

LA DEFENSA PROCESAL DE LA LIBERTAD Y DIGNIDAD PERSONALES EN UNA FUTURA CONSTITUCION ESPAÑOLA: EL PROCESO CAUTELAR DE MANIFESTACION

POR

VÍCTOR FAIREN GUILLÉN

Catedrático de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: § 1. El «iter» del presente trabajo.—§ 2. El Justicia Mayor de Aragón y los recursos jurisdiccionales básicos en dicho Reino en la Edad Media y hasta 1592.—§ 3. La clave de la «Manifestación» aragonesa. La garantía de los derechos de libertad y de la dignidad humanas.—§ 4. La doble naturaleza jurídico-procesal de la Manifestación y su posible trascendencia jurídica en la actualidad.—§ 5. El camino hacia el presente y el futuro.—§ 6. Argumentos en favor de la reintroducción de la Manifestación en el Ordenamiento jurídico procesal penal español.—§ 7. Las detenciones y prisiones arbitrarias o ilegales en el «Anteproyecto de bases del Código procesal penal» de 1970.—§ 8. El trato de los detenidos o presos y la policía en el Derecho comparado. § 9. La «presentación del Juez a formar el sumario» de la Ley de Enjuiciamiento criminal: base que precisa de compleción y desarrollo.—§ 10. Crítica de las «tres líneas de salida» o soluciones propuestas en el «Anteproyecto» de 1970.—§ 11. Emplazamiento sistemático de una regulación de la Manifestación en nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal.—§ 12. Boceto de una regulación de la Manifestación en nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal.—§ 13. La necesidad de conectar esta reforma con otras.—§ 14. La Manifestación en las Constituciones españolas.—§ 15. Boceto de un artículo sobre la Manifestación en la futura Constitución española.—§ 16. Palabras finales.

El origen de este trabajo se halla en toda una serie de ellos escritos a partir de 1963, sobre el «proceso de manifestación de personas en lo criminal», aragonés, medieval (y hasta 1592).

Nuestro profundo respeto por los valores espirituales del individuo —traducidos en derechos subjetivos a veces— y la contemplación, asqueados del panorama general que se ofrecía de intentar penetrar cínicamente en los arcanos de la Justicia a través de la violación de tales valores hasta lo más íntimo, nos llevó con ánimo favorable al estudio de esta antigua —pero no por ello menos «de actualidad»— institución jurídico-procesal penal de mi patria chica, el Reino de Aragón.

Nos percatamos de que allí existía un medio de frenar a la sevicia, al engaño, al fraude, utilizados como medio de «vencer» en un procedimiento —a veces bautizado pomposamente con el nombre de «pro-

ceso» o de «expediente» a dichos valores, llevando así la injusticia hasta el clímax: hasta intentar hacerla pasar por «Justicia». Nada menos que «Justicia penal».

Llevada esta idea adelante, a principios de 1976 teníamos ya preparado un trabajo en el que se llegaba a sugerir—arrancando de las bases suministradas por otras investigaciones anteriores, todas ellas publicadas—incluso un articulado—en borrador, naturalmente—del «proceso de manifestación» a incluir en la reforma procesal penal española. Dicho trabajo fue publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, de Madrid (octubre de 1976), la cual decidió no hacer separatas. De acuerdo con ella, pensé en publicarlo en otra revista, mas inmediatamente, al releerlo, caí en la cuenta de que el enfoque que le había dado era corto de alcances.

En efecto, puesto que yo mismo, en publicaciones anteriores, había calificado al proceso de manifestación aragonés de «constitucional», por ser uno de los que permitían hacer efectivas las garantías de «no matar, herir, exiliar o apresar» «si no fuera previo juicio según fuero» (fórmula del juramento de los reyes y funcionarios aragoneses, desde 1348 al menos) (cfr. nuestro trabajo «Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo», cit., *infra*, cap. V especialmente)—esto es, una garantía del «debido proceso legal»—, no procedía que quedásemos en la sugerencia de un simple boceto de articulado para el mismo; lo que procedía era «comenzar desde el principio»; esto es, introducir al proceso de manifestación en una futura Constitución española. De ahí que, aunque el lector observe muchas repeticiones aquí, de lo ya publicado en 1976, este trabajo sea diferente por su intencionalidad. Si allí pretendía—como en otros anteriores, por ejemplo, en el «Informe sobre el Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia» (Valencia, 1969; emitido a petición del Ministerio de Justicia; la Universidad me encargó la labor de hacerlo, y lo aceptó unánimemente)—introducir al proceso de manifestación en la legislación orgánica y procesal penal españolas, ahora lo que se pretende es el que, en la futura Constitución del país, aparezca no ya un simple principio de prohibición de la tortura o de actos contrarios a la dignidad humana, etc., sino una norma completa—conminando con sanciones, naturalmente—y a ser desarrollada de modo *inmediato* (tan inmediato como las normas referentes al Tribunal Constitucional, que también es necesario).

Así continuó el camino que me tracé hace años. No soy de los que «toman el tren, ya compuesto, en marcha» (aunque desciendan apre-

surada y desvergonzadamente de otro que iba en sentido contrario). Mis obras lo demuestran. Y su publicidad; que, pese a disgustos, no pretenderé nunca ocultar mis pasos. Ya lo expresé en el prólogo a mis *Estudios de Derecho procesal*, en 1955, y aquí lo reitero.

Contra vientos y mareas, nuestra convicción de que el proceso de manifestación aragonés, debidamente «puesto al día», puede y debe, si está bien organizado y puesto en buenas manos e intelectos, constituir un potentísimo medio de lucha contra la ola de sevicias que aflige a la humanidad —y en ella, a España—, produciéndose —y esto agrava el problema— *en las proximidades del proceso penal*, e incluso siendo causa o concausa motriz del mismo, la seguimos manteniendo. Ahora estimamos que el clima es más favorable para reinstaurar lo que nunca debió ser destruido. [Siempre, como es natural, habida cuenta de la evolución de las circunstancias desde entonces. Del casi —y perdónese nuestra jactancia— *delenda est Carthago*, con el cual hemos tratado de la manifestación siempre que había ocasión —aunque fuese remota— de ello, nuestro deseo es llegar a poder exclamar: ¡Ya ha muerto Cartago! (esto es, la sevicia cercana al proceso).]

§ 1. Desde 1963 —y aún antes— nos estamos ocupando de la reinstauración en nuestro ordenamiento jurídico de la vía, «recurso» o mejor «proceso cautelar» de «manifestación criminal de personas», proveniente del antiguo ordenamiento aragonés, como medio ejemplar de lucha contra las detenciones y prisiones ilegales, o contra las sevicias que durante tales situaciones puedan cometerse (1) (2) (3).

Trabajo interrumpido en ocasiones por otros de indudable urgencia (4); en 1972 nos prometíamos continuarlo, siguiendo el estudio de

(1) Cfr. nuestro trabajo *Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento criminal*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1976, IV, pp. 763 a 870, *passim*.

(2) Cfr. por todos, y últimamente GIMENO SENDRA: *Detención gubernativa y detención judicial*, en prensa, *passim*.

(3) Cfr. un examen de los medios legales implantados para evitar tales sevicias en los Ord. Jur. procesales penales de Francia, Italia, República Federal de Alemania y Suecia, en nuestro trabajo cit. en nota 1.ª, § 5, C, y 6. Pero ello no obsta —estamos leyendo prensa diaria de alguno de estos países y de otros más— para que, pese a todas tales precauciones, las sevicias se sigan produciendo. Se alarman los ciudadanos, la abogacía, la magistratura, pero el triste fenómeno persiste.

(4) Cfr. —siempre en conexión con este tema— nuestro trabajo *La defensa del Derecho de libertad personal en la Historia y en la actualidad españolas*, en el núm. 69 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre 1972, pp. 9 y ss.

Y para dar mayor difusión al tema, en relación con el antiguo Ordenamiento procesal aragonés —los recursos de «agravios», de «firma» y de «manifestación»—, publicamos en México (1971) una monografía titulada *Antecedentes aragoneses*

la base XXII del «Anteproyecto de Bases de un Código procesal penal», aprobado por el Pleno de la Comisión General de Codificación en junio de 1970. Ahora cumplimos nuestra palabra, «en vísperas» de tener una Constitución nueva, que se ocupe de la prevención de las sevicias contra los ciudadanos, cometidas por autoridades; mas no entraremos en el tema sin exponer nuestra opinión decidida de que España no precisa de un «Código procesal» nuevo, sino de una «reforma» y modernización de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (5).

§ 2. No vamos a entrar, en este trabajo, en el examen de la figura del Justicia Mayor de Aragón (hasta 1592) como administrador de

de los juicios de amparo (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), e invitados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia (República Federal de Alemania) dimos unas conferencias sobre el mismo tema; se publicaron en la «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte» («Germanistische Abteilung»), vol. 91, Weimar, 1974, pp. 117 y ss., bajo el título *Die aragonesische Verfassungsprozesse*. Pero la investigación la habíamos comenzado mucho antes; en 1963 publicábamos ya un trabajo titulado *Consideraciones sobre el proceso aragonés de "manifestación de personas"*, en relación con el «*habeas corpus*» británico (Cfr. «Revista de Derecho Procesal», publicación iberoamericana y filipina, Madrid, 1963, I, pp. 9 y ss., y bibl. cit. allí; y en *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. I, pp. 131 y ss.).

Es de advertir la curiosidad con que en el extranjero se acogió mi estudio comparado del *habeas corpus* inglés, de los «amparos» iberoamericanos y de la «manifestación de personas» aragonés; hube de pronunciar múltiples conferencias sobre el tema, y —sin falsa modestia— el tema era, y sigue siendo, enormemente atractivo; era el «tema» y no el conferenciante, el que atraía la atención de los juristas extranjeros. La «manifestación» aragonesa —mucho más fuerte que el *habeas corpus* inglés, como se verá por nuestros trabajos cit.—, era desconocida, así como sus posibilidades de reactivarla para la lucha contra las detenciones y prisiones ilegales y sevicias; así, pues, no nos extraña que en ABC, de Madrid, del 13 de septiembre pasado, a una, al parecer, pregunta de PECES-BARBA (ponente constitucional en el Congreso español actual), un señor que se firma Tomás NICOLÁU ARAQUE, y bajo el rótulo *Habeas corpus*, se preocupe de la traducción española de la expresión y lance ideas que muestran su ignorancia o despreocupación sobre la «manifestación» (también palabra de origen latino, pero de clara acepción jurídica). (Cfr. la voz «Manifestatio», en Miguel DEL MOLINO: *Repertorium fororum et Observantiarum Regni Aragonum; una cum pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragosum practicus atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Zaragoza, 3.ª ed., 1585, of. de Domingo de Portonariis.)

Si nos pronunciamos por la expresión «manifestación» es porque por este nombre fue conocida una famosa institución patria —antecedente, en leyes escritas, al Act inglés de 1769, que consagraba como tal a los *habeas corpus*, antes considerados como meros writs—; en el Fuero aragonés (Cortes de Teruel, 1428), *De Manifestationibus personarum*, I, libro III de la Recop. Foral), la «Manifestación» aparecía como *Ley escrita* unos doscientos cincuenta años antes que el *habeas corpus*, que en realidad era un efecto del mandato de «manifestación».

Y también porque, aun siendo la expresión *habeas corpus* de origen latino, se la ha «tomado» en países modernos como significativa de un proceso inglés; en tanto que la «manifestación», como expresión, es castizamente aragonesa.

(5) Cfr. nuestro trabajo cit. en nota núm. 1, *supra*, *passim*.

la Manifestación. Pero sí conviene recordar que en aquel régimen —y especialmente en su esplendor, segunda mitad del siglo xv— el Justicia, además de dirigir el proceso de manifestación de personas (también lo hubo sobre cosas), dirigía los —llamados forales— de «firma de Derecho» por «agravios causados» o «agravios futuros» de las autoridades; procesos que —muy a tener también en cuenta en cualquier Constitución que admita los «amparos», ya que ellos tienen su origen en las «Firmas» aragonesas— defendían los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos (excepto el de libertad personal en sentido propio, defendido por la «manifestación») contra «actos» lesivos de las autoridades (o de otros particulares); y el de «agravios», en el que el Justicia sentenciaba *erga omnes* ante las Cortes, con motivos de agravios presentados ante ellas (por «actos» simples o por «normas» atentatorias contra el sistema constitucional foral), presentándose así como un Juez constitucional (6); entronquemos esta idea con la manifestada desde hace tiempo, por juristas españoles, de reinstituír un Tribunal Constitucional en nuestro país (7).

§ 3. La «manifestación de personas en lo criminal» (acción y pretensión, o recurso, que de ambos modos podía funcionar) era la potestad del Justicia Mayor de Aragón y de sus lugartenientes de emitir una orden o mandato dirigido a cualquier otro juez, autoridad no judicial o persona que tuviese en su poder a otra (detenida, «retenida» —logomaquia de la «detención»— o presa), para que se la entregasen («la pudiesen de manifiesto» ante él), a fin de que no se le hiciese violencia durante el procedimiento contra la misma seguido.

«Manifestado» el detenido o preso —esto es, *personalmente* bajo la jurisdicción del Justicia al fin de evitar las sevicias que, pese a su prohibición foral, subsistían sin duda—, el Justicia examinaba el proceso o procedimiento seguido y oía al preso o detenido (ya a salvo de las sevicias, pues «manifestado»); si hallaba aquéllos ajustados a Derecho, alzaba la manifestación y devolvía al detenido o preso para que se ejecutase contra él la sentencia o resolución administrativa con-

(6) Cfr. sobre estos dos procesos, fundamentales, nuestro trabajo *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, cit., esp. Caps. III («Proceso de agravios») y IV («Procesos de firma»).

(7) Cfr. la encuesta organizada en 1971 por el ilustre Colegio de Abogados de Madrid (y publicada en su *Boletín*), con diversas respuestas en favor de la reinstituición de este Tribunal; naturalmente, siempre que «haya una Constitución», y parece estamos muy cerca de tenerla de nuevo.

denatoria; pero si hallaba que el acto, expediente, o proceso, estaban viciados por ilegalidad (desafueros entre los cuales el de las sevicias infligidas era muy grave), el Justicia no devolvía al preso, sino que lo ponía en libertad definitiva; y podía condenar a la autoridad que tal desafuero cometió (8).

La clave de la aparición histórica de este proceso —del que hallamos muestras muy notables incluso a fines del siglo xiv (9)— estuvo, de modo indudable para nosotros, en el juramento que los Reyes de Aragón habían de prestar ante el propio Justicia Mayor antes de tomar posesión de la Corona: en este juramento —de la Constitución diríamos hoy— el Rey electo (pero aún sin jurisdicción) juraba, entre otras cosas, «*& quod nos in propria persona vel per aliam interpositam personam, vel alium seu alio... pro nobis ratum habentibus, absque cognitione iudiciaria & debita secundum Forum non occidemus, nec extemabimus, nec exiliabimus, nec occidere, nec extemare, nec exiliare mandabimus, nec faciemus, nec captus vel captos aliquem vel aliquos contra Forum, Privilegia, libertates, usus & consuetudines Aragonum super de fidancia de directo oblata retinebimus, nec retinere faciemus nunc, nec aliquo tempore*» (10) (11).

Pues bien, el medio jurídico de garantizar el «no matar, ni herir, ni exiliar, ni apresar», etc., debía hallarse en un proceso cautelar que asegurase la garantía del «debido proceso legal»; de que solamente se adoptarían tan graves medidas con *cognitione iudiciaria, & debita secundum Forum*, etc.; principio que hoy vemos plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10 de diciembre de 1948), artículos 5 y 10; en la Convención Europea para la Protección

(8) Haremos una breve descripción de la Manifestación criminal de personas en Aragón, en el tiempo de su mayor desarrollo: entre 1440 y 1591 —fecha de la revolución de Zaragoza contra Felipe II, motivada por la Manifestación concedida al ex Secretario real Antonio PÉREZ por el joven Justicia Mayor don JUAN DE LANUZA—.

(9) Se trata de una cuestión controvertida. Cfr. mis obras cit. Pero, desde luego, tenemos ejemplos de que la Manifestación existía en el siglo xiv. [Cfr. el Justicia XIMÉNEZ CERDÁN, «*Litara intimata a mossén MARTÍN DíEZ D'AUX*» (25 de febrero de 1435), que se halla siempre unida a las recopilaciones de Fueros y Observancias posteriores.]]

(10) Nótese en nuestras obras cit. (esp. *Antecedentes aragoneses*, cit. pp. 78 y ss. esp.) el parecido de este texto con el del § 39 de la Carta Magna inglesa, y en esta misma obra, pp. 100 y ss., una hipótesis sobre su parentesco.

(11) El texto del Juramento de los Reyes de Aragón se halla en el Fuero *De iis quae Dominus Rex & alii successores ipsius, Gubernator Aragonum & alii Iudices & Officiales farece & servare tenentur, ut Fori Aragonum conserventur*, libro I (Zaragoza, Cortes de 1348).

de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), artículos 5 y 6, y en el (tantas veces transgredido impunemente) artículo 19 del Fuero de los Españoles. Y ese medio fue el «proceso de Manifestación» (12).

Había varias especies y subespecies de Manifestación (13); aquí la que nos interesa es la denominada «criminal de personas» no por motivos civiles, ni sobre las cosas) (14).

Mediante el proceso de «Manifestación de personas» se aseguraba a un detenido o preso contra cualquier agravio (especialmente la tortura inquisitiva, prohibida desde los Fueros de Ejea de 1265); contra Derecho y Leyes del Reino (15); no se trataba de liberar incondicionada y arbitrariamente al preso o detenido —de hacerlo impune— ni de rehuir la jurisdicción competente (recordemos que la del Justicia Mayor era superior, constitucional) (16). De tal modo que, como la resolución administrativa o penal de condena fueran aforadas, el preso era restituido por el Justicia para su ejecución (17). Se trataba —en su primera parte lo vamos a ver, la más «espectacular»— de un proceso cautelar, al servicio del penal, un tanto desordenado en la época (en la nuestra, las «Novelas» últimas están consiguiendo desorganizar el ordinario de la Ley de Enjuiciamiento criminal) y avocado, pese a las prohibiciones forales, al uso de la tortura (como hoy día) elevada a la categoría de «medio de prueba» (18).

1. La jurisdicción para ordenar la Manifestación correspondía al Justicia Mayor del Reino de Aragón o a sus lugartenientes.

(12) En nuestras obras cit. justificamos nuestra preferencia por este nombre sobre el de *habeas corpus* (proceso que funcionó a base de *writs* y mal hasta el Act de 1679 —uno de cuyos motivos fue el mal funcionamiento de dicho proceso—). (Cfr., p. ej., PITT TASWELL-LANGMEAD: *English Constitutional History*, 10.ª edición, Londres, 1946, pp. 484 y ss.).

(13) Cfr. sobre ellas mis obras citadas.

(14) Se resume aquí, al máximo, el procedimiento de la Manifestación criminal. Más adelante se verá un intento de «modernización» del mismo, al tenor de una organización judicial contemporánea independiente.

(15) Cfr. mi trabajo *Antecedentes* cit. cap. V, y nota 24, *infra*.

(16) Cfr. mi trabajo últ. cit., cap. V. *in extenso*, con bibl.; y sobre el Justicia como Juez constitucional, el cap. III del mismo, a. f.

(17) Cfr. SÈSSÈ: *Inhibitionum et Magistratus Justitiae Aragonum Tractatus*, t. I, p. 39. (El ejemplar que manejamos, del Seminario de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de Valencia, está deteriorado, faltándole la cubierta, portada y algunas páginas; por ello no podemos fijar si se trata de la edición de Frankfurt (1618) o de la de Zaragoza (1610, terminada en 1624).)

(18) Cfr. SÈSSÈ: *Ob. cit.*, *loc. cit.*, y mi trabajo *Antecedentes aragoneses, et cetera*, cit. esp. p. 78.

2. La legitimación activa era muy amplia: *Manifestationis privilegio an gaudeant alieni gentes transeuntes par Regnum Aragonum* (19); no es de extrañar, pues, que en este proceso se amparasen muchos indeseables y delincuentes (20). En este punto habrá que poner el máximo acierto y atención si se trata de reinstaurar la Manifestación que nunca debe suponer un instrumento en favor de la impunidad de los delincuentes.

Podía pedir la Manifestación —naturalmente, el interesado, detenido, «retenido» (?) o preso no podría hacerlo o le sería muy difícil—, en su nombre, cualquier otra persona (parientes, etc., y aún terceros, si juraban que los hechos eran ciertos) (21). Y estaba pasivamente legitimada la autoridad o persona que había apresado o detenido o «retenido» a otra (22). Su desobediencia a la orden de Manifestación era tenida como «delito» del oficial delincuente contra fuero (23).

3. El objetivo del proceso cautelar de Manifestación en su primera parte, era el de evitar las violencias contra el arbitrariamente detenido o preso—secuencias de la prohibición aragonesa del tormento judicial (24)—y con duración hasta que la primera fuera alzada por el Justicia o bien se dictase resolución válida sobre el asunto (lo que conllevaba tal alzamiento) (25).

4. Tres medios preventivos (contracautela) existieron para que el detenido o preso, ya beneficiado por la Manifestación (esto es, desde el punto de vista de su integridad personal, bajo la jurisdicción y amparo del Justicia Mayor y su Corte), no escapase a las consecuencias

(19) Sentencia dictada por la Corte del Justicia el 24 de mayo de 1432. (Cfr. DEL MOLINO: *Repertorium fororum* cit., fol. 219 vto.)

(20) Uno de ellos fue, como se ha dicho ya, el ex Secretario de Estado de Felipe II, Antonio PÉREZ

(21) Este juramento fue abolido por el Fuero *De iureiurando* de 1481.

(22) Fuero XIII *De Homicidio*, libro IX, Cortes de Calatayud, 1481.

(23) Fuero *Quod Inhibitiones Iustitiae Aragonum, qui Iudex est in facti Domini Regis, alii Officiales & Iudices teneantur in dictis et factis servare & obedire*, Cortes de Zaragoza, 1371, libro I de los Fueros. Cfr. ejemplos de aplicación de la Manifestación y de las consecuencias de oponerse a ella en nuestro trabajo *Antecedentes aragoneses, etc.*, cit., pp. 69 y ss. y 80 y ss., con las referencias legales y bibliografía de tales casos.

(24) Prohibición reiterada desde los Fueros de Ejea de 1285, pasando por el del Juramento de los Reyes (cfr. *supra*) y funcionarios aragoneses; reiterado tal Fuero por el promulgado en las Cortes de Calatayud de 1481, *De Officio Cancellarii & Vicecancellarii Domini Regis* (IV, libro I); que condena a la privación del oficio o cargo —cuando menos— a quienes matasen, hiriesen, azotasen, etc.

(25) Cfr. Fuero *De Manifestationibus personarum*, Calatayud, 1481, libro III.

condenatorias de un «proceso legal» (o «expediente legal» diríamos hoy día, si se trataba de una autoridad o agente administrativos): el Justicia lo podía hacer internar preventivamente en una prisión especial; o «darle casa por cárcel»; o ponerlo en libertad bajo fianza.

A) En el Fuero I *De Manifestationibus personarum* (Cortes de Tuel, 1428) se preveía que el Justicia debía mantener en prisión —bajo su jurisdicción, por el momento, tan sólo desde el punto de vista de la evitación de las sevicias— al manifestado (26); posteriormente fue creado un establecimiento de custodia preventiva totalmente diferenciado de las cárceles de la época y con notorio adelanto (fijense bien nuestros legisladores): la famosa «Cárcel de los Manifestados», de Zaragoza (27), a fin de que éstos se hallasen guardados *separadamente de los demás* e impidiéndose que fueran trasladados a otra cárcel. Lo fundamental de la «Cárcel de la Manifestación» era que, hallándose bajo la total jurisdicción del Justicia, ningún otro funcionario, por Alto que fuera, podía «entrar en la dita cárcel, ni exercir jurisdiction, o poder alguno» (28); esto es, en ningún caso podría ser sujeto a sevicias por otros funcionarios el preso manifestado (29).

B) El Justicia podía «dar casa por cárcel» al manifestado (Fuero de 1428, y el de 1461 sobre creación de la Cárcel de los Manifestados); pero en tal caso (y se trata de un notable precedente de la «prisión atenuada» actual), los interrogatorios del *Official* o *Juez* (léase «funcionario» o «Juez real») (30), debían efectuarse en dicha casa, esto es, siempre en lugar bajo la jurisdicción del Justicia (31).

(26) En el libro III de los Fueros: es el más importante de la Manifestación, comparable al *Habeas Corpus Act* inglés de 1679. Su prioridad en el tiempo hace aún más extraña —e inadmisibile— la ignorancia de quienes se gargarizan —y quisieran gargarizarnos— con el *Habeas corpus* y no conocen ni siquiera lo sucedido doscientos cincuenta años antes en nuestra tierra.

(27) Cfr. el Fuero XI, *De Officio Iustitiae Aragonum*, Calatayud, 1461, libro I de los Fueros.

(28) Cfr. el últ. Fuero cit. al final.

(29) En el Fuero *De la cárcel de los Manifestados* de 1564 se regulaba minuciosamente el cargo de carcelero de dicha cárcel, llegándose a imponerle la pena de muerte si por malicia o negligencia suya entrasen en la cárcel «algunos oficiales» (léase «funcionarios») a ejecutar «alguna muerte, mutilación de miembro o de otra vexación o tortura, o jurisdicción desaforada contra las personas manifestadas».

(30) El justicia y sus lugartenientes no eran de nombramiento real; los nombraban «las Cortes con el Rey», mas no éste solo. Cfr. sobre ello mis trabajos citados.

(31) Cfr. el Fuero *De modo & forma procedendi in criminali*, Cortes de Monzón, 1510, libro IX de los Fueros.

C) La tercera posibilidad abierta al Justicia (la de poner al manifestado en libertad bajo fianza) le fue concedida en las Cortes de Alcañiz de 1436 (32); no se trataba de una «fianza sobre el fondo del asunto» —recordemos que el Justicia «no lo llevaba» aún—, sino de la que hoy llamaríamos «fianza carcelaria», para garantizar la simple presencia de un preso (33).

Naturalmente, en el caso de que el Justicia, interrogado el manifestado, lo diputase inocente, lo ponía en libertad sin más; así resulta de numerosos ejemplos ofrecidos por el Justicia XIMÉNEZ CERDÁN en su *Litera intimata*, cit.

D) El proceso cautelar de Manifestación, de aplicabilidad general (34), se exteriorizaba por un procedimiento dividido en varias partes, como es común a aquéllos.

a) Comenzaba éste por un simple escrito, en el que se afirmasen los hechos (la existencia de un detenido o preso y amenazado de muerte o tortura) sobre el cual debía proceder el Justicia —o uno de sus lugartenientes— inmediatamente (*encontinent*), sin dilación alguna y sin oír a la autoridad o agente en cuyo poder se hallaba el detenido o preso (35); manifestado éste, el Justicia o su lugarteniente debían ponerlo en libertad, al máximo, en plazo de setenta y dos horas —se esperaba durante tal plazo por ver si la autoridad o agente formulaba una acusación, ya que en tal caso el Justicia no dejaría en libertad definitiva al manifestado— (36).

(32) Cfr. el Fuero II *De Manifestationibus personarum*, libro III.

(33) Sobre este Fuero y otros que tratan de la libertad bajo fianza y sus especies, cfr. nuestro trabajo *Antecedentes aragoneses*, cit., pp. 88 y notas.

(34) Sólo cedía ante el delito de herejía (sentencia del Justicia de 20 de septiembre de 1497. DEL MOLINO: *Repertorium*, cit., fol. 57 vto.). Felipe II, en su «Concordia» con la Inquisición General para Aragón (17-7-1568) lo confirmó. Y cfr. de qué sirvió esta brecha en la Manifestación a dicho Rey, en mi trabajo *Antecedentes*, cit., p. 98, nota 364; y en *La defensa*, cit., p. 36.

(35) Cfr. el Fuero XVI *De Officio Iustitiae Aragonum*, cit., de 1481; ídem *De Manifestationibus personarum*, de 1481, libro III.

(36) En este último Fuero se trata del manifestado de prisión o detención que lo hubiera sido a pesar de tener en su favor una «Firma de Derecho» expedida por el Justicia. Las «Firmas» ya no existen desde el siglo XIX (y dedicaremos otro trabajo a examinarlas). Lo más cercano que podemos poner como ejemplo de lo que en 1481 debía ser frecuente (secuencia de la pluralidad de jurisdicciones, que aún existe), es el de un individuo que, en una causa penal determinada, haya sido puesto en situación cautelar de libertad provisional por un Juez, sea aprehendido por otra autoridad, pero por los mismos hechos. Nos parece claro que es el Juez que lo puso en libertad provisional el que debe tener la última palabra en cuanto a esta nueva detención.

b) En tal estado procesal, ya manifestado el preso o detenido, y fijado su destino cautelar por el Justicia, se abría una segunda fase de tal proceso. La autoridad de cuyo poder había sido extraído el citado individuo no había tenido aún ninguna intervención activa (lo que obedece a la necesidad de actuar unilateralmente, y con gran rapidez, de los procesos cautelares). Mas una vez asegurado el preso para evitarle sevicias, de los modos citados se abría un período contradictorio (también normal en los procesos cautelares).

Comenzaba este período por la declaración escrita del manifestado exponiendo los agravios que se le habían hecho (*Greuges feytos*) (detención, violencia, tortura) y su prueba documental (37); la otra parte —la autoridad, agente o persona que detuvo o apresó— podía intervenir a su vez, «contradiziendo» y probando (38). Y así quedaban las cosas hasta que el *acusant* (el acusador particular; no existía aún en Aragón el acusador público) «e todos los Iudges e Officiales que citar se devian» (39) —estamos asistiendo aún hoy día (pese a la reforma de la Ley de Orden Público por el Real Decreto-ley de 25 de enero de 1977) al doble fenómeno, pero entonces igual a los ojos del Justicia: el de que «el otro» fuera un Juez real, municipal, etc., o bien una autoridad no judicial— hubieran llegado a una resolución de su proceso sobre el fondo, o expediente «en todo o en parte, condemnatoria» (40).

c) De aquí en adelante el Justicia está dirigiendo un proceso declarativo de condena, y no un simple cautelar, aunque éste —la Manifestación— siga siendo eficaz. (El equivalente hoy día sería el de la persecución penal contra una autoridad por haber cometido un delito en la tramitación de un asunto en el que hubo detenido o preso por su orden; y ante el Juez o Tribunal competente, según su rango. Pero la Manifestación seguía actuando como *ex machina*, ya que era la clave de la conversión del primitivo proceso cautelar en uno declarativo de condena y ante la propia Corte del Justicia.)

(37) Cfr. el Fuero I, *De Manifestationibus personarum*, cit., de 1428.

Si se trata de reinstaurar la Manifestación, será menester poner mucha atención en esta limitación probatoria, que hoy día sería de difícil adquisición por el manifestado; no olvidemos la expresión de CARNELUTTI: «La reina de las pruebas, en el proceso civil, es la documental; en el penal, la testifical».

Una acertada comprensión del actual art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos dará la solución. (Cfr. nuestro trabajo *Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit. en nota 1, pp. 816 y ss.

(38) Cfr. el último Fuero cit.

(39) Cfr. el Fuero V de dicho título de 1461, libro III.

(40) Cfr. el Fuero últ. cit.

Dictada sentencia (o resolución) de condena por «la otra» autoridad, la Manifestación desarrollaba una fuerza aún mayor, pero no ya como proceso cautelar, sino como base de un proceso penal sobre el fondo del asunto. Se trataba de fijar por el Justicia si las sentencias (o resolución) dictadas eran desaforadas o no, en un largo proceso plenario (desencadenado *ipso foro* por la resolución condenatoria del manifestado), en el que eran partes —esto es singular y fundamental—, actora, el mismo manifestado, y pasiva, los acusadores y los mismos funcionarios que le habían detenido o apresado, y con ello provocado la Manifestación.

En efecto, *ipso foro*, a todos ellos —incluso a los Jueces condenados— se les tenía por citados ante la Corte del Justicia. En plazo de setenta y cinco días a partir de la resolución inferior —que así, por ser condenatoria de un manifestado, no era definitiva—, éste debía formular ante el Justicia los agravios que tal resolución contenía en su contra (asimismo, los cometidos durante el proceso o procedimiento administrativo); podía alegar —y probar— agravios que en el procedimiento principal se le hubieran producido, pero no reiterar los que ya expuso y no probó (cuestión a modificar, si se reinstaura la manifestación; las «pruebas» en un proceso cautelar sólo pueden ser concedidas como *prima facie*, dada la celeridad con que dicho proceso debe conducirse y la dificultad de obtenerlas en plazos insuficientes, sobre todo cuando se estuvo detenido o preso). Y —lo más importante— de nuevo podía alegar los agravios que se le habían causado antes de ser manifestado (haber sido detenido o preso ilegalmente; haber sido torturado, etc.). En caso de que el manifestado no alegase ni probase, se levantaba la Manifestación por el Justicia y por él era entregado a la «otra» autoridad, de cuyo poder había sido extraído.

Si se producían, por parte del manifestado, estas alegaciones y pruebas, la parte contraria —el acusador, los «oficiales», los jueces que condenaron— tenían otro plazo para responder y contraprobar, siempre ante el Justicia. Tras ello nuevos plazos de veinte días a cada parte para replicar, duplicar y probar (aquí aparecen ya «síntomas» del engorroso sistema procesal del *solemnis ordo iudiciarius* civil); y en el de treinta días, el Justicia dictaba sentencia irrecurrible (41).

(41) Cfr. casuística jurisprudencial en RAMÍREZ: *De lege regia (Analyticus tractatus de... qua in Principis Suprema & Absoluta Potestas traslata fuit)*, etcétera, Zaragoza, Juan de LANUZA Y QUARTANET, 1616, § 20, p. 148.

Un triple contenido podía tener la sentencia del Justicia:

a') Si en ella se declaraba probado que eran ciertos los agravios formulados por el manifestado (detención ilegal, tortura, etc.), éste era puesto en libertad definitiva (42), ya que la sentencia u orden administrativa dictada por los «*officiales*» o «*juezes*» estaba viciada y era nula por tal motivo.

b') Si la sentencia u orden del «*Juez*» u «*offizial*», según el Justicia o sus lugartenientes, debía ser reformada, ellos mismos lo hacían (43) —aquí la Manifestación está ya funcionando como un «*recurso pleno*» y final ante el Justicia y su Corte.

c') Si dicha resolución no estaba viciada, el Justicia o sus lugartenientes ordenaban la entrega del manifestado al «*official de cuyo poder fue manifestado*» (44) para que fuese ejecutada.

Este fue el famoso proceso aragonés «*de Manifestación criminal de personas*» (45), del cual esperamos extraer —mejor que del simple de *habeas corpus* anglosajón— aparte la gloria que para un reino español significa—, consecuencias útiles para la actualidad «*constituyente*».

§ 4. Dentro de la «*Manifestación de personas*», tal y como sucintamente la hemos descrito, hallamos en realidad dos procesos. En su comienzo, uno cautelar (la «*manifestación*» del detenido o preso ante el Justicia, y la medida de aseguramiento por él adoptada, más una breve contradicción del manifestado con los que lo detuvieron o apresaron) que reunía los caracteres de instrumentalidad del asunto de fondo (no olvidemos que la «*otra*» autoridad podía continuar su actuación, pero el detenido o preso se hallaba ya personalmente amparado por el

(42) Todo ello en el Fuero V, últ. cit., de Calatayud, 1461, libro III.

(43) Cfr. Fuero V, últ. cit., y BARDAXI: *Commentarii in quatuor aragonensium fororum libros*, Zaragoza, Lorenzo ROBLES, 1592, fol. 122.

(44) Siempre el Fuero V, *De Manifestationibus personarum*, cit., de 1461.

(45) Prácticamente, desapareció su importancia en 1592. La Manifestación concedida por el Justicia de Aragón al fugitivo ex Secretario de Estado de Gobierno de Felipe II, Antonio PÉREZ —al cual hemos calificado, de otro lado, como «*una especie de código penal ambulante*» pero que había sido torturado en Castilla— no cedió más que ante la no muy querida Inquisición (por acudir los letrados del rey a este método para intentar la devolución del manifestado, que era un gran delincuente, pero no hereje), y provocó, con ello, una gran revuelta popular en Zaragoza. Ya sabemos que PÉREZ huyó, y que el joven Justicia de Aragón, don JUAN DE LANUZA, fue ejecutado por orden directa de Felipe II, *sin previo proceso*.

En las Cortes subsiguientes a aquella revuelta, Felipe II impuso a unas asustadas y serviles Cortes (Tarazona, 1592) un Fuero declarando al Justicia amovible a su voluntad; con lo cual, es evidente que lo tenía a su merced. Cfr. sobre todo este *processus*, mis trabajos *Antecedentes* cit., pp. 95 y ss. y *La defensa* cit., pp. 40 y siguientes.

Justicia y a salvo de sevicias), basado en el *periculum in mora*, variable y revocable, de acuerdo con el principio *rebus sic stantibus* (46).

Pero una vez terminada está fase cautelar, si la resolución recaída en el otro proceso o procedimiento —«expediente» lo podríamos llamar hoy día, si lo tramitaba un funcionario no judicial— era de condena, la manifestación, en una segunda fase, se transformaba en un proceso plenario declarativo de condena; «plenario», y no sólo «sobre la medida cautelar misma», sino sobre todo el fondo del asunto.

Hoy día, una moderna consideración del Derecho procesal y del propio proceso penal permitiría reintroducirla como proceso cautelar, dejando su antigua fase plenaria —con algunas especialidades que pondremos, *infra*— confiada, como proceso penal ordinario, a los Tribunales penales de la jurisdicción ordinaria.

Lo hasta ahora descrito no tiene un simple interés histórico o anecdótico; en parte puede demostrar su trascendencia hasta hoy. No olvidemos cómo florecen en la actualidad el *habeas corpus* y los «juicios de amparo» iberoamericanos; el primero, muy probablemente, emparentado de cerca con nuestra Manifestación. Pensar en que su semejanza es «casualidad histórica» es marchar por los caminos de la fantasía. Hallar su punto y momento de enlace es tarea a desarrollar (47); y en parte ya desarrollada en cuanto al parentesco de las «Firmas» y «Manifestaciones» aragonesas con los referidos «Amparos» iberoamericanos (48).

§ 5. Y vamos a encararnos con la actualidad.

Advirtiendo a quienes no plazca semejante «salto» en la Historia del Derecho, que, en los albores de la doctrina española sobre el control de las autoridades del Poder Ejecutivo, en las Cortes de Cádiz, el CONDE DE TORENO solicitaba la creación de «otro Tribunal separado del Supremo Tribunal de Justicia, elegido por las Cortes a efectos de fijar la responsabilidad de los Magistrados y agentes del Poder Ejecutivo» (Cfr. *Diario de Sesiones* de las cit. Cortes, núm. 415, t. III, de 21 de noviembre de 1811, p. 2309; le apoyó en esta ocasión el Diputado PASCUAL, *Diario de Sesiones* núm. 415, de 22 de noviembre de 1811, pp. 2313 y s.) que hubiera podido basarse, según él, en el modo de juzgar antigua-

(46) Sobre estos caracteres de los procesos cautelares, por todos, cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Padua. CEDAM, 1936, *passim*.

(47) Cfr. nuestro trabajo *Antecedentes aragoneses, etc.*, cit., al final, y bibl. cit.

(48) Cfr. al trabajo cit. en nota anterior, y bibl. iberoamericana en él citada.

mente en Aragón por razón de los «greuges» o «agravios» cometidos por el Rey o sus oficiales. (Sobre el proceso aragonés de «agravios» y el papel que en él desempeñaba el Justicia Mayor del Reino, cfr. mi trabajo *Antecedentes*, cit., pp. 51 y ss.; *La defensa*, cit., pp. 19 y ss.)

En 1967, el entonces Fiscal del Tribunal Supremo, HERRERO TEJEDOR (49), pasó revista en cuanto a los vacíos que indudablemente existen *entre la protección simplemente penal* —entendemos a través de un proceso penal ordinario, como lo sería, por ejemplo, uno por razón de un delito de detención ilegal—, de un lado, y *la contencioso-administrativa*, del otro, contra las infracciones legales cometidas por las autoridades, que atentaren contra los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos.

Reconociendo (¡imposible desconocerla!) la existencia de esta laguna en el Ordenamiento jurídico español de la época —y de la actual—, llegó a decir que tal laguna «podría» quizás colmarse articulando un procedimiento que «siguiendo nuestra tradición jurídica tuviese cauce judicial y se estructurase al amparo del artículo 36 del Fuero de los Españoles para la garantía de los derechos contra actos de la Administración que no tuviesen contenido penal ni estuvieran sujetos al recurso contencioso. La fundamentación teórica de este recurso, que según nuestra propia e histórica doctrina podría denominarse «de amparo», puede hacerse desde varios puntos de vista como remedio ante las posibles extralimitaciones de la posición de supremacía que se da en los llamados en Derecho administrativo "estados de sujeción"» (50).

El autor, se levantaba a seguida un artificioso escolio político —hoy barrido— y no seguía por ese camino. Pero había otros que lo seguíamos hacia ya años contra viento y marea (51).

La clara insuficiencia del sistema español nos hizo pedir —representando nuestra opinión, la de la Universidad de Valencia— al Ministerio de Justicia, en 1961 (trabajo publicado en los *Cuadernos de*

(49) Cfr. HERRERO TEJEDOR, *Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el Ordenamiento jurídico español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. 22, Madrid, 1967, p. 482.

(50) Cfr. HERRERO TEJEDOR, *ob. cit.*, p. cit., y en su *Memoria elevada al Gobierno Nacional* (Inauguración de los Tribunales, 1967, ed. of. Madrid, Reus, 1967, p. 178).

(51) Ya en 1963, se publicaba en la «Revista de Derecho procesal» mi trabajo *Consideración sobre el proceso aragonés de Manifestación de personas en relación con el de «Habeas corpus» británico* (año 1963-L fasc.). Cfr. *passim*.

aquella Universidad) (52), la reintroducción del proceso cautelar de manifestación como garantía de los derechos individuales ante conflictos entre las diversas jurisdicciones (53); también en 1961 la Universidad de Valladolid había adoptado posición análoga (54) y la mantuvo (55); se nos unió más tarde la de Sevilla (56).

§ 6. Argumentos en favor de la reintroducción, en el Ordenamiento jurídico procesal español, de la «Manifestación criminal de personas», los encontramos en la doctrina y en una ajustada interpretación de la legislación vigentes, que muestran la existencia de tan grave laguna en cuanto a la defensa de los Derechos de libertad individuales.

a) El recurso contencioso-administrativo no cabe aplicarlo (a no ser que se tratase de una «detención o prisión» puramente administrativas) en principio y fundamentalmente, por su carácter declarativo plenario, por su necesario formalismo y lentitud: es insuficiente, pues no puede precaver el *periculum in mora* —tampoco lo es en su fun-

(52) Si en nuestro trabajo *Respuestas a las cuestiones formuladas por el Ministerio de Justicia sobre la reforma de las Leyes orgánicas y procesales*, «Anales de la Universidad de Valencia», Cuaderno I del vol. XXXV (1961), hacíamos una alusión, no a la «Manifestación», ello lo explicamos en nuestro ref. trabajo de 1963 (Cfr. su pág. 189, en nuestros *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, 1969. Terceros, t. I.); se trataba «de facilitar la comprensión a los juristas que conocen poco (o no conocen) el medio de la Manifestación, sobre el cual se ha fantaseado y aún calumniado no escasamente».

Más desde 1963, siempre tratamos de la «Manifestación» aragonesa —aunque sin dejar de compararla con el *Habeas corpus* anglosajón—. Así, por ejemplo, en el Informe que elaboramos a petición de la Universidad de Valencia, también dirigido al Ministerio de Justicia, sobre el *Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal*. Allí decía yo: «Conclusión II.—Contra hipotéticos abusos de las autoridades debe reintroducirse en España, poniéndolo al día, al proceso cautelar de "manifestación de personas", relacionado con el *Habeas corpus* anglosajón» (publ. en Valencia, Secr. de Publ. de la Universidad, 1967, bajo el nombre *Presente y futuro del proceso penal español*).

(53) Cfr. la explicación de esta alusión en la nota 52, *supra*.

(54) El «Informe» de la Universidad de Valladolid fue redactado por los profesores GÓMEZ ORBANEJA y RODRÍGUEZ DEVESA. El texto de la correspondiente conclusión, puede verse en este último, *La garantía de los Derechos individuales en el Derecho procesal militar español*, separata de la «*Révue de Droit Pénal Militaire et de Droit de Guerre*», Bruselas, III (1964) cuads. 1 y 2, p. 143.

(55) Así consta en los *Resúmenes* —por cierto, a veces desdichados, lo que hemos demostrado en otro trabajo— de los «Informes» sobre la reforma procesal española, publicados en los *Cuadernos Informativos* del Ministerio de Justicia.

(56) Puede verse este Informe en la «*Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*», Madrid, 1969 (1).

ción— aunque mucho se extendiere su ámbito de aplicación (57). La solución, adoptada en la Ley de lo Contencioso-administrativo española (y en Leyes de Amparo centro y sudamericanas) de «suspender el acuerdo recurrido» (esto es, en nuestro caso concreto, de «dejar sin efecto la detención o prisión ilegales»), la diputamos lenta e insuficiente para la protección del derecho de libertad personal. Precisa un desarrollo normativo extenso y en una Ley procesal.

b) En cuanto al proceso penal, se ha dicho por autorizados juristas españoles que «en orden a la libertad personal frente a detenciones arbitrarias, la situación actual se caracteriza por unos poderes *de facto* del Juez, tales que puede prolongar indebidamente una detención sin faltar formalmente a la Ley (58). La lentitud de los recursos relativos a la libertad del procesado (59), por ejemplo, hace que, aunque sea procedente la libertad provisional, con fianza o sin ella, permanezca a veces en prisión si el Juez así lo considera conveniente» (60).

c) Para combatir las detenciones, «retenciones» (¡precioso inven-

(57) Cfr., muy interesante en este punto, GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en esta REVISTA, Madrid, 1962, pp. 159 y ss.

(58) Sin contar con los casos en que la propia Ley —por ejemplo, la del Tribunal y Juzgado de Orden Público, de 2 de diciembre de 1963— declare con una fórmula tan vaga como peligrosa que «mientras la situación alterada por aquéllos no haya sido completamente normalizada, se decretará la prisión incondicional...». [Cfr. la crítica de esta disposición, dichosamente derogada (aunque con la grave «disposición transitoria 6.ª del Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977, de no tener efecto retroactivo tal desaparición, desde el punto de vista procesal, en cuanto a los asuntos «pendientes en los Juzgados que se suprimen —los antiguos del Tribunal de Orden Público—... se harán cargo los Juzgados de Instrucción que se crean, los cuales continuarán la tramitación de los procedimientos que se hallen en curso, conforme a las normas aplicables en las fechas de su incoación» —esto es, aplicando las normas del proceso ante el Tribunal de Orden Público extinguido—) y a este procedimiento, por tal y otros motivos —entre ellos, el notable, de admitir la condena en rebeldía, hasta entonces ignorada en el Derecho procesal normativo penal español— lo calificamos de «inconstitucional», como opuesto al Fuero de los Españoles. Cfr. nuestro trabajo *Notas sobre jurisdicciones especiales*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», Madrid, 1971-1, *passim*].

En tales casos, el juez «no obraba contra la ley, al fijar una prisión indefinida-cautelar. Cfr. nuestra crítica de tan lamentable norma, en nuestro trabajo *Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., esp. pp. 807 y s. y notas correspondientes.

(59) Aparece siempre el *periculum in mora* que no puede evitarse sino mediante un proceso cautelar adecuado, y éste sería el de Manifestación.

(60) Cfr. *Informe* de la Universidad de Valladolid, cit., de 1961; y este fragmento, en RODRÍGUEZ DE VESA, *ob. cit.*, p. 143.

to, «traducido directamente del francés») y prisiones ilegales (61), el Código penal a solas, en su actual redacción, es insuficiente también por causa de la necesaria lentitud —serenidad— con que ha de desarrollarse todo un proceso plenario declarativo de condena, y por lo tanto resultará parcialmente inoperante (62).

c) Insuficiente el proceso penal actual sin el concurso del instrumento de otro u otros cautelares que borran con rapidez y provisionalmente las consecuencias inmediatas y lesivas del acto tenido como delictivo (la detención o prisión ilegales) —la puesta en libertad inmediata, o la acusación— hemos pensado y escrito siempre, desde hace años atrás, públicamente, proponiendo, en el «Informe» de 1967, dirigido —a su petición—; al Ministerio de Justicia, y como ya dijimos, en nombre de la Universidad de Valencia, la reintroducción de la «Manifestación», modernizándola (ya se han visto indicios sobre nuestro modo de pensar en cuanto a esta modernización necesaria, *supra*). Y está claro que corresponde a un Código procesal penal (mejor, insistimos, a una modernización de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal) desarrollar este medio de garantía jurisdiccional del derecho de libertad del individuo —y el de ser tratado humanamente, sin sevicias, en aquellos centros en que exista la privación de libertad (63)— de modo

(61) La «retención» —que encubre una «detención»— no figura en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es una figura ilegal, a nuestro entender introducida —de contrabando— desde el *Code de Procédure pénale* francés, cuyo sistema es totalmente diferente del de nuestra vieja pero aún espléndida Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(62) Si el estado de «detención» ya ha cesado —no se trata de un delito permanente, como con acierto señala CORDOBA RODA, bastando una privación de libertad de pocos momentos (cfr. «El delito de detenciones ilegales en el Código penal», en *Anuario de Derecho Penal*, 1964, III, pp. 401 y ss.)—, una condena al delincuente ha perdido efectividad (máxime, tratándose de penas tan leves como las que nuestra legislación establece para tales delitos: «benignidad, que unida a factores psicológicos y sociales difíciles de combatir, hace que la inmoralidad intrínseca de estos actos palidezca al compás que la cifra negra se mantiene muy elevada»). Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1971, t. I, p. 540.

(63) Cfr. la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de la ONU, de 10 de diciembre de 1948, art. 5.º: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»; la «Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, etc.» (Roma, 4 de noviembre de 1950), art. 3.º: «Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

En una de las más modernas *Constituciones* (la de Grecia, de 1975), según su art. 2, § 1, la protección de la dignidad humana debe ser el primer deber del Estado; según su art. 7, § 2, «cualquier tortura, cualquier ataque físico o presión psicológica o violación de la dignidad humana están prohibidos bajo todos los puntos de vista y serán castigados».

Lo que nos gustaría ver un principio como éste, estampado casi al frente de nuestra futura *Constitución*... sin perjuicio de desarrollarlo inmediatamente. Y uno

Así, se lee que «hoy se aprecia claramente... que las detenciones y prisiones arbitrarias necesitan de un instrumento que las impida o disminuya...» (66); «... si al encausado no se le atribuyen indicios racionales de criminalidad, se le deja indefenso frente a un arresto o detención...» (67); «El carácter excepcional de la detención y prisión, admisibles únicamente cuando se ha cometido una infracción grave o existen razones para presumir que, dejando al encausado en libertad, se sustraerá a la acción de la Justicia y obstaculizará así la marcha de la instrucción» (68). «Necesidad de orden escrita del Juez instructor o del fiscal para poder detener, salvo casos de flagrante delito o en donde no pudiera diferirse sin riesgo de obtenerla. En todo caso, se exige que el detenido sea puesto a disposición del fiscal inmediatamente (un "galicismo" prelegislativo, interpolamos nosotros), señalando setenta y dos horas para ponerlo a disposición del instructor» (69). «Con lo expuesto se establece claramente que la medida de privación de libertad, que es la detención, ha de ser decretada (70) por autoridad con una formación jurídica adecuada, sin dejarla en manos de funcionarios administrativos» (71).

«La prisión cesará tan pronto desaparezcan las razones que la hubieran motivado» (72) —sigue el número 30 de la *Exposición* de 1970—.

(66) Cfr. *Exposición* «Razón para una reforma».

(67) Cfr. *Exposición* cit., 12-15.

(68) Cfr. *Exposición*, cit., 30.

(69) Cfr. *Exposición*, cit., 30. El plazo, nos parece excesivo. Debería ser de veinticuatro horas (Ley Fundamental de la RFA).

(70) Mal utilizada la palabra (la redacción del *Anteproyecto*, en general, es muy defectuosa), de origen administrativista. Se «ordena» por las autoridades Judiciales, por resolución exteriormente fundada (auto, sentencia) o no fundada (providencia), pero ello constituyendo siempre un juicio de valor impugnabile. Cfr., como ejemplo laudable, el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 501. Y los requisitos de la primera medida cautelar que es «la citación a oír o detener» de los artículos 486 y ss. de la Ley citada.

(71) Aparte de haber quedado «fuera de combate» el «Fuero de los Españoles», eventualmente, si se conserva esta cifra, es preciso ponerla de acuerdo con el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Cfr. GIMENO SENDRA, *Detención gubernativa y detención judicial*, en prensa, I Parte, § 5, D y 6). A su juicio, no se trata de una antinomia, sino que hay posibilidad de concordarlos.

Y ante todo, siguiendo la observación aquí hecha en la nota 69, el plazo de setenta y dos horas, nos parece excesivo. Recordemos el del artículo 104-3 de la Constitución (*Ley fundamental*) de la República Federal de Alemania: el detenido debe ser conducido ante el juez «lo más tarde, el día siguiente al de su arresto». Ese debe ser el plazo.

(72) Coincide con el actual artículo 528, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

tal, que sea una garantía de esa libertad, pero no pase a ser de impunidad o libertinaje (64).

En la conclusión 4.^a del referido «Informe» decíamos —y aquí nos ratificamos de nuevo—:

«Tanto la futura organización judicial como las procesales, se hallan afectadas por la necesidad de que se reintroduzca en España un proceso cautelar rápido que sirva mejor garantía al derecho público subjetivo individual de libertad personal, siendo insuficiente el contencioso-administrativo de un lado, y el penal de condena del otro, específicamente en la lucha contra las detenciones ilegales.»

«Este proceso, siguiendo ilustres antecedentes históricos patrios, debe ser el de manifestación de personas frente abusos de las autoridades, como ya propusimos desde 1961, y en el "Informe" sobre el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967, pensando en él, naturalmente, en la Ley Orgánica de la Justicia cuando se trate de las atribuciones de los Tribunales y del Ministerio Fiscal» (65).

§ 7. Si los penalistas se preocupan gravemente del fenómeno de las detenciones y prisiones ilegales —cfr. la «cifra negra» de que habla RODRÍGUEZ DEVESA, nota 62, *supra*—, esta preocupación pasó a la Comisión General de Codificación —que debía estar lógicamente alarmada por los «Informes» que le remitimos, aparte de los que ella pudiera obtener —fidedignos y no triunfalistas, como era «la moda»—; y así, en la *Exposición* de las «Bases para un Código procesal penal» (texto aprobado por ella en su Pleno, en julio de 1970), se dejó ver la preocupación de los prelegisladores en una serie de frases que culminaban en la propuesta de una Base.

de sus desarrollos, bien puede —y debe, a nuestro entender— hallarse en la reintroducción de la «Manifestación» tal y como la proponemos.

(Ya el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que «la detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudique lo menos posible a la persona y a la reputación del inculcado». Pese a los defectos de redacción de este fr., no dejamos de pensar en las servicias que pueden seguir a una detención...).

(64) ALVAREZ GENDÍN (cfr. *La independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1966, página 118), también se refería expresamente, como remedio al actual estado de cosas, al proceso de manifestación.

(65) Cfr. Nuestro *Informe sobre el Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia* —la Universidad de Valencia lo hizo suyo previo su envío al Ministerio de Justicia, que lo había pedido—, Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1969, p. 215.

«Su duración no puede exceder de la mínima señalada por la Ley objeto de eventual acusación» (73). «Se revisará de oficio la prisión

(73) No estamos de acuerdo; ni con el resto de la *Exposición* en esta materia. El deferir la prisión provisional y su entidad, a una hipotética pena, significa «prejuizar», a lo que nunca puede suplir una eventual indemnización por daños y perjuicios.

El hecho de la situación cautelar de «prisión provisional», debe hallarse en relación con la posible peligrosidad del sujeto (y no olvidemos que actualmente, la peligrosidad en sí misma, es objeto de tratamiento por otra Jurisdicción). El Juez instructor «procesal-penal-civil» debe hallar esta «peligrosidad» como estado provisorio, que justifique la medida cautelar de la «prisión preventiva»; esto es, se trataría de una «peligrosidad penal-civil» y no de una «peligrosidad propiamente dicha» (a declarar, en la actualidad, tan sólo por los jueces y Tribunales de peligrosidad de la Ley de 4 de agosto de 1970 y su reforma por la de 28 de noviembre de 1974, con su Reglamento de 13 de mayo de 1971).

[Los ataques que actualmente se dirigen contra la Ley de Peligrosidad derivan, en parte, de sus propios defectos—que intentamos paliar en diversas publicaciones cfr. especialmente nuestro libro *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Madrid, Tecnos, 1972, *passim*— y en parte, por los de su incorrecta ejecución].

En efecto, hay en ellas una serie de «categorías» de peligrosidad que en sí mismas, son delitos, por lo que pueden dar lugar a un doble proceso por los mismos hechos y al trágico *bis in idem*—ya se ha producido en alguna ocasión—, por lo que procede una nueva regulación de tales categorías. Pero también se ha producido el fenómeno—del que ya advertíamos públicamente antes de la entrada en vigor de la citada Ley, y que es casi universal— de que no existen instituciones ni personal adecuado—cuantitativa y cualitativamente— para aplicarla, de modo suficiente. Basta observar la lista de «establecimientos» para cumplir las medidas de seguridad previstos desde 1971 para notar su escasez, que también criticamos. De ahí, que a los «peligrosos» (y aún más grave: a los sujetos a proceso de peligrosidad pero aún no condenados) se les pueda internar en establecimientos «penales»: esto es, todo lo contrario de lo que en las leyes de peligrosidad se intenta obtener. El resultado de esta mezcla, es que... los supuestos peligrosos c los ya declarados tales, «se pasan a la delincuencia».

Ya advertía el maestro JIMÉNEZ ASÚA—partidario, hasta su muerte, de la categoría de «peligrosidad»— que una de las claves del éxito de tales leyes, se hallaba en la abundancia de medios especialmente adecuados a la rehabilitación del peligroso. Cuando estos fallan, la «peligrosidad» se confunde con la «delictividad». Otra clave, es la de que *nunca* se apliquen las leyes de peligrosidad por razones de carácter político (*hic sunt leones*).

Pero nos convence su razonamiento (Reunión de Buenos Aires, 1961) de que, todo lo referente a la peligrosidad, no puede dejarse en manos de la administración policial, sino que debe conservárselo, en manos de los Tribunales de Justicia.

(Cfr. nuestras múltiples alusiones a JIMÉNEZ ASÚA, en nuestro libro cit. *Problemas, passim*: y en nuestra *Ponencia General al V Congreso Internacional de Derecho procesal* (México, 1972) titulada «El enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delinquentes», *passim*).

Si hubiere lugar—*que no debe haberlo*— a internar preventivamente a supuestos peligrosos, ello debe suceder en establecimientos *ad hoc* y no en cárceles comunes.

En cuanto a los «presos preventivos por razón de hipotético delito», si ha lugar a tal prisión, deben hallarse totalmente aislados de los «condenados» y del resto de la población penitenciaria. Ordenándose un Reglamento *ad hoc* para ellos sobre régimen de internado—o externado a medias, controlado—, de visitas, de consultas con sus defensores, etc., fuera del herrumbroso Reglamento Penitenciario vigente, que tantas protestas motiva.

Y con más motivo aún, los «presos manifestados», deberán también hallarse, en

preventiva a fin de no prolongarla indebidamente...» (74). «... Con objeto de que por carencia de medios económicos para la prestación de la fianza no deje de obtenerse la libertad provisional, se preverán formas de ésta que no supongan la prestación de fianza (75): libertad bajo promesas de no abandonar el domicilio, de residir en una zona dada, de comparecer a intervalos ante la autoridad, etc.». «Con ello, aparte de la justicia intrínseca de tales medidas, se tiende a revalidar el principio de que ante la Ley somos todos iguales, haciéndolo realmente efectivo, en forma tal, que, en la medida de lo posible, el económicamente débil no sienta su situación económica, una vez más, como un lastre y una discriminación. Es claro que un derecho tan fundamental para el encausado como el de la libertad provisional no debe estar limitado en función de posibilidades económicas» (76).-

su caso, absolutamente alejados de todo cuanto «huele a pena» —al igual que los peligrosos—.

La organización penitenciaria —basada en una política moderna y bien orientada, por supuesto— es muy cara; mas entendemos es un quehacer primordial el emprender su reestructuración con miras muy amplias, superando las dificultades económicas, por tratarse de un problema fundamental de cada Estado.

Se impone la necesidad urgente de «jurisdiccionalizar» la ejecución de las sentencias penales (no olvidando, como hasta ahora se ha venido haciendo, que la ejecución de las sentencias penales, es una parte fundamental del proceso penal; y no tiene carácter administrativo en sí). No basta «la vigilancia de los jueces» que prevé la Base 23-52 y ss. del *Anteproyecto* de 1970, sino su «intervención» como «jueces ejecutores de sentencias»; sin que sean suficientes los escasos desarrollos de la citada Base.

La «pena», no solamente hay que verla desde el punto de vista de su «legalidad» —punto de vista externo, indispensable—, sino también desde el punto de vista «interno» del condenado.

Si hoy día —por falta de preparación general— no es pensable la instauración en España de un *Ombudsman*, como el sueco, el finés o el danés, que velen también sobre la ejecución de las penas desde ese «punto de vista interno», no por ello nos placen las «Juntas Penitenciarias» de los EE.UU ni —aún menos— los «Patronatos», de los que puede depender la mayor o menor extensión de las penas de privación de libertad. Ni nos place *nada* cuando se trate de personas en situación de «prisión preventiva», que el *Anteproyecto* de 1970, tiene el acierto de configurar como «medida excepcional» (Base 12, 30, primero).

(74) Cfr. el final de la nota anterior.

(75) Estas medidas supletorias de las «fianzas carcelarias» nos parecen muy adecuadas. La Ley francesa de 17 de julio de 1970, introdujo en el *Code de Procédure pénale*, el «Control judicial», como sustitutivo de la «prisión preventiva». Sobre sus múltiples facetas —más o menos intensas— cfr. últimamente, nuestro trabajo *Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* cit., pp. 809 y ss. Y naturalmente, los artículos 138 y ss. (nuevos) del cit. *Code de Procédure*.

Por otra parte, interesa mucho diferenciar estas medidas —a introducir, con otras más que sugiera el buen sentido jurídico— de sustitución de la «prisión preventiva», de lo que algún día debe ser la «sentencia penal condicionada» —y su vigilancia—.

(76) Cfr. *Exposición*, cit., núm. 30.

«Innecesario es señalar—sigue el *Anteproyecto*—la importancia teórica y práctica que reviste el procedimiento para poner fin a detenciones o prisiones injustas. En la misma línea que el proceso aragonés de "manifestación", del *habeas corpus* anglosajón, del juicio de amparo y similares de Hispanoamérica (77), se establece un control jurisdiccional sobre detenciones o prisiones acordadas por agentes o autoridades no judiciales, con el que se priva sumaria e inmediatamente a éstos del conocimiento del expediente administrativo con el fin de determinar sobre la ilegalidad o no de la detención y se oye tanto a la autoridad que acuerda la medida como al sometido a ella, y de estimar la ilegalidad, ordenan la inmediata puesta en libertad del detenido o preso. El administrado gozará así de una garantía de excepcional importancia y la autoridad administrativa se verá constreñida a una actuar más jurídico» (*Exposición* de 1970, 47-50, 4).

De lo cual resulta, en la Base XXII («De los juicios especiales», número 49; ya comienza a no gustarnos que a un proceso cautelar se le confunda con un simple «juicio especial»), lo siguiente:

«Para poner fin a la detención o prisión preventiva arbitrariamente acordada por agente o autoridad no judicial, se establecerá un procedimiento en el que el juez de lo penal, tras de oír, tanto a la persona que acordó la medida como al privado de libertad, y practicando con urgencia las diligencias que estime precisas, resolverá lo que proceda. Si comprobare la falta de competencia para la privación de libertad o su ilegalidad, acordará, como primera medida, la inmediata libertad del detenido o preso. El incumplimiento de la orden judicial determinará la sanción penal correspondiente.»

Poco es. Entendemos que esta «protección judicial» (un «amparo», a cuya familia perteneció la «Manifestación»), debe extenderse también a las posibles sevicias policiales que pudieran sufrir los detenidos o presos.

En efecto, desgraciadamente, este problema, tiene ya caracteres de universalidad. Así—reiteramos, por su importancia—la Declaración

(77) La exposición de estas tres vías como diferentes, cuando se las pueda —y debe— reducir a una (que es la de la «manifestación»), nos parece una vaguedad muy peligrosa, ya que se presta a interpretaciones que conduzcan a... mantener más o menos la situación actual. Cfr. *infra*. No aceptaremos otra vía que la de la *Manifestación*; las otras dos, pueden reducirse—en la parte que nos interesa— a ella. Mas precisa no caer en vaguedades que muy bien pueden tornarse antinomias y propiciar discusiones que serían bizantinas si no se tratase de asunto tan grave. Nuestra repulsa, pues, explícita, en este punto, a la vaguedad de la Base XXII del «Anteproyecto» en su *Exposición*.

Universal de Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre de 1948 dice que «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (art. 5.º); reproduce este texto la «Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (Roma, 4 de noviembre de 1950). Y las Constituciones, se hacen eco del problema. Así la italiana, de 1948, en su artículo 13, dice que «está penada toda violencia física y moral a las personas que se hallen sometidas, sea como fuere, a restricciones de libertad»; la de la República Federal de Alemania, en su artículo 104, dice que «las personas detenidas no deben ser maltratadas ni moral ni corporalmente»; y la griega, de 1975, que «la protección de la dignidad humana debe ser el primer deber del Estado» (art. 2.º, § 1); y que «cualquier tortura, cualquier ataque físico o presión psicológica o violación de la dignidad humana están prohibidos bajo todos los puntos de vista y serán castigados (art. 7.º, § 2).

En este punto de vista, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal hace una serie de graves «advertencias» a los jueces (arts. 389, 393 y 394), prohibiéndoles utilizar en los interrogatorios a los sujetos pasivos del proceso penal «género alguno de coacción o amenaza» e impidiendo (art. 393) el siniestro «tercer grado»; imponiéndoles responsabilidad disciplinaria, si no la hubiere mayor. Pero justamente, dadas las calidades morales de la Judicatura española, de ese lado es del que menos hay que temer. El peligro está en otra parte.

Y desde tal punto de vista—repetimos—sólo el artículo 520 dice que «la detención... debe efectuarse de la manera y forma que perjudique lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado. Texto vago e insuficiente, así como todo el capítulo referente al «tratamiento de los detenidos o presos».

El Anteproyecto de 1970, en sus Bases, tampoco aborda claramente el problema: la Octava dice que «se establecerán las disposiciones precisas para garantizar la espontaneidad de las declaraciones, proscribiendo los interrogatorios capciosos o sugestivos, y cualquier clase de coacción o amenaza; el juzgador, de oficio, cuidará en todo caso de comprobar en todo caso la verdad, aunque se trate de actos que la Ley imponga al cuidado del Ministerio Fiscal o de las partes.

Pero la *Exposición* de 1970 (78) dice que «siguiendo las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, proscribe los interrogatorios capciosos y sugestivos y cualquier clase de coacción o amenaza».

(78) En la que, justamente, se elogia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esto es, se hace una referencia a artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *que se refieren a los interrogatorios judiciales*; pero no a los policiales. Y la Base cuarta («De la Policía Judicial») (79), de carácter muy genérico, aunque bienintencionada (pues hasta ahora, *no existe la Policía judicial propiamente dicha en España* y ello constituye uno de las más graves lagunas de nuestro enjuiciamiento criminal), no alude tampoco al problema que tanto nos preocupa.

Por su parte, la Base duodécima establece que «la detención y prisión del encausado deberán considerarse una medida excepcional» exigiéndose para practicarla «orden escrita del juez instructor o fiscal» (aún colea el recuerdo del tristemente famoso Decreto-ley de 25 de agosto de 1975 sobre atribuciones de la Policía). «La orden de detención —continúa el "Anteproyecto"— se exhibirá al detenido al tiempo de la detención o inmediatamente después. Solamente podrá prescindirse de la orden escrita cuando el sospechoso fuere sorprendido *in fraganti* o en los casos en que no pudiera diferirse sin riesgo la detención hasta obtener una orden por escrito de la autoridad competente.»

Si la primera especie de detención, es la «judicial» o «fiscal» (?), y por tanto, el detenido, desde el momento de su aprehensión cae ya bajo la jurisdicción del primero —así debe ser— la segunda, es la «detención administrativa», en la que surgen los problemas, ya que el número cuarto de la Base duodécima-30 dice que «el detenido será puesto a disposición del fiscal inmediatamente, y de la autoridad judicial en el

(79) «De la Policía judicial. 8. Se reorganizará la Policía judicial (¿cómo se puede "reorganizar", nos preguntamos nosotros, lo que no existe?) creando un servicio especializado, bajo la exclusiva dependencia de la autoridad y el Ministerio Fiscal, a fin de llevar a cabo, con la dirección del MF, los actos de investigación y demás diligencias prevenidas en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal y según el régimen vigente.»

(Esto es, continúa la Policía, teniendo la potestad administrativa de «detener».)

Ya dijimos en otra ocasión (*Informe sobre el Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia*, Valencia, 1969, Secr. de Publ. de la Universidad) que el poner la Policía judicial a las órdenes «simultáneas» del Juez y del Ministerio Fiscal conduciría a un «bicefalismo procesal» y a un maremágnum para tal Policía. El sistema previsto por el «anteproyecto» de 1970 continúa en el mismo terreno. Mas éste es otro tema que hemos examinado en nuestro trabajo *Notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., y en otros, como el *Informe cit.*

«9. Sin perjuicio del servicio especial de Policía a que se refiere el párrafo anterior, todos cuantos según la legislación vigente son *considerados* miembros de la Policía judicial (ahí tenemos la confesión de su inexistencia en la actualidad) estarán obligados a prestar a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal y al Servicio Técnico de Policía (¿"tricefalismo" procesal?), la cooperación y auxilio necesarios, según sus atribuciones respectivas, a los efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes.»

plazo máximo de setenta y dos horas» (80), no siendo explicable este plazo si la orden de detención emanó directamente del juez; se trata de una de las numerosas antinomias de las Bases.

Pero, sin ninguna duda, está claro que un miembro de la Policía puede cometer un delito, cualquiera que sea su orden (81) (82): y que

(80) Cfr. *infra* comentario sobre este plazo. Y también la nota núm. 69, *supra*, y la 71, al final.

(81) Sobre la verdadera inexistencia de la Policía judicial, se expresa el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17 de julio de 1975 (BOE de 3 de septiembre). (Se trata de un Decreto conteniendo el Reglamento.)

Su artículo 9.º dice que: «De conformidad con el artículo 2.º de este Reglamento, corresponde al Cuerpo General de Policía la prevención, mantenimiento y restauración del orden público, juntamente con la Policía Armada, Guardia Civil y demás Cuerpos y unidades a que se refiere el artículo 4.º de la Ley de Orden Público; practicar, en función de Policía judicial (aquí se ve claro que ésta, propiamente, no existe), las diligencias pertinentes en orden a la información y prevención de los delitos y demás infracciones de esta naturaleza que se cometan en el territorio nacional, y una vez cometidos, proceder a la investigación y descubrimiento de los hechos e identificación y detención de los *presuntos* culpables.»

(Si se hubiera utilizado la palabra «supuestos» en lugar de «presuntos», el Reglamento hubiera quedado en su puesto. Así, permitiendo, al parecer, que la Policía construya «presunciones de culpabilidad», se sale de su «sitio» y parece invadir el campo de las atribuciones judiciales.)

Y el artículo 6.º del mismo Reglamento dice que: «Son auxiliares de la Policía gubernativa y, dentro de la misión que a cada uno compete en su propia esfera, están obligados a prestarle colaboración, aun sin requerimiento previo:

1.º Los individuos pertenecientes a Cuerpos armados que dependan de las Diputaciones o Ayuntamientos (lo cual se ha confirmado por disposiciones posteriores).

2.º Los vigilantes jurados de industria y comercio o entidades bancarias y similares, vigilantes nocturnos (serenos) y porteros.

3.º Los guardas forestales, guardas jurados y guardas particulares de montes, sembrados y fincas rústicas o urbanas, cualesquiera que sea su denominación.

4.º Los empleados de Compañías de ferrocarriles con cometidos propios de agentes de la autoridad.

5.º En general, cuantos individuos pueden tener intervención legal en funciones de vigilancia, seguridad o mantenimiento del orden público.»

Es evidente que, aunque el móvil de esta extensión de los «auxiliares de la Policía» se deba a un intento de mantener la seguridad y el orden públicos, cuantas más personas —y de formación, cultura y funciones heterogéneas— pueden practicar detenciones, más se extiende el peligro de sevicias para los detenidos.

(82) Con referencia al «Cuerpo General de Policía»: «Art. 206. Son faltas muy graves... b) Cualquier conducta constitutiva de delito doloso.» «Art. 207. Son faltas graves... f) Actuar con notorio abuso de sus atribuciones, causando daños a los particulares. g) Faltar a la debida consideración a los administrados en sus relaciones con el servicio... ñ) En asuntos del servicio, emitir informes o adoptar acuerdos apasionados, desfigurados o tendenciosos, cuando no merezcan calificación más grave.»

[Recordemos aquí que los agentes del Cuerpo General de Policía tienen una protección procesal privilegiada. No sólo debe instruirse un expediente interno a los inculpados de delito (llamado «falta» por su propio Reglamento), y en él, el instructor (que es también funcionario del propio Cuerpo) puede apreciar que los hechos revistan caracteres de delito, en cuyo caso está obligado a ponerlo en

este delito puede consistir en tratar inhumanamente o con crueldad a los detenidos, o utilizar contra ellos la fuerza física o la violencia psíquica o moral (83).

Estos delitos, pueden ser cometidos en el curso de la investigación

conocimiento del Director general de Seguridad, quien si estimara que concurren los aludidos caracteres deberá comunicarlo al Ministerio Fiscal (sin que esto paralice el expediente), sino que, según la Ley de 13 de febrero de 1974, en el supuesto de que los hechos imputados a un agente del Cuerpo de Policía puedan ser constitutivos de delito, el competente para su conocimiento es el Juez de Instrucción; pero *no puede dictar autos de procesamiento*; ello le corresponde a la Audiencia Provincial respectiva (art. 3.º, D.)

(83) Por su parte, la Policía Armada, desde el punto de vista jurisdiccional, se halla sujeta a las «autoridades del Ejército de Tierra» (art. 508 del referido Reglamento de 1975), pero en caso de denuncia, querrela o sumario contra su personal (y recordemos que en materia militar no existe la «acción popular» del artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), prevenidos en el artículo 1.º del Decreto de 28 de julio de 1944, y sin perjuicio de que las autoridades judiciales respectivas cumplan lo allí dispuesto, el Jefe de la unidad del inculcado dará cuenta inmediatamente al General Inspector de los hechos que motiven aquellas actuaciones (lo cual, de paso, implica que el «sumario» no es secreto para tales personas, contra la norma general) y de la relación que tuvieran con el servicio, especificando las órdenes que se dieron sobre el mismo y las incidencias habidas en su ejecución, y emitiendo su parecer sobre si el inculcado obró en virtud de obediencia debida o en cumplimiento de su deber al realizar los hechos investigados o, por el contrario, se excedió en el uso de sus atribuciones, al objeto de que el General Inspector tenga conocimiento de lo acaecido y pueda, en su caso, cursar a dichas autoridades el informe que proceda, comunicándolo seguidamente al Director general de Seguridad. Igualmente se tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 2.º y 3.º del referido Decreto sobre prisión preventiva del procesado» (art. 511 del Reglamento de 1975).

Y el citado Decreto de 28 de julio de 1944 dice:

«Artículo 1.º Siempre que ante alguna autoridad jurisdiccional se presente denuncia o querrela contra funcionario del Cuerpo General de Policía (nótese que este Decreto no ha sido derogado por la tercera disposición final—derogatoria—del Decreto y Reglamento de 1975, luego sigue en vigor para los funcionarios de dicho Cuerpo o el de Policía Armada o de Tráfico), por razón de la supuesta falta o delito cometido en acto de servicio u ocasión del ejercicio de sus funciones propias, o cuando un Juez o Tribunal conozca de lesiones o muerte producidas por acción de los referidos funcionarios contra cualquier persona en acto de servicio o con ocasión del mismo, sin perjuicio de actuar conforme a su competencia, lo comunicará por el medio más rápido al Director general de Seguridad en Madrid, y en provincias, al Gobernador civil, solicitando informe, que deberá ser emitido dentro de las setenta y dos horas siguientes sobre si el funcionario obró en virtud de obediencia debida al realizar los hechos presuntamente constitutivos de la infracción o, por el contrario, excedían del círculo de sus atribuciones con abuso en el ejercicio de las mismas, para que este elemento de juicio pueda ser debidamente valorado en la instrucción del procedimiento.»

Es un hecho notorio que la Policía española, en general, va a estar sujeta a un proceso de profunda reorganización; pero por ahora, y a tenor de lo expuesto, queda muy claro que disfruta de una protección administrativa y jurisdiccional privilegiadas; el reverso de lo cual debe ser que la responsabilidad que se exija a sus agentes, en su caso, lo sea también de modo muy tajante y enérgico.

judicial con ánimo de obtener declaraciones de culpabilidad (84); y aunque los «atestados» policiales—en los cuales se duda de si los agentes de estas instituciones tienen un verdadero derecho a interrogar (85)—y el valor de los mismos en juicio penal, tenga el de simple «declaración testifical apreciable, como éstas, según las reglas del criterio racional» (86)—magnífico, el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando entrada en el proceso penal a las «máximas de la experiencia»—el hecho es que... desgraciadamente, el delito, ha podido ser cometido.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, nada dice sobre estos supuestos: mas es evidente que tales delitos, no pueden quedar impunes—y ya se ha visto cómo incluso se prevén especialidades procesales (a nuestro juicio, exageradas) en cuanto a su tratamiento jurisdiccional (nota número 82, *supra*). Pero entendemos que debe introducirse en dicha Ley un tratamiento más adecuado a las circunstancias, que el «cuasi vacío» que actualmente deja, y por el cual, puede introducirse la sevicia, para cuyo castigo es necesario incluso hacer giros administrativos y judiciales especiales.

§ 8. Se ha elevado al rango de normas legales procesales a las referentes al trato entre agentes de policía y detenidos (aún no puestos a disposición del Juez instructor, o según el sistema, del Ministerio Público). Se da una serie de Ordenamientos procesales recientes: su tono, con respecto a la policía, es más bien admonitorio y preventivo de la sevicia, que represivo; pero en ocasiones, se hallan normas muy enérgicas.

(84) Cfr. GIMENO SENDRA, *Detención*, cit. (en prensa), texto super notas números 5 y 6, interpretando los artículos 293 y 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, etc.

(85) Cfr. AGUILERA DE PAZ: «... los individuos de la Policía judicial no tienen la potestad ni la autoridad coercitiva necesaria para exigir o imponer dicha obligación, la cual tampoco sería conforme con el carácter provisional o interino del atestado y, por lo tanto, la autenticidad y garantía que a sus manifestaciones debe dar la firma de los que intervienen en las diligencias relacionadas en él, se consigue en el momento en que son llamadas a ratificarse y a declarar ante la autoridad judicial correspondiente.» (Cfr. sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, t. III, 1924, p. 197).

(86) «Las actuaciones de la Policía judicial—dice SILVA MELERO—, sin intervención del Juez, se distinguen de las realizadas ante el Magistrado porque las primeras sólo tienen carácter de información; se trata de actos extraprocesales sin valor jurídico definitivo en lo que respecta a su ulterior valor probatorio.» (Cfr. *Tres comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho Comparado*, en «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1950, p. 403.)

Así, el artículo 64 del *Code de Procédure pénale* francés vigente (Ley de 31 de diciembre de 1957, modernizado por diversas Novelas), prohíbe el llamado «tercer grado» a los agentes de la Policía Judicial con respecto a los detenidos *gardés à vue* (esto es, aún no puestos a disposición del procurador de la República o del Juez instructor); en un *plazo de veinticuatro horas*, tan sólo, prorrogables por otras veinticuatro con autorización escrita de dichas autoridades (art. 63), al decir que:

«Todo oficial de la Policía judicial debe mencionar en el acta de audición de cualquier persona detenida, la duración de los interrogatorios a los que ha sido sometida y a los reposos que han separado tales interrogatorios, el día y la hora a partir de los cuales estuvo detenida, así como el día y la hora en que ha sido puesta en libertad o llevada ante el magistrado competente.»

«Esta mención debe ser especialmente firmada al margen por las personas interesadas, y en caso de rehusar, se hará mención de ello.»

«También debe figurar en un registro especial que a este efecto se llevará en cualquier local de policía susceptible de recibir a una persona detenida.»

«Si lo estima necesario, el procurador de la República puede designar, incluso a petición de un miembro de la familia del detenido, a un médico, que lo examinará dentro de los plazos previstos en el artículo 63.» (Como se ha visto, de veinticuatro horas, prorrogables por otras veinticuatro, con autorización escrita del MP o del Juez instructor.)

«Pasadas veinticuatro horas, el examen médico será de derecho si la persona retenida lo pide.»

Que este examen médico del detenido policial, no tiene un exclusivo objetivo en la sospecha de sevicias, sino que también constituye una garantía del estricto servicio de Policía judicial, lo demuestra el artículo 123 del Decreto de 22 de agosto de 1958:

«Si lo estima necesario, el procurador de la República (MP) puede, especialmente a petición y para la propia garantía de la Policía judicial, o a requerimiento de la persona detenida, designar un médico que examinará a dicha persona en cualquier momento de los plazos previstos en este artículo» (los ya expuestos).

El Código procesal unitario de Suecia (procesal civil y procesal penal) de 1942 —entrado en vigor en 1948— (el *Rättegångsbalk*), se expresa así:

«Durante una declaración, no pueden, al objeto de conseguir una confesión o una declaración en un sentido determinado, ser empleados detalles, promesas o simulaciones de beneficios (más peligrosos en ocasiones que la misma sevicia física), amenazas, violencias, el cansancio u otra medida inadecuada. El declarante no debe hallarse impedido de tomar los alimentos usuales y de reposar del modo necesario» (§ 12, cap. 23, 2.º, Sección II).

Más clara se muestra la *Strafprozessordnung* de la República Federal de Alemania, en su nueva redacción:

«§ 163. (Tareas de la Policía).—Las autoridades y funcionarios de la Policía deben investigar los hechos punibles, y tomar sin dilación las disposiciones pertinentes para evitar el "oscurecimiento" del asunto».

(«Deben aplicarse las normas de los §§ 136a y 69-3.») (87).

«Las autoridades y funcionarios de policía remiten sus actuaciones sin retraso al Ministerio Público. Si aparece como exigible la pronta apertura de la investigación judicial, el envío puede hacerse inmediatamente al juez único.»

(Recordemos que según el artículo 104-3 de la Constitución de la República Federal alemana, el detenido debe ser conducido ante el juez «lo más tarde, al día siguiente al de su detención». Este es el plazo que proponemos, para acortar el innecesario de setenta y dos horas. Al fin y al cabo, la intervención del juez no va a perjudicar la investigación policial, sino al contrario, va a robustecerla con su autoridad. Por ello es inexplicable esa desmesurada extensión de plazos «para entregar al juez a los detenidos»).

Y lo más importante con respecto al tema que nos ocupa, lo vemos en el § 136a de la StPO alemana (República Federal):

«1. La libre resolución y voluntaria espontaneidad del inculpado no pueden ser menoscabados por malos tratos, cansancio, agresiones corporales, por aplicación de determinados medios (88), torturas, en-

(87) Este segundo párrafo ha sido suprimido por las últimas reformas de la StPO; pero su vínculo con los citados párrafos está claro, como se va a ver inmediatamente.

(88) Por ejemplo, el suministro de alcohol, de Evipan, de Eunarcon, de Benzadrina, Pervitina, etc. Hay medios que participan del engaño y de la tortura, como lo es el de suministrar en secreto un purgante. Sobre todo ello, cfr. LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 21 ed., por DÜNNEBIER, GOLLWITZER, KOHLHAAS, SARSTEDT y SCHÄFER (Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 22 ed., t. I, § 136a, p. 856, especialmente).

gaños o hipnosis. La fuerza sólo puede ser utilizada cuando lo admite el Derecho procesal penal.»

«2. Las medidas que menoscaban la memoria o la capacidad de comprensión no están autorizadas.»

«3. La prohibición de los párrafos 1 y 2 es válida sin consideración a la aquiescencia del inculpado. Las declaraciones que se obtengan con infracción de las mismas no pueden ser valoradas ni aunque el inculpado admita su valoración.»

«§ 69-3) La norma del § 136a tiene también aplicación a las declaraciones de los testigos.»

El § 108 de la «Strafprozessordnung» del cantón suizo de Berna dice a su vez:

«En las audiencias del inculpado, y a fin de obtener una declaración, y en especial una confesión, están prohibidos los medios violentos, y actos de superioridad, los engaños, promesas o falsas promesas o preguntas sugestivas.»

Meditemos. Estos modernos ordenamientos procesales penales, ¿habrán introducido por simple capricho semejantes normas, sin abandonarlas a los reglamentos?

No. Desgraciadamente, la tortura existe, y hay que combatirla, previniéndola o reprimiéndola —y la represión debe ser fulgurante y ejemplar.

Ya dijimos que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal está ayuna de normas semejantes. A puro de combinar «embriones» —uno de ellos se halla en la bienintencionada, pero insuficiente, base octava del anteproyecto de 1970—, se puede llegar al mismo o semejante resultado. Mas, ¿para qué tanto trabajo, si todo se puede remediar mediante una serie de normas coherentes, del mismo rango legal, claras y que no tenemos que «importar», sino en muy poco, por hallar las fundamentales en nuestro acervo histórico-jurídico?

Y así debemos de hacerlo. Una combinación de las líneas generales de nuestro venerable proceso de manifestación criminal de personas, puesto al día —en combinación posible con algunas normas más, aclaratorias, procedentes de los ordenamientos francés, alemán occidental y sueco—, nos parece de rigor.

§ 9. Se nos podría argüir que «esas disposiciones ya existen» (y, por ejemplo, citarnos al artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Crimi-

nal, sobre la «presentación» del Juez para asumir las diligencias policiales en cualquier momento; o al vigente y prolijo Reglamento de la Policía gubernativa—no de la judicial, que no existe—. Mas no hallamos adecuado—mejor, admisible—que los delitos que elementos de la policía puedan cometer con ocasión de diligencias claramente «pre-jurisdiccionales», sean «marginados» en una Ley procesal penal, como si su trascendencia en el proceso fuera nula. Códigos tan progresivos como el sueco y la StPO alemana federal se han ocupado del problema; ya vimos que el *Code* francés se preocupa minuciosamente del «estado de salud» del detenido—lo cual, entendemos claramente, que no sólo está dirigido a la observación en él de enfermedades que sufría con anterioridad a su detención, sino también a las posibles sevicias cometidas durante la *garde à vue* por la *Police judiciaire*.

No vemos razón alguna para que en nuestro país se haga lo mismo. La base 22 del «Anteproyecto» de 1970 nos abre el camino. Tomémoslo, mas no sin precauciones.

Pretendemos ofrecer una sugerencia de texto futuro, que no es ciertamente improvisado, sino secuencia de los múltiples estudios que hemos citado; naturalmente, poniendo «el asunto» al día, y tomando del Derecho extranjero tan sólo aquellas normas modernas y detallistas que puedan contribuir a hacer más eficaz el «proceso de manifestación».

§ 10. Pero hemos dicho: Tomemos ese camino de la base 22 «con precauciones». Y la motivación de la frase aparece ahora mismo.

En efecto, dicha base 22—que creemos recogía una de nuestras (y no sólo nuestras) aspiraciones—alude a tres posibles líneas de desarrollo—en su *exposición*, naturalmente—, de las que escogemos la de la *Manifestación aragonesa*. La sugerida línea del *habeas corpus* (89) es menos completa que la primera, y en ocasiones, lo vemos reducido a una mera libertad provisional bajo fianza (en tanto que la *Manifestación*, como se ha visto, tenía miras mucho más elevadas; tan elevadas como desdichadamente ignoradas por muchos juristas españoles); y en cuanto a la sugerida «línea» «del juicio de amparo y similares de Hispanoamérica» (siempre la *exposición* del «Anteproyecto», 47-50),

(89) Aparte su muy probable parentesco con la *Manifestación aragonesa*, recordemos que tan sólo apareció en un Act—Ley—en 1679, en tanto que la *Manifestación* «se escribió», al menos, trescientos años antes. Cfr. sobre ello nuestro trabajo citado, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, y bibliografía americana citada.

observaremos a sus autores que la *Manifestación* no es sino una modalidad del amparo en general, como también lo era el «proceso de firma inhibitoria» ante el Justicia de Aragón, de la misma familia, y antes aludido (90). Ahí van dos ejemplos claros de cómo este último proceso—el de «firma», destinado también a combatir agravios presentes o futuros cometidos o a cometer por una autoridad contra un ciudadano—se transformaba en «amparo» en el Derecho castellano (del cual pudo muy bien pasar a América española):

«Unde, hac cautionem assecurato iudicio, firmans obtinet inhibitionem a Curia D. Iustitiae Aragonum, ne contra foro gravetur, quae in Castellae vocatur a pragmaticis Carta de Amparo» (91).

Y otro, esta vez del conocido jurista castellano PÉREZ DE SALAMANCA:

«Hinc deducitur mulierem timentem se posse gravari a creditoribus mariti, qui gravatus aere alieno, ipsam iudicis officium implorare posse, que tenus iudex inhibeat creditoribus, ne fiat ei aliqua molestia in suis dotalibus, et aliis quibuscunquem et sit eam tuetur, et dicitur in Castella a pragmaticis, carta de amparo per praedicta, et lex si pater tuus» (92).

Por todo ello, el acudir a la «línea» del *habeas corpus* nos parece inútil, teniendo un antecedente patrio mucho más desarrollado—y con doctrina suficiente, elaborada en torno al mismo, por el Tribunal del Justicia Mayor de Aragón, que nos facilitaría mucho la labor de «modernización» (éste es el valor fundamental del ya citado *Repertorium fororum*, de Miguel DEL MOLINO: suministrarlos, resumida y con relativo orden, mucha doctrina de aquel Alto Tribunal).

(90) Cfr. el último trabajo citado, especialmente en su capítulo IV.

(91) Cfr. RAMÍREZ, *Analyticus tractatus de lege regia, qua in principis suprema et absoluta potestas translata fuit, etc.*, Zaragoza, Juan de Lanaja y Quartanet, 1616, p. 155.

Sobre el parentesco de la «Manifestación aragonesa» y de las «firmas de amparo» con el Derecho hispanoamericano, cfr., por ejemplo, FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 214 y s.; *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, México, 1963, pp. 10 y s.; BURGOA, *El juicio de amparo*, 3.ª ed., México, 1950, t. I, pp. 62 y s.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso, autocomposición, autodefensa*, 2.ª ed., México, 1970, pp. 214 y s.; *Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico*, en «Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia», abril-junio de 1948, sobretiro, especialmente pp. 26 y 63 y ss., etc.

Si la *Manifestación* llegó a penetrar en Iberoamérica, lo hizo evidentemente en forma de «amparo»; recordemos que, en el caso de la petición del amparo mexicano, el Tribunal puede suspender la ejecución del acuerdo recurrido (efecto semejante, pero no igual al de la *Manifestación*).

(92) Cfr. PÉREZ DE SALAMANCA, *Commentaria in quatuor priores libros ordinationum Regni Castellae*, Salamanca, Domingo de Portonariis, 2.ª ed., 1575, t. I, p. 589.

Y el acudir a la «línea del amparo»... significa muy poco, ya que, como se ha dicho, la *Manifestación* es una modalidad del mismo (93).

Pero el hecho de que la *exposición*—o explicación—de una sola base (la 22 del Anteproyecto de 1970) nos sugiera «tres líneas» de salida, para nosotros tiene mucha importancia; la de que consideremos que «esa base no es segura». De aquí nuestra precaución al tratarla «con guantes».

§ 11. ¿En qué lugar de nuestro ordenamiento jurídico debería ser colocada la *Manifestación*?

Seguimos entendiendo que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, con una serie de reformas (94), puede continuar fundamentalmente en vigor. Así, pues, intentaremos fijar dicho lugar en el seno de la misma.

Pero, para comenzar, será preciso reformar algún artículo de la misma en su actual redacción, ya que es esta reforma la que sin forzar los textos legales, dará entrada a nuestro proceso cautelar.

Así, el actual artículo 286 dice:

«Cuando el Juez de Instrucción o el municipal se presentaren a formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquiera autoridad o agente de policía; debiendo éstos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido, y *poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiere.*»

De esta norma se pretendería sacar la consecuencia de que «ahí está la *Manifestación*» y que no procede sino aplicarla, sin modificación alguna. Esta idea es engañosa. «Ahí *puede estar* la base de la *Manifestación*; pero es preciso desarrollarla. De lo contrario, nos quedaremos tal y como estábamos. Constatando el alarmante número de detenciones y prisiones ilegales que se producen, sin reacción adecuada por parte de los Tribunales, que precisan «no de bases, sino de desarrollos». Y quien siguiere leyendo verá la diferencia entre el artículo 286 actual y el desarrollo que proponemos.)

(93) A quien desee ver cómo se producía la literatura jurídica aragonesa de los siglos xiv, xv y xvi, en cuanto a los vocablos «firma», «apellido», «amparo» y «manifestación», les sugerimos la lectura de nuestro trabajo *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, cit., *passim*.

(94) En la tesis que mantenemos en nuestro trabajo cit., *Notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, *passim*.

Y, a nuestro entender, debería modificarse, quedando así:

«Cuando el Juez de Instrucción se presentare a formar el sumario o las diligencias previas previstas en el artículo 779 y siguientes de esta Ley, o requiriese la manifestación ante él de algún detenido o preso, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquier autoridad o agente de policía; debiendo éstos poner de manifiesto ante aquél al detenido o preso, si lo hubiere, y entregarle en el acto las diligencias, así como los efectos relativos al delito que se hubiesen recogido.»

«Así» si que queda clara la base de la *Manifestación*; pero no con la oscura redacción actual—que mueve a cavilosasidades—del citado artículo 286 (95).

Y tornemos al tema.

La *Manifestación* es un proceso cautelar, considerada en su primera parte. Luego, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá hallarse entre los cautelares: en el libro II, título VI, y tras los capítulos I («De la citación»), II («De la detención»), III («De la prisión provisional») y IV («Del tratamiento de los detenidos o presos») (96), puesto que el Juez ante el cual comparece un manifestado puede adoptar alguna de estas medidas, aunque ya con carácter jurisdiccional.

§ 12. A seguida, pasamos a transcribir un borrador—elaborado naturalmente sobre la base de todos mis estudios sobre la *Manifestación*—del articulado que a la «futura» *Manifestación* le correspondería, numerando los artículos con una letra (la «A») seguida de un número. Y expresamos nuestra opinión de que, de introducirse dicho

(95) Aunque estemos en período constituyente «nuevo», no está de más el comentar la relación de la *Manifestación* con el «Fuero de los Españoles» —a título preventivo y anecdótico.

Tal como lo concebimos, no existe choque alguno entre nuestra *Manifestación* y el artículo 18 del citado Fuero, ya que dicho texto se debió confeccionar como garantía para la defensa de un derecho público subjetivo del ciudadano, pero no para que, a su amparo, y durante esas «setenta y dos horas», se puedan cometer actos ilegales por agentes o autoridades no judiciales. Además, el artículo 18 del Fuero, fija «un plazo máximo», pero no «un término»; esto es, dentro de ese lapso de tiempo que es el plazo, el ciudadano puede muy bien ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial; mas el Fuero no impide que sea ésta la que requiera a la otra la entrega del detenido «dentro» de tal plazo, para evitar ataques a sus derechos públicos subjetivos, mediante la *Manifestación*.

Y *ultima ratio nostra*: Estamos en absoluta disconformidad con el plazo de setenta y dos horas fijado antaño por el Fuero de los Españoles; y sugerimos para la futura Constitución que se adopte un plazo de veinticuatro horas, al igual que lo hace la Constitución Federal de Alemania.

(96) Que es preciso remozar completamente.

proceso en nuestra Ley de Enjuiciamiento, debe hacerse por la numeración, consistente en no utilizar los «artículos bis», sino hacer seguir a una única cifra de letras (A-1, A-2, etc.). Este es el sistema adoptado por la StPO de la República Federal de Alemania y el que diputamos más claro.

El título del capítulo correspondiente debe rezar:

«De la manifestación de personas» (inútil intercalar «criminal», ya que el contexto se hallaría en la Ley de dicho enjuiciamiento).

«Artículo A-1. Cualquier ciudadano español en el disfrute de sus derechos civiles deberá denunciar ante los Jueces o Tribunales el hecho de la existencia de otra persona, ilegal o arbitrariamente detenida o presa (97) por otra autoridad o agente incompetente; o que éstos están actuando de modo arbitrario sobre ella.»

«Esta denuncia podrá efectuarse oralmente o por escrito, sin necesidad de intervención de Abogado ni de Procurador. El Juez o Tribunal que reciba la denuncia oral ordenará levantar acta de la misma, siguiéndose lo previsto en los artículos 267 y 268 de esta Ley.»

El esbozado artículo «A-2» se refiere a la competencia de jueces y tribunales, en relación con el rango de la autoridad o agentes no judiciales que tuvieren en su poder al detenido o preso, y a las cuales se debería requerir de «Manifestarlo». Débese pensar en todas las contingencias: incluso en que sea una autoridad administrativo-política superior la que haya dado la orden ilegal o arbitraria de detención o prisión. De ahí la necesidad de que en este supuesto artículo A-2 figuren todos los Tribunales que podrían verse afectados en un proceso de manifestación, sin perjuicio de que deban inhibirse en favor de sus superiores o inferiores.

Hemos comprendido también a la nueva «Audiencia Nacional». Estimamos que el Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977 precisará de nuevos desarrollos—y así parece anunciarlo el párrafo segundo, I, de su «exposición de motivos»—que podrían afectarla, de modo que no sólo fuera juzgadora, sino también participase en la instrucción.

«Art. A-2. La citada denuncia podrá ser formulada ante los Jueces de Instrucción, Audiencias Provinciales (98), Audiencia Nacional, Sala

(97) No introducimos aquí la expresión «retenida», pues ello debería significar el dedicar otro capítulo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a esta figura, que no tiene existencia legal en España y que encubre una «detención».

(98) Cuando terminamos este trabajo—parte del cual se dio a la publicidad en febrero de 1976—, aún existía el Tribunal de Orden Público. Y no lo incluíamos entre los Tribunales destinatarios de las denuncias sobre «manifestación», por estimar que «debía desaparecer», lo que hacía años propugnábamos también en pú-

Segunda del Tribunal Supremo y Pleno del mismo, siguiendo el paralelismo entre dichos Jueces y Tribunales y las autoridades o agentes no judiciales, según lo previsto en el artículo 14 de esta Ley (99) y disposiciones concordantes.»

«No obstante ello, por ministerio de esta Ley, se establece una delegación permanente de los Tribunales superiores en favor de los inferiores, a fin de que puedan ordenar la manifestación del detenido o preso, oír por primera vez al agente o autoridad que lo tuvo en su poder (100), y al manifestado, haciéndolo examinar por la persona o personas a que se refiere el artículo A-5, y adoptar las resoluciones que correspondan, tanto con respecto a aquéllas como a éste.»

«Verificadas estas diligencias, y si por el rango del agente o autoridad no judiciales, el juez o Tribunal del manifestado careciera de competencia para incoar proceso sobre el fondo del asunto, contra ellos

blico. (Cfr. nuestro trabajo *Notas sobre jurisdicciones especiales*, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», Madrid, 1971, 1, al comienzo.)

Como curiosidad —ya histórica—, reproducimos las palabras que en una primera redacción de este trabajo dedicábamos a dicho Tribunal, con el deseo de que le sirvan de epitafio:

«No hemos incluido al Tribunal de Orden Público —decíamos— por estimar que, pese a lo que se dice en el preámbulo de la Ley de 2 de diciembre de 1963, constituye una jurisdicción especial, y por lo tanto, a *desaparecer*, si se aplica el principio de la unidad jurisdiccional de la base II de la Ley de 28 de noviembre de 1974.»

«Las razones que tenemos para dimitirlo constitutivo de una jurisdicción especial pueden verse en nuestra obra *Meditaciones sobre una exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código Penal*, Valencia, 1973, Colección del Instituto de Criminología de la Universidad, p. 72, nota 77, y las que se deducen de que dicho Tribunal monopolice, con carácter residual, los procesos de cuyo conocimiento se inhiben los Tribunales militares [art. 3.º, b)] de la citada Ley.»

Y he aquí que el Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977 hizo desaparecer al Tribunal de Orden Público y a sus Juzgados.

(Anotemos también que, según otro Decreto-ley de la misma fecha, el conocimiento de las causas derivadas de «delitos de terrorismo» corresponderá a los «Juzgados centrales de Instrucción», pero si ha de intervenir un Tribunal colegiado, será «La Audiencia Nacional».)

(99) Otro artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que es preciso reformar, como consecuencia de la creación de la Audiencia Nacional y los Juzgados centrales.

(100) He aquí un problema que se anuncia como espinoso, pero fácil de resolver, en cuanto las autoridades políticas y administrativas se convengan de que no pueden obrar arbitraria o ilegalmente, cualquiera que sea su rango, sin estar sometidos a la Jurisdicción.

Precisará mentalizar a las primeras en este sentido. Y fortificar así al Poder judicial —que bien lo ha menester.

Pero «si no se pone la primera piedra», no habrá nunca «edificio».

Se debe acabar —o se acabó— una administración que estime que puede obrar impunemente, de modo ilegal o arbitrario, pese a las órdenes legales que frente a ella dicten los Jueces y Tribunales. (También este principio debe afectar a lo contencioso-administrativo, pero éste sería el tema de otro trabajo.)

o contra el mismo manifestado, remitirá inmediatamente las actuaciones al Tribunal superior correspondiente, por la vía más rápida, emplazando a las partes a comparecer ante él en plazo de (X) (101) días. El Tribunal superior podrá rectificar o ratificar lo actuado por el inferior (102).

«Art. A-3. El juez o Tribunal ante el cual se presente la denuncia participando la existencia de un detenido o preso ilegal o arbitrariamente (103) dictará inmediatamente auto, ordenando a la autoridad o agente no judiciales en cuyo poder se halle el detenido o preso que lo presenten o pongan de manifiesto ante él, sin pretexto ni dilación alguna. La misma resolución podrá dictarse de oficio, y por motivos fundados (104), por los citados jueces o Tribunales. Este auto no es susceptible de remedio ni de recurso alguno.»

«Desde que el juez o Tribunal ordenen al agente o autoridad en cuyo poder se hallare el detenido o preso su manifestación, éste quedará sujeto a la jurisdicción de los primeros, hasta que la manifestación, si procediere, haya sido levantada.»

«Igualmente, y desde dicho momento, todo agente o autoridad que hubieren actuado en el asunto devendrán *ope legis* policía judicial y obrarán en el asunto siguiendo tan sólo las órdenes e instrucciones del juez o Tribunal de la manifestación.»

(Es evidente que aquí se toca el espinoso problema de la «Policía judicial» —que no existe como tal Cuerpo—; panorama aún más complicado por el Decreto de 17 de julio de 1975 (Reglamento de la Policía Gubernativa, citado.) Tarde o temprano, esta serie de problemas deberá ser resuelta —y la *vox populi* clama por ello—; cuanto «antes» —pero medítadamente—, mejor.)

(101) Hemos puesto una (X) en el lugar de la extensión del plazo; pero en todo caso debe ser muy corto.

(102) Nótese que consideramos como «parte», tanto a la autoridad o agente que detuvo o aprisionó al manifestado, como a éste.

(103) Para nosotros, la posible diferencia entre las expresiones «ilegal» (utilizada en la exposición del «Anteproyecto» de 1970, 47-50-4) y «arbitraria» (utilizada en la base 22 del mismo) radica en que la «ilegalidad» se halla más bien «fuera de la ley», en tanto que la «arbitrariedad» se referirá mejor al indebido tratamiento que se dé al detenido o preso.

(104) Esto es, cuando no haya denuncia, pero «conste» al Juez la existencia de uno de los supuestos de la Manifestación; es el equivalente a «incoar sumario de oficio», sin necesidad de denuncia o querrela, por razón de delitos públicos. En tales casos, el Juez, por razones obvias —no dejar impune un delito que conoce por «ciencia privada»—, la eleva a pública «de oficio» (lo que sería impensable en un proceso dispositivo o acusatorio puro).

«Art. A-4. Si el agente o autoridad no judiciales negaren expresa o tácitamente o retrasaren la manifestación del detenido o preso, el juez o Tribunal que la ordenó dictará incontinentemente, auto con el que encabezará el oportuno sumario o diligencias previas contra dicha o dichas personas, en razón de la posible responsabilidad en que hubieren incurrido (105); y, a la vez que le o les notifica el citado auto, reiterará su orden de manifestación del preso.»

«Si el Tribunal competente para conocer de dicho proceso penal fuere otro superior, apenas dictado el auto y la nueva orden de referencia remitirá las actuaciones al citado superior.»

«Art. A-5. Presentados ante el juez o Tribunal el agente o autoridad no judiciales y el detenido o preso por ellos, los primeros oírán a dichos agente o autoridad, admitiéndoles las pruebas que le presenten en el acto.» «Las cuales serán apreciadas según lo previsto en el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (106).

«A continuación, oírán al detenido o preso ya manifestado ante ellos, inquiriendo sobre los motivos por los que fue detenido o aprehendido, circunstancias de tales actos y autoridad o agente que les ordenaron y ejecutaron, si lo supiere.»

«El juez o Tribunal se informará muy especialmente de si el manifestado ha sido objeto de tortura, de cualquier ataque físico o presión psicológica o cualquier otro acto de violación de la dignidad humana durante su detención o prisión» (107).

«El juez o Tribunal ordenarán al médico forense que practique inmediatamente un reconocimiento médico del manifestado, y que dicte a seguida si ha sufrido recientemente algún maltrato físico o presión psíquica. El manifestado tiene derecho a nombrar a otro médico de su confianza a los mismos efectos; pero en este caso la

(105) Si los antiguos Fueros de Aragón dedicaban especial atención al castigo de las autoridades que incumpliesen con los referentes a la manifestación criminal de personas, no vemos ninguna razón que se oponga en la actualidad, para que se introduzca, en el lugar adecuado del Código Penal, el delito tipificado de «desobediencia a las órdenes de manifestación» emitidas por los Jueces y Tribunales a que se refiere este diseño.

(106) O de «esta Ley», en el caso—deseado por nosotros—de que la Manifestación no se constituya por Ley extravagante.

(107) Cfr. el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948; el 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950); artículo 13 de la Constitución italiana de 27 de mayo de 1949; artículo 104, 1, de la Constitución Federal Alemana de 23 de mayo de 1949; artículos 2.º, § 1, y 7.º, § 2, de la Constitución de Grecia de 1975.

autoridad o agente que ordenaron y mantuvieron la detención o prisión del manifestado podrán nombrar a su vez otro médico.»

«Si el examen médico del manifestado por los tres facultativos hubiera de suponer retraso, procederá a practicarlo el forense, sin perjuicio de que más tarde, pero lo antes posible, se reúna con los otros dos médicos, a fin de emitir nuevo informe o informes sobre los citados extremos que pudieran concurrir en el manifestado.»

«Al manifestado le serán admitidas las pruebas que aportare en el acto» (108).

«Art. A-6. A continuación, y sin levantar mano, el juez o Tribunal adoptarán, en forma de auto, una de las siguientes resoluciones:

1.^a Si la detención o prisión fue ordenada por autoridad no judicial o agente competentes, y no se cometieron durante ella sevicias contra el detenido o preso, lo devolverá a dicha autoridad o agente.

2.^a Si la autoridad o agente que ordenaron la detención o prisión del manifestado fueren incompetentes, así lo declarará, y pondrá inmediatamente en libertad a dicho manifestado, proveyéndole de copia certificada de tal auto; a no ser que halle motivos bastantes para proceder criminalmente contra él, en cuyo caso, siempre bajo su jurisdicción, lo pondrá en una de las situaciones cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (109).

3.^a Si dicha autoridad o agente no fueren incompetentes, mas durante la detención o prisión del manifestado por su orden se hubieran producido contra él las sevicias citadas en el artículo A-5, párrafo tercero, debidamente comprobadas según el párrafo cuarto del mismo, el juez o Tribunal conservarán al manifestado bajo su jurisdicción, poniéndole en libertad o dándole la situación procesal cautelar que proceda, y ordenarán se proceda criminalmente contra los citados autoridad o agente, por la responsabilidad en que hubieran podido incurrir.

(108) Nos hallamos ante el grave problema de las posibles sevicias que se puedan cometer contra un detenido o preso. Así como vimos el Decreto francés de 22 de agosto de 1958, en su artículo 123, párrafo sexto, dice que «si lo estima necesario, el Procurador de la República puede, especialmente a petición del oficial de la Policía judicial, o a requerimiento de un miembro de la familia de la persona detenida, designar un médico, que examinará a dicha persona en cualquier momento de los plazos previstos en el presente artículo».

Con más motivo hay que tomar estas precauciones, si se trata de un proceso de manifestación, secuencia de lo que se teme haya sido una detención o prisión ilegales.

(109) O «en esta Ley», si, como deseamos, la *Manifestación* no se reinstaura por Ley extravagante.

4.ª Si la detención o prisión fueron ilegales, el juez o Tribunal procederán tal como se prevé al final del número anterior.

Si el juez o Tribunal de la manifestación carecieren de competencia para conocer del procedimiento penal a dirigir contra alguna de tales autoridades o agentes, una vez dictado el auto a que se refieren los párrafos anteriores, remitirán las actuaciones, por vía de suplicatorio, al Tribunal superior competente; o por carta-orden, al inferior que lo fuera; y lo mismo harán en caso de ser incompetentes para seguir el procedimiento penal contra el manifestado, en el cual hubieran hallado motivos bastantes para hacerlo.»

«Art. A-7. Si el juez o Tribunal bajo cuya jurisdicción se hallare el manifestado debiera ordenar su prisión preventiva, tal resolución deberá ejecutarse en un establecimiento especial, o en caso de imposibilidad absoluta de hacerlo, en una parte de otro establecimiento de custodia, en el que los presos manifestados se hallen totalmente aislados de los demás.

En dicho establecimiento especial o parte del de custodia arriba citados, no podrá entrar autoridad, agente o funcionario no judicial alguno que no sea de los pertenecientes al establecimiento, los cuales quedan también bajo la jurisdicción del juez o Tribunal de la manifestación; bajo la responsabilidad del alcaide o director de dicho establecimiento. En lo demás, se seguirán las normas de los artículos 520 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (110) (111).

«Art. A-8. Si el juez o Tribunal de la manifestación ordenase la puesta en libertad del manifestado, bajo fianza, se seguirán las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, admitiéndose también la fianza bancaria de su artículo 784, 5.ª» (112).

«Art. A-9. Las mismas reglas se seguirán si el juez o Tribunal que siguiesen causa penal al manifestado no fueren los que ordenaron la

(110) O «de esta Ley», si, como deseamos, la *Manifestación* no es reintroducida por Ley extravagante.

(111) Que, como dijimos, *supra*, deben ser totalmente reformados ya que nos presentan un «panorama penitenciario» de 1882.

No entramos en la absoluta necesidad de elaborar un nuevo Reglamento Penitenciario que sustituya al anticuado vigente, por no ser el tema de este trabajo. Pero no por ello dejamos de unirnos a este deseo de total renovación.

(112) No olvidemos aquí una nueva alusión a las «medidas de control judicial», que, además de la libertad provisional bajo fianza, se deben introducir en nuestro Ordenamiento procesal penal. (Cfr. nuestro trabajo *Notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., especialmente pp. 808 y ss.)

manifestación, por darse el supuesto previsto en el artículo A-6, párrafo último.»

«Art. A-10. Si el juez o Tribunal de la manifestación, o los que estuvieren conociendo de la causa contra el manifestado, ordenasen su puesta en prisión atenuada (113), además de hacer constar en el correspondiente auto las obligaciones que al manifestado se le impongan, consignarán también que el domicilio de éste queda igualmente bajo su jurisdicción, no pudiendo entrar en él autoridad o agente de ninguna especie, sin su previo mandato escrito; ni proceder a interrogar al manifestado en su domicilio o en otro lugar si no a presencia del juez o Tribunal de la manifestación, al cual la autoridad o agente que deseen hacerlo deberán solicitar su permiso por escrito en el que indiquen los motivos de la diligencia que proyectan efectuar.»

«Cualquier infracción a estas reglas acarreará a la autoridad o agente la incoación de proceso penal para exigirle la correspondiente responsabilidad» (114).

«Art. A-11. En la causa criminal que pudiera seguirse contra el manifestado serán oídas las autoridades o agentes que lo detuvieron o apresaron careciendo de competencia o ilegalmente, o que efectuaron sevicias contra él. Sus declaraciones se valorarán según prevé el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (115). A salvo el caso de que también fueran sometidas a proceso dirigido contra ellas por alguno de tales motivos.»

«En la causa que pudiera seguirse a la autoridad o agente no judiciales que detuvieron o apresaron al manifestado, deberá ser éste oído como testigo; a no ser que hubiere ejercitado o ejercitare contra aquéllos la acción pública del artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (115 bis).

«Art. A-12. La manifestación será parcialmente levantada por los jueces o Tribunales en el caso 1.º del artículo A-6; pero al hacerlo advertirán por escrito a la autoridad o agente no judiciales a quienes entreguen al manifestado de la obligación que tienen, una vez hayan

(113) No olvidemos aquí una nueva alusión a las «medidas de control judicial», que, además de la libertad provisional bajo fianza, se deben introducir en nuestro Ordenamiento procesal penal. (Cfr. nuestro trabajo *Notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., especialmente pp. 808 y ss.)

(114) Otra modificación a introducir en el Código penal; no queremos de ningún modo que la manifestación y sus vulneraciones entren en él «por la tácita».

(115) O «de esta Ley», si, como deseamos, la *Manifestación* no se reinstaura por Ley extravagante.

(115 bis) Esto es, según las reglas del criterio racional.

terminado el expediente que contra él instruían, de presentarlo de nuevo ante el juez o Tribunal, a fin de que, por los medios periciales previstos en el artículo A-5, se compruebe su estado físico y psicológico.

«Si de tal examen resultare la posibilidad de haberse cometido alguna sevicia contra el parcialmente manifestado, el juez o Tribunal lo retendrán bajo su jurisdicción e iniciarán las oportunas actuaciones contra la autoridad o agente en cuyo poder se halló aquél hasta que por ellos se dictó resolución. En caso de ser incompetentes para tal instrucción, el juez o Tribunal de la manifestación, apenas iniciadas dichas actuaciones, las remitirán al superior jerárquico o al inferior competente, para su prosecución.

En tal caso, la manifestación recuperará su plena fuerza hasta que en las citadas actuaciones recaiga resolución definitiva. Si ésta es absolutoria, el juez o Tribunal levantarán totalmente la manifestación y entregarán al sujeto a la autoridad o agente absueltos, a fin de que su resolución se ejecute legalmente.

Si de tales actuaciones resultare contra la autoridad o agentes de referencia sentencia de condena por sevicias cometidas contra el parcialmente manifestado durante la tramitación por ellos seguida, el juez o Tribunal declararán la nulidad de cualesquiera actos efectuados por tales autoridades o agentes, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración de nulidad. En su caso, el manifestado podrá utilizar la acción prevista en el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (116).

§ 13. Pero el problema de la «reintroducción de la manifestación» no se resuelve introduciendo una simple «cuña» de unos artículos o de un nuevo capítulo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con la modificación de los concordantes, de los correspondientes de la llamada «Ley Orgánica de la Justicia» —que a lo sumo, y sin pretensiones suprahumanas, debe denominarse modestamente «Ley Orgánica de la Administración de Justicia» o «Ley Judicial»— y, naturalmente, de los del Código penal, base de todo, que debe quedar *muy clara*.

Recordemos que, en efecto, no todo se reduce a una reforma puramente orgánica y procesal. Y, por ejemplo, hasta 1977, la Ley de Orden Público, en sus artículos 22 y 23, bajo el eufemismo —mejor, logomaquia— de «responsabilidad personal subsidiaria» encubría lo que en

(116) O «de esta Ley», si, como deseamos, la *Manifestación* no se reinstaura por Ley extravagante.

su redacción de 1959 quedaba más claro: un arresto, una pena, a imponer por autoridades administrativas. Intolerable eufemismo, que se denunció reiteradamente (117)—y ya contrario, en su época, al artículo 19 del Fuero de los Españoles.

Que lo que se ocultaba bajo esa supuesta «responsabilidad personal subsidiaria» *era una pena*—como opinamos bastantes juristas en su momento—lo ha puesto de manifiesto el Real Decreto-ley de 25 de enero de 1977 (BOE de 9 de febrero), en cuyo preámbulo leemos, con satisfacción, lo que sigue:

«... las multas acordadas por la autoridad gubernativa en el ejercicio de sus facultades no revisten el carácter de verdaderas penas, por lo que, si el arresto supletorio puede emanar sólo de la multa en cuanto pena, la *autoridad gubernativa no debe desencadenar una pena de prisión, equivalente exacta de la llamada responsabilidad personal subsidiaria.*»

Nos ha parecido muy bien la condena legal de la aberración jurídica consistente en que autoridades administrativas pudieran imponer «penas»—pese a lo que con mediocre retórica se decía por una serie de miembros de aquellas Cortes (1971)—. Ese es el camino a seguir, sin desanimarse. Aún hay que «desmontar» mucho, «montando» otro sistema mejor, cuya base sea el principio de separación de poderes, tan execrado entonces como necesario siempre.

§ 14. Pero terminar aquí, dejaría el trabajo «a mitad del camino»; ya que hemos arrancado de la idea de que la *Manifestación* no sólo debe hallarse en un Código procesal penal (en nuestro caso, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino *más alta*: en la futura Constitución española (118).

(117) Cfr. en la misma discusión en la Comisión de las Cortes de entonces; en GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, Abella, 1971, pp. 264 y ss.; nuestro trabajo «La defensa, etc.», cit., especialmente pp. 51 y ss.

(118) En este punto, y naturalmente al margen de las normas fundamentales aragonesas que hemos citado, la proyectada Constitución federal de la República Española (17 de julio de 1873), en su artículo 14, contenía las siguientes normas:

«Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en esta Constitución, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español.»

«La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso, así como las penas en que haya de incurrir el que ordenare, ejecutare o hiciere ejecutar la detención o prisión ilegal.»

En mi trabajo de 1963, decía que «era el primero de una serie», y ésta, en la actualidad, ya es bastante copiosa. No puedo detenerme aquí a examinar este fragmento con la profundidad que merece, ni a fijar su posible parentesco con la *Manifestación* aragonesa. Queda para otra ocasión el hacerlo.

Una breve ojeada a las Constituciones españolas nos hace ver cómo el sistema aragonés de recursos en lo criminal no se halló demasiado lejos de las mentalidades de los legisladores.

Así, en el «Discurso Preliminar» de la Constitución de Cádiz de 1812 se pueden leer alusiones como las siguientes:

«V. (Se trata de la abolición del «Privilegio de la Unión» en 1348; y recordamos, que de este mismo año es el Fuero que regula el juramento de los reyes y funcionarios aragoneses, antes aludido)... Todavía quedó el Justicia, cuya autoridad servía de salvaguardia a la libertad civil y *seguridad personal de los ciudadanos*. Su inmenso poder; la protección que le dispensaban las Leyes para asegurar su independencia en el desempeño de sus augustas funciones; *el privilegio de la manifestación ejercitado ante él para facilitar a los reos el medio de defenderse contra el poder de los ministros...*»

«VI. Todo lo dicho respecto de la Constitución de Aragón, exceptuando el Justicia y los privilegios... *de la Manifestación.*»

«XXXIII. ... la sublime institución del Justicia Mayor (de Aragón) y *el modo de instruir el proceso criminal...*»

«LXII. Las reglas que establece la Comisión como principios que han de guiar a las Cortes *sucesivas* en la formación y reforma del Código Criminal se recomiendan por sí mismas. No son teorías ni seductoras ilusiones de filósofos aislados o novadores. *Muchas de ellas están sacadas de las Leyes criminales de Aragón y Castilla...*» (119).

En efecto, si es literal la alusión, en el «Discurso preliminar» a la *Manifestación*, en el repetido articulado, hemos de remitirnos al artículo 290, que reza así:

«El arrestado, antes de ser puesto en prisión, *será presentado al Juez*, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaración; mas si esto no pudiera verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido, y el Juez le recibirá declaración dentro de las veinticuatro horas.»

Será preciso un exhaustivo examen de la discusión parlamentaria sobre este interesante texto; por razones de celeridad debida, este trabajo debe publicarse pronto, en momento «oportuno»; no tenemos la posibilidad de adentrarnos en las discusiones de las Cortes.

(119) El articulado de la Constitución de 1812 deja un tanto «en precario» tales principios.

Además del ya citado artículo del Proyecto de Constitución republicana de 1873, en la monárquica subsiguiente a la restauración de 1876, artículo 5.º, párrafo 3.º, se lee lo que sigue:

«Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los principios previstos en la Constitución y en las Leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La Ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso.»

Este párrafo tiene gran semejanza —casi igualdad— con el 14 de la Constitución —proyecto— republicana de 1873. El problema de las detenciones o prisiones ilegales preocupaba tanto a los republicanos como a los monárquicos (120).

Pero, además de los textos citados, hay uno, fundamental, ratificado muy recientemente por España: nos referimos al «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; su ratificación por nuestro país es de fecha 13 de abril de 1977 (BOE del 30 de abril).

De este Instrumento tienen gran interés para nosotros los artículos 7.º y el 9.º:

«Art. 7.º Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.»

«Art. 9.º 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario habilitado para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La pri-

(120) Y a los dictatoriales. En el «Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española» presentada a la «Asamblea Nacional» el 6 de julio de 1929 (bajo la Dictadura del General PRIMO DE RIVERA), contenía —artículo 23, 4.º— el siguiente texto:

«Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, será puesta en libertad, a petición suya o de cualquier español.»

sión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. *Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.*

5. *Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.»*

«Art. 10. 1. *Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.»*

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; ...»

De todo este conjunto de normas —que entendemos mejor extraídas del *habeas corpus*— si que estimamos posible llegar a una conclusión para el Derecho español: la de que su «traducción» al mismo debe ser la consagración de la *Manifestación*.

§ 15. De aquí que nos permitamos sugerir la introducción en la futura Constitución española un artículo que podría tener el texto que sigue (y que no es ni más ni menos que el corolario de todo lo antes expuesto):

«Art. (X). 1. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, hallándose penada toda violencia física o psíquica que se inflija a personas que, por las razones que fueren, se hallaren sometidas a restricciones de libertad.

2. Para poner fin a privaciones de libertad totales o parciales, supuestamente ilegales o arbitrarias, ordenadas y cumplidas por autoridades no judiciales y sus agentes, se reinstaura el proceso cautelar de *Manifestación* ante los Jueces y Tribunales que la Ley establece.

3. A) En este proceso, el Juez o Tribunal actuando bien a instancia de cualquier ciudadano español que se halle en el pleno disfrute de sus derechos civiles, bien de oficio, ordenará a la autoridad no judicial o agente que aprisionó o detuvo de modo supuestamente

ilegal o arbitrario a otra persona, así como a la o las que tengan en su poder al preso o detenido, que se la presenten o pongan de manifiesto ante él inmediatamente.

B) El Juez o Tribunal oírán a la autoridad o agente que aprisionaron o detuvieron, o tuvieron en su poder a la persona manifestada. También oírán inmediatamente al manifestado, haciéndolo examinar al punto por peritos que dictaminen si ha sufrido alguna sevicia física o psíquica durante su privación de libertad.

C) Si por el Juez o Tribunal se comprobare la incompetencia de la autoridad o agente para ordenar la privación de libertad del manifestado, o que éste ha sufrido alguna sevicia de su parte, aquéllos lo mantendrán bajo su jurisdicción, a fin de que su persona y dignidad sean respetadas, y ordenará que se proceda contra las citadas autoridades o agentes, sin perjuicio de poner al manifestado en la situación procesal que legalmente le corresponda.

D) Si de esta audiencia resultare la comisión de sevicias por parte de la autoridad o agente y la inocencia del manifestado, el Juez o Tribunal ordenarán sea puesto en libertad incontinentemente.

4. A) Si de dicha audiencia resultare que la privación de libertad fue legal y no arbitrariamente ordenada y ejecutada por autoridad o agente competente, y que hasta el momento de la manifestación no se cometieron sevicias contra el privado de libertad, el Juez o Tribunal de la Manifestación lo devolverán a dicha autoridad o agente, pero conservarán sobre el manifestado su jurisdicción durante todo el curso del expediente por razón del cual se hubiere producido la citada privación de libertad, tan sólo a los efectos de velar por la integridad y dignidad de su persona contra toda clase de sevicias.

B) Al finalizar el referido expediente, la autoridad o agente y el manifestado comparecerán ante el Juez o Tribunal de la Manifestación; si, por necesario dictamen pericial, comprobaren que el manifestado fue objeto de sevicias durante la citada tramitación, darán al manifestado la situación procesal que le corresponda, incluida la de ponerlo en libertad inmediatamente.

C) Al mismo tiempo ordenarán que se proceda contra la autoridad o agente que ordenaron o ejecutaron los actos de sevicia, para exigirles la correspondiente responsabilidad.

5. El incumplimiento de la orden de manifestación determinará, para la autoridad o agente requeridos, la sanción penal correspondiente, sin perjuicio de la que resulte contra ellas por la ilegalidad o arbitrariedad de la privación de libertad y de las sevicias cometidas, en su caso.

6. La autoridad o agente requeridos de manifestación podrán, en su caso, promover conflicto de jurisdicción, pero en ningún caso ello les eximirá de la obligación de manifestar a la persona por ellos privada de libertad ante el Juez o Tribunal que les requirió.

Durante el curso del conflicto de jurisdicción, la persona manifestada permanecerá, tan sólo a los efectos de garantizar su personalidad y dignidad contra cualquiera sevicia, bajo la jurisdicción del Juez o Tribunal de la Manifestación.

7. La Ley penará las falsas peticiones de manifestación, según la gravedad de los hechos supuestos y demostrados como falsos.

8. Si la manifestación resultare de hechos demostrados como ciertos, el Juez o Tribunal de la Manifestación declararán nulos todos los actos efectuados por las repetidas autoridades o agentes, con todos los efectos inherentes a tal nulidad.»

§ 16. No escapan a nuestra atención las dificultades con que se tropezará para «poner en marcha» este proceso; no olvidamos las dificultades que tuvo el genial Franz KLEIN con muchos Jueces y Magistrados austríacos para lograr «poner en marcha» el sistema de su *Zivilprozessordnung*. Precisaré mentalizar a Jueces, Magistrados y Letrados en general, de que con esa labor van a cumplir una de las más graves tareas que se confían a los hombres: la de auxiliarse mutuamente para la conservación de su dignidad (*).

(*) Una parte de este trabajo se presentó a la Comisión General de Codificación, y se publicó en la Revista citada al frente, con previo permiso del Presidente de aquella. Pero la tesis fundamental de éste, no se ha sometido a Comisión alguna, y se halla inédita hasta ahora.

