

Francesc J. Iborra i Martínez

**EL DRET A LA LLIBERTAT PERSONAL I LA SEVA RESTRICCIÓ EN EL
CAS DELS ESTRANGERS**

TREBALL DE FI DE GRAU

dirigit per la Sra. Neus Oliveras i Jané

Grau de Dret



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2014

ÍNDIX

Introducció.....	7
1. El dret a la llibertat personal a la Constitució Espanyola.....	11
1.1. Els drets fonamentals.....	11
1.2. El dret a la llibertat.....	13
1.3. Titularitat del dret.....	17
1.4. Delimitació del dret.....	19
1.4.1. Contingut i garanties.....	19
1.4.2. Diferències entre llibertat i seguretat.....	20
1.4.3. Diferències entre llibertat personal i altres llibertats.....	21
2. Límits i suspensió del dret a la llibertat personal.....	23
2.1. Els límits segons el Tribunal Constitucional.....	23
2.2. Garanties per a la seva restricció.....	24
2.2.1. La Reserva de Llei.....	24
2.2.2. Proporcionalitat.....	26
2.2.3. Motivació.....	27
2.2.4. Jurisdiccionalitat. Principi de legalitat penal.....	28
2.2.5. Principi de “ <i>favor libertatis</i> ”.....	28
3. Causes de privació de la llibertat personal. Especial referència als estrangers.....	31
3.1. Causes genèriques de privació de la llibertat personal.....	31
3.2. La detenció a l’art. 17 CE.....	31
3.2.1. Regulació.....	31
3.2.2. Concepte.....	32
3.2.3. Aplicació.....	34
3.2.4. Tipus de detenció.....	34
3.2.5. Durada de la detenció.....	38
3.2.6. Finalització de la detenció.....	39
3.2.7. Drets del detingut.....	42
3.2.8. L’ <i>Habeas Corpus</i>	46
3.2.9. Doctrina del Tribunal Constitucional.....	49
3.3. Règim jurídic dels estrangers. Normativa sobre estrangeria.....	50

3.4 La detenció en els estrangers.	54
3.4.1. La comissió d'una infracció penal.	54
3.4.2. La detenció preventiva per la expulsió del territori nacional.	55
3.4.3. La detenció preventiva per la extradició	55
3.4.4. Impossibilitat d'identificació.	56
3.4.5. Execució d'una ordre de detenció europea	56
3.4.6. Estats d'alarma i excepció.	57
3.4.7. Pertinença a banda armada i/o terrorista.	58
3.5. L'internament d'estrangers.	58
3.5.1. Règim jurídic de l'internament	59
3.5.2. Drets i garanties de l'internament	60
3.5.3. Drets i deures de l'estranger internat.	62
3.6. La detenció i l'internament de menors estrangers	64
4. Conclusions.	69
5. Fonts d'informació	75
5.1. Bibliografia	75
5.2. Jurisprudència	78
5.3. Legislació	80

ABREVIATURES UTILITZADES

Art.	Article
CC	Codi Civil
CEDH	Conveni Europeu de Drets Humans
CDFUE	Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea
CIDN	Convenció Internacional sobre Drets dels Nens
CNP	Cos Nacional de Policia
CP	Codi Penal
DDFF	Drets Fonamentals
DDHH	Drets Humans
DGAIA	Direcció General d'Atenció a la Infància i la Adolescència
DUDH	Declaració Universal de Drets Humans
LEC	Llei d'Enjudiciament Civil
LECrim	Llei d'Enjudiciament Criminal
LO	Llei Orgànica
LOEx	LO 4/2000 de 11 gener, sobre drets i llibertats dels estrangers
LOPSC	Llei Orgànica 1/1992 de 21 de febrer, de Protecció de la Seguretat Ciutadana
PIDCP	Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics
RD	Reial Decret
STC	Sentència Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TI	Tractat Internacional
TCE	Tractat de la Comunitat Europea

INTRODUCCIÓ

Tot i que la Constitució Espanyola inclou un seguit de drets fonamentals i llibertats públiques i que a més, els dóna una protecció especial, aquests drets es poden veure afectats, vulnerats i fins i tot restringits en determinades situacions. Un d'aquests drets és el de la llibertat i seguretat personal de l'art. 17 CE, que pot veure's violat per l'actuació dels membres de les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat (en els casos de detenció), per decisions de l'autoritat judicial (en casos d'internament en centres penitenciaris), o fins i tot per decisions del poder legislatiu (en casos de situacions d'emergència). En aquest article 17 CE podem trobar el reconeixement, la garantia, i els supòsits de privació de la llibertat personal.

Donada l'època en la que ens ha tocat viure, on els fluxos de població, les amenaces terroristes, la crisi econòmica, etc. estan a l'ordre del dia, on els immigrants comprenen un percentatge important de la població total del territori nacional, aquest estudi es centrarà en l'afectació del dret a la llibertat i seguretat personal dels estrangers.

La societat espanyola ha experimentat un canvi molt important per l'arribada en els últims anys d'un contingent molt nombrós d'immigrants, aspecte que, evidentment, ha tingut repercussions tant a nivell social com econòmic. Això va provocar que el legislador es veies obligat a regular aquest flux migratori d'entrada al territori nacional amb la LO 4/2000 de 11 de gener, sobre els drets i llibertats dels estrangers en Espanya i la seva integració social (tot i que anteriorment ja existia una regulació dels drets dels estrangers amb la LO 7/1985, de 1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers) llei que posteriorment ha sofert nombroses modificacions. Regulació que ha de complir i respectar els pactes i compromisos internacionals que l'Estat espanyol té adquirits, tant amb la Unió Europea (pels estrangers de la UE), com amb altres països de fora d'ella.

Degut a la meua professió com a agent de l'autoritat he pogut comprovar que el percentatge de delinqüència ha augmentat considerablement en aquest col·lectiu des de l'arribada de la crisi, i suposadament com a conseqüència directa d'aquest fenomen. Fet que, en certa manera, m'ha motivat a escollir aquesta línia temàtica, que actualment està d'actualitat pels fets ocorreguts amb els immigrants que volen entrar al territori nacional per la zona de Melilla i per l'actuació dels Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat.

Cal pensar que ens trobem davant d'un col·lectiu de persones amb un grau de vulnerabilitat més alt que els nacionals degut a les característiques pròpies que els envolta, terra aliena i desconeguda, cultura diferent als seus costums, llengua estranya, etc... Tot això fa que en situacions difícils com la que estem vivint els darrers anys aquest grup es trobi més exposat a patir les conseqüències d'un entorn econòmic i laboral deficient i precari i que els seus drets fonamentals puguin veure's afectats.

En alguns d'aquests casos una de les sortides fàcils que troben és delinquir per poder sobreviure i es per aquestes qüestions que el tema ha generat un interès personal i professional i pel que he enfocat el treball més concretament cap a la part que afecta a la detenció policial, amb l'objectiu de comprovar si la legislació actual és suficientment clara i protectora dels drets fonamentals d'aquest col·lectiu. I si aquesta legislació dona peu o marge a la discrecionalitat del sector policial per què es produeixin situacions com les que hem pogut veure recentment a la frontera amb Marroc.

És per tot això que l'objectiu del treball, és fer un estudi dels casos en que la Constitució permet restringir el dret a la llibertat personal d'aquest col·lectiu d'estrangers i si la legislació vigent garanteix i protegeix adequadament aquest dret, davant l'actuació dels cossos policials, els òrgans jurisdiccionals i l'Administració.

Per tractar aquesta temàtica, he analitzat els següents aspectes:

En el primer d'ells parlo dels drets fonamentals i analitzo el dret a la llibertat personal en el marc constitucional, fent un estudi de l'art. 17 CE i estudiant la titularitat i el contingut del dret.

En un segon apartat analitzaré els límits, la restricció i la suspensió del dret, analitzant les causes i els requisits establerts perquè es pugui donar i analitzant les vies que la Constitució deixa al nostre abast perquè sigui possible.

A continuació seguiré amb les causes de privació de la llibertat personal, fent una especial referència als estrangers i veient el règim jurídic dels estrangers, fent un repàs cronològic de la legislació espanyola en matèria d'estrangeria i immigració fins a l'actualitat. Aquest apartat és el més extens i més important del treball, ja que inclou, també, la figura de la detenció i l'internament d'estrangers.

Per finalitzar el treball, realitzo una sèrie de conclusions particulars i valoracions personals sobre els diferents aspectes treballats al llarg de l'estudi, assenyalant al final del mateix la bibliografia utilitzada.

Pel que fa a les fonts d'informació emprades, cal dir que per la realització del treball he pogut trobar una àmplia base bibliogràfica, a més d'una extensa base jurisprudencial del Tribunal Constitucional. És evident que la importància d'aquest dret ha fet que hagin arribat un nombre considerable de casos a l'alt Tribunal, encara que podria arribar a dir que aquest Tribunal centra les seves decisions en dos o tres sentències a les que contínuament fa remissió i que evidentment surten reflectides al llarg del treball.

Pel que fa als autors puc dir que hi ha una postura bastant unificada quant a tot el que envolta aquest dret i concretament a l'article 17 de la Constitució Espanyola, pel que no he trobat excessives dificultats a l'hora de tractar tota la informació consultada.

Per finalitzar aquesta introducció m'agradaria afegir que la realització d'aquest treball m'ha suposat descobrir alguns aspectes normatius que desconeixia totalment des de la pràctica professional, pel que ha estat molt satisfactori, a més de comprovar que tot i l'extensa normativa connexa que trobem sobre el tema, encara hi ha aspectes que queden desprotegits en certa manera, tal i com veurem a les conclusions.

1. EL DRET A LA LLIBERTAT PERSONAL A LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA.

Aquest capítol ens introduirà amb les generalitats dels Drets Fonamentals. Es realitzarà també un anàlisi més concret del dret a la llibertat personal partint del text de l'art. 17 CE i reforçant-lo amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional (d'ara endavant TC), a més d'altres normes de la pròpia Constitució.

1.1 Els Drets Fonamentals

En paraules de Díez-Picazo, *“Los derechos fundamentales encarnan, como se ha visto, los valores básicos de la democracia constitucional”*¹

Històricament trobem que l'aparició dels drets fonamentals va lligada amb la història del constitucionalisme i associada a la limitació i control dels poders executiu i legislatiu mitjançant el Dret. La finalitat dels drets fonamentals sempre ha estat la de protegir als individus en front de l'Estat. D'acord amb Díez-Picazo, *“Puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas”*². A més, Iglesias Báñez ens afegeix que, *“al ser derechos que dependen de la naturaleza humana los tienen todos los seres humanos”*³.

Tot i que sovint es poden confondre els Drets Humans amb els drets fonamentals, cal tenir clar que ambdós es troben en categories diferents. La diferència terminològica ve donada per l'ordenament que els reconeix, si es tracta de Tractats Internacionals⁴, parlarem de Drets Humans i si es tracta de dret intern, de drets fonamentals. En aquest sentit i en paraules de Maxine Harrison, *“Los Derechos Humanos son facultades que el Derecho atribuye a las personas y a los grupos sociales, expresión de sus necesidades en lo referente a la vida, la libertad, la igualdad, la participación política o social, o cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de las personas en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto o la actuación de los demás*

¹ Díez –PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*. 3ª edición. Ed. Thomson Cívitas. Pamplona, 2008. Pág. 57.

² Díez –PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*. 3ª edición. Ed. Thomson Cívitas. Pamplona, 2008. Pág. 33.

³ IGLESIAS BÁÑEZ, M. *Estructura orgánica y Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2010. Pág. 146

⁴ Conveni Europeu de Drets Humans, Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación”⁵.

Els drets fonamentals els trobem al Títol I de la Constitució Espanyola de 1978 (d’ara endavant CE), això no vol dir que fora d’aquest títol no puguem trobar altres drets fonamentals. La diferència radica en que la CE dona una protecció especial i reforçada a tota aquells drets que es troben inclosos al Títol I, i concretament als de la Secció 1^a del Capítol II d’aquest títol. *“Cosa distinta es que los derechos reconocidos fuera del Título I gocen de protección jurisdiccional reforzada. A tenor del art. 53.2 CE, esta garantía corresponde sólo a los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del mencionado Título I”⁶.*

La CE propugna la llibertat com un dels valors superiors de l’Ordenament Jurídic (art. 1.1 CE), així mateix vincula a tots els ciutadans i als poders públics (art. 9.1 CE), a més determina que la interpretació dels drets fonamentals i llibertats es farà d’acord amb la Declaració Universal dels Drets Humans i els Tractats Internacionals (art. 10.2 CE).

És a l’art. 17 CE on es reconeix i garanteix el dret fonamental a la llibertat personal i on també trobem la previsió dels supòsits de privació d’aquest dret. D’aquest articulat podem deduir dos blocs conceptuals, un genèric que reconeix el dret a la llibertat i a la seguretat; i un específic que garanteix la llibertat personal enfront la detenció policial o judicial i la presó preventiva per la comissió d’un delictes⁷.

La llibertat i la seguretat queden reconegudes i configurades com drets recollits a la Secció Primera del Capítol II del Títol I de la CE, reiterant el que disposa l’art. 5.1 del Conveni Europeu de Drets Humans i l’art. 9.1 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics.

Com a efecte principal de l’art. 17, s’estableix la reserva de llei per regular els casos i les formes en que s’ha de privar la llibertat personal, assegurant d’aquesta manera que només el Poder Legislatiu pugui determinar les causes de privació⁸. Aquest principi de

⁵ MAXINE HARRISON, M. “Reflexiones sobre el estudio de los Derechos Humanos y su fundamentación”. *Universitas*, revista de filosofía, derecho y política. N° 2, 2005. Pág 16.

⁶ DIEZ –PICAZO, L. *Sistema de derechos fundamentales*. 3^a edición. Ed. Thomson Cívitas. Pamplona, 2008. Pág. 59.

⁷ Art. 17.2 CE in fine.

⁸ Art. 53.1 CE. *“Els drets i les llibertats reconeguts en el capítol segon del present títol vinculen tots els poders públics. Només per llei, que en tot cas haurà de respectar el seu contingut essencial, podrà*

legalitat el trobem reflectit a l'art. 489 Llei d'Enjudiciament Criminal (d'ara endavant LECrim)⁹

Com a reforç d'aquesta garantia, l'art. 81.1 CE estableix que la reserva de llei ha de ser desenvolupada per Llei Orgànica. I també, degut a la ubicació de l'art. 17 CE (a la Secció 1^a, Capítol II, Títol I CE), aquest està protegit davant qualsevol possible reforma constitucional¹⁰

Troblem més garanties als art. 161.1.b CE, on la tutela d'aquest dret pot sol·licitar-se al TC mitjançant el recurs d'empara¹¹.

En referència al bloc específic sobre la detenció (art. 17.2 CE) i les garanties constitucionals, en parlaré més endavant a l'apartat del treball relatiu a la detenció d'estrangers.

1.2 El dret a la llibertat

Pel que fa a la llibertat personal, la trobem regulada a l'art. 17 CE, que diu:

“1. Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat. Ningú podrà ser privat de la seva llibertat, sinó amb l'observança del que estableix aquest article i en els casos i en la forma previstos en la llei.

2. La detenció preventiva no podrà durar més temps del que sigui estrictament necessari per a fer les indagacions per tal d'aclarir els fets i, en qualsevol cas, dins el termini màxim de setanta-dues hores, el detingut haurà de ser posat en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial.

3. Tota persona detinguda ha de ser informada immediatament, i de manera que li sigui comprensible, dels seus drets i de les raons de la detenció, i no podrà ser obligada a declarar. Es garanteix l'assistència d'advocat al detingut en les diligències policials i judicials, en la forma que la llei estableixi.

regular-se l'exercici d'aquests drets i d'aquestes llibertats, que seran tutelades d'acord amb el que preveu l'article 161.1.a.2”.

⁹ Art. 489 LECrim, “ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriben”

¹⁰ A l'art. 168 CE trobem que per la reforma de part del Títol I (Secció 1, Capítol II, Títol I) o del Títol II de la CE, es requereix la majoria de dos terços del Congrés i del Senat.

¹¹ Remissió a la L 62/1978 de 26 de desembre de Protecció Jurisdiccional dels Drets Fonamentals i LO 2/1979 de 3 d'octubre del Tribunal Constitucional.

4. *La llei regularà un procediment d'habeas corpus per tal de posar immediatament a disposició judicial tota persona detinguda il·legalment. També es determinarà per llei el termini màxim de durada de la presó provisional*".

Un cop vist el literal de l'art. 17 CE és imprescindible que realitzem un breu anàlisi del seu contingut:

- Art. 17.1 CE; la llibertat de la persona es pot manifestar de diferents formes (ambulatoria, de residència...). Aquí es fa referència a la llibertat més bàsica i essencial, la de la pròpia disposició i de voluntat, que a més és un requisit indispensable per poder exercir altres llibertats i drets. La finalitat d'aquest dret és la protecció de l'individu davant una detenció, condemna o qualsevol altre tipus de privació de llibertat injustificada. En aquest aspecte, la Constitució ens mostra aquest dret fonamental paral·lelament al desenvolupament de la privació de la llibertat, es a dir, hem d'extreure el contingut del dret analitzant-lo des de la seva vessant negativa.

Cal destacar d'aquest primer apartat, l'aparició del principi de legalitat, segons el que només es podrà privar de la llibertat en aquells casos previstos a la llei i de la manera que la llei determini.

Pel que fa al concepte constitucional de llibertat personal, trobem la STC 120/1990 de 27 de juny (FJ 11), que ens diu que *"la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas..."*

- Art. 17.2 CE; si a l'apartat anterior trobàvem una garantia amb el principi de legalitat, aquí apareix una altra garantia pel que fa a la durada de la privació de la llibertat, establint un límit temporal. Aquest límit, tal com veurem posteriorment quan es parli de la durada de la detenció pot ser relatiu o absolut. De no complir-se aquesta limitació temporal, la detenció, tot i ajustar-se a dret podria acabar sent il·legal.

Pel que fa al Tribunal Constitucional, a la STC 224/1998 de 30 de desembre (FJ 3) ens diu que *"habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene*

en el Estado de Derecho, es obligada la estricta observancia de las garantías dispuestas por el citado art. 17 de la Constitución. Esta somete la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible, como señalamos en la STC 199/1987, y en consonancia con lo dispuesto por el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, ambos ratificados por España. En tal sentido, el tiempo "estrictamente necesario" de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las setenta y dos horas. Pero este tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente."

A més hi ha d'haver una finalitat preventiva, no punitiva, que assegurí l'aclariment del fet delictiu, que eviti la fuga del presumpte infractor i que assegurí el procediment.

- Art. 17.3 CE; aquest apartat preveu una sèrie de drets per a la persona privada de llibertat, desenvolupats a la LECrim (art. 520 i ss). Aquests també seran desenvolupats posteriorment en aquest treball, tot i que podem anticipar que el TC també s'ha pronunciat respecte a alguns d'aquests drets. Per exemple, la STC 45/1997 de 11 d'abril (FJ 7) ens diu que *"Nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Según se recuerda en la STC 197/1995, "no puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 C.E. no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o*

podrían imputar o a declarar en tal sentido. El ejercicio del ius puniendi del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o inculpativa de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo"; o la STC 196/1987 de 11 de diciembre (FJ 4), referent al dret a la assistència lletrada que ens diu que "El art. 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al «detenido» en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las Sentencias 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981\21) y 48/1982, de 5 de julio (RTC 1982\48) y, por tanto, en relación con el «acusado» o «imputado».

- Art. 17.4 CE; aquí s'introdueix un altra garantia per al dret fonamental, que estableix un mecanisme protector del dret que es basa en el principi d'agilitat de les actuacions i el de no formalitat, ja que només amb la sol·licitud verbal i sense assistència lletrada es pot iniciar el procediment. Per entendre millor aquest mecanisme em remeto al punt 4.3.6 del present treball on es desenvolupa aquest procediment.

Com hem pogut veure, tot i que l'art. 17 CE garanteix el dret a la llibertat personal, no ens fa una definició del seu significat. Aquest problema definitori el trobem també a la legislació internacional on es troba reconegut aquest dret¹², pel que hem d'anar a buscar a la jurisprudència del TC alguna definició que ens delimiti el significat de llibertat personal.

En aquesta línia trobem diverses maneres de definir aquest dret, tot i que la més recurrent és la trobada en sentències del TC: *"la seguridad aludida en ese pasaje constitucional comporta o implica la ausencia de perturbaciones procedentes de*

¹² Art. 5 Conveni Europeu de Drets Humans i art. 6 Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”¹³. També trobem a la jurisprudència que: “El art. 17.1 de la Constitución reconoce a todos «el derecho a la libertad», entendida ésta, según reiterada doctrina de este Tribunal, como «libertad física» que protege a todos no sólo, según dice la Sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos”¹⁴.

Dels Drets Fonamentals, el de la llibertat, juntament amb el dret a la vida i a la integritat física, és un dels més preuats per la persona. Considerat dintre del panorama internacional com un dret de primera generació (civils i polítics)¹⁵, i si tenim en compte l’art. 1.1 CE, un dels valors superiors del nostre Ordenament Jurídic.

En resum, el dret a la llibertat personal bàsicament es refereix a la llibertat física o de moviment, per tant la persona no pot ser privada de la possibilitat de poder-se moure. Per tant, l’objecte del dret és la simple i mera llibertat deambulatòria o de moviment sense cap privació o restricció arbitrària.

1.3 Titularitat del dret.

La redacció de l’art. 17.1 CE diu que “Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat”. Per tant, podem observar que de forma clara i determinant no realitza cap diferenciació entre els individus, independentment de la condició de nacional o estranger, sinó que atorga el dret de forma generalitzada a tothom.

¹³ STC 15/1986 de 31 de gener [RTC 1986\15], FJ 2. Aquesta sentència tracta sobre la seguretat personal que dona el dret a l’execució de les sentències judicials i respecte a aquesta qüestió, al FJ2 el Tribunal especifica clarament la diferència entre la llibertat i seguretat personal de l’art. 17 CE amb la seguretat jurídica que garanteix l’art. 9.3 CE.

¹⁴ STC 120/1990 de 27 de juny [RTC 1990\120]. En aquesta sentència es denega l’empara a un grup de reclusos del GRAPO que es declaren en vaga de fam i que es veuen obligats a rebre alimentació i assistència mèdica per ordre judicial. El Magistrat Sr. Jesus Leguina Villa formula un vot particular contrari a la decisió adoptada pel Ple del Tribunal Constitucional expressant la seva opinió personal i interpretació de la doctrina seguida fins a les hores pel Tribunal.

¹⁵ Drets que defenen la llibertat i tenen com a funció principal limitar l’acció del poder i garantir la participació política dels ciutadans. Dret a la vida, a la igualtat, a la llibertat personal i a la seguretat, a la propietat, a la llibertat ideològica i religiosa, al vot, a l’associació, a la llibertat de reunió, a la vaga, a sindicar-se...

No obstant, la jurisprudència s'ha encarregat en nombroses ocasions de definir i concretar aquesta titularitat. Cal fer menció a una de les sentències del TC que han estat claus en la postura d'aquest alt Tribunal; *“Habida cuenta de su conexión con la dignidad humana son titulares activos de este derecho fundamental las persona físicas, con independencia de su nacionalidad, sean españolas o extranjeras (STC 115/1987¹⁶)*.

En aquest mateix sentit podem mencionar la STC 99/1985 de 30 de setembre (FJ 2)¹⁷; o la més recent, STC 236/2007 de 7 de novembre (FJ 3)¹⁸.

Per tant, podem determinar que els titulars actius d'aquest dret és qualsevol persona física, tant nacional com estrangera i en aquest últim cas, tant si la seva situació al territori nacional és legal o no. En canvi queden excloses les persones jurídiques donat que no disposen de capacitat deambulària.

Atenent a la LO 4/2000 de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers i al dret internacional de la Unió Europea, quan parlem dels “no nacionals” hem de distingir entre estrangers nacionals de països que pertanyen a la UE i els que pertanyen a tercers països.

Quant als titulars passius del dret, tant ho poden ser els particulars com els poders públics i per tant ambdós estan obligats a respectar aquest dret a la llibertat personal. Tot i que la regla general determina que són els poders públics els que poden efectuar privacions de llibertat amb validesa jurídica, aquesta titularitat passiva es fa extensiva

¹⁶ La STC 115/1987 de 7 de juliol [RTC 1987\115], resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat pel Defensor del Poble contra alguns dels articles de la LO 7/1985 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya. Se la pot considerar una sentència interpretativa ja que el Ple va resoldre el recurs mitjançant una resolució interpretativa, marcant un punt de referència sobre la qüestió tractada. A aquesta sentència es farà al·lusió en altres punts del treball.

¹⁷ STC 99/1985 de 30 de setembre [RTC 1985\99], FJ 2, *“pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, son aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 CE constituye fundamento del orden político español”*. Es tracta d'un presumpte delict de fals testimoni que denuncia una ciutadana estrangera i que el denunciador vol fer servir aquesta condició d'estrangera com a motiu suficient per què aquesta senyora no tingui dret a la tutela judicial efectiva.

¹⁸ STC 236/2007 de 7 de novembre [RTC 2007\236], FJ 3, *“en esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Aquesta sentència resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat pel Parlament de Navarra contra la LO 6/2000 de 22 de desembre, sobre els Drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

als particulars atenent a l'art. 490 LECrim¹⁹, que preveu que la detenció pugui ser efectuada per aquests últims.

Pel que fa a les persones jurídiques, tot i que no són d'importància per al treball, cal dir que la teoria general ens diu que *“la propia naturaleza del derecho impide que la titularidad se extienda a las personas jurídicas, que carecen de libertad física”*²⁰, tot i que el Tribunal Constitucional en algunes de les seves sentències a reconegut alguns drets fonamentals a les persones jurídiques, com per exemple el dret a la tutela judicial efectiva (STC 34/1994, de 31 de gener), la llibertat d'expressió i informació (STC 192/1999, de 25 d'octubre), la llibertat d'associació (STC 56/1995, de 6 de març) o la inviolabilitat del domicili (STC 137/1985, de 17 d'octubre).

1.4 Delimitació del Dret.

1.4.1 Contingut i garanties.

Tal com hem vist anteriorment a l'art. 17.1 CE, aquest no recull el conjunt de facultats que haurien de definir el contingut del dret. No obstant, si que reconeix i garanteix el dret.

D'aquest text surt la garantia de que la privació de la llibertat només serà lícita si es dona en alguns dels supòsits legalment establerts, a més de ser practicada de la forma establerta a la norma. A més, de la literalitat de l'article podem extreure que la privació de la llibertat està sotmesa a reserva de llei i per tant desenvolupada i regulada per Llei Orgànica, tal com exigeix l'art. 81.1 CE. Per tant, la LO que reguli aquests casos, a més de preveure els supòsits de privació de llibertat personal, també haurà de regular el procediment per fer-ho.

¹⁹ Art. 490 LECrim *“Cualquier persona puede detener:*

1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.

2.º Al delincuente in fraganti.

3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.

4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.

6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.”

²⁰ IGLESIAS BÁREZ, M. *Estructura orgánica y Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2010. Pág. 206

En el cas concret dels estrangers, la delimitació dels drets i llibertats està regulada per Llei ordinària atenent a l'art. 13.1 CE²¹, i per tant ens haurem de remetre a la normativa específica sobre estrangeria, que tractarà a l'apartat 4.1 d'aquest estudi.

1.4.2 Diferències entre llibertat i seguretat.

L'article 17.1 CE ens parla en el mateix apartat de llibertat i de seguretat, i genera el dubte de si es tracta d'un mateix dret o de si són dos drets complementaris.

Segons la doctrina constitucional es tracta de dos aspectes del mateix dret, dirigit als poders públics i als particulars. Pel que fa als poders públics, prohibeix que aquests dictin normes que atemptin o generin inseguretat en l'exercici de la llibertat; i pel que fa als particulars, assegura que aquests no limitin la llibertat.

El dret a la seguretat, per tant, exigeix la prohibició de mesures privatives o restrictives de la llibertat sense les mínimes garanties necessàries. El TC també distingeix entre seguretat personal i seguretat jurídica, relacionant la primera amb la llibertat personal, i la segona amb un sentit més interpretatiu del dret: *“La seguridad aludida en el artículo 17.1 CE comporta o implica la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención y otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona (...) El derecho a la seguridad reconocido en el art. 17.1 es, así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE y que equivale a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y a los intereses jurídicamente tutelados”*²²

El TC distingeix entre seguretat personal, ciutadana (art. 104 CE) i pública (art. 149.1.29 CE). Pel que fa a la seguretat ciutadana, concreta que es tracta de la seguretat material de persones i béns dels ciutadans enfront de qualsevol atac que els posi en perill²³. I quant a la seguretat pública, que engloba els mecanismes dirigits a la protecció de les persones i béns enfront de qualsevol perill procedent d'actes humans o successos naturals.

²¹ Art. 13.1 CE, “Els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el títol present en els termes que estableixin els tractats i la llei”

²² STC 15/1986 de 31 de gener, RTC [1986\15]. FJ 2. En el mateix sentit ITC 167/1990, de 5 de novembre [RTC 1990\167, Interlocutòria]

²³ STC 325/1994 de 12 de desembre [RTC 1994\325], FJ 2. En aquesta sentència es tracta sobre la procedència de la concessió de la llibertat condicional a un pres per patir el SIDA tot i els antecedents penals i disciplinaris del mateix. Ja que un dels arguments és la vulneració del dret a la seguretat de l'art. 17 CE, el Tribunal al FJ2 enumera de forma detallada les diferències entre la seguretat personal de l'art. 17 CE, la seguretat ciutadana de l'art. 104 CE i la seguretat pública de l'art. 149 CE.

En conclusió, el TC ha definit en nombroses ocasions el que hem d'entendre per llibertat: és la facultat *“de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”*; i per seguretat, *“la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitrariamente o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad”*²⁴. En aquest mateix sentit trobem una definició similar de llibertat a la STEDH de 8 de juny de 1976 (cas Engel), en aquesta sentència es tracta el cas d'uns militars holandesos que pateixen un seguit de sancions disciplinàries i que en alguns dels casos el Tribunal Europeu considera que s'ha vulnerat el dret a la llibertat dels militars condemnats.

1.4.3 Diferències entre llibertat personal i altres llibertats.

En aquest epígraf distingiré la llibertat personal del dret a la llibertat de residència i circulació, drets estretament relacionats i que tenen en comú als estrangers.

Quant a la titularitat del dret, a l'art. 19 CE²⁵ només es fa referència literal als espanyols, no obstant, l'art. 13.1 CE ens diu que els estrangers podran gaudir de les mateixes llibertats que els nacionals, per tant, també seran titulars d'aquest dret. Aquest aspecte es veu reforçat i ampliat amb l'aprovació del Tractat de Maastricht a l'any 1992, en que es preveu que els ciutadans de l'UE tenen dret a circular i residir lliurement en qualsevol dels Estats membres (art. 18 TCE vigent fins al 1 de desembre de 2009, i art. 20.2 TFUE). Pel que fa als estrangers nacionals de tercers països, gaudiran d'aquest dret de llibertat de residència i circulació en la mesura en que sigui la seva situació legal a Espanya.

En aquest sentit i en paraules de Iglesias Báñez, *“El fenómeno de la globalización apunta hacia la idea, sobre todo en el ámbito económico –deslocalización-, de que de nada sirve blindar la titularidad de las libertades de residencia y circulación, atribuyéndolas sólo a los nacionales”*²⁶, sobre tot si tenim en compte que aquesta globalització té com a un dels objectius la lliure circulació de les persones i que

²⁴ STC 15/1986 de 31 de gener [RTC1986\15]. FJ 2

²⁵ Art. 19 CE. *“Els espanyols tenen dret a elegir lliurement la residència i a circular pel territori nacional. Tenen també dret a entrar i sortir lliurement d'Espanya en la forma que la llei estableixi. Aquest dret no podrà ser limitat per motius polítics o ideològics”*

²⁶ IGLESIAS BÁÑEZ, M. *Estructura orgánica y Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2010. Pág. 196

aquestes puguin moure's amb llibertat tant personalment com laboralment pels diferents Estats.

Aquest dret atribueix als seus titulars la capacitat de poder escollir lliurement el lloc on volen viure i el dret a poder desplaçar-se sense impediments pel territori nacional, també a poder entrar i sortir lliurement del país. Aquest aspecte el diferencia del dret a la llibertat, ja que és possible que una persona pugui exercir el seu dret a la llibertat personal però tenir limitada la llibertat de residència i circulació, com per exemple, “*La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal*”²⁷, o “*La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*”²⁸, o “*la prohibición de residir en determinados lugares*”²⁹, o més concretament cap als estrangers, “*El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión*”³⁰. També hem de distingir que l'àmbit de la llibertat de circulació requereix que hi hagi un desplaçament d'un lloc a un altre, en canvi, la llibertat personal es pot exercir sense necessitat de desplaçar-se.

²⁷ Art. 106.1.d Codi Penal.

²⁸ Art. 106.1.e Codi Penal.

²⁹ Art. 106.1.h Codi Penal

³⁰ Art. 108.2 Codi Penal

2. LÍMITS I SUSPENSIÓ DEL DRET A LA LLIBERTAT PERSONAL.

Tot i que el dret a la llibertat està configurat com un dret civil i polític de primera generació, existeix la possibilitat de que pugui ser sotmès a suspensió, tant de manera col·lectiva (contemplada a l'art. 55.1 CE) com de forma individual (art. 17 i 55.2 CE, desenvolupat a l'art. 520 bis LECrim).

Segons la doctrina constitucional, *“la eventual limitación o suspensión de derechos fundamentales tiene una dimensión nacional. Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático”*³¹. En aquest mateix sentit i en paraules de Brage Camazano, *“...es preciso recordar la doctrina constitucional según la cual no existen derechos fundamentales absolutos, ni tampoco límites absolutos a los mismos y tanto los Derechos fundamentales como sus límites constitucionales son, en un régimen de concurrencia normativa y no de exclusión, fundamento del orden público y la paz social...”*³²

La restricció i privació de la llibertat ve donada per Llei, dintre dels límits que marca la CE i els Tractats Internacionals.

2.1 Els límits segons el Tribunal Constitucional.

La regla general que aplica el TC és la de la llibertat, i les limitacions són excepcions a aquesta llibertat. Segons el TC els límits als drets fonamentals garanteixen l'exercici de la llibertat pels ciutadans, però per la preferència i prioritat de la llibertat per sobre de les seves limitacions aquestes últimes deuen estar sotmeses a un estricte control.

Més específicament el TC estableix un límit concret quan ens diu que, *“...la relación de*

³¹ STC 25/1981, de 14 de juliol [RTC 1981\25] FJ 5.

³² BRAGE CAMAZANO, J. *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Ed. Dykinson. Madrid, 2004. Pág. 244. En aquest mateix sentit es pronuncia la STC 159/1986 de 16 de desembre, FJ 6, que diu: *“tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social”*

sujeción especial entre el recluso y la Administración penitenciaria que hace nacer la condena judicial a una pena de prisión, permite limitar ciertos derechos fundamentales por razón del mismo condicionamiento material de la libertad, pero a la vez impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resulten necesariamente limitados (STC 2/1987 [RTC 19872])”³³.

2.2 Garanties per a la seva restricció.

La restricció i/o privació de la llibertat està regulada per Llei, dintre dels límits marcats per la Constitució i els Tractats Internacionals. En aquest sentit trobem nombroses sentències del Tribunal Constitucional que determinen que el dret a la llibertat personal no és un dret de pura i exclusiva configuració legal³⁴, com per exemple les STC 2/1992 de 13 de gener [RTC 1992\2], STC 157/1997 de 29 de setembre [RTC1997\157], i STC 122/2003 de 16 de juny [RTC 2003\122].

La detenció, juntament amb la presó provisional representen les agressions o intromissions més greus que pot exercir el poder estatal al dret a la llibertat del individu sense necessitat de sentència judicial que les justifiqui.

Tant a la Constitució Espanyola com a la doctrina del Tribunal Constitucional trobem establerts els requisits per a la limitació del dret a la llibertat i que els podem classificar de la següent manera:

2.2.1 La Reserva de Llei.

D’acord amb els art. 17 i 53.1 CE, la privació de la llibertat només es podrà realitzar en la forma prevista a la Llei³⁵. D’aquesta manera la Constitució exigeix el principi de legalitat per a la privació de la llibertat.

³³ STC 48/1996 de 25 de març RTC[1996\48], FJ 2. Sentència que resol en recurs d’empara presentat per un intern de la presó de Picassent per la sol·licitud de llibertat condicional per patir una malaltia greu i incurable. El TC va resoldre al seu favor en protecció al dret a la vida i a la integritat física.

³⁴ Un dret de configuració legal és aquell que necessita que sigui desenvolupat per llei ordinària. “*Los derechos fundamentales de configuración legal son aquellos cuyo contenido, extensión y ámbito queda regulado en la ley ordinaria, precisan un desarrollo legal, por eso, permiten variaciones y modificaciones que el legislador ordinario pueda introducir con la sola salvedad de no poder vaciar de contenido el núcleo esencial del derecho*” (GIMÉNEZ GARCÍA, J. “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo”. En revista *Eguzkilore*, nº 23. San Sebastián, desembre de 2009. Pàg. 317 a 331).

³⁵ Art. 17.1 CE. “*Ningú podrà ser privat de la seva llibertat, sinó amb l’observança del que estableix aquest article i en els casos i en la forma previstos en la llei*”

En aquest sentit, el Tribunal Constitucional també exigeix la necessitat de previsió legal de la mesura limitativa del dret a la llibertat personal (STC 169/2001 de 16 de juliol³⁶).

Per al Tribunal Constitucional, la reserva de llei realitza una doble funció: assegura que els drets reconeguts per la Constitució no es vegin afectats per cap intromissió estatal no autoritzada; i garanteix les exigències de seguretat jurídica dintre de l'àmbit dels drets fonamentals i llibertats públiques³⁷

Per acabar de reforçar aquesta garantia que aporta la reserva de llei, l'article 81.1 CE estableix que les lleis que regulin els drets fonamentals han de ser orgàniques, aspecte que també el Tribunal Constitucional referma amb les seves sentències³⁸. A més, l'alt Tribunal va concretar que el precepte constitucional només es refereix als drets compresos a la Secció 1^a del Capítol 2 del Títol primer, es a dir als drets fonamentals inclosos als art. 15 a 29 CE³⁹.

Per tant, podem afirmar que la legitimitat constitucional de les intromissions dels poders públics als drets fonamentals requereix una Llei Orgànica i que compleixi les condicions mínimes requerides per la seguretat jurídica.

Cal afegir que a nivell internacional, el Tribunal Europeu de Drets Humans també s'ha pronunciat sobre la seguretat jurídica en nombroses sentències, afirmant que la seguretat jurídica està en relació directa a la previsibilitat de la norma: *“una norma és previsible quan està redactada amb la suficient precisió que permeti al individu regular la seva conducta conforme a ella i predir les conseqüències de la mateixa; de manera que la llei ha de definir les modalitats i extensió de l'exercici del poder atorgat amb la*

³⁶ En aquesta sentència el TC va declarar agredit el dret a la llibertat d'un ciutadà argentí al que l'Audiència Nacional mitjançant un procediment penal l'obligava a estar completament localitzable, sense passaport i amb prohibició de sortir del país.

³⁷ STC 169/2001 de 16 de juliol [RTC 2001\169], FJ 6. En aquesta sentència es resol un recurs d'empara presentat per un ciutadà sud-americà per la prohibició d'abandonar el país i la retirada del passaport on el TC va resoldre parcialment el recurs tot i que va reconèixer la violació del dret a la llibertat personal del recurrent en empara.

³⁸ STC 142/1993 de 22 d'abril [RTC 1993\142], FJ 2. Sentència que resol un recurs d'inconstitucionalitat presentat contra la Llei 2/1991 de 7 de gener, sobre dret d'informació dels representants dels treballadors en matèria de contractació i que el Tribunal resol desestimant el recurs per considerar que els drets que tracta aquesta llei no són susceptibles de regulació per Llei Orgànica.

³⁹ STC 116/1999 de 17 de juny [RTC 1999\116] FJ 3. Mitjançant la mateixa es resol un recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 35/1988 de 22 de novembre sobre Tècniques de reproducció assistida i que el Tribunal va desestimar parcialment. En aquesta sentència hi va haver un vot particular que considerava que la llei agredia drets que havien d'estar protegits per Llei Orgànica.

claredat suficient per aportar al individu una protecció adequada contra l'arbitrarietat”⁴⁰.

Resumint i en paraules de Enériz Olaechea, *“la reserva de ley tiene una doble función: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución reconoce o atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y por otra, constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos”*⁴¹.

2.2.2 Proporcionalitat.

Qualsevol restricció de la llibertat ha de respectar el principi de proporcionalitat, que estableix que qualsevol limitació per part dels poders públics ha d'esser apta i necessària per garantir el bé i/o valor constitucional en conflicte, produint les mínimes conseqüències perjudicials i trobant-se amb relació amb la importància del interès general protegit.

Aquest principi és la base de la regulació de les mesures privatives de la llibertat ja que determina la constitucionalitat de les normes, actes i decisions, i en aquest sentit el Tribunal Constitucional ha determinat que *“mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporten mas beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta”*⁴².

A nivell doctrinal trobem també una posició molt clara respecte aquest principi, segons Diaz-Picazo, *“ constituye un instrumento para controlar cualesquiera actos de los poderes públicos (leyes, reglamentos, actos administrativos, etc.) que inciden sobre los derechos e intereses de los particulares. Dichos actos solo podrán reputarse proporcionados, y por ende, válidos cuando respeten cumulativamente tres requisitos: A) que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone. B) que la intervención sea necesaria, en cuanto que no quepa una medida alternativa menos*

⁴⁰ Sentències del TEDH recollides en la STC 169/2001 de 16 de juliol [RTC 2001\169], FJ 9. Ja esmentada.

⁴¹ ENERIZ OLAECHEA, F. JAVIER. *La protección de los derechos fundamentales i las libertades públicas en la Constitución Española*. Universidad Pública de Navarra. Pamplona, 2007. Pàg. 406

⁴² STC 169/2001 de 16 de juliol [RTC 2001\169] FJ 9. Ja citada

gravosa para el interesado. C) que sea proporcionada en sentido estricto o, en otras palabras, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública”⁴³.

Dit això hem d’entendre la proporcionalitat com la necessitat de realitzar una acurada ponderació entre les conseqüències que pot generar (per a una persona) l’adopció de la mesura privativa de llibertat, atenent a les circumstàncies i fins que pot aportar per al resultat final del procés.

2.2.3 Motivació.

Aquest element està integrat dins del dret a la tutela judicial efectiva de l’art. 24 CE, el TC considera que *“exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente”⁴⁴*

A més, trobem que quan la resolució judicial tracta sobre una matèria connectada amb altres drets fonamentals o llibertats públiques o amb la llibertat com a valor superior de l’ordenament jurídic, s’exigeix un deure reforçat i específic de motivació⁴⁵

La jurisprudència Constitucional estableix que quan una resolució judicial limita el dret a la llibertat personal, la motivació és la garantia bàsica i essencial per a la protecció i desenvolupament del dret, *“estando en juego el derecho de libertad, la eventual ausencia de una motivación suficiente u razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del art. 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de “Habeas Corpus”, prevista en el art. 17.4 CE forma parte de la propia garantía”⁴⁶*

⁴³ DÍEZ-PICAZO, L. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª Edición. Ed. Thomson Cívitas. Pamplona, 2008. Pàg. 122

⁴⁴ STC 163/2002 de 16 de setembre [RTC 2002\163], FJ 4. Sentència que resol un recurs d’empara presentat contra la negativa de tramitar una sol·licitud d’indult per part d’un Centre Penitenciari i les resolucions judicials posteriors per considerar que no estaven degudament motivades. El TC va resoldre a favor del recurrent considerant que s’havia agredit el dret a la tutela judicial efectiva.

⁴⁵ STC 163/2002 de 16 de setembre [RTC 2002\163], FJ 4

⁴⁶ STC 61/2003 de 24 de març [RTC2003\61] FJ 1. Sentència que resol un recurs d’empara per la denegació de la sol·licitud del procediment d’*Habeas Corpus* per part de l’advocat del detingut,

2.2.4 Jurisdiccionalitat. Principi de legalitat penal.

L'article 25.3 CE estableix que: "*L'Administració civil no podrà imposar sancions que directament o subsidiàriament impliquin privació de llibertat*", pel que qualsevol limitació o restricció del dret a la llibertat correspon de manera exclusiva a la jurisdicció ordinària.

Tot i això, les restriccions i limitacions que poden arribar a fer-se legitimen a particulars, funcionaris, autoritats i Poder Judicial per poder restringir la llibertat en moments determinats. I per tant, el Poder Judicial ha de tenir el control absolut i immediat per adoptar les mesures restrictives, d'aquesta manera la resta d'agents descrits només podran actuar de forma preventiva o per raons d'urgència.

2.2.5 Principi de "*favor libertatis*" o "*in dubio pro libertate*".

El principi de *favor libertatis* és un principi general dels sistema de Drets Fonamentals, mitjançant el qual, en cas de dubte s'ha d'escollir la interpretació que ofereixi més garanties per als ciutadans. Aquest principi implica que en cas de dubte, s'estarà sempre a favor del sentit més favorable per la existència i garantia d'un dret fonamental. Aquest principi està implícitament reconegut a l'art. 30 de la Declaració Universal de Drets Humans i a l'art. 28 de la Declaració dels Drets i Llibertat Fonamentals de 16 de maig de 1989.

La doctrina del TC estableix que en aplicació d'aquest principi, la interpretació i aplicació de les normes que regulen la detenció i la presó provisional han d'aplicar-se amb caràcter restrictiu i sempre a favor del dret a la llibertat⁴⁷.

Les limitacions dels drets fonamentals s'han d'interpretar de manera restrictiva i afavorint la eficàcia i essència dels drets i amb total respecte al dret a la llibertat⁴⁸

considerant el jutge de 1ª Instància que no estava legitimat per sol·licitar l'inici del procediment. El TC va atorgar l'empara atenent a la doctrina establerta que considera que l'advocat d'ofici que representa a un privat de llibertat actua en nom i representació d'aquest i per tant està legitimat per fer-ho.

⁴⁷ LO 13/2003 de 24 d'octubre, de reforma de la LECRIM en matèria de presó provisional. A la exposició de motius II ens diu literalment que "*La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la Ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea.*"

⁴⁸ STC 121/2003 de 16 de juny [RTC 2003\121] FJ 2. El TC resol un recurs d'empara sol·licitat per la violació del dret a la llibertat personal d'una persona en presó provisional durant més d'un any sense que hi hagués cap resolució judicial ferma. En aquest cas el TC resol a favor del recurrent.

D'aquesta manera el TC atorga a les normes que regulen els drets fonamentals una força imperativa que obliga a que les seves limitacions siguin interpretades de forma molt restrictiva, de manera que no es pugui malmetre la eficàcia dels drets.

3. CAUSES DE PRIVACIÓ DE LA LLIBERTAT PERSONAL. ESPECIAL REFERÈNCIA ALS ESTRANGERS.

En aquest apartat veurem el règim general sobre les causes genèriques de privació de la llibertat personal, esmentant les característiques especials que tenen a veure de forma concreta amb els estrangers i en funció de la LO 4/2000 de 11 de gener sobre els drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social, Llei que es tractarà de forma més detallada en el punt 3.3.

A continuació veurem els aspectes específics sobre la detenció dels estrangers, així com el seu internament i el tractament en el cas dels menors.

3.1 Causes genèriques de privació de la llibertat personal.

La principal causa de privació de la llibertat personal la trobem a l'art. 17.2 CE quan ens parla de la detenció preventiva. Tot i això, el mateix precepte ens efectua una remissió a la llei i és en aquest punt on ens hem de remetre a una pluralitat legislativa on es preveuen diferents supòsits i modalitats de detenció o de formes de privació de la llibertat personal⁴⁹. La detenció en les seves diferents modalitats⁵⁰ i de forma genèrica, tant es pot practicar sobre un nacional com sobre un estranger, tal com veurem a continuació.

3.2 La detenció a l'article 17 CE.

3.2.1 Regulació.

La figura de la detenció com a mesura privativa de la llibertat deambulatoria està recollida a la Constitució a l'art. 17 i posteriorment desenvolupada i regulada a la Llei d'Enjudiciament Criminal als art. 490, 492, 495 i 520, que estableixen la possibilitat que els membres de les Forces i Cossos de Seguretat, i inclosos els particulars en determinades situacions puguin realitzar la detenció del presumpte autor d'un delicte.

⁴⁹ LO 4/2000 d'estrangeria i el reglament que la desenvolupa (RD 557/2011), LO sobre la responsabilitat penal dels menors, LO de protecció jurídica del menor, OM sobre el funcionament i règim intern dels Centres d'Internament d'estrangers, LECrim...

⁵⁰ Veure apartat 3.2.4

3.2.2 Concepte.

En sentit general podem determinar que la detenció implica el no poder decidir sobre els propis moviments. Aquesta s'ha de realitzar per mitjà d'altres persones i amb coacció física que impedeixi el moviment. D'aquesta manera, una privació de la llibertat deambulatòria és una detenció.

En un sentit més estricte podem definir la detenció com la privació de llibertat ambulatòria o de moviment, de manera que l'autor de la detenció ha d'impedir que el subjecte privat de llibertat pugui traslladar-se de lloc per la seva voluntat⁵¹.

El sentit estricte del concepte ha d'anar amb la naturalesa cautelar o preventiva que la detenció hauria de tenir. D'aquesta manera podem entendre per detenció aquella que produeix una privació de conduir-se lliurement i que ha de ser temporal, justificada, garantida, amb caràcter preventiu i excepcional. Amb aquest sentit ens trobem amb la detenció penal o per delictes, realitzada bàsicament pels agents policials i amb la finalitat de posar al subjecte detingut a disposició judicial. Segons Barona Vilar⁵², aquesta detenció és una mesura cautelar personal consistent en la privació breu de llibertat, limitada temporalment amb la finalitat de posar el subjecte detingut a disposició de l'autoritat judicial, que serà la que resoldrà, atenent a les condicions legals, sobre la situació personal del detingut, mantenint la detenció per més temps (presó) o adoptant una mesura cautelar menys greu o restablint el dret a la llibertat en el seu sentit més natural.

Les característiques d'aquest tipus de detenció són:

- Instrumentalitat, només és possible la detenció en funció d'una causa penal.
- Provisionalitat, la detenció té un límit temporal, constituint un límit inexpugnable.
- Excepcionalitat, la detenció només s'ha d'aplicar en situacions extremes i com a última mesura.
- Justificació, valoració dels requisits legals.

⁵¹ En aquest mateix sentit, SALIDO VALLE, C. *La detención policial*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997. Pàg. 44

⁵² BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pàg. 465.

- Caràcter preventiu, d'aquesta manera s'evita que la detenció pugui causar suposar una sanció o pena.

Per tant, en la detenció com a mesura cautelar s'ha de donar la pressumpta comissió d'un delictes i l'existència d'un possible futur procés penal. Dintre d'aquest últim supòsit hem d'incloure la detenció preventiva, que és la mesura cautelar personal que es fonamenta en la imputació d'una infracció criminal que se li pot imposar a la persona presumptament responsable de la infracció⁵³

Si consultem la doctrina penal, trobem diferents conceptes de detenció. García Morillo⁵⁴ equipara la detenció en sentit estricte i tècnic a la detenció policial, per decisió autònoma o per ordre judicial, pre-ordenada a la imputació d'un delictes en un procés penal, i conclou que sempre que sigui necessària una restricció o privació de la llibertat s'ha de procedir a la detenció i que totes aquelles situacions que no siguin considerades detenció quedin fora de les garanties constitucionals. De Llera Suarez-Bárcena⁵⁵ considera que detenció en sentit ampli es tota privació de llibertat deambulatòria d'una persona, i en sentit més estricte, *“es aquella privación de la libertad personal provisionalísima, de duración muy breve, dispuesta por el órgano competente para la investigación oficial (Juez de Instrucción, Policía o Ministerio Fiscal) o incluso por particulares, con el fin de asegurar la presente en el proceso del presunto responsable de la infracción penal y la eficacia de una eventual sentencia condenatoria”*. Un darrer exemple més l'ofereix De Hoyos Sancho⁵⁶, que entén la detenció com *“la situación fáctica de privación de la libertad ambulatoria de una persona que se caracteriza por su corta duración, instrumentalidad y provisionalidad, ya que se practicará con la finalidad de que las autoridades competentes resuelvan en el tiempo necesario, dentro de los plazos constitucionalmente establecidos, acerca de la situación personal del privado de libertad”*.

També, i en el cas concret dels estrangers, hem vist la detenció preventiva com a mesura per assegurar el compliment d'una ordre administrativa d'expulsió, aspecte que no té res a veure amb la comissió d'un il·lícit penal ja que es tracta d'una mesura preventiva que

⁵³ Cal dir que la doctrina diferencia entre mesures cautelars personals i patrimonials en funció si aquestes recauen sobre l'imputat o sobre els seus bens.

⁵⁴ GARCIA MORILLO, J. *El Derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de la libertad)*. Ed. Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1995. Pàg. 77

⁵⁵ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. *Derecho procesal Penal. Manual para criminólogos y policías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pàg. 269

⁵⁶ DE HOYOS SANCHO, M. “La detención por delito”. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1998. Pàg. 23

asseguri el compliment de la expulsió, però que també comporta una privació de la llibertat personal.

3.2.3 Aplicació.

Des de la pràctica policial, *“la detenció sempre s’ha de veure com una mesura de caràcter excepcional, ja que la llibertat és un valor superior de l’ordenament jurídic espanyol. Això implica que abans de procedir a la detenció s’han d’haver esgotat altres mitjans menys restrictius. Per tant, la detenció és una situació sotmesa a una normativa que regula la forma, els terminis i els requisits per garantir els drets dels/de les ciutadans/es i estableix els límits fins als quals pot arribar l’actuació policial en aquest àmbit”*⁵⁷

3.2.4 Tipus de detenció.

Després de veure les diferents formes que trobem de classificar els tipus de detenció, he cregut adient realitzar aquesta particular classificació de les diferents classes de detenció, de forma molt més entenedora (al meu parer) i atenent als següents criteris:

3.2.4.1 Si la detenció es realitza dintre o fora d’un procés penal:

A/ Detenció processal.

Són les detencions produïdes en l’àmbit d’un procés penal com a mesures cautelars (preventives) i/o per al compliment d’alguna obligació imposada per llei o per al compliment de deures processals (executives).

Troblem un exemple als art. 420 i 463 LECrim, on es preveu un tipus de detenció per a testimonis i pèrits d’un procediment penal. Aquesta només la pot acordar el Jutge i el seu objectiu és el d’assegurar la compareixença i col·laboració d’aquestes persones en el procés, un cop aconseguida aquesta finalitat, finalitza la detenció.

B/ Detencions especials.

Són aquelles detencions lícites dirigides a finalitats extraprocessals, les enumeraré breument ja que, tot i no ser l’objecte principal del treball, també es poden donar amb els estrangers:

⁵⁷ INSTITUT DE SEGURETAT PÚBLICA DE CATALUNYA. *Manual de Normativa Penal del curs de formació bàsica per a policies*. Generalitat de Catalunya. Mollet del Vallés, 2010. Pàg. 10.

- “Arrest del fallit”, regulada a la LO 8/2003 de 9 de juliol, per a la reforma concursal⁵⁸, també la trobem regulada a l’art. 1044.2 del Codi de Comerç i als art. 1335, 1336 i 1340 de la LEC.
- Internament de malalts mentals, contemplat a l’art 763 LEC com a un internament no voluntari per raó de trastorn psíquic. Per què es pugui portar a terme hi ha d’haver un informe pericial mèdic que acrediti el trastorn i que sigui lo suficientment greu com per justificar l’internament.
- Detenció per tractaments sanitaris obligatoris, regulat per les lleis sanitàries i de salut pública⁵⁹ i també prevista a l’art. 5.1.e del Conveni Europeu de Drets Humans.
- Detenció governativa en estats d’excepció, alarma i setge, contemplades a l’art. 55 CE i desenvolupada a la LO 4/1981 de 1 de juliol que regula els estats d’excepció, alarma i setge.
- Arrest militar amb sanció disciplinària, regulada als art. 10 i 18 de la LO 12/1985 de 27 de novembre, del règim disciplinari de les Forces Armades i a la LO 11/1991 de 17 de juny del règim disciplinari de la Guardia Civil.
- Detenció administrativa, lligada especialment amb els estrangers i amb el seu internament en Centres d’internament d’estrangers i com a mesura preventiva per assegurar el compliment d’ordres d’expulsió. Aquest aspecte es tracta de forma més àmplia al punt 4.5 d’aquest treball.

3.2.4.2 En funció de qui realitza la detenció.

A/ Detenció policial. Adoptada per les autoritats i funcionaris policials i regulada pels art. 492 i ss LECrim⁶⁰. Podem diferenciar tres moments en que es pot realitzar la

⁵⁸ Art. 1 LO 8/2003. “1. Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas:

1.ª La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.

2.ª El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario.

3.ª La entrada en el domicilio del deudor y su registro.

⁵⁹ Articles 2 i 3 de la LO 3/1986 de 14 d’abril de mesures especials en matèria de salut pública, en relació amb els art. 26, 28 i 32 de la LO 14/1986 de 25 d’abril, General de Sanitat

⁶⁰ Art. 492 LECrim. “La Autoridad o agente de Policía Judicial tendrá obligación de detener:

detenció: quan no existeix cap causa penal pendent contra el detingut (art. 492.1 en relació amb l'art. 490.1 i 2 i l'art. 492.4 LECrim)⁶¹; quan existeix una causa pendent (art. 492.1 en relació amb l'art. 490.6 i 7 i l'art. 492.2 i 3 LECrim)⁶²; i un cop finalitzada la causa (art. 492.1 en relació amb l'art. 490.3, 4, 5 i 7 LECrim)⁶³

En aquest tipus de detenció hi ha un aspecte molt important i bàsic en l'actuació dels agent de l'autoritat i que està contemplat a l'art. 10.1 del Pacte Internacional de drets civils i polítics, que estipula que *“tota persona privada de llibertat serà tractada humanament i amb el respecte degut a la dignitat inherent al ésser humà”*.

B/ Detenció judicial. Adoptada pel Jutge d'Instrucció o qualsevol altre Tribunal dintre d'un procés penal i contemplada als art. 494 i 763 LECrim⁶⁴. Podem diferenciar els següents supòsits: quan es dicta per a la imputació d'una persona determinada (art. 494 LECrim); dictada *ex novo* en la incompareixença sense causa legítima en una citació cautelar (art. 487 LECrim)⁶⁵; i quan es dicta com a prolongació d'una detenció realitzada pels particulars o per la policia.

C/ Detenció Fiscal. La adoptada pel Ministeri Fiscal i contemplada a l'art. 5 del Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal i a l'art. 773.2 LECrim⁶⁶

1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.

2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.

3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.º Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.º Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.”

⁶¹ Determina l'obligació a la detenció “in fraganti” del delinqüent i del que intenti cometre un delicte en el moment d'anar a cometre'l.

⁶² Compren la detenció del processat, la del imputat, la detenció per rebel·lia i per faltes.

⁶³ La LECrim contempla la detenció en cas de fugida del lloc de detenció.

⁶⁴ art 494 LECrim. “Dicho Juez o Tribunal acordará también la detención de los comprendidos en el artículo 492, a prevención con las Autoridades y agentes de Policía Judicial.

Art. 763 LECrim. “El Juez o Tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley. Las actuaciones que motiven la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada”

⁶⁵ En aquest cas ens trobem amb una norma que no té caràcter imperatiu ja que el Jutge pot decidir entre la detenció o una nova citació.

⁶⁶ Art. 773.2 LECrim. “Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El fiscal decretará el archivo de las actuaciones

D/ Detenció per particulars. La practicada per qualsevol altra persona que no sigui cap autoritat i contemplada a l'art. 490 LECrim⁶⁷

3.2.4.3 En funció de la forma en que es realitza.

A/ Detenció comunicada.

Aquesta suposa la modalitat general que s'aplica a la major part dels detinguts. El detingut podrà exercir tots els drets reconeguts en la LECrim⁶⁸

B/ Detenció incomunicada.

Regulada als art. 407, 408, 506 a 511 i 527 LECrim. La incomunicació es donarà només pel temps imprescindible i no podrà allargar-se més de cinc dies. El Jutge podrà acordar una segona incomunicació si existeixen motius suficients i que no podrà allargar-se més de tres dies.

Pel que respecta als drets del detingut, el de comunicació i el d'assistència lletrada es veuran afectats. Això es degut a que la incomunicació té la finalitat de garantir o completar el resultat de la investigació, evitant que l'imputat pugui ocultar i/o destruir proves o confabular amb terceres persones.

En aquest sentit, el Tribunal Constitucional a la STC 127/2000 de 16 de maig (FJ 3) diu literalment: *"Las resoluciones judiciales que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego. Es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que afirman la ponderación*

cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirla declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento"

⁶⁷ Art. 490 LECrim. "Cualquier persona puede detener:

1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.

2.º Al delincuente in fraganti.

3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.

4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.

6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía."

⁶⁸ Remissió a l'apartat 3.2.7 del treball, "Drets del detingut".

judicial efectiva de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación y la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (STC 55/1996 de 28 de marzo). También será necesario que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues es un “prius” lógico del juicio de proporcionalidad (STC 49/1999 de 4 de abril). Ha de tenerse en cuenta que la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a esta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión (STC 196/1987, FJ7). De otra parte, la necesidad para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto (ATC 155/1999, FJ4)”, fet que va establir uns criteris/exigències sobre la motivació de les resolucions judicials que acorden la incomunicació dels detinguts. Aquestes exigències es van refermar quatre anys més tard a la STC 7/2004 de 9 de febrer (FJ 4).

En aquesta sentència el Tribunal Constitucional estableix la justificació i motivació de les sentències que determinin la incomunicació del detingut, degut al caràcter especial d'aquesta mesura i de la forma en que afecta a la restricció d'altres drets. Tot i que en principi aquesta mesura s'aplicava als delictes de terrorisme, actualment s'ha anat estenent a altres tipus de delictes (malversació de fons, frau, suborn, etc.) degut al risc que la comunicació del detingut pot comportar a les tasques d'investigació policial. Pel que fa a la incomunicació cal destacar la poca motivació que exigeix el TC en els casos de terrorisme, ja que només cal l'acreditació de sospites de la comissió d'un delictes d'aquesta magnitud. Per un altra banda, amb la resta de delictes si que exigeix un motivació reforçada, amb la exposició de motius per a l'adopció de la mesura, l'exposició dels riscos que pot comportar a la investigació i la manera en que la incomunicació podrà evitar-los.

3.2.5 Durada de la detenció.

Una de les característiques que s'han esmentat de la detenció és el seu caràcter preventiu, que estableix un límit en el temps. Les referències a la durada es trobem a:

- A l'art. 17.2 CE, d'on podem treure dos terminis ben diferenciats, un relatiu (l'estrictament necessari) i un absolut (de 72 hores).
- Als art. 496, 520 i 520 bis LECrim, on trobem una regulació totalment contradictòria, ja que el primer ens parla de 24 hores i els dos següents de 72 hores.
- A l'art. 16 de la LO 4/1981 d'un de juny, que regula els estats de setge, alarma i excepció, on ens parla d'un termini màxim de 10 dies.
- Als art. 5.2 i 3 del Conveni Europeu de Drets Humans i a l'art. 9.3 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, on tots dos parlen amb els qualificatius de “sin demora” o “sin dilación”.

En el cas que no coincideixen, la jurisprudència constitucional, en aplicació del principi vist anteriorment de “*favor libertatis*”⁶⁹, ens indica que tindrà preferència el que sigui més beneficiós pel detingut⁷⁰

A més, hem d'afegir que la legislació interna preveu la pròrroga de la detenció per a aquells casos en que el delictes hagi estat comés per persones que pertanyin a bandes armades, terroristes o rebels (art. 520 bis.1 LECrim en base a l'art. 55.2 CE). En aquests casos es podrà allargar la detenció fins a 48 hores més. Per tant, d'aquesta manera es podran produir detencions policials amb durades de fins a 5 dies com a màxim.

3.2.6 Finalització de la detenció.

La finalització de la detenció la trobem regulada a l'art. 17.2 CE que determina que un cop s'han esgotat els límits temporals de la detenció, “*el detingut haurà de ser posat en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial*”. D'aquí podem extreure que la detenció només es pot finalitzar per una d'aquestes dues formes. Encara que l'agent policial que realitza la detenció faci entrega del detingut a un superior jeràrquic o al Ministeri Fiscal, aquesta entrega no implica la finalització de la detenció, sinó la seva continuació.

Per tant, analitzarem aquestes dues possibilitats de finalització del procés de detenció.

⁶⁹ Veure apartat 2.2.5.

⁷⁰ STC 31/1996 de 27 de febrer [RTC 1996\31], FJ 8. Sentència que coneix d'un recurs d'empara presentat per considerar una detenció il·legal i de durada superior a la necessària. El TC resol a favor del recurrent.

3.2.6.1 La llibertat del detingut.

Aquesta es produeix quan desapareixen les causes de la detenció o quan finalitzi el termini de durada de la mateixa i no correspongui posar al detingut a disposició judicial.

El primer motiu perquè desapareguin les causes de la detenció implica que el fet que se l'imputa no té la consideració d'infracció penal, aspecte que elimina un dels pressupòsits que ha de tenir la detenció com a mesura cautelar per la imputació d'un delictes.

El segon motiu apareix quan en la investigació policial posterior a la detenció desapareixen les sospites inicials o que el pressupòsit del “periculum in mora”⁷¹ queda eliminat per la presència del detingut davant l'autoritat judicial (art. 492.3 i 4 LECrim)

El tercer motiu es dona quan s'ha detingut al presumpte autor d'una falta i per tant un cop identificat i filiat⁷² (art. 495 LECrim) s'ha de deixar en llibertat.

L'últim motiu es dona quan es produeix la detenció per delictes “*in fraganti*”, un cop s'ha restablert la situació creada per la comissió del delictes, identificat i filiat al detingut, en virtut del principi de “*favor libertatis*”, es deixarà en llibertat al detingut.

Sobre la llibertat del detingut per finalització del termini legalment establert, cal afegir que el seu incompliment té conseqüències en l'àmbit processal i penal. Processalment aquest incompliment es podrà reparar mitjançant el procediment d'*Habeas Corpus* i penalment es considerarà com a detenció il·legal en virtut de l'art. 530 del Codi Penal⁷³.

3.2.6.2 La posada a disposició judicial.

La posada a disposició judicial suposa la presentació o entrega del detingut a l'autoritat judicial acompanyada de les corresponents diligències policials i dels efectes intervinguts.

⁷¹ Concepte que contempla el risc i la possibilitat de que el detingut pugui fugir per no complir la futura sentència.

⁷² Filiar o prendre la filiació és el terme que s'utilitza en la pràctica policial per identificar a un individu amb totes les dades del N.I.F.

⁷³ Art. 530 CP. “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicar, o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”.

Pel que fa al lliurament, trobem que l'art. 496 LECrim estableix que aquesta s'ha de realitzar en les vint-i-quatre hores següents a la detenció.

Pel que fa a la posada a disposició de l'autoritat judicial, un cop han finalitzat les diligències policials, es comunica a l'òrgan judicial corresponent els fets i el detingut queda sotmès a la decisió d'aquest i pendent de ser traslladat davant del mateix. Aquest fet no implica el trasllat material del detingut a la seu judicial⁷⁴. El detingut s'entregarà materialment al jutge sempre que sigui possible i si no és així, l'entrega quedarà acomplerta per la transferència al jutge del control sobre la llibertat del detingut.

En aquest apartat cal tenir clar quin és el jutge competent per fer-se càrrec del detingut, ja que, i atenent a l'art. 496 LECrim, el detingut s'entregarà al jutge més proper al lloc on s'ha realitzat la detenció, amb independència de que resulti o no competent per conèixer el procés.

Segons el dret processal, si la detenció té caràcter precautelat⁷⁵, el jutge d'instrucció, un cop practicades les primeres diligències, haurà de decretar la llibertat del detingut o la seva entrada a presó, en el termini de les setanta-dues hores des que el detingut li ha estat lliurat. Si el jutge no fos competent, fetes les primeres diligències les remetrà juntament amb el detingut al jutge que sigui competent.

Si la detenció té caràcter cautelar, la llei preveu que es lliuri el detingut al jutge que coneix la causa o a un altre diferent. En el cas que sigui el que coneix la causa, aquest haurà de decretar la presó per al detingut o deixar sense efecte la detenció en el termini de setanta dues hores. Si el lliurament del detingut es fa a un altre jutge, aquest l'haurà de remetre a l'òrgan jurisdiccional que conegui la causa (art. 498 LECrim)

Si la detenció s'ha produït com a mesura d'execució (art. 490.3, 4 i 5 LECrim), el jutge a qui s'entregui el detingut haurà de remetre'l immediatament al lloc on el detingut hagi que complir la condemna (art. 500 LECrim). Tot i així, els agents policials també podran lliurar el detingut directament a l'autoritat penitenciària en virtut de l'art. 15 del Real Decret 190/1996, de 9 de febrer, del Reglament Penitenciari.

⁷⁴ SALIDO VALLE, C. *La detención policial*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997. Pàg. 121

⁷⁵ En aquest cas, el terme precautelat fa referència a aquells casos en que no es pot demostrar que s'ha comès un delict, tot i haver-hi sospites i evidències de que anava a produir-se (per exemple, art. 490.1 i art. 492.4 LECRIM)

3.2.7 Drets del detingut.

Quan es realitza una detenció sobre un estranger per qualsevol de les causes previstes a la LECrim o a la Llei d'estrangeria, se li aplicarà el estatut del detingut regulat al Capítol IV del Títol VI LECrim (art. 520 a 527). A més, tal com indica l'art. 17.3 CE al moment de detenir-lo se l'ha d'informar de la causa de la detenció i dels seus drets.

Les garanties i drets específics enumerats a l'art. 520 LECrim són:

- Dret a ser informat pels motius pels quals se'l priva de llibertat i dels seus drets com a imputat o detingut. Aquest dret és indispensable per poder exercir correctament el dret a la defensa. Aquesta és la garantia derivada del dret fonamental previst a la CE, ja que segons l'art. 24.2 CE “...*tots tenen dret a ser informats de l'acusació formulada contra ells...*”. També reconeix aquest dret l'art. 14.3 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i l'art. 6.3.a del Conveni Europeu de Drets Humans. En aquest sentit, també s'ha pronunciat el TC⁷⁶, afirmant el dret fonamental a ser informat de l'acusació, i establint com a doctrina constitucional una triple exigència: que ningú pot ser acusat sense haver estat imputat amb anterioritat; que ningú pot ser acusat sense haver estat escoltat anteriorment pel jutge; i que l'imputat pot ser sotmès a declaracions testificals si a les diligències practicades existeix sospita d'haver participat en la comissió d'un delict.

Aquest dret sorgeix en el moment de la detenció, però cal afegir que des de la vessant policial, s'ha de tenir en compte que la detenció pot haver-se produït de forma violenta, pel que tenint en compte les circumstàncies de la detenció, el dret a la informació pot passar a un segon plànol, tot i que aquest s'haurà de fer efectiu de la manera més immediata possible, sense la necessitat que coincideixi amb el moment de la detenció⁷⁷. És a dir, el compliment d'aquest dret es farà quan des de un punt de vista de seguretat s'hagi garantit la detenció material del individu i posteriorment a haver eliminat qualsevol risc personal i material derivat de la detenció.

⁷⁶ STC 149/1997 de 29 de setembre [RTC 1997\149], FJ 2. Sentència que atorga l'empara sol·licitada davant el TC per haver estat condemnat sense haver estat informat degudament de la condició d'imputat en el procediment.

⁷⁷ En aquest mateix sentit opina SALIDO VALLE, C. *La detención policial*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997 Pàg. 279

De fet, la pràctica policial habitual recomana que aquest dret es compleixi un cop el detingut es troba a les dependències policials, deixant constància per escrit del compliment del dret a l'atestat policial. D'aquesta manera s'evita que es pugui veure vulnerat aquest dret degut a les característiques i la situació del moment de la detenció (detenció violenta, massiva, etc...), a més de deixar constància escrita del compliment d'aquest dret de cara al posterior procediment judicial.

- Dret al silenci. Un cop identificat el detingut en la investigació policial i informat dels seus drets, el detingut pot exercir el seu dret a guardar silenci i si es dona aquest cas⁷⁸, s'haurà de donar per finalitzat l'atestat policial sense la declaració del detingut posant-lo immediatament a disposició judicial. Aquesta situació també es pot donar si el detingut manifesta de forma expressa que només declararà davant del jutge⁷⁹.
- Dret a l'assistència gratuïta d'un intèrpret, si no coneix la llengua o llengües oficials dels llocs on és detingut. Aquest és un Dret especialment destinat als estrangers que no puguin arribar a entendre el significat del procediment iniciat contra ells. Aquest dret limita i impedeix la pràctica d'interrogatoris sense la presència del intèrpret. A la pràctica policial és necessari que quan el detingut estranger no necessiti de la presència del intèrpret, a l'acta de declaració s'ha de fer constar l'apostilla "*pel que fa a la presència del intèrpret, no ha estat necessària per entendre l'idioma*". Aquest dret, a més d'estar reconegut a la LECrim, també està inclòs a l'art. 22 de la Llei d'estrangeria i a l'art. 6.3 del Conveni Europeu de Drets Humans.

Es considera que també forma part del dret de defensa, per entendre que és necessari que el subjecte passiu conegui de la forma més clara i precisa les actuacions que es dirigeixen en contra seva, a més de facilitar la comunicació entre el detingut i l'advocat defensor.

Pel que fa al Tribunal Constitucional, també s'ha pronunciat sobre aquest dret a la STC 71/1988 de 19 d'abril afirmant: "*...En este sentido hay que*

⁷⁸ Hem de tenir en compte que el detingut no pot ser obligat a declarar ni a utilitzar cap mitjà que violenti de cap manera la seva voluntat.

⁷⁹ SALIDO VALLE, C. *La detención policial*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997. Pàg. 289. "*considerando abusiva la retención policial en calabozos durante horas en espera de una declaración que no se va a producir*"

aludir al derecho del detenido a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda (artículo 6.3.a del Convenio y 14.3 del Pacto)... El derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo”

- Dret a que es comunicui la seva detenció i el lloc de custòdia a determinades persones. Aquest dret presenta la particularitat en el cas dels estrangers que també tenen dret a que es comunicui a l'Oficina Consular del seu país. Es tracta d'un dret potestatiu per al detingut, per tant, no està obligat a designar una persona per a que se li comunicui la detenció.

El dret l'exercita el detingut designant a una persona per que se li comunicui la detenció, i d'aquí surt el deure del funcionari de fer efectiva la comunicació⁸⁰. Aquesta comunicació, tot i que la legislació no especifica el moment en que s'ha de fer efectiva, entenem que s'ha de realitzar el més aviat possible mitjançant qualsevol dels mitjans dels que disposen els agents policials.

Cal concretar que aquest dret és un dels que es poden veure restringits en cas d'incomunicació.

- Dret a ser reconegut per un metge. Dret també potestatiu del detingut. Aquesta assistència l'haurà de realitzar el metge forense si està a disposició judicial o qualsevol professional del centre que tingui concertat l'Administració. El moment de realitzar-lo pot coincidir amb la durada de la detenció, posterior a la lectura dels drets o quan el detingut es posat a disposició judicial.

La finalitat d'aquest reconeixement és la de comprovar i deixar constància documental de l'estat físic i/o psíquic del detingut i anirà acompanyat d'un informe facultatiu on consti si hi ha lesions físiques, estat mental, etc.

Aquest dret està reconegut als art. 15 i 43 CE, a més de l'art. 1.2 de la Llei General de Sanitat⁸¹.

Des de la vessant policial, trobem l'obligació de respectar aquest dret als art. 5.3 de la LO de les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat⁸², a l'art.

⁸⁰ D'acord amb SALIDO VALLE, C. *La detención policial*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997 Pàg. 292

⁸¹ LO 14/1986 de 25 d'abril, General de Sanitat.

11.4 de la Llei 10/1994 de 11 de juliol, de la Policia de la Generalitat⁸³ i a l'art. 10.1.3 de la Llei 16/1991 de 10 de juliol, de les policies locals de Catalunya⁸⁴.

També té la doble finalitat de garantir l'actuació practicada en la detenció: per a la policia en el cas de que el detingut pugui declarar haver patit tortura per part dels agents; i per al detingut en el cas d'haver-la patit.

- Dret a l'assistència lletrada. La designació d'advocat serà de confiança i si no ho fa, se li designarà un d'ofici. Aquest dret deriva també del dret de defensa, que neix en el moment de la imputació d'un fet punible. En aquest sentit trobem moltes referències a Moreno Catena, que al seu llibre *La defensa en el proceso penal* considera que el dret a la designació i assistència lletrada s'ha d'entendre com un instrument del dret de defensa. Aquest dret el trobem a la Constitució en dos moments, a l'art. 17.3 i a l'art. 24.2, tot i que el reconeixen en dos àmbits diferents: el primer quant a la detenció i el segon pel que fa a la dret a la tutela judicial efectiva.

Aquest dret té com a finalitat garantir la defensa del detingut/imputat, per tant l'objectiu essencial és evitar la indefensió.

Es tracta d'un dret importantíssim per al detingut ja que l'assistència lletrada no només és per als fets imputats sinó que també garanteix l'exercici de la resta de drets⁸⁵.

⁸² Aquest article imposa a la policia el deure de vetllar per la vida i la integritat física de les persones detingudes o sota la seva custòdia:

"...Tratamiento de detenidos, especialmente:

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención.

Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.

Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona."

⁸³ Art. 11.4 L 10/1994. *"Cuarto: En cuanto al trato de detenidos, los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra:*

a. Se identificarán debidamente como tales en el momento de efectuar una detención.

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

c. Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico en la detención de una persona."

⁸⁴ Art. 10.1.3 L 16/1991 *"Tercero: En cuanto al tratamiento de detenidos, los policías locales deben:*

a) Identificarse debidamente como agentes en el momento de efectuar una detención.

b) Velar por la vida e integridad física de las personas que están detenidas o bajo su custodia y respetar sus derechos, su honor y su dignidad.

c) Cumplir y observar con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico en la detención de una persona."

En el cas dels estrangers, l'art. 22 de la Llei d'estrangeria⁸⁶ reconeix el dret a l'assistència lletrada gratuïta si l'estranger no disposa de recursos econòmics suficients per aquells procediments que puguin comportar la denegació d'entrada, devolució o expulsió del territori nacional i en aquelles matèries de protecció internacional.

A més, la Constitució, a l'art. 17.2 i 4 reconeix dos drets més:

- Dret a ser posat en llibertat o a disposició judicial en el termini legal establert.
- Dret a l'immediat control judicial de la seva detenció.

Pel que fa a la vessant policial, cal recordar que els agents de l'autoritat, en l'ús de les seves competències, han de complir estrictament el protocol d'actuació que recull la Instrucció 12/2007 de la Secretaria d'Estat de Seguretat pel que fa a les garanties de les persones detingudes o sota custòdia policial⁸⁷.

Aquesta instrucció fa referència a les particularitats de la detenció d'estrangers i a més dels drets enumerats anteriorment, afegeix altres com el dret a la presentació d'al·legacions i recursos i l'atenció preferent de les necessitats assistencials i sanitàries. Pel que fa al dret d'informació, obliga a que totes les dependències policials disposin d'impresos d'informació dels drets en les llengües més comuns.

3.2.8 L'Habeas Corpus.

L'*habeas corpus* és el procediment previst a l'art. 17.4 CE i desenvolupat a la Llei Orgànica 6/1984, de 24 de maig, reguladora del procediment d'*habeas corpus*.

Tal com diu el Tribunal Constitucional, es tracta d'una "*garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad*

⁸⁵ En aquest sentit la STC 196/1987 de 11 de desembre [RTC 1987\196], FJ 4, el TC declara que el dret a la assistència d'advocat presenta un doble aspecte: com a garantia del dret a la llibertat en front a la detenció; i com a garantia de la defensa del dret al procés.

⁸⁶ Art. 22.2 LOEx. "*Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.*"

⁸⁷ Instrucció interna per al cosos i forces de seguretat de l'Estat, no publicada al BOE

personal...”⁸⁸ davant d’una actuació arbitrària dels agents de l’autoritat, per tant aquest procediment contemplat a la Constitució s’estableix com una garantia cap al detingut.

Es tracta d’una de les garanties específiques que comprenen la llibertat personal, constituint un instrument de control de la legalitat de les detencions.

Aquest procediment gaudeix d’una doble naturalesa jurídica pel fet d’estar reconegut a l’art. 17.4 CE i per tractar-se, a més, d’un procés penal especial per raó de matèria:

- Com a dret fonamental subjectiu, públic i actiu. Es tracta d’un dels drets dels que s’ha d’informar al detingut, tot i no estar compres a l’art. 520 LECrim. El detingut pot instar el procediment *d’habeas corpus* en qualsevol moment de la durada de la detenció.
- Com a procediment penal especial. Configura un procediment penal especial i preferent per raó de la matèria amb la finalitat d’obtenir una revisió judicial de la privació de la llibertat, verificant la legalitat de la detenció i les seves condicions.

Aquest procediment està dissenyat per ser utilitzat en tots els supòsits de privació de llibertat realitzats de forma il·lícita que no tinguin el seu origen en una resolució judicial, tant per les condicions en que s’ha produït la detenció com per la seva durada. Controla la legalitat de la detenció exigint que el detingut sigui posat a disposició judicial⁸⁹. La garantia que estableix aquest procediment la té la persona detinguda en el curs d’una investigació policial, mentre es troba a disposició de les autoritats policials. En aquest sentit es pronuncia la STC 21/1996 de 12 de febrer (FJ 5), que diu que *“mediante el procedimiento de habeas corpus la Constitución ha abierto un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE que permite hacer cesar de modo inmediato las actuaciones irregulares de privación de libertad u a través del cual se*

⁸⁸ STC 154/1995 de 24 d’octubre, RTC[1995\154], FJ 4. Resolució de recurs d’empara presentat per la denegació de la sol·licitud d’inici de procediment *d’Habeas Corpus* per part d’un detingut sense estar suficientment motivada. El TC resol a favor del demandant de l’empara.

⁸⁹ STC 31/1985 de 5 de març, RTC[1985\31], FJ 2. *“La lectura de este precepto evidencia que la libertad personal reconocida en el artículo 17.1 de la Constitución queda vulnerada cuando se priva de ella a una persona sin observar lo dispuesto en el mismo o en casos o forma no previstos en la Ley. De aquí que el incumplimiento del principio de legalidad punitivo (tipicidad) y procesal pueda configurarse como una vulneración de la libertad personal, en garantía de la cual el propio artículo 17.1 prevé la regulación por ley de un procedimiento de hábeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Dada la función que cumple este procedimiento, no cabe duda de que comprende potencialmente a todos los supuestos en que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez, con objeto de conseguir el resultado indicado si la detención fuera ilegal, en la forma y con el alcance que precisa la Ley Orgánica 6/1984, según se verá más adelante”*.

*busca la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Es por eso aplicable esta garantía en los supuestos como el que aquí se da, de detención previa al acuerdo de expulsión antes del transcurso de setenta y dos horas”*⁹⁰

Es tracta d'un procediment àgil i ràpid, ja que la llei preveu un termini de 24 hores per articular el procés d'*habeas corpus* amb totes les seves fases i garanties. Només cal iniciar el procediment mitjançant una simple compareixença verbal i no és preceptiva la presència, ni d'advocat, ni de procurador.

Per poder iniciar-lo són necessaris tres requisits, que s'hagi produït una detenció, que aquesta sigui il·legal⁹¹ i que no hagi estat ordenada per una autoritat judicial.

Pel que fa als estrangers, el Tribunal Constitucional diu que, *“el juez del habeas corpus debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir, que esta estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la Ley permite privar de libertad a una persona porque del ajuste o no a la Constitución y al ordenamiento jurídico de aquel acto administrativo, dependía el reconocimiento o la vulneración del derecho a la libertad y la legalidad o no de la detención...”*⁹²

La finalització d'aquest procediment es realitzarà mitjançant interlocutòria motivada⁹³ dintre del termini de 24 hores previst a la llei. La resolució dictada finalitzarà el procediment i podrà ser estimatòria o desestimatòria de la pretensió. Si aquesta és estimatòria, el Jutge acordarà: la llibertat del detingut si la detenció és il·legal; que continuï la situació de privació de llibertat; o que el detingut sigui posat immediatament a disposició judicial si s'ha superat el termini legalment establert per a la detenció.

⁹⁰ En aquesta sentència el Tribunal Constitucional determina si el procediment d'*habeas corpus* és aplicable a la detenció d'estrangers prèvia a l'acord d'expulsió i abans de les 72 hores.

⁹¹ La detenció il·lícita es aquella que es produeix de forma arbitrària per part de les autoritats i que a més no compleix els requisits establerts a la llei, infringint les normes constitucionals i/o processals, produint en el detingut una privació de la llibertat sense fonament. Com ja s'ha vist anteriorment els cossos policials tenen l'obligació de complir amb els requisits legalment establerts a l'hora de efectuar una detenció.

⁹² STC 21/1996 de 12 de febrero [RTC 1996\21], FJ 6

⁹³ Art. 8 LO 6/1984 de 24 de maig, *“practicadas las actuaciones a que se refiere el artículo anterior, el Juez, mediante auto motivado, adoptará seguidamente alguna de estas resoluciones...”*

3.2.9 Doctrina del Tribunal Constitucional quant a la detenció.

El TC ha reconegut àmpliament des de l'any 1984⁹⁴ que el dret fonamental a la llibertat persona de l'art. 17 CE és un dret de l'ésser humà i que per tant, correspon per igual als nacionals com als estrangers. Aquesta llibertat la reconeix a tot el territori nacional, inclosos els llocs fronterers i les zones internacionals destinades al trànsit de passatgers⁹⁵.

Ja en la dècada dels 90 el Tribunal fa un pas endavant connectant les garanties de l'art. 17.2 i 3 CE sobre la detenció preventiva al procediment penal expressant que, *“la privación de libertad con fines de identificación solo podrá afectar a las personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se halla en disposición actual de cometer un ilícito penal o que hayan incurrido ya en una infracción administrativa, de modo que se trata de un instrumento únicamente utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad”*⁹⁶; i més concretament, *“la medida no puede ser indefinida por lo que la diligencia de identificación ha de realizarse de manera inmediata y sin dilación alguna. No obstante, ello no significa que las garantías establecidas en los num. 2 y 3 del artículo 17 CE no deban ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintos a la detención preventiva”*⁹⁷

Pel que fa als estrangers, el Tribunal Constitucional, a la STC 174/1999 (mencionada anteriorment), considera que quan a l'estranger se'l reté a la frontera sota custòdia i vigilància de l'autoritat administrativa competent, es tracta d'un supòsit “d'efectiva compulsió personal”. A més entén que les restriccions de la llibertat del estranger pendent d'un expedient de devolució, expulsió o retorn constitueixen una privació de la llibertat perfectament enquadrades dintre de l'art. 17 CE.

⁹⁴ STC 107/1984 de 23 de noviembre [RTC 1984\107], FJ 3. Sentència que denega l'empara a un ciutadà sud-americà que considera haver estat tractat de forma desigual per la legislació laboral.

⁹⁵ STC 174/1999 de 27 de setembre [RTC 1999\174] FJ 4, STC 179/2000 de 26 de juny [RTC 2000\179], FJ 3 i ATC 55/1996 de 6 de març [RTC 1996\55 Auto], FJ 3. Totes elles tracten casos de ciutadans estrangers que es troben en zones de l'aeroport per situació diverses com d'entrada al país o en espera de ser retornats al seu país d'origen.

⁹⁶ STC 341/1993 de 18 de novembre [RTC 1993\341], FJ 5, que resol la inconstitucionalitat de l'art. 20 de la Llei Orgànica 1/1992, de Protecció de la Seguretat Ciutadana. Aquesta sentència va establir el criteri interpretatiu d'aquest article per què es considerés constitucional.

⁹⁷ STC 341/1993 de 18 de novembre [RTC 1993\341], FJ 6.

Pel que fa referència a la detenció cautelar fora del procediment penal, el TC ja la va considerar i la va admetre a l'any 1987 (STC 115/1987 de 7 de juliol). La diferència actualment és que a la Llei d'estrangeria ja s'estableix un termini màxim per a la durada de la detenció⁹⁸

Tot i concretar de forma específica aquests casos amb els estrangers, el Tribunal Constitucional aclareix que aquestes previsions legals, degut al caràcter excepcional de la privació de la llibertat, han de ser interpretades en el mateix sentit que l'art. 17.2 CE. És a dir, com ja hem vist anteriorment, la privació de la llibertat no pot perllongar-se fins al termini màxim, sinó que ha de tenir la durada estrictament necessària per a realitzar la finalitat que persegueix la privació de llibertat, que és fer les indagacions adients per aclarir els fets, i per tant, la durada màxima podrà ser inferior a les setanta dues hores⁹⁹

3.3 Règim jurídic dels estrangers. Normativa sobre estrangeria.

Anterior a la Constitució no existia cap política d'immigració, tant sols trobem una referència als estrangers al Decret d'Estrangeria de 1852, que tenia un caràcter merament administratiu. Posteriorment amb la Constitució de 1931 i sota el marc legal de l'art. 31.3 d'aquesta Constitució, apareix la Llei d'Ordre Públic de 1933 que regula la expulsió dels estrangers del territori nacional. Continuant amb aquesta política, després de la guerra civil i ja en plena dictadura, a l'any 1959 es va promulgar una nova Llei que seguia la mateixa línia de la de 1933.

A partir de la Constitució de 1978 i en virtut de l'art. 13 CE s'intenta actualitzar les normes en matèria d'estrangeria i apareix la Llei d'asil i de la condició del refugiat de 26 de març de 1984 i el Reglament de 19 de febrer de 1985 que la desenvolupa. Aquest mateix any apareix la primera llei que intenta desenvolupar l'art. 13.1 CE, la LO 7/1985 de 1 de juliol, de drets i llibertats dels estrangers. Tenia com a finalitat principal crear un cens real dels estrangers a Espanya i regular les mesures per a la expulsió d'aquells que es trobessin en situació il·legal o irregular i ja apareix la detenció preventiva i l'internament en centres de detenció. Aquesta Llei va ser desenvolupada pel RD 1199/1986 de 26 de maig, derogat posteriorment pel RD 155/1996 de 2 de febrer. Com

⁹⁸ A l'art. 61.1.d LOEx determina que a la tramitació de l'expedient d'expulsió es podrà acordar la detenció cautelar per un període màxim de 72 hores, igualant aquest termini per a qualsevol altres supòsit de detenció.

⁹⁹ En aquest sentit es pronuncia la STC 86/1996 de 21 de maig [RTC 1996\86], FJ 8.

a complement a aquest Reglament i amb motiu de la incorporació d'Espanya a la Comunitat Europea, es va dictar el RD 1099/1986 sobre la entrada, permanència i treball en Espanya dels nacional dels Estats membres de la CE.

A partir de l'any 1988, a nivell polític, es comença a generar la necessitat de regular el flux migratori cap a Espanya, tot i que al llarg de quinze anys no es va prendre cap mesura. Finalment, l'any 2000 apareix la LO 4/2000 de 11 de gener, sobre Drets i Llibertats dels Estrangers en Espanya i la seva integració social (Llei d'estrangeria/LOEx). Tot i que actualment aquesta llei encara està vigent, ha estat modificada en diferents ocasions. Ja el mateix any i amb la majoria absoluta del Partit Popular, es va realitzar la primera modificació amb la LO 8/2000 de 22 de desembre, que en certa manera tornava al mateix sentit restrictiu que tenia la LO 7/1985.

Amb el pas dels anys i amb la intenció d'adaptar-se a la realitat i les necessitats socials han anat apareixent modificacions d'aquesta llei (LO 11/2003 de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers, LO 14/2003 de 20 de novembre, que modifica la LO 4/2000, i finalment la LO 2/2009 de 11 de desembre, que modifica un cop més la LO 4/2000).

Pel que fa al Reglament de desenvolupament de la Llei, aquest també ha sofert diverses modificacions des de el RD 864/2001, passant pel RD 2393/2004 fins a l'actual i vigent Reglament 557/2011 de 20 d'abril.

Tot i les constants modificacions, les diferents lleis han deixat llacunes que han necessitat d'interpretació i per aquest motiu la Fiscalia General de l'Estat ha anat dictant diverses Circulars, Instruccions i Consultes en matèria d'estrangeria des de la LO 7/1985.

Segons les disposicions de la Llei d'estrangeria, ens trobem que és possible la privació de llibertat dels estrangers en virtut de la legitimitat dels Estats per adoptar polítiques d'immigració i seguretat pública.

Aquesta Llei a més, inclou la figura de la detenció en l'àmbit administratiu, que compren la privació de la llibertat a un estranger pel fet de cometre una infracció administrativa.

Dintre de les accions administratives cap als estrangers, s'ha de realitzar una distinció entre expulsió, devolució i retorn:

- L'expulsió és la sanció per la comissió d'una infracció greu o molt greu i es tramita mitjançant un expedient administratiu que a més implica la prohibició d'entrada al territori nacional.
- La devolució i el retorn no tenen el tractament de sanció, sinó d'una mesura immediata per a restablir l'ordre jurídic afectat i es materialitza mitjançant una resolució administrativa. La devolució es porta a terme quan s'intercepta un estranger entrant il·legalment al territori nacional. El retorn es porta a terme quan l'estranger sol·licita l'entrada al territori nacional i no compleix els requisits legals establerts, per la qual cosa se li denega l'entrada.

La Llei d'estrangeria esmenta la detenció en nombroses ocasions i per aquest motiu és necessari analitzar cada una d'elles.

La detenció cautelar, per l'autoritat governativa o els seus agents (art. 61.1.d paràgraf 1¹⁰⁰ LOEx). Al establir un termini màxim de la durada de la detenció, s'haurà d'interpretar en el mateix sentit que marca la jurisprudència del TC, es a dir, la durada vindrà determinada pel temps estrictament necessari per a realitzar la finalitat de la privació de llibertat cautelar, sense sobrepassar mai el límit establert de 72 hores.

Aquest article va crear una certa problemàtica quant a qui han de ser els agents que poden realitzar la detenció, ja que, d'entrada, les competències en matèria d'estrangeria estan atribuïdes al Cos Nacional de Policia (CNP) segons l'art. 12.1.a de la LO 2/1986 de Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat. Això va implicar que s'hagués de precisar que altres Forces i Cossos de Seguretat en l'exercici de les seves funcions (Guàrdia Civil, Policia Autònoma i Policia Local) i en el marc de l'obligació de cooperació recíproca i d'auxili mutu que imposa la LO 2/1986 poguessin procedir a identificar i detenir a estrangers i a traslladar-los i posar-los immediatament a disposició dels Grups d'Estrangeria del CNP.

La detenció cautelar també pot produir-se en el marc d'un procediment ordinari atenent a l'art. 63 bis.3 LOEx, que textualment diu que *“tanto en fase de tramitación del*

¹⁰⁰ Art. 61.1.d LOEx *“Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento”*

procedimiento como durante el plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el país, podrá adoptarse alguna/as de la/s medida/s cautela/res establecida/s en el art. 61, excepto la de internamiento prevista en la letra e)”. Aquest cas i des de un punt de vista policial, no resulta comprensible que es pugui realitzar una detenció cautelar en el procediment si no es pot adoptar la mesura d’internament en un centre d’internament d’estrangers, ja que l’art. 61.1.d estableix que la detenció cautelar ha de ser prèvia a la sol·licitud d’internament. Per això, si aquest últim fet no es dona, hem de deduir que un cop notificada la incoació de l’expedient, l’estranger ha de quedar en llibertat a l’espera de resolució.

La detenció coercitiva (art. 61.1.d paràgraf 2¹⁰¹ LOEx), mitjançant la qual el legislador vol fer referència a qualsevol altra situació en la que es pugui detenir a un estranger, com per exemple, l’existència d’una resolució d’expulsió dictada pel Poder Judicial o autoritat governativa.

En paraules de Guillén Alvarez¹⁰², “...tendrá siempre la finalidad exclusiva de una medida de compulsión personal para la efectividad de una resolución (art. 93 a 96 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), pudiendo solicitar la autorización del Juez de Instrucción para el ingreso en un Centro de Internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la expulsión”

La detenció en la denegació d’entrada (art. 60.4¹⁰³ LOEx), aplicable a qualsevol estranger que no compleixi els requisits establerts legalment per l’entrada al territori nacional. Aquest serà rebutjat mitjançant un expedient de denegació d’entrada, que automàticament generarà el retorn del estranger a l’Estat d’origen. Si tot i així aquest entra en territori nacional, mitjançant aquest precepte legal podrà ser privat de la llibertat.

¹⁰¹ Art. 61.1.d LOEx. “En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas”

¹⁰² GUILLEN ALVAREZ, I. “La detención en la ley de extranjería”. En *Ciencia Policial*, nº 105 (2011). Pàg. 90

¹⁰³ Art. 60.4 LOEx “La detención de un extranjero a efectos de proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.”

La detenció en la devolució (art. 58.3 i ss¹⁰⁴ LOEx). Si la devolució no es pot realitzar en el termini establert de 72 hores, s'haurà de sol·licitar a l'autoritat judicial l'internament en un centre d'internament d'estrangers.

En aquest sentit, també es pronuncia l'art 64.4 LOEx que diu que *“cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra el mismo se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar la misma sin necesidad de incoar un nuevo expediente de expulsión”*

La detenció prèvia o preventiva. Tot i que la Llei d'Estrangeria no recull de forma expressa aquest tipus de detenció, la podem incloure dintre de l'art. 61.1.d LOEx quan parla de “qualsevol altre supòsit de detenció”. Aquesta s'aplica dintre del compliment de l'art. 57.2¹⁰⁵ LOEx, sempre que es compleixin tots els requisits establerts, l'estranger podrà ser detingut des del mateix moment d'incoació de l'expedient d'expulsió.

3.4 La detenció en els estrangers.

Tot i que ja s'ha analitzat detalladament la figura de la detenció, tot seguit veurem les causes de detenció que afecten de forma directa als estrangers.

3.4.1 La comissió d'una infracció penal.

No trobem al Codi Penal cap tipus de tractament especial cap als estrangers detinguts per la presumpta comissió d'una infracció penal constitutiva de delictes (homicidi, violència de gènere, robatori amb força, etc¹⁰⁶), pel que s'ha d'aplicar la normativa prevista a la LECrim.

Pel que fa a la comissió de faltes tampoc hi ha una regulació específica sobre els estrangers i com en el cas anterior aplicarem la LECrim, i concretament l'art. 495¹⁰⁷. D'aquest precepte podem deduir que en el cas de tractar-se d'un estranger

¹⁰⁴ Mitjançant aquest precepte normatiu, els estrangers que vulguin entrar il·legalment en territori nacional o siguin localitzats dintre del territori incomplint una prohibició d'entrada per haver estat expulsats anteriorment, podran ser detinguts i retornats al seu país d'origen.

¹⁰⁵ Art. 57.2 LOEx *“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”*

¹⁰⁶ Delictes compresos al Llibre II del Codi Penal, art. 138 a 616.

¹⁰⁷ Art. 495 LECrim. *“No se podrá detener 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”*

indocumentat, en situació il·legal i sense domicili conegut es podria practicar la detenció en cas de comissió de falta. En aquest sentit, i segons l'opinió expressada per De Llera Suárez-Bárcena¹⁰⁸, la detenció per faltes queda subsumida per l'art. 20.2 LO 1/1992 de 21 de febrer, de Protecció de la Seguretat Ciutadana (d'ara endavant LOPSC), de manera que només es podrà practicar quan s'ignori la identitat del infractor i per tant la detenció per faltes deuria englobar-se dintre d'aquest precepte i en conseqüència l'art. 495 LECrim hauria de suprimir-se.

3.4.2 La detenció preventiva per la expulsió del territori nacional

Es tracta de la detenció governativa o policial prevista a la Llei d'estrangeria amb la finalitat d'expulsar del territori nacional als estrangers que han entrat de forma il·legal o sobre els estrangers amb una ordre d'expulsió.

Aquesta pot donar-se per:

- Incoació d'un expedient administratiu d'expulsió (l'art. 61.1.d LOex)
- Incompliment d'una ordre d'expulsió (art. 64.1 LOEx)
- Adopció d'una mesura de devolució (art. 58.6 LOEx) o de retorn (art. 60.1 LOEx).

3.4.3 La detenció preventiva per la extradició.

La trobem prevista a l'art. 13.4 CE i a l'art. 8.1¹⁰⁹ de la Llei 4/1985 de 21 de març, d'Extradició Passiva i és aplicable a totes aquelles persones estrangeres que es troben en territori nacional i que estiguin inculpades o condemnades judicialment en altres països.

Aquesta només es pot donar si existeix una sentència condemnatòria per la comissió d'un delictes en un país estranger, acompanyada per una ordre de detenció i extradició. Aquest tipus de detenció es realitza en nom d'una autoritat estrangera que requereix la col·laboració de les autoritats judicials i policials dels nostre país.

¹⁰⁸ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. *Derecho procesal Penal. Manual para criminólogos y policías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Pàg. 279

¹⁰⁹ Art. 8.1 L 4/1985. "*En caso de urgencia podrá ser interesada la detención como medida preventiva, si bien, deberá hacerse constar expresamente en la solicitud que ésta responde a una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes, con expresión de la fecha y hechos que la motivan, tiempo y lugar de la comisión de éstos y filiación de la persona, cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente demanda de extradición*".

Actualment només es pot realitzar amb països que no pertanyen a la Unió Europea i que, a més tinguin signat un conveni d'extradició amb Espanya.

3.4.4 Impossibilitat d'identificació

Aquest supòsit es pot donar tant amb un l'estranger com amb un nacional, i en el cas que els agents de l'autoritat requereixin la identificació de l'individu i aquest no tingui cap tipus de document ni cap mitjà per poder identificar-se. L'art. 20.2 de la LOPSC¹¹⁰ permet als agents a traslladar a la persona a les dependències policials per poder portar a terme la identificació del mateix. Per evitar aquesta situació, l'art. 4.1 LOEx obliga als estrangers a portar la documentació que acrediti la seva identitat.

Aquesta possibilitat de detenció va ser portada en el seu moment davant el TC per la seva possible inconstitucionalitat. L'Alt Tribunal en reiterades ocasions ha considerat que l'art. 20 LOPSC autoritza a una retenció temporal amb la finalitat d'efectuar les gestions necessàries per la identificació i situació de l'estranger¹¹¹, encara que també diferencia el fet de que els agents de l'autoritat poden retenir a l'estranger a efectes d'identificar-lo, o bé detenir-lo si hi ha la sospita fonamentada i raonada que està infringint la legislació sobre estrangeria¹¹²

3.4.5 Execució d'una ordre de detenció europea (euro-ordre).

L'ordre de detenció i entrega europea substitueix a la figura de l'extradició en el marc de la Unió Europea i està definida a l'art. 1.1 de la LO 3/2003 de 14 de març¹¹³. Aquesta llei compleix amb les obligacions que determina la Decisió Marc del Consell de la Unió Europea (DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002).

¹¹⁰ Art. 20.2 LOPSC. *“De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.”*

¹¹¹ STC 341/1993 de 18 de novembre [RTC 1993\341] FJ 4, 5 i 6. Sentència que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat contra la Llei Orgànica de Seguretat Ciutadana.

¹¹² STC 86/1996 de 21 de maig [RTC 1996\86] FJ 2

¹¹³ Art. 1.1 LO 3/2003. *“La orden de detención europea (en adelante, la orden europea) es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.”*

Representa un dels instruments més importants de la cooperació judicial penal en la Unió Europea i dintre del espai Schengen¹¹⁴. Aquest mecanisme té una naturalesa merament judicial i té la finalitat de poder executar gairebé de forma automàtica les resolucions judicials dictades per les autoritats d'altres Estats membres. Es basa en l'aplicació del principi de reconeixement mutu, de confiança recíproca i, redueix de forma significativa els tràmits a realitzar, agilitzant considerablement tot el procediment.

L'ordre de detenció és una resolució judicial que emana d'un Estat membre per a la detenció i entrega a un altre Estat membre d'una persona requerida per al exercici d'accions penals o execució d'una pena o mesura de seguretat privativa de la llibertat.

La comunicació de l'ordre va directament del òrgan judicial que la emet, a l'òrgan judicial que la de portar a terme, sense passar per l'Autoritat Central.

L'art. 13.1 d'aquesta llei preveu la forma en que s'ha de realitzar la detenció fent remissió als art. 489 i ss. i 520 i ss. LECrim.

3.4.6 Estats d'alarma i excepció.

Regulats a l'art. 55.1 CE i desenvolupats a la LO 4/1981 de 1 de juny, dels Estats d'alarma, excepció i setge, que afecta tant als nacionals com als estrangers.

Es tracta d'un dels supòsits en que la Constitució preveu la suspensió de determinats drets i llibertats i entre ells el de la llibertat personal.

Només en els estats d'excepció i de setge es permet la suspensió de drets i llibertats, i en l'estat d'alarma, tot i no comportar una suspensió dels drets, si que existeix una limitació en el seu exercici.

L'estat d'alarma (art. 116.2 CE) serà decretat davant situacions que alterin greument la normalitat (catàstrofes meteorològiques, crisis sanitàries, desgràcies públiques, etc...).

L'estat d'excepció (art. 116.3 CE) actua com a instrument de reacció davant crisis que generin greus alteracions de l'ordre públic (per exemple un intent de cop d'Estat).

¹¹⁴ L'Acord Schengen el van firmar al 1985 cinc països comunitaris (Alemanya, França, Bèlgica, Holanda i Luxemburgo) i bàsicament té la finalitat d'eliminar els controls fronteres per a les persones d'aquests països i augmentar la cooperació judicial i policial entre ells, a més d'instaurar drets d'observació i persecució transfronterera per a les policies dels Estats signants. Espanya es va afegir a principis dels 90.

L'estat de setge (art. 116.4 CE) és una mesura per fer front a situacions d'actes contra la sobirania o independència de la Nació, la seva integritat territorial o l'ordenament constitucional (invasió, guerra exterior, guerra civil).

3.4.7 Pertinença a banda armada i/o terrorista.

Es recull a l'art. 55.2 CE i afecta tant als drets dels nacionals com dels estrangers. Es tracta d'una suspensió individual dels drets reconeguts a l'art. 17.2 i 18.2 i 3 CE, amb la finalitat d'afavorir les investigacions per la pertinença i/o actuació de bandes armades i elements terroristes.

La LECrim dona un tracte diferent pel que respecta a la durada i el tipus de detenció (art. 520 bis 1 i 2 LECrim¹¹⁵), es a dir, la durada es podrà allargar quaranta-vuit hores més i pel que fa al tipus, el jutge podrà decretar la incomunicació del detingut (art. 509 i 510 LECrim). De forma que la vulneració del dret a la llibertat es veu agreujada.

Aquest supòsit requereix la intervenció i autorització judicial (STC 199/1987 de 16 de desembre [RTC 1987\199], FJ 7)¹¹⁶, a més del control parlamentari (STC 71/1994 de 3 de març [RTC 1994\71], FJ 3)¹¹⁷.

3.5 L'internament d'estrangers.

Arribats a aquest punt, ens trobem amb la problemàtica que representen els estrangers que es troben en situació irregular dintre del territori nacional i que, com hem vist, afecten al dret a la llibertat. És d'especial importància, per la seva connexió amb la detenció, parlar de la mesura cautelar prevista a l'art. 61.1.e de la LOEx, que preveu l'internament preventiu amb l'autorització judicial prèvia.

¹¹⁵ Art. 520 bis LECrim. "1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado, sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el juez hubiere dictado la resolución pertinente".

¹¹⁶ Aquesta sentència resol un recurs d'inconstitucionalitat contra la LO 9/1984, de mesures contra l'actuació de bandes armades i elements terroristes, i contra els desenvolupament de l'art. 55.2 CE.

¹¹⁷ En aquesta sentència el Tribunal Constitucional resol un recurs d'inconstitucionalitat contra la llei 4/1988, de reforma de la LECrim.

L'internament dels estrangers és la mesura preventiva que fa servir l'Administració per poder fer efectiva una ordre d'expulsió. Tal com he comentat anteriorment, requereix d'una autorització judicial, tot i ser una mesura provisional d'un procediment administratiu.

El TC, a partir de la sentència 115/1987 valida l'internament dels estrangers sempre que s'ajusti a les garanties desenvolupades per la doctrina constitucional. A aquesta sentència, el TC va establir un punt de referència, sobretot amb el fonament jurídic primer, passant a ser considerada una de les sentències interpretatives més importants en la matèria. En aquest sentit diu: *"...El internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no solo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. En materia penal, una vez puesto el detenido por el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte final del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que "interesa" el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios"*¹¹⁸.

Podem extreure de la STC 115/1987 de 7 de juliol, que el seu fonament jurídic primer, constitueix el marc d'intervenció judicial, definint els criteris bàsics mitjançant els quals s'ha de dur a terme, tant la detenció com l'internament perquè tots dos es considerin constitucionals.

3.5.1 Règim jurídic de l'internament.

Partint de que els drets i llibertats dels estrangers es troben regulats, com ja hem vist, a la LO 4/2000 de 11 de gener, ens hem de remetre a aquesta per trobar el règim jurídic aplicable als casos d'internament. A l'art. 61.1.e LOEx trobem una mesura cautelar que

¹¹⁸ STC 115/1987 de 7 de juliol [RTC 1987\115], Fallo. *"Declarar que no es inconstitucional el artículo 26.2, párrafo segundo de la LO 7/1985, de 1 de julio, entendido con el sentido y alcance que indica en el fundamento jurídico 1º..."*.

és el internament judicial en un centre d'internament d'estrangers i als art. 60 i 62 LOEx trobem la regulació sobre l'internament. El primer d'ells regula l'internament en el supòsit de que no es permeti la entrada al país i el seu retorn superi les setanta-dues hores establertes per llei¹¹⁹; i el segon supòsit tracta dels estrangers que estiguin pendents d'un expedient d'expulsió¹²⁰.

També es regula l'internament dels estrangers als art. 15.2 a 15.6 , 23.4, 235.5, 246.3 i 258 del RD 557/2011 de 20 d'abril, del Reglament d'Estrangeria, que desenvolupa la Llei d'estrangeria.

Per últim, l'Ordre Ministerial de 22 de febrer de 1999 (RCL 1999/15), de les normes sobre el funcionament i règim intern dels Centres d'Internament d'Estrangers, al seu art. 2.1 determina que *“El ingreso de extranjeros en los Centros de Internamiento de Extranjeros solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente...”*.

3.5.2 Drets i garanties de l'internament.

El TC amb les seves sentències també s'ha pronunciat respecte les garanties de l'internament d'estrangers¹²¹. Pel que fa als límits a la restricció del dret a la llibertat de l'estranger, cal que aquesta situació estigui regulada per llei, determinant de forma clara i precisa el temps màxim d'internament; que la decisió administrativa que provoca l'internament pugui ser revisada judicialment i que l'estranger tingui al seu abast totes les garanties legals i humanitàries que puguin garantir la correcta informació de la seva situació i l'assistència legal que necessiti.

L'art. 60.3 LOEx determina que l'estranger estarà sempre a disposició judicial durant el seu internament, aspecte que també recull l'art. 258.6 del Reglament d'execució. En el

¹¹⁹ Art. 61.1.e LOEx. *“La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento.”*

¹²⁰ Art. 62.1 LOEx. *“Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.”*

¹²¹ STC 179/2000 de 26 de juny [RTC 2000\179], FJ 2, que diu: *“...no puede entenderse como una habilitación al legislador para prever privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, lo que no significa, como también se precisa en las sentencias citadas (STC 341/1993 y STC 174/1999), que a estas otras situaciones de privación de libertad les resulte de aplicación necesariamente el plazo de setenta y dos horas previsto en el art. 17.2 CE”*

mateix sentit es pronuncia l'art. 27.3.a de l'OM de 22 de febrer de 1999. Aquesta norma és una garantia que l'òrgan jurisdiccional vetllarà en tot moment per què les condicions de l'internament siguin les adequades i que tret de la llibertat deambulatòria, es respectin la resta de drets fonamentals, ja que de no ser així el jutge podrà revocar l'ordre d'internament. Una garantia addicional a aquest fet és que l'intern té dret a formular queixes i/o peticions davant el Jutge d'Instrucció o el Ministeri Fiscal¹²²

De la redacció de l'art. 62.1 LOEx podem extreure les següents conclusions respecte la legalitat de la decisió judicial d'internament i que fa que el Jutge d'instrucció:

- Haurà de verificar que existeix un expedient administratiu d'expulsió amb la resolució ferma d'expulsió, que aquesta resolució no hagi estat recorreguda ni suspesa pel Tribunal Contenciós-administratiu.
- Comprovar que en la tramitació de l'expedient d'expulsió s'hagin seguit les garanties establertes per Llei (proposta motivada, trasllat a l'interessat, termini per al·legacions, assistència de lletrat i intèrpret)
- Comprovar que les causes d'expulsió són les taxades a l'art. 54 de la Llei d'estrangeria.

Un altre aspecte a tenir en compte és que, com a totes les resolucions judicials, i atenent al dret a la tutela judicial efectiva, aquestes han d'estar motivades i fonamentades en Dret, tenint en compte la causa d'expulsió, la situació legal i personal del estranger, la probabilitat de fugida, etc. Aquesta exigència legal permetrà conèixer les raons per les que el Jutge considera adient l'internament i per tant, la privació de la llibertat, facilitant el control de la decisió en cas de possible impugnació i/o recurs a un Tribunal superior.

Pel que fa a la durada de l'internament, l'art. 62.2 LOEx estableix un altra garantia: serà de seixanta dies màxim. En aquest sentit trobem una diferència amb l'art. 4 de l'OM de 22 de febrer de 1999, que fixa el límit de l'internament en quaranta dies. Tot i aquesta diferència, i seguint la doctrina del TC, el criteri aplicable serà el mateix que per a la detenció, és a dir, que aquesta no podrà durar més enllà del termini estrictament necessari per a realitzar la finalitat que persegueix la privació de llibertat (en aquest cas, fer efectiva una ordre administrativa d'expulsió). I en aquest mateix sentit es pronuncia

¹²² Art. 33.3 de la OM de 22 de febrero de 1999. *“Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los extranjeros ingresados podrán formular las peticiones o quejas, o interponer los recursos que correspondan, ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentren o ante el Ministerio Fiscal”*

l'art. 258.4 del Reglament d'estrangeria, que estableix que *“El ingreso del extranjero en un centro de internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, devolución o el regreso, y la autoridad gubernativa deberá proceder a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible”*.

3.5.3. Drets i deures de l'estranger internat.

Tot i que els centres d'internament no tenen caràcter penitenciari, l'organització general i les normes de règim interior es regulen de forma paral·lela a les dels centres penitenciaris.

Des que un estranger és internat en un centre d'internament, aquest queda vinculat amb l'Administració mitjançant una relació de subjecció especial¹²³ compatible amb el valor preferent dels drets fonamentals. Això vol dir que conserven tots els drets reconeguts a la ciutadania per l'ordenament jurídic, amb l'excepció del dret a la llibertat de moviments.

De la relació entre l'intern i l'Administració sorgeixen un seguit de drets i deures recíprocs recollits inicialment a l'art 27 de l'OM de 22 de febrer de 1999 i que posteriorment han estat inclosos a la LO 4/2000 de 11 de gener (art. 62 bis i ter)

Pel que fa als drets, cal distingir els que són inalterables per la seva condició de drets fonamentals i els que poder ser objecte de restricció. Són inherents a la persona els referents a la personalitat (dret a la vida, a la integritat física i moral, a la dignitat, a la igualtat i a la llibertat religiosa) i els drets civils (respecte a la propietat privada i dret a la educació)¹²⁴

Respecte als drets derivats del règim intern del Centre i relacionats amb la privació de la llibertat deambulatòria, s'ha de matisar que aquests poden veure's afectats i limitats. Bàsicament molts d'aquests drets ja han estat atorgats i reconeguts a l'estranger des del moment de la detenció: assistència mèdica, de lletrat, d'intèrpret, a comunicar el fet (a una persona)... Tot i que també té altres drets que poden ser suspesos o limitats per

¹²³ Aquest tipus de relació ja va ser determinada pel Tribunal Constitucional a la STC 120/1990 de 27 de juny, respecte al dret a la vida, i ja vista anteriorment.

¹²⁴ Art. 27.1 OM 22 febrer de 1999. *“Las actividades realizadas en los centros se desarrollarán salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad deambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada.”*

raons de seguretat del Centre o perillositat del intern (dret a la informació, a les comunicacions, al contacte amb l'exterior i el dret de participació).

En relació als deures, el primer i essencial és el deure de permanència en el centre, a més, el de respectar i complir les normes de règim intern i el respecte a les autoritats, funcionaris i resta d'interns.

Pel que fa a les normes genèriques de règim intern, l'estranger haurà de complir les normes de convivència, sanitat, higiene i manteniment dels bens públics. I de forma ja més específica, l'art. 62 ter LOEx reconeix els següents deures:

“a) A permanecer en el centro a disposición del Juez de Instrucción que hubiere autorizado su ingreso.

b) A observar las normas por las que se rige el centro y cumplir las instrucciones generales impartidas por la dirección y las particulares que reciban de los funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones, encaminadas al mantenimiento del orden y la seguridad dentro del mismo, así como las relativas a su propio aseo e higiene y la limpieza del centro.

c) A mantener una actividad cívica correcta y de respeto con los funcionarios y empleados del centro, con los visitantes y con los otros extranjeros internados, absteniéndose de proferir insultos o amenazas contra los mismos, o de promover o intervenir en agresiones, peleas, desórdenes y demás actos individuales o colectivos que alteren la convivencia.

d) A conservar el buen estado de las instalaciones materiales, mobiliario y demás efectos del centro, evitando el deterioro o inutilización deliberada, tanto de éstos como de los bienes o pertenencias de los demás extranjeros ingresados o funcionarios.

e) A someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva, apreciadas por el servicio médico, y a petición de éste, lo disponga el director del centro.”

La infracció d'aquests deures pot ser contrarestada per les mesures contemplades a l'art 62 quinquies de la LOEx, mesures que no deixen opció a sancions disciplinàries, ja que tant sols parla de mesures de contenció física i/o separació.

3.6. La detenció i l'internament de menors estrangers.

A títol introductori, cal reconèixer que els menors necessiten una protecció especial, fet que fa que sigui necessari dotar als menors d'unes garanties addicionals a les que ja s'atorguen als adults. En aquest aspecte cal remarcar que la comunitat internacional exigeix als governs una legislació que reconegui la condició i les necessitats dels menors, establint un marc jurídic de protecció addicional que garanteixi el seu benestar. Veiem com a la Convenció Internacional sobre els Drets del Nen (CIDN), es reconeix que el menor necessita protecció i atenció especial, sobretot i de forma concreta contra el abusos, la desatenció i l'explotació (art. 33 a 36 CIDN).

Els menors detinguts tenen els mateixos drets que els adults detinguts, amb la particularitat que, en reconeixement de les vulnerabilitats particulars dels menors, existeixen un seguit de disposicions addicionals que els proporciona la protecció especial que requereixen. Ja el dret internacional especifica clarament que *“ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*¹²⁵; i que *“los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”*¹²⁶

La Llei d'estrangeria no defineix específicament el tractament als menors, pel que ens hem de remetre a la normativa sobre la protecció jurídica del menor (LO 1/1996 de 15 de gener, de la protecció jurídica del menor), que fa primar el interès superior del menor independentment de la seva nacionalitat o procedència.

A la legislació vista sobre estrangeria no existeix cap norma que declari la irresponsabilitat o inimputabilitat administrativa dels estrangers menors de edat. De fet, la literalitat de l'art. 51.1¹²⁷ no diferencia entre majors i menors d'edat, pel tant, és evident que un menor també pot trobar-se en situació irregular i il·legal dins del territori nacional. També es pot donar el cas que el menor estigui condemnat per un delictes (art. 57.2 LOEx), fet en el que tampoc es realitza cap distinció per raó d'edat.

¹²⁵ Art. 37.b de la CIDN

¹²⁶ Art. 10.2.b del PIDCP

¹²⁷ Art. 51.1 LOEx. *“Incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes.”*

En l'únic que el menor estranger té un tracte jurídic diferent és en la situació de desemparament, i que la Llei d'estrangeria tracta a l'art. 35 amb el títol de "menors no acompanyats". Aquesta diferència també es troba a l'art. 62.4 LOEx, que determina la prohibició d'internament en un centre d'internament i l'obligació de posar al menor a disposició de les institucions de protecció de menors¹²⁸

Pel que fa als supòsits de detenció del menor estranger, la detenció cautelar està prevista als art. 60 i 61 LOEx¹²⁹. En aquest sentit, i sense cap diferenciació, la detenció del menor estranger només serà legítima quan la seva finalitat sigui una mesura cautelar per garantir el retorn, devolució o expulsió del menor.

L'actuació dels agents de l'autoritat es regirà pel que marca l'art. 17 de la LO 5/2000 de 12 de gener¹³⁰, sobre la responsabilitat penal del menor. Aquest text determina aspectes més beneficiosos a la detenció del menor en comparació als establerts a la LECrim per a la detenció dels adults. En particular i donada la vulnerabilitat del menor, la utilització de la força en la detenció està absolutament controlada, i cal valorar detingudament les conseqüències amb la finalitat de l'objectiu que es pretén aconseguir.

Com a diferències importants hem de destacar que la durada de la detenció té un termini màxim de quaranta-vuit hores (art. 17.4 LO 5/2000 i art. 3.3 RD 1774/2004). Els agents que realitzin la detenció del menor l'han de comunicar immediatament juntament amb indicació del lloc on està custodiat al Ministeri Fiscal, i també a les autoritats consulars si el menor té residència fora d'Espanya (art. 17.1 LO 5/2000 i 3.1 RD 1774/2004). En aquest sentit trobem que, *"la detenció d'un/a menor per part de la policia té una durada màxima de 24 hores. Però immediatament, la detenció s'ha de comunicar al/a fiscal de menors, ja que ell/a només disposa de 48 hores des del moment de la detenció per decidir sobre la situació del/la menor detingut/da. Per això és imprescindible*

¹²⁸ Art. 62.4 LOEx. *"No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1.i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley."*

¹²⁹ Tot i que no estableixen cap diferenciació per als menors d'edat, atenent a l'art. 62.4 hem de deduir que la privació de la llibertat es realitzarà en una institució de menors.

¹³⁰ Desenvolupada pel RD 1774/2004 de 30 de juliol, Reglament de responsabilitat penal dels menors.

comunicar la detenció d'un/a menor de la manera més ràpida possible al/a la fiscal de menors”¹³¹

A Catalunya, i dintre de la pràctica policial, si el menor no supera els 14 anys d'edat els agents de l'autoritat l'hauran de posar immediatament a disposició dels serveis la Direcció General d'Atenció a la Infància i la Adolescència (DGAIA).

En el cas que el menor estranger detingut es trobi indocumentat i els agents no puguin determinar la seva edat, l'art. 35 LOEx¹³² determina una garantia addicional que és comunicar-ho immediatament al Ministeri Fiscal. Cal tenir en compte que si la detenció ha estat practicada per la comissió d'un delictes, el detingut s'haurà de posar a disposició del Jutge d'Instrucció, que tindrà la competència per determinar l'edat del detingut¹³³. Aquest mateix procediment s'aplica en el cas de que no es pugui determinar la nacionalitat del menor.

Pel que fa a l'internament dels menors estrangers i atenent a la normativa vista fins al moment, quan el menor passa a custòdia del servei de protecció de menors, el més normal és que estigui en un centre de protecció del menor, tot i que actualment existeix la tendència a utilitzar els anomenats “pisos tutelats”. Cal advertir que existeix una diferenciació quant a l'internament, ja que l'art. 62.4 LOEx estableix que els menors no poden ingressar en els centres d'internament d'estrangers.

Durant l'internament s'ha de garantir que el menors rebin l'adequada assistència educativa i sanitària, tal com estipulen els art. 9.1¹³⁴ i 12 LOEx. Aquest internament pot ser en règim tancat o semiobert. En el primer cas, l'assistència educativa i sanitària es rep al mateix centre i per part de l'equip pedagògic i mèdic propi del centre. En el cas

¹³¹ INSTITUT DE SEGURETAT PÚBLICA DE CATALUNYA. *Manual de Normativa Penal del curs de formació bàsica per a policies*. Generalitat de Catalunya. Mollet del Vallés, 2010. Pàg. 15.

¹³² Art. 35 LOEx. “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.”

Determinar que posar en coneixement no és el mateix que posar a disposició, pel que no serà necessari traslladar al detingut a les dependències de la Fiscalia.

¹³³ Art. 375 LECrim i art. 16.5 LO 5/2000

¹³⁴ Art. 9.1 LOEx. “Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria.”

Art. 9.12 LOEx. “Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.”

del règim semiobert, es poden utilitzar les xarxes educatives i sanitàries comunitàries (escoles i centres d'assistència sanitària).

En aquest sentit s'ha de tenir en compte que aquestes tasques estan delegades als Serveis Socials, que actualment i a Catalunya, la gran majoria depenen dels Consells Comarcals, tot i que treballen de forma conjunta i coordinada amb els departaments territorials de la DGAIA. Això a la pràctica real representa que la manca d'efectius i de recursos materials i econòmics fa que no sempre es puguin portar a terme i de la forma estipulada les mesures explicades anteriorment.

Respecte als drets i deures del menors durant el seu internament, són els mateixos que la llei determina per als adults amb les particularitats ja vistes per als menors.

4. CONCLUSIONS.

1. Per iniciar aquest últim apartat cal reconèixer els canvis socials que s'han produït al país com a conseqüència del flux migratori dels últims anys. Això i els compromisos internacionals adquirits per Espanya, fan que el legislador tingui l'obligació de regular aquest flux d'immigrants.

El països membres de la Unió Europea han de treballar conjuntament en la regulació de l'estrangeria i els fluxos migratoris, a més d'afavorir la integració d'aquests immigrants, ja sigui mitjançant el dret intern de cadascun d'ells o mitjançant pactes intergovernamentals (Acord Schengen).

En el dret intern, he trobat que la Constitució, tot i no contemplar de forma directa el fet de la immigració, contempla els mecanismes necessaris per què els drets dels immigrants siguin declarats i garantits. L'art. 13 CE atribueix als estrangers la plena titularitat dels drets i llibertats contemplats a la mateixa Constitució. A la realitat encara podem trobar diferències legislatives (entre estrangers i nacionals en l'àmbit econòmic i laboral, aspecte que no he comentat per no tractar-se del objectiu principal del treball).

2. El dret a la llibertat és un dret fonamental tant de l'ordenament jurídic intern (reconegut a la Constitució) com del internacional (reconegut al Conveni Europeu de Drets Humans).

Tant la Llei com la jurisprudència reconeix que aquest dret pot ser objecte de restriccions i limitacions i que, en funció de cada situació, s'hauran de regular les garanties adients pel compliment dels principis de l'art. 17 CE. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional a la STC 341/1993, considera que existeix una zona en que es pot produir una privació o restricció de la llibertat, no aplicant els sistema de garanties de l'art. 17 CE, com poden ser la detenció preventiva o la resta de detencions.

3. Hem definit la detenció com la privació de decidir sobre els teus propis moviments i per tant, aquesta ha d'anar associada a una mesura cautelar o preventiva per què sigui considerada lícita, o si més no, ha de complir els requisits normatius.

La detenció preventiva com a mesura cautelar es fonamenta en la imputació d'un il·lícit penal i té la finalitat de procurar la efectivitat de la resolució del procediment judicial. Per una banda la detenció preventiva ha de complir els requisits d'instrumentalitat, variabilitat i provisionalitat, i les mesures cautelars han de haver analitzat i valorat el

dret a la llibertat , la presumpció d'innocència i el dret de la societat a mantenir el ordre i la seguretat. Un cop aclarit això, he pogut comprovar al llarg de la realització del treball que tant a la legislació com a la jurisprudència de vegades s'utilitzen els termes detenció preventiva i detenció cautelar per fer al·lusió al mateix.

Hem vist diferents tipus de detenció, i entre elles, la detenció dels estrangers, que té la seva base jurídica al dret intern i admesa en els Tractats Internacionals. També hem vist com el dret intern desenvolupa una regulació específica mitjançant la LO 4/2000 d'estrangeria i el reglament que la desenvolupa (RD 557/2011), i com aquesta la podem relacionar amb altres preceptes legals en funció de la especificitat del cas tractat (LO sobre la responsabilitat penal dels menors, LO de protecció jurídica del menor, OM sobre el funcionament i règim intern dels Centres d'Internament d'estrangers, LECrim...). Vista aquesta regulació específica, trobem que en ella només es troba regulada la privació de la llibertat mitjançant la detenció en els supòsits dels procediments d'expulsió i devolució, i que fora d'aquests casos ens hem de remetre al procediment establerts per la LECrim.

Per tant, hem de determinar que a l'estranger detingut se li aplica l'estatut jurídic del detingut regulat a la LECrim, amb les particularitats del règim d'assistència jurídica gratuïta, que des de l'any 2003 i gràcies a la interpretació constitucional (STC 95/2003) es reconeix a tots els estrangers (en situació legal o il·legal) i el dret de defensa que inclou tant la defensa dels fets imputats com l'exercici de la resta de drets.

Des de la pràctica policial i fins i tot judicial, i atenent al text de l'art. 520.1 LECrim, s'ha de considerar el fet de que si l'estranger detingut és per qualsevol tipus d'infracció administrativa el tractament que se li ha de donar serà més curós, separant-lo dels delinqüents comuns, tant a les dependències policials, com en el trasllats.

4. El règim sancionador d'estrangeria comprèn normes que van des d'il·lícits penals a les infraccions administratives, passant per la legislació social i laboral.

La sanció més important és l'expulsió, que serà portada a efecte per l'autoritat governativa (Administració) o la judicial, tot i que qui acorda l'expulsió és l'Administració. En aquest sentit hem vist la diferència existent entre expulsió, devolució i retorn de l'estranger, veient que només la primera es considera sanció.

5. Dintre d'aquests supòsits vistos que poden implicar i impliquen la privació de llibertat de l'estranger, l'actuació policial s'adequarà al que marca la legislació genèrica pel que fa al procediment de la detenció i en especial a les particularitats estipulades a la instrucció quarta de la Secretaria d'Estat de Seguretat sobre el comportament exigit als membres de les forces i cossos de seguretat de l'Estat per garantir els drets de les persones detingudes o sota custòdia policial, per les detencions a estrangers, i a la instrucció cinquena si l'estranger és un menor.

Això fa que l'actuació policial estigui molt taxada pel que fa a la detenció, i ha de complir un seguit de requisits materials i formals per que aquesta no caigui en l'arbitrarietat i la il·legalitat, i que qualsevol alteració de les seves funcions pugui ser motiu de consideració per a determinar una detenció il·legal. Per tant, és molt recomanable que els membres dels cossos policials tinguin un ampli coneixement de la legislació vigent, tant de la genèrica (LECrim) com de la específica que afecta als estrangers, sobretot pel que fa als terminis i als drets del detingut. En aquest sentit ens trobem que els membres de les seccions d'estrangeria del Cos Nacional de Policia i dels Mossos d'Esquadra, tenen una formació i coneixements específics sobre la matèria, però que la majoria de la resta de membres dels cossos policials, desconeixen moltes de les particularitats relacionades amb els estrangers i això pot comportar alguna anomalia en el procediment i tractament de la detenció d'un estranger.

7. Per últim hem vist els cas de l'internament d'estrangers com una mesura cautelar, tot i que realment hauríem de considerar-lo com una mesura preventiva per garantir la presència del estranger al llarg de la tramitació del expedient administratiu i assegurar la futura expulsió del territori nacional.

Aquesta té la particularitat que la privació de llibertat s'ha de portar a terme en un centre no penitenciari, de manera que l'intern adquireix un estatut jurídic específic en relació amb l'Administració. Tot i tractar-es d'una mesura administrativa, l'internament requereix d'autorització judicial.

El Tribunal Constitucional amb la STC 115/1987 va definir de quina manera s'havia de donar aquesta privació de la llibertat per què es respectessin les garanties constitucionals.

Aquest internament només es podrà portar a terme si s'està tramitant un expedient administratiu. Es a dir, cal diferenciar-lo de la detenció i la privació de la llibertat per la comissió d'un il·lícit penal. En aquest darrer cas no hi haurà diferències entre estrangers i nacionals pel que fa al procediment de la detenció i tractament del detingut establert per la LECrim.

També ha quedat clar que quant a la pràctica policial, els membres dels cossos policials s'han de limitar a comprovar la identitat i la situació de l'estranger al territori nacional i si existeix un expedient administratiu d'expulsió, l'hauran de posar a disposició judicial. Per tant serà el jutge qui determinarà la privació de la llibertat en un centre d'internament.

Tot i això i un cop analitzada la legislació sobre els centres d'internament d'estrangers, trobem respecte als drets reconeguts legalment als estrangers interns, que la llei reconeix els drets, però no estableix unes garanties adequades de compliment dels drets, ni les condicions materials per al exercici dels mateixos. Per tant, tot i que l'internament només hauria d'afectar al dret a la llibertat, es poden veure afectats altres drets per una manca de garanties legislatives que els protegeixin. Aspecte que ens porta a la necessitat d'una reforma legislativa més àmplia i clara al respecte.

8. Pel que fa a la detenció i l'internament d'estrangers menors d'edat hem pogut comprovar que a més de la legislació analitzada al llarg del treball, hem de tenir en compte la legislació específica que protegeix al menor, i que aporta unes garanties addicionals que poden afectar als drets del detinguts, com ara a la durada de la detenció.

Un aspecte que ha quedat bastant clar és que en el cas dels menors i en cas de controvèrsia amb les normes d'aplicació, sempre s'ha de buscar el major benefici d'aquest, tal com indica l'art. 2 de la LO de Protecció jurídica del Menor.

9. En definitiva en aquest treball s'ha tractat un tema complex que afecta de forma directa a un dret fonamental protegit per la Constitució i que per la particularitat del col·lectiu al qui va adreçat, tot i haver-hi una legislació específica (Llei d'estrangeria), crec que hi ha qüestions que queden una mica confusos i com hem pogut veure al llarg del treball hem de recórrer a altres normes que la puguin complementar.

Pel que fa a la inquietud professional que m'ha motivat a escollir aquesta línia temàtica he de dir que amb la legislació tractada i relacionada amb el tema, queda més que

regulada i establerta la forma d'actuar de les Forces i Cossos de seguretat de l'Estat a l'hora de realitzar la detenció i iniciar la privació de la llibertat. Aspecte que dona suficients garanties a que la tasca realitzada pels agents de l'autoritat estigui dintre de la legalitat pel que fa a la detenció i les seves característiques. Encara que en els darrers anys hagin estat notícia algunes actuacions policials pel maltractament dispensat als detinguts, estaríem davant d'una qüestió que hauríem de tractar com a tortura i per tant com a vulneració d'altres drets que no són directament l'objectiu del treball.

5. FONTS D'INFORMACIÓ

5.1 BIBLIOGRAFIA.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. “Derechos humanos y terrorismo: límite, fundamento y solución”. En *Curso de DDHH de Donostia*, volumen V. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2005.

ALZAGA MILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomos I, II y IV. Ed. de Derecho Reunidas. Madrid, 1996.

APARICIO PÉREZ, M i BARCELÓ SERRAMALERA, M. *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. Atelier. Barcelona, 2009

BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

BRAGE CAMAZANO, J. *Los límites a los Derechos Fundamentales*. Ed. Dykinson. Madrid, 2004

CAMAS RODA, F. *L'atribució de competències en matèria d'immigració derivades de L'EAC*. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona, 2010.

CAVAS MARTÍNEZ, F (director). *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo reglamento*. Ed. Thomson Cívitas. Pamplona, 2011.

CUERDA RIEZU, A. “Extradición, Constitución y doctrina del TC”. En *Curso de DDHH de Donostia*, volumen III. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2002.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E. *Derecho procesal Penal. Manual para criminólogos y policías*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

DE LORENZO SEGRELLES, M. *Los derechos y libertades de los extranjeros en España*. En *La Constitución española de 1978 después de su trigésimo aniversario*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

DEL RIO FERNÁNDEZ, L. “Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico”. En *Diario La Ley*, nº 5422 y 5423, de 20 y 21 de noviembre de 2001.

DÍEZ-PICAZO, L. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª Edición. Ed. Thomson Cívitas. Pamplona, 2008.

ENERIZ OLAECHEA, F. JAVIER. *La protección de los derechos fundamentales i las libertades públicas en la Constitución Española*. Universidad Pública de Navarra. Pamplona, 2007.

FERNANDEZ SEGADO, F. *El sistema constitucional español*. Ed. Dykinson. Madrid, 1997.

GARCÍA ALVAREZ, P. “El papel del Derecho Penal español en materia de extranjería”. En *Problemas actuales de la inmigración, Curso de DDHH de Donostia*, volumen VII. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2006.

GARCÍA ESPAÑA, E. “Seguridad ciudadana, inmigración y privación de libertad”. En *Problemas actuales de la inmigración, Curso de DDHH de Donostia*, volumen VII. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2006.

GARCIA MORILLO, J. *El Derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de la libertad)*. Ed. Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1995.

GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución (3ª edición)*. Ed. Cívitas. Madrid, 2001.

GIMÉNEZ GARCÍA, J. “Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la jurisprudencia de la sala segunda del Tribunal Supremo”. En *Eguzkilore*, nº 23 (2009).

GUILLEN ALVAREZ, I. “La detención en la ley de extranjería”. En *Ciencia Policial*, nº 105 (2011).

GUILLEN ALVAREZ, I. “Los menores extranjeros”. En *Ciencia Policial*, nº 99 (2010).

GUZMÁN ZAPATER, M. “Los dilemas de la inmigración y el Derecho internacional privado”. En *Problemas actuales de la inmigración, Curso de DDHH de Donostia*, volumen VII. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2006.

HÄBERLE, PETER. *La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*. Ed. Dykinson. Madrid, 2003.

IGLESIAS BÁEZ, M. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2010.

INSTITUT DE SEGURETAT PÚBLICA DE CATALUNYA. *Manuals del curs de formació bàsica per a policies*. Generalitat de Catalunya. Mollet del Vallés, 2010. (Manual no editat)

LÓPEZ MARTÍN, A. “La reclamación individual como técnica de control del respeto a los DDHH”. En *Curso de DDHH de Donostia*, volumen V. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2005.

MARTIN-RETORTILLO, S. *Estudios sobre la Constitución española*. Tomo II. Ed. Cívitas. Madrid, 1991.

MAXINE HARRISON, M. “Reflexiones sobre el estudio de los Derechos Humanos y su fundamentación”. En *Universitas*, revista de filosofía, derecho y política. Nº 2, 2005

MINISTERIO DEL INTERIOR. *Manual del curso básico del Cuerpo Nacional de Policía*. Ávila, 2012. (Manual no editado)

ORTEGA MARTÍN, E. *Manual práctico de derecho de Extranjería 4ª Edición*. Ed. La Ley. Madrid, 2010.

PEREZ LUÑO, A. *Los Derechos Fundamentales*, 6ª Edición. Ed. Tecnos. Madrid, 1995.

PEREZ-PRAT DURBÁN. L. “Inmigración y Derecho Internacional: ¿un acuerdo posible?”. En *Problemas actuales de la inmigración, Curso de DDHH de Donostia*, volumen VII. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2006.

RIPOLL CARULLA, S. “La respuesta desde el sistema universal de los DDHH a las violaciones graves de los derechos y libertades fundamentales”. En *Curso de DDHH de Donostia*, volumen III. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2002.

SALIDO VALLE, C. *La detención policial*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997.

SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L. “La protección de la población civil en conflictos armados”. En *Curso de DDHH de Donostia*, volumen III. Universidad del País Vasco. Bilbao, 2002.

ZURDO SANTAMARÍA, J. “Comentarios a los diferentes supuestos de expulsión de los extranjeros”. En *Ciencia Policial*, nº 95 (2009)

5.2 JURISPRUDÈNCIA.

AUTO 55/1996 de 6 de març [RTC 1996\55]

STC 25/1981 de 14 de juliol [RTC 1981\25]

STC 107/1984 de 23 de novembre [RTC 1984\107]

STC 31/1985 de 5 de març [RTC 1985\31]

STC 99/1985 de 30 de setembre [RTC 1985\99]

STC 15/1986 de 31 de gener [RTC 1986\15]

STC 98/1986 de 10 de juliol [RTC 1986\98]

STC 26/1987 de 27 de febrer [RTC 1987\26]

STC 115/1987 de 7 de juliol [RTC 1987\115]

STC 125/1987 de 15 de juliol [RTC 1987\125]

STC 196/1987 de 11 de desembre [RTC 1987\196]

STC 120/1990 de 27 de juny [RTC1990\120]

STC 120/1990 de 30 de juliol [RTC 1990\120]

STC 167/1990 de 5 de novembre [RTC 1990\167]

STC 214/1991 de 11 de novembre [RTC 1991\214]

STC 216/1991 de 14 de novembre [RTC 1991\216]

STC 190/1992 de 16 de novembre [RTC 1992\190]

STC 142/1993 de 22 d'abril [RTC 1993\142]

STC 341/1993 de 18 de novembre [RTC 1993\341]

STC 71/1994 de 3 de març [RTC 1994\71]

STC 325/1994 de 12 de desembre [RTC 1994\325]

STC 154/1995 de 24 d'octubre [RTC 1995\154]

STC 21/1996 de 12 de febrer [RTC 1996\21]

STC 31/1996 de 27 de febrer [RTC 1996\31]

STC 48/1996 de 25 de març [RTC 1996\48]

STC 86/1996 de 21 de maig [RTC1996\86]

STC 45/1997 de 11 de març [RTC 1997\45]

STC 149/1997 de 29 de setembre [RTC 1997\149]

STC 224/1998 de 24 de novembre [RTC 1998\224]

STC 116/1999 de 17 de juny [RTC 1999\116]

STC 174/1999 de 27 de setembre [RTC 1999\174]

STC 179/2000 de 26 de juny [RTC 2000\179]

STC 169/2001 de 16 de juliol [RTC 2001\169]

STC 53/2002 de 27 de febrer [RTC 2002\53]

STC 163/2002 de 16 de setembre [RTC 2002\163]

STC 61/2003 de 24 de març [RTC 2003\61]

STC 95/2003 de 22 de maig [RTC 2003\95]

STC 121/2003 de 16 de juny [RTC 2003\121]

STC 7/2004 de 9 de febrer [RTC 2004\7]

STC 81/2004 de 5 de maig [RTC 2004\81]

STC 236/2007 de 7 de novembre [RTC 2007\236]

STEDH de 8 de juny de 1976, sobre el cas Engel

5.3 LEGISLACIÓ

Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea. DOUE n°83 de 30 de març de 2010, pàg. 389 a 403.

Constitució Espanyola de 1978. (BOE, n° 311, 29-12-1978, pàg. 20315-29339).

Convenció de les Nacions Unides, sobre els Drets del nen. (BOE, n° 313, 31-12-1990, pàg. 38897-38904).

Conveni Europeu de Drets Humans. (BOE, n° 243, 10-10-1979, pàg. 23564-23570).

Instrucció 12/2007 de la Secretaria d'Estat per a la Seguretat.

Llei 50/1981 de 30 de desembre, reguladora de l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal. (BOE, n° 11, 13-01-1982, pàg. 708-714).

Llei 4/1985 de 21 de març, d'extradició passiva. (BOE, n° 73, 26-03-1985, pàg. 7842-7845).

Llei 14/1986 de 25 d'abril, general de sanitat. (BOE, n° 102, 29-04-1986, pàg. 15207-15224).

Llei 3/2003 de 14 de març, d'ordre europea de detenció i entrega. (BOE, n° 65, 17-03-2003, pàg. 10244-10258).

Llei Orgànica 4/1981 de 1 de juny, dels estats d'alarma, excepció i setge. (BOE, n° 134, 05-06-1981, pàg. 12541-12543).

Llei Orgànica 6/1985 de 1 de juliol, del Poder Judicial. (BOE, n° 157, 02-07-1985, pàg. 20632-20678).

Llei Orgànica 3/1986 de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública. (BOE, n° 102, 29-04-1986, pàg. 15207-15207).

Llei Orgànica 1/1992 de 21 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana. (BOE, n° 46, 22-02-1992, pàg. 6209-6214).

Llei Orgànica 10/1995 de 23 de novembre, del Codi Penal. (BOE, nº 281, 24-11-1995, pàg. 33987-34058).

Llei Orgànica 1/1996 de 15 de gener, de protecció jurídica del menor. (BOE, nº 15, 17-01-1996, pàg. 1225-1238).

Llei Orgànica 4/2000 de 11 de gener, dels drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social. (BOE, nº 10, 12-01-2000, pàg. 1139-1150).

Llei Orgànica 5/2000 de 12 de gener, de responsabilitat penal del menor. (BOE, nº 11, 13-01-2000, pàg. 1422-1441).

Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics. (BOE, nº 103, 30-04-1977, pàg. 9337-9343).

Ordre Ministerial de 22 de febrer de 1999, de les normes de funcionament i règim interior dels Centres d'Internament d'estrangers. (BOE, nº 47, 24-02-1999, pàg. 7681-7688).

Reial Decret de 14 de setembre de 1982, pel que s'aprova la Llei d'Enjudiciament Criminal. (BOE, nº 260, 17-09-1982, pàg. 803-806).

Reial Decret 1774/2004 de 30 de juliol, del reglament de responsabilitat penal dels menors. (BOE, nº 209, 30-08-2004, pàg. 30127-30149).

Reial Decret 557/2011 de 20 d'abril, del reglament d'estrangeria. (BOE, nº 103, 30-04-2011, pàg. 43821-44006).



El dret a la llibertat i la seva restricció en el cas dels estrangers by [Iborra i Martínez, Francisco José](#) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License](#).

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>