

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho procesal.
Universidad de Sevilla*

Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. INTROMISIONES EN EL AMBITO DE LOS DERECHOS PERSONALES Y POLITICOS: 1. Medidas de investigación penal que pueden afectar al derecho a la integridad física o moral: A) Las intervenciones corporales. B) Las pruebas de alcoholemia: a) Las pruebas de alcoholemia y el derecho a la integridad física. b) Las pruebas de alcoholemia y otros derechos fundamentales. 2. Medidas relativas a la libertad personal. Garantías: A) La retención policial. B) La detención. C) La prisión provisional: a) La duración de la prisión provisional. b) Indemnización en caso de prisión provisional injusta. c) La prisión provisional y el derecho de sufragio pasivo. 3. Medidas relativas al secreto de las comunicaciones. Las intervenciones telefónicas. III. LA DEFENSA EN LA INVESTIGACION PENAL: 1. El derecho a la imparcialidad del juzgador. 2. El valor probatorio de las diligencias policiales. 3. Los derechos del detenido: A) El derecho a ser informado. B) El derecho a la asistencia de abogado.

I. INTRODUCCION

El tema sobre el que versa esta ponencia, «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», puede ciertamente plantearse desde distintas perspectivas, por lo que resulta im prescindible llevar a cabo una previa delimitación de nuestro análisis y fijar una línea de trabajo que permita sin dificultad seguir el hilo conductor de la exposición para conocer finalmente cómo resultan garantizados los derechos fundamentales en el ámbito de una investigación penal o, dicho de otro modo, hasta qué punto pueden considerarse legítimas las intromisiones en la esfera protegida por los derechos fundamentales con motivo de una investigación penal; en definitiva, la cara y la cruz de una misma realidad, que se traduce en una ponderación de los intereses protegidos en la medida en que entran en conflicto: la preservación de los derechos fundamentales de la persona y la defensa de la sociedad que exige la sanción de las conductas delictivas.

Como bien podrá apreciarse desde el primer momento he querido ceñirme exclusivamente al ámbito de los que nuestra Constitución denomina *derechos fundamentales y libertades públicas* (sección 1.ª del capítulo II), dejando a un lado otros derechos y libertades, reconocidos también por la Constitución en otros pasajes, con unos mecanismos de protección menos rigurosos, pero que también podrían entrar en cuestión en el curso de una investigación sobre hechos presuntamente delictivos ¹.

Puede decirse que la investigación penal la constituyen aquellas diligencias practicadas por las autoridades competentes al objeto de lograr tanto el adecuado esclarecimiento de unos hechos que revisten caracteres de delito y de las circunstancias en que se produjeron (de aquí que su punto de partida sea el conocimiento de una *notitia criminis*) como el aseguramiento de la persona que aparezca como autor responsable de los mismos, del cuerpo del delito, piezas de convicción y de la responsabilidad civil derivada de los hechos que se persiguen, propendiendo, por tanto, a una correcta actividad enjuiciadora.

Se trata así de una serie de diligencias de carácter instrumental y previas al verdadero proceso penal, encaminadas a posibilitar una eventual celebración del juicio, precisamente cuando de su resultado se desprenda la comisión de un hecho delictivo y se hayan podido obtener los elementos de convicción suficientes para basar la acusación. Tales diligencias pueden ser realizadas bien por iniciativa de las autoridades gubernativas (por la policía judicial esencialmente), bien por orden de la autoridad judicial; es de rigor sentar esta distinción desde un principio, ya que el régimen jurídico de ambas difiere de un modo sensible.

Es claro que pueden producirse en el decurso de una investigación penal, y por parte de quienes la tienen legalmente encomendada, intromisiones en el ámbito propio de ciertos derechos fundamentales, como la integridad física, la libertad individual, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (arts. 15, 17 y 18 de la Constitución). Estos derechos fundamentales —integrados en la categoría de los llamados *derechos personales* ²— se habrían de encuadrar dentro del *status libertatis* en la conocida clasificación de JELLINEK ³, lo que, de una parte, supone el reconocimiento de una esfera de libertad para los ciudadanos y, al propio tiempo, desde la perspectiva de los poderes públicos, exige la garantía de su respeto, impidiendo la intromisión estatal en ella; serían los que son llamados *derechos reaccionales* (Abwehrrechte).

Pero junto a estos derechos fundamentales se situarían otros, los *derechos civiles*, que corresponden al *status civitatis*, de contenido positivo en cuanto con ellos viene a reconocerse a los ciudadanos el ejercicio de pretensiones encaminadas a recabar la tutela de sus derechos frente al Estado.

¹ Sobre el concepto de derechos fundamentales, cfr., por todos, PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.; ídem, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984, *passim*.

² Cfr. para la clasificación entre derechos personales, derechos civiles y derechos políticos PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 174 y ss.

³ Cfr. JELLINEK, *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, reimp. de la 2.ª ed. de 1919, Aalen, 1964, pp. 94 y ss.

Considero que la mencionada distinción respecto de los derechos fundamentales puede ser enormemente clarificadora para el tema que nos ocupa, sobre todo por centrar el acento en el carácter negativo que se aprecia en los primeros al constituir un núcleo que no admite la injerencia del Estado, en tanto que los derechos civiles se ejercen precisamente frente a él, siendo, en consecuencia, de signo contrario. En el primer caso habrá que preguntarse hasta dónde y en qué supuestos serían legítimas las intromisiones o el «recorte» en el ejercicio de aquellos derechos fundamentales, fijando con precisión sus límites como consecuencia de diligencias de investigación penales; en el segundo caso, por el contrario, será preciso indagar en qué medida su pleno ejercicio se garantiza adecuada y plenamente por el ordenamiento jurídico.

Fácilmente se advierte en cuanto se acaba de decir la amplitud del tema que me corresponde exponer. No puedo pretender, por consiguiente, en el espacio de que dispongo, agotar la materia, estudiando en profundidad todos y cada uno de los derechos que pueden entrar en juego en una investigación penal, porque esa problemática escaparía incluso del ámbito fijado para las presentes Jornadas de estudio; pero, en cambio, tal vez resulte útil en esta sede intentar una sistematización del tema propuesto, fijando la atención, además, por un lado, en la incidencia de algunas diligencias de investigación sobre hechos presuntamente delictivos en determinados derechos fundamentales y, por otro lado, en la salvaguardia de la defensa, de los derechos procesales constitucionalizados particularmente en el artículo 24.

El método de exposición que he preferido seguir en este trabajo, partiendo de los dos tipos de derechos fundamentales que se pueden ver afectados pasivamente o potenciados activamente en el marco de una investigación penal, tanto en diligencias policiales como judiciales, ha sido el de analizar —en relación con los derechos personales y políticos— determinadas medidas coercitivas que pueden practicarse; respecto de los llamados derechos civiles se intentan analizar algunas de las garantías procesales reconocidas en la fase de la investigación, anterior al juicio y preordenada a él.

Finalmente, ha de advertirse en esta introducción que el estudio se ha realizado sin pretensión de una exhaustividad de todo punto incompatible con la razonable extensión de un análisis como el que aquí se intenta.

II. INTROMISIONES EN EL AMBITO DE LOS DERECHOS PERSONALES Y POLITICOS

Hay que convenir, a mi juicio, en que el problema de las garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal, desde el punto de vista de los derechos a que ahora se hace referencia, se inscribe en el campo de tensión existente entre el deber de los poderes públicos de realizar una eficaz represión de las conductas que llevan aparejado un reproche penal y, como antes se dijo, la protección que de tales derechos debe dispensar el Estado.

Para servir provechosamente los objetivos que están llamadas a cumplir las diligencias de investigación penal —tanto policiales como judiciales— con frecuencia resulta imprescindible llevar a efecto intromisiones más o menos

intensas en la esfera propia de los derechos fundamentales personales o políticos, con el consiguiente recorte de su ámbito de protección.

Ante esta eventualidad deben ponderarse los intereses en conflicto: el interés social en la persecución de los delitos y el interés individual en mantener en toda su amplitud y extensión los derechos y libertades que la Constitución reconoce; del resultado de dicha confrontación aparecerá la legitimidad de la medida o diligencia que se pretenda realizar o, por el contrario, su falta de ajuste con las disposiciones del texto fundamental.

En definitiva, partiendo de que los derechos fundamentales no aparecen reconocidos por lo general con carácter absoluto, la cuestión queda centrada en un problema de límites de la actividad estatal y de garantías para el ciudadano en el modo de proceder por las autoridades competentes para la práctica de investigaciones sobre hechos presuntamente delictivos. Por tanto, a la luz del reconocimiento constitucional de ciertos derechos fundamentales y al objeto de garantizar con la mayor amplitud posible su goce, se pretende examinar algunas medidas que suponen o pueden suponer una intromisión en uno o varios de ellos, para considerar su legitimidad, el modo en que han de practicarse y la procedencia de su mantenimiento.

1. MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN PENAL QUE PUEDEN AFECTAR AL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA O MORAL ⁴

Interesa destacar en primer término a propósito de esta problemática que el reconocimiento constitucional del derecho «a la vida y a la integridad física y moral» (art. 15 de la Constitución) se hace con carácter riguroso, sin establecer límite alguno el legislador constituyente.

Pero además, en el problema que nos ocupa, el propio artículo 15 de la Constitución contiene la *prohibición absoluta de la tortura y de los tratos humanos o degradantes* («en ningún caso», dice este precepto). Tal prohibición supone la ilicitud de todo tipo de conductas o normas que impliquen o permitan una actuación de este corte por parte de cualquier poder del Estado. Ni las autoridades administrativas ni los órganos jurisdiccionales —a los que se reconoce la injerencia en la esfera propia de otros derechos fundamentales— pueden limitar el ámbito específico de los que aquí se consideran; pero tampoco puede hacerlo el legislador, a quien, debiendo respetar en todo caso su contenido esencial, no le es dado ni suspender los derechos consagrados en el artículo 15 (cosa que no prevé el art. 55), ni tampoco promulgar normas que puedan favorecer su violación.

Dejando a un lado el estado de cosas durante el anterior régimen franquista, en el que se llegaron a utilizar con profusión las torturas (al igual que sucede por lo común en regímenes dictatoriales), la joven democracia española ha sufrido con demasiada frecuencia dentro y fuera de nuestras fronte-

⁴ Sobre el concepto cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, en *Comentarios a las leyes políticas* (dirigida por Alzaga), t. II, Madrid, 1984, pp. 316-317, como «incolumidad» (*Unversehrtheit*) o —podíamos decir nosotros— «integridad personal». Cfr. también TORIO, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Poder Judicial*, núm. 4 (2.ª época), pp. 69 y ss.

ras denuncias por la práctica de torturas en las dependencias de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, aunque parece que por fortuna tales denuncias han ido remitiendo ⁵.

Como bien se ha dicho, «el derecho a la integridad física y moral es efectivo contra todos, pero por razones evidentes su aplicación práctica fundamental hace referencia a actividades de los poderes públicos tendentes al esclarecimiento de los delitos o demás hechos perseguibles» y «es en estas ocasiones donde la indefensión del ciudadano es más notoria, y donde más vulnerables son las integridades física y moral» ⁶.

Naturalmente, la vulneración de estos derechos, por el artículo 15 de la Constitución reconocidos, encuentra una oportuna sanción en el artículo 204 bis del Código Penal, introducido por la Ley 31/1978, de 17 de julio, que castiga tanto el homicidio, la lesiones y las amenazas o coacciones que cometa cualquier autoridad o funcionario público en el curso de una investigación penal y con el fin de obtener una confesión o testimonio (párrafo primero) como el sometimiento del interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad (párrafo cuarto) ⁷.

A) *Las intervenciones corporales*

Cabe poner en cuestión, efectivamente, la licitud, desde la perspectiva constitucional, de la adopción de medidas que supongan una investigación o intervención corporal de cualquier ciudadano con ocasión de diligencias policiales o judiciales de indagación sobre hechos presuntamente delictivos, por atentar contra el derecho a la integridad física o moral. Entre estas medidas coercitivas pueden citarse las extracciones de sangre, los reconocimientos psiquiátricos, el sometimiento a narcoanálisis, a estados hipnóticos, al llamado suero de la verdad o al detector de mentiras (*lie detector*) ⁸, o la práctica de encefalografías o de tactos vaginales o rectales.

⁵ Cfr. a este propósito los Informes de Amnistía Internacional (Madrid, 1984, y Fuenlabrada, 1985), así como el Informe de la propia organización titulado *Tortura*, Madrid, 1984, donde se afirma que en tal año «la tortura y el maltrato de detenidos fueron continuos». España, por su parte, firmó el 5 de febrero de 1985 la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. En todo caso se trata de una inaplazable asunción real y efectiva —no sólo formal— por parte de quienes integran los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de los principios y valores constitucionales. Hay que recordar que se producen violaciones al artículo 3.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de sometimiento a tratos inhumanos o degradantes) por la aplicación de las llamadas «cinco técnicas», según reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Irlanda contra el Reino Unido (Sentencia de 18 de enero de 1978, TEDH-19): «colocación de pie contra una pared», «encapuchar», «ruido», «falta de sueño» y «falta de alimento sólido y líquido».

⁶ GARCÍA MORILLO, en *El régimen constitucional español* (ed. de Esteban y López Guerra), vol. 1, Madrid, 1980, p. 144.

⁷ Con mejoras en la redacción, se tipifican penalmente estas conductas en la *Propuesta de Anteproyecto de Código Penal* de 1983 (art. 562), suprimiendo la referencia al «fin de obtener una confesión o testimonio», modificando la expresión «en el curso de la investigación policial o judicial» por la de «en el curso o con ocasión de una investigación policial o judicial» y sustituyendo «procedimientos que le intimiden» por «tratos intimidatorios».

⁸ Sobre este problema cfr. GULOTTA, *Psicoanalisi e responsabilità*, Milán, 1973; BOUZAT, «La loyauté dans la recherche des preuves», en *Problèmes contemporains de procédure pénale*, París, 1964, pp. 155 y ss., donde se pronuncia en contra de la utilización de tales medios; tanto por resultar atentatorios a los derechos de la persona cuanto por la propia dignidad de la justicia debe erradicarse el empleo de las provocaciones policiales y de los subterfugios o engaños, con las miras puestas en la legalidad probatoria. Incluso no ha fal-

Creo que en todo caso deben reputarse ilícitas, por vulnerar el derecho constitucional a la integridad personal, todas las *medidas coercitivas* que supongan una intromisión, bien en las funciones físicas —en sentido amplio— de una persona o en su psique, practicadas en contra de la voluntad del individuo o sin haberse sometido voluntariamente a ellas cuando se encuentre en condiciones de manifestarse, por cuanto aquel derecho prima sobre cualquier investigación penal que haya de realizarse (el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de julio de 1966 consideró bien denegada una prueba consistente en un análisis de sangre «porque no existe precepto alguno que apoye la exigencia de dicha prueba» y «por ser necesario para su realización contar con el consentimiento de los interesados»).

En tales supuestos —además de merecer la conducta el oportuno reproche penal, que debiera exigirse con todo rigor, olvidando que en muchas ocasiones el éxito de la justicia penal depende de la actividad policial— parece lógico convenir en que nos encontraríamos ante diligencias de averiguación, o medios de prueba eventualmente incorporados luego al proceso, que fueron obtenidos de forma ilícita, lo que llevaría aparejada su radical nulidad, no pudiendo ser utilizadas por el juzgador en la Sentencia (recuérdese la conocida doctrina norteamericana del fruto del árbol envenenado —*fruit of the poisonous tree doctrine*—)⁹.

Pero, además del citado reproche penal y la nulidad de los medios probatorios obtenidos con vulneración de los derechos fundamentales, es claro que respecto de las medidas de coerción consistentes en inspecciones corporales puede impetrarse como garantía del derecho a la integridad física y moral (máxime si se consideran como tratos inhumanos o degradantes) un procedimiento de «hábeas corpus», caso de producirse intromisiones ilegítimas en este derecho fundamental durante las investigaciones policiales, al considerarse como personas ilegalmente detenidas «las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida» [art. 1.ª) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del «hábeas corpus»]¹⁰.

tado quien, como DENTI, «Cientificidad de la prueba y libre valoración del juez», en *Estudios de Derecho probatorio* (trad. cast.), Buenos Aires, 1974, pp. 268 y ss., equipara estos métodos a la tortura judicial. Cfr. entre nosotros VAZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, pp. 153 y ss.

⁹ En el tratamiento de los medios de prueba ilícitamente obtenidos se han sustentado dos posturas divergentes. La primera, partiendo del carácter público del proceso y del fin público que persigue, se manifiesta en favor de la relevancia probatoria de la prueba ilícita: el medio de prueba deber ser tenido en cuenta por el juzgador con independencia de la forma en que fue obtenido (CUASP, PRIETO CASTRO). La segunda postura propugna su inadmisibilidad o, caso de acreditarse con posterioridad su ilicitud, la privación de eficacia probatoria a los medios de prueba así obtenidos. En la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional señala que los derechos fundamentales, dada su inviolabilidad, se «resisten» frente a la prueba ilícita, siendo radicalmente nulo todo acto que viole las situaciones jurídicas reconocidas en los artículos 14 a 29 del texto constitucional, sin que pueda concederse efectividad a las contravenciones de estos derechos fundamentales (el *deterrent effect* que propugna la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). «En realidad —se sigue diciendo en el mismo FJ 4— el problema de la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfija siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.»

¹⁰ Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta garantía, cfr. esencialmente GIMENO, *El proceso de «hábeas corpus»*, Madrid, 1985, p. 71.

Esta garantía, sin embargo, no se hace extensible a las violaciones que puedan producirse en sede judicial. La persona que contra su voluntad se vea sometida por orden o con autorización judicial (a presencia de ésta o no) a intervenciones corporales o psíquicas, cuya práctica sea determinante de tratos inhumanos o degradantes, sólo tendrá en su mano la utilización de los recursos ordinarios contra la resolución en que se acuerde o autorice. Luego de haberlas padecido —eso sí— podrá ejercer la acción penal por la perpetración de alguno de los tipos del artículo 204 bis del Código Penal; acudir en amparo por violación del derecho reconocido en el artículo 15 del texto fundamental ante el Tribunal Constitucional, o presentar una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por violación del artículo 3.º del Convenio, cuando haya sido sometida a torturas o tratos inhumanos o degradantes.

De todas formas, y aun cuando en la actualidad no venga previsto legalmente, parece conveniente abordar una modificación legislativa que permita a los órganos jurisdiccionales —y sólo a ellos— ordenar la práctica de intervenciones corporales en la persona de los inculcados, siempre que, en primer lugar, sean conducentes a los fines de la investigación penal; en segundo término, que no impliquen un trato inhumano o degradante; en tercer lugar, que se practiquen por personal cualificado (generalmente sanitario) y con las garantías suficientes, y, en último término, que tales intervenciones en ningún caso puedan poner en peligro la vida o la salud del intervenido.

Algo más problemático se presenta discernir sobre la virtualidad del *consentimiento* del sujeto para someterse a tales indagaciones, aunque cabe sostener la licitud de las exploraciones a que voluntariamente se presente una persona siempre que no se traduzcan en tratos degradantes y naturalmente sean *conducentes* a los fines de la investigación penal que se estuviera siguiendo; esto es, al consistir las aludidas exploraciones en prácticas periciales, hay que exigir a quien las realice el escrupuloso respeto en todo caso a la dignidad de la persona.

Lo que se acaba de decir naturalmente no afecta a la consideración que merezca al órgano jurisdiccional la admisibilidad y pertinencia de la intervención corporal propuesta por el propio inculcado y a la que *sua sponte* pretenda someterse, o la valoración de su resultado, habida cuenta del criterio de libre apreciación de los medios probatorios que rige en el proceso penal español, según el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹¹.

B) *Las pruebas de alcoholemia*

La tipificación como delito contra la seguridad del tráfico de la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes [art. 340 bis.a).1.º del Código Penal] y el considerable aumento de accidentes de tráfico a consecuencia de la conducción

¹¹ Por tal motivo resulta correcta la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982, denegando la proposición del acusado de someterse a confesión bajo los efectos del pentothal sódico.

en ese estado han propiciado la puesta en funcionamiento, en época relativamente reciente, de aparatos para medir el grado de impregnación etílica en sangre de los conductores y las consiguientes normas de rango reglamentario sobre las pruebas encaminadas a determinar la tasa de alcoholemia (Orden de 29 de julio de 1981).

La actual situación normativa ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional ¹² [hasta ahora tanto el Tribunal Supremo —en Sentencias de 2 de marzo de 1974, 27 de abril de 1977 y 18 de noviembre de 1980— como las Audiencias Provinciales —verbigracia, Sentencias de 3 de noviembre de 1979 (Jaén), de 26 de marzo de 1979 (Oviedo), de 6 de septiembre de 1980 (Cádiz) o de 10 de mayo de 1982 (Lérida)— habían desconocido de forma sistemática la problemática que estos exámenes podían llevar aneja] al haberse cuestionado la vulneración de diversos derechos fundamentales como consecuencia de la práctica de los test de alcoholemia tal y como aparecen regulados, lo que, por tratarse de un problema general y bien conocido, da pie para exponer aquí algunas ideas sobre este particular.

a) *Las pruebas de alcoholemia y el derecho a la integridad física*

La aludida Orden Ministerial de 29 de julio de 1981 previene el *obligatorio sometimiento* a las pruebas de detección alcohólica para «todo usuario de la vía, sea o no conductor, que se encuentre implicado directamente en un accidente de tráfico», «sea denunciado por una de las infracciones recogidas en el artículo 289.I del Código de la Circulación, presente síntomas evidentes de embriaguez» o «cuando sea requerido al efecto por la Autoridad o sus Agentes dentro del programa de controles preventivos de alcoholemia» (art. 1.º de la citada Orden Ministerial). Sin embargo, la negativa a someterse a tal prueba sólo puede generar una sanción administrativa, porque nadie puede ser compelido con *vis* física a la verificación de estos tipos de análisis (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3).

De las anteriores consideraciones se infiere de forma clara que las pruebas de alcoholemia tienen carácter voluntario para el conductor, si bien las autoridades o agentes no advierten por lo general de dicho carácter y de las consecuencias de su negativa a quienes someten a tales análisis. Por más que el Tribunal Constitucional ¹³ entienda que dicha falta de información no constituye vulneración alguna del derecho reconocido en el artículo 17.3 de la Constitución —lo que puede ser discutible— debería ordenarse a los agentes que instruyeran a los conductores y usuarios de las vías públicas sobre el ca-

¹² Cfr. Una exposición sistemática de las sentencias en LORENTE HURTADO, «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional», en *Poder Judicial*, núm. 1 (2.ª época), pp. 59 y ss.; *vid.*, por todos, ASENCIO MELLADO, «Los métodos alcoholimétricos en la jurisprudencia constitucional (Comentario a las Sentencias de 3, 4, 28 y 30 de octubre de 1985)», en *La Ley*, 18 de abril de 1986.

¹³ En la Sentencia 107/1985, FJ 3, citada en el texto, se señala que el demandante de amparo «tampoco ostentaba derecho fundamental alguno el hoy demandante... a que se le indicara expresamente por los agentes el fin al que se encaminaba la práctica de la prueba, alegato éste que parece basarse en un inexistente derecho a la ignorancia del ordenamiento». Sobre este punto considera GIMENO, «Valor probatorio de los métodos alcoholimétricos», en *La Ley*, 6 de noviembre de 1984, que habría de imponerse un deber de información de las consecuencias de la práctica de tales métodos.

rácter facultativo de las pruebas o test de alcoholemia, sin perjuicio de poderles invitar a que se sometan a ellos.

En todo caso, si resulta que la impregnación alcohólica en sangre es superior a 0,8 gramos por mil centímetros cúbicos, el interesado puede exigir una segunda prueba con aparato de precisión, y a contrastar los resultados obtenidos con análisis clínicos en un centro sanitario próximo al lugar de la «detención» (*sic*) (art. 4.º de la Orden Ministerial de 29 de julio de 1981).

Desde la perspectiva en que aquí se aborda esta pericia extrajudicial —incidencia de la prueba sobre el derecho a la integridad física—, puede decirse que su utilización carece de relevancia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por la razón apuntada de la voluntariedad de los análisis como si se tiene en cuenta que los test alcoholimétricos «serán siempre mediante aparatos de detección alcohólica del aire espirado» (art. 2.º de la Orden Ministerial), de tal forma que la práctica de esta prueba no supone intervención corporal alguna.

A diferencia de lo que sucede en Derecho español, en donde los análisis clínicos (mediante la extracción de sangre) sólo tienen lugar a solicitud del interesado para poder contrastar su resultado con el que se hubiera obtenido de la medición con un aparato de precisión (art. 4.º de esta Orden Ministerial), en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos el conductor puede ser compelido lícitamente a someterse a un análisis de sangre.

Teniendo en cuenta que con la práctica de tales pruebas clínicas (sobre todo en caso de accidente de tráfico o cuando el conductor muestre señales evidentes de embriaguez) se produce en realidad una insignificante intervención corporal —que se realiza precisamente para garantizar el derecho a la vida y a la integridad física de los demás usuarios de las vías públicas—, no surgirían obstáculos de relieve constitucional en caso de que el legislador español decidiera instituir el deber de soportar análisis de sangre para comprobar el grado de impregnación etílica, siempre que éstos fueran ordenados por la autoridad judicial, incluyendo el oportuno precepto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ¹⁴.

b) *Las pruebas de alcoholemia y otros derechos fundamentales*

Sentando que las pruebas de medición del grado de impregnación alcohólica en sangre no suponen un atentado contra el derecho fundamental a la integridad física o moral en razón de los intereses que podían entrar en conflicto, claro es que para su práctica se precisa la paralización del vehículo, privando de la libertad ambulatoria al conductor y a los ocupantes del mismo por un espacio de tiempo más o menos breve, pudiendo cuestionarse la eventual vulneración del derecho reconocido en el artículo 17 de la Constitución.

A este propósito la ya citada Sentencia 107/1985, del Tribunal Constitucional, señala que no puede considerarse en situación de detención «quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido

¹⁴ De esta opinión es también GIMENO, «Valor probatorio de los métodos alcoholimétricos», cit., p. 2.

queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto» ni la prueba «exorbita en sí las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el artículo 492.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba que se considere supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la seguridad del tránsito» (artículo 1.º *in fine* de la Orden de 29 de junio de 1981). Se entiende que la verificación misma de las pruebas «no configura el supuesto de “detención”... ni ha de rodearse, por ello, de unas garantías llamadas a tutelar una situación bien distinta y que, por lo demás, resultarían de satisfacción harto difícil en un caso como el que se considera»; entendiéndose que «sólo a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado puede hablarse en rigor de detención».

No puede olvidarse que, de seguirse la doctrina sentada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión 8278/1978, de 13 de diciembre de 1979, contra Austria, donde se afirma que si bien una intervención tan nimia como un análisis de sangre no supone una injerencia prohibida por el Convenio (art. 2.1), «la ejecución forzosa de un examen de sangre constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración».

Esta doctrina, recogida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 103/1985, de 4 de octubre, habría de considerarse formulada, como dice LORENTE, «a reserva de los supuestos de requerimiento forzoso frente a la negativa de detección, en las cuales debería deslindar caso por caso si nos encontramos ante una auténtica privación de libertad»¹⁵.

La solución sólo puede hallarse ponderando la efectiva restricción que la prueba de alcoholemia implica a la libertad de movimientos del sometido a ella, y preciso es convenir en que ciertamente no es una grave injerencia en la esfera del derecho a la libertad; pero por más que se trate de una intromisión banal, en todo caso se precisaría de una *norma habilitante*, con rango de ley, para su lícita realización.

De otra parte, al practicarse los referidos test como diligencias policiales, para el caso de que deban surtir efectos en un futuro proceso penal, cabe plantear la posible vulneración del derecho de defensa entendido en sentido amplio y, por tanto, la validez de su utilización como prueba en una sentencia condenatoria, de lo que nos ocuparemos más adelante.

¹⁵ LORENTE HURTADO, «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional», cit., pp. 63 y 65.

2. MEDIDAS RELATIVAS A LA LIBERTAD PERSONAL. GARANTÍAS

La Constitución comienza propugnando en su artículo 1.1 como el primero de los valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad. La importancia capital de la libertad en una sociedad democrática llevó al propio legislador constituyente a la atribución a los poderes públicos del deber de promover en primer término las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2).

El término libertad es ciertamente multívoco, y pueden comprenderse en el concepto todo el cúmulo de atributos inherentes a la persona humana para su completa realización, entendidos según el estadio de la civilización y el modelo de sociedad en que actualmente vivimos; así puede hablarse de libertad de pensamiento, de cátedra, de información, de expresión, etc.

Exclusivamente se hace ahora referencia a la forma más primaria de libertad: a la libertad ambulatoria o de movimientos; a la libertad personal, reconocida como derecho fundamental en el artículo 17.1 de la Constitución en fórmula idéntica a la del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 5.1): «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad». Y el análisis se aborda no desde la perspectiva de su goce, sino justamente desde las restricciones que en él se pueden operar como consecuencia de una investigación penal.

La libertad se valora en nuestra Constitución hasta el punto de establecer un mecanismo específico de protección contra su ilegal privación: el procedimiento de «hábeas corpus», para lograr la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial de toda persona detenida ilegalmente (art. 17.4)¹⁶, sustrayendo así al detenido de la custodia de quien le mantenía privado de libertad.

Por lo general se tratará de autoridades gubernativas, y en relación con sus funciones de policía criminal, tendentes a la prevención y castigo de la delincuencia, aunque la Ley que regula este procedimiento se extiende también a los casos de detenciones realizadas por particulares y al internamiento en cualquier lugar o establecimiento (en el Reino Unido, de donde procede esta garantía, se extendió, ya en 1816, a las relaciones de Derecho privado). Sin profundizar en el estudio de este procedimiento, tal vez fuera oportuno recordar que, como manifiesta DICEY, el «hábeas corpus» ha logrado en el campo de la tutela de la libertad de los ciudadano británicos mucho más que hubiera podido conseguir una solemne «Declaración de derechos» como la proclamada en Francia tras la gran Revolución¹⁷.

¹⁶ Sobre el procedimiento de «hábeas corpus», cfr. esencialmente GIMENO, *El proceso de «hábeas corpus»*, cit., y SORIANO, *El derecho de hábeas corpus*, Madrid, 1986.

¹⁷ DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9.ª ed., Londres, 1949, p. 221.

A) *La retención policial*

Teniendo presentes las anteriores consideraciones, era obligada la norma que sigue en el artículo 17.1 de la Constitución: «nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

De esta forma el precepto constitucional invoca y exige la vigencia de un estricto principio de legalidad (ley formal, que el artículo 81.1 previene de carácter orgánico) para la privación de libertad de toda persona. Al ser éste el marco legal dentro del que se puede desenvolver cualquier intromisión en la esfera de la libertad, debe llamarse la atención sobre la viciosa práctica policial de la retención, figura ajena por completo al texto de la Constitución y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La retención policial consiste en la pura y simple privación de libertad de una persona, generalmente para proceder a su identificación, diligencia que en no pocas ocasiones suele prolongarse durante bastantes horas. No cabe seriamente poner en duda que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado tienen la facultad de solicitar a cualquier persona que acredite su identidad como consecuencia de sus deberes constitucionales de protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y garantía de la seguridad ciudadana (art. 104.1), y ese sometimiento a las normas de policía no puede reputarse ilegítimo, del mismo modo que tampoco podría calificarse así el sometimiento del conductor de un vehículo a una prueba de alcoholemia¹⁸, siempre que existiera una norma habilitante según se ha dicho.

Tales consideraciones, sin embargo, no pueden hacerse extensivas a la figura de la retención de una persona en los casos en que se dilata largo tiempo, so pretexto de ser identificada; y ello es así porque entonces estamos ante una verdadera y propia detención, que debe tanto responder a los fines como arroparse de todas las garantías prevenidas en la Constitución.

En efecto, ni se intenta esclarecer otro hecho que la personalidad del retenido, que carece de significación penal, ni se le informa de sus derechos, ni se garantiza la asistencia de un abogado durante el tiempo que dura la privación de libertad.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe la detención por simples faltas, «a no ser que el presunto reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle» (art. 495). En la detención por delitos menos graves fija como presupuesto para su licitud que el agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho delictivo y en la participación de la persona que intente detener (art. 492.4).

De este modo deben reputarse ilegítimas, a la luz de las normas vigentes, todas las retenciones policiales que vayan más en un establecimiento abierto

¹⁸ Cfr. sobre ello la doctrina sentada en la Sentencia 107/1985, de 7 de octubre, del Tribunal Constitucional, a propósito de las pruebas de alcoholemia (FJ 3), donde se dice que la Comprobación «por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico».

al público, por vulnerar el derecho a la libertad personal, cuando no respondan a una diligencia de investigación policial por hechos presuntamente delictivos (o se deba proceder al internamiento del individuo en un centro sanitario a causa de unos manifiestos signos de enfermedad física o psíquica, para su oportuno tratamiento). Si el ciudadano manifiesta carecer de documentos que le identifiquen a satisfacción del agente de policía, éste no dispone de los medios precisos para indentificarlo en el acto y no existen motivos para considerarle partícipe en la comisión de un hecho delictivo, la única solución posible, desde la perspectiva constitucional y a falta de una ley habilitante que lo permita expresamente, no pueda ser otra que la de dejarle seguir su camino libremente.

B) *La detención*

La detención, junto con la prisión provisional, suponen las dos más graves intromisiones que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin mediar todavía una sentencia judicial firme que la justifique, privando absolutamente de su libertad ambulatoria a la persona sometida a alguna de estas medidas.

Esta privación de libertad, que precisamente se viene a justificar en el texto constitucional para la realización de averiguaciones con ocasión de una investigación penal —que son los casos previstos en la ley, según la remisión del art. 17.1 de la Constitución— y lograr a través de ella una eficaz persecución de hechos delictivos (art. 17.2). Es decir, la detención debe responder escrupulosamente a las finalidades que les son propias, porque (como bien se dispone tanto en el art. 9.1 del Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966, sobre derechos civiles y políticos, como en el art. 9.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) nadie podrá ser sometido a detención *arbitraria*. Esta norma es de fundamental importancia y su infracción supondría la comisión de un delito de detención ilegal (arts. 184 y 483 del Código Penal), se practique tanto por cualquier ciudadano como por autoridades gubernativas, a quienes va destinado el precepto, o por orden de la propia autoridad judicial (arts. 490, 492 y 497 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En razón haber estudiado con cierta amplitud hace algún tiempo tanto la detención como la prisión provisional, creo ahora preferible centrar la atención sólo sobre algún extremo concreto de esta medida en razón de su importancia o actualidad¹⁹.

Quisiera hacer hincapié, en primer lugar, en el «plazo de duración de la detención» que se fija en el artículo 17.2 del texto constitucional en los siguientes términos: «la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial».

¹⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, «La prisión provisional en el Derecho español», en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 339 a 431.

Si se contempla esta norma en relación con el espíritu liberal que presidió la todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, texto legal que mantiene aún un plazo máximo de veinticuatro horas para la privación de libertad por aplicación de esta medida (art. 496), se aprecia una *evidente regresión*, de tenerse en cuenta que los medios técnicos de los que actualmente disponen las autoridades gubernativas en sus funciones de averiguación distan mucho de la lentitud en obtener la información y las dificultades de acceso a la misma hace más de un siglo, por más que se quiera defender la oportunidad o necesidad de este plazo basándose en argumentos como la complejidad de las prácticas delictivas empleadas hoy en día.

Ya en la Constitución de 1876 —durante cuya dilatada vigencia se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Criminal— apareció garantizado este plazo máximo de duración de la detención (art. 4.2)²⁰, norma que se reitera literalmente en la Constitución republicana de 1931 (art. 29). La extensión hasta las setenta y dos horas —que en épocas pretéritas fue el señalado en nuestro Derecho— tiene lugar precisamente en 1945, en el franquista Fuero de los Españoles (art. 18), de donde pasa al artículo 17.2 de la Constitución de 1978.

Es de hacer notar, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, que se está tratando de un plazo *máximo* en la privación de libertad, lo que naturalmente exige considerar ilegales todas las detenciones que, aun sin exceder de las setenta y dos horas, no respondan exactamente a los fines constitucionalmente señalados (la realización de averiguaciones), no sólo porque este precepto ordena de modo expreso que «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario», sino porque «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 del texto constitucional); tales normas internacionales tanto exigen, de un lado, la *inmediata* puesta a disposición de la autoridad judicial de la persona detenida como prohíben, de otro lado, las detenciones arbitrarias.

Si bien parece que el plazo de veinticuatro horas, como período máximo de tiempo durante el cual pueda privarse de libertad a los ciudadanos de una forma legítima, lamentablemente ha sido extendido hasta las setenta y dos horas desde 1945 (siempre y sólo cuando haya un motivo que la justifique), decididamente subsiste empero un deber de comunicación de esta detención en el plazo de veinticuatro horas a la autoridad judicial. Este deber jurídico viene impuesto en el artículo 295 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que sólo salva los casos de fuerza mayor, y su infracción se sanciona penalmente en el artículo 187.1 del Código Penal al disponer que incurrirán en la pena de suspensión «el funcionario de prisiones o cualquier otro funcionario público que recibiere en calidad de detenido a cualquier persona y dejare transcurrir veinticuatro horas sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial».

²⁰ Con una redacción un tanto más rigurosa se contiene similar precepto en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (art. 388).

A este propósito no me resisto a mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 5 de octubre de 1984, en la que, ante la denuncia del defensor en el juicio oral de la infracción de este deber manifiesta que la norma penal no está derogada, si bien ha sido desconocida por nuestros tribunales hasta el punto de no existir una sola Sentencia condenatoria por la vía del número 1 del artículo 187 del Código Penal; dicha situación «ha llevado aparejada, como no podía ser menos, una viciosa, en opinión de esta Sala, práctica policial de desconocimiento sistemático de tal obligación»²¹; así, «considerando de indudable interés público el tema planteado», «esta Sala, por la vía de su Presidente, adoptará las decisiones de orden gubernativo que estime pertinentes para, por un lado, tratar de poner fin a una práctica que se estima viciosa y, por otro lado, sentar las bases que, en su caso, permitan erosionar los fundamentos de aquella “creencia errónea” y, desde luego, excluir el carácter “invencible” de la misma».

La segunda cuestión relativa al plazo máximo de la detención viene de las normas de la con razón criticada Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución (cuya derogación ha sido anunciada el pasado mes por el Presidente del Gobierno). El artículo 13 de la citada Ley dispone que «la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días (después del plazo de tres días previsto en el art. 17 de la Constitución), siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención»²². El Juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta».

A este propósito debe rechazarse, en primer lugar, el insólito e irregular modo de proceder introducido por esta Ley, que se traduce en una proposición al Juez Central de Instrucción con el fin de prolongar la detención practicada y la autorización de éste sin que el detenido haya sido puesto a su disposición y sin oportunidad, pues, de oírle; por otra parte, ha de tenerse en cuenta la lejanía que en la mayoría de los casos separan el lugar de la detención y la sede de los Juzgados Centrales de Instrucción, lo que indudablemente bordea la vulneración al derecho al Juez natural; por último, la citada norma parece traducir el «temor» del legislador a los interrogatorios realizados a presencia judicial, sustrayendo de forma manifiesta las atribuciones de investigación al Juez instructor para atribuir las a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, con lo cual la genuina función de instructor e investigador, que el

²¹ Sigue diciendo la Sentencia que «todo lo anterior, en la concreta perspectiva que ahora nos interesa, supone evidenciar una total ausencia de la conciencia de la antijuridicidad penal de tales conductas por parte de los funcionarios, o si se prefiere —párrafo último del art. 6 bis, a), del Código Penal— la “creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente”, lo que obviamente “excluye la responsabilidad criminal”; ante ello esta Sala estima radicalmente inútil iniciar diligencias penales sobre tal extremo —inequívocamente destinados a terminar en un sobreesimiento o, a lo más, en una sentencia absolutoria—, todo ello sin perjuicio de que quienes mantengan un distinto criterio hagan uso de las facultades concedidas en nuestras leyes procesales para ejercitar las oportunas acciones penales».

²² Téngase presente que esta disposición no supone la licitud de una falta de comunicación al órgano jurisdiccional dentro del plazo de veinticuatro horas de la detención practicada, incurriéndose en otro caso en el delito de detención ilegal del artículo 184 del Código Penal, como antes se ha dicho. Lo que en puridad el precepto prevé es la comunicación de la propuesta caso de que se pretenda prolongar la detención.

Juez tenía en el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que justificaba una inmediata puesta a disposición del detenido, han ido pasando en la práctica —mucho antes de esta ley— a la autoridad gubernativa, que asume funciones no sólo preventivas, sino también represivas de la delincuencia de forma autónoma al quehacer de los tribunales y del Ministerio Fiscal.

Pero además, y con independencia de todo ello, lo que resulta más sorprendente es el sentido último que puede darse a la extensión hasta diez días de la detención, de moverse dentro del marco estricto de la Constitución, porque la norma fundamental consagra para todas las personas, además de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, los derechos a la libertad personal, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2), y a estos derechos fundamentales no les alcanza ninguna posible suspensión (art. 55). Debe reconocerse que resulta muy difícil explicar cómo puede incardinarse la detención de diez días dentro de la única finalidad a que constitucionalmente está preordenada la detención (*esclarecimiento de los hechos*) y en qué medida resulta justificada a tenor de aquellas exigencias, salvo que se esté pensando en finalidades espúreas y en obtener, con carácter previo a poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, ciertas revelaciones o una declaración inculpatoria que muy probablemente en otro caso no habría realizado.

C) *La prisión provisional*

Por razones idénticas a las apuntadas al comienzo del análisis sobre la detención, tampoco pretendo ser, ni mucho menos, exhaustivo en este punto²³; antes bien, intentaré poner de relieve sólo algunas cuestiones relativas a la prisión provisional que, dentro del tema de la ponencia, presentan, a mi juicio, un mayor interés.

La prisión provisional (prisión preventiva para otros, aunque ello se reduce a una cuestión puramente terminológica) es la privación de libertad del inculpado que tiene lugar durante la sustanciación de un proceso penal con el fin de asegurar la presencia del inculpado en el proceso, garantizar una ordenada averiguación de los hechos por el órgano encargado legalmente de dirigir la investigación (el Juez de instrucción), bajo la directa inspección del

²³ MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, «La prisión provisional en el Derecho español», cit.; MORENO CATENA, «En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981, pp. 637 a 668. La literatura sobre la prisión provisional ha sido abundante en los últimos años, lo que añade otro elemento justificador más a la poca extensión que la ponencia dedica a este tema; cfr., entre otros, CALVO SANCHEZ, «Comentario a la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983, sobre la reforma de la prisión provisional», en *La Ley*, 1983-1984; EADEM, «De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre», en la propia revista, núm. 1.158; FERNANDEZ ENTRALGO, «La prisión provisional», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1985, pp. 335 a 347; ídem, «El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre», en *La Ley*, núm. 1.307; GARCIA VALDES, «Prisión preventiva y penas privativas de libertad», en *Estudios penales y criminológicos*, VII; ORTIZ URCULO, «La prisión preventiva tras la reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Jornadas de Derecho Procesal*, Madrid, 1984, pp. 315 a 335; PEREZ GORDO, «Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECR y en los textos legales y jurisprudenciales», en *Justicia*, núm. 1, 1984, pp. 7 a 37; RODRIGUEZ RAMOS, «La prisión preventiva, ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medio de seguridad?», en *La Ley*, núm. 918.

Ministerio Fiscal (art. 306 de la Ley Procesal Penal), y asegurar la ejecución de la pena que eventualmente llegara a imponerse.

Desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión provisional la función de anticipar la pena, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar. Esto es evidente porque sólo partiendo de la presunción de culpabilidad —de que el inculcado sea, sin más, culpable— se puede justificar su reclusión con fines de intimidación o de ejemplo.

Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de prevención especial: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea —probable comisión de «otros» o «ulteriores» delitos— deja entrever que esta concepción se asienta en una presunción de culpabilidad. La privación de libertad se entiende así como un remedio frente a la temida peligrosidad del inculcado, si bien no cabe perder de vista que la valoración de dicha peligrosidad sólo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa.

Por las mismas razones nos es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de colmar la alarma social que haya podido producir el hecho delictivo. Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación de libertad en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del inculcado, como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito (la reiterada y conocida invocación a la inseguridad ciudadana desde sectores conservadores llevaron, entre otras razones, a modificar la reforma de la prisión provisional introducida por la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, y a la actual regulación de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre). En cambio, una concepción de esta naturaleza resulta insostenible en un sistema constitucional como el español, que acoge un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos y proclama la presunción de inocencia. De este modo, la vía legítima para calmar la alarma social —esa especie de «sed de venganza» colectiva que algunos parecen ver y por desgracia en ciertos casos se da— no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número de los que *prima facie* aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una resolución rápida del proceso, porque sólo la sentencia dictada en un proceso penal determinará la culpabilidad y la sanción del acusado.

Es incuestionable, como dice LONDOÑO, que «la sociedad ofendida con la consumación de un delito se torna intransigente con la situación del presunto culpable. Querrá para éste la mayor severidad en la aplicación de las medidas cautelares. Pero es indudable también que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad; esto es, no restringírsela sino en casos realmente necesarios. Este enfrentamiento entre los dos intereses, el público y el privado, el individual y el colectivo, ha sido siempre motivo de controversia en el pensamiento jurídico de los legisladores. Por ello, dentro de un auténtico Estado de Derecho, en los regímenes democráticos con las más arraigadas concepciones liberales sobre las libertades humanas, la incoercibilidad del individuo, para el proceso penal, ha sido el principio más acogido. En cambio, en los gobiernos de fuerza, en los Estados autoritarios, en los Códigos

de inconfundible tendencia inquisitiva, está más amenazada la libertad individual, son más precarios los derechos a la defensa, más restringidas las causas de excarcelación; aquí se sacrifican los intereses del individuo a su libertad, so pretexto de proteger a la sociedad golpeada por el delito»²⁴.

La prisión provisional, admitida como un mal necesario en todos los ordenamientos jurídicos, supone la total privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, y es claro que esta privación sólo puede estar justificada en la medida en que resulte absolutamente imprescindible y necesaria para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales y en la medida en que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla.

En efecto, como dice con razón GÖSSEL, en frase que ha tenido fortuna entre nosotros al ser acogida por el Tribunal Constitucional, «la instrucción jurídica de la prisión provisional está situada en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber también estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano»²⁵. Por eso se refleja en la prisión provisional, más que en ninguna otra institución jurídica —más incluso que en la propia pena—, la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento.

En los últimos años hemos asistido precisamente en España a sucesivas modificaciones de la prisión provisional, sobre todo en orden a los supuestos en que procede acordarla: desde la reforma llevada a las Cortes Generales por la UCD en 1980 (Ley de 22 de abril), la reforma del gobierno socialista de 1983 y la vigente regulación del mismo gobierno en 1984.

La primera de estas modificaciones no sólo supuso una ampliación de los supuestos en que procedía decretarla, sino que la hizo obligatoria, en contra de la Resolución (65) 11 del Consejo de Europa y de la Recomendación del Comité de Ministros del propio organismo internacional (80) 11²⁶.

En 1983, al poco tiempo de haberse formado el primer gobierno del PSOE, se cambió radicalmente la concepción de la prisión provisional y esta medida se reguló con criterios de estricta defensa de los derechos fundamentales; la innovación legislativa llevó aparejado un gran número de excarcelaciones (como no podía ser de otra manera, en razón de los hechos delictivos que motivaron los internamientos en prisión) y, en el decir de algunos, una espiral de inseguridad ciudadana²⁷.

Fundamentalmente la presión de tal sector social obligó al Gobierno a acometer la contrarreforma de la prisión provisional, con el contenido vigente en la actualidad, donde ciertamente se faculta con amplitud al Juez para decre-

²⁴ LONDOÑO JIMENEZ, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, 1974, p. 117.

²⁵ *Strafverfahrensrecht*, 1977, p. 66.

²⁶ Para una crítica a esta reforma, cfr. MORENO CATENA, «En torno a la prisión provisional», cit. La citada Recomendación señala, entre otras cosas (punto 1), que ningún inculcado debe ser sometido a prisión provisional a menos que las circunstancias la hagan estrictamente necesaria; de este modo, la prisión provisional debe considerarse como una medida excepcional y nunca debe ser obligatoria ni ser utilizada con fines punitivos.

²⁷ Aunque se trate de un problema de criminología, no me resisto a hacer notar aquí —reiterando argumentos antes expuestos— que la solución a la posible inseguridad ciudadana por problemas de delincuencia menor no se halla en el encarcelamiento de esos delincuentes, porque la prisión no es realmente el medio más adecuado para rehabilitar a estos ciudadanos (si se trata de eliminarlos hay otras formas, pero están terminantemente prohibidas en la Constitución); pero si además no han sido aún condenados, su internamiento en prisión carece de sentido tanto desde el punto de vista del inculcado como desde el punto de vista de la sociedad.

tarla, pero se hacen intervenir en su decisión, por imperativo legal, consideraciones ajenas a los fines a que debe ordenarse la prisión provisional, tales como la alarma social o la frecuencia con que se cometan los hechos delictivos, además de permitirse la adopción de esta medida cualquiera que fuere la pena señalada al delito que se impute al inculpado (art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

a) *La duración de la prisión provisional*

Uno de los problemas fundamentales que plantea la prisión provisional —además de la estigmatización del preso— es su *duración*, como claramente se revela en el sentir de los constituyentes, cuando sólo hacen referencia a este extremo en el artículo 17.4 de la Constitución.

Efectivamente, el rechazo frontal de la doctrina a la prisión provisional viene, en buena medida, de su excesiva duración como consecuencia de las dilaciones en los procesos penales, desde todo punto de vista indebidas (hasta llegar a considerar que es un plazo razonable la resolución de un juicio de faltas al cabo de dos años); esta situación es representativa de la llamada *denegación continental* de la prisión provisional en palabras de ANCEL²⁸, y algo bien distinto de lo que sucede en el sistema británico.

El problema no es nuevo por desgracia, hasta el punto de que ya en 1883 dijera el Fiscal del Tribunal Supremo en su Exposición núm. 26 que «no siendo la pena de que se trata superior a la prisión correccional, hay que convenir en que no procede la prisión provisional, con tanto más motivo cuanto que dicha medida, que sólo tiene por fundamento una necesidad, debe economizarse, entendiéndose de una manera restrictiva las disposiciones legales que la autorizan»²⁹. Unos años después, tal vez alarmado por la generalizada imposición de la prisión provisional, el Ministerio de Justicia publica la Real Orden Circular de 26 de marzo de 1916, en donde se indica la conveniencia de que los Jueces de instrucción, inspirándose en el verdadero propósito de la ley, restrinjan la prisión provisional a aquellos casos en que sea absolutamente indispensable, y que en las causas en que haya preso se proceda con la más extraordinaria rapidez, no consintiendo que en ningún caso se excedan los plazos que para cada trámite marca la ley (estas directrices vuelven después a recordarse por el Ministerio Fiscal en 1933).

En verdad no se puede llegar a la paradoja —por demás relativamente frecuente— de que el día en que se dicte la sentencia condenatoria del sometido a prisión provisional resulte ser el día de su liberación, de su excarcelamiento; o, lo que es más grave, que se justifique íntimamente el *quantum* de la privación de libertad de la condena en razón del tiempo que el reo cumplió en prisión.

²⁸ «L'organisation du procès pénal en France», en *Rivista italiana di diritto e procedure penale*, 1965, página 12.

²⁹ Con posterioridad la Fiscalía del Tribunal Supremo advierte a los Fiscales, en la Circular de 4 de mayo de 1901, que «deben exigir del Juez instructor que en los autos de procesamiento y de prisión haga el cargo esencial y los principales motivos de la resolución que priva de libertad al procesado».

Como dice PISAPIA, el hecho de que tal medida cautelar se resuelva prácticamente en una anticipación de la pena, y no sólo en la concepción de los ciudadanos, sino también en la de algunos juristas, es uno de los enigmas más desconcertantes de nuestro sistema procesal penal y de la justicia humana en general³⁰.

El simple transcurso del tiempo me permite ahora no exponer la crítica fundada del régimen de la prisión provisional que se establece en el artículo 19 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. En efecto, según se establece en la disposición final 2.ª de dicho texto legal, lo dispuestos en el artículo 19 —entre otros— de la presente Ley Orgánica tendrá una vigencia temporal de dos años. Al entrar en vigor la referida Ley el 4 de enero de 1985, y a falta de toda otra norma en contrario, no rige desde el 4 de enero de 1987 lo ordenado en materia de prisión provisional, que desde mi punto de vista resultaba de dudosa defensa jurídica.

Dicha norma, por una parte, exigía decretar la prisión provisional incondicional cuando el delito tuviera señalada pena superior a la de prisión menor, permitiendo al Juez decretar tal medida cuando el delito pueda tener señalada pena inferior (resulta enormemente difícil justificar un auto de prisión provisional cuando el procedimiento se siga por delito menor, tal vez sancionado con pena no privativa de libertad); por otra parte, permitía, lo que es, si cabe, menos comprensible, que en tales casos la prisión provisional pueda «durar siempre hasta el límite máximo de dos años señalado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y será prorrogable en la forma y por el plazo fijado en la misma Ley» (art. 19.2), sin referencia alguna a la pena que pudiera corresponder a los hechos por los que se procede.

b) *Indemnización en caso de prisión provisional injusta*

Quisiera abordar, por último, un problema de reciente regulación en la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la prisión provisional: la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121 de la Constitución). Ante todo conviene tener presente, como premisa en esta exposición, que el derecho a la indemnización del Estado por una ilegítima prisión provisional tanto puede derivar de un error judicial como del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

En el primer grupo habría que encuadrar todos aquellos casos —aunque sea *cum grano salis*— en que no guarda relación la sentencia o resolución que ponga fin al proceso con la privación de libertad a través de la prisión provisional. Por más que la salvedad no pueda venir de una sobrecarga de trabajo en los órganos jurisdiccionales que provoque errores judiciales con mayor facilidad, sin embargo argumentos tales como que la sentencia no trae causa de los datos determinantes para decretar la prisión, sino del resultado del juicio, o que la medida resulte exigida por el ordenamiento jurídico (afortu-

³⁰ *Compendio di procedure penale*, Padova, 1975, pp. 235 y 236.

nadamente si vigor entre nosotros ahora) impiden una rígida aplicación del criterio enunciado.

Dentro del «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» se integrarían, además de los supuestos de falta de actividad o retraso en la tramitación de los procedimientos, los casos en que interviniera culpa o negligencia del Juez, no tuvieran su origen en un error y ocasionaran perjuicios al inculpado³¹.

Con todo, el legislador español ha llevado a efecto una regulación autónoma acerca de la indemnización a cargo del Estado en los casos de prisión provisional, desligándola de los conceptos de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y haciendo abstracción de ellos. En este sentido, el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que «tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esa misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios». Así pues, cuando concurren estas circunstancias, la indemnización se hace depender esencialmente de la inexistencia del hecho, con absoluta independencia de que en el concreto supuesto concurren o no los otros motivos, de modo que se aproxima así a una especie de reconocimiento de responsabilidad objetiva.

Contando incluso con la específica disposición del artículo 294, es de hacer notar una considerable cicatería del legislador, traducida en un cúmulo de trabas para el justiciable que, a no dudar, harán inviables un buen número de pretensiones indemnizatorias frente al Estado basadas en haber padecido el reclamante una injusta prisión provisional.

De una primera lectura de esta norma se podría inferir que no serían susceptibles de indemnización todas las privaciones de libertad que traigan causa de una prisión acordada en el curso de un procedimiento penal, excepto cuando éste finalice mediante sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o se decrete el sobreseimiento por idéntico motivo (art. 637.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dado que específicamente tal supuesto aparece considerado en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una interpretación de este tenor impediría que prosperase toda pretensión indemnizatoria cuando el procedimiento finalice por un auto de sobreseimiento provisional, por un auto de sobreseimiento libre basado en otras causas, por una sentencia absolutoria que no se funde en la pura inexistencia del hecho, por sentencia condenatoria a pena no privativa de libertad, o a pena de este tipo pero a tiempo inferior al que hubiera estado sometido a prisión provisional el condenado (piénsese en los casos en que la resolución judicial estime que el hecho no era constitutivo de delito; en que no se considere al procesado autor del mismo; en que los hechos delictivos hayan prescrito, o se estime la cosa juzgada, etc.). No parece posible, desde una cabal inteligencia de las normas constitucionales, que se prive al ciudadano, en cualesquiera de estas situaciones, de toda indemnización a cargo del Estado, aun cuando haya podido estar hasta cuatro años en prisión provisional.

³¹ Cfr. ASECIO MELLADO, *La prisión provisional*, tesis doctoral (inérita), Alicante, 1986, pp. 578 y ss.

Naturalmente que entonces será necesario apreciar caso a caso si la prisión provisional padecida injustamente puede tener acogida en las figuras del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Es claro, por una parte, que el error judicial ha de inferirse de la resolución que acordó la prisión, habiendo el Juez obrado con la debida diligencia (de otro modo, se trataría de un defectuoso funcionamiento, concepto más genérico y por el que cabe reclamar directamente, sin necesidad de reconocimiento previo) y se trate tanto de error de hecho como de derecho que no se deba a la actuación dolosa o culposa del perjudicado. De otro lado, el funcionamiento anormal se produciría con cualquier actuación que no se ajuste a una eficacia media de la Administración de Justicia, particularmente debida a dilaciones u omisiones, según *standard* utilizado por el Tribunal Constitucional (aunque no aparecen razones suficientes —salvo de índole económica, en donde se aprecia una notable cicatería del Estado, como antes se dijo— para entender que el funcionamiento anormal se da también siempre que resulte incumplido un plazo señalado por la ley o no se realice algún acto o diligencia exigida por ella).

La Ley Orgánica del Poder Judicial exige para conceder la indemnización, tanto en los supuestos generales (art. 292.2) como en el específico de la prisión provisional (art. 294.1), que al sometido a privación de libertad por esta medida se le hayan irrogado perjuicios evaluables económicamente. Parece imposible considerar algún caso en que no se produzcan perjuicios a resultas de una injusta prisión, aunque sea por un corto espacio de tiempo; si se parte de esta hipótesis —la única que a mi juicio permite un entendimiento riguroso del derecho a la libertad— debe convenirse en que siempre que la prisión provisional se haya decretado con error, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o resulte injusta en aplicación del criterio objetivo del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial surge para el perjudicado el derecho a la indemnización. Otra cosa es determinar el *quantum*, para lo que no existe inconveniente alguno en aplicar, sea cual fuere la causa de donde el derecho surja, los parámetros señalados en el artículo 294.2 de dicha Ley Orgánica: el tiempo de privación de libertad y las consecuencias personales y familiares que se hayan producido, en donde tiene cabida, desde luego, el daño moral.

Resta, por último, hacer una breve referencia a las normas de procedimiento para sustanciar la reclamación frente al Estado, particularmente por lo que hace a la compleja vía en caso de error judicial. En tal caso, el ciudadano que se vio sometido a prisión debe acudir ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para obtener el reconocimiento judicial del error, dentro del plazo de tres meses desde que pudo ejercitar la acción, siguiéndose los trámites del recurso de revisión civil; obtenida sentencia estimatoria, el perjudicado continuará su peregrinar, dirigiendo su petición indemnizatoria al Ministerio de Justicia antes de que transcurra un año (plazo señalado para la prescripción), y éste la habrá de tramitar de acuerdo con las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado (arts. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Si la resolución ministerial no satisface la reclamación del perjudicado, tiene abierta la vía del recurso con-

tencioso-administrativo para ante la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional (art. 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y con posterioridad —de establecerlo así la futura Ley Procesal— podrá acudir ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 58.2 del mismo texto legal). A buen seguro, las trabas, los costos y la complicación en el procedimiento servirán como un poderoso estímulo negativo para reclamar la indemnización, haciendo que el ciudadano con derecho a obtenerla haga dejación de él en muchos casos.

c) *La prisión provisional y el derecho de sufragio pasivo*

Hace muy pocos días se ha planteado con gran virulencia en los medios de comunicación desde distintos sectores la cuestión del derecho de sufragio pasivo de una persona sometida a prisión provisional; se trataba, como es bien sabido, de un miembro del Parlamento Vasco, electo por las listas de la coalición Herri Batasuna, que se presentó a lehendakari.

El artículo 23.2 de la Constitución reconoce a los ciudadanos el «derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes». Se trata, pues, de un derecho fundamental, que goza de tutela privilegiada y cuyo contenido esencial ha de respetar el legislador en todo caso.

El reconocimiento de este derecho determina, dados sus términos, la inconstitucionalidad de todas las normas y actos de aplicación que, como señala SANCHEZ MORON, por una parte, impongan requisitos que tengan carácter discriminatorio para el acceso a las funciones o cargos público, estableciendo desigualdades de trato no justificadas o injustificables razonablemente y los que, por otra parte, regulen los procedimientos de selección de tal manera que determinen de forma directa ventajas o desventajas injustificadas en favor o en contra de alguno o algunos de los candidatos, o bien apliquen dichos procedimientos en sentido discriminatorio³². Como se dice en la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1983, de 21 de febrero, dentro de ese marco el legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y, de la otra, cuando se trata de cargos o funciones cuya naturaleza esencial aparece definida por la propia Constitución, las que resultan de la necesidad de salvaguardar esta naturaleza» (FJ 2).

Partiendo de la habilitación constitucional, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, establece los supuestos de inelegibilidad (arts. 6.º y 137), entre los que no se encuentra el estar el ciudadano sometido a prisión provisional o haberse dictado contra él un auto de procesamiento firme³³. Así pues, con las normas vigentes acerca de los requisitos

³² En *Comentarios a las leyes políticas* (dirigidos por Alzaga), t. II, Madrid, 1984, p. 677.

³³ Sobre el particular, cfr. ENTRENA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*,

que deben reunir los candidatos que se presenten a las elecciones, ni para el procesado ni para el preso preventivo se establece limitación alguna al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, con lo que, en principio, nada podría impedir que, una vez electo, ejerciera las funciones propias del cargo.

Ciertamente cualquier otra interpretación supondría una burla de este derecho fundamental, a la postre vulnerado en su eficacia práctica por vías indirectas. Debe partirse, a mi modo de ver, de los fines que esta medida cautelar está llamada a cumplir y de la situación en que se encuentra el sometido a prisión provisional —que no es un condenado a pena privativa de libertad y a quien, por consiguiente, *alcanza el derecho a la presunción de inocencia*, y como tal debe ser tratado (art. 5.º de la Ley General Penitenciaria).

La prisión provisional sólo puede responder al peligro de fuga del inculcado o al peligro de obstrucción de la actividad judicial³⁴, y en ningún caso sería legítimo decretarla como una anticipación de la pena o con fines ejemplificadores, porque eso supone moverse en el esquema de la presunción de culpabilidad del inculcado y no dentro del principio de presunción de inocencia como exige la Constitución, según antes se dijo. En consecuencia, el reputado inocente hasta la sentencia condenatoria puede ejercer sus derechos fundamentales en la medida y parte que no resulten legítimamente restringidos por una norma habilitante con rango de ley orgánica.

De otro lado, como bien se dispone en el artículo 5.º de la Ley General Penitenciaria, «el régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial», no exactamente de la Administración penitenciaria, con lo que la autorización de su traslado en el caso presente corresponde al órgano jurisdiccional a cuya disposición se halla el preso, como argumentó con razón el Pleno de la Audiencia Territorial de Pamplona en los Autos de 21 y 23 de febrero de 1987, habida cuenta además de que el penado —y con más razón el sometido a prisión provisional— conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas, con excepción, como es natural, de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta (párrafo VI de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley General Penitenciaria), cosa que obviamente no ocurre con el derecho de sufragio pasivo.

Cierto es que el permiso para asistir trasladado por la fuerza pública a la sesión parlamentaria de elección de lehendakari parece pugnar con la situación de privación de libertad en que se encontraba el candidato. Pero hay que tener en cuenta, por un lado, que sólo se le concedió libertad ambulatoria dentro del recinto de la Asamblea Legislativa, y, por otro lado, que en un Estado de Derecho es de rigor interpretar y aplicar las normas vigentes según los preceptos y principios constitucionales, resultando vinculados los Jueces

dirigidos por Cazorla, Madrid, 1986, en especial p. 74. Muy al contrario, el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución —sin vigor desde el 4 de enero de 1987 según la disposición final 2.ª—, establecía por su parte que «firme un auto de procesamiento por delito comprendido en esta Ley, el encausado quedará automáticamente suspendido en el ejercicio de la función o cargo público que estuviere ostentando».

³⁴ La Recomendación (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su punto 3, añade a los mencionados en el texto, como posibles fundamentos de la prisión provisional, el peligro de que la persona cometa una infracción grave.

y Tribunales a los derechos y libertades fundamentales, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar su contenido constitucionalmente declarado (arts. 5.1 y 7.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder judicial)³⁵.

En definitiva, el problema sigue estando en la duración de la prisión provisional como consecuencia de la lentitud con que se tramitan los procesos penales en nuestro país (aunque el mal se extiende a la totalidad de los países de la Europa continental). Si en este caso —en el que el procesado se encontraba en prisión provisional desde el 28 de junio de 1985— se hubiera procedido a la celebración del juicio oral, dado que el escrito de calificación provisional estaba ya formulado, a buen seguro la mayoría de los problemas suscitados habrían perdido toda su vigencia.

3. MEDIDAS RELATIVAS AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Garantiza, por un lado, el artículo 18 de la Constitución el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (apartado 1) y, por otro lado, el secreto de las comunicaciones, y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (apartado 3).

En este marco normativo, donde se reconocen de forma individualizada —como puede apreciarse— distintos derechos, es lo cierto que, en razón de los concretos bienes jurídicos protegidos, es posible concebirlos en el sentir de algunos autores como manifestación de la *privacy*, informada por el valor de la dignidad humana, que propendería a englobar en un solo derecho los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada³⁶, lo que se pone claramente de relieve en el elenco de supuestos que aparecen en el artículo 7.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre.

Sin embargo, se ha sostenido, por otro lado, a mi juicio con mejor criterio, una tajante separación entre los derechos fundamentales de los apartados 1 y 3 del artículo 18 de la Constitución, argumentando con acierto que la *intimidad* es un concepto de carácter material mediante el cual se designa el área que una persona reserva para sí, apartándola del conocimiento de terceros, siendo por naturaleza de carácter fluctuante, en tanto que el *secreto de las comunicaciones* es un concepto rigurosamente formal, de tal manera que el contenido de la comunicación (su posible encuadramiento dentro de la esfera de *privacy* del comunicante) carece de toda relevancia³⁷.

³⁵ Otra cosa sería que este derecho de sufragio pasivo viniera legalmente restringido como consecuencia de un auto de procesamiento o de prisión provisional y hasta qué punto una disposición de esta naturaleza podría considerarse dentro de unos límites de razonabilidad o encontrar justificación constitucional. Cfr., por su parte, la crítica a los supuestos de inelegibilidad en caso de pena privativa de libertad en ENTRENA, obra y lugar citados.

³⁶ Cfr., por todos, PEREZ LUÑO, «Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución», cit., páginas 317 y ss., y para la cita, p. 331.

³⁷ JIMENEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Comentarios a la legislación penal* (dirigidos por Cobo y coordinados por Bajo), t. VII, Madrid, 1986, pp. 8 y 9. Esta dis-

Como no pretendo realizar un análisis dogmático de los derechos fundamentales del artículo 18 de la Constitución, ni por supuesto agotar la variada problemática que plantean los conceptos utilizados en él —en todo caso huidizos y de difícil aprehensión y por ello de definición obligadamente casuística o de carácter tan general que su utilidad resulte dudosa— me propongo pasar al estudio concreto que el tema de la ponencia requiere y centrar la atención particularmente en una diligencia de investigación penal que supone una manifiesta intromisión en la esfera de estos derechos; me refiero, como fácilmente puede comprenderse, por los problemas que en la actualidad está planteando (huérfana de regulación específica), a la *intervención de las comunicaciones telefónicas*³⁸.

Se trataría en ambos casos de unas diligencias de investigación realizadas a través de medios desconocidos por completo por nuestro legislador de 1882 y, consiguientemente, huérfanos de regulación en la Ley de enjuiciamiento criminal, pero cuya utilización a los fines tanto de la prevención como de la represión penal resultarían en la actualidad de sumo provecho. De las garantías existentes para la protección de los derechos fundamentales afectados y del ajuste al texto constitucional en la realización de estas diligencias versarán las páginas siguientes.

La intervención de las comunicaciones telefónicas

Como se ha dicho, el artículo 18.3 de la Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial de las telefónicas, junto a las postales y telegráficas, que son los tres medios más comunes en la actualidad, aunque no pude dudarse que se está ante una enumeración abierta, de modo que la garantía se ha de extender a todo tipo de comunicaciones existentes o que en el futuro puedan surgir. A la vista de la formulación de este derecho fundamental es preciso distinguir entre la libertad de comunicación y el secreto de la misma³⁹, objeto de garantía específica en la norma constitucional, que presupone aquella libertad (téngase en cuenta que las restricciones a comunicarse libremente sólo resultan lícitas en casos muy concretos, como los prevenidos en el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria). De lo que se trata no es en realidad de interceptar⁴⁰, de interrumpir o de obstruir una vía de comunicación, sino de intervenir, de fiscalizar, de observar o de escuchar la que tenga lugar a través del teléfono, mediante aparatos o artificios técnicos de escucha, grabación o reproducción de muy fácil manejo.

tinción fue acogida también por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 7).

³⁸ Sobre la protección penal contra estas intromisiones, cfr., por todos, GONZALEZ GUITIAN, «Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Comentarios a la legislación penal*, t. VII, cit., pp. 49 y ss.; ídem, «Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos», *ivi.*, pp. 85 y ss.

³⁹ Para el concepto de secreto, cfr. MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Madrid, 1980, pp. 77 y ss.

⁴⁰ Como dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, la interceptación en sentido estricto supone «aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación».

Sin embargo, la misma norma constitucional no garantiza el secreto de las comunicaciones con carácter absoluto, sino que de modo expreso prevé su limitación en caso de una resolución judicial que permita levantarlo, desvelarlo o conocerlo. Aparece aquí, ante la anomia existente en nuestro ordenamiento sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas (con la salvedad que luego se dirá), el primero de los problemas que puede plantear este tipo de diligencias en el marco de una investigación penal: la suficiencia normativa de la previsión constitucional o la necesidad de un desarrollo legislativo posterior, habilitante de la autorización judicial para la injerencia en el secreto de las comunicaciones.

Parece claro que así como la Constitución tiene valor normativo, al menos en materia de derechos fundamentales cuando los reconoce o consagra diseñando su esfera de ejercicio, no cabe decir lo propio siempre respecto de las posibles restricciones, dado que el texto constitucional no descende a una concreta regulación de los casos y forma en que las injerencias o limitaciones pueden producirse.

La denunciada ausencia de normas acerca de las intervenciones telefónicas y sus repercusiones sobre la licitud o ilicitud de las que en la actualidad se practican por exigencias de política criminal mantiene dividida a la doctrina. No faltan autores que, ante esta situación, propugnan la falta de respaldo legal de esta medida y por ello rechazan la integración analógica⁴¹, o la interpretación extensiva, al carecerse de una regulación completa de los casos y procedimientos para decretarla⁴².

Por el contrario, otros han mantenido la licitud de tales intervenciones telefónicas, pero no partiendo exactamente de una interpretación de las normas sobre detención y apertura de la correspondencia —criterio éste utilizado por lo general en la práctica—, sino de las que regulan la observación telegráfica, que se adecuan más precisamente a las comunicaciones telefónicas en cuanto no precisan ser interceptadas para levantar el secreto que constitucionalmente las ampara⁴³. No obstante, tampoco puede perderse de vista que ambos tipos de comunicaciones no admiten una total equiparación, ya que en la primera de ellas se interpone en todo caso una persona para realizar la comunicación, en tanto que la efectuada por teléfono no exige ya casi nunca la mediación de un tercero, por lo cual el contenido de ambas suele diferir de manera muy notable; sea como fuere, el secreto de las comunicaciones se garantiza, como antes se dijo, con carácter formal y, por tanto, con absoluta independencia de que su contenido sea más o menos reservado.

Planteadas en esos términos, la opción resulta bastante difícil; bien es verdad que el criterio de la «conveniencia» para la prevención o la represión penales no puede utilizarse como patente de corso que admita cualquier injerencia en la esfera propia de los derechos fundamentales, pero es cierto asimismo que las intervenciones telefónicas resultan permitidas por la propia nor-

⁴¹ Cfr. VEGA RUIZ, «La escucha telefónica en España», en *La Ley*, 1984 (I), p. 1139; COLMENERO GONZALEZ, en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1984*, pp. 328 y ss.

⁴² En este sentido, JIMENEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», cit., pp. 28 y ss.

⁴³ Cfr. LLERA SUAREZ-BARCENA, «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», en *Poder Judicial*, núm. 3 (2.ª época), pp. 14 y ss.

ma constitucional y además se efectúan a diario, de modo que se habrá de comprobar si la actual laguna normativa puede ser colmada, determinando los casos y el procedimiento para adoptar la medida, rodeándola de las necesarias garantías.

La primera garantía, marcada ya por el propio precepto constitucional, es la de una *resolución judicial* que autorice el levantamiento del secreto de una comunicación telefónica. Dicha garantía supone, en primer lugar, una limitación a la intervención telefónica, en cuanto que la autoridad judicial está sujeta a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), y no podrá ordenar, por tanto, una medida de esta naturaleza de forma caprichosa o irrazonable. Tal resolución judicial, en el actual estado de las normas procesales penales, deberá ser motivada —aunque de modo consciente se omitiera esta exigencia en la norma constitucional⁴⁴— y habrá de revestir la forma de auto, como exigencia impuesta por el Tribunal Constitucional con carácter general respecto de todas las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales (Sentencias 26/1981, de 17 de julio, o 62/1982, de 15 de octubre), y por la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 583 para la detención y registro de la correspondencia o la observación telegráfica.

La segunda garantía viene justamente de los casos en que la intervención de las comunicaciones telefónicas puede ser decretada, de optarse por la aplicabilidad de las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas a la observación telegráfica. En efecto, el temor de quienes propugnan la ilicitud presente de las intervenciones telefónicas en razón de la falta de respaldo legal y la falta de seguridad jurídica del sometido a esta medida se debe desvanecer en buena parte si consideramos que las observaciones reguladas en la Ley Procesal Penal sólo proceden «si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579). Por consiguiente, sólo pueden decretarse en el curso de un *proceso penal* por delito (aunque no por falta), lo que supone, de un lado, que la autoridad gubernativa no puede proceder a la intervención y, por otro lado, que la autoridad judicial sólo podrá ordenarla o autorizarla una vez que haya procedido a la apertura de diligencias penales en alguno de los modos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en leyes complementarias, pero siempre con una rigurosa ponderación de los intereses en conflicto, y teniendo en cuenta que la investigación no es, ni con mucho, un valor supremo⁴⁵.

⁴⁴ Se utilizó en los debates parlamentarios sobre este precepto básicamente el argumento de una posible urgencia en acordar la prisión, que podría impedir en determinados casos una motivación de la resolución. Partiendo de la realidad constitucional, JIMENEZ CAMPO, *op. cit.*, p. 33, sería partidario de autorizar en los supuestos de urgencia una resolución no motivada, sin perjuicio de que con posterioridad se procediera a llenar este requisito.

⁴⁵ Del mismo criterio es LLERA, *op. cit.*, pp. 18 y 19, quien con acierto señala que es práctica viciosa e ilegal de los Juzgados «la de adoptar estas resoluciones limitativas de derechos fundamentales fuera del verdadero procedimiento penal, en el curso de unas pretendidas “diligencias indeterminadas” que aspiran a legitimarse en el tenor del artículo 269 LECr a base de violentar necesariamente su contenido y finalidad, que se contrae exclusivamente a conferir a los Tribunales la facultad de abstenerse de “averiguar” y “comprobar” el hecho denunciado cuando éste “no revistiere carácter de delito o... la denuncia fuere manifiestamente falsa”, como alternativa única a la de instruir en averiguación del hecho diligencias previas, o de la LO 10/1980, o un sumario».

La cuestión que parece subyacer en el planteamiento de quienes rechazan la posibilidad actual de acordar el levantamiento del secreto de las comunicaciones por teléfono es su extensión a todos los supuestos delictivos, con independencia de la gravedad de los hechos por los que se proceda; sin embargo, parece fuera de duda que el legislador podría optar legítimamente por otorgar a los órganos jurisdiccionales facultad de ordenar la intervención de las comunicaciones siempre que tal medida estuviera justificada, y efectivamente cabe encontrar una justificación de esta índole en la investigación penal.

De lo hasta ahora expuesto puede fácilmente colegirse que el órgano jurisdiccional competente para autorizar o acordar la intervención telefónica es el de instrucción del lugar en que se produjeron los hechos (a salvo las diligencias que a prevención o por delegación puedan ordenar los titulares de Juzgados Distrito ex artículo 563 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), con independencia del territorio donde se ubique el aparato telefónico objeto de observación; ello no obstante, el control de la medida ha de encomendarse mediante el oportuno auxilio al Juez de instrucción del lugar en donde esté instalado el teléfono, como Juez natural y garante de los derechos del comunicante (resultando más dudoso aplicar a estos casos la norma del art. 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativa al procedimiento de urgencia por lo que se acaba de decir).

La tercera de las garantías es la del *procedimiento* que debe seguirse para su adopción, particularmente en lo que hace a la *comunicación de la resolución judicial* y el *plazo* durante el que puede mantenerse la medida. Dictado el auto por el que se acuerde la intervención telefónica será preciso remitir directamente oficio a la Compañía Telefónica Nacional de España para llevarla a efecto, o expedir mandamiento a la policía judicial con el mismo fin (por supuesto nada obstaría para que se practicara con la directa intervención de la autoridad judicial).

Del resultado de la diligencia habrá de darse cuenta oportunamente al Juez que la ordenó y, en todo caso, al finalizar la intervención han de incorporarse a los autos todas las grabaciones que como consecuencia de esta medida se hayan obtenido, procediéndose a destruir o a entregar al comunicante las que no se relacionen con la causa; como podrá comprenderse, el sentido de esta exigencia no es otro que el de permitir a la persona cuyo secreto en las comunicaciones telefónicas se vulneró, impetrar el amparo ordinario o constitucional del derecho garantizado en el artículo 18.3 de la Constitución cuando la medida no se haya acordado en los casos o con los requisitos exigidos.

Por lo que se refiere a la comunicación al afectado por ella de la resolución judicial en que la intervención se acuerde, es evidente que, si fuera necesario notificar el auto de forma inmediata, se frustraría en la inmensa mayoría de los casos la eficacia de la medida, simplemente dejando de utilizar el aparato intervenido. Pero también es cierto que cualquier actuación de la que resulte la imputación de un delito (y evidentemente la medida de la intervención telefónica ha de reconocer una concreta imputación como necesario presupuesto, según antes se dijo) contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente in-

culpados, pudiendo ejercitar el derecho de defensa desde entonces, tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (arts. 118.I y II y 302.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ante los encontrados intereses y derechos en conflicto, es preciso acoger la única solución que la vigente Ley Procesal Penal permite: declarar secreto el sumario, total o parcialmente (sólo en relación con la diligencia de intervención telefónica), acogiéndose a la norma del artículo 302.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ⁴⁶.

Esta solución implica en sí misma consecuencias que considero de primer orden: por un lado, es preceptivo notificar la realización de la diligencia, una vez finalizada con o sin el resultado que se pretendió, a la persona a quien se privó de su derecho al secreto, poniéndole de manifiesto todas las actuaciones para que desde ese momento —de haberse levantado el secreto— pueda tomar conocimiento de ellas y adoptar en el procedimiento los medios de defensa que le interesen, siga o no adelante la instrucción.

Por otro lado, hay que respetar el plazo máximo de un mes que el citado artículo 302.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece, para el mantenimiento del secreto instructorio en relación con las partes personadas, con lo cual, de continuar la intervención, ha de serlo con conocimiento del interesado ⁴⁷; en efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no señala límite temporal alguno para esta diligencia —lo que podría ser ciertamente un obstáculo grave, aunque perfectamente explicable en el sistema de este cuerpo legal, que poco tiene que ver con la práctica de nuestros Tribunales ⁴⁸—, pero ello no impide que sea exigible en el auto donde la intervención se acuerde una precisa determinación del plazo a que ha de extenderse, sin perjuicio de prórrogas sucesivas en las condiciones antes señaladas.

Parece que ésta sea la única vía posible para acordar la medida de la que tratamos, que fija con la suficiente precisión, a mi juicio, tanto los casos como el procedimiento de su adopción, sin exceder de las previsiones constitucionales de limitación judicial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Naturalmente, todo ello sin perjuicio de la conveniencia de dictar con urgencia las disposiciones conducentes que contemplen de manera específica la injerencia que supone la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Resta, por último, hacer una referencia, siquiera concisa por su anunciada y esperada derogación, al régimen de observación telefónica establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. Aunque se trata de una legislación especial, precisa-

⁴⁶ Cfr., en el mismo sentido, LLERA, «El régimen jurídico ordinario...», cit., pp. 20 a 23.

⁴⁷ Cfr. la sentencia de 6 de septiembre de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros), donde se dice, entre otras cosas, que el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos, característica del Estado-policía, no es tolerable según el Convenio como medida estrictamente necesaria en la salvaguardia de las instituciones democráticas. Sin embargo, ante la falta posible de notificación *a posteriori* de la vigilancia e inspección secreta de los ciudadanos, aun después de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de septiembre de 1970, el Tribunal Europeo estima que una notificación ulterior a cada individuo afectado por una medida posteriormente levantada bien podría comprometer a largo plazo el fin que motiva el origen de la vigilancia.

⁴⁸ Ver seguidamente.

mente de suspensión de algunos derechos fundamentales y, entre otros, el secreto de las comunicaciones, la regulación que contiene puede considerarse, en líneas generales, aceptable (a salvo la facultad que se concede al Ministro del Interior o al Director de la Seguridad del Estado para acordar tal medida, quienes en tal caso han de comunicarlo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente —sin determinar cuál sea—): la resolución judicial que la acuerde habrá de ser siempre motivada; se fija un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, pero sometiendo a los mismos trámites; sólo cabe respecto de personas en las que, de las investigaciones por delitos comprendidos en esta Ley, resulten indicios de responsabilidad criminal o de aquellas otras personas de las que se sirvan para la realización de sus fines ilícitos; en todo caso, el resultado de la observación deberá comunicarse puntualmente al Juez competente, quien, en cualquier momento, podrá revocar total o parcialmente lo acordado.

III. LA DEFENSA EN LA INVESTIGACION PENAL

En el marco de la investigación penal, además de la protección de la esfera de libertad del individuo, delimitada en el ámbito de los derechos fundamentales que de modo fragmentario han sido objeto de consideración en las precedentes páginas, resulta imprescindible garantizar también su *defensión*. Desde esta perspectiva, comprensiva de una serie de derechos instrumentales reconocidos a aquel a quien se impute la comisión de un hecho delictivo, ha de proveerse al inculpado de los medios precisos para poder repeler la agresión contra sus bienes más preciados, que viene representada tanto por su condición desde el principio del proceso penal, como, naturalmente, por la imposición de una pena en la sentencia condenatoria; ha de exigirse, pues, un riguroso respeto de todas las garantías que la propia existencia necesaria del proceso penal supone, reconociendo y potenciando además su activa participación en todo el curso del procedimiento.

El proceso penal viene a ser el instrumento a través del cual se ejerce por el Estado el *ius puniendi*; pero es desde luego un instrumento necesario, al que se ve sometido tanto el Estado, que no puede imponer sanciones penales sino es mediante el proceso (y en este sentido puede decirse que constituye un límite a su poder punitivo), como el ciudadano, a quien no le es dado renunciar a la jurisdicción penal para autoimponerse una sanción de esta naturaleza, sino que ha de pasar por un proceso penal⁴⁹.

Particularmente a los efectos que aquí interesan, en la mayoría de los casos resulta imprescindible que en el procedimiento se siga una fase de investigación previa a la entrada en el verdadero proceso, para que el perjudicado y la sociedad toda puedan contar con los suficientes elementos en los que fundar la acusación, ya que, por decirlo en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde que surge en la mente del criminal «la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia,

⁴⁹ Cfr. GREVI (ed.), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bolonia, 1977, p. 27.

forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida».

Este período de investigación puede tener dos momentos bien diferenciados que la propia Constitución, plegándose al empuje de la práctica, parece haber consagrado definitivamente, separándose del sistema instaurado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal: las *investigaciones policiales* y la *investigación judicial*.

En verdad, el sistema procesal penal que diseñó en 1882 dista mucho de las normas actuales. El legislador de 1882 pretendió que la policía judicial se limitara a poner a disposición judicial a las personas detenidas, sin atribuirle específicamente ninguna facultad ni deber de investigación o averiguación de los hechos, habiendo de limitarse a las precisas diligencias de prevención (artículo 284), porque ese otro cometido venía reservado al Juez instructor; de ahí el plazo de las veinticuatro de duración máxima de la detención (art. 496), plazo que representaba la demora más prolongada que permitían las comunicaciones para conducir a un detenido a la presencia del Juez instructor, quien precisamente había de practicar las primeras diligencias ya en un plazo más prolongado de setenta y dos horas (art. 497 y 499).

Por otra parte, quiso el legislador que el sumario fuera un simple acto de preparación del juicio, limitándose a la averiguación y constancia de la perpetración de los delitos y de las circunstancias que puedan influir en su calificación (art. 299), porque el proceso penal sólo comienza con los escritos de calificaciones, que dan paso al juicio oral, donde se han de practicar las pruebas; naturalmente, con esta filosofía, el sumario tenía prevista en la Ley una duración máxima de un mes (art. 324, que exige al Juez, en caso contrario, dar partes semanales de las causas que hubiesen impedido su conclusión).

Al modificarse la perspectiva, hubieron de introducirse paulatinamente reformas que afrontaran la realidad práctica, porque el sumario, lejos de ser una simple preparación del juicio, se había ido convirtiendo en una fase de exhaustiva investigación de los hechos, hasta el punto de que en no pocos casos el juicio oral no pasaba de ser pura formalidad, porque «los tribunales dan escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales», en frase bien conocida de la Exposición de Motivos de la Ley Procesal Penal.

Tal vez estas breves consideraciones puedan servir de explicación a muchas de las disfunciones que nuestro procedimiento penal presenta hoy en día al haberse cambiado muchos de los principios y de las garantías (como la radical separación del instructor y el tribunal sentenciador, sobre el que luego se ha de volver) que sirvieron de base fundamental a la venerable Ley de 14 de septiembre de 1882.

Con esas bases, cuando la investigación policial y la instrucción judicial se magnifican hasta tales extremos y cuando el juicio oral se celebra varios años después de la comisión del delito —en detrimento de la pronta reparación del daño, de la memoria de los testigos para recordar lo sucedido, de la accesibilidad a otros medios de prueba o de los mismos fines que la pena

puede cumplir—, la intervención del inculpado en dichas diligencias y el pleno reconocimiento del sistema de garantías que implica el respeto del derecho de defensa en ellas tenía que caer como fruta madura; y buena prueba de lo que se dice encontramos en la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que modifica de forma sensible la estructura del sumario dando nueva redacción a sólo nueve artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Varios son los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza a toda persona contra la que se dirija la investigación penal, tanto en las diligencias policiales como judiciales, derechos que se pueden englobar en el concepto más amplio de defensa. Existen ciertamente dos modos de materializar o ejercer el derecho de defensa: mediante la autodefensa (el ejercicio por el propio inculpado) y la defensa técnica (la que se realiza a través de un defensor, de un abogado); aun cuando los medios autodefensivos que arbitra el legislador son escasos (y podría considerarse que la práctica carencia de oportunidades para el inculpado para defenderse sin persona interpuesta vulnera el derecho reconocido en el artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos), sin embargo el legislador en fecha reciente ha introducido la obligatoriedad de la defensa técnica para toda persona detenida (art. 520.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que después será tratado)⁵⁰.

Pero, además, la defensa en el ámbito del proceso penal no puede ser concebida sólo como un derecho que asiste al inculpado para hacer valer por sí, o con la asistencia de un abogado, sus argumentos defensivos y promover todos los recursos permitidos por la ley para intentar su absolución; trascendiendo de la simple esfera individual, atañe al interés general el que el proceso sea decidido rectamente y, desde este punto de vista, la defensa opera como factor de legitimidad de la pretensión punitiva y de la sanción penal. Con tal perspectiva, el ordenamiento jurídico ordena determinadas garantías para la tramitación del proceso —garantías del *fair trial*, como la imparcialidad del juzgador—, que se convierten también en garantías de una recta administración de justicia para el inculpado y para el perjudicado⁵¹.

Según se manifestó al principio de la exposición, no se puede pretender tampoco en este punto analizar todos y cada uno de los derechos instrumentales que se engloban en el concepto de defensa, limitándonos a centrar la atención sobre aquellos que se consideran más importantes, sobre todo por su actualidad, en la medida en que puedan incidir sobre la estructura básica del proceso penal vigente en España.

En el marco constitucional tres son básicamente los aspectos que a mi juicio interesa considerar: en primer término, la exigencia de la imparcialidad del juzgador, a la vista de los tipos procesales que en nuestro país admiten que un mismo órgano jurisdiccional instruya y falle; en segundo lugar, el va-

⁵⁰ Para la distinción ente autodefensa y defensa técnica, cfr. MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, pp. 21 a 48 y *passim*.

⁵¹ La distinción es de DENTI, «La difesa come diritto e como garanzia», en *Il problema dell'autodifesa nel processo penale* (ed. a cargo de Grevi), cit., p. 48. Ha sido también acogida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 42/1982, de 5 de julio, en donde se señala que es fácil percibir la conexión existente entre el derecho a la asistencia de letrado «y la institución misma del proceso, cuya importancia decisiva para la existencia del Estado de Derecho es innecesario subrayar; en razón de tal conexión, la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial (arts. 118 y 860 de la LECr), para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado».

lor probatorio que deba concederse a las diligencias realizadas por la policía, especialmente en aquellos casos en que su reproducción a presencia judicial —incluso en el sumario, respetando una efectiva contradicción— resulte difícil o imposible, y, por último, el derecho a la asistencia de abogado al detenido, tanto en detención gubernativa como en caso de detención judicial.

1. EL DERECHO A LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Desde el momento en que se modificó el libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley 3/1987, de 8 de abril, introduciendo dentro los procesos penales especiales un tipo en el que un solo tribunal debía llevar a cabo la instrucción y el fallo, por razones de política criminal que no son del caso comentar, se han alzado continuamente voces que clamaban contra tal despropósito, por entender que los principios esenciales del enjuiciamiento criminal contenidos en la Ley procesal estaban seriamente amenazados⁵².

En nuestro procedimiento, lo peor de todo es que el Juez que instruye el sumario —son palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— «es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y perjuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción, que, confundido lo civil con lo criminal y abrumados los Jueces de primera instancia por el cúmulo de sus múltiples y variadas atenciones, delegan frecuentemente la práctica de muchas diligencias en el escribano, quien, a solas con el procesado y los testigos, no siempre interpreta bien el pensamiento, ni retrata con perfecta fidelidad las impresiones de cada uno por grande que sea su celo y recta su voluntad; que, por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros Jueces y Magistrados ha adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales».

Ni que decir tiene que el diagnóstico del legislador de 1882 es perfectamente trasladable a la realidad actual. Sin embargo, la cuestión, que no es de hoy, viene, como se habrá adivinado, al hilo de la Sentencia de 26 de octubre de 1984 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso «De Cubber»), aunque el supuesto que aquí se trataba no es exactamente igual al que se ha planteado respecto de la legislación española⁵³. De todos modos es necesario destacar que el Tribunal, por unanimidad, falla que hubo violación del ar-

⁵² Cfr., ya desde el principio, la crítica de ALMAGRO, «Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal», en *Anales de la Universidad Hispalense*, 1968.

⁵³ En el caso de «De Cubber contra el Reino de Bélgica» un Magistrado que había tenido a su cargo la investigación penal, concurre luego a un Tribunal colegiado para dictar la sentencia. Ver un apunte sobre esta sentencia realizado por MARTIN-GRANIZO en *Poder Judicial*, núm. 4 (2.ª época), pp. 85 y ss. De todos modos, en nuestro ordenamiento jurídico una situación como la llevada ante el Tribunal no se debe producir, ya que la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga a los Magistrados y Jueces en quien concurra causa de recusación a inhibirse del conocimiento del asunto (art. 55), y es causa legítima de recusación «haber sido instructor de la causa» (art. 54.12), norma que no es aplicable naturalmente para todos aquellos procesos en que se atribuye la instrucción, conocimiento y fallo a los Jueces de instrucción (art. 3.º de la Ley 3/1967, de 8 de abril).

título 6.1 del Convenio, que garantiza a toda persona el derecho a que su causa sea oída por un tribunal imparcial, haciendo notar que el Magistrado «conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes —a menudo voluminosos— constituidos por sus tratados», por lo que se comprende que pueda «aparecer ocupando una posición que le permita desempeñar un papel capital en la jurisdicción que debe pronunciar el fallo, habiendo formado por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del Tribunal a la hora de la decisión».

Como bien constata esta doctrina y se puso de relieve por nuestro legislador del siglo XIX, la imparcialidad del juzgador padece desde el momento en que ha dirigido la instrucción y, preciso es reconocerlo solemnemente, la imparcialidad es una de las notas básicas que debe adornar el proceso, ejercicio de la potestad jurisdiccional, como principio fundamental de la jurisdicción. Para evitar el prejuicio, como uno de los logros más sobresalientes del sistema procesal penal mixto, se atribuye a dos órganos diferentes la instrucción y la resolución de los procesos penales, eparación que se mantiene en todos los países de Europa (salvo para la justicia correccional).

Esta doctrina y las anteriores consideraciones son sin duda pacíficamente trasladables a nuestro Derecho, y resultan así de dudosa constitucionalidad los procesos penales que el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a los Jueces de instrucción para su instrucción, conocimiento y fallo, no sólo por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, sino también por la salvaguardia del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), entre las que se encuentra en lugar señero la imparcialidad del juzgador.

Es necesario proceder, pues, con rigor y con urgencia a una reforma en profundidad de la maraña procesal que —también en el orden penal— nos asedia, al objeto de garantizar en toda su extensión los derechos de los ciudadanos. En el tema que se estudia parece imprescindible, de *lege ferenda*, atribuir al Ministerio Fiscal la investigación penal (solución que con cierta frecuencia se propugna), previa dotación de los oportunos medios y reservando al juzgador sólo la decisión; instituyendo una fase previa donde se pueda practicar la prueba anticipada que se precise por imposibilidad o dificultades de reproducción en el juicio y se pevea que el Juez, en orden a la limitación de los derechos fundamentales del inculcado, diga no sólo la última, sino también la primera palabra, limitándose por lo demás a recibir la acusación fiscal y decidir finalmente sobre las pruebas que en verdad se hayan practicado en el juicio, puede lograrse un proceso penal más ágil y más respetuoso de los derechos de los ciudadanos, sin necesidad de atribuir a los Juzgados de Instrucción «la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la ley» [art. 87.1.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial].

2. EL VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES

Como ordena el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practi-

cado, se considerarán denuncias para los efectos legales. Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio. En todo caso, los funcionarios de Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice».

Conectado este problema con el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto para su destrucción es preciso que se haya realizado «una mínima actividad probatoria producida con todas las garantías y que pueda considerarse de cargo» (doctrina reiterada por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 31/1981, de 28 de julio), deberá ahora considerarse el cómo y en qué medida las diligencias practicadas por la policía, que se contienen en el atestado, pueden adquirir relevancia probatoria, reputándose prueba de cargo suficiente para hacer decaer la presunción de inocencia, siempre que las diligencias se realizaran con todas las garantías.

Según ha reconocido el Tribunal Constitucional repetidas veces, el atestado, como dispone la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene un valor de mera denuncia en cuanto al hecho que se hace constar y a la persona a quien se imputa; por ello debe ser *ratificado* en el acto del juicio oral para que pueda considerársele prueba legítima de cargo, doctrina que naturalmente es de aplicación general para todas las diligencias policiales que (como sucede, por ejemplo, con los accidentes de circulación u otro tipo de conductas delictivas que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio).

En la Sentencia 145/1985, de 28 de octubre —que reproducimos parcialmente por su importancia en el problema que se aborda— el Tribunal Constitucional señala que:

«No cabe desconocer, sin embargo —y así se ha puesto de relieve en la Sentencia 100/1985, de 3 de octubre—, la peculiaridad del atestado que incluye la realización de la denominada prueba de impregnación alcohólica. De un lado, contiene el resultado de un test practicado con ayuda de instrumental técnico especializado al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial *lato sensu*, y aun cuando no constituya el único medio posible de investigación del supuesto delictivo, su carácter objetivo le proporciona una especial relevancia. De otro, resulta prácticamente imposible reproducir durante el juicio oral la prueba realizada mediante los aparatos oficialmente autorizados, por referirse a un sistema que no persiste hasta la celebración de la vista de la causa.

Las anteriores consideraciones no pueden, empero, llevar a la conclusión —sostenida por el Ministerio Fiscal— de que en este supuesto el atestado adquiere automáticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal. Es preciso que dicho atestado se incorpore al proceso de forma tal que resulten respetados, en la medida de lo posible, los principios de inmediación, oralidad y contradicción, garantizándose así al interesado su derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías.

En primer lugar, la imposibilidad de que la prueba alcoholimétrica se reproduzca en el acto de la vista y pueda cuestionarse directamente la fiabilidad de sus resultados hace necesario, en garantía del mencionado derecho de defensa, que el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que dicha prueba se verifique con las máximas garantías. Y por ello debe informársele, tal como señala la citada Sentencia de este Tribunal de 3 de octubre de 1985, de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece respecto a la repetición de la prueba y la realización de un análisis clínico en un centro sanitario.

Por otra parte, dada la naturaleza del test alcoholimétrico y del delito previsto en el artículo 340 bis, a), 1, del Código Penal, la incorporación del correspondiente atestado al proceso exige la realización de una actividad probatoria durante el mismo que permita contrastar su contenido en cuanto a la fiabilidad del resultado del test y el valor de éste como elemento determinante del supuesto delictivo, supuesto que no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Por ello, si alguno de dichos aspectos es cuestionado, la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado del test alcoholimétrico no puede por sí misma servir de fundamento a un fallo condenatorio. Es preciso en tales casos que el test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo.

Este criterio ha sido mantenido por este Tribunal en diversas ocasiones, y en el mismo sentido, de garantizar la fiabilidad de la mencionada prueba y su valor probatorio en el proceso penal, han de entenderse las vías señaladas por la jurisprudencia de los Tribunales españoles —como la declaración en el juicio oral de los funcionarios que levantaron el atestado o la práctica del test alcoholimétrico en presencia judicial—, así como las medidas previstas en otros ordenamientos jurídicos encaminados a complementar dicha prueba con la confirmación de sus resultados a través de métodos que proporcionan un grado mayor de constancia y precisión, como la práctica médica de un análisis de sangre, la conservación de las muestras y el envío de los resultados a la autoridad judicial competente. Dentro de esta línea cabe considerar asimismo los análisis clínicos previstos reglamentariamente en nuestro ordenamiento» (FJ 4).

Siguiendo naturalmente la pauta marcada por el Tribunal Constitucional en las varias sentencias citadas sobre esta materia durante el mes de octubre de 1985, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/1986, de 14 de febrero, concluye:

«1. En los partes de alcoholemia, ya procedan de las policías municipales o de la Guardia Civil de Tráfico, es imprescindible que consten las siguientes notas:

Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal

En primer lugar, la imposibilidad de que la prueba alcoholimétrica se reproduzca en el acto de la vista y pueda cuestionarse directamente la fiabilidad de sus resultados hace necesario, en garantía del mencionado derecho de defensa, que el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que dicha prueba se verifique con las máximas garantías. Y por ello debe informársele, tal como señala la citada Sentencia de este Tribunal de 3 de octubre de 1985, de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece respecto a la repetición de la prueba y la realización de un análisis clínico en un centro sanitario.

Por otra parte, dada la naturaleza del test alcoholimétrico y del delito previsto en el artículo 340 bis, a), 1, del Código Penal, la incorporación del correspondiente atestado al proceso exige la realización de una actividad probatoria durante el mismo que permita contrastar su contenido en cuanto a la fiabilidad del resultado del test y el valor de éste como elemento determinante del supuesto delictivo, supuesto que no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Por ello, si alguno de dichos aspectos es cuestionado, la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado del test alcoholimétrico no puede por sí misma servir de fundamento a un fallo condenatorio. Es preciso en tales casos que el test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo.

Este criterio ha sido mantenido por este Tribunal en diversas ocasiones, y en el mismo sentido, de garantizar al fiabilidad de la mencionada prueba y su valor probatorio en el proceso penal, han de entenderse las vías señaladas por la jurisprudencia de los Tribunales españoles —como la declaración en el juicio oral de los funcionarios que levantaron el atestado o la práctica del test alcoholimétrico en presencia judicial—, así como las medidas previstas en otros ordenamientos jurídicos encaminados a complementar dicha prueba con la confirmación de sus resultados a través de métodos que proporcionan un grado mayor de constancia y precisión, como la práctica médica de un análisis de sangre, la conservación de las muestras y el envío de los resultados a la autoridad judicial competente. Dentro de esta línea cabe considerar asimismo los análisis clínicos previstos reglamentariamente en nuestro ordenamiento» (FJ 4).

Siguiendo naturalmente la pauta marcada por el Tribunal Constitucional en las varias sentencias citadas sobre esta materia durante el mes de octubre de 1985, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/1986, de 14 de febrero, concluye:

«1. En los partes de alcoholemia, ya procedan de las policías municipales o de la Guardia Civil de Tráfico, es imprescindible que consten las siguientes notas:

- Nombre y apellidos del sometido a la prueba.
- Matrícula del vehículo conducido.
- Identificación suficiente de los agentes policiales actuantes.
- Especificación del alcoholómetro de precisión utilizado en la práctica de la prueba.
- Lugar y fecha —con expresión de la hora, día y año— en que la prueba se verificó.
- Resultado de las pruebas efectuadas.
- Constancia de haberse informado al interesado del derecho que le asiste a realizar una segunda prueba con aparato de precisión con un intervalo de diez minutos, del derecho a contrastar los resultados mediante análisis clínicos, así como de la sanción administrativa que acarrea la negativa a practicar la prueba.
- Conformidad, en su caso, del sometido a la detección alcohólica con los resultados obtenidos, así como la firma del mismo.

2. Como el hecho de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, recogido en el dato objetivo del grado de alcoholemia incorporado al atestado, ha de probarse para que pueda quedar eliminada la presunción de inocencia, en la instrucción del procedimiento penal y en el juicio oral deberán constar como diligencias:

- Confesión o reconocimiento de la ingestión alcohólica previa a la conducción por parte del interesado.
- Declaración durante el proceso o en el juicio oral de los agentes policiales que intervinieron en la retención del conductor y en la prueba de alcoholemia, para, en este último caso, que confirmen su resultado y los requisitos que la hacen eficaz.
- Declaración de los posibles testigos que puedan ratificar el test alcoholométrico merced a los signos externos de una posible embriaguez en el conductor.»

3. LOS DERECHOS DEL DETENIDO

El artículo 17.3 de la Constitución reconoce que «toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca».

El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, ha paliado en buena medida los múltiples problemas interpretativos que el precepto generaba en su anterior redacción de 1978, y que en su momento tuvo ocasión de poner de relieve⁵⁴.

La detención (dispone el art. 520.1) deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio. Se de-

⁵⁴ MORENO CATENA, «La defensa en el proceso penal», cit., pp. 61 y ss., donde se abordan los distintos problemas que este precepto planteaba.

clara, además, ahora sin ambages, que el detenido tiene derecho a guardar silencio, no contestando a alguna o algunas de las preguntas, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a que se ponga en conocimiento de la persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia, a ser asistido por un intérprete cuando se trate de extranjeros y a ser reconocido por un médico (art. 520.2).

A) *El derecho a ser informado*

Siguiendo la línea marcada por la Ley de 4 de diciembre de 1978 (de pre-desarrollo constitucional), el artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «toda persona detenida será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten».

La relevancia que se le da al derecho a ser informado viene de su condición de *prius* lógico en la mayoría de las detenciones para que el detenido pueda ejercer los derechos que le asisten. Por tanto, es imprescindible para salvaguardar los derechos de la defensa una puntual, completa, oportuna y comprensible información; se trata de la pieza fundamental para que no resulte una vana formulación o una simple *desideratum* lo que aparece como garantía constitucional.

El precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es, desde luego, necesario, pero tal vez no sea suficiente. Cuando se habla aquí de derecho a la información, quiero referirme a una información completa y detallada al detenido de sus derechos —de todos ellos, incluido el de iniciar un procedimiento de «hábeas corpus»—, siempre *de modo que le sea comprensible*. Esto supone que debe suprimirse la práctica de hacer afirmar a los detenidos en las Comisaría de Policía la diligencia de información de sus derechos en impresos donde se recoge con más o menos fiabilidad y alguna que otra omisión lo dispuesto en la Ley Procesal Penal, habiendo procedido antes, a veces, a una lectura rutinaria.

También impone la Constitución el deber de informar al detenido de las razones de su detención (extendiéndola la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los hechos que se le imputan), asimismo de modo que le sea comprensible. Viene al caso esta especificación para reiterar la crítica ya expuesta a lo que en su día se indicaba en la Circular de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre de 1978: «Esta notificación de los motivos de la detención no es posible ni en muchos casos sería prudente que se extendiera a más de lo que establece a tal efecto el artículo 513 para el contenido de las requisitorias, es decir, la mención específica de la figura de delito por el que se procede». Tal interpretación de la norma constitucional no es, desde ningún punto de vista, de recibo, como ahora se dice.

En primer lugar, la *imposibilidad de notificar los motivos* no se entiende, porque o bien la policía ha procedido a la detención por una orden superior —sea de una autoridad gubernativa, sea de la autoridad judicial—, y en talca-

so es un mero instrumento material, debiendo poner sin más trámite ni interrogatorio al detenido a disposición de quien le ordenó practicarla, o bien, procediendo de propia autoridad, el detenido estuviera imposibilitado para comprender las razones que se le dieran y en tal caso habría que esperar necesariamente a que recuperara sus sentidos, o bien se tratara de un detenido que no comprendiera el idioma y entonces se le ha de proveer de un intérprete; fuera de estos supuestos, no alcanzo a comprender qué circunstancias pueden imposibilitar la información al detenido.

En segundo lugar, creo que no cabe utilizar a estos efectos el criterio inaprehensible de la *prudencia*. La prudencia, que en el plano político puede considerarse muy aconsejable, en una perspectiva estrictamente jurídica carece de lugar, sobre todo si se tiene en cuenta que nos estamos desenvolviendo en un campo como el de los derechos fundamentales que no admiten cortapisas sino en colisión con otros derechos de esta naturaleza, máxime cuando no se reconocen constitucionalmente excepciones.

Por último, y en cuanto a lo que deba comprender la información, es absolutamente insuficiente «la mención específica de la figura de delito por que se procede». No se adecua en rigor a lo que quieren tanto la Constitución como la Ley procesal (que ahora habla de «hechos que se imputan»), porque no es lo mismo informar de las razones de la detención que despachar este deber proporcionando al detenido un simple dato técnico, designando una figura delictiva ⁵⁵.

B) *El derecho a la asistencia de abogado*

Al detenido, lo sea por la autoridad gubernativa o se trate de detención ordenada por la autoridad judicial, se le garantiza constitucionalmente la asistencia de abogado, en los términos que la ley establezca (art. 17.3).

La garantía de la asistencia de abogado se traduce en el derecho del detenido (y de toda persona a quien se impute la comisión de un hecho delictivo) a nombrar un defensor técnico de su elección o a que se le nombre de oficio cuando lo solicite. El derecho a la defensa por un profesional hay que considerarlo como la consagración positiva de una garantía para la persona que ve amenazada su libertad por encontrarse sometida a un proceso penal al imputársele la comisión de hechos delictivos, garantía que encuentra hoy general reconocimiento y tutela.

Las razones que abonan la consagración del derecho de defensa técnica, dotando al inculcado de los medios necesarios para disponer de un abogado defensor, parecen obvias. Entre otras ⁵⁶, la inferioridad en que puede encontrarse el inculcado por falta de conocimientos técnicos y a la presencia del Ministerio Fiscal y del Juez —que, en definitiva, va a decidir sobre cuestiones que le son muy cercanas—; la dificultad para comprender de una forma adecuada las results de la actividad desarrollada en el proceso ⁵⁷; la falta de se-

⁵⁵ Cfr. MORENO CATENA, «La defensa en el proceso penal», cit., pp. 66 y 67.

⁵⁶ Cfr. sobre el particular CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Nápoles, 1972, pp. 132 y 133.

⁵⁷ CORDERO, *Procedura penale*, 4.ª ed., Milán, 1977, afirma que el imputado es un ciudadano cualquiera «cuya altura e idoneidad intelectuales podrían estar por debajo del nivel necesario: el razonamiento jurídico

renidad o la imposibilidad física de actuar oportunamente en el supuesto de detención o prisión⁵⁸. Ello no significa naturalmente que el defensor técnico cuando entre al proceso, de oficio o llamado por el inculcado, adquiera autonomía frente a su defendido⁵⁹.

El derecho a la defensa técnica —a hacerse asistir de un abogado en el proceso penal— surge desde que se realiza una imputación contra una persona, de cualquier modo en que ésta se manifieste, y uno de los modos es, por supuesto, la detención. Por tal motivo, el artículo 520.2.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce que al detenido le asiste el «derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto»⁶⁰.

Pero así como se garantiza suficientemente el derecho a la *asistencia de abogado*, en la propia norma se impone de forma *obligatoria* para todo detenido: «si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio». Quiero reiterar aquí argumentos ya expuestos: el derecho a la defensa técnica ha de configurarse como un derecho inviolable, lo que significa que su titular no puede ser despojado de él contra su voluntad a favor de otros sujetos y, por eso mismo, el inculcado ha de gozar de un control en su ejercicio; inviolabilidad equivale y significa inalienabilidad⁶¹; se trata, pues, de un derecho renunciable y no cabe en puridad hablar de una obligación de defenderse, como lo acreditan los supuestos de «conformidad» o «confesión» del acusado. Tomando como punto de referencia el derecho a la presunción de inocencia, cabe considerar coherente y provechosa —y desde luego legítima— una actitud puramente pasiva, o la utilización de medios autodefensivos, que tan alejados se encuentran del sentir del legislador español.

Hay que convenir en que estructuralmente la presencia de un abogado que asista al inculcado en la investigación no es necesaria (salvo los casos de prueba anticipada). La obligatoriedad, por tanto, sólo puede responder a dos razones: o bien se establece con carácter tuitivo porque el legislador considere que los ciudadanos no comprenden bien el alcance de esta garantía tan preciada que se pone a su disposición, o bien se muestra reticente de que las autoridades encargadas de la investigación penal vayan a hacer comprender de forma suficiente al inculcado que de manera absoluta y sin trabas se le reco-

supone unas premisas que el profano ignora, y discurre por laberintos de una estricta lógica; existen además problemas de lenguaje, y, finalmente, la persona cuya libertad se cuestiona podría no ser la más indicada para desarrollar una labor defensiva que exige lucidez y frialdad.

⁵⁸ Sobre el particular, cfr. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milán, 1876, pp. 228 y ss.

⁵⁹ Cfr. MORENO CATENA, «La defensa en el proceso penal», cit., pp. 44 y 45.

⁶⁰ La nueva redacción de este precepto resulta algo más generosa que la anterior, que limitaba la presencia del abogado a la asistencia al interrogatorio, recabar la lectura de este artículo e intervenir en todos los reconocimientos de identidad. Las reticencias se explican por la restrictiva e incomprensible interpretación de la Circular de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre de 1978, considerando que la intervención del abogado en otras diligencias no se hallaba legalmente autorizada. Muy al contrario, matuve en «La defensa...», cit., p. 70, que el abogado «con su presencia activa en estas diligencias puede aportar puntos de vista propios y hacer observaciones pertinentes que coadyuven tanto al éxito de las investigaciones policiales como al éxito de la misión defensiva del abogado, evitando dilaciones inútiles o injustificadas en la privación de libertad del detenido, o poniendo de manifiesto las oportunas justificaciones que lleven aparejada su puesta en libertad».

⁶¹ Así, DENTI, «La difesa come diritto e come garanzia», cit., p. 50.

noce un derecho fundamental a recabar la asistencia de un abogado. Sin embargo, en el juicio oral la defensa técnica obligatoria efectivamente responde a una exigencia del correcto desenvolvimiento del proceso⁶².

Así y todo, la regulación de la obligatoria presencia del abogado en las diligencias que deban practicarse en relación con el detenido no resulta del todo satisfactoria; con la mirada puesta en la asistencia letrada el legislador paradójicamente ha olvidado por completo al propio detenido, que puede encontrarse hasta ocho horas (o más si ha designado uno de su elección y éste con posterioridad no aceptara el encargo) privado de libertad y sin prestar declaración ni poder instar la práctica de diligencia alguna, para proceder finalmente a declarar o a ser reconocido aun sin la presencia y asistencia de abogado alguno (art. 520.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En cualquier caso, la previsión normativa de la defensa técnica obligatoria se reduce a los detenidos o presos, de forma que, aun después del auto de procesamiento en donde se decreta la libertad provisional del procesado, habrán de seguirse las normas generales del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: sólo se requerirá a los inculcados para que verifiquen el nombramiento de abogado y procurador o, en otro caso, se les nombrarán de oficio, «cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación»⁶³.

⁶² Cfr. las razones de este aserto en MORENO CATENA, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

⁶³ Sobre el sentido de tales expresiones, autor y obra citados, pp. 94 a 99.