -quatre pel Congrés i quatre pel Senat-, pel Govern de l'Estat -dos-, i pel Consell General del Poder Judicial -dos més. Romanen en el càrrec nou anys, i el Tribunal es renova per terços cada tres anys. La regulació permet als magistrats un mandat que supera el de la majoria política que eventualment n'hagués facilitat l'elecció i, per tant, no tenen per què subordinar-s'hi per assegurar la seva permanència en el càrrec. Efectivament, l'existència del Tribunal Constitucional potser no s'acaba de justificar des del punt de vista de la legitimitat democràtica que representen els seus membres; amb tot, sembla perfectament coherent amb la idea d'Estat de Dret. El que significa és senzill: tots estem sotmesos a les normes de l'ordenament jurídic: ciutadans i legisladors. El deure de respectar la Constitució també obliga els legisladors, encara que siguin elegits, i la manera de determinar si la infringeixen o no és configurar un tribunal específic

a què poder recórrer mitjançant uns recursos previstos a la Constitució.

El primer és el recurs d'inconstitucionalitat, del qual poden fer ús, segons la Constitució, el President del Govern de l'Estat, el Defensor del Poble -al qual ens referirem més endavant-, cinquanta Diputats, cinquanta Senadors i els Govern i els Parlaments de les Comunitats Autònomes. El segon s'anomena "qüestió d'inconstitucionalitat", i és presentada al Tribunal Constitucional pels jutges o tribunals ordinaris que creguin que una norma amb rang de llei aplicable a un cas que hagin de decidir no és compatible amb la Constitució. La qüestió d'inconstitucionalitat també pot plantejar-se-la el Tribunal Constitucional mateix, com preveu l'article 55.2 de la seva pròpia llei orgànica, i no deixa de ser lògic. Per resoldre els recursos d'emparament, el Tribunal Constitucional es divideix en dues Sales que decideixen autònomament, i així dobla la seva capacitat de treball. No obstant això, pot donar-se el cas que, en resoldre un recurs d'emparament, la Sala entengui que la vulneració d'un dret produïda per un acte d'aplicació d'una llei es derivi que la llei mateixa és inconstitucional. Com que qui decideix sobre la compatibilitat o no amb la Constitució d'una norma amb rang de llei és el Tribunal en ple, la Sala tramet al plenari del Tribunal la qüestió de la inconstitucionalitat de la llei, que s'anomena en aquest cas "autoqüestió".

Abans de cloure aquest apartat, cal fer referència a la regulació constitucional dels supòsits en què de forma general es pot suspendre la vigència del dret a la llibertat que la Constitució reconeix en l'article 17. Pot semblar paradoxal que es tracti de la suspensió de drets constitucionals quan es fa referència, precisament, a les seves garanties. En realitat no ho és, i podem explicar-ho breument. La Constitució, en el seu article 55, ha previst que puguin ser suspesos alguns drets, i entre ells els que reconeix l'article 17, quan s'hagi acordat la declaració de l'estat d'excepció o de l'estat de setge. Ara bé, el procediment determinat per la mateixa Constitució en l'article 116 estableix una primera garantia, ja que exigeix que la declaració d'estat d'excepció només pugui fer-se després de l'autorització del Congrés dels Diputats. Es fa per decret, que és susceptible de control per part de la jurisdicció contenciosa administrativa quant a la seva conformitat amb la Constitució i amb la llei orgànica 4/1981, d'1 de juny, que

desenvolupa aquestes qüestions. respecte de l'estat de setge, previst essencialment per als casos de guerra, serà el Congrés dels Diputats que el declari pel vot favorable de la majoria absoluta dels seus membres, i sembla clar que la decisió es podria impugnar per la via d'un recurs o d'una qüestió d'inconstitucionalitat davant del Tribunal Constitucional. La primacia de la Constitució podria fer-se valer, doncs, fins i tot en els casos en què se suspenguessin els drets que hi són recollits. A més, cal recordar el sentit que té la suspensió temporal d'aquests drets. Com indica la llei orgànica a que fèiem referència anteriorment, els estats d'excepció i de setge tenen un caràcter excepcional. És a dir: només podran declarar-se quan no pugui assegurar-se la normalitat en l'exercici dels drets per altres vies.

## 2.2. El Ministeri Fiscal

No cal que ens estenguem gaire en la secció dedicada als fiscals. El paper que exerceix el Ministeri Fiscal com a organització i els fiscals individuals que el formen, es comprèn fàcilment si tenim en compte la posició que ocupa en el context de l'Administració de Justícia, ja que poden iniciar procediments que menin a una sentència.

El Ministeri Fiscal té encomanada per la Constitució la defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic protegit per la llei, com diu l'article 124.1. Una vegada més hem d'advertir que l'expressió "drets dels ciutadans" no ha de portar a pensar que els fiscals han de protegir exclusivament els drets dels ciutadans espanyols; en la mesura que el dret a la llibertat és un dret de tota persona que s'integra dins la legalitat pel respecte a la qual els fiscals han de vetllar. Per tal d'assegurar la protecció dels drets, el fiscal pot interposar recursos d'emparament i activar també les vies de tutela que ofereix l'ordenament, molt particularment la llei 62/1978, de 26 de desembre, de protecció jurisdiccional dels drets de la persona. En ella -article 12-, fins i tot s'hi preveu la intervenció del Ministeri Fiscal com a demandant quan la garantia del dret es reclami per la via de la jurisdicció civil.

## 2.3. El Defensor del Poble i el Síndic de Greuges

Ambdues institucions tenen funcions similars, que poden descriure's d'entrada com de supervisió de l'activitat de les administracions públiques. Per si mateixa, aquesta facultat no sembla capaç d'oferir una garantia immediata del dret a la llibertat, però cal tenir en compte que tothom pot adreçar-se al Defensor del Poble i al Síndic de Greuges sense cap formalitat per tal de sol·licitar-ne la intervenció. A més, els seus informes anuals són, en general, respectats, ja que se'ls pressuposa una objectivitat deslligada de tot partidisme. Si es vol, la seva tasca ajuda a corregir el mal funcionament de les administracions públiques, i no només quan s'assenyalen vulneracions serioses dels drets fonamentals. El funcionament regular de les administracions públiques dificulta els abusos dels funcionaris, que encara resulta més difícil que s'esdevinguin si aquests saben que poden ser denunciats amb facilitat.

### 2.3.1. El Defensor del Poble

L'article 54 de la Constitució defineix el Defensor del Poble com "l'alt comissionat de les Corts Generals" que defensa els drets compresos en el Títol I de la norma suprema, entre els quals es troba el dret a la llibertat; per tal de realitzar aquesta funció, supervisa l'activitat de l'Administració. La Constitució ha afegit altres atribucions, que poden ser encara més eficaces per garantir els drets. En primer lloc, pot interposar recursos d'inconstitucionalitat, sotmetent a la consideració del Tribunal Constitucional els textos legals que puguin infringir algun precepte de la constitució, com ara el que proclama el dret a la llibertat. En segon lloc, pot plantejar recursos d'emparament, si del que es tracta és de reparar alguna vulneració concreta d'un dret particular.

El Defensor del Poble té en l'accessibilitat una característica fonamental, doncs, gràcies a la qual pot actuar d'una manera molt àgil en defensa de la llibertat. En efecte, diu la llei orgànica 3/1981, de 6 d'abril, que regula la institució, que tothom podrà adreçar-se al Defensor del Poble sense cap altra exigència que la d'indicar, amb la seva signatura, nom, cognoms i adreça; fins i tot els presos poden adreçar-se al Defensor del Poble, i es prohibeix expressament que la seva correspondència sigui censurada. Com es veu, les exigències són

mínimes: la identificació de la persona que formula la queixa, i que aquesta es presenti abans que no hagi passat un any des del coneixement dels fets que l'originen. D'altra banda, l'actuació del Defensor del Poble pot començar malgrat que una queixa es formuli sense complir algun dels requisits esmentats, ja que la seva independència li atorga una gran llibertat d'iniciativa.

La independència és precisament una altra característica, i es garanteix mitjançant el mecanisme d'elecció. Els noms del candidat o els candidats són proposats per les comissions que existeixen al Congrés i al Senat per relacionar-se amb la institució del Defensor del Poble quan el càrrec estigui vacant. Ambdues comissions es reuneixen conjuntament i, després, proposen als plens de cadascuna de les cambres el nom de la persona o les persones que han seleccionat com a candidats. Cada ple vota i es designa la persona que obté en cada cambra el vot favorable de les tres cinquenes parts dels membres que la formen. El consens que ha de suscitar el Defensor del Poble és, com es veu, molt elevat i mai no podria arribar a ser-ho qui suscités l'hostilitat d'un grup polític amb una força parlamentària important. A més, la durada del mandat del Defensor del Poble és de cinc anys, la qual cosa li assegura la permanència al càrrec més enllà de la durada d'una legislatura completa, que és de quatre anys. En definitiva, malgrat la vinculació amb les Corts Generals -no oblidem que el Defensor del Poble n'és "alt comissionat"-, gaudeix d'una gran independència. La llei orgànica que regula la institució diu que no està subjecte a mandat imperatiu, això implica que no ha de seguir les instruccions de cap autoritat.

El Defensor del Poble supervisa l'activitat de l'Administració i, per complir aquest mandat constitucional, pot endegar qualsevol investigació relativa a l'activitat de l'Administració. El Defensor del Poble mateix, un dels seus adjunts o la persona en qui delegui, poden presentar-se en les oficines públiques per recollir dades, realitzar entrevistes o estudiar documents. La llei orgànica del Defensor del Poble prohibeix d'obstaculitzar-ne les actuacions, i exigeix que hi cooperin totes les persones que estiguin al servei de l'Administració.

D'aquestes funcions de supervisió, en poden sorgir recomanacions o advertiments concrets, pels quals es recorden deures legals o es

formulen suggeriments. Allò que té més transcendència pública, però, és probablement l'informe que cada any presenta a les Corts el Defensor del Poble. Les recomanacions particulars i l'informe poden ser molt rellevants quant a la protecció del dret a la llibertat. Sovint el Defensor del Poble s'ha ocupat de les situacions en què es dona la privació de la llibertat, denunciant les circumstàncies que la fan innecessàriament penosa, o fins i tot poc justificada malgrat que la legalitat que ho permeti. Així, en el passat el Defensor del Poble ha treballat sobre la situació de les presons i en el darrer informe publicat -el del 1991- ha tractat de les condicions d'internament en centres psiquiàtrics.

### 2.3.2. El Síndic de Greuges

L'Estatut d'Autonomia de Catalunya ha inclòs una institució molt similar a la del Defensor del Poble. L'article 35 diu que "el Parlament podrà nomenar un Síndic de Greuges per a la defensa dels drets fonamentals i llibertats públiques, als efectes de la qual podrà supervisar les activitats de l'Administració de la Generalitat". S'hi pot veure clarament que la raó de ser és la mateixa, la defensa de drets entre els quals trobem el dret a la llibertat; també realitza aquesta funció mitjançant la supervisió de l'Administració, per bé que en el seu cas es tracta de l'Administració de la Generalitat.

La llei de Catalunya 14/1984, de 20 de març, desenvolupa els trets essencials del Síndic de Greuges, que coincideixen en gran part amb allò que hem descrit en parlar del Defensor del Poble. Com ell, el Síndic de Greuges gaudeix d'una gran independència, afavorida pel fet que la candidatura ha de ser aprovada per tres cinquenes parts dels membres del Parlament de Catalunya, i per un mandat de cinc anys que supera la durada de la legislatura. Igualment, a més de presentar anualment un informe al Parlament sobre les seves actuacions, el Síndic de Greuges podrà formular recomanacions i suggeriments a les autoritats administratives; a diferència del Defensor del Poble, el Síndic de Greuges no pot presentar recursos d'emparament o d'inconstitucionalitat. Ara bé, tenint en compte les relacions que per la llei 36/1985, de 6 de novembre, s'estableixen entre les institucions del Defensor del Poble i les figures equivalents de les Comunitats Autònomes -entre les quals cal comptar el Síndic de Greuges- aquest pot

demanar al Defensor del Poble que faci ús de les seves facultats. D'altra banda, el Síndic de Greuges ha de comunicar al Ministeri Fiscal la notícia dels fets delictuosos que per les seves actuacions hagi arribat a conèixer, entre els quals caldria incloure aquells fets que constitueixin una privació indeguda de llibertat tipificada al Codi Penal.



#### **IV. LA PRIVACIÓ DE LA LLIBERTAT I LES GARANTIES DEL DETINGUT**

##### **1. Privació de llibertat: la detenció**

###### **1.1. Causes de la detenció**

El Conveni Europeu per la Protecció de Drets Humans estableix en el seu article 5.1 les causes legítimes de privació de llibertat, la realització de les quals no implica la violació del dret de tota persona a la llibertat i a la seguretat. Entre aquestes causes hi ha: la detenció preventiva o l'internament per desobediència a una ordre judicial o per assegurar el compliment d'una obligació establerta per la llei, i també la detenció per fer comparèixer davant de l'autoritat judicial competent, quan hi hagi indicis racionals que s'ha produït una infracció, o quan es consideri necessari per impedir que es cometi una infracció o la fugida després d'haver-la comès. Aquesta previsió internacional, juntament amb la interpretació que en fa el Tribunal Europeu de Drets Humans a les seves sentències, entra a formar part de l'ordenament jurídic espanyol per mitjà de la clàusula interpretativa de l'article 10.2 de la Constitució. La clàusula esmentada -com hem dit abans- indica que els drets fonamentals reconeguts a la Constitució s'hauran d'interpretar d'acord amb allò que disposen els acords internacionals ratificats per Espanya i té, per tant, força vinculant per als poders públics espanyols. I encara més, la remissió que fa la Constitució en el seu article 17.1 a la llei per a la concreció dels casos de privació de llibertat, obliga a tenir present, com a límit que no es pot ultrapassar, en la regulació que el legislador espanyol faci de la matèria, la normativa del Consell d'Europa sobre les causes privatives de llibertat.

La llibertat de què gaudeixen els ciutadans només pot ser privada, de forma legal, per unes causes (consegüentment exclouem de l'exposició tota causa que no s'ajusti a allò que disposin les lleis com és el cas del segrestament, el qual està previst al Codi Penal com una "detenció il.legal", i és objecte de sanció) i sota determinades condicions i circumstàncies, que tenen en comú el fet que hi han d'intervenir els òrgans jurisdiccionals (jutges o Tribunals) independents dels funcionaris o les autoritats de l'Administració, en supòsits prèviament determinats per una norma jurídica amb rang de llei. La raó que explica aquestes

condicions està relacionada amb la necessitat de garantir el dret constitucionalment reconegut a la llibertat i evitar arbitrietats en l'aplicació de la privació de llibertat per part dels poders públics, especialment dels cossos i les forces de seguretat.

Això no vol dir, però, que tota privació de llibertat hagi de ser ordenada per un jutge, sinó que s'hi han de distingir dos moments diferents: la privació de llibertat provisionalment realitzada; i la privació definitiva que segueix una sentència condemnatòria ferma. Només en aquest darrer supòsit és imprescindible la intervenció i la decisió del jutge. Per contra, en un primer moment, la privació de llibertat poden dur-la a terme altres ciutadans particulars i els agents de la policia, a més del jutge mateix, quan es donen un seguit de raons que preveu la llei d'enjudiciament criminal per a cada cas. Aquestes raons són les que justifiquen els únics supòsits legítims de detenció.

Pel que fa a la persona que realitza la detenció, el criteri diferenciador es troba en les diverses causes que motiven aquesta privació de llibertat: més nombroses quan és l'agent de policia o el jutge qui deté i més reduïdes si és un particular qui ho fa. En efecte, els particulars només tenen la facultat (no és, per tant, obligació) de detenir una persona si hi concorren dues circumstàncies: 1. objectiva, quan s'intenta la comissió d'un delictes en el mateix moment en què s'està realitzant -delictes flagrant-, o procurar la fugida de la presó, o de les dependències on es trobés detingut; i 2. subjectiva, sempre que tinguin motius racionalment suficients que facin evidenciï la situació per la qual porta a terme la detenció. Ha d'haver-hi, en conseqüència, l'evidència de la realització d'un fet delictuós, perquè està presenciï la situació. D'altra banda, a més de la concurrència dels pressupòsits legals a què acabem d'al·ludir, s'ha de lliurar immediatament al jutge o a la policia perquè, a diferència de la detenció realitzada per un agent de policia, el particular no ha de fer cap tipus d'investigació.

A més dels casos citats, la llei enumera els supòsits en què l'agent de policia té l'obligació de detenir i el jutge decidir la detenció de persones en què es donen unes circumstàncies que la fan justificable. Podrà ser detinguda una persona si hi concorren els dos requisits següents: 1. objectiu: tenir motius racionalment suficients per creure en l'existència d'un fet que presenti les característiques de delictes, i no es

tracti d'una simple falta, en el qual cas només es podrà detenir la persona que no tingui domicili conegut o no doni fiança suficient segons el parer de qui l'intenta detenir; i 2. subjectiu: que la persona que s'intenta detenir ha participat en la realització del fet delictuós (tècnicament se l'anomena "imputat"). L'establiment d'aquests requisits objectiu i subjectiu més amplis que els previstos per a la detenció per particular impedeix, no obstant això, la realització de batudes massives i indiscriminades, en les quals manca la relació fet delictuós-persona que ha participat en la seva comissió.

Si no es compleixen les circumstàncies esmentades serem davant d'una detenció il.legal, castigada pel Codi Penal amb penes de suspensió i altres de previstes a l'article 184 i següents.

## 1.2. Persones objecte de la detenció

Cal, ara, que veiem alguns supòsits específics per raó de la persona que ha de ser objecte de detenció. No pot ser detingut en cap cas el Rei; ni els diputats i els senadors, durant el període del seu mandat, excepte en cas de delicte flagrant, és a dir, com hem indicat abans, quan hi hagi l'evidència -perquè s'ha apreciat sensorialment- que han comès un delicte. Per al seu processament caldrà, en tot cas, una autorització prèvia de la Cambra respectiva a què pertanyen. Aquests supòsits són excepcions de la regla de generalitat que s'estén a tothom que estigui comprès dintre de les causes legalment previstes en la possibilitat de la detenció. Una limitació diferent preveu la llei orgànica del poder judicial per als jutges: només podrà ordenar la seva detenció un altre jutge i no un funcionari policíac, llevat d'un cas de delicte flagrant, en què sí que podran detenir-lo.

És específica la situació dels estrangers que hagin de ser expulsats del territori espanyol. Segons allò que preveu la Llei d'estrangeria poden ser detinguts per l'autoritat governativa, la qual haurà de sol.licitar al jutge en el termini de setanta-dues hores l'autorització de l'internament en el centre on ha tingut lloc la detenció o en altres locals de naturalesa no penitenciària fins al període màxim de quaranta dies. Correspon al jutge, en conseqüència, pronunciar-se per mitjà de resolució motivada, no sobre la decisió de l'expulsió -que és una decisió administrativa- sinó sobre la conveniència o no de la pèrdua de llibertat tenint en

compte com a elements de judici: la causa d'expulsió invocada, la situació personal i legal de l'estranger, la probabilitat de fugida, etc. Per això cal considerar l'internament de l'estranger com una situació excepcional que s'ha de dur a terme quan resulti indispensable per raons de cautela o prevenció (així ho ha interpretat el Tribunal Constitucional a les sentències 115/1987, de 7 de juliol, i 144/1990, de 26 de setembre).

### 1.3. Durada de la detenció: límits temporals

La Constitució estableix en el seu article 17.2 "La detenció preventiva no podrà durar més del temps estrictament necessari per a la realització de les indagacions tendents a l'esclariment dels fets, i, en tot cas, en el termini màxim de setanta-dues hores, el detingut haurà de ser posat en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial."

D'aquest article, se'n desprenen fàcilment dues regles entorn de la durada de la detenció: 1. la durada de la detenció és només el temps estrictament necessari per a la realització de les investigacions tendents a l'esclariment dels fets com pot ser el reconeixement d'identitat o la declaració del detingut; i 2. en tot cas, el període màxim fins al qual pot durar la detenció és de 72 hores.

Alguns autors discuteixen sobre la vigència o no del termini màxim de la detenció de 24 hores establert a l'antiga llei d'enjudiciament criminal de 1882 (article 496) per ser més favorable per al detingut. En canvi, pensem que des d'una interpretació sistemàtica i integrada de l'article 17.2 de la Constitució amb els articles de la llei d'enjudiciament criminal reformats després de l'entrada en vigor de la Constitució que fixen el termini màxim de la detenció en 72 hores (així per exemple l'article 520.1.2º) i amb el Codi Penal que sanciona la detenció il·legal més enllà de les 72 hores i no abans, el termini màxim de la mateixa és de 72 hores i no de 24 hores. Res no impedeix, tanmateix, una reforma legislativa que redueixi clarament el termini de la detenció constitucionalment establert d'acord amb una interpretació favorable a l'exercici dels drets fonamentals.

Una altra garantia que es reconeix al detingut, diferent del que s'acaba de dir sobre els terminis de la detenció, és la previsió legislativa

(article 295 LECrim) que obliga els agents de policia, excepte en cas de força major, a posar en coneixement de l'Autoritat Judicial o del Ministeri Fiscal en el termini de 24 hores les diligències que s'hagin practicat al detingut. L'omissió d'aquesta obligació comporta una sanció disciplinària.

El motiu de les limitacions temporals a la detenció rau que es tracta d'una situació excepcional que provoca greus pertorbacions en l'àmbit de llibertat i actuació del detingut. Per això la llei d'enjudiciament criminal precisa que la detenció haurà de perjudicar al mínim possible la persona, la reputació i el patrimoni del detingut.

Transcorregut el període de la detenció haurà de ser posat en llibertat, si no hi ha motiu que justifiqui el manteniment de la situació de privació de llibertat, o en cas contrari haurà de passar a disposició judicial per tal que sigui el jutge més pròxim al lloc de la detenció el responsable de decidir què s'ha de fer amb la persona presumptament implicada en un acte delictuós. En cas de delictes relacionats amb el terrorisme correspon aquesta competència als jutjats centrals d'instrucció, dependents de l'Audiència Nacional, com veurem més endavant. En aquest sentit la Convenció Europea de Drets Humans es refereix a l'obligació que el detingut "sigui conduït sense dilació a la presència d'un jutge" (article 5.3). Insistim que no necessàriament s'ha d'esgotar el termini de 72 hores, el qual actua com a límit absolut.

Al termini de temps màxim de la detenció esmentat, se n'ha d'exceptuar la situació produïda per la detenció de persones involucrades en la comissió d'actes terroristes i pertanyents a bandes armades. En aquests casos la Constitució, quan al·ludeix a la suspensió dels drets i les llibertats, remet al desenvolupament per llei orgànica -com efectivament s'ha fet a la llei d'enjudiciament criminal- però exigint el compliment d'unes garanties com són: 1) el caràcter individualitzat de la mesura que la fa només aplicable a terroristes pertanyents a una banda armada; 2) la necessària intervenció judicial (en aquest cas del jutge central d'instrucció, amb seu a Madrid); i 3) el sotmetiment a control parlamentari. La llei d'enjudiciament criminal que ha desenvolupat aquesta previsió constitucional ha augmentat el període de temps de durada de la detenció de 72 hores en 48 hores més fins a un total de cinc dies, sempre que se sol·liciti dintre de les

primeres 48 hores i ho autoritzi el jutge mitjançant resolució motivada abans d'haver transcorregut les 24 hores següents. Amb aquesta ampliació del termini de la detenció s'intenta garantir l'eficàcia de les indagacions policíiques. Cal aclarir, igualment, que l'ampliació del termini de la detenció no implica una disminució d'altres drets constitucionalment reconeguts a totes les persones en tot moment com és el cas dels drets previstos a l'article 15 de la Constitució: el dret a la integritat física i moral i la consegüent prohibició de la tortura i dels tractes inhumans o degradants.

Quan el detingut es posa a disposició judicial, el jutge pot considerar que no hi ha raons per mantenir la situació de privació de llibertat, amb la qual cosa la persona detinguda recupera plenament la seva llibertat d'una manera immediata, o bé pot decretar mesures preventives com ara l'empresonament provisional o la llibertat provisional de l'imputat. Un cop acabat el procés penal, la sentència que dicti el jutge pot ser absolutòria, cosa que significa la posada en llibertat del qui es trobava en compliment d'una mesura preventiva. Es planteja la possibilitat que aquest exigeixi responsabilitat a l'Estat pels danys causats, ja sigui per error judicial, ja per l'anormal funcionament de l'administració de justícia sempre que es doni la inexistència del fet que se li ha imputat. En cas de ser condemnatòria normalment implica la pèrdua de llibertat. L'article 25 de la Constitució exigeix en aquests supòsits el compliment dels principis de legalitat penal i de tipicitat, que es tradueixen en l'exigència que es prevegi en una norma amb rang de llei, prèvia al fet sancionat i certa, és a dir: que el supòsit de fet estigui estrictament determinat a la llei (tipicitat). Fixada la condemna, el seu compliment s'haurà de portar a terme en un establiment penitenciari, sota la garantia de respecte als drets del pres pels quals vetllarà el jutge de vigilància penitenciària.

## **2. Mesures preventives: l'empresonament provisional i la llibertat provisional**

### **2.1. L'empresonament provisional**

L'empresonament provisional és una mesura preventiva que consisteix en la privació de llibertat decidida pel jutge mentre dura la investigació dels fets que realitza el mateix jutge instructor del sumari (document on

s'especificaran les conclusions de la investigació) i fins que no s'hagi conclòs el procés penal amb la sentència. El problema que es planteja a la pràctica està relacionat amb els habituals endarreriments de l'Administració de Justícia i, en concret, del procés judicial penal, que fan sovint que es recorri en aquesta mesura. Les finalitats que justifiquen la presó preventiva estan relacionades amb la voluntat d'assegurar la presència de l'imputat al judici, l'escatiment dels fets i la garantia de l'execució de la pena. No ho és, per tant, la prevenció de la realització de nous delictes ni un compliment anticipat de la condemna, que encara no s'ha imposat, atès que en tots dos casos s'estaria vulnerant la presumpció d'innocència de què gaudeixen tots els ciutadans i que és principi informador del procés penal, la qual, per decaure, segons allò que ha sostingut el Tribunal Suprem en la seva sentència de 18 d'octubre de 1990, requereix una activitat provatòria suficient. És a dir, la detenció provisional només està justificada si no hi ha altres mecanismes menys radicals per aconseguir les esmentades finalitats. En aquest sentit el Tribunal Constitucional ha establert tres regles com a criteris a tenir en compte per jutjar la constitucionalitat de les mesures judicials sobre presó preventiva: l'objecte del procés, és a dir els delictes que són objecte de l'acusació; el comportament de l'inculpat; i l'activitat de l'òrgan judicial.

D'acord amb els criteris fixats pel Tribunal Constitucional, ¿quan podrà establir el jutge la presó preventiva? Segons allò que preveu la llei hi hauran de concórrer, plegades, unes circumstàncies que ho justifiquin: que consti l'existència d'un fet que presenti les característiques de delicte; que hi hagi motius suficients perquè la persona que ha de ser objecte de la mesura preventiva sigui responsable del delicte; i que aquest tingui prevista una pena d'almenys presó major (més de sis anys i un dia de presó) o, si és inferior, sigui aconsellable l'adopció de l'empresonament provisional per raó dels antecedents de l'imputat, les circumstàncies del fet i l'alarma social i freqüència amb què s'ocasiona. Aquestes darreres finalitats han estat molt criticades per la doctrina pel que representen de tenir en compte criteris preventius que excedeixen els objectius esmentats de l'empresonament provisional.

La situació d'empresonament provisional, que és sempre anterior al pronunciament -absolutori o condemnatori- del jutge a la sentència, no ha de durar més enllà del temps estrictament necessari. La Constitució,

també respecte de la durada de l'empresonament provisional, remet a la llei la fixació del seu termini màxim (article 17.4). Per això la llei preveu uns temps màxims, taxats, de durada de l'empresonament provisional, que es modulen d'acord amb la pena que preveu el Codi Penal per a la conducta que se li imputa (no més de tres mesos si és un delictes castigat amb pena d'arrest major, d'un any quan la pena sigui de presó menor i de dos anys si la pena prevista és superior). Aquests períodes només poden ultrapassar-se si no es pot realitzar el judici dintre dels límits temporals mateixos i hi hagi perill que l'imputat pugui fugir; en aquests casos l'empresonament podrà perllongar-se fins a dos i quatre anys segons que la previsió de la pena sigui de presó menor o superior. A la sentència 206/1991, de 30 d'octubre, el Tribunal Constitucional considera que no s'ha de comptabilitzar com a temps de durada de l'empresonament provisional els endarreriments provocats, mentre duri aquest, en el procés per la mala fe de la persona sotmesa en aquesta mesura preventiva, i així obre la possibilitat de superar els períodes que acabem d'esmentar.

La situació d'empresonament provisional, en coherència amb les seves finalitats, no ha d'anar acompanyat de la privació d'altres drets a més dels que es desprenen de la privació de llibertat. En aquest context, cal ressaltar el manteniment per part de la persona sotmesa en aquest règim del dret de sufragi passiu, és a dir: el dret de presentar-se a eleccions com a candidat, atès que la Llei orgànica de règim electoral no inclou aquest supòsit entre les causes d'inelegibilitat. Se n'ha d'exceptuar el cas dels terroristes ja processats, per als qui la llei obliga a suspendre l'exercici del càrrec públic un cop s'hagi decretat ordre d'empresonament provisional.

## 2.2. La llibertat provisional

La regla general és que tant la detenció com l'empresonament provisional durin el mínim de temps possible, perquè es tracta de supòsits de privació del dret de llibertat. Per això mateix la llei possibilita un altre *status* per a les persones a les quals se'ls imputa la comissió d'un delictes sempre que es donin les circumstàncies següents: que el delictes estigui castigat amb pena de presó menor o inferior, i, sent superior la pena, quan no hi concorren les circumstàncies que justificarien l'aplicació de l'empresonament provisional. Ens referim a

la llibertat provisional en què roman l'imputat abans de la sentència, és a dir abans del judici i mentre aquest té lloc. La llibertat provisional, per tant, pot considerar-se com una mesura cautelar intermèdia entre l'empresonament provisional i la completa llibertat, que mira d'evitar l'absència de l'imputat, quedant aquest a disposició de l'autoritat judicial. La llibertat provisional pot ser amb fiança (la qual és fixada pel jutge tenint en compte la naturalesa del delictes, la posició social de l'imputat i els seus antecedents) o sense, però en tot cas l'imputat que es trobi en aquesta situació de llibertat provisional, i mentre duri aquesta, haurà de comparèixer periòdicament davant del jutge que estudia el cas, sense que se li privi la llibertat ambulatoria. Si es tracta d'una imputació de fets relacionats amb la conducció de vehicles de motor es podrà decretar la privació provisional del permís de conduir mentre duri la mesura cautelar de llibertat provisional.

### **3. Altres situacions de privació de llibertat: l'internament en establiments psiquiàtrics i l'arrest domiciliari del fallit**

A més de la detenció i l'empresonament provisional, l'ordenament jurídic preveu altres supòsits de privació legítima del dret de llibertat, encara que amb finalitats diferents de les que s'acaben de citar, i en què la intervenció policíaca o no es produeix -cas de l'internament en centres psiquiàtrics- o ho fa d'una altra forma -arrest del fallit. En tots dos casos, tanmateix, correspon al jutge pronunciar-se sobre la situació, com a mesura garantista necessària.

#### **3.1. L'internament en establiments psiquiàtrics**

L'internament en un establiment psiquiàtric d'una persona que pateix pertorbacions psíquiques constitueix algunes vegades l'única solució per garantir-li un tractament adequat, com també per evitar la perillositat social que produeix, però alhora ofereix el risc d'internar persones amb un grau de pertorbació mínima, i en què sigui innecessària una mesura tant dura com és aquesta. Davant de casos extrems que han arribat als Tribunals, aquests han hagut d'oferir unes pautes mínimes per tal de determinar la idoneïtat de l'internament. El Tribunal Constitucional ha seguit, en aquesta qüestió, els criteris fixats pel Tribunal Europeu de Drets Humans (Cas Winterwerp, 24 d'octubre de 1979): s'ha de provar convincentment per mitjà d'un dictamen

mèdic l'existència d'una alienació mental real de la persona afectada per la mesura; l'alienació ha de ser de tal magnitud que justifiqui l'internament; i aquest ha de cessar així que s'acabi la pertorbació. D'aquesta manera es tracta de garantir que l'internament no sigui arbitrari.

### 3.2. L'arrest del fallit

En relació amb l'arrest del fallit, és a dir el comerciant que ha sofert una fallida, la previsió legal (de la llei d'enjudiciament civil i del Codi de Comerç), segons la qual el jutge de primera instància que declari la fallida ha d'arrestar automàticament el fallit ja sigui a la seva casa ja a la presó, s'ha d'interpretar d'acord amb allò que ha establert la sentència del Tribunal Constitucional 178/1985, de 19 de desembre. Així, està justificada la restricció de la llibertat en el fallit per tal que estigui personalment disponible per a tot allò en què se'l pugui necessitar al llarg del procés, però aquesta restricció ha de ser proporcional a la finalitat que la justifica, la qual cosa no succeeix si és a la presó, però sí que ho és si es tracta d'un arrest en el mateix domicili, pel temps indispensable per aconseguir la finalitat, i sempre que el jutge ho consideri necessari, els quals criteris eliminen l'automatisme anterior.

## 4. Els drets del detingut

Segons allò que estableix l'article 17.3 de la Constitució: "Tota persona detinguda ha de ser informada immediatament, i de manera que li sigui comprensible, dels seus drets i de les raons de la detenció, i no podrà ser obligada a declarar. Es garanteix l'assistència d'advocat al detingut en les diligències policíiques i judicials, en la forma que la llei estableixi."

És, consegüentment, la Constitució mateixa que preveu determinats drets dels quals gaudeix el detingut mentre dura la detenció. La privació del dret de llibertat als ciutadans implica al mateix temps i d'una manera automàtica la garantia d'altres drets específics de la seva situació privativa de llibertat: són els drets en tant que detingut, la protecció dels quals ha de venir principalment dels policies que realitzen normalment, ja sigui per iniciativa pròpia ja a instància del

jutge, la detenció. Aquests drets només es poden suspendre en cas de declaració d'estat de setge, si bé es mantenen en el supòsit de declaració de l'estat d'excepció.

#### 4.1. Inconstitucionalitat de l'anomenada "retenció"

Abans d'entrar en l'estudi dels drets del detingut, cal que aclarim una qüestió prèvia: ¿és possible alguna situació de privació de llibertat originada per una detenció que no vagi acompanyada de les garanties dels drets esmentades? La pregunta al·ludeix a aquelles situacions en què un agent de policia priva la llibertat de circulació per la via pública durant un temps a un ciutadà per tal de sotmetre'l a la pràctica d'algunes diligències tendents a l'escatiment d'un delictes, com és el cas de la prova del test d'alcoholèmia, o del trasllat a dependències policíiques per procedir a la identificació en cas d'anar indocumentat (com preveu la llei orgànica de seguretat ciutadana), o l'escorcoll. El Tribunal Constitucional ha sostingut d'una manera reiterada i amb caràcter general que no hi ha estat intermedi entre la llibertat del ciutadà i la detenció, i que, en conseqüència, és inconstitucional la *retenció*, és a dir aquella privació de llibertat que no va acompanyada dels drets que protegeixen el detingut. Ara bé, també és constant la jurisprudència que considera d'acord amb la Constitució el sotmetiment a la prova del test d'alcoholèmia als conductors de vehicles que circulen per la via pública, puix que l'obligació d'una persona d'anar a les dependències policíiques pel temps estrictament necessari per portar a terme la pràctica d'aquesta diligència, d'acord amb el codi de circulació, no pot ser equiparable amb la privació de llibertat de l'article 17 de la Constitució, encara que no hi hagi cap indicati d'haver-se produït una infracció del codi (Sentència del Tribunal Constitucional 22/1988, de 18 de febrer).

Quant a la privació més o menys momentània de llibertat ambulatoria per raó d'identificació, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha establert, a la sentència de 7 d'octubre de 1991, que "no pot posar-se en dubte la facultat dels cossos i forces de seguretat de l'Estat per a sol·licitar a qualsevol persona que acrediti la seva identitat, perquè així ho imposen els seus deures de protecció del lliure exercici dels drets i llibertats i de garantia de la seguretat ciutadana que proclama l'article 104.1 de la Constitució, però tal atribució s'ha de posar en

consonància amb la prohibició de la detenció no subjecta a les normes dels articles 498 i següents de la Llei d'enjudiciament criminal, i hi ha detenció des del moment que una persona es veu impedida o obstaculitzada per determinar per obra de la seva voluntat una conducta lícita". Aquestes consideracions porten el Tribunal a desestimar el recurs d'apel·lació interposat pel Ministeri Fiscal, contra la sentència absolutòria d'un individu portador de droga amagada que va ser privat de la seva llibertat en funció de conjectures basades en la seva aparença externa. Aquest pronunciament judicial, com d'altres de semblants, han ocasionat una gran polèmica que no és ara el moment de comentar.

#### 4.2. Drets del detingut

Un cop hem aclarit que la detenció ha d'anar acompanyada necessàriament del respecte dels drets del detingut, ara és el moment de veure quins són els drets del detingut que preveu la Constitució i concreta la llei d'enjudiciament criminal. Tots ells responen a la voluntat d'assegurar una informació bàsica al detingut i, sobre ell mateix, a tercers, a protegir la seva declaració o el seu silenci, i a garantir l'assistència tècnica precisa:

1. Dret a ser informat, per qui realitza la detenció, de forma immediata i entenedora, dels fets que se li imputen, de les raons de la detenció, com també dels drets de que gaudeix. Es tracta, òbviament, d'una premissa lògica dels altres drets i una obligació de la policia. En el mateix sentit l'article 6.3 a) del Conveni Europeu de Drets Humans reconeix el dret "a ser informat de la naturalesa i de la causa de l'acusació" i l'article 5.2 estableix l'obligació d'informar "en el termini més breu possible, i en una llengua que compregui, els motius de la seva detenció i qualsevol acusació formulada contra ella".

2. Dret a guardar silenci, a no contestar totes o algunes de les preguntes que se li formulen, o a manifestar que només declararà davant del jutge. En cas de declaració, el dret a no declarar contra si mateix o a no declarar-se culpable. Aquest conjunt de drets pretenen obtenir una declaració sense coaccions.

3. Dret a designar advocat i que aquest assisteixi a les diligències policials i judicials de declaració i intervingui en tot reconeixement

d'identitat. Aquest dret té per objecte evitar la indefensió del detingut, i també la del processat, mitjançant la seva assistència jurídica, i així mateix assegurar que les diligències en què intervé es fan d'acord amb el dret. Els policies no podran fer-li recomanacions sobre l'advocat que pot designar. En cas que no designés advocat, o que el designat no acceptés o no comparegués a les dependències on es trobi el detingut, se n'hauria de nomenar un d'ofici. L'advocat ha d'acudir al centre de la detenció el més ràpidament possible, i en tot cas abans de les vuit hores següents a la comunicació feta al Col·legi d'Advocats. Transcorregut aquest període de temps sense que hi comparegui cap advocat, si el detingut consenteix, es podrà procedir a la pràctica de la declaració o del reconeixement. L'assistència de l'advocat consisteix: a sol·licitar que s'informi el detingut dels seus drets i, també, el seu reconeixement mèdic per tal de comprovar la inexistència de maltractaments; a formular noves preguntes que consideri convenient i a consignar a l'acta les incidències que s'hagin detectat durant la pràctica de les diligències en què ha estat present; i a entrevistar-se reservadament amb el detingut un cop hagin finalitzat les diligències.

Es discuteix entre els juristes el caràcter renunciable o no d'aquest dret, amb les conseqüències que se'n desprenen: la legitimitat o no d'adoptar una posició passiva de no defensa. Segons allò que es dedueix de la llei aquest dret és irrenunciable, sense que pugui ser exclòs per ningú, tampoc per part de la mateixa persona que el posseeix. La llei exceptua d'aquesta regla general el supòsit d'una detenció produïda per la comissió d'un delictes contra la seguretat del trànsit, que per la seva petita transcendència es permet la renúncia voluntària a l'assistència d'advocat.

4. Dret a posar en coneixement del familiar o de la persona que desitgi el fet de la detenció i el lloc on es troba en cada moment de la detenció. Si es tracta d'estrangers tenen dret que es comuniquin aquestes circumstàncies a l'oficina consular del seu Estat. Referint-se a un menor d'edat o incapacitat s'haurà de notificar la detenció als qui n'exerceixen la pàtria potestat, tutela o guarda de fet, i si no es trobessin, al fiscal. Aquest dret d'informació té com a destinataris principals les persones properes al detingut.

5. Dret a l'assistència gratuïta d'intèrpret, quan sigui un estranger que no entén ni parla el castellà. El Tribunal Constitucional ha estès aquesta protecció als espanyols que es troben en una situació idèntica. Efectivament, a la sentència 74/1987, de 25 de maig, s'equipara el tractament que atorga la llei d'enjudiciament criminal als estrangers als ciutadans espanyols "que no coneguin prou el castellà" per tal de no incórrer en indefensió ni en discriminació respecte als estrangers. D'això n'hem de concloure la protecció que l'ordenament jurídic dona als catalanoparlants perquè puguin disposar d'intèrpret gratuït en els interrogatoris. Aquest supòsit té rellevància quan la declaració policíaca té lloc fora del territori de Catalunya i s'aplica a persona que no entén ni parla amb prou fluïdesa el castellà. Els juristes discuteixen sobre la utilització lliure del dret a traductor, sense requerir la condició d'ignorància del castellà. Els qui sostenen aquesta posició ho justifiquen que d'aquesta manera es fa prevaler el dret del ciutadà a declarar amb la llengua en què li sigui més fàcil expressar allò que vol dir sobre el deure que tenen tots els espanyols de conèixer el castellà. Si la declaració es realitza a Catalunya queda protegit el dret del detingut a expressar-se en català d'acord amb les normes reguladores de la utilització del català davant les Administracions Públiques, de les quals formen part els funcionaris policíacs.

6. Dret a ser reconegut per un metge forense, per examinar l'estat físic i psíquic del detingut.

Al costat d'aquests drets, s'han de tenir present altres garanties previstes per la llei d'enjudiciament criminal mentre duri l'interrogatori del detingut, com ara la prohibició d'utilitzar mitjans d'investigació prohibits per la llei (així, tota coacció feta amb la intenció d'obtenir una declaració del detingut, i també altres proporcionats per la medicina: hipnosi o sèrum de la veritat). D'altra banda, hi ha un altre bloc de garanties amb la finalitat de garantir l'espontaneïtat de l'interrogatori: formular preguntes directes i no capcioses, o suspendre l'interrogatori quan el detingut estigui fatigat

#### 4.3. Valor provatori de l'atestat policíac

Tant les declaracions del detingut a l'interrogatori policíac com el resultat de la prova del test d'alcoholèmia continguts a l'atestat policíac

tenen el valor de denúncia del fet que es fa constar i de la persona a la qual se li imputa, requerint-ne la ratificació a l'acte del judici oral per poder ser considerada com una prova. D'aquesta manera es dóna l'oportunitat a l'imputat de contradir a l'acte de la vista el que havia dit a la fase d'investigació, com ha assenyalat el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya a la sentència de 15 de gener de 1991. Segons l'esmentada sentència la convicció judicial en un procés penal s'ha de fundar com a regla general en les proves practicades a l'acte del judici oral per tal de garantir els principis propis del procés penal: oralitat, immediatesa, contradicció i defensa per part de l'acusat, en el període provatori.

Cal precisar, igualment, que els fets obtinguts contra la voluntat del detingut no poden ser valorats pels Tribunals. Segons el Tribunal Constitucional només es produeix indefensió, i per tant la nul·litat de les actuacions, quan el detingut no ha pogut rectificar la seva confessió mitjançant declaració davant el jutge d'instrucció (sentència 94/1983, de 14 de novembre).

Pel que fa al cas concret de la pràctica del test d'alcoholèmia, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya recorda a la sentència de 20 de març de 1991 -d'acord amb la línia jurisprudencial descrita fins ara- que els actes d'investigació (mètodes per mesurar la concentració alcohòlica a la sang) perquè puguin assolir el valor d'autèntica prova processal han de complir, a més de la ratificació en l'acte del judici oral, l'obligació d'informació a l'imputat de les conseqüències desfavorables que li pot portar el sotmetiment als esmentats mètodes, com també del dret a obtenir una anàlisi clínica amb extracció de sang. L'absència d'aquesta informació hauria vulnerat el dret de defensa de l'imputat.

#### 4.4. Situació i drets del detingut sotmès a règim d'incomunicació

Fins ara hem fet referència als drets reconeguts normalment al detingut, mentre dura la detenció. Hi ha, tanmateix, una situació de detenció amb *incomunicació* en què el detingut no gaudeix de tots els drets que s'acaben d'esmentar i altres els manté, però de forma limitada. Abans, però, s'ha de veure quan té lloc la incomunicació i qui la decideix.

Encara que es preveu a la llei general, una interpretació sistemàtica i històrica del precepte que regula la detenció amb incomunicació, condueix a preferir una aplicació restrictiva d'aquest règim de la detenció. Així, cal que una persona sigui detinguda com a participant en un delictes relacionat amb actes de terrorisme o per pertinença o relació amb una banda armada, perquè es pugui sol·licitar del jutge la declaració de la seva incomunicació.

Tal i com passava amb el termini ordinari de la detenció, les regles que regulen la durada de la incomunicació són dues: 1) només haurà de mantenir-se el temps imprescindible per dur a terme les tasques indagatòries relatives al delictes que s'investiga; i 2) en cap cas no podrà excedir els cinc dies. D'aquesta manera s'intenta evitar que el detingut es posi en contacte amb altres persones o desapareguin proves, i es frustri així la investigació policíaca o judicial que s'està realitzant amb el més gran secret per a l'esclariment dels fets delictuosos.

En aquesta situació, el detingut o pres perd el dret a comunicar la detenció a ningú; altrament, no podrà trametre ni rebre correspondència sense l'autorització del jutge instructor, assabentat del seu contingut, i tampoc podrà entrevistar-se amb l'advocat d'ofici un cop practicades les diligències en què aquest hagi intervingut. Conserva el dret a la defensa d'advocat, tot i que necessàriament haurà d'exercir-lo per mitjà d'un lletrat designat d'ofici, la qual cosa és contrària al principi general de lliure elecció d'advocat. El Tribunal Constitucional, en la sentència 196/1987, d'11 de desembre, ho ha justificat argumentant que en el dret del detingut (però no del processat, mentre dura el procés, a què es refereix l'article 24.2 de la Constitució) a l'assistència lletrada no es tracta tant d'assegurar una relació de confiança entre el detingut i l'advocat, sinó l'efectivitat objectiva de la defensa lletrada, la qual pot realitzar qualsevol advocat, a diferència del que passa amb el processat, que sí que té dret a la defensa de l'advocat lliurement escollit per ell mateix. D'altra banda, la incomunicació no afecta els drets a ser informat de les causes de la detenció i dels drets del detingut, ni tampoc el dret a no declarar, que es mantenen.

## 5. El procediment d'*Habeas Corpus*

La Constitució preveu el procediment d'*habeas corpus* "per tal de posar immediatament a disposició judicial tota persona detinguda il.legalment" (article 17.4). Aquesta antiquíssima institució d'origen anglosaxó està relacionada amb la protecció de la llibertat personal dels individus enfront de les arbitrietats realitzades per agents del poder públic.

*Habeas corpus*, significa literalment "tingui el cos", o el que d'una manera més precisa s'acostuma a assenyalar: compareixença del detingut davant del jutge d'instrucció del lloc on es troba la persona privada de llibertat, per exposar-li les condicions i les causes il.legals en què s'ha produït la detenció, per tal que el jutge es pronunciï sobre la seva conformitat o no amb l'ordenament jurídic i, en cas de no ser-ho, decideixi sobre la seva posada en llibertat, el manteniment de la situació privativa de llibertat però respectant els requisits legals, o la posada a disposició judicial si ha transcorregut el temps màxim de la detenció. Per aconseguir els seus objectius, la llei orgànica reguladora del procediment d'*habeas corpus* estableix un procediment judicial ràpid, que no pot durar més de 24 hores -en què no cal la intervenció d'advocat- sense formalismes de cap mena; i de cognició limitada: exclusivament enfocat per a supòsits de detenció de persones no justificats legalment o que es produeixin en condicions il.legals, és a dir al marge dels requisits que s'han anat descrivint fins ara. Igualment, es pot utilitzar aquest procediment en detencions o condemnes que, tot i ser legals, es perllonguen més enllà del temps previst a la llei.

La llei esmentada preveu un ampli nombre de persones legitimades per instar aquest procediment, que comprèn des del qui ha estat privat de llibertat i els seus familiars fins al Ministeri Fiscal, el Defensor del Poble i el mateix jutge competent que pot actuar d'ofici.



