



CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y PRIVACIONES DE LA LIBERTAD AMBULATORIA

Montserrat de HOYOS SANCHO
Universidad de Valladolid¹.

1. La Proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En el pasado Consejo Europeo de Niza, diciembre 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron conjuntamente el por muchos reclamado texto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 364, de 18/12/2000). A pesar de que los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes acordaron no dar por el momento a tal Carta valor jurídico vinculante, supone ya sin duda un hito en el devenir de la Unión el hecho de que se haya redactado, y más aún que su tenor presuponga ya que en el futuro va a ser eficaz².

Con esta proclamación se ha dado un primer paso hacia la posibilidad de solventar una de las principales lagunas del ordenamiento comunitario: la inexistencia de un documento que fijara con precisión los criterios de actuación de los poderes públicos en la UE en materias vinculadas o con repercusión en los derechos y libertades fundamentales³. Desde luego, para que una Unión de Derecho pueda ser calificada de tal es preciso que los derechos a proteger por la UE resulten fácilmente identificables por aquél que debe respetarlos (más ampliamente en Chueca, 1999, p.279); sin un catálogo completo y lo más preciso posible esta tarea será notablemente más complicada. Por otro lado, se pone definitivamente al ciudadano en el centro de la construcción europea y, a la vez que se limita al poder que se constituye, se legitima el nuevo sistema que surge; éste resulta inimaginable hoy sin un tratado-constitución en el que el individuo sea el referente y su razón de ser. El sentido de la unificación ha de ser preeminentemente conformar una Comunidad de valores compartidos, y no hay valores más preeminentes y más compartidos entre los europeos que el respeto de los derechos y libertades fundamentales (Aldecoa,

¹ En la elaboración de este trabajo de investigación ha resultado decisiva mi estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena en el verano de 2000. Desde aquí agradezco públicamente, especialmente a los integrantes del Departamento de Derecho Procesal y Penal, la excepcional acogida que me dispensaron.

² En palabras de Díez-Picazo (2001, p.22), “es como una máquina completamente acabada que sólo espera ser puesta en marcha para desplegar toda su potencia”.

³ Puede ser provechoso, como destaca Matia Portilla (2001,45), manejar a estos efectos una concepción “útil” de los derechos fundamentales comunitarios, que englobaría a todos aquellos derechos subjetivos que pueden ser invocados por su titular ante la jurisdicción comunitaria y que, por contenerse en normas que ocupan una situación privilegiada en el ordenamiento jurídico comunitario, limitan la actuación normativa y ejecutiva comunitaria, ya sea realizada por las Instituciones comunitarias o la que se plasme en actos intergubernamentales o nacionales.

2001). Las razones que podían justificar la omisión de un catálogo de derechos y libertades fundamentales en los tratados constitutivos en los años 50, el carácter marcadamente económico y sectorial de la integración comunitaria y el limitado ámbito de intervención de las instituciones comunitarias, eran difícilmente sostenibles en una situación como la actual (Pi Llorens, 1999, p.128).

Las opciones que se barajaban para poner fin a este déficit comunitario, y las no pocas dudas suscitadas sobre la materia, eran básicamente dos: la adhesión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales -Roma 1950-, o la redacción de una Carta específica con los derechos fundamentales de la UE (Pi Llorens, 1999, pp.25 y ss. y Chueca, 1999, pp.266 y ss.).

Para la adopción de la primera solución se tendrían que haber resuelto previamente problemas técnico-jurídicos de envergadura como, por ejemplo, la articulación de la adhesión de una organización internacional como la UE a un tratado internacional creado por Estados y para Estados⁴, o la coordinación entre dos sistemas jurisdiccionales –TJCE Y TEDH⁵. Parece que básicamente por estas razones se ha optado por la segunda, actualizando⁶ además el contenido de derechos fundamentales y adecuando su redacción al específico ámbito de protección que tiene por objeto. Por otro lado, se podrá así en algún momento poner fin a un sistema de protección de derechos y libertades fundamentales puntual, dicho de otro modo, “del caso concreto”, pues a causa del sistema a través del cual el TJCE ha ido identificando estos derechos y libertades protegidos –inspiración en las tradiciones constitucionales comunes y en los instrumentos internacionales sobre la materia- el sistema carece de la imprescindible seguridad jurídica que debe imperar en la materia. Además, los tribunales comunitarios pasarán algún día a ser los únicos órganos jurisdiccionales que puedan concretar el contenido esencial y alcance de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento comunitario⁷.

Ahora bien, no parece en todo caso que la cuestión de los derechos fundamentales haya quedado definitivamente zanjada en la UE, pues, por una parte, el TJCE entendió que no era posible la adhesión al CEDH “en el estado actual del

⁴ Conviene recordar en este punto el Dictamen 2/94, en el cual el Tribunal de Justicia afirmó que “en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al CEDH”.

⁵ Una descripción de los problemas, ventajas e inconvenientes de la adhesión de la UE al CEDH puede verse entre otros en Chueca Sancho (1999, p.272), Pi Llorens (1999, pp. 141 y ss.) y Larralde (1999, p. 134).

⁶ Se viene destacando por sus comentaristas que uno de sus principales méritos consiste en la actualización del contenido de los derechos fundamentales, ya que se tienen en cuenta las circunstancias derivadas por ejemplo del progreso científico o tecnológico, social, o de las nuevas necesidades de protección.

⁷ A pesar de esto, como pone de relieve Del Pozo (2001, 63), tal ampliación del ámbito competencial no se ha completado con el reconocimiento de un verdadero recurso individual para cualquier persona que se considere víctima de una violación de un derecho fundamental, bien por una institución comunitaria o por un Estado miembro. Chueca Sancho aclara que el art. 230 TCE permite que los particulares presenten ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación cuando un acto comunitario les afecte directa e individualmente, y podrían darse casos en los que ese recurso se basase en la violación de derechos humanos, “pero la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha asumido aún el concepto de víctima del art. 25 CEDH para poder extender la posibilidad de recurso de los particulares en este caso de posible anulación”. Vid. más ampliamente (Vidal Fernández, 1999, pp. 33 y 39, y pp. 280 y ss.)

Derecho comunitario” (Dictamen 2/94), es decir, *circunstancialmente*, lo que supondría que en cualquier revisión de los Tratados comunitarios se podría aún suplir esa falta de competencias para llevar a cabo la adhesión (Del Pozo, 1999, p. 62). Por otro lado, impide afirmar que se haya solventado plenamente el déficit en materia de derechos fundamentales el hecho de que la Carta proclamada solemnemente en Niza no tenga valor jurídico vinculante, ya que no se ha incluido ni en el propio texto del Tratado ni en un Protocolo anexo al mismo. La resolución de la cuestión queda entonces diferida como poco hasta el año 2004⁸; probablemente en ese momento se aborde definitivamente qué eficacia jurídica debe tener la Carta proclamada.

En todo caso, aunque se solventaran los problemas expuestos, restaría otro no de escasa entidad y cuya solución no se apunta en la Carta: qué sucederá cuando surjan contradicciones por la coexistencia de dos sistemas jurisdiccionales distintos conociendo de las mismas materias (Chueca, 1999, pp. 235 y ss.), dicho de otro modo, cuando se enfrenten las obligaciones de los Estados en la UE con las de las Altas partes contratantes en el Consejo de Europa, o cuando haya un distinto nivel de protección de los derechos fundamentales proclamados en la Carta y en el Convenio a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del TEDH, o cuando en definitiva se vaya dando distinto contenido y protección a los derechos fundamentales por uno y otro órgano jurisdiccional⁹. Lógicamente, esto no beneficia en nada a la imprescindible seguridad jurídica en la materia; no perdamos de vista que concretamente en el derecho a la libertad y a la seguridad, el tenor del art. 6 de la Carta coincide en lo esencial con el del art. 5 CEDH. Tampoco saldría nada beneficiada la unidad europea, pues se abriría una nueva brecha en el continente entre los Estados miembros de la UE y los demás Estados que forman parte del Consejo de Europa.

Obviamente, la cuestión esencial que subyace a lo antedicho es si el TJCE estará o no sometido a una instancia judicial “superior”, al TEDH. Parece pues que se impone la necesaria cooperación y coordinación entre ambos¹⁰.

Antes de abordar la cuestión relativa a la interpretación que debe hacerse en el ámbito de la Unión de una de las principales libertades contenidas en la Carta, el derecho a la libertad ambulatoria, conviene que expongamos, necesariamente de forma muy sucinta, cual es la situación actual en la UE en materia de derechos fundamentales.

A pesar de la inexistencia hasta la fecha de un texto o carta que reúna el catálogo de derechos y libertades fundamentales que vinculan a las instituciones comunitarias en su actuación, lógicamente éstas no han venido funcionando al margen de los mismos. De hecho, si bien los Tratados constitutivos comunitarios no contienen un catálogo de derechos fundamentales en el sentido clásico, en el art. 6 párrafo 2º

⁸ Vid. el punto 5º de la Declaración nº 23, adoptada por la Conferencia Intergubernamental de 2000, relativa al futuro de la Unión.

⁹ Aunque se haya pretendido que el art. 53.2 de la Carta resuelva plenamente estas cuestiones, no parece que vaya a ser tarea sencilla evitar el riesgo de una evolución divergente de las jurisprudencias del TEDH y del TJCE.

¹⁰ Rodríguez Bereijo (2001, p. 19) en todo caso rechaza de plano una subordinación del TJCE a la jurisdicción de Estrasburgo.

del TUE puede leerse lo siguiente: “La Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH firmado en Roma 4-11-1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. Incluso antes de que este precepto se incorporara a los Tratados constitutivos en Maastricht (1993), el TJCE ya había apuntado la necesidad de que las Comunidades actuaran con el máximo respeto a los derechos y libertades fundamentales, ya que éstos “forman parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto él asegura” y “al asegurar la salvaguarda de estos derechos, el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados; además, “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario”¹¹. Por otro lado, los propios Tratados comunitarios incorporan ya ámbitos de actuación específica en materia de derechos y libertades fundamentales, como por ejemplo inmigración y asilo o cooperación judicial y policial entre Estados –acervo Schengen-

Hecha esta referencia a la situación actual y a los problemas que plantea, la que como es sabido se prolongará hasta que la Carta promulgada adquiera eficacia vinculante, conviene ya que nos adentremos en la interpretación que debe hacerse del contenido del art. 6 de la misma: “Derecho a la libertad y a la seguridad. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

Lo primero que debemos tener en cuenta al tratar de dar un contenido específico a este precepto es lo establecido en el art. 52.3 de la misma Carta, según el cual, “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que corresponden a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*. Esta disposición no impide sin embargo que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Por otro lado, el art. 53 de la Carta, al tratar el nivel de protección, establece, paralelamente a lo dispuesto en el art. 53 del CEDH, que ninguna de las disposiciones de la Carta se pueden interpretar como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

A la vista de lo expuesto, y teniendo en todo momento presente que el derecho a la libertad y a la seguridad puede tener un contenido o protección añadida en cada uno de los Estados que integran la UE, desde luego en España lo tiene (De Hoyos, 1998), expondremos ya a continuación el contenido mínimo del derecho a la

¹¹ Caso Nold, STJCE 14-5-74, as. 4/73. Vid. también anteriormente los casos Stauder, 11-11-69, as. 29/69, y *Handelsgesellschaft mbH*, 17.12-70, as. 11/70 y después el caso Hauer, 13-12-79, as. 44/79.

libertad y a la seguridad según lo establecido en el art. 5 CEDH y por la jurisprudencia del TEDH interpretando este precepto. Téngase además en cuenta que, consecuencia del citado tenor del art. 52.3 de la Carta, las limitaciones que legítimamente puedan imponerse a este derecho fundamental no podrán sobrepasar las permitidas por el CEDH.

2.- El derecho a la libertad y a la seguridad

Hasta la fecha, ni el propio CEDH, ni los pronunciamientos de los distintos órganos previstos en el mismo –el TEDH y, hasta la entrada en vigor del Protocolo nº 11 (Bonet, 1994), la Comisión– han definido de forma concisa qué se debe entender en el marco del art. 5 CEDH¹² por derecho a la libertad, seguramente con la finalidad de no “autovincularse en contra” (Pedraz, 1993, p.88) y también, en su línea habitual, con el objetivo de poder aplicar el precepto a la diversidad de supuestos establecidos en las legislaciones de los Estados firmantes del Convenio.

Así pues, el TEDH opta por un análisis del caso concreto, por afirmar en cada supuesto si ha existido o no privación de libertad, lo que no es óbice para que podamos extraer algunas conclusiones que se repiten, o al menos dibujar lo contornos y distinguir este derecho a la libertad de otros derechos y libertades contenidos en el Convenio. Como ejemplo de definición laxa puede citarse el Caso Engel y otros, 8-6-76, donde se afirma que “el derecho a la libertad del apartado 1 del art. 5 acoge la libertad individual en el sentido clásico, es decir, la libertad física de la persona. Tiene por objeto asegurar que nadie sea despojado de manera arbitraria; así como han dicho el Gobierno y la Comisión, no se refiere a las simples restricciones de la libertad de circular (art. 2, Protocolo nº 4º)”. A pesar de la inconcreción, se extraen ya de este tenor algunas conclusiones: el precepto se refiere a la libertad física, y no a otro tipo de libertades, estando esta vinculada además directamente con la seguridad, pues se garantiza o asegura que nadie será despojado de tal libertad física de forma arbitraria; además, se destaca ya que esta libertad del art. 5 es sustancialmente distinta de la libertad de circular.

En conclusión, el citado precepto del CEDH garantiza la libertad personal o libertad física¹³, dicho de otro modo, el derecho a la libertad ambulatoria, que puede ser definida, haciendo un esfuerzo de concisión, como la libertad para alejarse del lugar donde no se desea permanecer¹⁴. Así pues, el derecho a la libre circulación por el territorio nacional, o la libertad de residencia, no encuentran protección específica en el marco de este art. 5 CEDH que analizamos, sino en el art. 2, apdo. 11 del Protocolo 41 –Estrasburgo, 16-9-1963, firmado pero no ratificado por España–.

¹² Art. 5.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley”.

¹³ Vid. por todos el ya clásico comentario de Frowein y Peukert (1996, pp. 71 y ss.), quienes emplean el término “persönliche Freiheit”. Reindl (1997, p. 20) habla de “physische Freiheit”; Trechsel (1993, pp. 277 y ss.) emplea el término “physical liberty of person” y De Salvia (1994, p. 103) “libertá física”.

¹⁴ Para una explicación de tal definición, vid. más ampliamente, De Hoyos (1999, pp. 21 y ss.)

Además, en la línea antes apuntada del análisis del caso concreto, importa al Tribunal para afirmar eventualmente vulnerado el art. 5, no la figura jurídica o denominación que reciba en cada país la situación de privación de libertad que se analice, sino la naturaleza, intensidad, duración y consecuencias de la medida en el supuesto de que se trate, las circunstancias objetivas por tanto¹⁵.

De otro lado, el art. 5 CEDH vincula estrechamente el derecho a la libertad ambulatoria con la seguridad, lo que desde luego es razonable, o más bien exigible, si tenemos en cuenta que el derecho a abandonar el lugar en que no se desea permanecer no es absoluto, sino que despliega *prima facie* todos sus efectos a no ser que en un caso concreto de conflicto insalvable un bien jurídico constitucional de igual o superior rango obligue a su limitación en la medida de lo imprescindible¹⁶. Así pues, esencialmente, el art. 5 CEDH proscribire las privaciones de libertad arbitrarias¹⁷, es decir, cualquier forma de arresto, detención, prisión o internamiento que tenga lugar fuera de los supuestos y sin las finalidades previstas en el apdo. 1 del art. 5, o sin la observancia del procedimiento previsto en la ley, o con vulneración de las garantías previstas para cada modalidad en los apartados 2 y siguientes o, por último, también se consideran arbitrarias y por ende lesivas del derecho a la libertad y a la seguridad, aquellas privaciones de libertad que no cumplan con las exigencias del principio de proporcionalidad. Recordemos de nuevo en este punto la referencia que la propia Carta, en su art. 52, al tratar del alcance de los derechos garantizados, hace a la necesidad de respeto en todo caso del contenido esencial de los derechos y libertades, que sólo podrán ser limitados con respeto al principio de proporcionalidad.

Así pues, con una finalidad de garantía, el art. 5.1 CEDH, apartados a) a f), enumera de forma exhaustiva¹⁸ los casos o supuestos en que una persona puede verse privada de su libertad ambulatoria; esta limitación de derechos, según establece el art. 18 CEDH y ahora también el art. 52 de la Carta, no podrá además perseguir otra finalidad que no sea una de las previstas en el propio Convenio. Por otro lado, y a la vista de las características del derecho afectado, cualquier supuesto o finalidad habilitante de la privación de libertad mencionada en el art. 5.1 deberá ser siempre interpretada restrictivamente; además, podemos añadir a la vista del art. 52 de la Carta, que deberán ser necesarias y responder efectivamente “a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁵ Así se nos lo recuerda como “jurisprudencia consolidada” el TEDH entre otros en los casos De Wilde, Ooms Y Versyp, 18-6-71, Guzzardi, 6-11-80, O Riera Blume y otros, 14-10-99.

¹⁶ Sobre este particular vid. más ampliamente (Alexy, 1986, 1990 y 1996), y cfr. con los planteamientos de Häberle (1983). La teoría de los derechos fundamentales que se sigue en este trabajo puede encontrarse más ampliamente explicada en (De Hoyos, 1998)

¹⁷ Vid. a título de ejemplo destacadamente el caso Sakik y otros, 26-11-97, así como los casos Van Der Leer, 21-2-90, Quinn, 22-3-95, Scott, 18-12-96, Giulia Manzoni, 1-7-97 y Riera Blume y otros, 14-10-99.

¹⁸ Vid. entre otras las siguientes Stedh: Engel y otros, 8-6-76, Weeks, 2-3-87, Loukanov, 20-3-97, Giulia Manzoni, 1-7-97.

En cuanto a la mencionada exigencia de legalidad en la privación de libertad, ésta puede deducirse o bien directamente de la necesaria seguridad o, como hace en ocasiones el TEDH, del “principio del Estado de Derecho”; en otras resoluciones se menciona como uno de los principios que deben regir en un Estado democrático. La Carta de derechos fundamentales de la UE, consciente de la trascendencia del respeto de la legalidad en cualquier limitación de los derechos y libertades básicas, insiste en la necesidad de que sea la ley, respetando además el contenido esencial, la que pueda restringir los derechos recogidos en tal Carta. Más concretamente, tal requisito de legalidad supone que la situación fáctica habilitante del arresto, detención, prisión o internamiento ha de encontrar su causa en los motivos que establecen las leyes nacionales, entendiendo el término “ley”, material o procesal, según las exigencias del sistema de fuentes de cada Estado miembro para la materia de que se trate¹⁹, que además deberá respetar en todo caso lo genéricamente contenido en el art. 5 CEDH y, naturalmente conlleva también la legalidad de la medida, que los poderes públicos hayan respetado escrupulosamente los cauces y garantías que el ordenamiento interno establece para la adopción y mantenimiento de la medida – “procedimiento establecido por la ley”-²⁰. Además, tal legislación estatal deberá ser lo suficientemente precisa y no provocar por ende su tenor inseguridad jurídica²¹.

Como apuntamos, también la máxima de proporcionalidad de la medida debe informar toda privación de libertad, tanto en el momento de su adopción como a lo largo de toda su vigencia. El CEDH no se refiere en su articulado a este principio, aunque hay abundante jurisprudencia dictada en aplicación del mismo²². La Carta de derechos fundamentales de la UE sí ha incluido una referencia expresa al mismo; en el art. 52 puede leerse: “Sólo se podrán introducir limitaciones –en los derechos y libertades- respetando el principio de proporcionalidad (...)”. Podemos enunciar este principio de la siguiente manera: únicamente será admisible aquella privación del derecho a la libertad ambulatoria que sea adecuada y necesaria para alcanzar las finalidades contenidas en el propio art. 5.1 CEDH, y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una relación razonable con el objetivo perseguido (De Hoyos, 1988, p.67). Dicho de otro modo, la medida ha de ser apta o idónea para lograr el objetivo que, fruto de una ponderación de bienes, aparece recogido en el CEDH como admisible, art. 5.1 apartados a) a f), y por consiguiente considerado por los Estados firmantes como digno de justificar una privación del derecho. Además, tal actuación ha de considerarse necesaria en el caso concreto, es decir, la intervención en el dere-

¹⁹ Con más detalle analiza este extremo Weiss (1996).

²⁰ Concretamente en el caso Douiyeb, 4-8-99, el TEDH recuerda que los términos *régulièrement* y *selon les voies legales* que se emplean en el art. 5.1 reenvían básicamente a la legislación nacional y consagran la obligación de observar en la materia tanto las normas de fondo como las de procedimiento. Vid. también los casos Bozano, 18-12-86, Van Der Leer, 21-2-90, Benham, 10-6-96, Scott, 18-12-96, Amuur, 25-6-96, Loukanov, 20-3-97, Assenov y otros, 28-10-98, Douiyeb, 4-8-99, y Riera Blume y otros, 14-10-99.

²¹ Acerca de la necesaria precisión de la norma para que pueda ser considerada “ley”, vid. los casos Arrowsmith, 12-10-78, y Sunday Times, 26-4-79.

²² Vid. a título de ejemplo los siguientes casos: Neumeister, 27-6-68, Stogmüller, 10-11-69, De Wilde, Ooms y Versyp, 18-6-71, Golder, 21-2-75, Handyside, 7-12-76, The Sunday Times, 24-4-79, Olsson, 24-3-88, Schönenvrger y Durmaz, 20-6-88, Berrhab, 21-6-88. Consúltense además, Eissen (1993) y Yourow (1996).

cho ha de ser la mínima imprescindible y en su caso la alternativa menos gravosa o lesiva de entre todas las aptas para lograr el fin perseguido. Por último, una vez determinada la adecuación y necesidad de la actuación limitativa del derecho a la libertad ambulatoria, para que la medida sea proporcionada en sentido estricto es preciso que el perjuicio vinculado a la medida se encuentre en una relación razonable o proporcionada con la finalidad de protección del bien o valor jurídico que en el caso concreto se contrapone con tal derecho, es decir, con la importancia del interés general que se pretende salvaguardar. No conviene perder de vista en todo caso a la hora de aplicar este principio o pauta de proporcionalidad que el bien jurídico que conforma el binomio “libertad-seguridad” se encuentra en el primero de los grados de tutela de los derechos considerados básicos por el CEDH, y lógicamente también por la Carta de la UE.

Antes de finalizar estas referencias al derecho a la seguridad, debemos poner también de relieve algunos pronunciamientos del TEDH que destacan, directamente vinculada a este derecho, la importancia, no sólo de que se cumpla “el deber de abstención” o de no arbitrariedad por parte de los poderes públicos, sino también de que los mismos lleven a cabo literalmente un “hacer positivo” que permita sea efectivo el disfrute en plenitud del derecho a la libertad personal y sus garantías por parte de los ciudadanos de los Estados firmantes del Convenio²³.

3. Supuestos de privación de libertad compatibles con los artículos 5 CEDH y 6 de la Carta de Derechos Fundamentales

En aplicación de lo dispuesto en los apartados a) a f) del art. 5.1 que a continuación analizamos, son compatibles con el CEDH, y por ende con la Carta de derechos fundamentales de la UE, las siguientes situaciones fácticas de privación de la libertad ambulatoria. Debemos entender que en todas ellas, establecidas siempre por la ley y proporcionadas al fin, concurre efectivamente la necesaria tutela de “objetivos de interés general” o de “los derechos y libertades de los demás” –art. 52 de la Carta-.

Privación de libertad de aquél que ha sido penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un tribunal competente (art. 5.1 a) CEDH):

Para que este tipo de privaciones de la libertad ambulatoria sean conformes con el apartado a) del art. 5 será preciso destacadamente que exista y sea consecuencia directa de una condena inmediatamente anterior a pena privativa de libertad; sin embargo, no exige el Convenio, ni los pronunciamientos de sus órganos, que se trate de una condena firme²⁴. Por otro lado, tal pena debe haber sido legalmente impuesta y dictada por un Tribunal competente, es decir, independiente, imparcial y actuando a través del “procedimiento jurisdiccional” correspondiente y legalmente establecido; por tanto, la condena no deberá ser calificada de arbitraria. En este punto el CEDH se remite con claridad a las normas estatales, penales y

²³ Casos *Bezicheri*, 25-10-89, *Milasi*, 25-6-87, y *Labita*, 6-4-2000.

²⁴ Vid. el caso *Wemhoff*, 27-6-68.

procesales, por lo que el TEDH generalmente se limita a verificar la observancia en el caso concreto de tales disposiciones por parte de los Tribunales nacionales²⁵.

Privación de libertad de aquél que ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley (art. 5.1 b) CEDH):

De la lectura de este apartado se deduce que el Convenio quiere distinguir aquí dos circunstancias que permiten la práctica de la detención: la necesidad de que se cumpla el mandamiento de un órgano jurisdiccional o la obligación legalmente establecida. En el primer caso tendrían cabida supuestos como el previsto en el art. 420 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal: conducción ante el juez de los testigos que no comparecen voluntariamente. En el segundo supuesto situaciones como la detención que trae su causa en la negativa a efectuar el conocido como “juramento de manifestación de bienes”, o la practicada para identificación en un control fronterizo²⁶.

En todo caso, se insiste en la necesaria interpretación restrictiva de este subapartado que permite la detención de personas sin orden judicial previa, así como en la concurrencia de los siguientes requisitos: que la obligación en virtud de la cual se procede sea específica y concreta, naturalmente estar aún incumplida, que la persona obligada haya tenido la posibilidad de cumplir y que no exista un medio menos gravoso que la privación de libertad para lograr el acatamiento de tal obligación legal.

Privación de libertad de aquél que ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido (art. 5.1. c) CEDH):

Un importante sector de la doctrina que se ha encargado de analizar este apartado c) coincide en afirmar que tal párrafo “puede probablemente ostentar el triste récord de ser el precepto más inadecuadamente redactado de toda la Convención”²⁷. Sin embargo, también es cierto que su aplicación práctica por el Tribunal no ha presentado dificultades sustanciales, debido quizá entre otros motivos a que las legislaciones nacionales regulan estas modalidades de privación de libertad – detención o prisión provisional- en términos mucho más precisos y estrictos que los reflejados en el apartado c).

En primer lugar, conviene aclarar cuándo entiende el Tribunal que concurren “indicios racionales de que una persona ha cometido una infracción”; por cierto, a pesar de la literalidad del precepto en español –“infracción”-, el objeto de los indi-

²⁵ Así se manifiesta el TEDH en los casos Weeks, 2-3-87, Bouamar, 29-2-88, Van Der Leer. 21-2-90, y Wassink, 27-9-90. Vid. también el análisis que acerca de la amplitud del control de legalidad realiza Peukert en *EMRK-Kommentar, op. cit.*, esp. pp. 85 y ss.

²⁶ Vid. el caso Mc Veigh y otros, 26-10-84.

²⁷ Expresamente, Trechsel, S., *Liberty and Security of Person, op. cit.*, p. 302, y en semejantes términos, Frowein/Peukert, *EMRK-Kommentar, op. cit.*, p. 76, Velu/Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 326.

cios racionales ha de ser concretamente la comisión de un ilícito penal. Este tenor coincide pues básicamente con nuestros “motivos racionalmente bastantes” para sospechar que una determinada persona ha cometido un hecho presuntamente delictivo, motivos que igualmente permiten la práctica de la detención cautelar.

La exigencia de que efectivamente concurran tales “indicios racionales” se encuentra de nuevo en conexión directa con la interdicción de la arbitrariedad en las privaciones de libertad, la que se produciría, no sólo si no concurrieran en el caso concreto, sino además si por ejemplo el Gobierno no suministrara esos hechos, informaciones o razones que han justificado el arresto de la persona. El Tribunal ha considerado también que no es óbice para dar a conocer tales datos o razonamientos que en su día sustentaron los “indicios racionales” que se trate de hechos relacionados con la comisión de delitos por terroristas o bandas mafiosas.²⁸

Por lo que respecta a la necesaria “razonabilidad”, “suficiencia” o “plausibilidad” de los indicios, la jurisprudencia del TEDH²⁹ ha entendido que se dará tal circunstancia si los hechos o informaciones pueden convencer a un observador objetivo de que la persona privada de libertad puede haber cometido el delito del que es sospechosa; y añade: el carácter “plausible” de las sospechas, o razonabilidad de los indicios, depende del conjunto de las circunstancias del caso concreto de que se trate, las cuales, junto con los razonamientos seguidos por las autoridades, deberán como indicamos ser puestas de manifiesto por los Gobiernos con la finalidad de demostrar si en efecto existían tales sospechas suficientes y objetivamente fundamentadas que justificaban la detención³⁰.

Además del *fumus commisi delicti* en los términos fijados por cada ordenamiento nacional, si tenemos en cuenta la finalidad de la medida, para que la interpretación de los presupuestos de la detención sea conforme con el objetivo que la justifica, y aunque no lo mencione el CEDH, deberá concurrir también en la práctica y mantenimiento de ésta otro de los presupuestos esenciales: el *periculum libertatis*³¹.

Por otro lado, bastará para afirmar la regularidad de la medida con que los presupuestos de la cautela estén presentes en el momento de la adopción y durante el mantenimiento de la misma, de tal forma que una ulterior desaparición de los motivos que la sustentaron en un inicio, la no formulación de la correspondiente acusación, o incluso la absolución, no obstan para afirmar la licitud y pertinencia de la medida en el momento en que se adoptó³²; hemos de tener en cuenta que al prac-

²⁸ Vid. los casos Fox, Campbell y Hartley, 30-8-90, y Loukanov, 20-3-97.

²⁹ Por todos, el citado caso Fox, Campbell y Hartley, 30-8-90, el caso Lawless, 1-7-61, así como el caso De Jong, Baljet y Van Den Brink, 22-5-84.

³⁰ Acerca de este elemento de hecho o estado de cosas justificante que conforma los “indicios racionales”, y la opción dogmática a favor de la *Tatverdachtlösung* o solución de la sospecha fundada del hecho delictivo como necesaria base fáctica objetiva, vid. De Hoyos Sancho, M., *La detención por delito, op. cit.*, esp. pp. 133 y ss. y 202 y ss.

³¹ Vid. los casos Kemmache, 27-11-91 y P.B. contra Francia, 1-8-2000.

³² Vid. los casos Stögmüller, 10-11-69, Brogan y otros, 29-11-88, y Murray, 28-10-94.

ticar una detención se toma lo que la doctrina alemana califica de “decisión pronóstica”³³.

Otras circunstancias que según este apartado c) permiten la práctica de una detención son que ésta se estime necesaria para impedir que un sujeto cometa una infracción, o que huya inmediatamente después de haberla cometido; es decir, el art. 5 CEDH se refiere también expresamente a la posibilidad de detener al autor de un delito que es sorprendido “in fraganti”³⁴. Lógicamente, el Convenio no define qué debe entenderse por flagrancia, y tampoco lo han hecho los órganos encargados de su interpretación; quienes sí contendrán tal definición con más o menos precisión serán los ordenamientos de los Estados firmantes. En todo caso, como concepto jurídico que permite la limitación de un derecho fundamental, deberá interpretarse siempre restrictivamente³⁵.

Para finalizar este necesariamente breve análisis del apartado c) del art. 5 CEDH, nos resta destacar que, para ser compatible con el Convenio, la finalidad de estas modalidades de detención aludidas, además de eventualmente impedir la comisión de un hecho delictivo o que huya después, ha de ser hacer comparecer al presunto autor del hecho delictivo ante la “audiencia judicial competente”³⁶.

Privación de libertad de un menor que consiste en su internamiento en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o en su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente (art. 5.1 d) CEDH):

Debemos poner de relieve que la privación de libertad prevista en el apartado d) deberá tener siempre por finalidad, directa o indirectamente, la educación del menor –“educational purpose”–, es decir, la aplicación de métodos pedagógicos que proporcionen una influencia beneficiosa sobre el desarrollo del menor. Lo antedicho excluiría la privación de libertad para la adopción de medidas puramente punitivas, exigiendo a su vez que el eventual internamiento se vaya a producir en instituciones adecuadas a tal fin y que cuenten con el personal idóneo para tal tarea educativa³⁷.

En cuanto a la modalidad de detención preventiva que se menciona en esta apartado –“con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente”–, que difiere sustancialmente de la prevista en el apartado c) anterior, debemos destacar que no se requiere aquí que “la autoridad competente” sea judicial o que concurren “indicios racionales” de la comisión de un delito; además, no son aplicables a estos

³³ “Prognoseentscheidung”, vid. por todos, Lingemann, M., *Die Gefahrenprognose als Basis eines polizeilichen Beurteilungsspielraumes?*, Bochum, 1985.

³⁴ Más ampliamente se trata este particular en De Hoyos Sancho, M., “El derecho a la libertad y a la seguridad en la jurisprudencia del TEDH: El detenido en el CEDH”, en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, V-2000, pp. 227 y ss., esp. p. 242 y 243.

³⁵ Valga para el ordenamiento español el siguiente concepto de flagrancia: percepción sensorial directa de la comisión de un hecho presuntamente delictivo por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal o espacial. Vid. más ampliamente, De Hoyos Sancho, *La detención por delito, op. cit.*, esp. pp. 80 y ss.

³⁶ Vid. ya el caso *Lawless*, 1-6-61, y el análisis de este particular en Reindl, S., *Untersuchungshaft ...*, op. cit., pp. 54 y ss.

³⁷ Vid. el caso *Bouamar*, 29-2-88.

supuestos las garantías previstas en el apartado 3º de este art. 5³⁸. Sí se recuerda expresamente sin embargo la necesidad de que esta detención sea “conforme a derecho”³⁹.

Privación de libertad que consiste en el internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo (art. 5.1 e) CEDH):

La primera de las circunstancias habilitantes de una privación de libertad en este párrafo e) es que se trate de una “persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa”. Hasta la fecha no ha habido pronunciamientos del TEDH sobre este subapartado, por lo que deberemos fijarnos para su análisis en los comentarios e interpretaciones que la doctrina nacional y extranjera ha hecho sobre el mismo.

En cuanto a los posibles sujetos pasivos de la medida, se viene considerando que no sólo pueden ser privadas de libertad personas ya enfermas, sino también aquellas que se teme estén contagiadas porque hayan estado en contacto con enfermos o de alguna forma expuestas a la enfermedad y que por tanto puedan llegar a padecerla y a su vez propagarla⁴⁰, si bien en estos casos la privación de libertad podrá durar naturalmente sólo el tiempo estrictamente imprescindible para averiguar si existe tal riesgo de propagación.

Por lo que a la modalidad de enfermedad respecta, aunque el apartado e) no lo concrete, es obvio que ha de tratarse del peligro de que se expanda entre la ciudadanía una enfermedad contagiosa grave. Respecto al SIDA, a diferencia de el cólera, la fiebre amarilla o la peste, puesto que éste se transmite sólo por un determinado número de cauces y conductas, y la protección o prevención de contagios es posible efectivamente, no puede ser considerada entre las enfermedades que el CEDH califica de “enfermedades contagiosas” a efectos de permitir la privación de libertad, siquiera cautelar, de los afectados por ella⁴¹.

Tampoco el concepto de “enajenado” o de “enfermo mental” ha sido concretado por los órganos del Convenio y, como el de enfermo infecto-contagioso grave, es tributario de elementos extrajurídicos: las pericias de los especialistas, los progresos de la investigación psiquiátrica, la evolución de la actitud que la sociedad adopta ante estos supuestos, etc⁴². Así pues, una vez más, serán las autoridades nacionales quienes determinen, por un lado, la amplitud del término y, por otro, cuál debe ser concretamente el procedimiento a seguir para el internamiento⁴³. En todo caso,

³⁸ Pone de relieve estas importantes diferencias, Trechsel, S., “Liberty and Security...”, *op. cit.*, p. 307.

³⁹ Conviene tener presente siempre en esta materia lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20-11-89, ratificada por España el 30-11-90; las denominadas “Reglas de Beijing” o Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, aprobadas en 1985, y el Pacto internacional de los Derechos civiles y políticos, de 19-12-66, esp. su art. 14.4º.

⁴⁰ Vid. Trechsel, S., “Liberty and Security...”, *op. cit.*, pp. 307 y 308; Frowein / Peukert, *EMRK-Kommentar, op. cit.*, p. 114, y Velu / Ergec, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, nº 330.

⁴¹ Consúltese específicamente, Scully, A., “Human Rights, HIV and AIDS”, *Understanding Human Rights*, Gearty, C., / Tomkins, A., (ed.), London, New York, 1996, pp. 336 y ss., esp. pp. 345 y ss.

⁴² Vid. expresamente el caso Winterwerp, 24-10-79.

⁴³ En el caso Van Der Leer, 21-2-90, se condenó a Holanda por incumplir la normativa nacional aplicable al procedimiento de internamiento, produciéndose un “vicio de forma esencial”.

reitera la jurisprudencia⁴⁴, se deberán respetar las siguientes condiciones mínimas en la privación de libertad de un enajenado⁴⁵: salvo casos de urgencia, de peligro inminente para la ciudadanía o para el enfermo, antes de proceder al internamiento, la autoridad competente previa pericia psiquiátrica, deberá disponer la pertinencia del mismo; además, la alteración mental ha de ser de tal entidad que realmente justifique la medida, por lo que ha de ser proporcionada al fin que persigue; también deberá durar lo imprescindible y desaparecer cuando lo hagan los motivos que justificaron su adopción; por último, el internamiento del enfermo mental deberá desarrollarse en un centro adecuado, hospital u otro lugar donde pueda recibir el tratamiento preciso para el tipo de enfermedad diagnosticada.

En cuanto a la privación de libertad de “alcohólicos” y “toxicómanos”, hemos de decir que tampoco los órganos del Convenio se han pronunciado hasta la fecha sobre este supuesto, y por ende no han definido qué debe entenderse por tales adicciones. Lo que sí parece claro es que deberán darse, *mutatis mutandis*, circunstancias similares a las expuestas para considerar regulares los internamientos de enfermos infecto-contagiosos o mentales, destacadamente el peligro para ellos mismos o para terceros.

Por último, en relación con los que este apartado e) denomina “vagabundos”, deberemos fijarnos para su intelección concretamente en la STEDH caso De Wilde, Ooms y Versyp, 18-6-71, donde se analizó el internamiento de tres sujetos que según el Tribunal podían recibir tal calificativo. De nuevo, no se concreta qué deben entender las Altas Partes contratantes por “vagabundo”, remitiéndose a las legislaciones nacionales aplicables, que en todo caso deberán respetar los mandatos genéricos del art. 5 CEDH⁴⁶.

Privación de libertad que consiste en la detención preventiva o internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (art. 5.1 f) CEDH):

Comenzando por la privación de libertad de corta duración cuya finalidad estrictamente es impedir que una persona entre de forma ilegal en el territorio de un Estado, hemos de decir una vez más que no se conoce hasta la fecha jurisprudencia del TEDH dictada concretamente en aplicación de este subapartado. La doctrina viene considerando⁴⁷ que la detención gubernativa y preventiva podría tan solo estar

⁴⁴ Winterwerp, 24-10-79, Luberti, 23-2-84, y Ashingdane, 28-5-85.

⁴⁵ Vid. más ampliamente, De Hoyos Sancho, M., “El derecho a la libertad y a la seguridad...”, *op. cit.*, p. 247.

⁴⁶ En el caso referido el TEDH consideró que la definición del art. 347 del Código Criminal Belga era compatible con el art. 5 del Convenio; según el citado Código, vagabundos son aquellas personas que no tienen domicilio fijo, ni medios de subsistencia, ni negocio o profesión habitual. Debemos llamar la atención con Trechsel, sobre el hecho de que tal descripción se encuentre en un Código penal, lo que parece abonar la sospecha de que el legislador belga considera que tal internamiento se basa en la idea de que estas personas, al no tener medios de subsistencia, deberán robar para conseguirlos; esta idea o fundamento del internamiento no se coherente muy bien con la presunción de inocencia en tanto no se pruebe la comisión de tales hechos delictivos; “Liberty and Security...”, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁷ Vid. por todos Trechsel, S., “Liberty and Security...”, *op. cit.*, pp. 311 y 312.

justificada en estos casos durante el tiempo estrictamente imprescindible para averiguar si la entrada de esa persona en el país está permitida. Si se concluyera que puede hacerlo, cesará naturalmente de forma inmediata la privación de libertad; si por el contrario la autoridad competente decide que esos detenidos en los puestos de control fronterizo no pueden, en aplicación de la normativa nacional, entrar en el país, proseguiría la privación de libertad ahora con la finalidad de posibilitar la ejecución de la resolución que pusiera fin a un procedimiento de expulsión. Naturalmente, y para no vulnerar el Convenio, esta detención deberá reunir los requisitos ya expuestos: ser acordada por la autoridad competente, tener la finalidad aludida, respetar escrupulosamente la legislación aplicable, procesal y material, y durar el tiempo estrictamente imprescindible para decidir si la persona podrá entrar en el territorio nacional o deberá ser objeto de un procedimiento de expulsión.

La segunda modalidad de privación de libertad prevista en este apartado f) es la que tiene lugar con la finalidad de asegurar la ejecución de la orden que ponga fin a un procedimiento de expulsión o de extradición de un extranjero, que esté ya en curso y que transcurra con la debida diligencia y celeridad⁴⁸.

El TEDH ha insistido en sus pronunciamientos acerca de estos casos en que a él le corresponde velar por el respeto del art. 5 CEDH, y consiguientemente por el cumplimiento de la legalidad nacional que permite la privación de libertad con las finalidades citadas, pero recuerda que no es competencia suya entrar a valorar las concretas causas de expulsión o de extradición que cada Estado haya determinado. Sólo se pronunciará sobre la pertinencia de la expulsión o extradición si considera que existe riesgo cierto de que en el país donde será enviada la persona ésta correrá el peligro real de ser sometida a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes, o si estima que se trata de una expulsión colectiva de extranjeros⁴⁹. Esta circunstancia ha llevado a t⁵⁰ a afirmar que, como en el apartado a), el f) establece una simple “garantía formal”, es decir, trata de evitar que se produzcan privaciones de libertad que no estén justificadas por la intención de hacer posible uno de los fines mencionados en el precepto. Los órganos convencionales se limitarán entonces a fiscalizar si la privación de libertad tiene fundamento legal y si por ende no es arbitraria⁵¹.

4. Derechos y garantías del privado de libertad

Como adelantamos en el apartado II de este trabajo, si el derecho a la libertad ambulatoria no es un derecho absoluto, es preciso que, en aplicación del derecho a la seguridad y a la interdicción de la arbitrariedad, aquél que *de facto* resulte privado de su libertad de alejamiento pueda disfrutar de una serie de garantías tendentes precisamente a preservar la plena vigencia de tal seguridad.

⁴⁸ Vid. los casos Quinn, 22-3-95, y Scott contra España, 18-12-96.

⁴⁹ Vid. los arts. 3 CEDH, 4 del Protocolo 41 y 1 del Protocolo 71, y por todos el caso Soering, 7-7-89.

⁵⁰ EMRK-Kommentar, op. cit., p. 117.

⁵¹ Vid. por ejemplo el caso Bozano, 18-12-86, en el que el Tribunal consideró infringido el art. 5.1 CEDH porque no se trataba de una detención “necesaria en el marco normal de un procedimiento de expulsión del territorio nacional”.

A estos derechos y garantías del privado de libertad se refiere el art. 5 CEDH expresamente en los apartados 2 y siguientes, aunque también son aplicables otros preceptos del Convenio no menos trascendentes en este punto –arts. 3 y 6 por ejemplo-. Por su parte, la Carta de derechos fundamentales de la UE no contiene referencia a esta materia, pero en virtud de la alusión que si hace el art. 6 de la Carta al derecho a la seguridad y de lo establecido en el art. 52.3⁵², consideramos que el privado de su libertad ambulatoria debe en todo caso disfrutar destacadamente de los derechos y garantías que a continuación expondremos.

4.1. Derecho a ser informado de los motivos de la privación de libertad:

El art. 5.2 CEDH dispone que “Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”.

A pesar de lo que en una primera lectura podría deducirse de este apartado 2.1 que nos ocupa, y concretamente de su referencia a la “acusación”, deberán ser informados de los motivos que han provocado la privación de libertad, no sólo los que lo han sido preventivamente por la presunta comisión de un hecho delictivo, sino todos los sujetos que se encuentran en tal situación, independientemente de la causa de la misma, es decir, ya sea por razón de delito, por padecer una enfermedad infectocontagiosa o para ser expulsados del país, por ejemplo. A esta conclusión llegamos sin dificultad si ponemos este apartado 2.1 en relación con el 4.1 de mismo art. 5 y tenemos en cuenta la finalidad de que se ofrezca al detenido tal información, que no es otra que posibilitar que conozca y valore la legalidad y no arbitrariedad de la privación de libertad que padece y en su caso impugnarla ante la autoridad jurisdiccional, art. 5.4, posibilidad de impugnación reconocida a toda persona privada de su libertad, independientemente del motivo⁵³.

Por lo que respecta al contenido u objeto de la información, debemos diferenciar según sea el sujeto detenido por razón de delito, o no. Si la privación de libertad no guarda relación con la presunta comisión de un hecho delictivo, en ese caso la persona deberá ser informada, dice el art. 5.2 de los “motivos de la detención”. Por *motivos* hemos de entender aquí el conjunto de hechos, razonamientos y fundamentos jurídicos que han llevado al que practicó la detención o la mantuvo a considerar que efectivamente se daba alguna de las circunstancias del art. 5.1 que permitan practicar una privación de libertad de tal tipo; de esta forma el detenido tendrá los datos necesarios⁵⁴ para eventualmente recurrir su situación de detención ante el órgano jurisdiccional. De otro lado, y aunque el apartado 2.1 no lo mencione, la Recomendación 65 (11) del Comité de Ministros del Consejo de Europa estable-

⁵² Cuando la Carta contenga derechos garantizados también por el CEDH, “su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, al margen de que el Derecho de la Unión pueda concederles una protección más extensa.

⁵³ En este mismo sentido, Reindl, S., *Untersuchungshaft und EMRK*, op. cit., esp. p. 24; DE SALVIA, M., *Lineamenti di diritto europeo...*, op. cit., p. 118, y expresamente los casos X contra el Reino Unido, 5-11-81, y Van Der Leer, 21-2-90.

⁵⁴ Para valorar si la información ofrecida ha sido suficiente para que pueda cumplir su objetivo, será preciso atender a las circunstancias del caso concreto; vid. el caso Fox, Campbell Y Hartley, 30-8-90.

ció la necesidad de que el detenido sea informado, además de las causas de su detención, de los derechos que como detenido le asisten.

Añadidos a los contenidos citados, si el detenido lo fue por la presunta comisión de un hecho delictivo deberá ser informado también de cualquier acusación que se hubiere formulado contra él⁵⁵. Esta disposición guarda una estrecha relación con lo establecido en el apartado a) de art. 6.3 CEDH respecto a las garantías del debido proceso⁵⁶.

En cuanto al momento en que deba ofrecerse al privado de libertad tal información acerca de los motivos de su detención y eventual acusación formulada contra él –en el apartado 2.1 se dice “en el más breve plazo”-, el TEDH ha considerado que deberá ser en el mismo momento en que se practica la detención, inmediatamente y sin demora⁵⁷.

Por último, no se especifica en el texto del Convenio ni en la jurisprudencia del TEDH la forma en que ha de proporcionarse al detenido tales datos. No se aclara si ha de ser oralmente o por escrito⁵⁸, pero sí se exige que la información se ofrezca en una lengua que comprenda y, podemos añadir, en términos inteligibles para el detenido⁵⁹. Lógicamente, si por las circunstancias de privado de libertad éste no pudiera comprender tales extremos que justifican su situación de detención –v.gr., se trata de un enajenado-, tal información deberá ofrecerse al que legalmente le represente, la misma persona que podría en su caso recurrir la privación de libertad ante el órgano jurisdiccional.

4..2. Derecho a ser conducido sin dilación a presencia de un juez:

En el apartado 3 del art. 5 CEDH puede leerse: “Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo, deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio”.

Los sujetos privados de libertad a los que el Convenio reconoce estos derechos son aquéllos aludidos en el apartado c) del art. 5.1, es decir, a los detenidos o presos provisionales por la presunta comisión de un hecho delictivo. La finalidad que persigue aquí el CEDH es garantizar al privado de libertad que una “autoridad con poderes judiciales” (sic) le va a escuchar personalmente y va a examinar sin dilación su situación fáctica, autoridad judicial que además va a poder ordenar en su caso el cese de la detención, con la consiguiente puesta en libertad inmediata, o bien

⁵⁵ Vid. al respecto los casos Irlanda contra el Reino Unido, 18-1-78, Fox, Campbell Y Hartley, 30-8-90, Y Dimke, 11-7-2000.

⁵⁶ Todo acusado tiene, entre otros, derecho a ser informado en el más breve plazo, en lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

⁵⁷ Un supuesto de vulneración de esta garantía puede encontrarse en el caso Van Der Leer, 21-2-90.

⁵⁸ Vid. el caso Lamy, 30-3-89.

⁵⁹ Casos Lamy, 30-3-89 O Dimke, 11-7-2000.

que prosiga la misma por ser ésta conforme a derecho y mantenerse las circunstancias que en su momento justificaron la adopción de la medida privativa de libertad⁶⁰. En definitiva, una vez más, el Convenio pretende proteger la libertad y seguridad de las personas frente a eventuales medidas arbitrarias.

Por lo que respecta al momento en que el privado de libertad debe ser conducido ante el juez, aunque él no lo exija⁶¹, el CEDH emplea la expresión “sin dilación”, que puede ser entendida como equivalente al término “inmediatamente” o, más bien, como ha establecido el TEDH e interpretado la mayoría de la doctrina, que se considera compatible con el Convenio una conducción a presencia judicial del privado de libertad dentro de un breve “margen de tiempo”⁶². En todo caso, esta garantía temporal tiene como objetivo específico reducir al mínimo el riesgo de que se produzcan abusos por parte de las autoridades autorizadas a practicar cualquier tipo de detención.

También debemos fijarnos en alguna medida en el empleo por el Convenio como equivalentes o similares de los términos “juez” u “otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales”; y la pregunta resulta ineludible: ¿qué se debe entender aquí por esa “otra autoridad”? Si tenemos continuamente presente la finalidad de esta conducción a presencia del juez o autoridad judicial —que oiga personalmente al privado de libertad, controle la legalidad de la situación y ordene que ésta prosiga o termine-, inevitablemente un elemento definidor de esa “autoridad”, al margen de su denominación en cada ordenamiento nacional, ha de ser su absoluta independencia de quien ha adoptado la medida que ahora controla, es decir, de las autoridades gubernativas. En definitiva, lo realmente decisivo es que tal autoridad tenga la independencia e imparcialidad exigible a todos aquéllos que desempeñan la función jurisdiccional⁶³ y, naturalmente, que sea competente para eventualmente poder ordenar la puesta en libertad del detenido.

4.3. *Derecho a presentar recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de la privación de libertad:*

De nuevo con la finalidad de evitar que se produzcan, en este caso que se prolonguen, privaciones de libertad ilegales o arbitrarias, el Convenio establece la garantía consistente en la posibilidad de impugnar judicialmente la resolución en virtud de la cual se adoptó la medida. Este derecho previsto en el apartado 4.1 del art. 5, sustancialmente distinto de derecho a los recursos o a la doble instancia, puede asimilarse, salvando las distancias que luego apuntaremos, al *habeas corpus*.

⁶⁰ Vid. el caso Schiesser, 4-12-79.

⁶¹ Caso Mc Goff, 26-10-84.

⁶² Vid. por ejemplo el caso Brogan y otros, 29-11-88, o el comentario que del caso Rigopoulos contra España, realizan Grosz / Beatson / Duffy, *Human Rights. The 1998 Act and The European Convention*, London 2000, p. 212.

⁶³ A esta conclusión llega unánimemente la jurisprudencia del TEDH, vid. por todos los casos Neumeister, 27-6-68, Pauwels, 26-5-88, Lamý, 30-3-89, Huber, 23-10-90, Brincat, 26-11-92, Kreps, 26-7-2001, Ilijkov, 26-7-2001 y Zannouti, 31-7-2001.

Este derecho del art. 5.4 CEDH está íntimamente ligado al del 5.2 y al derecho de información en él contenido: quien no conoce los motivos de su privación de libertad, mal podrá impugnar razonablemente el mantenimiento de la medida. También la exigencia de que se fundamente debidamente la orden de privación de libertad, prescindiendo de fórmulas estereotipadas, coadyuva al eventual ejercicio de este derecho⁶⁴.

Así pues, todo detenido, preso o internado tiene derecho a que un órgano jurisdiccional examine la regularidad de su situación fáctica⁶⁵ cuando ésta fue ordenada por las autoridades administrativas. Excepcionalmente, en algunos casos en que tal situación tiene su causa en una resolución judicial, el detenido o internado podrá hacer uso también de este derecho-garantía del art. 5.4; por ejemplo, el enfermo mental internado por orden judicial puede solicitar del juez, en intervalos razonables, que revise la situación en que se encuentra y confirme o no que prosigue vigente la legalidad y por ende la necesidad de su internamiento⁶⁶, o incluso el penalmente condenado a prisión de duración indeterminada puede exigir tal control judicial periódico con el fin igualmente de que se examine si el conjunto de circunstancias hace innecesaria la prosecución del internamiento⁶⁷.

Por lo que respecta a qué debe entenderse aquí por “órgano judicial” ante el que se presentará el recurso, al igual que dijimos al abordar el apartado a) del art. 5.1, debemos destacar que ha de ser en todo caso un órgano independiente e imparcial, ejercer su función a través de un procedimiento judicial, naturalmente conforme a la legalidad y, destacadamente en el caso que nos ocupa, ser competente para eventualmente ordenar la puesta en libertad del detenido⁶⁸. El procedimiento que deba seguir este órgano judicial para resolver el recurso presentado será concretado lógicamente por las legislaciones nacionales, así como los presupuestos procesales que deben concurrir para el inicio del mismo, si bien en ningún caso podrán ser de tal entidad que impidan *de facto* la interposición de este recurso. En todo caso, deberán regir destacadamente en el procedimiento las siguientes garantías procesales⁶⁹: contradicción –el privado de libertad debe poder exponer libremente, por sí o

⁶⁴ Más ampliamente, acerca de la interrelación entre los dos preceptos, Reindl, S., *Untersuchungshaft und EMRK*, *op. cit.*, pp. 174 y ss. y 191 y ss.

⁶⁵ Si bien el TEDH ha venido entendiendo que un control jurisdiccional de privaciones de libertad de corta duración, 2 o 3 días, es innecesario si el sujeto ha sido puesto en libertad. Vid. más amplia y críticamente Frowein / Peukert, *EMRK-Kommentar*, *op. cit.*, pp. 134 y 135, y a modo de ejemplo el caso Fox, Campbell Y Hartley, 30-8-90.

⁶⁶ Casos X contra Reino Unido, 15-11-81 y Luberti, 23-2-84.

⁶⁷ Vid. por todos el caso Weeks, 2-3-87, en que el afectado fue condenado a cadena perpetua indeterminada –*discretionary life sentence*–.

⁶⁸ La concreción de estos requisitos puede verse por ejemplo los casos Bezicheri, 25-10-89, o Sabeur Ben Ali, 29-6-2000.

⁶⁹ Si bien el procedimiento del art. 5.4 no tiene porque ir siempre acompañado de todas y cada una de las garantías del art. 6.1 CEDH para los procesos civiles o penales, es preciso que revista el carácter jurisdiccional y que ofrezca las garantías adecuadas al tipo de privación de libertad de que se trate; vid. recientemente los Casos Niebdala, 4-7-2000 y Trzaska, 11-7-2000. Desde la Stedh en el caso De Wilde, Ooms y Versyp, 18-6-71, y luego en los casos Wassink, 27-9-90 y Hood, 18-2-99, el Tribunal puso de relieve la necesidad de que se ofrezcan al privado de libertad aquellas garantías procesales necesarias o imprescindibles para decidir acerca de la legalidad de la privación de libertad de que se trate en el supuesto concreto.

a través de su representante en caso de incapacidad, sus argumentos contra la prosecución de la situación-, defensa técnica que garantice la igualdad de armas⁷⁰ y celeridad.

En cuanto a esta última garantía, exige el propio art. 5.4 expresamente que el órgano judicial se pronuncie “en breve plazo” sobre la legalidad de su privación de libertad. Naturalmente, no concreta el TEDH qué plazo es ese⁷¹, pero sí ha manifestado por ejemplo que un procedimiento totalmente escrito, o una prolongada audiencia contradictoria, serían contrarias a tal exigencia. Dicho plazo empezará a contar con la interposición del recurso, bien directamente ante el órgano judicial competente o ante la autoridad gubernativa que deba decidir previamente, y termina con el dictado de la resolución judicial acerca de la legalidad de la privación de libertad.

Por último, como indica el propio tenor del apartado 4.1 que analizamos, la finalidad del recurso será que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la legalidad procesal y material⁷² de la privación de libertad para que, naturalmente, en su caso ordene la inmediata puesta en libertad del sujeto. Para determinar el contenido de su decisión, el órgano judicial deberá considerar: el derecho interno aplicable, los preceptos del Convenio y sus principios rectores, y particularmente que la medida privativa de libertad tenga encaje en alguno de los supuestos enumerados en el art. 5.1 CEDH.

4.4. Derecho a obtener una reparación:

Como colofón a los derechos y garantías de que debe disfrutar el privado de libertad, el apartado 5.1 del art. 5 CEDH dispone lo siguiente: “Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

A pesar de que las medidas privativas de la libertad ambulatoria son con frecuencia objeto de las demandas presentadas ante el TEDH, son escasos los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo en que se reconoce vulnerado dicho apartado 5.1; la razón no es otra que el hecho de que muchas de las Altas partes contratantes hayan incluido el CEDH y sus Protocolos adicionales en su derecho interno, lo cual hace que tal apartado 5.1 pueda ser alegado directamente como fundamento de su pretensión ante los Tribunales nacionales. Así pues, es infrecuente que los órga-

⁷⁰ Véanse los casos Lamy, 30-3-79, Bouamar, 29-2-88, Woukam Moudefo, 11-10-88, Niebdala, 4-7-2000 y Trzaska, 11-7-2000.

⁷¹ Plazo que dependerá, una vez más, del tipo de privación de libertad y de las circunstancias del caso concreto; vid. el caso Sánchez-Reisse, 21-10-86. Habitualmente se consideran excesivos plazos superiores a las 6 semanas; véanse v.gr. los casos Droogenbroeck, 24-6-82, Milasi, 25-6-87, Bouamar, 29-2-88, Van Der Leer, 21-2-90, Sakik y otros, 26-11-97. En el caso Bezicheri, 25-10-89, el TEDH manifestó que un exceso de trabajo de los órganos jurisdiccionales no es motivo que justifique cinco meses y medio de duración del procedimiento.

⁷² Recientemente ha vuelto a insistir el Tribunal en que la finalidad del art. 5.4 es que un órgano judicial pueda controlar el respeto y vigencia de las condiciones procesales y materiales imprescindibles para afirmar la legalidad de la situación de privación de libertad en el sentido del art. 5.1. Vid. por todos los casos Niebdala, 4-7-2000 y Trzaska, 11-7-2000.

nos jurisdiccionales de los Estados firmantes determinen la existencia de una privación de libertad contraria a lo establecido en el Convenio sin acordar simultáneamente la indemnización correspondiente (Frowein y Peukert, 1996, p. 145).

El apartado con que concluimos este estudio obliga pues a las Altas partes contratantes a establecer en su ordenamiento una regulación que posibilite la obtención de una reparación en caso de que se haya padecido una privación de libertad contraria a lo dispuesto en los apartados 1 a 4 del art. 5, ya sea por inobservancia de las normas convencionales o internas, procesales o materiales, que establezcan finalidades o garantías de la detención; lo decisivo es que se hayan desconocido las disposiciones aplicables al caso de que se trate. Dicha reparación deberá indemnizar, no sólo los posibles perjuicios materiales padecidos por el privado de su libertad ambulatoria, sino también los eventuales daños inmateriales o morales. Además, en caso de que el TEDH afirme desconocidos los derechos y garantías de los apartados 1 a 4 y la ley estatal sólo reconozca una reparación parcial o en cierto modo imperfecta de los daños y perjuicios causados a la víctima de la medida, éste podrá, si lo estima necesario, concederle una satisfacción equitativa (art. 41 CEDH) (Más ampliamente, en Dannemann, 1994).

Referencias Bibliográficas

- Aldecoa Luzarraga, F.(2001): "La apertura del proceso constituyente", *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, n° 7/8, marzo, pp. 7 y ss.
- Alexy, R.(1986): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M.
- Alexy, R. (1990): "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", *Der Staat*, n° 1.
- Alexy, R. (1996): *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M.
- Bonet, J. (1994): "El Protocolo nº 11 y la Reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos", *REDI*, vol. XLVI, 1.
- Chueca Sancho, A.G. (1999): *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª ed., Barcelona.
- Dannemann, G. (1994): *Schadenersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln.
- Díez-Picazo (2001): "Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Tribunales de Justicia*, mayo.
- Eissen, M-A. (1993): "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *The european system for the protection of Human Rights*, Boston.
- Fernández Casadavante, C. (1998): *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Madrid.
- Frowein, J. y Peukert, W. (1996): *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2ª ed., Kehl, Strassburg, Arlington.
- Garberí Llobregat, J. y P. Morenilla Allard (1999): *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona.
- García de Enterría, E. (Coord.) (1983): *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del TEDH*, 2ª ed., Madrid.
- Gavara de Cara, J.C. (1994): *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid.
- Gearty, C. and A. Tomkins (Eds.) (1996): *Understanding Human Rights*, London, New York.
- Genz, M.(1968): "Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen", *Neue Juristische Wochenschrift*
- Grosz, S., J. Beatson y P. Duffy (2000): *Human Rights. The 1998 Act and The European Convention*, London
- Häberle, P. (1983): *Die Wesensgehaltgarantie des 19 Abs. 2 GG*, 3ª ed., Heidelberg.
- Hoyos Sancho, M. De (1998): *La detención por delito*, Pamplona.

- Hoyos Sancho, M. De (2000): "El derecho a la libertad y a la seguridad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el detenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Estudios jurídicos. Ministerio fiscal*.
- Larralde, J-M. (1999): "Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence communautaire", *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles.
- Lingemann, M. (1985): *Die Gefahrenprognose als Basis eines polizeilichen Beurteilungsspielraumes?*, Bochum.
- Liñan Nogueras, D. (1980): *El detenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Granada.
- Matia Portilla, J. (2001): "Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la UE", *50 años de la UE, reflexiones desde la Universidad*, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid.
- Pedraz Penalva, E. (1993): "El derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH)", La jurisprudencia del TEDH. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Pi Llorens, M. (1999): *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona.
- Pozo Ruiz, F. Del (2001): "Diez notas a propósito de la Carta de Derechos fundamentales de la UE", *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, marzo, nº 7/8.
- Reindl, S. (1997): *Untersuchungshaft und MenschenRechtsKonvention*, Wien.
- Rodríguez Bereijo, A. (2001): "La Carta de derechos fundamentales de la UE", *Noticias de la Unión Europea*, nº 192.
- Salvia, M. De (1994): *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Trieste.
- Scully, A. (1996): "Human Rights, HIV and AIDS", *Understanding Human Rights*, Gearty, C. / Tomkins, A. (Ed.), London, New York.
- Trechsel, S. (1993): "Liberty and Security of Person", *The european System for the Protection of Human Rights*, Mac Donald / Matscher / Petzold (Ed.), Boston, 1993.
- Velu, J. y R. Ergec (1990): *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles.
- Vidal Fernández, B (1999): *El proceso de anulación comunitario*, Barcelona.
- Weiss, R. (1996): *Das Gesetz im Sinne der EMRK*, Berlín.
- Yourow, H. (1996): *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, The Hague.

JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Casos LAWLESS, 1-7-61. NEUMEISTER, 27-6-68. WEMHOFF, 27-6-68. STOGMÜLLER, 10-11-69. DE WILDE, OOMS Y VERSYP, 18-6-71. GOLDER, 21-2-75. ENGEL Y OTROS, 8-6-76. HANDYSIDE, 7-12-76. IRLANDA contra el REINO UNIDO, 18-1-78. ARROWSMITH, 12-10-78. SUNDAY TIMES, 26-4-79. WINTERWERP, 24-10-79. SCHIESSER, 4-12-79. GUZZARDI, 6-11-80. X contra el REINO UNIDO, 15-11-81. DROOGENBROECK, 24-6-82. LUBERTI, 23-2-84. DE JONG, BALJET Y VAN DEN BRINK, 22-5-84. MC GOFF, 26-10-84. ASHINGDANE, 28-5-85. SANCHEZ-REISSE, 21-10-86. BOZANO, 18-12-86. WEEKS, 2-3-87. MILASI, 25-6-87. BOUAMAR, 29-2-88. OLSSON, 24-3-88. PAUWELS, 26-5-88. SCHÖNENVERGER Y DURMAZ, 20-6-88. BERRHAB, 21-6-88. WOUKAM MOUDEFO, 11-10-88. BROGAN Y OTROS, 29-11-88. BARBERA, MESSEGUÉ Y JABARDO, 6-12-88. CIULLA, 22-2-89. LAMY, 30-3-89. SOERING, 7-7-89. BEZICHERI, 25-10-89. VAN DER LEER, 21-2-90. B. contra AUSTRIA, 28-3-90. FOX, CAMPBELL Y HARTLEY, 30-8-90. WASSINK, 27-9-90. HUBER, 23-10-90. KEMMACHE, 27-11-91. BRINCAT, 26-11-92. BRANNIGAN Y MAC BRIDE, 26-5-93. MURRAY, 28-10-94. QUINN, 22-3-95. BENHAM, 10-6-96. AMUUR, 25-6-96. SCOTT, 18-12-96. LOUKANOV, 20-3-97. GIULIA MANZONI, 1-7-97. SAKIK Y OTROS, 26-11-97. ASSENOV Y OTROS, 28-10-98. HOOD, 18-2-99. DOUIYEB, 4-8-99. RIERA BLUME Y OTROS, 14-10-99. LABITA, 6-4-2000. SABEUR BEN ALI, 29-6-2000. NIEBDALA, 4-7-2000. DIMKE, 11-7-2000. TRZASKA, 11-7-2000. P.B. contra FRANCIA, 1-8-2000. KREPS, 26-7-2001. ILJKOV, 26-7-2001. ZANNOUTI, 31-7-2001.

