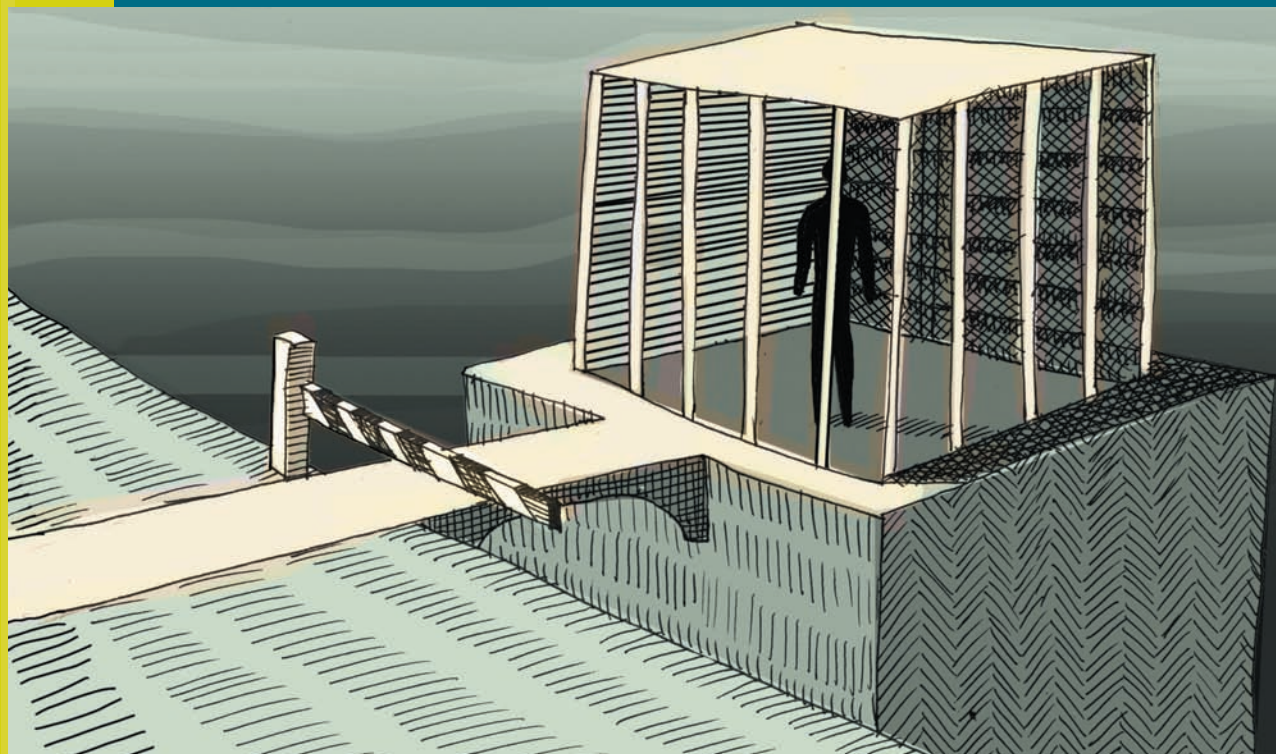


COLECCIÓN
DERECHOS
HUMANOS

"Juan
San Martín"



LA SUSPENSIÓN INDIVIDUAL DE DERECHOS EN SUPUESTOS DE TERRORISMO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

ararteko

Herriaren Defendatzaila
Defensoría del Pueblo

Izaskun Orbegozo Oronoz
Ana Isabel Pérez Machío
Laura Pego Otero

**LA SUSPENSIÓN INDIVIDUAL DE DERECHOS
EN SUPUESTOS DE TERRORISMO:
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE
LA DETENCIÓN INCOMUNICADA**

**Izaskun Orbegozo Oronoz
Ana Isabel Pérez Machío
Laura Pego Otero**

© ARARTEKO

© Autores:

Izaskun Orbegozo Oronoz, Ana Isabel Pérez Machío y Laura Pego Otero

Traducción:

HORI-HORI S.A.

Fotocomposición e impresión:

Gráficas Santamaría, S.A., Vitoria-Gasteiz • www.grficassantamaria.com

Ilustración de cubierta:

EPS, S.L., Vitoria-Gasteiz • www.eps-grupo.com

Papel ecológico

ISBN: 978-84-89776-38-8

D.L: VI-679/09

Índice	5
Índice de figuras y tablas	7
Presentación	9
Introducción	13
Primera parte: La normativa reguladora de la detención incomunicada. Aspectos internacionales e internos	15
I. Cuestiones preliminares	15
II. Antecedentes legislativos	16
III. La suspensión de derechos del artículo 55.2 CE: fundamento y presupuestos	22
A) Aspectos básicos de la suspensión del artículo 55.2 CE.....	22
a) Introducción	22
b) Desarrollo Normativo	22
c) Ámbito de aplicación subjetivo	23
d) Carácter excepcional de la suspensión	28
e) Síntesis.....	31
B) Derechos objeto de suspensión: especial consideración de la suspensión del derecho del artículo 17.2 CE	32
a) Introducción	32
b) Detención preventiva: duración y prórroga	33
c) Autorización judicial de la prórroga	38
d) Síntesis.....	40
C) Las dificultades de legitimar la suspensión del derecho del artículo 17.2 CE en cuanto antesala de la detención incomunicada	41
IV. El régimen de detención incomunicada: fundamentos y aspectos sustantivos	43
A) El artículo 17.3 CE como punto de partida.....	43
B) Fundamento constitucional y jurídico de la detención incomunicada.....	46
a) Fundamento jurídico interno	46
b) Aproximación al fundamento jurídico internacional de la medida incomunicación....	50



C)	Aspectos sustantivos de la detención incomunicada.....	51
a)	Ámbito de aplicación objetivo de la incomunicación	52
b)	Ámbito de aplicación subjetivo de la detención incomunicada	53
c)	Autorización Judicial	54
d)	Duración de la detención incomunicada	55
e)	Contenido de la detención incomunicada.....	59
D)	Las dudas de legitimidad democrática de la detención incomunicada: el paso de la excepcionalidad a la normalidad ordinaria.....	69
E)	La detención incomunicada de menores de edad en supuestos de terrorismo.....	74
a)	Introducción	74
b)	El régimen de la detención preventiva de menores de edad en supuestos de terrorismo...	75
c)	Derechos del detenido incomunicado.....	77
F)	Especial consideración del Plan de las medidas adoptadas en el Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España en relación con la detención incomunicada	79
V.	Conclusiones a la parte teórica	83
	Segunda parte: Estudio empírico	87
1.	Método del estudio empírico: muestra, materiales y procedimiento empleados	87
2.	Resultados del estudio.....	90
2.1.	Perfil del detenido	91
2.2.	Momento de la detención y traslado	92
2.3.	Aspectos relativos a la detención incomunicada.....	94
2.3.1.	Duración de la incomunicación y declaración policial	94
2.3.2.	Paso a disposición judicial.....	96
2.3.3.	Procesamiento.....	100
2.3.4.	Sentencia	101
2.3.5.	Denuncia por vulneración de derechos	104
2.3.6.	Especial consideración a 29 detenidos no condenados	106
	Tercera parte: Conclusiones finales.....	107
	Bibliografía.....	115

ÍNDICE DE FIGURAS Y TABLAS

FIGURAS

Figura 1. Perfil de los 109 sujetos que integran la muestra.....	91
Figura 2. Edad de los 109 sujetos que integran la muestra.....	91
Figura 3. Cuerpo policial que lleva a cabo la detención (dato conocido para 106 de las 109 personas)...	93

TABLAS

Tabla 1. Lugar de detención (dato conocido para 99 de las 109 personas).....	92
Tabla 2. Hora de la detención (dato conocido para 107 de las 109 personas).....	92
Tabla 3. Territorio de detención (dato conocido para 103 de las 109 personas).....	93
Tabla 4. Traslado del detenido a otro centro de detención en Madrid (dato conocido para 68 de las 109 personas).....	93
Tabla 5. Aplicación de la incomunicación (dato conocido para 107 de las 109 personas).....	94
Tabla 6. Día durante el que finaliza la incomunicación del detenido incomunicado (dato conocido para 97 de los 103 sujetos).....	94
Tabla 7. Número de declaraciones en sede policial (dato conocido para 100 de los 103 sujetos).....	95
Tabla 8. Finalización del periodo de detención incomunicada (dato conocido para los 103 sujetos que conforman la muestra).....	95
Tabla 9. Incomunicados puestos en libertad por la policía: Duración de la incomunicación en relación con la declaración con contenido ante la policía (dato conocido para 9 de los 12 sujetos).....	95
Tabla 10. Incomunicados que son puestos a disposición judicial: Duración de la incomunicación en relación con declarar con contenido ante la policía (dato conocido para 85 de 91 sujetos).....	96
Tabla 11. Declaran ante el juez instructor con abogado de confianza (dato obtenido para 91 de los 91 sujetos).....	97
Tabla 12. Declara ante el juez instructor (dato obtenido para 90 de los 91 sujetos).....	97
Tabla 13. Del grupo de 91 detenidos que son puestos a disposición judicial, ¿cuántos habían declarado ante la policía? (dato obtenido para 88 de los 91 sujetos).....	97
Tabla 14. De las 53 personas que pasan a disposición judicial y anteriormente habían declarado con contenido ante la policía, ¿cuántas son asistidas por un abogado de confianza? (dato obtenido para 53 de los 53 sujetos).....	97
Tabla 15. En referencia al grupo de la tabla anterior, de las 53 personas que pasan a disposición judicial y anteriormente habían declarado con contenido ante la policía, ¿cuántas se desdicen ante el juez de lo declarado en comisaría? (dato obtenido para 40 de los 53 sujetos).....	97
Tabla 16. De las personas incomunicadas que pasan a disposición judicial, ¿cuántas comunican vulneración de derechos al juez instructor? (dato obtenido para 88 de los 91 sujetos).....	98
Tabla 17. Análisis de detalle: Vulneración comunicada al juez instructor (dato obtenido para 42 de los 42 sujetos).....	98
Tabla 18. Fin de la comparecencia ante el juez instructor y situación del detenido (dato conocido para 91 de los 91 sujetos).....	99
Tabla 19. Procesamiento de los detenidos incomunicados (dato conocido para 99 de los 103 sujetos).....	100
Tabla 20. Situación procesal final de todos los detenidos incomunicados de la muestra (dato conocido para 99 de los 103 sujetos).....	100



Tabla 21. Condenados en sentencia firme, delito por el que fue procesado, delito por el que se le condenó, pena impuesta y declaración policial entre las pruebas para basar la condena (dato conocido para 46 de los 46 sujetos)	101
Tabla 22. Detenidos incomunicados y alegación de vulneración de derechos ante el juez instructor, posterior interposición de denuncia y cuerpo policial responsable de la detención.....	104
Tabla 23. Detenidos que interponen denuncia por vulneración de derechos e incomunicación y situación procesal final (dato conocido para 28 de los 28 sujetos).....	105
Tabla 24. Detenidos apartados del procedimiento que fueron puestos a disposición judicial, ¿cómo finalizó la comparecencia? (dato conocido para 17 sujetos de los 22).....	106
Tabla 25. Datos referentes a las 29 personas no condenadas sobre: incomunicación, duración de la misma, declaración policial y denuncia de vulneración de derechos.....	106

PRESENTACIÓN

Este trabajo ha sido elaborado por sus autoras en el marco de las becas de investigación aplicada que otorga el Ararteko, cuyo objetivo es aportar elementos de reflexión que contribuyan a profundizar, como es tarea de esta institución, en una cultura de respeto a los Derechos Humanos. En el caso presente fue determinante en su concesión, además de la solidez de las investigadoras, el interés de un estudio dirigido a analizar, mediante datos objetivos y rigor académico, la aplicación en la práctica de una figura controvertida, en virtud de la cual la Ley autoriza excepcionalmente la restricción de algunos de los derechos de los que es titular durante su detención la persona privada de libertad.

Dicha controversia guarda relación, en primer lugar, con la limitación de derechos para la persona detenida que lleva consigo la incomunicación y con las dudas que desde parámetros de valoración basados en criterios de razonabilidad y proporcionalidad con respecto a los fines que persigue, genera esta figura, dudas que entendemos que el propio legislador hace suyas, en la medida en que otorga a su uso un carácter excepcional. Además, la detención incomunicada resulta también controvertida porque puede propiciar la existencia de zonas de opacidad que dificulten objetivamente la habilitación de mecanismos eficaces de prevención de la tortura o malos tratos o de investigación en caso de denuncias. No podemos obviar, en este sentido, los pronunciamientos de los sucesivos relatores especiales de las Naciones Unidas para la cuestión de la tortura y malos tratos y para la protección y promoción de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, así como los recientes informes presentados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa y Amnistía

Internacional. El prestigio y la independencia de todas estas instancias internacionales, así como lo explícito de sus continuos pronunciamientos al respecto, nos impiden pasar por alto la cuestión.

La institución del Ararteko se ha venido haciendo eco de estas preocupaciones y posicionamientos. Así, en la Declaración sobre la Tortura hecha pública el 21 de diciembre de 2004 decía lo siguiente: “El Ararteko hace suya esa demanda (de Amnistía Internacional) de modificación legislativa para eliminar las restricciones de los derechos de la persona detenida que actualmente establece el art. 527 LECr, así como la posibilidad de prórroga de la detención que recoge el art. 520 bis LECr para las personas acusadas de delitos de terrorismo. Ahora bien, mientras dichos preceptos sigan vigentes, esta institución ha de recordar a las autoridades y funcionarios que aplican la ley que ambas figuras –incomunicación y prórroga de la detención– constituyen posibilidades que, como excepciones que restringen los derechos reconocidos en el régimen general de la detención, sólo se encuentran justificadas allí donde, por las circunstancias individualizadas y acreditadas del caso, devengan imprescindibles. Lo inadmisibles de la situación actual radica en que esas medidas excepcionales se aplican de modo sistemático en las detenciones relacionadas con el terrorismo y, lo que es más grave, que el control judicial que la ley establece en todos los casos resulta –en palabras del Relator de la ONU– *‘más bien formal y administrativo y no entra en el fondo de la cuestión ni en su justificación’*. En definitiva, entre tanto no se produce el cambio legislativo que permita la adaptación del ordenamiento a las recomendaciones de los organismos de defensa de los derechos humanos, hay que poner de relieve que caben mejoras inmediatas en la aplicación de la ley, simplemente cumpliendo el espíritu de ésta que concibe las restricciones de derechos durante la detención como medidas excepcionales y, por tanto, necesitadas de la debida justificación en el caso concreto”.

Palabras que siguen teniendo plena actualidad y que, en consecuencia, el Ararteko debe reiterar. La demanda de supresión o, subsidiariamente, de no aplicación del régimen de incomunicación la hizo suya el Parlamento Vasco en sendas Proposiciones No de Ley de diciembre de 2006 y enero de 2007.

El debate acerca de la detención incomunicada debería estar desprovisto de apriorismos, error en el que incurriríamos en la medida en que permitiéramos que nuestra postura a favor o en contra, como con demasiada frecuencia sucede, se viera condicionada por el juicio moral que nos produzca la persona detenida, o la naturaleza de los delitos de los que se le acusa. En este sentido, a lo largo de la constante denuncia de la actividad criminal de la violencia terrorista por parte del Ararteko, hemos llamado siempre la atención sobre la incoherencia del discurso que justifica tales acciones apelando a la vulneración de derechos, ya sea presunta o acreditada, por parte de otros sujetos. Nunca insistiremos lo suficiente en que la ética de los Derechos Humanos no se puede relativizar, sino que cada uno de ellos ha de ser respetado y salvaguardado específica e individualmente, sin que puedan ser objeto de un mercado de prestaciones y contraprestaciones que supedita su defensa a las circunstancias del momento.

El momento, sin embargo, no parece propicio para este tipo de planteamientos. A pesar de que ETA continúa atentando contra la vida y la libertad, quienes se niegan a pedir su desaparición incondicionada siguen amparándose en una misma justificación antirrepresiva que, una vez más, hemos de calificar como lo que es: perversa, equivocada e inmoral en el plano ético. Y al mismo tiempo asistimos a una serie de episodios que confirman una tendencia observable no sólo en nuestro país, sino en todos los de nuestro entorno jurídico-político. Una especie de revolución silenciosa, que en relación con determinados delitos va cambiando nuestra percepción de la persona sobre la que recae el peso de la ley penal, hasta acabar viendo en ella alguien ajeno a la sociedad, y a quien por ello no tienen por qué serle respetados los derechos que ésta reserva a sus miembros.

Desde un concepto responsable de la ciudadanía, sin embargo, esos derechos deben ser utilizados para contrastar la calidad democrática del sistema, sobre todo en lo que se refiere al poder del Estado para

castigar y restringir libertades fundamentales. Y es que cuando no basta garantizar la sujeción formal de los poderes públicos a la ley, sino que, como es nuestro caso, el Estado de Derecho se configura también como Social y Democrático, tales poderes han de ejercerse de acuerdo con una serie de principios, que son producto de un patrón histórico constante en la evolución del pensamiento jurídico: el que busca minimizar en lo posible la violencia en la reacción estatal frente al delito, priorizando al máximo la racionalidad. A este patrón, que entronca de forma natural con la lógica de los Derechos Humanos, responden principios como el de legalidad, el de humanidad de las penas, el de responsabilidad proporcional al daño que causa a la sociedad lo que uno hace y no lo que piensa o las ideas que expresa, el principio de que el derecho penal es tan sólo la última herramienta –y no por cierto la más efectiva– para resolver los conflictos en nuestra sociedad, así como que la eficacia en la lucha contra el delito, entendido como quiebra de las reglas fundamentales que rigen la convivencia, no puede ser perseguida a cualquier precio.

Naturalmente, la decisión sobre cuál sea el precio que una sociedad está dispuesta a pagar en tal sentido vendrá determinada por criterios que cambian a lo largo del tiempo y del espacio socio-cultural, de lo que son reflejo polémicas tan actuales como la suscitada en torno a la redefinición del concepto mismo de tortura en el contexto de la “guerra global contra el terrorismo”, o la discusión doctrinal sobre la validez del “derecho penal del enemigo”. Pero si bien es cierto que el Estado de Derecho, enfrentado a nuevas amenazas a la seguridad, tiene el deber de actualizar constantemente sus medios de lucha contra fenómenos como el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional, no es posible olvidar que, entre los rasgos que definen el orden democrático, ocupa un lugar esencial la limitación del poder coercitivo del Estado por medio de las libertades civiles. Por eso, frente a la búsqueda de la eficacia a corto plazo y a toda costa, es necesario recordar que la posibilidad de renunciar a alguna de ellas con el fin de defender la convivencia y el orden democrático habrá de depender, en última instancia, de los valores sobre los que queramos asentar éstos últimos.

Ello nos coloca ante una opción evidentemente política, que en una democracia de calidad no puede quedar subordinarla a criterios de eficacia policial, pues ello supondría tanto como una dimisión de su responsabilidad por parte de la ciudadanía. Requiere de un debate sereno, desprovisto de prejuicios y basado en la experiencia práctica, a todo lo cual contribuye, en nuestra opinión, el estudio que aquí presentamos.

Iñigo Lamarca Iturbe
Ararteko

Vitoria-Gasteiz, noviembre de 2009

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta pretende abordar la aplicación de la medida de la detención incomunicada en el ámbito de los delitos de terrorismo. Para ello el estudio se divide en dos apartados. Una primera parte de carácter cualitativo en que inicialmente se analizarán los aspectos sustantivos de la normativa vigente en torno a la prórroga de la detención gubernativa, en cuanto sustrato material de la medida de incomunicación, para posteriormente centrar la atención en los elementos fundamentales de la denominada “detención incomunicada”, desde la perspectiva de la posible vulneración de derechos humanos en su aplicación.

Interesa destacar, en este sentido, las aportaciones en torno al encaje de la prórroga de la detención en el marco de un Estado Democrático, atendidos, especialmente, los pronunciamientos internacionales en torno a esta cuestión.

Por lo que respecta específicamente a la detención incomunicada, el análisis de los estándares mínimos internacionales que permiten la adopción de una medida como la presente, en cuanto suspensión de determinadas obligaciones contraídas internacionalmente ocupará una buena parte del estudio teórico de la misma.

Junto a ello, también se incidirá en los aspectos sustantivos de la misma (ámbito de aplicación subjetivo y objetivo; autorización judicial; duración; contenido de la misma; y detención incomunicada en supuestos de menores de edad) desde la perspectiva de la vulneración o no de derechos fundamentales. No hay que olvidar que el binomio detención incomunicada-tortura/abusos estará presente a lo largo de todo el trabajo, pudiendo llegar a confirmarse o a desmentirse, fundamentalmente en la segunda parte de este estudio, en la que los datos del trabajo de campo reflejarán o cuestionarán la realidad del mismo.

Por último, para cerrar esta primera parte, se procede a una lectura crítica de las últimas medidas aprobadas en materia de prevención de la tortura y de la detención incomunicada, contenidas en el recientemente aprobado Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España de 12 de diciembre de 2008.

Por lo que respecta a la segunda parte del trabajo, ésta se compone de un estudio de carácter cuantitativo en el que se pretende constatar, las conclusiones obtenidas de la primera parte del trabajo, esto es, del estudio cualitativo con datos obtenidos de expedientes judiciales de detención correspondientes al año 2001. Tal y como se ha indicado anteriormente, los datos obtenidos de los expedientes judiciales permitirán hacer una lectura de las cifras de detención incomunicada desde una perspectiva protectora o de vulneración de Derechos Humanos. Siempre, eso sí, integrando los datos derivados de la parte teórica con los obtenidos en el trabajo de campo.

La conjunción de ambas partes conformará un estudio global y fundamentado en el alcance real de la medida de detención incomunicada que se aplica en el ámbito del Ordenamiento Jurídico español en los supuestos de delitos de terrorismo.

En el presente trabajo se ha prescindido del abordaje de la figura de la prisión incomunicada. Tal y como se acaba de poner de manifiesto, este estudio trata de analizar los aspectos sustantivos de un primer estadio en el que se encuentran los sujetos detenidos en relación con los denominados delitos de terrorismo. El número de personas afectadas por una normativa que, desde una primera fase, ya se muestra especialmente restrictiva de derechos y la sospecha de los abusos y excesos en su aplicación, nos lleva a centrar el objeto de trabajo específicamente en la detención incomunicada y no hacerlo extensivo a los supuestos de prisión.

No podemos concluir sin abrir un apartado de agradecimientos a todos aquellos que de algún modo u otro han contribuido en la culminación de una tarea como la presente.

En primer lugar, a todos los abogados de los despachos de San Sebastián, Hernani, Pamplona, Vitoria y Bilbao por su gran colaboración y apoyo en la realización del presente estudio. Por depositar su confianza en el equipo investigador, proporcionándonos toda la información no sólo necesaria sino imprescindible para el buen desarrollo del presente trabajo.

En segundo lugar, al Instituto Vasco de Criminología por permitir la utilización de sus servicios, sus recursos humanos, materiales y documentales, que han estado siempre a disposición del equipo investigador.

Por último, pero no por ello menos importante, agradecer a la Institución del Ararteko, especialmente a Rafa Sainz de Rozas y a Carmen de la Fuente, por sus acertados consejos. Sus orientaciones han sido más que útiles para poder culminar la presente investigación.

Izaskun Orbegozo Oronoz

Ana Isabel Pérez Machío

Laura Pego Otero

Primera parte

LA NORMATIVA REGULADORA DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA. ASPECTOS INTERNACIONALES E INTERNOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Dentro del ordenamiento jurídico español una de las medidas más características de lo que se viene denominando normativa antiterrorista reside en la posibilidad del recurso a la detención incomunicada. La presente figura, en cuanto modalidad excepcional de la detención ordinaria, incide fundamentalmente en dos aspectos. Por un lado, el derecho a la libertad deambulatoria y, por otro, el derecho a la asistencia letrada.

El alcance de la afección sufrida por ambos derechos será objeto de un profundo análisis en el presente trabajo de investigación que centrará la atención en la suspensión del derecho reconocido en el artículo 17.2 CE en relación con el contemplado en su número 3, para una mejor comprensión del alcance y significado de una medida que, como la detención incomunicada, a primera vista, parece especialmente restrictiva de derechos.

En este sentido, al hilo de lo puesto de manifiesto, el presente trabajo incidirá inicialmente en el aspecto de la restricción del derecho contemplado en el artículo 17.2 CE en relación con el 55.2 de idéntico cuerpo legal, en cuanto dan cobertura a la prórroga de la duración de la detención, para posteriormente incidir en la limitación del derecho a la asistencia letrada del detenido del artículo 17.3 CE en supuestos de terrorismo, en los que,

junto a la ampliación del período de detención preventiva aludida, se produce la incomunicación del detenido.

Un análisis en profundidad de esta doble proyección de los casos de detención incomunicada en supuestos de terrorismo, aportará una visión global del alcance de los mismos.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A partir de su consagración en el artículo 55.2 CE, la necesidad de hacer frente de forma efectiva a la amenaza del terrorismo opera como factor determinante del ejercicio de numerosos derechos y garantías en nuestro ordenamiento jurídico, llegando a justificar su suspensión directa en determinados supuestos. A esta opción de los constituyentes no le fue ajeno su deseo de conjurar el peligro que supuso el fenómeno de la violencia política para el proceso de transición a la democracia y tuvo su plasmación en un texto constitucional que, junto al reconocimiento de derechos fundamentales incorpora a su articulado la “suspensión individual” de alguno de ellos¹, en el sentido que a continuación se destaca: *“Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, **de forma individual y con la necesaria intervención judicial** y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 y 18, apartados 2 y 3, **pueden verse suspendidos** para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.*

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes” (art. 55.2 CE).

Ya durante su discusión parlamentaria el precepto que comentamos fue objeto de opiniones contradictorias que, no por causalidad, se insertan en un debate tan propio del momento como es el que gira en torno al propio concepto de libertad, así como a los medios más adecuados para su defensa. Y así, quienes lo estimaban oportuno “ofrecía garantías bastantes para el adecuado respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución” y, que atendiendo al fenómeno del terrorismo –ya entonces una realidad– era necesario otorgar al Ejecutivo los instrumentos jurídicos apropiados para luchar contra esa grave plaga” (Ramos Fernández-Torrecillas, Grupo socialista). Sus detractores, por el contrario, consideraban que “no era jurídicamente correcto ni políticamente oportuno” (Agrupación Independiente del Senado); “no se estimaba propio de una Constitución” (GP de Senadores Vascos); se trataba de “una excepción de la excepción” (GP Vasco); consistía en una suspensión de Derechos Fundamentales del individuo de carácter selectivo”, una “especie de Estado de Excepción solapado” que provocaría inseguridad jurídica en las personas (Grupo de Senadores vascos); “se creaba una especie de ciudadanos sospechosos” (Grupo de Senadores Vascos) y se trataba de una “especie de Estado de excepción discriminatorio” (Grupo de Senadores vascos).

Finalmente, la entrada en vigor del artículo 55.2 CE, se sustenta, como viene destacando mayoritariamente la doctrina, en la necesidad de que la Constitución regule y se enfrente al problema terrorista².

Finalmente, la entrada en vigor del artículo 55.2 CE se sustenta, como viene destacando mayoritariamente la doctrina, en la necesidad de que la Constitución regule y se enfrente al problema terrorista.

¹ Por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 157; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político*, p. 227.

² Véase, en este sentido, MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 183, donde destaca que el artículo mencionado está legitimado por la peligrosidad de las conductas terroristas que hacían oscilar los fundamentos esenciales del Estado amén de la inutilidad de las proclamaciones de los estados excepcionales.

En este sentido, la “presunta comisión” de unas conductas –téngase en cuenta que la suspensión individual no se aplica a los procesados– peligrosas para los fundamentos del Estado de Derecho, junto a la supuesta “inutilidad” de las fórmulas del Estado de Excepción para combatir las, justifica la previsión normativa que comentamos. Sin entrar en análisis que serán objeto de un posterior desarrollo, corresponde en este momento subrayar, sin embargo, tanto la inexigencia si quiera de “auto de procesamiento” para el recurso a la suspensión del artículo 55.2 CE como la contundencia con la que, desde estos planteamientos, se consideraban inútiles las fórmulas del Estado de Excepción.

Pues bien, fiel al mandato constitucional el legislador de 1980 aprueba la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, de la que destacaban, el apartado uno del artículo primero; el apartado uno a) del artículo segundo; y el apartado uno del artículo tercero que disponían lo siguiente:

Artículo primero: *“Uno. A los efectos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, se entenderá que las personas cuyos derechos fundamentales pueden ser suspendidos, en los supuestos y con el alcance que se determinan en la presente ley, son aquellas que, están presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones que se especifican en el siguiente apartado, así como a quienes una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hicieran su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas”.*

Artículo segundo: *“Uno. A las personas comprendidas en el ámbito del artículo primero de esta ley, por su presunta participación o colaboración en las acciones enumeradas en el mismo, **se les podrán suspender**, siempre que se observen las garantías que en esta ley se establecen, todos o algunos de los derechos fundamentales siguientes: a) el derecho a ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de 72 horas desde su detención [...]”.*

Artículo tercero: *“Uno. Los detenidos, por hallarse implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo primero, serán puestos a disposición del juez competente, para instruir el correspondiente procedimiento, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención [...]”.*

La Ley Orgánica 11/1980 se configuraba como la primera norma que formalmente desarrollaba el artículo 55.2 CE³, siendo la primera ocasión en la que una Ley Orgánica se adecuaba en esta materia a la Constitución⁴. Lejos de resultar pacífica en su aprobación, en el Debate Parlamentario ya se presentaron dos enmiendas a la totalidad que ponían de manifiesto, cuanto menos, la controversia que suscitaba una norma a la que sus críticos reprochaban, desde la perspectiva de las garantías y de la seguridad jurídica, no ser sino prolongación de la legislación antiterrorista preconstitucional. El contenido de dichas enmiendas se reconduce a las siguientes materias: a) el incremento del plazo ordinario de la detención preventiva de tres a diez días⁵; b) y el ámbito de aplicación personal.

Por lo que al primer punto se refiere, siguiendo las críticas que recibió en el Senado, la ampliación del plazo de detención hasta un máximo de 10 días no sólo carecería de fundamento jurídico, sino que fo-

³ Concebida por varios autores como la primera ley antiterrorista, véase, en este sentido, BANDRÉS, “veinte años de leyes y jurisdicciones especiales” p. 46.

⁴ Véase, en este sentido, MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 196.

⁵ la Ley que se debatía no era nueva, sino una prolongación de la legislación antiterrorista precedente, por eso se decía que aquella imitaba los “tremendos estados de excepción franquista”.

mentaba la indefensión de la víctima e incluso, las posibilidades de ser sometido a torturas y a cualquier otro tipo de violencia⁶; situación ésta que, además se veía favorecida por la imposibilidad del detenido de designar un letrado de su confianza, llegando en estos supuestos a situaciones de indefensión total. En este sentido, fueron varias las voces que, además de definir el límite de los 10 días como escandaloso y propicio para torturas físicas o psíquicas, se preguntaban qué sentido tenía aplicarlo a un detenido al que, se reconocía su derecho a no declarar⁷.

Por lo que al ámbito personal se refiere, dos son las cuestiones objeto de crítica. Por un lado, la excesiva amplitud con que el mismo es contemplado en su artículo primero; y por otro la falta de concreción de los términos “banda armada y elemento terrorista”. Siendo una norma de desarrollo del artículo 55.2 CE, lo cierto es que de su interpretación literal se deducía que ciudadanos no integrados, ni relacionados directamente con bandas armadas o elementos terroristas podían, sin embargo, verse afectados por la suspensión contemplada en el precepto⁸. En este sentido, aunque el artículo 55.2 hablase sólo de “personas integradas o relacionadas”, la doctrina se mostraba en 1980 particularmente crítica con un término tan ambiguo como el de “personas relacionadas”⁹.

En efecto, junto al empleo del concepto “elemento terrorista” y “bandas armadas” que afecten seriamente la seguridad ciudadana, la multiplicidad de modalidades conductuales incursas en el contenido normativo del artículo primero de la LO 11/1980 (proyecten, ordenen, cumplan, colaboren, encubran, sean apologetas, etc.) situaba a la presente regulación en una suerte de indefinición de casos y de confusión de situaciones que podía convertir la inicial suspensión individualizada de derechos, en una suspensión generalizada de los mismos que abarcase no sólo a cualquier “banda de delincuencia común”, sino incluso a cualquier persona¹⁰. Así se podía constatar en el contenido normativo de la LO 11/1980, cuando especificaba que la suspensión de derechos se aplicara a “las personas comprendidas en el ámbito del artículo 1 por una *presunta* participación o colaboración en las acciones enumeradas en el mismo [...]”. En este sentido, la crítica doctrinal incidía en que la fundamentación de unas medidas de excepción en una “mera” presunción tropezaba con el principio de presunción de inocencia, desde el momento en que la presunción de integración o relación de la persona concreta con una banda armada o con elementos terroristas, se hacía extensiva a su participación o colaboración en cualquiera de las acciones delictuales ya mencionadas, generándose una situación de gran inseguridad jurídica, favorecedora de abusos¹¹.

La segunda cuestión controvertida residía en la interpretación de los conceptos de “bandas armadas” y “elementos terroristas”. Por lo que al primer término se refiere, la acepción “banda armada”, ya era interpretada como asociación de personas que, por su propia naturaleza de carácter armado, tiende por principio a delinquir, sin que en la esencia de dicho concepto se contemple motivación ideológica de la misma. Así, la inexistencia de exigencia alguna al respecto, configuraba, desde esta perspectiva, al artículo 55.2 como un precepto muy amplio en el que tenía cabida “cualquier grupo armado”, independientemente de su fundamento ideológico. Sin embargo, como la mayoría doctrinal vino interpretando,

⁶ Así se manifiesta BANDRÉS, “veinte años de leyes y jurisdicciones especiales” p. 48.

⁷ Así se pronunciaba BANDRÉS, “veinte años de leyes y jurisdicciones especiales” p. 47, cuando destacaba lo siguiente: “el derecho a callar según nuestra Constitución, no puede ser derogado temporalmente ni siquiera en Estado de Excepción y mientras esté en vigor no habrá quien nos convenza de que quien no haya declarado voluntariamente en los tres primeros días a partir del momento de su detención no lo hará voluntariamente en los 7 días siguientes que la ley autoriza. Y si declara, declarará contra su voluntad y lo hará porque la sola prolongación de su detención incomunicada, además de los posibles malos tratos que ésta permite, constituirán para el detenido los sufrimientos físicos o mentales que define como tortura la Declaración de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1975.

⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 621.

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 624.

¹⁰ Como destaca MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 198, con la ley en la mano podría haberse aplicado esta ley antiterrorista a las bandas de delinquentes comunes que, lógicamente también inciden en la seguridad ciudadana.

¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 634.

al hilo de la ratio legis del artículo 55.2, en el concepto de “banda armada” únicamente podían tener cabida aquéllas que encaminasen su actuación a subvertir o a atacar los principios contenidos en el Título Preliminar de la Constitución; interpretación ésta que acabó imperando en la aplicación de dicho precepto, puesto que la jurisprudencia sólo acudía al mencionado artículo en los supuestos de “bandas” que persiguiesen una perspectiva puramente ideológica¹².

Así lo vienen manifestando algunas autoras al mencionar que respecto al concepto de “banda armada” cuando aparecen las menciones a la finalidad se inscriben en la explicación discursiva que no requiere contraste probatorio, ya que no resultaba necesario indagar en la motivación o propósito del autor del delito, una vez que el tenor literal había prescindido de cualquier mención a la finalidad definida. La alusión a la finalidad, continúan estas autoras, se dirige a subrayar un dato fenomenológico, la conexión entre el delito común de especial gravedad y la atemorización consecuente de la ciudadanía; o la conexión entre el delito cometido y la pretensión de alteración del orden democrático, en el sobreentendido de que la intimidación que se ejerce es instrumental para la obtención o propagación de finalidades políticas¹³. En todo caso, debe hacerse notar que la argumentación jurisprudencial de la última década reconduce su discurso a parámetros democráticos, situando el significado político de la actuación delictiva en la pretensión de forzar, mediante la violencia, el funcionamiento ordinario de los procedimientos democráticos. No son las concretas finalidades políticas las que emergen como objeto del reproche, sino como subraya Lamarca, el uso de la violencia para hacer efectivo un programa político.

Y por lo que respecta al concepto de “elemento terrorista”, lo cierto es que directamente vinculado a los tres factores básicos que convergen en el concepto de terrorismo (incidencia de la acción sobre la tranquilidad e inseguridad ciudadana; la intencionalidad política del sujeto y la gravedad real de los medios empleados), la doctrina venía considerando que dicho término se aproximaba a una acepción amplia del mismo, esto es, como “aquella persona que infundía terror en un sector concreto de la población de un país para facilitar la implantación de un sistema social o político que difería del imperante”¹⁴. De esta forma si bien hubiera podido parecer que los términos “bandas armadas” y “elementos terroristas” resultaban idénticos, lo cierto es que como ya destacase Fernández Segado, la redacción del artículo 55.2 CP distinguía con nitidez uno y otro¹⁵.

En suma la legislación que comentamos se enfrentó, desde un primer momento, a una crítica doctrinal que le reprochaba haber ido más allá de lo que permitía la Constitución en materia de suspensión individual de derechos, tanto por la amplitud de su ámbito de aplicación personal como por la rebaja que suponía en los mecanismos de garantía, especialmente en lo referente al plazo máximo de duración de la detención preventiva¹⁶.

Esta regulación fue sustituida por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, en la que se incluía, por primera vez, la figura de la detención incomunicada y constituía, a todas luces, la primera normativa que establecía un sistema de “privilegio negativo” en el tratamiento de los delitos de terrorismo¹⁷. Profundizando en la línea iniciada en 1980, busca la efectividad en la lucha antiterrorista por medio de una batería de medidas dirigidas a consolidar el incremento punitivo y la rebaja de garantías en materia

¹² Así, FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 622; MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 197.

¹³ ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, p. 75 y LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 153.

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 622.

¹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 622.

¹⁶ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 206.

¹⁷ BELLOCH, “Introducción al estudio de la LO 3/84”, p. 18.

procesal¹⁸. Así, se consolida la ampliación del plazo de detención durante el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un máximo de 7 días, siempre que tal propuesta se pusiera en conocimiento del Juez antes de que transcurrieran las setenta y dos horas de la detención (artículo 13 LO 9/1984). Los autores que se ocuparon de tal precepto no veían en ello control judicial, sino una mera extensión del período, que consideraban desmesurada y desequilibrada¹⁹.

La incomunicación que introduce la presente normativa podía ser ordenada por la autoridad que hubiese decretado la detención o prisión. Duraba el tiempo que se estimase necesario, mientras se contemplaban las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afectase al detenido o preso y de lo establecido en los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para los supuestos de incomunicación (artículo 15 LO 9/1984); en él se contemplaba ya la suspensión de la designación de abogado de oficio, y de la entrevista reservada con el abogado; así como la prohibición de comunicarse con familiares, para informarles del hecho de la detención y del lugar de la custodia.

En general, la introducción de la figura de la incomunicación no fue bien recibida por la doctrina, máxime atendiendo al diferente tratamiento que recibía el incomunicado si se trataba de un delincuente común o de un terrorista, tanto en lo que se refería a la duración máxima del período de incomunicación (5 días en los casos de delincuentes comunes y 10 en los supuestos de terroristas); como a la naturaleza del órgano decisorio (la policía en los casos de terrorismo –en última instancia el Juzgado Central de Instrucción– y el Juez competente en los casos de delincuentes comunes). Desde esta perspectiva, se veía considerando que se producía una extensión de los casos objeto de incriminación y una disminución de las facultades judiciales en supuestos terroristas, puesto que la misma se hacía extensiva a todos aquellos supuestos que, de forma no intencionada, conectaban con casos de terrorismo, y el control judicial era reemplazado por el de la Policía durante el plazo de observación²⁰.

En cuanto al ámbito de aplicación personal, mientras la Ley Orgánica de 1980 se hacía extensiva a personas presuntamente integradas o relacionadas con grupos terroristas, la LO de 1984 se aplicaba también a los que tomasen parte en actividades rebeldes, así como cooperadores, los encubridores, los provocadores e incluso los apologetas, figuras estas dos últimas cuya inclusión criticaba un sector doctrinal, en la medida en que hacían referencia a actividades ideológicas que, en sí mismas, no demostraban conexión alguna con bandas armadas, ni que se conocieran directamente sus conductas criminales²¹. En efecto, como ya recogió algún autor, aunque inicialmente el ámbito personal de aplicación se limitaba a determinadas personas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, el legislador entendió finalmente oportuno ampliar tal delimitación subjetiva, introduciendo la mención “rebelde” o “rebeldes” en un buen número de artículos, con lo que la extensión de la esfera de posibles ciudadanos afectados por la restricción de derechos prevista en la ley alcanzaba a los presuntamente relacionados con los delitos de “rebelión”²².

Todo ello suponía, en opinión de un importante sector doctrinal un ataque al Estado de Derecho y a los derechos fundamentales, puesto que la amplitud e indeterminación de los ámbitos de aplicación (personal y material) previstos en esta ley Orgánica acababan por desvirtuar el espíritu con el que el artículo 55.2 CE limitaba la posibilidad de suspender derechos a determinadas personas relacionadas directamente con una actividad terrorista. La crítica, no obstante, ampliaba el elenco de principios en

¹⁸ Así lo recoge, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 195, cuando destaca, muy acertadamente que el desarrollo del artículo 55.2 se concreta en la prolongación de la actividad policial a costa de una aproximación de funciones jurisdiccionales, y ni la garantía penal ni el control parlamentario parecen haber logrado alcanzar el grado de fiscalización que exigiría esta limitación al sistema de garantía.

¹⁹ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 219.

²⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 221.

²¹ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 217.

²² BELLOCH, “Introducción al estudio de la Ley Orgánica 8/84” p. 22.

nombre de los cuales se atacaban las previsiones de esta legislación, al entender que junto a los principios de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica, quedaron directamente afectados más derechos de los que inicialmente pretendían ser objeto de suspensión constitucional, entre otros, el derecho a la asistencia letrada (art. 17.3 CE), el derecho al Juez natural (art. 24.2 CE) y el derecho a ejercer un cargo público (art. 23.2 CE)²³.

En síntesis, como destaca Lamarca Pérez, la normativa de 1984 se inscribe en la tradición de la normativa antiterrorista dictada en España de Leyes especiales que acentúan el rigor penal, pero que, en todo caso, distorsionan con frecuencia el sistema de valores sobre el que descansa el ordenamiento punitivo, abriendo peligrosos paréntesis en el control judicial sobre el ejercicio de ciertos derechos fundamentales²⁴.

En un intento de superar algunas de estas críticas, en 1988 el legislador aprueba la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, reguladora de los supuestos de suspensión, del plazo máximo de detención y de la prisión provisional, cuyo contenido pasa a formar parte del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en concreto de los artículos 384 bis y 520 bis:

Artículo 384 bis: *“Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión”*.

Artículo 520 bis: *“1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención.*

No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las 24 horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de 24 horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”.

Dicha normativa actualmente en vigor, desarrolla el contenido normativo de la “suspensión individual” contemplada en el artículo 55.2 CE, si bien, como se tendrá ocasión de comprobar, continúa incidiendo en los aspectos más criticados tradicionalmente, esto es, una suspensión excesiva de derechos fundamentales²⁵ y de garantías procesales²⁶ que, con la figura de la incomunicación a la cabeza, desde entonces no ha dejado de ser denunciada por algunos autores como favorecedora de abusos, malos tratos e incluso, torturas²⁷.

²³ FERNÁNDEZ SEGADO, “Artículo 55”, p. 221.

²⁴ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 196.

²⁵ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 241.

²⁶ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 242.

²⁷ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 239.

III. LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS DEL ARTÍCULO 55.2 CE: FUNDAMENTO Y PRESUPUESTOS

Con carácter previo al estudio de la figura de la incomunicación que, será objeto de un análisis posterior, hay que proceder, en este momento, al abordaje de cuestiones más generales directamente relacionadas con el contenido del artículo 55.2 CE, pero no por ello de menor entidad jurídica. Quisiéramos, en este sentido, detenernos en el fundamento de la concreta suspensión contemplada en el artículo 55.2 y en su ámbito de aplicación personal o subjetivo, para abordar, en un posterior epígrafe, su ámbito de aplicación objetivo o de derechos afectados. Un planteamiento de las presentes características favorecerá una comprensión global y genérica del concreto objeto del presente trabajo, que no es otro que el abordaje de la incomunicación y de figuras afines, desde la perspectiva del respeto por los Derechos Humanos.

A) ASPECTOS BÁSICOS DE LA SUSPENSIÓN DEL ARTÍCULO 55.2 CE

a) *Introducción*

En el sentido mencionado anteriormente, la necesidad de proteger el proceso de transición a la democracia frente a la amenaza que suponía la violencia política lleva al legislador de 1978 a la promulgación de un precepto como el artículo 55.2 CE. En opinión de Fernández Segado se trata de cortar la espiral de violencia que no sólo impide la Democracia en cuanto régimen político o técnica de gobierno, sino que también destruye, por su base, toda posibilidad de convivencia civilizada²⁸. Así sólo la persistente y criminal actuación del terrorismo explica la existencia del presente precepto que permite al legislador la limitación o suspensión de derechos fundamentales²⁹, frente a determinadas acciones que, por una parte limitan o impiden de hecho su ejercicio para la mayoría de los ciudadanos y, por otra, ponen en peligro el Estado Democrático³⁰. Pero aún siendo éste el caso, lo cierto es que su encaje en el Ordenamiento Jurídico de un Estado Democrático y de Derecho, en el que uno de los pilares fundamentales se conforma a partir del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, presenta ciertas dificultades a la vista de la concreta regulación de la misma, su presupuestos y su efectiva aplicación³¹.

Dicho esto, y sin pretender adelantarnos a las posibles conclusiones a las que iremos llegando, a medida que avancemos en el trabajo, lo cierto es que varios son los aspectos que, directamente relacionados con el fundamento de este precepto, van a aportar datos relevantes acerca de su encaje jurídico. En este sentido, corresponde en este momento, centrar la atención en dos aspectos fundamentales: el desarrollo normativo del contenido del artículo 55.2 CE y su carácter excepcional.

b) *Desarrollo Normativo*

Según el tenor literal del artículo 55.2 CE debe ser una Ley Orgánica la que determine la forma y los casos en los que proceda la suspensión de derechos prevista en el mismo. Así, como entiende la doctrina mayoritaria, decidida por el legislador ordinario la existencia de tal Ley Orgánica, ésta puede autorizar

²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, “La suspensión de derechos”, p. 603.

²⁹ Véanse, entre otros, SERRANO ALBERCA, “Artículo 55”, p. 1007; VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de derechos” p. 63.

³⁰ Véase, por todos, REQUEJO RODRÍGUEZ, “¿Suspensión o supresión?”, p. 121.

³¹ Así lo destaca CARRILLO, “Defensa del Estado” p. 225, cuando destaca que el presente derecho de excepción pretende preservar la seguridad del Estado.

permanentemente la momentánea suspensión de derechos hasta la derogación de la misma, tal y como se ha venido contemplando en las Leyes Orgánicas 11/1981, 9/1984 y 4/1988³².

Este carácter permanente de la normativa de desarrollo de la suspensión del artículo 55.2 representa uno de los aspectos más controvertidos. Ha llegado a ser interpretado por un grupo de autores como una suspensión definitiva de los derechos afectados³³, lo que, en su opinión, no resulta acorde con los principios de un Estado Democrático y de Derecho. En este sentido, y partiendo de la necesidad de que la normativa que desarrolle la concreta suspensión tenga un carácter temporal, consideran inadecuado que tales limitaciones se contemplen en una norma como la LECrim actual, de vigencia indefinida. Es necesario recordar, no obstante, que la temporalidad o la vigencia concreta debe venir referida a la específica suspensión de los derechos de la persona afectada, no tanto a la vigencia de la norma que desarrolla la misma, por lo que la Norma de desarrollo sólo podría ser contraria a las previsiones del artículo 55.2 CE, en caso de que contemplase una suspensión indefinida en el sentido anteriormente mencionado³⁴.

En este orden de cosas, hay quien, aún asumiendo el carácter temporal de la suspensión propone la existencia de una ley específica, para el desarrollo del contenido del artículo 55.2, lo que, en su opinión, resultaría más acorde con la naturaleza extraordinaria temporal de la suspensión³⁵. No le falta razón a esta autora, puesto que el desarrollo normativo a través de la LECrim parece producir una desvinculación con el artículo 55.2, dando a lo excepcional apariencia de normalidad y favoreciendo una situación que, tal y como se tendrá ocasión de comprobar en epígrafes posteriores, adquiere una naturaleza de ordinaria cuando, en realidad, debería ser adoptada en supuestos sumamente excepcionales y específicos.

c) Ámbito de aplicación subjetivo

Pues bien, al margen de cuestiones relacionadas con la forma en que ha sido desarrollada la restricción de derechos prevista por el artículo 55.2 CE, la controversia se ha venido centrando en los “casos” o los supuestos y presupuestos de su aplicación.

Según el tenor literal del artículo 55.2 CE corresponde al legislador determinar la “forma y los casos en los que de forma individual [...] pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas” determinados derechos fundamentales.

Esta referencia a “suspensión de forma individual” y “personas determinadas”, si bien requiere de un esfuerzo de limitación de los concretos individuos que, en el caso específico, verán suspendidos sus derechos, no debe comportar una genérica suspensión de los derechos de cualquier persona relacionada con las investigaciones de bandas armadas o elementos terroristas, puesto que ni se pueden suspender los derechos en todas las investigaciones de esta naturaleza el artículo 55.2 especifica que sólo se producirá en determinados “casos”, ni se permite, según el precepto, una suspensión general extensiva a cualquier persona –el precepto se refiere a “determinadas personas”–. Para ello el contenido del precepto exige que una Ley Orgánica determine la forma y los casos en los que de forma individual se suspenderán los derechos de determinadas personas, no contemplando una suspensión general aplicable a cualquier individuo relacionado con supuestos de terrorismo, similar a lo previsto en el número 1 del mismo.

³² Entre otros, ECHEVERRÍA GURIDI, “Particularidades procesales”, p. 86; VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de derechos” p. 67.

³³ CRUZ VILLÓN, “Protección extraordinaria del Estado”, p. 680, donde señala que la Ley Orgánica prevista en el artículo 55.2 CE no es una Ley de desarrollo normativo de la CE, sino una reserva de ley cualificada para el supuesto de que el legislador decida hacer uso de las facultades recogidas en aquel artículo.

³⁴ VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de derechos” p. 71. También, en este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, “Suspensión de derechos”, p. 635.

³⁵ REQUEJO RODRÍGUEZ, “La suspensión individual de los derechos”, p. 276.

Sin embargo, como viene destacando un buen número de autores, la indefinición prevista en el artículo 55.2 CE, configura un ámbito subjetivo indeterminado de los distintos supuestos de suspensión que resulta contraria a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, los cuales siguen estando vigentes, también cuando es de aplicación el artículo 55.2 CE, lo que implica una necesaria individualización de la limitación de derechos de dicho precepto³⁶.

Así, conviniendo con este grupo de autores en la necesidad de individualizar específicamente, en cada caso concreto, los supuestos de suspensión e incluso, limitándolos a los de investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas, a nuestro modo de ver, el precepto comporta una especial flexibilidad a la hora de delimitar el colectivo de personas que van a ver suspendidos sus derechos. Cabe admitir que, en efecto a la luz del tenor literal del artículo 55.2 CE, no se podrían suspender los derechos de determinadas personas aunque éstas profesasen una ideología contraria al Estado Democrático, e incluso, realizasen actos delictivos contrarios a la seguridad del Estado Democrático, salvo que las mismas apareciesen relacionadas con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas³⁷. Ahora bien, una interpretación de esta dimensión no resuelve la problemática de la excesiva flexibilidad del precepto, desde la perspectiva del ámbito subjetivo de aplicación, puesto que incluir en éste a toda persona que pudiera verse relacionada con investigaciones correspondientes a bandas armadas o elementos terroristas, no parece una alternativa congruente con el principio de seguridad jurídica anteriormente mencionado, requiriendo esta cuestión, de una mayor precisión normativa.

Para ello hay que tener en cuenta por un lado qué se entiende por banda armada o elemento terrorista y, por otro lado, el concreto alcance que dichos conceptos tienen a la vista del conjunto de los tipos penales que ostentan la condición de delitos de terrorismo (artículos 571 a 578 CP).

El artículo 55.2 CE contempla una “suspensión individual que opera para determinadas personas”. Se trata de una decisión de la autoridad gubernativa que, al amparo del tenor literal del artículo 55.2 CE, está dirigida a “[...] personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”, con la finalidad de facilitar la investigación policial de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas³⁸, habida cuenta de la amenaza que para la supervivencia del Estado implica la existencia de esta clase de conductas³⁹. Siendo tal el único supuesto en que se autoriza el levantamiento de las garantías correspondientes, parece recomendable extremar el rigor con el fin de evitar una aplicación indiscriminada de las medidas previstas en el precepto.

La cuestión radica, en este punto, en la delimitación de los conceptos “bandas armadas y elementos terroristas”. Como ya viéramos anteriormente, no se trata de una expresión de nuevo cuño introducida con las normativas de 1984 o 1988, ya en la Ley Orgánica de 1980 se empleaban dichos términos para referirse a aquellas personas que integraran, tuvieran relación, participaran o colaboraran en cualquiera de las actividades delictivas relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas.

Por lo que respecta al concepto de “banda armada” la jurisprudencia propugna una interpretación limitada del término, caracterizada por las notas de permanencia o estabilidad en el tiempo con relevancia o entidad suficiente como para originar terror, inseguridad e incidencia en la vida social⁴⁰. Siguiendo en este punto a la doctrina del Tribunal Supremo se entiende por banda armada una asociación que tenga

³⁶ VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de derechos” p. 72.

³⁷ VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de derechos” p. 73.

³⁸ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 365.

³⁹ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 386.

⁴⁰ Véanse, en este sentido, el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia del Tribunal Supremo 785/2000 de 30 de abril y el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Supremo 556/2006, de 31 de mayo, entre otras.

por objeto cometer delitos, bastando con la unión de varios para un fin; unión que ha de tener una cierta duración en el tiempo o estabilidad y utilice en su actuación delictiva armamento, entendiéndose por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes cuyo uso repetido o especialmente intenso en una sola ocasión puede causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana⁴¹.

Así, por lo que respecta al concepto de “banda armada” la jurisprudencia ha venido exigiendo los cuatro elementos siguientes: a) unión de una pluralidad de personas con vínculos más o menos estables y duraderos; b) exigencia de un ensamblaje en cuanto a su organización, con disciplina impuesta por sus dirigentes; c) constancia para cometer cualquier delito planificado para el logro de los fines ideológicos de la banda y que constituye la razón de su existencia; d) disposición o utilización de armamentos o explosivos aptos para la realización y ejecución de sus actividades delictivas, no siendo suficiente que algunos de sus miembros y a título personal posean armas⁴².

En cualquier caso, a tenor de lo mencionado, el concepto de “banda armada” queda definido por las notas de utilización de armamento, capacidad de atemorización a una generalidad de la población y como elemento subjetivo la subversión del orden constitucional o grave alteración de la paz pública, todo ello teniendo por sustrato la realidad de una organización de personas, aún bajo la fórmula de estructura desestructurada con relaciones de jerarquía, subordinación y permanencia⁴³.

También la doctrina mayoritaria en esta línea argumentativa entiende que “banda armada terrorista” serán aquellas asociaciones constituidas con finalidad de albergar en su seno ideológico un variado conjunto de fines, para cuyo logro practican fórmulas de acciones plurales, violentas e indeterminadas y en los que rigen los principios de organización, jerarquía y disciplina ulterior, que a su vez, generan entre sus miembros vínculos de alguna manera estables, siendo lo característico de la banda armada el factor organizativo, la jerarquía y la disciplina interna, es decir, la existencia de un módulo organizativo, escalonado y disciplinado⁴⁴.

Por otra parte, el concepto de “elemento terrorista” debe configurarse en torno a los objetivos perseguidos por la “banda armada”, esto es, actuar con la finalidad de subvertir el Ordenamiento Constitucional, lesionando bienes jurídicos de diversa naturaleza. Sin embargo, la diferencia con la banda armada reside en que mientras la primera persigue los mencionados objetivos desde la pertenencia a un grupo estable y jerárquicamente organizado, el elemento terrorista lleva a cabo su actividad a título individual o, al menos, sin conexión con la estructura organizativa de la banda⁴⁵.

⁴¹ Véanse, entre otras, el Fundamento Jurídico de la Sentencia del Tribunal Supremo 489/2004, de 30 de diciembre y el Fundamento Jurídico 46 de la Sentencia 50/2007, de 19 de enero.

⁴² Así se viene destacando en diversas sentencias tanto el Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Entre otras, ténganse en cuenta, el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 199/1987 del Tribunal Constitucional, y el Fundamento Jurídico 43 de la Sentencia 50/2007 del Tribunal Supremo de 19 de enero.

⁴³ En tal sentido, véanse las Sentencias 2/1998, de 29 de Julio; la Sentencia 1127/2002, de 17 de Julio; la Sentencia 1541/2004, de 30 de diciembre; la Sentencia 556/2006, de 31 de mayo; y la Sentencia 50/2007, de 19 de enero.

⁴⁴ VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de Derechos” p. 84.

⁴⁵ Así, REQUEJO RODRÍGUEZ, “La suspensión individual de derechos”, p. 277; de la misma, “¿suspensión o supresión?”, p. 122; VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de Derechos” p. 86. Nótese que con anterioridad a la reforma operada en materia de delitos de terrorismo la doctrina venía considerando que en el concepto de “elemento terrorista” no se incluían, como muy acertadamente recogían LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento Jurídico del terrorismo*, p. 189 y VÍRGALA FORURIA, “Suspensión de Derechos” p. 86, los actos individuales y espontáneos de violencia no requieren un tratamiento particular por el hecho de que el autor se haya movido por impulsos políticos, ya que si se trata de delitos comunes violentos, cometidos por individuos aislados, con alguna finalidad política, no se ve la conveniencia de un tratamiento penal particular, bajo la rúbrica de terrorismo ya que el daño producido no se hace merecedor de un mayor reproche porque no se hace patente ningún peligro especial para la comunidad. Actualmente, opera el artículo 577 CP que contempla la figura del denominado “terrorista individual” para cuya sanción no precisa de vinculación o nexo alguno con banda armada. En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, véase, el Fundamento Jurídico 46 de la Sentencia 50/2007 de 19 de enero y el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 1541/2004, de 30 de diciembre.

Queda clara pues la necesidad de que exista un vínculo entre el elemento terrorista y la banda armada, entendida en cuanto organización estructurada y permanente para que se pueda poner en marcha la suspensión del artículo 55.2 CE. Ahora bien, ni la definición de banda armada ni la de elemento terrorista aporta nuevos datos en la individualización de la limitación de los derechos que implica el precepto mencionado. No parecen existir dudas en la concreta suspensión, cuando nos referimos a individuos que formen parte de un banda armada, sin embargo, si para el supuesto del elemento terrorista únicamente se exige un vínculo o enlace con el concreto grupo organizado, poco aporta en la concreción del ámbito subjetivo del artículo 55.2 la referencia a dicho nexo, puesto que la naturaleza del mismo puede ser muy diversa. Ello introduce un factor de indeterminación en el colectivo de personas al que se va a poder aplicar la suspensión, que puede llegar a abarcar a todo el conjunto de sujetos que, directa o indirectamente, sean sospechosos de haber cometido cualquiera de las conductas que el Código Penal concibe como delito de terrorismo (artículos 571 a 578 CP). Y es que uno de los principales problemas de que adolece dicha normativa es, precisamente, la excesiva amplitud con que regula dichas conductas, según se expondrá a continuación. Sería deseable, por lo tanto, que tales críticas, cuyo exponente de mayor autoridad viene representado por el reciente dictamen de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU⁴⁶ sirvieran de pauta para una más precisa configuración jurídico-penal del término “elemento terrorista”. Al margen de consideraciones de derecho sustantivo, no cabe duda de que ello contribuiría a consolidar en la práctica el criterio de excepcionalidad en la aplicación de este tipo de suspensión de derechos.

En este orden de cosas, no hay que olvidar que el Tribunal Constitucional ya zanjó en la Sentencia 199/1987 la cuestión de los apogetas en cuanto éstos quedaban extramuros de la influencia del artículo 55.2 CE. En el Fundamento Jurídico 4º de la mencionada sentencia, el Alto Tribunal entendía que “[...] la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos. Los supuestos [...] apologistas [...] son precisamente supuestos en los que se excede del ámbito de la pura apología, pudiendo incluirse, en su caso, en el artículo 1.2 k) de la propia LO 9/1984. Por todo ello, debe considerarse contraria al artículo 55.2 CE la inclusión de quienes hicieran apología de los delitos aludidos, en el artículo 1 de la Ley en el ámbito de aplicación de esta última en la medida en que conlleva una aplicación a dichas personas de la suspensión de derechos fundamentales previstos en tal precepto constitucional, es decir, en relación con los artículos 13 a 18 de la LO 9/84 [...]”.

La normativa actualmente en vigor, lejos de reducir estos supuestos a la intervención directa, tiende a ampliar de forma desmesurada el ámbito personal de aplicación, hasta hacer que las “personas determinadas” a las que se refiere el artículo 55.2 CE sean todas aquellas integradas en bandas armadas o elementos terroristas o que de alguna forma colaboren con ellas⁴⁷. Así se desprende del ámbito de aplicación subjetivo de la normativa relativa a delitos de terrorismo (arts. 571 a 578 CP), que ha sido objeto de crítica doctrinal por criminalizar no sólo la tradicional autoría y participación en todas aquellas conductas constitutivas de delitos de terrorismo en sentido estricto (lesiones, asesinados, daños, lesiones al patrimonio, etc.), sino también la intervención de personas que, en rigor, no tienen porqué mantener ninguna relación directa con el terrorismo⁴⁸.

⁴⁶ Informe de 14 de mayo de 2008 elaborado por el Relator especial sobre la promoción y la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la lucha contra el terrorismo, sobre su visita a España. Conviene, simplemente apuntar, en este momento que en opinión del Relator la referencia a “cualquier otro delito” del artículo 574 CP, la noción de “colaboración” del artículo 576 CP y la disposición enmendada del artículo 577 CP sobre la violencia callejera conllevan el riesgo de un “deterioro gradual”, es decir, que poco a poco se vaya ampliando la noción de terrorismo a actividades que no constituyen y no guardan suficiente relación con actos de violencia grave contra la población en general.

⁴⁷ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 394.

⁴⁸ Así lo manifiestan, muy acertadamente, FERNÁNDEZ SEGADO, “La suspensión de derechos” p. 637 y SERRANO ALBERCA, “Artículo 55”, p. 1008, entre otros.

Así lo ha puesto de manifiesto entre otros autores, Asua Batarrita. Esta autora, tras diferenciar los delitos de terrorismo realizados por miembros o colaboradores de una organización terrorista (artículos 571 a 576 CP) de los que vienen denominándose como “terrorismo menor o periférico”, por la ausencia de vinculación a grupos terroristas por parte de los autores materiales de los mismos (artículo 577 CP), pone de relieve la controversia punitiva que implica la consideración de “delito de terrorismo” de unas conductas de distinta entidad lesiva de lo que ha de adquirir la condición de delito de terrorismo, en cuanto exigencia de peligro para la vida o gran perjuicio económico⁴⁹, donde las finalidades de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública se conforman como el elemento subjetivo del injusto. La exigencia de relación de inmediatez –continúa esta autora– entre la finalidad y las características concretas del delito animado por ella, debe operar como criterio restrictivo en los supuestos en que la conducta básica no tenga entidad para afectar de forma sensible los procedimientos democráticos. Esta comprobación no es necesaria cuando concurra el peligro de afección a las condiciones básicas que sustentan la paz pública, en concordancia con el propósito del autor. Pero cuanto menor sea la entidad de los actos delictivos y más alejados se encuentren sus autores de la estructura o programa de coordinación terrorista, la comprobación de ese requisito se convierte en decisivo para la tipificación del hecho como delito común o como terrorista. Debe evitarse –en opinión de Asua Batarrita– que un entendimiento formalista, alejado de su fundamento material convierta el elemento subjetivo en constitutivo de calificación típica, desnaturalizando el significado de gravedad que es inherente al terrorismo⁵⁰.

Así, un Derecho Penal del hecho, que rechaza la incriminación de pensamientos o de actitudes internas del plano psicológico de las intenciones, sólo adquiere relevancia en cuanto conectado a una base empírica, real o a través de la que se exterioriza. La intención tiene que expresarse en las circunstancias externas de la conducta, de forma que sea verosímil la dirección lesiva hacia la afección de los bienes jurídicos a los que implícitamente se refieren los elementos subjetivos típicos.

La cuestión de que se actúa con la finalidad de causar una grave alteración de la paz pública debe deducirse del contexto, sea por tratarse de actividades ordenadas desde un grupo terrorista, sea por los medios de especial contundencia lesiva y de peligro para la generalidad. La finalidad de subvertir el orden constitucional debe corresponderse con el sentido instrumental con que se realiza el delito, de forma que por su entidad o por las circunstancias en que se realiza, sea reconocible la pretensión de incidir o alterar procesos políticos o de decisión institucional. Este entendimiento restrictivo –teleológico de los elementos subjetivos del injusto– garantiza la contención de la tensión expresiva de éstos que puede derivar hacia connotaciones propias del repudiado “derecho penal del ánimo” o “derecho penal de autor”⁵¹.

Por lo tanto, aunque en principio parece que la suspensión contemplada en el artículo 55.2 CE es aplicable sólo a las personas directamente vinculadas con bandas armadas, en cuanto integrantes o miembros de las mismas, ésta también se puede hacer extensiva a individuos ajenos a una organización terrorista cuyos actos, no serían en cualquier otra circunstancia constitutivos de delito, pero que sí lo son, si tales acciones favorecen la realización de las actividades o la consecución de los fines delictivos de una banda terrorista⁵². Así lo destaca, Requejo Rodríguez, cuando subraya que del tenor literal del artículo 55.2 CE se deduce que, en principio, cualquiera puede ver suspendidos los derechos que en él se mencionan, si ello contribuye a la investigación de las actuaciones de bandas armadas o de elementos terroristas⁵³.

⁴⁹ ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, p. 70.

⁵⁰ ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, p. 85.

⁵¹ ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, p. 78.

⁵² VIRGALA FORURIA, “Suspensión de derechos”, p. 76.

⁵³ REQUEJO RODRÍGUEZ, “La suspensión individual de derechos”, p. 276.

Así al margen de los supuestos de apología, lo cierto es que, en el sentido mencionado, la amplitud extensiva con la que están redactados algunos de los tipos penales, ubicados en el ámbito de la sanción del terrorismo, implica que cualquier persona que cometa un acto mínimamente vinculado a una banda armada será objeto de la suspensión prevista en el artículo 55.2. Así, por ejemplo, pudiera darse el supuesto de que personas que colocan carteles de una asociación ilegal cometan el tipo del artículo 576 y, por ende, vean suspendidos los derechos a los que alude el artículo 55.2 CE, al interpretarse que las mismas estarán relacionadas con investigaciones correspondientes con la actuación de bandas armadas.

Como destaca Lamarca Pérez, la extensión operada por el artículo 55.2 CE parece de dudosa constitucionalidad, puesto que la aplicación de dicha suspensión a supuestos en los que como la provocación o la mera relación personal con alguno de los presuntos miembros de un determinado grupo armado, no prueba relación alguna con bandas armadas o elemento terroristas, ni siquiera el conocimiento de sus actividades, que sería el único motivo para autorizar en la Ley y, con carácter individual, la suspensión de los derechos⁵⁴.

En suma, no se trata sólo de que la amplitud extensiva de los delitos de terrorismo actualmente sancionados en el Código Penal pueda llevar indiscriminadamente al procesamiento penal de un buen número de ciudadanos⁵⁵—téngase en cuenta, en este sentido, la totalidad de tipos penales que quedan incursos en el ámbito de los delitos de terrorismo, incluido el tipo de apología (art. 578 CP)— sino también que, desde la perspectiva de una fase previa, esto es, anterior al auto de procesamiento, se produce un relajo excesivo de las garantías procesales que, dentro de la detención preventiva vinculada al ámbito del terrorismo, afecta a cualquier persona de la que se sospeche una relación con bandas armadas, al margen de que dicho “nexo de unión” quede incurso si quiera, en alguno de los comportamientos que son constitutivos de delitos de terrorismo. En efecto, la redacción del artículo 55.2 CE incluye expresiones excesivamente amplias—*“relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”*— que pueden llegar a afectar a conductas que se ubican extramuros del Derecho Penal, afectando dicha suspensión a personas ajenas a los actos de terrorismo⁵⁶ y, en última instancia, a los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia⁵⁷.

d) *Carácter excepcional de la suspensión*

Directamente relacionado con el ámbito subjetivo de aplicación de la suspensión se ubica su carácter excepcional. La doctrina tradicionalmente ha venido calificando la presente regulación como Derecho excepcional, como legislación de emergencia permanente, que se justifica por la propia defensa del orden democrático y del mismo Estado de Derecho⁵⁸, cuya aplicación debe reducirse a los concretos casos especificados por la ley.

El Derecho de excepción en cuanto respuesta que el Ordenamiento Jurídico constitucional ofrece ante situaciones de crisis, esto es, ante situaciones fácticas en las que la seguridad interior o exterior del Estado pueda estar en peligro, puede ser activado cuando las instituciones representativas no puedan

⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 395.

⁵⁵ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, p. 395.

⁵⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, “Suspensión de los derechos y libertades”, p. 571.

⁵⁷ Así lo recoge, muy acertadamente, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 364, cuando subraya que “Se trata, por lo tanto de una suspensión general puesto que las personas que la padecen no son todavía terroristas, se decide por la autoridad gubernativa que carece de competencia para determinar quiénes están integrados o relacionados y lesiona directamente la seguridad jurídica y la presunción de inocencia”.

⁵⁸ Por todos, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, p. 123.

hacer frente, con los instrumentos ordinarios y permanentes, que el Ordenamiento Jurídico proporciona al Estado, a situaciones que se sitúan al margen de la legitimidad y la racionalidad del mismo⁵⁹. Sólo, por lo tanto, ante situaciones extremas y especialmente peligrosas para la seguridad del Estado, siempre con los controles políticos y jurídicos oportunos, el Ordenamiento podrá optar por la declaración de un Estado de Excepción o, a tenor del objeto del presente trabajo, por la suspensión temporal de algunos derechos fundamentales de determinadas personas.

El carácter excepcional de esta clase de medidas se debe pues a la existencia de una situación que, en cuanto extrema, hace balancearse los pilares del Estado Democrático y de Derecho, requiriéndose, en estos supuestos, la adopción de medidas que, dentro de la estructura del Estado de Derecho, faciliten el abordaje de una situación que se sitúa al margen de la legalidad, afectando, en el sentido mencionado, a la seguridad del Estado.

En este sentido, por lo que respecta a la suspensión del artículo 55.2 CE que ha sido tildada por un sector doctrinal mayoritario, como una situación de excepcionalidad, sólo parece fundamentarse en la existencia de casos o supuestos de crisis, ubicados al margen de la legalidad que afectan directamente a la seguridad e integridad del Estado.

No se trata de una medida exclusiva del Ordenamiento Jurídico español, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite igualmente la posibilidad de que el Estado Democrático suspenda el ejercicio de determinados derechos fundamentales en el marco de la represión de la delincuencia terrorista, basándose para ello en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 que establece lo siguiente:

“1.- En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2.- La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3.- Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

Así lo contempló por ejemplo en la Sentencia de 1 de julio de 1961 del caso *Lawless* contra República de Irlanda donde consideró que convenía la aplicación del artículo 15 CEDH ante el crecimiento progresivo y alarmante de los actos terroristas ya que: “en el contexto general del artículo 15 del Convenio el sentido normal y habitual de las palabras “algunos peligros públicos que amenacen la vida de la nación” es suficientemente claro [...] y se refiere a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada, a la vida de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado”⁶⁰. Sin embargo, según afirma el propio Tribunal los Estados no disponen de un poder ilimitado que permita la derogación arbitraria de las obligaciones convencionales, debiendo darse circunstancias excepcionales que realmente amenacen la vida de la Nación, para que sea de aplicación el contenido del artículo 15 CEDH⁶¹

⁵⁹ CARRILLO, “Defensa del Estado”, p. 226.

⁶⁰ Fundamento Jurídico 28º del Caso *Lawless v. Ireland*, de 1 de julio de 1961.

⁶¹ Fundamento Jurídico 25 del Caso *Nuray Sen v. Turkei*, de 17 de junio de 2003.

En este sentido, el artículo 15 CEDH funciona como una especie de “reserva”, como una excepción legalmente establecida a la que pueden acudir las Partes Contratantes en caso de que se produzcan emergencias públicas que amenacen la vida de la nación; hecho éste que permitirá, sin que sea considerada contraria al CEDH, la suspensión de las obligaciones contraídas con el presente Instrumento Internacional. El problema que suscita la excepción contemplada en el artículo 15 CEDH es, como ya destacase Mr. G. Maridakis en su voto particular al caso *Lawless v. Ireland*, la ausencia de determinación del conjunto de emergencias que pueden llegar a amenazar la vida de la nación, que en su opinión debe ser entendido “como una situación excepcional que pone en peligro o podría poner en peligro la estabilidad de la política pública, conforme lo legalmente expresado por los ciudadanos”⁶². Si bien podría entenderse la suspensión del artículo 55.2 CE como desarrollo del artículo 15 CEDH que permite la derogación de las obligaciones convencionales, lo cierto es que, atendida la amplitud extensiva del ámbito de aplicación subjetivo del artículo 55.2 CE, parece que éste se aleja sobremanera de los presupuestos que, según el artículo 15 CEDH fundamentan dicha derogación. En efecto, si bien el CEDH alude a guerras o peligros públicos que amenacen la vida de la nación y éstos se han de relacionar con situaciones excepcionales que amenacen la estabilidad de la política, parece que la suspensión constitucional del artículo 55.2 ha sobrepasado los límites de la excepcionalidad haciéndose extensiva la misma, incluso, en aquellos casos de “presuntos colaboradores o personas relacionadas”, conceptos todos ellos que no parecen identificarse con situaciones excepcionales que amenacen la vida de la nación.

Pues bien, aunque existan argumentos jurídicos que favorezcan en momentos determinados y excepcionales la adopción de medidas restrictivas de derechos, lo mencionado respecto a la flexibilización y amplitud extensiva del ámbito abarcado por los delitos de terrorismo lleva a que su aplicación, en la práctica, contradiga dicha excepcionalidad frente a lo contemplado en el tenor literal del artículo 55.2 CE y en las previsiones convencionales del artículo 15 CEDH.

Siguiendo en este punto a Asencio Mellado, la excepcionalidad no puede quedar reducida a un principio que se refleja en la norma como mero calificativo inaplicable en una realidad cuyo desarrollo legal y práctico niega⁶³. En efecto, el legislador no es absolutamente libre para promulgar normas que estime convenientes, debiendo ceñirse su labor al contenido constitucional que, en el caso específico de la restricción de derechos fundamentales, no puede convertirse en una norma general, debiendo estar dicha privación de derechos, específicamente fundamentada en una necesidad transitoria y en un fin digno de protección en el Estado de Derecho. Como ya recogiera en su día Lamarca Pérez, la excepcionalidad en la restricción de derechos y en concreto del derecho a la libertad que viene amparada por el propio artículo 55.2 CE, no implica que los mismos se exceptúen ordinariamente frente a determinados sujetos, como pueden ser los supuestos terroristas, sino más bien, al contrario, una interrupción temporal del ejercicio de esos derechos reconocidos, sin excepción, para todos los ciudadanos, puesto que la restricción permanente, así entendida para determinados colectivos de ciudadanos, es manifiestamente contraria al texto constitucional⁶⁴ y al internacional.

Directamente relacionado con la excepcionalidad que debe concurrir en los presupuestos que legitiman la adopción de la restricción, el principio de proporcionalidad también debe estar presente a la hora de decidir sobre la aplicación o no de la concreta limitación de derechos. El respeto a la proporcionalidad exige que el sujeto sobre el que recae la restricción de libertad esté obligado a soportar la medida, en atención a su posición procesal, no siendo posible aplicar medidas penales a quien no está imputado, salvo los que la norma prevé para los testigos o peritos que no acuden a prestar declaración o cuando la injerencia en la restricción de libertad no es idónea, ni indispensable para conseguir la finalidad legítima,

⁶² Voto Particular de Mr. G. Maridakis en el Caso *Lawless v. Ireland*, de 1 de julio de 1961.

⁶³ ASCENCIO MELLADO, “La libertad de movimientos”, p. 39.

⁶⁴ LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista”, p. 957.

sancionada en la norma, debiéndose en último término, llevarse a cabo en el caso concreto, un análisis de proporcionalidad que valore la intensidad de la medida y la gravedad de la conducta imputada o el fin pretendido⁶⁵. Como tendremos ocasión de comprobar más adelante, el análisis de proporcionalidad al que aludimos se convierte en indispensable a la hora de aplicar la medida de incomunicación en supuestos de terrorismo.

Cabría, en este sentido, plantearse si no se está recurriendo desmesuradamente a expresiones tan genéricas como “amenaza para la vida de la nación”, “seguridad” o “paz social”, con el fin de fundamentar restricciones de derechos en aras a investigar conductas que, desde el punto de vista fáctico, tienen una relación tan mínima con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas que difícilmente cabe concebir que pongan en peligro bienes tan esenciales.

En este orden de cosas, el instituto de la suspensión de los derechos y libertades sólo puede justificarse en la medida en que en la vida del Estado aparezcan situaciones excepcionales y de emergencia, no pudiendo admitirse que la CE, haya autorizado con carácter general que por Ley Orgánica puedan establecerse restricciones de carácter ordinario al ejercicio de los derechos⁶⁶. Lamarca Pérez desarrolla esta idea, afirmando que si la CE hubiera querido autorizar ese mecanismo de suspensión con carácter general, lo habría incluido expresamente en el catálogo de los límites normales al ejercicio de los derechos y cuando no lo hizo, es porque no considera tolerable esas restricciones más que en “situaciones excepcionales”, es decir, transitorias⁶⁷.

e) *Síntesis*

Por lo que respecta a una primera aproximación al artículo 55.2 CE, si bien hay que convenir con la doctrina mayoritaria en que el desarrollo normativo de la suspensión de derechos a través de una norma de vigencia indefinida (LECrim) no convierte a la presente limitación de derechos en una supresión de los mismos, lo cierto es que existen una serie de elementos que alejan a este precepto de la supuesta naturaleza excepcional con la que surgió inicialmente.

Como ya viniera recogiendo la jurisprudencia en numerosas ocasiones la existencia de un situación de restricción de derechos como la contemplada en el número 2 del artículo 55 CE sólo puede sostenerse bajo el amparo de los requisitos de legalidad que, además de exigir una norma de naturaleza orgánica, requiere que la suspensión sea excepcional y proporcional en todas las manifestaciones.

A tenor de lo mencionado en el presente epígrafe, salvo el presupuesto de la naturaleza orgánica de la norma de desarrollo no parece que inicialmente los presupuestos de la suspensión se sujeten a los imperativos de la legislación aludida, fundamentalmente por dos razones ya aludidas.

En primer lugar, puesto que debiendo tratarse de una suspensión individual en determinados casos y respecto de determinadas personas las diversas interpretaciones que se realizan acerca de los conceptos contemplados en dicho precepto parecen acoger a cualquier persona que ostente un mínimo vínculo con

⁶⁵ ASENCIO MELLADO, “La libertad de movimientos”, p. 42.

⁶⁶ MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, p. 127.

⁶⁷ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 368, en este sentido, sigue apuntando que la suspensión de derechos es para la CE una medida traumática que es preciso justificar, invocando la existencia de una amenaza al orden constitucional, pero esa amenaza no puede considerarse como una situación permanente; puede ser duradera, pero en todo caso ha de justificarse periódicamente a fin de hacer patente su carácter excepcional y su distinción de las limitaciones ordinarias al ejercicio de los derechos fundamentales, precisamente porque la Ce quiso que determinadas restricciones a esos derechos fuesen extraordinarias, es decir, que su legitimidad hubiera de justificarse invocando una situación excepcional, que es, por definición, transitoria.

una banda armada o elemento terrorista, salvo el supuesto de los apologetas que, como ya lo manifestase el TC, quedan fuera del ámbito de influencia del precepto.

Y, en segundo lugar, por lo que respecta a la naturaleza excepcional con la que surge esta medida de suspensión, salvo que consideremos a la norma reguladora de las conductas que ostentan la condición de delito de terrorismo, de naturaleza excepcional por imperativo legal, no parece que la suspensión de derechos del artículo 55.2 CE ostente dicho carácter, puesto que, a excepción de los supuestos de apología, todo parece indicar que se aplicará con “normalidad” en todos los “casos” de personas relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas, no respondiendo la aplicación práctica del precepto, ni a una individualización concreta de la restricción de derechos, ni a la gravedad, ni proporcionalidad de determinados supuestos de terrorismo.

B) DERECHOS OBJETO DE SUSPENSIÓN: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 17.2 CE

a) Introducción

Sin obviar la trascendencia jurídica que implica la suspensión de la totalidad de los derechos contemplados en el artículo 55.2 CE, a la luz del objeto del presente trabajo y, habida cuenta de la vinculación de la incomunicación con la detención preventiva, nos limitaremos al análisis del alcance de la suspensión del artículo 55.2 CE únicamente en cuanto afecta al derecho fundamental libertad del artículo 17 CE, en relación con los artículos 520 y 520 bis LECrim, para posteriormente enlazar este tema con la cuestión de la incomunicación, esto es, la detención incomunicada y el alcance de la misma.

En el sentido manifestado, el actual epígrafe se centrará en la detención, en cuanto forma de privación de libertad, incidiendo especialmente en las particularidades derivadas respecto a los supuestos de terrorismo y, en concreto, en la duración y prórroga de la detención y en la autorización de la misma, esto es, en el momento de la intervención judicial para la concesión de dicha prórroga. El análisis de esas dos cuestiones centradas en el ámbito de las especificidades procesales en materia de delitos de terrorismo se conformará como la antesala necesaria para el posterior estudio de la incomunicación y el alcance de la misma.

El tenor literal del artículo 17.2 CE establece lo siguiente: *“la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”*.

A tenor del contenido literal del presente precepto la duración máxima de la detención no podrá exceder, en todo caso, de 72 horas, tiempo suficientemente amplio como para que se puedan realizar todas las averiguaciones oportunas antes de poner al detenido en libertad o a disposición judicial⁶⁸. Vamos a centrar la atención en dicho plazo de detención preventiva que puede ser prolongado en los supuestos de terrorismo, al amparo del artículo 55.2 CE hasta el límite máximo previsto en el artículo 520 bis 1) LECrim.

Siguiendo los dictados del artículo 55.2 se podrán suspender las garantías relacionadas con la detención preventiva *“para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”*, concretándose dicha suspensión en la ampliación del plazo

⁶⁸ REQUEJO RODRÍGUEZ, “¿Suspensión o supresión?”, p. 123.

máximo de detención preventiva, “*el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las 24 horas siguientes*” (art. 520 bis 1) LECrim).

En efecto la suspensión de derechos contemplada en el artículo 55.2 CE y, específicamente, la relativa al artículo 17.2 CE, esto es, la duración del período de detención preventiva, encuentra su desarrollo, en el sentido mencionado anteriormente, en el artículo 520 bis 1) LECrim que dispone la prórroga de la duración de la detención preventiva, en los supuestos de terrorismo, hasta un máximo de 24 horas más respecto del período ordinario de 72 horas en los siguientes términos: “*1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización como la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada*”.

b) Detención preventiva: duración y prórroga

En general, por lo que respecta al plazo de la detención preventiva, según se viene considerando por un importante sector doctrinal, la duración de las 72 horas contempladas en el artículo 17.2 CE, está directamente conectada con el hecho de atribuir a la Policía Judicial una función autónoma de investigación en los primeros momentos, atendiendo a la necesidad de llevar a cabo de forma inmediata una investigación preliminar y urgente que requiere de la presencia del imputado⁶⁹. De hecho, tal y como se viene subrayando, en tanto instrumental de la investigación y eficacia misma del proceso, la duración de la detención es difícilmente concebible en un plazo inferior al constitucionalmente establecido, mientras sea identificada con actos de investigación policiales⁷⁰. Por lo que respecta al artículo 55.2 CE la polémica se centra en la existencia o no de fundamento jurídico que avale la ampliación de la duración de la detención hasta 24 horas más, siguiendo vigentes los derechos de los detenidos contemplados en el artículo 520 LECrim, esto es: a) derecho a guardar silencio; b) derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; c) derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para asistir en las diligencias policiales y judiciales; d) derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de la custodia en que se halle en cada momento; e) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete; f) derecho a ser reconocido por el médico forense.

Antes de entrar directamente a analizar los distintos posicionamientos doctrinales existentes en torno a la existencia o no de fundamento jurídico en la prórroga de la detención preventiva hasta 2 días más, es preciso centrar mínimamente la atención en los posicionamientos internacionales acerca de lo que ha de considerarse por “*tiempo necesario para los fines investigadores*” y, desde esta perspectiva, aproximarse a la jurisprudencia del TEDH que, a la luz del tenor literal del artículo 5.3 CEDH, ya se pronunciado en varias ocasiones acerca de lo que viene considerando “*plazo razonable de detención*”.

El artículo 5.3 del CEDH se ocupa de los supuestos de privación de libertad, esto es, de los casos de detención y en concreto de la duración de la misma. Según su tenor literal: “*3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c. del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales*

⁶⁹ ASECIO MELLADO, “La libertad de movimiento”, p. 47.

⁷⁰ ASECIO MELLADO, “La libertad de movimiento”, p. 49.

y, tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio [...]”.

En este orden de cosas, siguiendo con el contenido literal de este precepto, el artículo 5.1.c. dispone lo siguiente: “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley [...]*”.

c. Si ha sido privado de libertad y detenido, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios de racionalidad de que ha cometido una infracción o que huya después de haberla cometido; [...]”.

Pues bien, a la luz de este precepto, el CEDH determina que, en cualquier caso, la detención de una persona, con la privación de libertad que esta situación implica, se producirá cuando existan indicios racionales de haber cometido una infracción, debiendo ser conducida dicha persona, una vez detenida, sin dilación a presencia de un Juez. Es cierto que el CEDH no resulta nada explícito en la concreción de la expresión “sin dilación”, sin embargo, el TEDH, en el sentido manifestado, ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse al respecto sobre un concepto tan genérico, pero a la vez, tan explícito. Aunque ha sido muy variada la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de la expresión “ser conducida sin dilación”, ésta ha venido siendo identificada con la idea de “inmediatez”, debiendo limitarse la duración de la detención al “tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos”, en general, no más de veinticuatro horas y, en ningún caso, más de setenta y dos, sin ser puesto a disposición judicial⁷¹.

Así, en el caso *Lawless*, el TEDH declarará el 1 de julio de 1961 que la aplicación por Irlanda de la Ley de delitos es contraria a la seguridad del Estado y la práctica de una detención por cinco días vulneraba el artículo 5.3 Convenio; en el caso *Irlanda contra el Reino Unido*, el TEDH declaró el 18 de enero de 1978 que la detención por cinco días permitida por leyes antiterroristas británicas vulneraba el citado artículo 5.3; el 29 de noviembre de 1988 dictó una sentencia condenatoria del Reino Unido (caso *Brogan y otros*), al entenderse que la detención de 4 personas por un período de entre cuatro días y 6 horas a 6 días y 16 horas suponía una vulneración del artículo 5.3, aun teniendo en cuenta la difícil situación de Irlanda del Norte, ya que ninguno de los detenidos había sido rápidamente conducido ante un Tribunal o libertado. Hay que recordar, sin embargo, que en la propia sentencia de 1988, el TEDH señaló para el caso británico que “la situación de Irlanda del Norte tiene la consecuencia de aumentar el plazo en que las autoridades pueden, sin violar el artículo 5.3, mantener una detención preventiva a los sospechosos de delitos terroristas graves, antes de ponerlos a disposición de un Juez u otra autoridad, que la Comisión Europea de Derechos Humanos, consideraba compatible con el artículo 5.3 el plazo de 5 días de detención en casos excepcionales; en la Sentencia del caso *Abdulsamet Yaman v. Turkey* de 1996 establece que el plazo de 9 días durante el que el demandante, acusado de colaborar con el PKK, estuvo detenido sin control, ni intervención judicial alguna supuso una violación del derecho a ser conducido sin dilación a presencia de un Juez (art. 5.3) a pesar de ser la detención conforme a la legislación turca. En este sentido, continúa el Tribunal, aunque el artículo 15 CEDH permita la derogación de las obligaciones convencionales en caso de peligro público que amenace la vida de la nación, como pueden ser algunos supuestos de terrorismo, las autoridades no tienen “carta blanca” (*carte blanche*) al amparo del artículo 5 para arrestar y detener a sospechosos durante un período de tiempo tan amplio como el de 9 días sin control judicial efectivo⁷².

⁷¹ Véanse, en este sentido la Sentencia del caso *Wemhott* de 27 de junio de 1968; la del caso *Wilde, Coms y Wersyp*, de 18 de junio de 1971; la del caso *Jong, Balget y Van de Brink*, de 22 de mayo de 1984.

⁷² Fundamento Jurídico 73 del Caso *Abdulsamet Yaman v. Turkey*, de 2 de noviembre de 2004. En idéntico sentido acerca de la necesidad de un control judicial efectivo, véanse el Fundamento Jurídico 47 del Caso *Affaire Bilen c. Turquie*, de 21 de febrero de 2006; y el Fundamento Jurídico 64 del Caso *Affaire Diril c. Turquie*, de 19 de octubre de 2006, entre otros.

El Tribunal mantiene unas líneas generales de interpretación y aplicación del artículo 5 que suele plasmar en la mayoría de sus sentencias. Según ellas, las expresiones “legal” (lawful) y “conforme a derecho” (in accordance to a process prescribed by law) remiten, principalmente al derecho interno y suponen, por tanto, una obligación para el Estado de legislar la materia⁷³. El TEDH, subsidiariamente a los Tribunales internos, puede revisar la conformidad de la detención respecto a la legislación interna desde la óptica de los fines del artículo 5 y verificar si la propia norma legal se ajusta a los fines y requisitos del Convenio (Nevmerzhtsky v. Ukraine, Fundamento Jurídico 109). Además y, al margen de la comprobación de legalidad como conformidad con el derecho interno, el Tribunal deberá apreciar la compatibilidad de la detención con el propósito del artículo 5, esto es, evitar que las personas sean objeto de detención de manera arbitraria (Nevmerzhtsky v. Ukraine, Fundamento Jurídico 110).

La sentencia del caso Nevmerzhtsky v. Ukraine recuerda que uno de los primeros requisitos de “legalidad” es que la orden haya emanado de un órgano judicial; la ausencia de tal requisito conlleva la declaración de violación del artículo 5.1.c), al igual que el hecho de que la detención no se sometiese tampoco a posterior control judicial supone una vulneración autónoma del artículo 5.3 del Convenio.

En definitiva, como criterio interpretativo del artículo 5 es esencial tener en cuenta la finalidad de prevención de la arbitrariedad, que se traduce, entre otras cosas, en la exigencia de una “sospecha razonable” (reasonable suspicion) que motive la detención y de una especial diligencia (special diligence) en la actuación de las autoridades para con los detenidos a su cargo⁷⁴. En cuanto a la duración de la detención, el criterio adoptado es el de la razonabilidad de la duración, traducido en la necesidad, la justificación en las circunstancias concretas por la persistencia de la sospecha razonable y el carácter de último recurso efectivo disponible de tal detención⁷⁵.

Por ello, como ya ha declarado muy acertadamente Lamarca Pérez, la duración de la detención preventiva derivada del artículo 520 LECrim tropieza directamente con el artículo 5.3 CEDH, de acuerdo con el cual, toda persona detenida preventivamente “deberá ser conducida sin dilación a presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento⁷⁶.”

Por lo tanto, si la propia duración ordinaria de la detención preventiva (72 horas) puede llegar a resultar contraria a las previsiones convencionales internacionales, la prórroga de la misma hasta un máximo de 48 horas más arroja más sombras que luces a la presente normativa. De hecho, uno de los elementos más polémicos en la evolución legislativa de la detención preventiva ha venido siendo la concreta duración de la misma y la prórroga hasta **“el tiempo necesario para los fines investigadores”**⁷⁷. Tal y como se ha recogido en el primer epígrafe, la prórroga de la detención preventiva ha pasado de un plazo máximo 10 días (artículo tercero LO 11/1980 y artículo 13 LO 9/1984) a los 5 días actualmente en vigor (artículo 520 bis 1) LECrim).

El propio Tribunal Constitucional, también tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión respecto a la prórroga de 7 días de detención preventiva que se contemplaba en el artículo 13 LO 9/1984. Sin

⁷³ Téngase en cuenta, entre otros, el Fundamento Jurídico 20 del Caso Nuray Sen v. Turkey, de 17 de junio de 2003; el Fundamento Jurídico 73 del Caso Abdulsamet Yaman v. Turkey, de 2 de noviembre de 2004; el Fundamento Jurídico 47 del Caso Yasar v. Turkey, de 24 de enero de 2006; el Fundamento Jurídico 38 del Caso Affaire Bilen c. Turquie, de 21 de febrero de 2006; y el Fundamento Jurídico 63 del Caso Affaire Diril c. Turquie, de 19 de octubre de 2006.

⁷⁴ En este sentido, téngase en cuenta el Fundamento Jurídico 23 del Caso Nuray Sen v. Turkei, de 17 de junio de 2003.

⁷⁵ Véanse, en este sentido, el Fundamento Jurídico 104 del Caso Mitev v. Bulgaria; el Fundamento Jurídico 22 del caso Nuray Sen v. Turkey, de 17 de junio de 2003; y el Fundamento Jurídico 49 del Caso Yasar v. Turkey, de 29 de enero de 2006.

⁷⁶ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento Jurídico del terrorismo*, p. 405.

⁷⁷ Como destaca MESTRE DELGADO, *Delincuencia Terrorista*, p. 142, la finalidad no es otra sino la de garantizar el máximo éxito en la extensión de la investigación y de la acción policiales.

entrar en lo que debería considerarse como plazo razonable de la detención provisional, el Alto Tribunal remitiéndose tanto al artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 como al artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, disponía “que éstos requieren la conducción del detenido en el plazo más breve posible, no pudiendo durar más del tiempo estrictamente necesario” para la realización de las correspondientes averiguaciones, implicando, todo ello, que el legislador debía ponderar tanto las exigencias derivadas de las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, como la aplicación del criterio de la necesidad estricta y de la mayor brevedad posible, resultando –dirá– el artículo 13 mencionado, excesivo y pudiendo implicar una penosidad adicional y una coacción moral, máxime⁷⁸.

En efecto, en la Sentencia 199/1987 el Tribunal Constitucional no duda en considerar al artículo 13 de la anterior LO 9/1984 como excesivo y contrario a las previsiones internacionales reguladoras de la duración de la detención preventiva, por cuanto, dicho plazo de 10 días implicaba en palabras del propio TC, una penalidad añadida a la situación de privación de libertad que debía soportar el detenido en situación de prevención. Dicho pronunciamiento comporta, entre otras cuestiones, la derogación del plazo máximo de detención preventiva de 10 días, reduciéndose el mismo al actualmente en vigor de 5 días de duración máxima.

Si bien el Alto Tribunal no parece considerar contraria al artículo 5.3 CEDH la duración máxima actualmente en vigor, la doctrina sí se ha cuestionado el fundamento y el objetivo de la misma. Así, en el sentido mencionado anteriormente, partiendo de que el fundamento del plazo ordinario de detención de 72 horas está directamente vinculado con el hecho de atribuir a la Policía judicial una función autónoma de investigación en los primeros momentos⁷⁹, un importante sector doctrinal se plantea una doble cuestión a este respecto. Por un lado, la necesidad o no de ampliar hasta 5 días la detención, teniendo en cuenta que el propio plazo ordinario se considera más que suficiente, con las medidas técnicas actuales para llevar a cabo las correspondientes investigaciones⁸⁰; y, en segundo lugar, la peligrosidad que implica una medida de estas características porque se presta a convertirse en un instrumento de doblegamiento de la voluntad que contradice los derechos reconocidos en el artículo 24.2 CE, teniendo en cuenta que, a pesar de la prórroga, siguen estando vigentes el derecho a no declarar contra uno mismo, ni a confesarse culpable⁸¹.

No les falta razón a este grupo de autores al cuestionar la amplitud del plazo máximo de detención preventiva que, en los supuestos de terrorismo, puede hacerse extensivo hasta 5 días. No se puede olvidar que en la actual sociedad de la información y de las tecnologías la consideración de la duración de 5 días como tiempo necesario para los fines investigadores tropieza, sin embargo, con los avances tecnológicos en materia de técnicas de investigación policial para el descubrimiento de indicios racionales de criminalidad. Las técnicas de ADN, las prácticas de identificación lofoscópica, las de analítica, son ejemplos de fines investigadores que, a día de hoy, no requieren para su desarrollo de un plazo tan amplio de 5 días como el proclamado en el artículo 520 bis 1) LECrim.

De hecho, siguiendo las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dos son las diligencias de prevención que debe realizar la Autoridad gubernativa: el reconocimiento de identidad y la declaración del detenido. En idéntico sentido, el funcionario debe, una vez practicada la detención, comunicar de

⁷⁸ Fundamento jurídico 7 de la Sentencia 199/1987, del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre.

⁷⁹ Como recoge ASENCIO MELLADO, “La libertad de movimientos”, p. 49, este plazo atiende a la necesidad de llevar a cabo de forma inmediata una investigación preliminar y urgente que requiere de la presencia del imputado, incluso para que pueda prosperar el procedimiento mismo. En este mismo sentido, BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, p. 81.

⁸⁰ Así lo recoge muy acertadamente LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista”, p. 982, que califica la prórroga de dos días más de innecesaria y peligrosa.

⁸¹ LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista”, p. 982.

inmediato la realización de la medida precauteladora al Juez o al Ministerio Fiscal (art. 284 LECrim) sin que, en ningún caso, tal comunicación pueda superar el plazo de 24 horas (art. 295 LECrim); no debiendo realizar ninguna otra diligencia en el supuesto en el que se presentare en el lugar de la detención las autoridades anteriormente mencionadas (art. 286 LECrim); estando sólo capacitada para invitar al detenido a firmar el atestado. En consecuencia, un plazo de detención que supere la inmediatez de la entrega del detenido a la autoridad judicial, se reduce a aquellos supuestos en los que hay que realizar la diligencia de prevención consistente en invitar al detenido a firmar el atestado. El plazo, por tanto, debe ser el estrictamente necesario para el traslado del detenido ante el Juez, más y sólo en los casos en que así suceda, el tiempo que se invierte en invitar a firmar el atestado al detenido, ya que si se niega a declarar, la entrega debe ser inmediata.

Con ello no se está negando a la policía judicial la competencia para el ejercicio de las diligencias necesarias para comprobar la comisión de delitos, descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro (art. 282 LECrim). Sin embargo, en ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de policía judicial podrán dejar transcurrir más de 24 horas sin dar conocimiento a la Autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, tal y como recoge el ya mencionado artículo 295 LECrim, máxime cuando el detenido se puede acoger a su derecho a no declarar, sin que, en estos supuestos, surja indicio alguno que motive la realización de algunas de las diligencias previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En estos casos, como muy acertadamente destaca este grupo doctrinal, el plazo de 24 horas, es el límite máximo del que podría disponer la Autoridad gubernativa, resultando, a todas luces excesiva la duración inicial de 72 y, por ende la prórroga de otras 48 horas más⁸².

En segundo lugar, por lo que a la consideración de medida peligrosa a la que aluden estos autores, hay que convenir con los mismos, que la detención y la prórroga de la misma, no implican la suspensión de los derechos del detenido, contemplados en el artículo 520 LECrim, ni mucho menos del resto de derechos fundamentales. Aquí el problema, tal vez se encuentra en las dificultades que plantea la conjugación del artículo 17.2 CE y los artículos 17.3 y 15 CE que proclaman para los detenidos el derecho a no declarar y el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, a lo que debe añadirse que la detención en la LECrim ha de significar el momento culminante de las actuaciones policíacas que han llevado a evidenciar los indicios racionales de criminalidad del sujeto afectado⁸³. Así, parece difícil imaginar qué es lo que se puede conseguir con la prolongación de la detención si el detenido puede constitucionalmente negarse a declarar y la policía no puede actuar coactivamente⁸⁴ contra quien se encuentra bajo su custodia⁸⁴.

Así, si el detenido no quiere declarar, amparándose en su derecho a “callar” y a no confesarse culpable, la prórroga de la detención durante 48 horas más que, carece, en este sentido de fundamento jurídico alguno, se convierte en una forma de construir un espacio privado de libertad, un fraude para vaciar de contenido el artículo 17 CE y las garantías contempladas en la LECrim⁸⁵, que sólo puede llegar a favorecer la creación de un ámbito en el que la arbitrariedad de las autoridades gubernativas se traduzca, en determinadas ocasiones, en lesiones a los derechos fundamentales de los detenidos.

⁸² PORTILLA CONTRERAS, “Desprotección de la libertad y seguridad personal”, p. 371.

⁸³ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, p. 982.

⁸⁴ VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos”, p. 95.

⁸⁵ Así se manifiesta, entre otros, MUÑAGORRI LAGUÍA, “De Estado protector a la autoprotección del Estado”, p. 319, al cuestionar el contenido esencial del derecho a la libertad y a la dignidad, cuando se establece una sospecha genérica, clara y directamente contraria a la presunción de inocencia, se trivializa la significación que para la libertad y la dignidad tienen ciertas intervenciones sobre las personas como el cacheo, cuando se pretenden legalizar actuaciones que comenzando por el requerimiento de identificación, puede continuar con la inspección de la indumentaria y del cuerpo y puede terminar en una privación de libertad y todo ello en base a la inespecífica búsqueda de algún dato sancionable.

Por último, en esta línea argumental, no se puede perder de vista que la adopción de la prórroga de la duración de la detención no es un imperativo legalmente establecido en el artículo 520 bis 1) LECrim sino, como su propio tenor literal indica, tiene carácter potestativo. La detención “podrá prolongarse” hasta 48 horas para los fines investigadores. El legislador en el año 1988 acordó que la prórroga de la detención, en atención a la gravedad de la limitación de derechos que implicaba, sólo se adoptase en supuestos oportunos en los que la investigación de delitos de terrorismo requiriese de mayor tiempo al previsto para el plazo de detención ordinario.

Por lo tanto, nuevamente habrá que recurrir al análisis de proporcionalidad y de necesidad en la adopción de la prórroga mencionada en el sentido deducido del artículo 55.2 CE y de los estándares mínimos internacionales, anteriormente aludidos, que reclaman inmediatez y control judicial efectivo en la duración de la detención gubernativa (art. 5.3 CEDH).

Sin embargo, a pesar de la naturaleza potestativa aludida, y del análisis de proporcionalidad, de excepcionalidad y del criterio de inmediatez en el control judicial de esta clase de conductas, lo cierto es que, contrariamente a lo postulado desde el ámbito internacional, por lo que respecta a la normativa de la duración de la prórroga de la detención preventiva contemplada en el artículo 520 bis 1) LECrim, existen varias razones que cuestionan la legitimidad del mismo. Por un lado, la vigencia de los derechos reconocidos al detenido fundamentalmente, el de no confesarse culpable y no declarar contra uno mismo; y, por otro lado, la naturaleza de las diligencias que han de llevarse a cabo durante dicho período de tiempo.

En el sentido manifestado, los actuales avances tecnológicos presentes también en el ámbito de las pruebas, reducen considerablemente el tiempo de las investigaciones que, a tenor de la sencillez de las diligencias policiales previas, únicamente precisarán de un plazo máximo de detención de 24 horas hasta la puesta a disposición judicial del detenido. Si a ello, añadimos la vigencia de los derechos procesales del detenido –el derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra uno mismo–, hay que concluir, como ya se ha manifestado, que la duración de 72 horas resulta excesiva y contraria a las previsiones del CEDH y en mayor medida, la prórroga de 48 horas más a la que puede ser sometido el detenido.

c) Autorización judicial de la prórroga

El artículo 55.2 CE habilita, en este sentido, la suspensión de lo previsto en el artículo 17.2 CE, respecto a la duración del plazo de detención máximo de 72 horas que, a tenor de lo contemplado en el artículo 520 bis 1) de la LECrim se puede hacer extensivo hasta 48 horas más para los fines investigadores, siempre que la prórroga de la detención sea solicitada al órgano judicial competente dentro de las primeras 48 horas de detención, teniendo éste un plazo de 24 horas para la adopción de una resolución al respecto. Habiendo sido analizada en el epígrafe anterior la cuestión de la duración de la detención y su prórroga corresponde, en este momento, una aproximación al momento de la intervención judicial, en cuanto aspecto determinante, desde la perspectiva del control judicial, de un plazo tan amplio como el previsto en el precepto mencionado.

Atendido el contenido del artículo 520 bis 1) LECrim, conviene apreciar que, si bien dicho precepto exige como elemento sustantivo de la misma la existencia de una autorización judicial, lo cierto es que inicialmente la propuesta de la prórroga parte de la autoridad gubernativa. Tradicionalmente, y a tenor de la regulación de la detención preventiva existente en las anteriores leyes (LO 4/1980 y LO 9/1984), la cuestión del momento de la intervención judicial resultaba un tema polémico, desde la perspectiva de su legalidad, por parte, fundamentalmente, de quienes reclamaban una intervención judicial previa⁸⁶, frente

⁸⁶ Por todos, BELLOCH, “Introducción al estudio de la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre, p. 23; FERNÁNDEZ SEGADO, “La suspensión de derechos”, p. 655; VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos”, p. 89.

a los que consideraban la posibilidad de prolongación, aun sin decisión judicial, ya que dicha prórroga no era, en su opinión, más que una mera consecuencia del efecto suspensivo del derecho inherente al propio artículo 55.2 CE⁸⁷.

Partiendo de un posicionamiento garantista, los autores contrarios a esta previsión normativa de intervención judicial posterior, consideraban muy acertadamente, que si bien no procedía la prórroga sin la requerida confirmación judicial, lo cierto es que la amplitud extensiva del período en el que se requiere la respuesta judicial (dentro de las primeras 24 horas) pone en entredicho, cuanto menos, la totalidad de garantías procesales que corresponden al detenido, incluido el derecho a abogado de oficio⁸⁸. Esta forma de regular la necesaria intervención judicial de la suspensión del derecho a la libertad del artículo 17.2 CE, parece dotar a la autoridad gubernativa de un espacio procesal sin control judicial alguno, al disponer el órgano jurisdiccional de un plazo máximo de 24 horas para la concesión de la autorización. Sin embargo, contra estas previsiones doctrinales, tal y como veremos a continuación, la autorización judicial para la prórroga de la detención es anterior al inicio de la misma, puesto que, según dispone el actual artículo 520 bis 1) LECrim la autoridad judicial debe pronunciarse sobre la misma durante las últimas 24 horas del plazo ordinario de detención.

Sobre la necesidad de autorización judicial el Tribunal Constitucional, con ocasión de un recurso de inconstitucionalidad a la LO 9/1984, tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la fase en la que debía intervenir el órgano judicial, en consonancia con las previsiones normativas del artículo 13 de dicha Ley, que permitía la prolongación de la detención preventiva por el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se pusiera en conocimiento del Juez, antes de que transcurriesen las 72 horas de la detención, teniendo el órgano jurisdiccional, a partir de dicho momento, un plazo de 24 horas para denegar o autorizar la prórroga propuesta. En este marco normativo podía existir, por lo tanto, un plazo de detención prorrogada, sin autorización judicial alguna, aunque si bien condicionada a la misma⁸⁹.

Pues bien, en su sentencia 199/87, el Tribunal Constitucional contrariamente a lo postulado por el Abogado del Estado que interpretaba que la prolongación sin decisión judicial, no era más que una mera consecuencia del efecto suspensivo del derecho inherente al propio artículo 55.2 CE, puesto que la intervención judicial previa dejaría vacío de contenido dicho precepto, afirma que “no cabe deducir del artículo 55.2 CE una autorización para prolongar la detención más allá de las setenta y dos horas, sin intervención judicial previa que, expresamente, la autorice”. El precepto constitucional –dirá– permite que la detención gubernativa pueda prolongarse más allá de las 72 horas, límite general a la misma previsto por el artículo 17.2 CE, y esa posibilidad de prolongación es la que se configura como la suspensión del derecho reconocido en dicho artículo. La suspensión del derecho –continúa el Tribunal Constitucional– se circunscribe así, exclusivamente, a esa prolongación del tiempo de la detención gubernativa y ni altera el significado procesal de esta detención, ni hace decaer, en principio, las demás garantías que asisten al detenido. Por todo ello, concluye dicho órgano, la prolongación de la detención gubernativa más allá de las 72 horas no puede, ni iniciarse, ni llevarse a cabo, de acuerdo a los artículos 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial; declarando finalmente inconstitucional el mencionado precepto⁹⁰.

⁸⁷ Así lo recogía el Abogado del Estado en el recurso presentado ante el Tribunal Constitucional que dió lugar a la Sentencia 199/1987.

⁸⁸ LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista”, p. 983.

⁸⁹ Téngase en cuenta que la autoridad gubernativa podía agotar el plazo de 72 horas de detención que permite el artículo 17.2 CE para proceder a la solicitud de prórroga judicial y transcurrido dicho plazo de 72 horas, el órgano judicial todavía disponía de unas 24 horas más para adoptar una decisión.

⁹⁰ Véase el Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia 199/1987, del Tribunal Constitucional, de 16 de diciembre.

Por lo tanto, siendo precisa una intervención judicial previa, hay que convenir con diversos autores que el legislador de 1988 asume dicha interpretación constitucional de manera que conforme al nuevo artículo 520 bis 1) LECrim, la solicitud de la prórroga ha de hacerse en el plazo de 48 horas y el Juez autorizará en su caso en las 24 horas siguientes, recayendo, de esta manera, una resolución judicial en el plazo insuperable de las 72 horas de la detención preventiva ordinaria, contempladas en el artículo 17.2 CE⁹¹. Así, contrariamente a quienes apuestan por una prolongación de la detención preventiva, aún sin autorización judicial, hay que recordar, como ya lo manifestase el Tribunal Constitucional, que el artículo 520 bis 1) LECrim ni ampara dicha interpretación, exigiendo la autorización judicial de la misma dentro del plazo “ordinario” de 72 horas, ni suspende otro tipo de garantías procesales, que como la supervisión judicial, adquieren la condición de sustantivas, fundamentalmente, en los supuestos de privación de derechos fundamentales, como constituye la libertad. Una situación contraria a lo puesto de manifiesto supondría, como ya destacara Muñagorri Laguía, una extraordinaria potenciación de la presencia policial en la lógica del proceso, haciendo de la intervención de la policía no un momento cautelar en relación con el modelo de la coerción jurisdiccional, sino una manifestación autónoma de coerción administrativa de la libertad, pareciendo que lo que se espera del proceso, no es tanto la comprobación de la responsabilidad, como la sanción de un juicio de valor, ya establecido previamente, en relación con los imputados o convertir la intervención policial en verdadera sanción intimidatoria anticipada⁹². Con todo, el legislador escoge que el Juez intervenga con carácter previo, autorizando motivadamente la solicitud gubernativa de prórroga antes de que transcurra el plazo normal de setenta y dos horas.

Ahora bien, desde esta perspectiva, el hecho de que la autorización judicial se produzca dentro del plazo ordinario de detención preventiva, si bien comporta una garantía mínima de la existencia de un control judicial, nada se especifica sobre la forma y el modo con el que dicho control judicial operará durante el período de detención prorrogada, para garantizar el respeto de todos los derechos del detenido. Desde esta perspectiva, parece razonable afirmar que la “autorización judicial” a la que alude el precepto, ni puede identificarse con la “mera comunicación”, ni puede limitarse a un control posterior⁹³; por el contrario dicha autorización judicial debe suponer, cuanto menos, un régimen de expresa individualización y previa autorización judicial, sin menoscabo de una efectiva posibilidad de control ulterior a la medida adoptada, e incluso, durante el período de la detención.

d) Síntesis

A tenor de lo manifestado en este epígrafe, hay que concluir que la duración y prórroga de la detención gubernativa, así como el momento de autorización judicial suscitan diversas dudas de legalidad, fundamentalmente a tenor de la vigencia de los derechos procesales del detenido y de las previsiones normativas del artículo 5.3 CEDH.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, el artículo 5.3 no se refiere expresamente a la concreta duración del plazo de detención preventiva, sin embargo alude al criterio de la “inmediatez” y el TEDH considera en sus pronunciamientos que un plazo máximo de 4 días de detención gubernativa resulta contrario a las previsiones de dicho precepto. Si bien la normativa reguladora de la detención alude a un plazo ordinario de 72 horas antes de poner al detenido a disposición judicial, se ha demostrado que dicha duración resulta excesiva a tenor de las diligencias policiales que proceden en dicha fase previa y atendida la vigencia de los derechos procesales del detenido.

⁹¹ En este sentido, ECHEVERRÍA GURIDI, “Particularidades procesales”, p. 101; REQUEJO RODRÍGUEZ, “La suspensión individual de los derechos”, p. 278; de la misma, “¿suspensión o supresión?”, p. 123.

⁹² MUÑAGORRI LAGUÍA, “La Administración de Justicia”, p. 154.

⁹³ En este sentido, BELLOCH, “Introducción al estudio de la Ley Orgánica 8/84, p. 23, cuando se refiere a la intervención judicial derivada del contenido del artículo 55.2 CE.

Si una persona detenida en relación a las investigaciones de bandas armadas o elementos terroristas se acoge a su derecho a no declarar o a no confesarse culpable, no resulta acorde con el principio de presunción de inocencia que su detención se prolongue más allá de 24 horas, máxime si las únicas diligencias policiales se reducen a la firma del atestado por parte del detenido. A ello hay que añadir, la concreta intervención judicial y la autorización de la prórroga. Conforme a las previsiones internacionales, el legislador español dispone que la prórroga de la detención no se realizará sin autorización judicial. Sin embargo, aun siendo éste un presupuesto acorde con la normativa en vigor, dos son los aspectos más controvertidos. En primer lugar, la falta de inmediatez en la puesta a disposición judicial del detenido en el plazo ordinario de detención y en segundo lugar, la naturaleza de la autorización judicial de dicha prórroga.

Respecto a la cuestión de la puesta a disposición judicial, la normativa internacional alude a criterios genéricos que inducen al concepto de “inmediatez” como, por ejemplo, “ser conducido sin dilación” o “limitarse la duración de la detención al tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos” y, en general, “no más de 24 horas y en ningún caso no más de 72 horas”. En efecto, el TEDH sin determinar plazos específicos, concreta un mínimo de 24 horas en general –período al que viene aludiendo un importante sector doctrinal– y un máximo de 72 horas, que tal y como se ha recogido anteriormente, parece configurarse como la excepción al período ordinario de 24 horas. Pues bien, aunque el Ordenamiento Jurídico español efectivamente dispone que la intervención judicial se producirá en el plazo de 72 horas, dicho período que en el artículo 17.2 CE se conforma como el plazo ordinario, es concebido como excepcional por el TEDH, no resulta acorde con las previsiones del artículo 5.3 CEDH.

Por otra parte, por lo que respecta a la naturaleza de la intervención judicial, como se ha dicho anteriormente, si bien dicha autorización de prórroga se produce con carácter previo a la adopción de la misma, no debe limitarse a una mera comunicación, ni a un control posterior de la misma. El órgano jurisdiccional, atendido el caso concreto, la gravedad del mismo y las dificultades investigadoras deberá autorizar individualmente y en cada caso concreto la prórroga de la detención.

Por lo tanto, atendido todo lo mencionado, existen argumentos suficientes para cuestionar la legitimidad de la concreta regulación de la detención preventiva, su duración ordinaria, su prórroga y la concreta naturaleza de la autorización judicial que implica esta última, atendida las disposiciones del artículo 5.3 CEDH y los pronunciamientos del TEDH.

C) LAS DIFICULTADES DE LEGITIMAR LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO DEL ARTÍCULO 17.2 CE EN CUANTO ANTESALA DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

Tal y como se ha recogido a lo largo de este epígrafe, el sustrato material de la prórroga de la detención preventiva en supuestos de terrorismo, amparada por la suspensión constitucional del artículo 55.2 de la Carta Magna, se caracteriza por la concurrencia de unas circunstancias que implican una rebaja considerable de las garantías procesales y de los estándares mínimos internacionales, establecidos en los supuestos de derogación de las obligaciones convencionales, que representa la antesala de la medida de incomunicación, directamente vinculada a la prórroga de la detención preventiva en supuestos de terrorismo.

En primer lugar, por lo que respecta específicamente al contenido del artículo 55.2 CE, resulta especialmente destacable los aspectos que a continuación se mencionan.

Por un lado, el carácter excepcional con el que inicialmente surge la presente suspensión. En efecto, el Ordenamiento Jurídico español, no resulta, en este sentido, pionero en la regulación de excepciones al régimen ordinario general, en supuestos de necesidad en los que corre peligro la vida del Estado y la propia estabilidad política. El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 15 contempla la

posibilidad de que las Altas Partes contratantes tomen medidas para derogar las obligaciones convencionales, en supuestos en los que existe una necesidad racional, especial y proporcional que amenace la vida de la nación. Solamente en aquellos supuestos en los que, a tenor del juicio de proporcionalidad y necesidad, por cuanto se haya producido una situación excepcional de crisis o emergencia que afecte al conjunto de la población y constituya una amenaza a la vida organizada en comunidad, sobre la que se fundamente el Estado, estará legitimada la adopción de una suspensión de derechos como la prevista en el artículo 55.2 CE en relación con el artículo 17.2 de idéntico cuerpo legal. Así, concurriendo dichas circunstancias no existen impedimentos para considerar, inicialmente, a la prórroga de la detención preventiva del artículo 520 bis 1) LECrim como una medida acorde a las previstas en la regulación de supuestos excepcionales.

Sin embargo, la ausencia de legitimación no se sustenta sobre la base de la inexistencia de cobertura normativa al respecto, sino más bien desde la perspectiva del desarrollo normativo de dicha suspensión, contemplada en el artículo 520 bis 1) LECrim, y, específicamente, en atención al ámbito de aplicación subjetivo y a la concreta duración de la misma.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, según el tenor literal del artículo 520 bis 1) LECrim, éste será de aplicación a toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis LECrim, esto es, delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. Excluido de la presente normativa el supuesto de los apologetas, la configuración de los delitos de terrorismo en el Código Penal español, sobre la base de un requisito objetivo, esto es, la realización de una conducta constitutiva de delito, y de un requisito subjetivo que impregna el sentido del hecho definido por la finalidad de “subvertir el orden constitucional o de alterar la paz pública”, conforma un conjunto de tipos penales que, en torno al elemento teleológico aludido, contemplan una pluralidad de conductas de distinta gravedad frente a las cuales puede ser objeto de aplicación el artículo 520 bis 1) LECrim. En efecto, la amplitud extensiva con la que se configura el concepto de “delito de terrorismo”, acoge tanto a los delitos realizados por miembros de una organización terrorista (artículos 571 a 576 CP), como aquellos otros cometidos sin vinculación a grupos terroristas, también denominados “terrorismo periférico o terrorismo menor” (art. 577 CP), donde se subsume conductas que, en la legislación ordinaria, son constitutivas, en numerosas ocasiones, de un delito de encubrimiento.

Pues bien, el carácter expansivo de la normativa sancionadora de los delitos de terrorismo y la ausencia de discriminación desde la perspectiva del ámbito subjetivo al que se aplica la suspensión individual del artículo 55.2 CE y, por ende, la prórroga de la detención preventiva atribuyen a lo excepcional el carácter ordinario, desvirtuándose la nota de excepcionalidad con la que inicialmente surge esta clase de normativa.

En efecto, en el sentido manifestado, desde la perspectiva internacional la derogación de las obligaciones contraídas sólo se puede sustentar sobre la base de un juicio de proporcionalidad, habida cuenta de la gravedad de la conducta cometida y el riesgo que la misma implica para la vida del Estado y su estabilidad política, no parece que, el ámbito subjetivo al que se hace extensivo la aplicación de la prórroga de la detención contemplada en la normativa española, se sustente sobre la base del juicio de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad que ahora se viene aludiendo. Si junto a los delitos de terrorismo graves que, efectivamente puedan llegar a tambalear los pilares de un Estado Democrático y de Derecho, la prórroga de la detención es adoptada en aquellos otros supuestos, igualmente considerados, desde la perspectiva de la normativa española como delito de terrorismo, pero caracterizados por un injusto penal no grave –atendida tanto la entidad de la conducta en sí misma considerada, como la inexistencia de vinculación directa entre el sujeto activo y la banda u organización terrorista–, el argumento de excepcionalidad, que se conformaba como sustrato material para la derogación de las obligaciones ordinarias adquiridas,

pierde legitimidad y favorece una restricción ordinaria de derechos que, a todas luces, resultará contraria a las previsiones internacionales.

Pues bien, la ausencia de delimitación de unas conductas respecto de otras en el tenor literal del artículo 520 bis 1) LECrim obliga a realizar una interpretación extensiva de todos aquellos supuestos en los que se puede adoptar la prórroga de la detención preventiva hasta 5 días, sin discriminar el recurso a dicha medida en atención a la gravedad, especialidad y proporcionalidad de la concreta conducta imputada.

Esta carencia de delimitación de los supuestos excepcionales que, atendida la gravedad y necesidad, precisan de un mayor período de tiempo para las investigaciones policiales, dota a lo excepcional, en el sentido mencionado, de una apariencia de normalidad que dista en exceso de los fundamentos jurídicos que conforman el sustrato material de la presente medida.

Junto a ello, la duración de 5 días de la detención prorrogada se aleja igualmente de los estándares internacionales que justifican la prórroga de la detención el tiempo necesario para los fines investigadores. Los avances tecnológicos existentes en materia de prueba y la vigencia del derecho a no declarar y a no confesarse culpable, incluso en supuestos excepcionales de prórroga de detención preventiva, arroja más sombras que luces a una medida que parece perder legitimidad democrática, a la luz de la ausencia de garantías que aseguren tanto su carácter excepcional, como el respeto de todos los derechos del detenido.

Siendo, en el sentido manifestado, la detención prorrogada uno de los presupuestos de la medida de incomunicación, corresponde, en este momento, analizar cómo se materializa la misma, cuál es su sustrato material y, en última instancia, si la medida de incomunicación permite o no corregir las dudas de legitimidad democrática puestas de manifiesto en la detención prorrogada.

IV. EL RÉGIMEN DE DETENCIÓN INCOMUNICADA: FUNDAMENTOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS

Uno de los aspectos más controvertidos de la detención gubernativa en el ámbito de los delitos de terrorismo reside en la denominada detención incomunicada que, a tenor de todo lo manifestado constituye el núcleo central del presente trabajo. La detención incomunicada regulada en los artículos 520 bis 2) y 527 LECrim se configura como uno de los aspectos que más en entredicho ponen a las garantías procesales correspondientes a todos los ciudadanos.

El análisis de su fundamento jurídico y constitucional, así como de sus elementos sustantivos aportarán al presente trabajo, una perspectiva más intensa y centrada en el específico objeto del que nos ocupamos. Como se tendrá ocasión de comprobar, varios de los aspectos ahora mencionados, ya han sido abordados al referirnos a la detención preventiva y a su prórroga, institución de la que no puede dissociarse la detención incomunicada, que se concibe como una especificidad, una excepcionalidad aún mayor a la prórroga de la detención preventiva contemplado en el artículo 520 bis 1) LECrim.

A) EL ARTÍCULO 17.3 CE COMO PUNTO DE PARTIDA

Mientras el artículo 55.2 CE incide en la concreta duración de la detención preventiva en los casos de terrorismo, prolongando el plazo de detención ordinaria (artículo 17.2 CE), la adopción de la medida de incomunicación del detenido en estos supuestos de detención, debería estar amparada, en igual sentido, en la existencia de algún precepto constitucional que permitiese la restricción del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE.

Antes de entrar, sin embargo, en la concreta cobertura constitucional de la detención incomunicada, interesa, en este momento, centrar la atención en el sustrato material del derecho a la asistencia letrada del detenido (art. 17.3 CE), en un intento de determinar su contenido esencial, alcance y los límites de la suspensión del mismo en casos de incomunicación.

Según el artículo 17.3 CE: “La persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia del abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

Aunque inicialmente el precepto aludido se refiere directamente al derecho a la asistencia del abogado al detenido, no parece que sea éste el único precepto que da cobertura constitucional a un derecho como el mencionado. En efecto, junto al artículo 17.3 CE, el 24.2 de la Carta Magna contempla igualmente el derecho a defensa y asistencia de letrado que, a primera vista, parece extenderse también a los supuestos de detención, no limitado en exclusiva a los procesados. Como ya tendrá ocasión de comprobar más adelante, el TC ya tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el distinto alcance de los derechos contemplados en uno y otro artículo. En la Sentencia 196/1987 ya reconoció la diversidad del derecho a la asistencia letrada contemplado por un lado en el artículo 17.3 CE y por otro, en el artículo 24.2 CE. Según el Alto Tribunal el artículo 17.3 CE garantiza la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y sumariales, mientras el artículo 24.2 garantiza la asistencia letrada en el proceso, pudiendo entenderse, continuaba el Tribunal, que forma parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada del artículo 24.2 CE el derecho a un abogado de libre designación, no extensible al derecho reconocido en el artículo 17.3 CE, cuyo sustrato material se limita al mero reconocimiento del derecho a la asistencia letrada (fundamento jurídico 5°).

En efecto, atendido el contenido literal del artículo 17.3 CE, el derecho reconocido en dicho precepto se enfoca hacia la designación de abogado y a solicitar su presencia en el lugar de custodia. Sin embargo, el sentido y alcance del contenido del presente precepto no se puede contemplar de forma autónoma e independiente. Según su propio contenido literal el derecho mencionado “*se garantiza al detenido en las diligencias judiciales y policiales en los términos que la ley establezca*”; expresión esta última que inevitablemente pone en relación al artículo 17.3 CE con el 520.2 c) y el 520.6 LECrim, donde se desarrolla el derecho a la defensa en los siguientes términos:

Artículo 520.2.c): “*Toda persona detenida o presa será informada de modo que le sea comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:*

c) Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado se procederá a la designación de oficio”.

Artículo 520.6: “6. *La asistencia del Abogado consistirá en:*

- a. Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f.*
- b. Solicitar de la Autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.*

c. Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido”.

En cualquier caso, aunque es cierto que de la lectura conjunta de los preceptos aludidos no parece deducirse que el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada al detenido 17.3 CE se haga extensible hasta el extremo de contemplar el derecho a designar libremente al abogado, como se tendrá ocasión de comprobar en posteriores epígrafes, el derecho a la asistencia letrada activa, esto es, no limitada a la mera presencia pasiva.

La distinción entre el derecho del artículo 17.3 CE y el del artículo 24.2 CE no resulta una cuestión baladí.

Aun reconociendo con el TC que el contenido esencial del artículo 24.2 CE se hace extensible a la libre designación de abogado en el proceso y el del artículo 17.3 CE se limita a garantizar el derecho a la asistencia letrada del detenido, sin que de dicho tenor literal se pueda derivar el reconocimiento del detenido al derecho a la libre designación de abogado, lo cierto es que el ejercicio de la asistencia letrada al detenido consistirá en lo que a continuación se menciona:

En primer lugar, en solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 del artículo 520 LECrim y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f). Por lo que respecta a los derechos mencionados en el artículo 520. 2 LECrim hay que destacar que, además de los derechos procesales del detenido (guardar silencio, no declarar, poner en conocimiento de familiares o persona designada el hecho y lugar de la detención) la letra c) del mencionado artículo 520.2 LECrim alude al derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto el detenido. Por lo tanto, inicialmente, la asistencia letrada no se limita a la mera presencia pasiva del mismo, sino que requiere una intervención activa, desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos del detenido.

En segundo lugar, como destaca el artículo 520.6 a) y b) LECrim la asistencia letrada implica por parte de éste la solicitud de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como de la consignación en el acto de cualquier incidencia que haya tenido lugar en su práctica. Desde esta perspectiva, al igual que lo deducido anteriormente, la asistencia del abogado al detenido implica nuevamente una intervención activa caracterizada por la garantía de velar activamente por los derechos del detenido relacionados con su declaración.

Y, en tercer lugar, la asistencia letrada según dispone el artículo 520. 6 c) LECrim, consiste en entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiera intervenido.

Precisamente la detención incomunicada comporta la suspensión de esta última función asignada al letrado. En efecto, como más adelante se tendrá ocasión de comprobar, al detenido incomunicado se le impide la entrevista reservada con el letrado. Sin embargo, a excepción de este último aspecto, el contenido esencial del derecho contemplado en el artículo 17.3 CE, también en los supuestos de detención incomunicada, se concreta en el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada, el cual, lejos de limitarse a ser un mero espectador pasivo, se orienta a velar por la garantía del ejercicio de los derechos del detenido, asistiéndole activamente en todas las diligencias policiales y solicitando, incluso, una vez terminada una diligencia, la declaración o amplitud de que considere oportuno en aras de velar por el ejercicio de los derechos del detenido.

B) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

a) *Fundamento jurídico interno*

Mientras la prórroga de la detención preventiva del artículo 17.2 CE encontraba su fundamento constitucional en el artículo 55.2 de la Carta Magna, la detención preventiva incomunicada carece de cobertura constitucional similar.

La incomunicación podrá ser solicitada al Juez, el cual deberá pronunciarse sobre la misma en resolución motivada en el plazo de 24 horas, tal y como dispone el artículo 520 bis 2) LECrim: “2. *Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma en resolución motivada, en el plazo de 24 horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado, sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente*”.

Es, en este sentido, el artículo 527 LECrim el que determina el concreto alcance de la incomunicación que, adoptada en el ámbito de la detención y de la prisión provisional implica que el detenido o preso: “[...] *mientras se halle incomunicado no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520 con las siguientes modificaciones:*

- a) *En todo caso, su abogado será designado de oficio.*
- b) *No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado a) del número 2.*
- c) *Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su abogado prevista en el apartado c) del número 6”.*

A la luz de estas previsiones, la incomunicación de los detenidos y presos constituye una medida excepcional que la autoridad judicial competente podrá adoptar, bajo su responsabilidad, mediante auto motivado, en función de las necesidades de la instrucción, que implica una suspensión del derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE⁹⁴. Desde esta perspectiva, una de las primeras objeciones a la presente normativa debe relacionarse, indiscutiblemente, con la inexistencia de cobertura constitucional alguna que permita de forma taxativa las variaciones a las que se somete el artículo 17.3 mencionado⁹⁵.

En efecto, a diferencia de la restricción que sufre el derecho a la libertad (art. 17.2 CE); el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la incomunicación, como afectación al derecho a la asistencia letrada, en cuanto impide la libre designación de abogado y la comunicación temporal con determinadas personas, no figura entre las especialidades procesales que la CE autoriza sobre la base de lo previsto en aquel artículo 55.2 CE⁹⁶.

La inexistencia de cobertura constitucional al respecto obliga a centrar la atención en la regulación que de la misma se deriva de la LECrim, específicamente en el artículo 509.1 de dicho cuerpo legal que parece contener los presupuestos normativos en los que se fundamenta la detención incomunicada. Según

⁹⁴ Téngase en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo describe la incomunicación como una medida excepcional que limita los derechos reconocidos al detenido o preso en el artículo 520 LECrim, en el sentido de que su abogado será designado de oficio, no tendrá derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que hubiere intervenido. A modo de ejemplo véase el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia del Tribunal Supremo 1767/2001, de 8 de octubre.

⁹⁵ Así lo destaca, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, p. 144, cuando indica que la incomunicación del detenido o preso no figura entre las especialidades procesalmente autorizadas expresamente en la CE.

⁹⁶ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, p. 409; LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 135.

dicho precepto la incomunicación surge para “evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos”.

La finalidad más inmediata, a la luz de estas previsiones no parece otra que la de evitar el riesgo de incremento de las posibilidades de fuga del inculpado y de deterioro, pérdida u ocultación de fuentes y medios de prueba, fundado en la sospecha de confabulación entre comunicantes para tales propósitos⁹⁷; pero a esa primera parece añadirse una finalidad más remota y específica no declarada abiertamente por el legislador, pero fácilmente deducible, si se atiende a los efectos en que la incomunicación se traduce, cual es la de lograr, en último término, una mayor eficacia en la lucha jurídica frente al fenómeno terrorista y a la criminalidad organizada⁹⁸.

Un repaso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a la del Tribunal Supremo permitirá una mejor comprensión de la presente cuestión.

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional dos son las sentencias que aborden más en profundidad la razonabilidad de la medida de incomunicación, esto es, la Sentencia 127/2000 y la 7/2004, donde el Alto Tribunal desarrolla extensamente los motivos y fundamentos que se deben encontrar en la base de una medida como la presente, en el sentido que a continuación se menciona: “Las resoluciones que acuerdan las medidas de incomunicación exigen un especial rigor en su motivación, dadas las trascendentales consecuencias de la misma, especialmente por las limitaciones que impone el derecho a la defensa específicamente a la asistencia letrada [...]. Las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige.

Así deben constar los indicios de los que deducir la vinculación de la persona incomunicada con los hechos investigados, deben exteriorizarse de alguna forma que resulta fijado, los extremos que permitan la ponderación judicial acerca de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma [...].

En cuanto a la finalidad de la incomunicación ha de tenerse en cuenta que reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su consumación”⁹⁹.

Si bien parecen deber adoptarse criterios objetivos directamente relacionados con la rigurosidad, la excepcionalidad y la ponderación en la adopción de la misma, lo cierto es que el Alto Tribunal finalmente concluye afirmando que, “respecto a los delitos de terrorismo, habida cuenta de la gravedad de los mismos, el legislador realiza una previa ponderación de la necesidad de incomunicación en estos casos, que exime de un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la medida para alcanzar la finalidad que la legitima, ya que ésta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias previas del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas”¹⁰⁰.

⁹⁷ Así lo manifiesta el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 1767/2001, de 8 de octubre, cuando destaca como finalidad de la misma lograr el mejor esclarecimiento de los hechos que se imputen.

⁹⁸ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 131.

⁹⁹ Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2000, de 16 de mayo y Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 7/2004, de 9 de febrero.

¹⁰⁰ Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2000 y Fundamento Jurídico 5 de la Sentencia 7/2004, de idéntico órgano.

Así, aunque el Alto Tribunal parte del contenido del artículo 509.1 LECrim como fundamento y finalidad de la adopción de la medida de incomunicación, incidiendo inicialmente en la necesidad del rigor en la motivación de la autorización judicial; en la ponderación de los intereses en juego; en la proporcionalidad de la medida; en la específica vinculación de la persona incomunicada con los hechos investigados; y, fundamentalmente, en la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, en cuanto presupuestos necesarios para la adopción de la misma, finalmente reconduce al mero “contexto de los delitos de terrorismo” el fundamento de la aplicación de una medida tan restrictiva como la presente.

Por su parte, el Tribunal Supremo no resulta más convincente en sus pronunciamientos. Si bien el artículo 509.1 LECrim explicita cada uno de los motivos por los que debe ser adoptada la incomunicación, en cuanto fundamento jurídico de la misma, lo cierto es que la doctrina del Tribunal Supremo, lejos de desarrollar jurídicamente dicho contenido normativo, se limita a remitirse al mismo interpretando, en idéntico sentido que el Tribunal Constitucional, que el “*mero contexto del terrorismo resulta argumento suficiente como para justificar una restricción de derechos como la implícita en la incomunicación*”¹⁰¹. Así se pronuncia en varias sentencias resultantes de diversos recursos de casación basados en la falta de fundamentación jurídica del auto de incomunicación. En los pronunciamientos aludidos, el presente órgano jurisdiccional considera que la razonabilidad de la medida de incomunicación, acordada en cada uno de los supuestos objeto de enjuiciamiento, no requiere extensos razonamientos judiciales, bastando el argumento de la supuesta “confabulación de los presuntos individuos pertenecientes al entorno de una banda terrorista”, como motivo suficiente del auto de incomunicación.

Así se pronuncia en la Sentencia 1665/2000, de 26 de octubre, donde el Tribunal Supremo, destaca el contexto terrorista de la detención como argumento suficiente para la adopción de la medida de incomunicación, en el siguiente sentido: “*En cuanto a la falta de motivación denunciada, no es posible aislar la decisión del contexto en el que se produce y singularmente del cúmulo de evidencias halladas en el domicilio, lo que constituye per relationem causa bastante para la misma*”¹⁰².

Igualmente en la Sentencia 918/2004, de 16 de julio, el Tribunal Supremo estima que “*el auto de incomunicación se integra con los datos de la solicitud policial, donde expresamente y con amplitud se hace constar que la detención de [...] se practica para el esclarecimiento de atentados y actos delictivos de carácter terrorista. El auto decretando la incomunicación de 22 de agosto de 2001 en su razonamiento jurídico primero, se refiere expresamente a las razones expuestas por la policía en su solicitud de incomunicación y justifica su concesión en lo dispuesto en el artículo 520 bis 2, en relación con los artículos 506, 520 y 527 LECrim. Dicho artículo se remite al artículo 384 bis, donde expresamente se mencionan a los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas.*

La motivación del auto ahora recurrido es correcta y suficiente. Lo mismo puede decirse respecto a la autorización de prórroga de la incomunicación donde se explica que la autoridad gubernativa solicitó la prórroga de la detención por estimarse que la mencionada detenida, ahora recurrente, estaba implicada en un delito al que se refiere el artículo 384 bis LECrim, concediéndose la prórroga conforme a lo dispuesto en el artículo 520 bis 1 de la misma Ley”¹⁰³.

Idéntica respuesta se deduce de la Sentencia 510/2005, de 22 de abril, donde entiende suficientemente motivado el auto de incomunicación a tenor del siguiente razonamiento: “*dada la gravedad de este tipo de hechos y la dificultad de su investigación, la prórroga del plazo de detención e incluso la incomunicación de estas personas es ciertamente frecuente con la correspondiente autorización judicial.*

¹⁰¹ No se olvide que el Tribunal Constitucional finalmente se remite al contexto del terrorismo como argumento último de la medida de incomunicación.

¹⁰² Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 1665/2000, de 26 de octubre.

¹⁰³ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2 de la Sentencia 918/2004, de 16 de Julio.

*En el presente caso, la detención de [...] se produjo en el contexto de una operación policial que afectó a varias personas presuntamente implicadas en distintos actos terroristas, lo que justificaba razonablemente la petición de [...] de prórroga de la detención y de la incomunicación de la detenida, por la mayor complejidad de la investigación a causa del número de detenidos y del número de hechos que presuntamente podían estar implicados*¹⁰⁴.

También la Sentencia 1250/2005, de 28 de octubre, respecto a la falta de motivación del auto de incomunicación destaca que, *“es obvio que las medidas judiciales llevadas a cabo frente a la actuación de una banda armada y organizada como sin duda lo es (hecho notorio) ETA, contienen contornos que justifican cualquier tipo de confabulación, entre todos sus integrantes, cualquiera que sea el papel que desempeñen en cada momento, que puede obstaculizar la investigación, primero policial y después judicial, que autoriza sobradamente a tomar una medida como la cuestionada por el recurrente, sin mayores esfuerzos argumentativos. La razonabilidad de la medida no puede ser en consecuencia, exhaustiva y se ha dictado por la autoridad judicial, con razonabilidad escueta, pero suficiente*¹⁰⁵.

Igualmente en la Sentencia 800/2006, de 13 de julio, el Tribunal Supremo, aplicando las exigencias del Tribunal Constitucional antes expuestas, entiende que *“la resolución judicial dictada, acordando la adopción de la medida de incomunicación, no obstante su parquedad fáctica y argumentativa, una vez integrada en la solicitud policial a la que expresamente se remite y con la información que sobre el propio recurrente y sus actividades ya constaba en las diligencias anteriormente practicadas y en poder del Juez, [...] responde a las referidas exigencias constitucionales exigibles, pues en ella se contiene una remisión a los indicios disponibles para el Juez en las diligencias previas, a partir de las cuales se deduce claramente la conexión de las personas sometidas a incomunicación con los hechos investigados y la relación de ésta con actitud de tipo terrorista, a partir de las diligencias de investigaciones realizadas así como la necesidad estricta de tal medida para conseguir la más completa investigación de los hechos*¹⁰⁶.

Así, si bien el artículo 509.1 LECrim refleja de manera expresa las finalidades que fundamentan la adopción de la medida de incomunicación y el TC, inicialmente alude, al respeto a los principios de proporcionalidad, legalidad y presunción de inocencia, entre otros, en el momento de la autorización de la detención incomunicada, las aproximaciones jurisprudenciales ponen de manifiesto que el contexto de los delitos de terrorismo, con los que presuntamente se relaciona la persona objeto de incomunicación, es motivo suficiente para la adopción de una medida de estas características que, a nuestro modo de ver, carece no sólo de cobertura constitucional, sino de fundamento jurídico alguno, resultando contraria a los principios imperantes en cualquier Estado Democrático y de Derecho.

Desde esta perspectiva, una buena parte de la doctrina mayoritariamente se viene mostrando contraria a la existencia, en nuestro Ordenamiento Jurídico, del instituto de la incomunicación que, como ya se ha mencionado anteriormente, carece de base constitucional. Para este nutrido grupo de autores existen argumentos más que suficientes que permiten, cuanto menos, distorsionar la figura de la incomunicación.

Aunque conviene en considerar acertada la concreción de los fines a los que se dirige la incomunicación –la vista del tenor literal del artículo 509 LECrim– la redacción de dicho precepto no convence a este grupo de autores que consideran a la incomunicación como carente de fundamento jurídico, al interpretar que la supuesta “peligrosidad criminal” del sujeto no resulta argumento jurídico suficiente para proceder a dicha situación procesal¹⁰⁷, puesto que la privación de libertad en la que se encuentra

¹⁰⁴ Fundamento Jurídico 5 de la Sentencia del Tribunal Supremo 510/2005, de 22 de julio.

¹⁰⁵ Téngase en cuenta el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2005, de 28 de octubre.

¹⁰⁶ Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia del Tribunal Supremo 800/2006, de 13 de Julio.

¹⁰⁷ FARALDO CABANA, “El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, p. 643.

el sujeto incomunicado reduce, por no decir, elimina, la peligrosidad criminal aludida, careciendo de capacidad material alguna, no ya para huir, sino incluso para destruir o alterar pruebas; atentar contra otros bienes jurídicos de la víctima; cometer nuevos hechos delictivos o evitar que se sustraigan a la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados.

Quizás, una aproximación a la normativa internacional facilite la detección de algún sustrato material que justifique los supuestos de incomunicación, a pesar de carecer, desde el ámbito del derecho interno, de cobertura constitucional alguna.

b) Aproximación al fundamento jurídico internacional de la medida incomunicación

No existe en el ámbito internacional regulación similar a la detención incomunicada contemplada en las disposiciones de la LECrim. El carácter excepcional de la presente medida sólo puede ser interpretado como una derogación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las Altas Partes Contratantes, como consecuencia de la existencia de una situación de guerra o de peligro que amenace la vida de la nación.

Así se recoge, tanto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, como en el mencionado artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Según el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: *“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión”.

En idéntico sentido se pronuncia el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: *“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.*

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

Tal y como se ha recogido anteriormente, el artículo 15 CEDH funciona como una especie de “reserva”, como una excepción legalmente establecida a la que pueden acudir las Partes Contratantes en caso de que se produzcan emergencias públicas que amenacen la vida de la nación; hecho éste que permitirá,

sin que sea considerada contraria al CEDH, la suspensión de las obligaciones contraídas con el presente Instrumento Internacional. El problema que suscita la excepción contemplada en el artículo 15 CEDH es, como ya destacase Mr. G. Maridakis en su voto particular al caso *Lawless v. Ireland*, la ausencia de determinación del conjunto de emergencias que pueden llegar a amenazar la vida de la nación, que, en su opinión, debe ser entendido “como una situación excepcional que pone en peligro o podría poner en peligro la estabilidad de la política pública, conforme a lo legalmente expresado por los ciudadanos”¹⁰⁸.

La adopción de la medida de incomunicación si bien puede venir justificada por la situación excepcional que pone en peligro la estabilidad de la política pública, no implica, sin embargo, la derogación de todas las obligaciones contraídas internacionalmente. Tal y como se recoge en los dos preceptos mencionados (artículo 4 PIDCP y artículo 15 CEDH), si bien las derogaciones, en supuestos de Estado de excepción y similares, permiten al Estado la suspensión del cumplimiento de algunas obligaciones, siguen estando vigentes, sin embargo, las relacionadas con el respeto a la dignidad humana y, en concreto, el derecho a la vida, la prohibición de torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre. Así lo destacan sendos preceptos cuando disponen que las disposiciones precedentes no autorizan ninguna derogación de dichos derechos y prohibiciones¹⁰⁹. Y, en cualquier caso, aunque el artículo 15 CEDH permita la derogación de las obligaciones convencionales en caso de peligro público que amenace la vida de la nación, como pueden ser algunos supuestos de terrorismo, las autoridades no tienen carta blanca (*carte blanche*) [...] para arrestar y detener a sospechosos [...] sin control judicial efectivo¹¹⁰.

Por lo tanto, desde el punto de vista internacional, las excepciones al cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente y, en concreto, la medida de incomunicación, deberá ser adoptada conforme a los principios de ponderación de la situación excepcional y proporcionalidad de la misma, estando vigentes, en cualquier caso, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la servidumbre.

Cualquier decisión estatal que, conforme a las previsiones del artículo 15 CEDH o del artículo 4 PIDCP, adopte una medida que derogue las obligaciones internacionalmente contraídas, sin respetar los principios aludidos, ni los derechos y prohibiciones que, a pesar de la situación de excepcionalidad, siguen estando vigentes, resultará contraria a las disposiciones internacionales.

Por lo tanto, si bien no existe fundamento constitucional o jurídico interno que permita una limitación de derechos como la presente. La detención incomunicada, en cuanto afcción al derecho mencionado, encuentra en el ámbito internacional un sustrato material sobre la base de la excepcionalidad, gravedad, el análisis de proporcionalidad y el respeto a los derechos humanos aludidos, que se configuran como los estándares mínimos internacionales a tener en cuenta en la adopción de la misma.

C) ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

Concretado el fundamento jurídico de la medida de incomunicación en el carácter excepcional, grave y proporcional de la situación que implica el concreto delito imputado, procede, en este momento, analizar el contenido con el que el legislador interno ha dotado a la presente medida, en un intento de comprobar si bien carece de cobertura constitucional, el alcance de la misma si se ajusta a los parámetros internacionales establecidos que permiten la derogación de las obligaciones internacionalmente establecidas.

¹⁰⁸ Voto Particular de Mr. G. Maridakis en el Caso *Lawless v. Ireland*, de 1 de julio de 1961.

¹⁰⁹ Véase, en este sentido, el contenido normativo de los artículos 15.2 CEDH y 4.2 PIDCP.

¹¹⁰ Fundamento Jurídico 73º del Caso *Abdulsamet Yaman v. Turkey*, de 2 de noviembre de 2004. En idéntico sentido acerca de la necesidad de un control judicial efectivo, véanse el Fundamento Jurídico 47º del Caso *Affaire Bilen c. Turquie*, de 21 de febrero de 2006; y el Fundamento Jurídico 64º del Caso *Affaire Diril c. Turquie*, de 19 de octubre de 2006, entre otros.

Para ello, centraremos la atención en cinco aspectos sustantivos: el ámbito de aplicación objetivo, el subjetivo, el control judicial, la duración de la medida y la limitación de derechos que implica.

a) Ámbito de aplicación objetivo de la incomunicación

Antes de proceder a un análisis exhaustivo de los supuestos de detención incomunicada en casos de delitos relacionados con el terrorismo, hay que destacar que la incomunicación no constituye una figura aplicable en exclusiva a presuntos terroristas o colaboradores. La incomunicación se prevé, ordinariamente, en el artículo 509 LECrim “1. [...] para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos [...]”, no aludiendo dicho precepto a finalidades u objetivos específicamente relacionados con los supuestos de terrorismo.

Más aún, el número 2 del artículo 509 LECrim continúa en el sentido siguiente: “2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá exceder más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días [...]”. El artículo 509 no limita a los supuestos de terrorismo, el recurso al instituto de la incomunicación. Según su tenor literal se acordará la incomunicación para evitar las finalidades contempladas en su número 1, durante un plazo no superior a cinco días más en los supuestos del artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente por dos o más personas. La referencia al artículo 384 bis LECrim que acoge “los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”, junto a “otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas” como presupuesto para autorizar la prórroga de la detención, no debe ser interpretada en el sentido restrictivo de limitar el recurso a la incomunicación a los supuestos terroristas.

Si bien el artículo 520 bis 2) LECrim se conforma específicamente como el precepto que regula la incomunicación en los casos de delitos de terrorismo, este dato no empece, sin embargo, para admitir al menos en teoría que, junto a estos supuestos, existen otros que también se configuran como presupuestos de la misma.

Si bien carecemos de datos cuantitativos al respecto, puesto que el trabajo de campo integrado en el presente estudio de investigación, se ha limitado exclusivamente a la aplicación de la incomunicación en los casos relacionados con el terrorismo, no se debe admitir que, por lo que respecta al ámbito normativo, la incomunicación se configure como una medida procesal aplicable, en exclusiva, a supuestos de delitos terroristas, puesto que, a nuestro modo de ver, ni todos los actos relacionados con el terrorismo implican el riesgo requerido por el artículo 509.1 LECrim¹¹¹, ni dicho riesgo se concreta exclusivamente en los supuestos de terrorismo.

Nuestro análisis se centrará específicamente en los supuestos de aplicación de la incomunicación frente a delitos de terrorismo, centrandó la atención en el análisis del artículo 520 bis y 527 LECrim, que, efectivamente configuran la incomunicación como una medida de aplicación en estos casos. Aunque no estamos en disposición de hacer valoraciones empíricas, habida cuenta de que carecemos de datos cuantitativos que permitan realizar un estudio comparativo entre los casos de incomunicación por criminalidad

¹¹¹ Como muy acertadamente destaca FERNÁNDEZ SEGADO, “Suspensión de derechos y libertades”, p. 654, de las previsiones legales se desprende con meridiana claridad que, no se podía aplicar automáticamente la medida de incomunicación, puesto que uno de sus rasgos característicos es el de aplicación caso por caso, atendiendo lógicamente a las circunstancias concretas de cada supuesto.

organizada y los derivados de actos terroristas, lo cierto es que la referencia expresa a estos últimos en la LECrim, sólo parece poder entenderse desde una aplicación exclusiva de la misma en estos supuestos, que tropieza, sin embargo, con el desarrollo normativo que ostenta la incomunicación en la LECrim.

Desde esta perspectiva, llama poderosamente la atención el interés del legislador por referirse expresamente a los supuestos de terrorismo (“persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”) como presupuesto del recurso a la detención incomunicada. Huelga decir, que si bien no se contempla de forma imperativa, puesto que la autoridad gubernativa “podrá” solicitar del Juez la incomunicación (art. 520 bis 2 LECrim), ni como un presupuesto normativo del recurso a la misma, no vemos la necesidad de que la LECrim los contemple de manera expresa.

b) Ámbito de aplicación subjetivo de la detención incomunicada

Desde la perspectiva de la incomunicación aplicable a los supuestos de terrorismo, la previsión normativa contemplada en el artículo 520 bis LECrim, por lo que al ámbito de aplicación subjetivo se refiere, nos remite a otro precepto de idéntico cuerpo legal para la determinación de la amplitud extensiva de la misma. En efecto, el tenor literal del artículo 520 bis 1) LECrim remite “a los delitos a que se refiere el artículo 384 bis LECrim” que, en el sentido anteriormente mencionado, alude a “delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”.

Aunque ya nos hemos referido a los conceptos de “bandas armadas y elementos terroristas”, a la exclusión del supuesto de apología en los casos de detención preventiva y prórroga de la misma, la mención subjetiva contemplada en el artículo 384 bis LECrim, para los supuestos de aplicación de incomunicación, merece, cuanto menos, de una mínima reflexión.

No cabe duda de que la exigencia de comisión delictiva a la que se refiere el artículo 384 bis únicamente puede vincularse a cualquiera de las modalidades comisivas de los delitos de terrorismo, sancionados en el Código Penal, en los artículos 571 a 577, quedando excluidos los comportamientos de menor entidad, esto es, las faltas. Admitiendo, sin embargo, que quedan fuera las faltas, por no implicar conductas especialmente graves, no compartimos, como ya hemos destacado anteriormente, que la totalidad de conductas –a excepción de la apología– deban ser sistemáticamente objeto de incomunicación. Si la presente medida pretende, en última instancia, evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos; que se actúe contra bienes jurídicos de la víctima; que se oculten, alteren o destruyan pruebas o que se cometan nuevos hechos delictivos, frente a casos que comportan alarma social e inseguridad y ponen en peligro la integridad estatal o la vida de la nación, no parece que puedan encajar en dicha interpretación aquellas personas que cometan, a modo de ejemplo, “cualquier forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas, organizaciones o grupos terroristas” del artículo 576 CP. Se trata efectivamente de un precepto de recogida que sanciona con pena de privación de libertad de hasta 10 años las conductas de colaboración que pueden ir desde actos de vigilancia a personas o instalaciones; esconder a un presunto terrorista¹¹²; trasladar a personas y material explosivo¹¹³; sustracción de vehículos para la banda terrorista ETA¹¹⁴.

¹¹² Así se recoge en el Relato Fáctico de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1998, cuando se condena a una persona por colaboración con banda armada del artículo 576 CP, por alojar durante cierto tiempo a otra persona vinculada e integrada con ETA; de igual forma en el relato fáctico de la Sentencia 896/2007, del Tribunal Supremo, de 8 de noviembre, donde se condena a una mujer por colaboración con banda armada (artículo 576 CP) por la conducta de esconder a su novio (presunto colaborador con la banda terrorista ETA) en varias casas y pernoctar con él.

¹¹³ Relato fáctico de la Sentencia 1250/2005, del Tribunal Supremo, de 28 de octubre, donde se condena a una persona por colaboración con banda armada del artículo 576 CP, por trasladar a personas y material explosivos procedentes de Francia.

¹¹⁴ Relato fáctico de la Sentencia 918/2004, del Tribunal Supremo, de 16 de julio, donde se condena a una persona por colaboración con banda armada del artículo 576 CP, por sustraer vehículos para la banda terrorista ETA.

Con ello, no estamos diciendo que la autoridad gubernativa solicita la incomunicación frente a cualquier persona que cometa alguna de las conductas subsumibles en los artículos 571 a 577 CP; de hecho el recurso a la incomunicación es potestativo, no imperativo y sólo debería recurrirse a él en supuestos sumamente excepcionales, por la gravedad de la limitación de derechos que la misma implica.

Sin embargo, la inexistencia, en la normativa de desarrollo de límite alguno, desde la perspectiva del ámbito de aplicación subjetivo de la incomunicación, puede favorecer el sometimiento a incomunicación en cualquier caso directa o indirectamente relacionado con un delito de terrorismo. Esta interpretación se ve avalada por la propia redacción del artículo 520 bis LECrim. Este precepto, lejos de limitar la posibilidad de incomunicar, en supuestos excepcionales, a personas integrantes o miembros directos de una organización terrorista, se limita a referirse a “presuntos partícipes de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis”.

Como ya se ha comentado anteriormente, la amplitud con la que se configuran los tipos de terrorismo, quedando incursos en los mismos también las conductas de lo que se viene considerando como “terrorismo periférico”, que puede llegar a absorber comportamientos tales como el mero encubrimiento entre familiares (art. 576 CP)¹¹⁵, se alejan sobremanera de la excepcionalidad y gravedad que parece exigirse en la adopción de una medida como la incomunicación. Si a ello se añade, por lo que se refiere de forma expresa al ámbito subjetivo de aplicación, el hecho de que el artículo 520 bis 1) LECrim hace extensiva la detención incomunicada a “presuntos partícipes”, el legislador procesal parece haber procedido a un adelantamiento de las barreras de imputación, al someter a una medida tan restrictiva de derechos no sólo a los presuntos autores materiales de un hecho objetivamente grave, sino incluso a los presuntos inductores, presuntos cooperadores, pero también a los presuntos cómplices y encubridores. Con todo ello, la detención incomunicada pierde legitimación democrática desde la perspectiva de la excepcionalidad, al no limitarse a supuestos especiales de crisis estatal que pongan en grave riesgo la vida del Estado y la propia estabilidad política.

c) *Autorización Judicial*

Según el artículo 520 bis 2) LECrim: “*Detenida una persona por los motivos expuestos en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada en el plazo de 24 horas [...]*”.

La cuestión de la intervención judicial y del control parlamentario ha sido interpretado doctrinalmente como dos garantías o controles¹¹⁶ que, lamentablemente tal y como se podrá comprobar a continuación, resultan excesivamente vagos y carentes de contenido sustantivo, atendido el peligro de “abuso de poder” que entraña el instituto de la incomunicación. Es por ello, que frente a las posibles desproporcionalidades se reclamen las oportunas responsabilidades a quien realice un empleo inadecuado de este poder.

Como ha convenido en destacar un importante sector doctrinal, siguiendo el tenor literal del artículo 520 bis 2) LECrim, aunque se reclama la intervención judicial en la autorización de la detención incomunicada –en cuanto requisito sin el cual la adopción de la misma carecería de sustrato jurídico– no parece que dicha intervención sea previa a la aplicación de dicha medida. Mientras en la prórroga de la detención preventiva se veía que efectivamente la intervención judicial era un requisito previo a la misma, puesto que el propio órgano judicial se pronunciaba acerca de la autorización o denegación dentro del plazo ordinario de detención de 72 horas, no sucede lo mismo respecto de la figura de la incomunicación. En

¹¹⁵ No se pierda de vista que el encubrimiento ordinario entre familiares del artículo 454 CP se configura como una excusa absolutoria de las personas intervinientes.

¹¹⁶ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 158.

efecto, ya hemos visto que el ordenamiento, de forma ordinaria, permite la detención preventiva de una persona durante un plazo máximo de 72 horas de privación de libertad que, al margen de las consideraciones realizadas acerca de su concreta duración, goza de cobertura constitucional y se presume respetuosa con la totalidad de garantías de los derechos del detenido, por ello, la previa intervención judicial sólo se requiere para la adopción de la prórroga de la misma; decisión que nunca se adoptará con posterioridad a su ejecución, sino dentro del plazo de detención que ordinariamente permite la CE.

Pues bien, como ya se ha comentado anteriormente, la medida de incomunicación carece de cobertura constitucional, no existiendo en general plazo ordinario de incomunicación alguno. Este hecho convierte a la incomunicación en un instituto excepcional, tal y como se deriva de la normativa internacional anteriormente aludida, que únicamente puede ser adoptado en situaciones extremas y con los debidos controles judiciales que, cuanto menos, deberían resultar previos a la adopción de una medida que, como la presente, puede hacer peligrar las garantías procesales del detenido, ante el riesgo de que el control judicial de la actividad de la autoridad gubernativa se limite a un momento posterior.

A tenor del contenido del artículo 520 bis 2) LECrim la autoridad gubernativa, puede solicitar del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la medida, en resolución motivada en el plazo de 24 horas. El margen temporal del que goza el órgano jurisdiccional para pronunciarse acerca de la incomunicación (24 horas) no impide que dicha medida ya haya sido adoptada con anterioridad a dicho plazo, puesto que, no existe ninguna norma que aluda a la no adopción de la misma con anterioridad al pronunciamiento del órgano jurisdiccional que, en definitiva, no decreta la incomunicación a petición de la autoridad gubernativa, sino que se limita a pronunciarse sobre una medida que ya ha sido adoptada¹¹⁷, reduciéndose, por lo tanto, el papel del Juez a ratificar una medida ya aplicada¹¹⁸ y, quedando, mientras tanto, el detenido provisionalmente incomunicado¹¹⁹.

A pesar, sin embargo, del riesgo que implica, para la garantía del respeto hacia los derechos del detenido, el hecho de que dicha medida limitativa de derechos goce de un período mínimo de ausencia de control judicial (24 horas máximo), el Tribunal Constitucional, en la tantas veces mencionadas Sentencia 199/1987, consideró que para no perjudicar el éxito de la instrucción había que entenderse que la ordenación inmediata de la incomunicación podía realizarla la autoridad gubernativa, no excluyendo, ni impidiendo, dicha adopción, que la declaración definitiva al respecto hubiera de adoptarse por el órgano jurisdiccional, es decir, se justifica en aras de la efectividad de la medida una previa decisión de carácter provisional de la autoridad gubernativa, pero sometida y condicionada a la simultánea solicitud de la confirmación por el órgano jurisdiccional, garantía suficiente –dirá– al respecto¹²⁰.

El establecimiento de la medida de detención incomunicada encuentra, su fundamento internacional en el artículo 15 CEDH que, como hemos apuntado anteriormente, permite a las Altas Partes contratantes la posibilidad de tomar medidas que deroguen las obligaciones prescritas en el Convenio, siempre y cuando exista una situación de guerra o de peligro público que amenace la vida de la nación. Sin embargo, esta medida excepcional no debe ser tomada sin intervención judicial, hecho que convertiría a la misma en contraria a las previsiones del artículo 15 mencionado¹²¹, requiriéndose para su concreta adopción, antes de la aplicación de la misma, una resolución específica de quien la ordena¹²².

¹¹⁷ Véanse, entre otros, REQUEJO RODRÍGUEZ, “¿Suspensión o supresión?”, p. 124 y SERRANO ALBERCA, “Artículo 17”, p. 373.

¹¹⁸ SERRANO ALBERCA, “Artículo 55”, p. 1013.

¹¹⁹ Como destaca VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos”, p. 102, en la práctica la adopción provisional de la medida sin la necesaria intervención judicial se produce de forma automática en todos los casos de terrorismo.

¹²⁰ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987.

¹²¹ Muy acertadamente, MESTRE DELGADO, *Delincuencia Terrorista*, p. 144.

¹²² Así, VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos”, p. 104.

La vigencia de un sistema diseñado al amparo de la norma mencionada (incomunicación provisional automática) puede conllevar numerosos efectos no deseables, y entre ellos, el de posibilitar la comisión de prácticas tan execrables como las torturas y los malos tratos, ante la existencia de un espacio policial en el que se carece o bien de control judicial alguno (en el primer período de 24 horas) o bien de la efectividad del mismo una vez autorizada su aplicación.

Con ello, no estamos diciendo que sistemáticamente la incomunicación comporte torturas y malos tratos. Sin embargo, es preciso adoptar todas las medidas oportunas para que el Ordenamiento carezca de espacios en los que, en algún momento, se pueda llegar a propiciar las conductas mencionadas.

Por ello, desde la perspectiva de la intervención judicial, hay que atender a una propuesta realmente interesante que ya realizó en el año 1986 la Fiscalía de San Sebastián, esto es, la supresión de la prórroga de detención y la efectividad del control judicial de la misma, permitiendo que tanto los Juzgados como las Fiscalías del lugar donde se produjo la detención puedan, sin necesidad de recurrir a la fórmula de la delegación, vigilar de una forma directa y efectiva el estado y la situación de las personas detenidas en aplicación de esta medida¹²³. Existen, sin embargo, otras propuestas que, en esta misma línea, apuntan a la reducción del plazo de detención gubernativa a los límites más acordes con los estándares internacionales (3/4 días) y la exigencia de un control judicial de la incomunicación¹²⁴.

En definitiva, la restricción de derechos que implica la detención incomunicada precisa cuanto menos de una autorización judicial previa a la adopción de la misma, cuya ausencia durante un período tan amplio (24 horas) desvirtúa toda la legitimidad con la que, en teoría, surge esta concreta medida. Sin embargo, lejos de limitarnos a exigir una intervención judicial previa, quizás lo acorde con un Estado Democrático y de Derecho sea, por un lado, la reducción de la duración máxima de la detención preventiva a los estándares internacionales, que a tenor de lo mencionado anteriormente, contemplan un límite máximo de unos cuatro días –no haciéndose extensivo a los 5 días que se permiten en el Ordenamiento Jurídico español– y, por otro lado, la propia supresión de la medida de incomunicación. Téngase en cuenta que la incomunicación constituye una modalidad de detención preventiva cuya duración máxima, como veremos a continuación, puede llegar o hacerse extensiva hasta 13 días. Si anteriormente se ha venido criticando la prórroga de la detención preventiva, por entenderla excesiva y contraria a los principios de presunción de inocencia, de legalidad y de proporcionalidad, idénticos argumentos deben ser empleados frente a una situación procesal en la que, además de la concreta privación de libertad hasta 13 días, se impide la designación de abogado de confianza, la entrevista reservada con el abogado de oficio y la comunicación con la persona que el incomunicado determine, careciendo de control judicial hasta pasadas, incluso, las primeras 24 horas.

d) Duración de la detención incomunicada

A pesar de la práctica inexistencia de trabajos relativos a la duración de la medida de detención incomunicada, no podemos pasar por alto, en el presente trabajo, una referencia, si quiera, mínima a la específica situación y amplitud extensiva en la que se encuentran los detenidos sometidos a esta medida.

Según el artículo 509.2 LECrim: “2. *La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La*

¹²³ Propuesta que figura recogida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1986, pp. 347 a 349.

¹²⁴ MESTRE DELGADO, *Delincuencia Terrorista*, p. 146. En esta misma línea GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, p. 111, que al hilo del análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional, entiende que si la Policía, al mismo tiempo que ordena la incomunicación del sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo, solicita al Juez competente que confirme la incomunicación, ésta es ajustada a la Constitución.

incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días”.

Aunque inicialmente pudiera pensarse que la duración máxima de la detención incomunicada se hace extensiva a 13 días, atendido el primer plazo máximo de 5 días, su prórroga por otros 5 y un último plazo de 3 días más, lo cierto es que el tenor literal del artículo 509.2 LECrim hace una distinción que no debe pasar desapercibida a la hora de analizar estos supuestos. Según lo dispuesto en el número 2 del artículo 509 LECrim, la medida de incomunicación aplicable al detenido no puede exceder de 5 días, puesto que el segundo plazo de otros 5 días, sólo será posible, a tenor del contenido literal del precepto, habiéndose decretado auto de prisión. En efecto, según el artículo 509.2 LECrim “en los casos en que la prisión se acuerde” en causa de alguno de los supuestos incursos en el ámbito de los delitos de terrorismo, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a 5 días más, que puede llegar a hacerse extensivo hasta 3 días más, una vez que ha sido previamente levantada la incomunicación.

Desde esta perspectiva, hay que destacar dos aspectos. En primer lugar, la imposibilidad de que un detenido permanezca incomunicado por un período superior a 5 días y, en segundo lugar, desde un análisis específico de la restricción de derechos que implica la incomunicación, la excesiva duración de la misma, extensible a 13 días de cómputo global.

Por lo que respecta al primer aspecto puesto de manifiesto, según hemos aludido, el artículo 509.2 parece distinguir entre detenidos y presos, categorías procesales ambas que pueden verse sometidas a la medida de incomunicación. Siguiendo el tenor literal del precepto, la duración de la incomunicación de un detenido no podrá extenderse más allá del tiempo estrictamente necesario para los fines investigadores y, en cualquier caso, no puede ser superior a 5 días. La ampliación de dicho plazo de incomunicación, inicialmente por otros 5 y posteriormente por otros 3 más, pasa necesariamente por la emisión de un auto de prisión, de tal forma que el plazo máximo de detención incomunicada es de 5 días y el de prisión incomunicada de 8.

La prórroga de la detención incomunicada por un plazo superior a 5 días, sin que se haya dictado auto de prisión, se presenta, en este sentido, contraria no ya a los estándares mínimos internacionales que permiten la derogación de las obligaciones internacionales, sino más bien a la propia normativa internacional de desarrollo de la detención incomunicada que únicamente permite dicha situación procesal por el plazo de tiempo ya mencionado (5 días).

Por lo que respecta al segundo aspecto, esto es, la concreta duración del plazo máximo de incomunicación (13 días en total) no puede ser analizado autónomamente, sino en relación al asignado a la detención preventiva, por ello es preciso traer a colación los pronunciamientos que hizo en Alto Tribunal cuando en el año 1987 tiene que resolver un recurso de inconstitucionalidad respecto a diversos artículos de la normativa antiterrorista entonces en vigor.

El propio Tribunal Constitucional ya se pronunció en el año 1987 acerca de la amplitud extensiva del plazo de detención ordinaria que estaba vigente en el artículo 13 de la anterior LO 9/1984. En la Sentencia 199/1987 el Tribunal Constitucional no duda en considerar al artículo 13 mencionado como excesivo y contrario a las previsiones internacionales reguladoras de la duración de la detención preventiva, por cuanto, dicho plazo de 10 días implicaba en palabras del propio TC, una penalidad añadida a la situación de privación de libertad

que debía soportar el detenido en situación de prevención. Dicho pronunciamiento comporta, entre otras cuestiones, la derogación del plazo máximo de detención preventiva de 10 días, reduciéndose el mismo al actualmente en vigor de 5 días de duración máxima (según lo previsto en el artículo 509.2 LECrim).

Si bien el Alto Tribunal no parece considerar contraria al artículo 5.3 CEDH la duración máxima actualmente en vigor, la doctrina sí se ha cuestionado el fundamento y el objetivo de la misma. Así, partiendo de que el fundamento del plazo ordinario de detención de 72 horas está directamente vinculado con el hecho de atribuir a la Policía judicial una función autónoma de investigación en los primeros momentos¹²⁵, un importante sector doctrinal se plantea una doble cuestión a este respecto. Por un lado, la necesidad o no de ampliar primero a 5 días, luego a otros 5 y finalmente 3 más el plazo de incomunicación, teniendo en cuenta que el propio plazo ordinario se considera más que suficiente, con las medidas técnicas actuales para llevar a cabo las correspondientes investigaciones¹²⁶; y, en segundo lugar, la peligrosidad que implica una medida de estas características porque se presta a convertirse en un instrumento de doblegamamiento de la voluntad que contradice los derechos reconocidos en el artículo 17.3 CE, teniendo en cuenta que, a pesar de la prórroga, siguen estando vigentes el derecho a no declarar contra uno mismo, ni a confesarse culpable¹²⁷.

No les falta razón a este grupo de autores al cuestionar la amplitud del plazo máximo de incomunicación, que entre el período de detención y de prisión puede extenderse hasta 13 días, teniendo en cuenta, como señala el artículo 509.2 LECrim que la finalidad de la incomunicación es practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior (evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos).

No se puede olvidar que en la actual sociedad de la información y de las tecnologías la consideración de la duración inicial de 5 días como tiempo necesario para los fines investigadores ya tropieza con los avances tecnológicos en materia de técnicas de investigación policial para el descubrimiento de indicios racionales de criminalidad. Las prácticas de ADN, las de identificación lofoscópica, las de analítica, son ejemplos de fines investigadores que, a día de hoy, no requieren si quiera, como hemos destacado anteriormente, de un plazo de 5 días como el proclamado en el artículo 509.2 LECrim. Si a ello añadimos el hecho de que la duración de la prisión incomunicada puede extenderse hasta 8 días más, sólo cabe deducir que se están creando espacios extramuros de las garantías democráticas que pueden llegar a favorecer situaciones de abusos difícilmente controlables con el sistema en vigor.

A estos efectos, hay que traer a colación una de las últimas sentencias dictada por la Audiencia Nacional (Sentencia 45/2008, de 21 de octubre), donde se absuelve a un presunto terrorista, pero además se realiza una interesante disquisición acerca de la duración de la incomunicación en la que se vio sometido el imputado. Según el Tribunal, “[...] *la detención incomunicada de 5 días de duración se carece de fundamento alguno, puesto que, tal y como queda probado, los tres primeros días en los que se extiende la detención no se efectúa con él diligencia policial diferente a la de su identificación, cuando consta que estaba identificado desde el momento mismo de la detención. Según las diligencias policiales, continúa la Audiencia, el detenido estuvo el miércoles, jueves y viernes detenido sin que se practicase diligencia alguna con él, ‘acordándose tomarle declaración’ a las 21,56 horas de ese Viernes. [...] Vista la concordancia de lo manifestado por el hoy acusado en su denuncia (a nivel de corroboración horaria en el iter de su detención)*”

¹²⁵ Como recoge ASENCIO MELLADO, “La libertad de movimientos”, p. 49, este plazo atiende a la necesidad de llevar a cabo de forma inmediata una investigación preliminar y urgente que requiere de la presencia del imputado, incluso para que pueda prosperar el procedimiento mismo. En este mismo sentido, BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, p. 81.

¹²⁶ Así lo recoge muy acertadamente LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista”, p. 982, que califica la prórroga de dos días más de innecesaria y peligrosa.

¹²⁷ LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista”, p. 982.

*y visto el tiempo transcurrido en dependencias policiales carente de justificación, la autonomía y voluntariedad de la declaración prestada no puede presuponerse, habiendo sido otra cosa alegada por la defensa, y constatando la depresión psicológica profunda del detenido, en los momentos previos a su toma de declaración, no estima este Tribunal que aquellas declaraciones hayan sido vertidas en total y absoluta libertad de ánimo, y, consecuentemente, son inválidas para basar en ellas una sentencia condenatoria*¹²³.

Pues bien, en el presente supuesto, sin entrar a valorar el exceso normativo de la duración de la medida de incomunicación, la Audiencia Nacional viene a fundamentar la adopción de la medida de incomunicación en la necesidad de realizar las diligencias policiales de investigación. Ahora bien, no existiendo la mencionada necesidad y constatándose que no se ha aprovechado el período de incomunicación para ejercer ningún tipo de diligencia, no parece existir fundamento jurídico alguno que justifique el plazo de incomunicación de 5 días al que se ha visto sometido el detenido. En el presente caso, de la adopción de dicha medida sólo se deduce que la declaración obtenida en régimen de incomunicación no ha sido vertida en total y absoluta libertad de ánimo, concluyendo, consecuentemente el órgano jurisdiccional, en la invalidez de la prueba obtenida en sede policial y absolviendo, por lo tanto, al imputado.

En definitiva, la duración de la incomunicación debe responder a un análisis de ponderación de la excepcionalidad y proporcionalidad de la necesidad de dicha medida, tal y como se especifica en el ámbito internacional.

En cualquier caso, aunque dicho período se justifique en atención a la necesidad de realizar diligencias policiales, la práctica de las mismas debe ser realizada con urgencia y por el tiempo estrictamente necesario. Si bien el artículo 509.2 LECrim se refiere a distintos plazos de incomunicación, el cómputo total de todos ellos, puede llegar a extenderse a 13 días de incomunicación (5 en régimen de detención y 8 en régimen de prisión) que no parece resultar acorde con las exigencias de “urgencia” y “tiempo estrictamente necesario” reclamadas en idéntico precepto, atendidos, fundamentalmente, los avances tecnológicos en materia de prueba y la existencia de supuestos de hecho en los que la adopción de medidas de incomunicación, lejos de acompañarse del ejercicio de las diligencias policiales que se estimen necesarias durante dicho período, constituye un espacio policial donde una rebaja de las garantías procesales puede llegar a fomentar verdaderos abusos de poder.

Por todo ello, el período de incomunicación –primero de 5 días de detención y después de 8 días más de prisión– no parece responder a las exigencias de urgencia, inmediatez y proporcionalidad con las que inicialmente surge esta medida.

e) Contenido de la detención incomunicada

Probablemente uno de los aspectos más controvertidos de la incomunicación reside en su específico contenido, esto es, aislar al incomunicado de sus relaciones personales o profesionales, en el sentido dispuesto por el artículo 527 LECrim: *“El detenido o preso mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:*

- a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.*
- b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2.*
- c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6”.*

¹²³ Así lo contempla la Audiencia Nacional en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia 45/2008, de 21 de octubre.

A tenor de dicho contenido normativo tres son los aspectos a tener en cuenta: la designación de abogado de oficio; la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado; y la imposibilidad de comunicarse con aquella persona determinada por el incomunicado.

a') Designación de abogado de oficio

Tradicionalmente se ha interpretado que, con la citada medida, se pretende evitar la frustración de diligencias policiales como consecuencia de eventuales comunicaciones entre diversos elementos terroristas a través del abogado que asiste a uno de ellos¹²⁹, subyaciendo, en última instancia, una mera hipótesis del poder ejecutivo a través de la cual el abogado que elige el terrorista es otro terrorista¹³⁰.

El derecho a la asistencia letrada tiene constitucionalmente una doble proyección. Por un lado el artículo 17.3 que garantiza la “asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”; y, por otro lado, el artículo 24.2 que reconoce el derecho a la defensa y a la asistencia del letrado como uno de los presupuestos para obtener una tutela judicial efectiva. Esta dual proyección del derecho constitucional a la asistencia letrada parece encontrar su correlato en la doble situación en la que puede encontrarse una persona a la que se garantiza el derecho a ser asistido por un abogado: como detenido o como acusado (imputado).

El objetivo esencial del artículo 17.3 CE consiste en asegurar y fiscalizar desde un principio el respeto de los derechos fundamentales del detenido, en cuanto persona privada de libertad, debiendo estar orientada, en este sentido, la asistencia letrada tanto a prestar el debido asesoramiento jurídico, como a velar por el respeto a los derechos fundamentales del detenido, como puede ser el que no se superen los plazos legales de detención o que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad o que se respete su libertad en la declaración. Pues bien, concretado el alcance del artículo 17.3 CE, la problemática se centra en la distinción prevista en cada uno de los dos preceptos aludidos, el artículo 17.3 y el 24.2, ambos de la Constitución. En efecto, mientras el primero alude al “detenido”, el segundo se refiere al “acusado/imputado”, condición esta segunda que según la doctrina mayoritaria imposibilitaría la restricción implícita en la condición de incomunicado, por considerarse contenido esencial del derecho a la defensa técnica.

Según un importante sector doctrinal, la limitación establecida en el artículo 527 a) LECrim encuentra su justificación en una doble dimensión, esto es, en la protección de la paz social y de la seguridad ciudadana que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el artículo 17.3 CE, proceda a su conciliación, impidiendo la movilidad de libre designación de abogado¹³¹; y, en el hecho de que, frente al acusado al que el artículo 24.2 de la CE reconoce expresamente el derecho a defenderse por el letrado que libremente desee elegir, el artículo 17.3 no consagra idéntico derecho para los detenidos, a los que simplemente se les garantiza la asistencia letrada¹³². En definitiva, este sector doctrinal interpreta que la libre designación

¹²⁹ Parece ser que durante los primeros años 80 la designación de abogado de confianza por parte de supuestos miembros de ETA permitió el trasvase de información con lo que se frustraron varias investigaciones policiales al huir varios supuestos terroristas y desaparecer pruebas fundamentales de la investigación.

¹³⁰ Así lo manifiesta expresamente OLARIETA, “Ley antiterrorista y Derecho de defensa”, p. 484, refiriéndose directamente a unas manifestaciones que hizo públicas en abril de 1988 en Noruega el que fuera presidente del Estado Español en aquella época, esto es, el señor Felipe González.

¹³¹ BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, p. 69.

¹³² FORCADA JORDI, “Sobre el derecho de libre elección de abogado”, p. 149, estima, en este sentido, que para el que se halla en mera situación de detenido, si bien la normativa interna le niega ese derecho de elección si está incomunicado, la normativa supranacional nada dice al respecto, lo que supone que, ante la ausencia del estándar mínimo que las normas internacionales suscritas por España significan, la limitación que el artículo 527 LECrim impone no vulnera aquel estándar de mínimos por lo cual se concluye en admitir como constitucional la imposibilidad de libre elección de abogado para los detenidos que se hallan sometidos a incomunicación. En idéntico sentido, COBO DEL ROSAL, *Incomunicación procesal*, p. 29.

de abogado no forma parte del contenido esencial del artículo 17.3 CE que, simplemente, garantiza la asistencia letrada al detenido.

Según doctrina del propio Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, por tanto también de los derechos fundamentales de las personas, viene marcada, en cada caso, por el conjunto de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro”¹³³, residiendo la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada no en la modalidad de la designación del abogado de confianza, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de abogado de oficio el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al letrado de libre designación¹³⁴.

Así lo recogió el Tribunal Constitucional de manera expresa:

“se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

[...] no parecen existir motivos suficientes para pensar que la imposibilidad de designar abogado de confianza lesione el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada, puesto que dicha restricción no lo hace impracticable. Desde esta perspectiva, la relación de confianza, aun conservando cierta importancia no alcanza la entidad suficiente para configurarse como elemento esencial del derecho a la asistencia letrada, cuyo núcleo queda conformado, según el Tribunal Constitucional, en la efectividad de la defensa, puesto que lo que pretende la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación.

El legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificadas en la protección de otros bienes constitucionales y sean proporcionadas a la misma, que no sobrepasen su contenido esencial. La especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias objetivas o subjetivas que concurran en ellos pueden hacer imprescindibles que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyen u oculten pruebas de su comisión.

En atención a ello, la LECrim concede a la autoridad judicial la competencia exclusiva para decretar la incomunicación del detenido, medida excepcional de breve plazo de duración que tiene por objeto aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser utilizadas para transmitir al exterior noticias de la investigación en perjuicio del éxito de éstas. En tal situación, la imposición de Abogado de oficio se revela como una medida más de las que el legislador, dentro de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, establece al objeto de reforzar el secreto de las investigaciones criminales.

Teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial en la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE y,

¹³³ Véanse, en este sentido, las Sentencias 11/1981, de 8 de abril y 37/1987, de 26 de marzo, ambas del Tribunal Constitucional.

¹³⁴ Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 17 de diciembre. En idéntico sentido, el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1996, de 29 de abril y el Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2004, de 9 de febrero.

por tanto, constitucionalmente protegidos, la limitación establecida en el artículo 527 a) LECrim encuentra justificación en la protección de dichos bienes que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el artículo 17.3 CE proceda a su conciliación, impidiendo la modalidad de libre elección de abogado”¹³⁵.

De esta forma, concluye el TC, que la medida de incomunicación permite al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales. De ello resulta que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de abogado, no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada –cuya efectividad no se perjudica– con los valores constitucionales citados, pues la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido¹³⁶.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de la diferencia entre el artículo 17.3 y 24.2 CE, concluyendo que el primero no forma parte del contenido esencial del derecho a la defensa, pudiendo verse limitado el mismo en aquellos casos en los que el contexto terrorista así lo requiera, debiendo esta restricción ser interpretada y aplicada restrictivamente¹³⁷.

Contrariamente a lo manifestado por el propio Tribunal, el Magistrado De la Vega Benayas, en voto particular a la Sentencia 199/87 estima que: *“la asistencia letrada al detenido se configura en la CE como un derecho fundamental (art. 17.3) que garantiza, a su vez, el de la libertad de toda persona (art. 17.1) en una situación especialmente grave y temporalmente conflictiva para su status. La intervención del Abogado, para el detenido o sospechoso puede ser crucial e incluso determinante y más incomunicado, de su posterior destino procesal y quizá penal o punitivo. Sea o no culpable –y aquí le asiste la presunción de inocencia– esas horas primeras de la detención son quizá las más necesitadas –más justificadas– de apoyo técnico y moral. Ambas cosas sólo se las puede prestar el Abogado, pero sólo el Abogado en quien confíe. El patrocinio del Abogado –continúa el Magistrado– es o se fundamenta en una relación de confianza, pero de la confianza de la persona en el abogado, no de la sociedad o de la Ley en un servicio de Letrado de oficio, por mucho que todos los anotados en esa prestación social gocen de la adecuada preparación e incluso disposición del ánimo para la defensa desinteresada. Porque no se trata de una “defensa objetiva”, sino subjetiva: la del interesado detenido, frente a la esa sí, objetiva, de la sociedad. La defensa de oficio tiene evidentes connotaciones o similitudes con la noción de servicio público, que bastaría para satisfacer la necesidad de una mera presencia de Abogado, pero no el apoyo moral y ayuda técnica en la que consiste la función del Letrado, y a la que, por otro lado, se refiere la Sentencia. No hace falta, en efecto, tener mucha imaginación para concluir que, en el mundo organizado del crimen –sea delito social o terrorista– la sola detención de un sospechoso es conocida en el momento y que ahí puede comenzar la preparación de coartadas o la eliminación de pruebas e indicios, así como la huida de los implicados.*

En cuanto a la valoración de bienes constitucionales, es desequilibrada porque se ha primado la seguridad en detrimento de la libertad de elección de Abogado y porque pensada esa limitación de derechos desde la perspectiva del terrorismo, ha convertido una limitación o excepción temporal en regla genérica, ya que ha llevado esa previsión a la Ley Ordinaria procesal y con ello resultará aplicable a todos los supuestos de incomunicación, no sólo a la que se decreta para un detenido terrorista o con ocasión del crimen organizado, sino al presunto delincuente común, sea cualquiera la entidad del delito y su repercusión social”.

¹³⁵ Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre.

¹³⁶ Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre.

¹³⁷ Véanse, en este sentido el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 645/2001, de 17 de abril; el Fundamento Jurídico 1 de la Sentencia 1767/2001, de 8 de octubre y el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 1208/2006, de 18 de diciembre, todas ellas del Tribunal Supremo.

Desde esta misma perspectiva, los Magistrados Begué Cantón, Latorre Segura y Leguina Villa (también en voto particular a la sentencia mencionada) en relación a la confianza del Abogado y a la garantía de la asistencia Letrada con la mera presencia de un Abogado de oficio, en la línea iniciada por el Alto Tribunal, entienden que: *“si resulta suficiente con el nombramiento de Abogado de oficio, idéntica medida podría ser adoptada, frente a los detenidos no incomunicados, puesto que la efectividad de la asistencia letrada tampoco se vería afectada en estos casos. En este mismo planteamiento discrepamos de lo mantenido por el Tribunal, al entender que la referencia a la ‘paz social’, a la ‘seguridad pública’ y a la ‘persecución de delitos’ en cuanto fundamentos de dicha restricción, resulta excesivamente genérica y podría servir para la legitimación de cualquier restricción de derechos, haciéndose necesaria, en este caso, una mayor precisión constitucional. Tampoco nos parece adecuada la presunción genérica ilícita de confabulación del Abogado en todos los casos a los que parece aplicarse esta restricción de derechos. Dicha medida resulta manifiestamente desproporcionada, debiendo haberse declarado inconstitucional tal precepto”*¹³⁸.

Pues bien, a tenor de lo mantenido por el Alto Tribunal, al margen de las consideraciones realizadas por los Magistrados en sus votos particulares desde la perspectiva constitucional, no parece, inicialmente que se pueda cuestionar la restricción en la libre designación de abogado, puesto que, según el mencionado órgano, el contenido esencial del derecho a la defensa técnica se limita a la garantía del ejercicio mismo de dicho derecho, al margen de otras consideraciones directamente relacionadas con la efectividad del mismo, desde el prisma de la relación de confianza con el Letrado.

El presente argumento entronca directamente con la normativa internacional reguladora de la presente cuestión, puesto que ni el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas en su artículo 6.3.c), ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 reconocen el derecho a designar abogado de confianza en los supuestos de detención preventiva, limitándose el mismo a los casos de acusación formal o imputación.

Según el artículo 6.3.c) CEDH: *“Todo acusado tiene como mínimo, los siguientes derechos:*

- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; [...].”*

Por su parte el artículo 14.3 del PIDCP, prescribe: *“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección [...].”*

Así se ha pronunciado el TEDH en varias ocasiones, reconociendo la importancia de asegurar a todo inculpado, privado de libertad el disfrute del derecho a conversar con un defensor de elección, debiendo someter a restricción dicha garantía ante la necesidad de salvaguardar otros bienes o valores igualmente protegidos por el Convenio, pero respetando, al mismo tiempo el principio de proporcionalidad¹³⁹. El Alto TEDH ha reconocido la legitimidad al acuerdo por parte de las Autoridades estatales de medidas impeditivas de las comunicaciones de un sujeto inculpado y sometido a prisión, necesarias para la consecución de la legítima finalidad de asegurar la instrucción de la causa, con un amplio margen de discrecionalidad tanto en los medios a emplear cuanto en la necesidad de los mismos para el logro de ese objetivo.

¹³⁸ Voto particular en Sentencia 196/1987 del Tribunal Constitucional, de 11 de diciembre.

¹³⁹ Véase, a modo de ejemplo, el Fundamento Jurídico 41º de la Sentencia del Caso Magee v. The United Kingdom, de 6 de junio del 2000 y el Fundamento Jurídico 30º de la Sentencia del Caso Arrêt Yagiz et autres v. Turquie, de 22 de noviembre de 2005.

Sin embargo, es precisamente, éste el principal escollo que generalmente impide al Tribunal entender legítima la intromisión en el derecho a la libre comunicación con el exterior de detenidos y presos. El peligro de colisión en el desarrollo de las investigaciones que, con demasiada frecuencia, las autoridades nacionales alegan, si no se acompaña de extraordinarias circunstancias, no puede justificar la privación del detenido o preso del derecho a la libre comunicación con su defensor y resulta, a todas luces contrario al artículo 6.3 c) CEDH¹⁴⁰.

En efecto, como recoge el TEDH, aunque considera la necesaria existencia de excepciones, lo cierto es que se corre el riesgo de que las mismas adopten la naturaleza de sistemáticas, sin apreciar con rigurosidad el fundamento de la proporcionalidad¹⁴¹. Y junto a ello, el alto Tribunal no hace distinciones respecto a los supuestos en los que proceda excepcionalmente la adopción de medidas restrictivas, pudiendo recurrirse a las mismas tanto en el caso de detenidos como en el de presos (siguiendo la propia terminología de dicho órgano) lo que ha de limitarse específicamente en los supuestos de detención al constituir contenido esencial del derecho a la defensa letrada.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no hace distinciones entre detenido e imputado para justificar en unos casos y no en otros la imposición de un abogado de oficio. A tenor de lo manifestado, la restricción del derecho a la designación del abogado de confianza operará en todos aquellos supuestos que así se precise, puesto que siguiendo una interpretación amplia del derecho a la defensa letrada, la mera detención ya implica la condición de imputado, que viene a concebirse como presupuesto de la incomunicación del artículo 527 LECrim.

Así lo interpreta muy acertadamente Gómez Colomer. Este autor centra su perspectiva en el hecho de que las referencias normativas del artículo 527 LECrim al concepto de “detenido” no especifican el origen de la detención, esto es, policial o judicial, debiendo interpretarse, en sentido amplio, que la incomunicación a la que se refiere el mencionado precepto tiene aplicación en ambos casos¹⁴², siendo, en este sentido, el derecho a designar abogado de confianza una de las manifestaciones esenciales del derecho a la defensa, y su supresión y la consiguiente designación de oficio, una mera apariencia de dicho derecho¹⁴³.

Así, a la luz de lo manifestado y habida cuenta de la incidencia que, en la presente temática, contiene la determinación del contenido esencial del derecho a la defensa técnica, hay que convenir con Gómez Colomer en que, efectivamente, la incomunicación a la que se somete el presunto terrorista implica una limitación del contenido esencial del derecho a la defensa letrada que, limitándose a la condición de imputado, se produce, tanto cuando se ha dado una imputación formal de los hechos, como en los supuestos de detención a la que alude el artículo 527 LECrim, puesto que en su contenido literal queda reflejada, sin ningún tipo de distinción, tanto la detención policial como la judicial.

Por lo tanto, si bien es cierto que las disposiciones internacionales sólo se refieren de manera expresa, al derecho a la libre designación de abogado, en los supuestos de acusados, los pronunciamientos derivados de la jurisprudencia del TEDH aluden indistintamente a dicho derecho tanto en los casos de imputados, como en los de detenidos, permitiendo derogar dicho derecho, sólo en los supuestos excepcionales en los que se pondere la proporcionalidad de la medida.

¹⁴⁰ En este sentido, el TEDH en el Fundamento Jurídico 43º del Caso Magee v. The United Kingdom, de 6 de junio del 2000, siguiendo las recomendaciones del Comité Europeo para la prevención de la Tortura y de los Tratos inhumanos o degradantes, expresa sus dudas de legalidad acerca de la existencia de centros especiales de detención como el Castlereagh Holding Center, habida cuenta de la austeridad de las condiciones de las detenciones y de la propia incomunicación de los detenidos que llega a calificar de “psicológicamente coactiva y conducente al derribo de cualquier decisión a permanecer callado que pudiera haber sido adoptada al principio de su detención.

¹⁴¹ Fundamento Jurídico 33º de la Sentencia del Caso Arrêt Yagiz et autres v. Turquie, de 22 de noviembre de 2005.

¹⁴² GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, p. 107.

¹⁴³ MUÑAGORRI LAGUÍA, “La Administración de Justicia”, p. 158.

Así se argumenta que esta medida de incomunicación permite al Estado cumplir con el deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales, favoreciendo el relajo de determinadas garantías procesales a favor de la protección de la paz social y la seguridad ciudadana¹⁴⁴.

Sin embargo, la necesidad de proteger la paz social y la seguridad ciudadana –como correlato de la suspensión del derecho a la libre designación de abogado– únicamente puede interpretarse desde la perspectiva de considerar al abogado de confianza del “presunto terrorista” como otro terrorista. Si esto fuera así, tendría sentido impedir la comunicación entre dos miembros de un mismo grupo armado cuyos objetivos se dirigen a subvertir el orden público y la paz social, tal y como se requiere en el Código Penal, puesto que la comunicación entre los mismos, efectivamente perjudicaría la propia investigación en cuanto que el “abogado-terrorista” podría utilizar la información obtenida de su defendido, para facilitar la huida de otros detenidos, para actuar contra otros bienes jurídicos de la víctima, para destruir pruebas e incluso en beneficio de la comisión de otros hechos ilícitos. Ahora bien, en estos casos, habrá que partir de la presunción de que todas las personas relacionadas con actos terroristas son defendidas por otros terroristas. Sin embargo, ni se puede presumir en todos los supuestos de detención incomunicada un riesgo de complot ilegal del letrado designado libremente con otros individuos a quienes podrían afectar las pesquisas en trámite¹⁴⁵, ni se debe pasar por alto que también un abogado de oficio podría realizar tan reprochable actividad¹⁴⁶.

Sorprendentemente, junto al argumento de la seguridad, el Tribunal Constitucional especifica que dicho sacrificio se podría imponer por razón de la necesidad de proteger un derecho o interés jurídico que, en el caso concreto, resulte preponderante; tras la debida ponderación de uno y otro de los intereses enfrentados, conforme a los parámetros que suministra el principio de proporcionalidad¹⁴⁷.

Éste parece haber sido el fundamento que ha regido en la opción del legislador que, tras la ponderación de los intereses enfrentados, considera que la prevalencia del Estado en la persecución del delito a través del adecuado funcionamiento de las instituciones procesales, esto es, el correcto desarrollo y éxito del proceso, está por encima del interés privado de quien es sujeto pasivo del mismo¹⁴⁸. Sin embargo, si eso es así, y atendiendo al fundamento que persigue la presente institución, la imposibilidad de designación de abogado de confianza no puede operar sistemáticamente en todos los supuestos relacionados con delitos de terrorismo, debiendo hacerse extensiva únicamente a aquellos casos que entrañan un grave riesgo para la satisfacción de los fines de aseguramiento que se pretenden¹⁴⁹.

Es por ello que, desde esta perspectiva, existan dudas de proporcionalidad respecto de la medida de denegar abogado de confianza, que sitúan a este precepto al margen de la legitimidad constitucional. Como ya se ha manifestado anteriormente, la incomunicación del detenido persigue como fin el impedir la frustración de la investigación e instrucción sumarial que, por razón de las extraordinarias circunstancias concurrentes en el caso concreto, se teme amenazada; de ahí que se restrinjan algunos de los derechos, en orden a preservar las finalidades contempladas en el artículo 509.1 LECrim, anteriormente mencionado. Sin embargo, junto a ello, no puede olvidarse el interés del legislador por evitar el contacto con el abogado de confianza que, en el ámbito que nos ocupa (supuestos de terrorismo), implica, como

¹⁴⁴ Así lo dispone BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, p. 68, cuando además subraya que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de Abogado no le impide proceder a ella una vez haya cesado la incomunicación.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ CUEVAS, *La suspensión individual de derechos*, p. 280.

¹⁴⁶ ECHEVERRÍA GURIDI, “Particularidades procesales”, p. 107.

¹⁴⁷ Sentencia 199/1987.

¹⁴⁸ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 136.

¹⁴⁹ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 137.

muy acertadamente viene manteniendo la doctrina, una auténtica presunción legal de confabulación o connivencia delictiva entre ambos, que llevaría sistemáticamente al abogado a actuar fraudulentamente, incumpliendo sus deberes deontológicos y utilizando de forma desviada las posibilidades que el artículo 520 LECrim le ofrece¹⁵⁰.

Si bien la consideración de que la intervención de un abogado de oficio consigue “en todo caso” neutralizar el peligro que amenaza al éxito de la instrucción sumarial, sobre la base de idéntica convicción podrían formularse, al menos dos objeciones. Por un lado, se olvida que el propio abogado de oficio puede llegar a obstaculizar, pudiendo llegar a darse la confabulación que se quiere impedir y, por otro, si bien se pretende evitar cualquier relación de connivencia con el cliente susceptible de frustrar los fines cautelares perseguidos, parece ignorarse la evidencia de que, finalizada la incomunicación, el detenido podrá hacer uso de la facultad negada hasta ese momento y el peligro, quizás, no llegue a desaparecer¹⁵¹.

En definitiva, la asistencia más eficaz es aquella que proporciona el letrado más experto, cuando lo que la Constitución pretende es que el detenido se vea aconsejado, protegido y apoyado por quien él mismo elija, alguien en quien pueda confiar y confiarse, y en esto no puede haber equivalentes, ni sustitutos por la relación tan personal que impera. Desde luego lo más eficaz no es el letrado de oficio, que por turno puede recaer en cualquier profesional, tampoco lo es desde el punto de vista de que su intervención está mermada por la falta de intimidad y de confianza que en él tiene el detenido¹⁵².

Con todo ello, siguiendo en este punto a Gómez Colomer, la incomunicación se configura como una “medida de exclusión del Abogado defensor de elección”, que constituye un límite excesivo al derecho a la asistencia letrada, pero al mismo tiempo, una auténtica sanción al propio Letrado, a todas luces inconstitucional, toda vez que, a pesar de las importantes connotaciones punitivas que en ella se detectan, el legislador procesal español no respeta las exigencias de tipicidad, procedimiento y prueba para su imposición que requiere la Norma Fundamental¹⁵³.

b) Imposibilidad de entrevista personal con abogado de oficio

Como correlato de lo que se acaba de mencionar respecto a la designación de abogado, el artículo 527 LECrim dispone la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

A diferencia de lo que sucedió respecto a la cuestión anterior, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado abiertamente sobre la legitimidad de este segundo efecto derivado de la adopción de la medida de incomunicación. Las declaraciones contenidas en la Sentencia 199/87, respecto a la constitucionalidad del efecto anterior y las deducidas de otras sentencias¹⁵⁴ indican la aceptación de una medida que, sin embargo, a día de hoy, sigue dejando dudas de constitucionalidad. Si, como ya se ha plasmado anteriormente, fueron razones de política-criminal las que llevaron al legislador a impedir la comunicación con el abogado de confianza, para evitar ilícitas confabulaciones del mismo que pudieran afectar a las investigaciones policiales, no se alcanza a comprender cuáles pueden ser las razones jurídico-democráticas que impidan que el detenido se entreviste personalmente con un abogado ajeno a su presunto ámbito de

¹⁵⁰ Así lo destacan, entre otros, FORCADA JORDI, “Sobre el derecho de libre elección del abogado”, p. 151; LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 145.

¹⁵¹ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 147.

¹⁵² OLARIETA, “Ley antiterrorista y derecho de defensa”, p. 488.

¹⁵³ GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, p. 141.

¹⁵⁴ Téngase en cuenta, el Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/1983, de 30 de julio, donde el Alto Tribunal se limita a mencionar la posibilidad de que se suspenda la entrevista reservada con el abogado, en supuestos de terrorismo, sin entrar en valoraciones jurídicas al respecto.

relaciones terroristas. Eliminada la posibilidad de que se difunda la noticia de la detención, el abogado de oficio debería poder ejercer plenamente las facultades inherentes a su condición de tal, incluida la de entrevistarse reservadamente con su cliente.

Desde el punto de vista formal, en contra de la constitucionalidad de la medida, se esgrime que la misma entraña la restricción del más elemental y básico de los derechos procesales, el derecho del detenido a la asistencia letrada que, por su esencialidad a la efectiva realización de defensa, no parece admitir límite alguno¹⁵⁵. En esencia, las dudas de constitucionalidad giran, nuevamente, en torno a la consideración de dicha facultad (entrevista reservada) como contenido esencial del derecho del detenido a la asistencia letrada. Si se parte de su consideración como manifestación esencial del derecho a recibir asistencia y defensa técnica, su impedimento, se traduce en indefensión. La detención adquiere la condición de primer acto del proceso en el que el detenido precisa de la asistencia técnica de un letrado que le asesore en esos primeros momentos, resultando, a todas luces su negativa contraria al contenido esencial del derecho a la defensa, directamente derivado del derecho fundamental a la asistencia y defensa letrada del artículo 17.3 CE¹⁵⁶.

Según el artículo 17.3 CE “se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”. Sin embargo, según lo mantenido por el TC, el contenido literal del artículo del artículo 520 LECrim en relación con el 527 LECrim, se puede impedir la entrevista reservada con el abogado de oficio, en cuanto que este derecho puede llegar a materializarse con la mera presencia del abogado en el interrogatorio, esto es, la mera “asistencia del abogado al interrogatorio”, tal y como sucede en los supuestos de incomunicación a los que nos venimos refiriendo. Deducida dicha conclusión del tenor literal del artículo 520 LECrim, hay que subrayar que dicho artículo prescribe ciertamente que se podrá solicitar la presencia de abogado, en el lugar de custodia para que asista al interrogatorio, pero añade que la presencia del abogado tendrá también por finalidad su intervención en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto el afectado (artículo 520.2 c)), no reduciéndose su cometido –a pesar de la imposibilidad de entrevista reservada– a la mera presencia pasiva, vinculada a la necesidad de asesorar al detenido¹⁵⁷.

Conforme a lo mantenido anteriormente respecto a la restricción de designación de abogado, la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio, a tenor del artículo 527 LECrim, tampoco ha de entenderse como efecto de inmediata operatividad, debiendo el órgano jurisdiccional, a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso, la gravedad y la excepcionalidad del mismo, ponderar la necesidad o no de adoptar la presente medida. Así, esta medida sólo podrá entenderse en cuanto reafirmación de la necesaria sospecha de confabulación delictiva entre los comunicantes, como razón legitimadora única de la injerencia en la relación abogado-cliente, con la exigencia de que la misma se funde en claros y suficientes indicios y de la que derive un peligro, no abstracto, sino objetivamente constatable, del que se dé cumplida cuenta a partir de una razonada motivación de la orden en que la medida se decida¹⁵⁸. Y, en cualquier caso, la legitimidad, desde el punto de vista constitucional, que pueda reconocerse al sacrificio de determinados derechos del imputado a los fines de la investigación e instrucción de la causa, se desvanece en el caso de que el derecho afectado sea el que se reconoce como

¹⁵⁵ Véanse en este sentido, LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico*, p. 409; LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*. También en este sentido, GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, p. 150, manifiesta que ni directa ni indirectamente el derecho de defensa, en cualquiera de sus sentidos, amplio, concreto, autodefensa, defensa técnica, etc, puede quedar limitado por la legislación terrorista.

¹⁵⁶ En este sentido, LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 151, manifiesta que no cabe duda de que, dese el que pueda entenderse como primer acto del proceso, el imputado –especialmente si se halla privado de libertad– precisa de la asistencia de un letrado y es por ello que debiera facilitársele el mantener con él comunicación, incluso con carácter previo a la celebración de la diligencia del interrogatorio a la que se someta. El letrado, por su parte, carente de la valiosa información que procedede su cliente difícilmente podrá proyectar con ciertas garantías de éxito su estrategia y desarrollar con eficacia la defensa que se le encomienda.

¹⁵⁷ GÁLVEZ, “Artículo 17 -Seguridad personal-” p. 375.

¹⁵⁸ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 152.

presupuesto básico del derecho de defensa, consagrado como garantía procesal suprema y que es, a su vez, fundamento del Estado de Derecho¹⁵⁹.

Como destacan muchos autores, caben deducirse, cuanto menos dos conclusiones de esta restricción, en primer lugar que el abogado de oficio no es más que un mero auxiliar¹⁶⁰, un mero observador y, en segundo lugar, la prohibición de entrevista reservada sólo parece circunscribirse a la imposibilidad de que el detenido en régimen de incomunicación transmita al abogado algún tipo de irregularidad, tratándose en definitiva, de un medio inquisitivo al servicio del Estado que, en este punto, a diferencia de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, sí afecta al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada. En efecto, si la labor del abogado se despliega mediante el asesoramiento jurídico pertinente del detenido o del preso, que se practicará esencialmente a través de las entrevistas personales del abogado con su defendido, esto es, las entrevistas reservadas, la cuestión radica en determinar cómo se garantiza ese derecho si el incomunicado carece de la posibilidad de entrevistarse personalmente con el mismo.

En definitiva, como sucediera respecto a la imposibilidad de designación de abogado de confianza, la prohibición de entrevista reservada con el abogado de oficio impuesto por el Estado plantea importantes dudas de constitucionalidad y resulta manifiestamente contraria a las disposiciones internacionales.

En efecto, mientras respecto a la libre designación de abogado, se podía argumentar que los instrumentos internacionales no conferían este derecho como contenido esencial del derecho a la asistencia letrada del detenido, ya que el mismo sólo se reconocía de manera expresa a los acusados o imputados –argumento éste adoptado por el TC para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 527 LECrim–, no se puede predicar idéntica argumentación de esta segunda restricción que carece, en este sentido, de cobertura internacional alguna, a excepción de la derogación de las obligaciones convencionales por las Altas Partes Contratantes en supuestos de peligro público que amenacen la vida de la nación del artículo 15 CEDH.

En este sentido, no existiendo previsiones internacionales que amparen la concreta restricción, ni disposición constitucional alguna que la fundamente, sólo se puede argumentar que el derecho a la entrevista reservada con el abogado forma parte del contenido esencial del derecho a la defensa letrada del detenido que, como ya mencionara el TC en el año 1987 se concreta en la protección al detenido del artículo 17.3 CE con la asistencia técnica de un letrado que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención; derecho que no queda garantizado si la labor del abogado de oficio se limita a la mera presencia del mismo en el interrogatorio, carente de cualquier clase de asesoramiento o apoyo moral o legal.

Por ello, si bien pueden existir supuestos en los que excepcionalmente, ponderando los intereses en juego y atendiendo a la proporcionalidad, se pueda sospechar la existencia de una mínima confabulación entre abogado de oficio y cliente, que suscite la restricción de la entrevista reservada, la naturaleza sistemática de la adopción de la presente medida sólo puede llegar a considerarse contraria a las previsiones constitucionales y en concreto al derecho a la asistencia letrada reconocido a cualquier detenido en el artículo 17.3 CE.

c') Incomunicación con familiares

La tercera de las limitaciones contempladas en el artículo 527 LECrim se concreta en la imposibilidad de que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el detenido, el hecho de la detención y el lugar de la custodia.

¹⁵⁹ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 154.

¹⁶⁰ MUÑAGORRI LAGUÍA, “La Administración de Justicia”, p. 157.

Regulado en el artículo 520.2 d) LECrim, el derecho a que se ponga en conocimiento de la persona que el detenido o preso concrete el hecho de la detención, en supuestos relacionados con delitos terroristas se fundamenta en idénticas razones a las esgrimidas en relación a la totalidad de la cuestión de la incomunicación, esto es, ante el posible riesgo de fuga del detenido y ante los problemas de ocultación, destrucción o alteración de las pruebas que puedan tener relación con la comisión del hecho, o incluso por posible riesgo de reiteración en la comisión de nuevos hechos delictivos¹⁶¹.

La presente limitación de derechos afecta directamente al contemplado en el artículo 520.2 d) LECrim, donde se reconoce a la persona detenida el derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que se desee el hecho y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. No existen, en este sentido, pronunciamientos jurisprudenciales que aborden directamente la incidencia y el alcance de la presente restricción, vinculándose directamente a lo mencionado en relación a los posibles obstáculos en la investigación criminal.

Si bien una limitación como la presente no afecta a derechos o garantías directamente relacionados con el hecho de la privación de libertad o de la asistencia letrada, idénticos argumentos a los puestos de manifiesto respecto a la imposibilidad de designar abogado de confianza, se pueden manejar como razón última de la adopción de una medida de estas características.

En efecto, la imposibilidad de comunicarse con familiares o personas de confianza del detenido o preso sólo puede sustentarse sobre la presunción de confabulación entre el incomunicado y dicha persona o familiar, en idénticos términos a los mencionados anteriormente, que supone una ampliación excesiva del colectivo de presuntos terroristas que nada tiene que ver con el principio de imputación personal.

D) LAS DUDAS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA: EL PASO DE LA EXCEPCIONALIDAD A LA NORMALIDAD ORDINARIA

La detención incomunicada como una medida de carácter excepcional aplicable a supuestos de terrorismo se configura como una modalidad de la prórroga de la detención preventiva ordinaria, amparada esta última en la suspensión individual del artículo 55.2 CE.

Contrariamente a la medida de detención prorrogada, la detención incomunicada carece de cobertura constitucional alguna que fundamente la adopción de una medida como la presente. Desde la normativa interna, la única legitimación jurídica subyace en la LECrim y, específicamente, en su artículo 509.1 donde se apunta como objetivo el evitar que se sustraigan a la acción de la Justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados.

Sin embargo, lejos de poder configurarse como el sustrato material de una figura como la presente, bien podría constituir el fundamento material de cualquier medida de naturaleza procesal, por eso, ante la carencia de sustrato material alguno, el fundamento sólo parece residir en la normativa internacional que permite la derogación de las obligaciones internacionales, en supuestos en los que peligre la vida del Estado y la propia estabilidad política.

Así lo dispone el artículo 15 CEDH cuando señala que: *“1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.*

¹⁶¹ En este sentido, BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, p. 71.

2. *La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guç los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.*

3. *Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.*

Al amparo del precepto mencionado, en situaciones excepcionales que amenacen la vida de la nación, se legitimará la adopción de medidas derogatorias de las obligaciones contraídas convencionalmente, entre las que destaca la adopción de la medida de incomunicación. En el contexto general del artículo 15 del Convenio, el sentido normal y habitual de las palabras “algunos peligros públicos que amenacen la vida de la nación” es suficientemente claro [...] y se refiere a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada, a la vida de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado, no disponiendo, sin embargo, los Estados de un poder ilimitado que permita la derogación arbitraria de las obligaciones convencionales, debiendo darse circunstancias excepcionales que realmente amenacen la vida del Estado, para que sea de aplicación el contenido del artículo 15 CEDH.

En este sentido, el artículo 15 CEDH funciona como una especie de “reserva”, como una excepción legalmente establecida a la que pueden acudir las Partes Contratantes en caso de que se produzcan emergencias públicas que amenacen la vida de la nación; hecho éste que permitirá, sin que sea considerada contraria al CEDH, la suspensión de las obligaciones contraídas con el presente instrumento Internacional. El problema que suscita la excepción contemplada en el artículo 15 CEDH es la ausencia de determinación del conjunto de emergencias que pueden llegar a amenazar la vida de la nación, que debe ser entendido como una situación excepcional que pone en peligro o podría poner en peligro la estabilidad de la política pública, conforme a lo legalmente expresado por los ciudadanos.

Pues bien, en este sentido, a tenor de lo mencionado respecto a la normativa internacional y los pronunciamientos del TEDH acerca de los estándares mínimos internacionales relativos a los presupuestos de la detención incomunicada y de las situaciones excepcionales que permiten la derogación de los mismos se puede determinar lo siguiente.

En primer lugar, por lo que respecta a la detención incomunicada, en un intento de prevenir la arbitrariedad gubernativa, los presupuestos de la detención en cuanto privación de libertad deben residir en la exigencia de una “sospecha razonable” –traducida en la existencia de indicios racionales de haber cometido una infracción– y de una especial diligencia en la actuación de las autoridades.

Y, en segundo lugar, para evitar abusos y arbitrariedades por parte de los Estados, el TEDH exige la existencia de una situación excepcional de crisis o emergencia que afecte al conjunto de la población, amenazando la vida organizada de la comunidad, e incluso, la propia estabilidad política.

Pues bien, sólo cuando concurren las circunstancias mencionadas se permitirá derogar, entre otras, las disposiciones del artículo 15 CEDH, configurándose una modalidad de detención incomunicada, que si bien requiere del ineludible control judicial, comportará una serie de excepcionalidades, fundamentadas en la especial situación de crisis que amenaza la vida del Estado, la paz social y la seguridad del conjunto de la población.

Sin olvidar que en estos supuestos excepcionales siguen estando vigentes el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la prohibición

de la servidumbre (artículo 15.2 CEDH), las autoridades gubernativas dispondrán de un mayor espacio de actuación, atendidas las dificultades investigadoras, derivadas del caso concreto.

Por lo tanto, la nota de excepcionalidad se configura así como el aspecto sustancial de una medida especialmente restrictiva de derechos que, sólo puede llegar a ser adoptada, atendiendo al juicio de proporcionalidad y necesidad, cuando se produzca una conducta especialmente grave que ponga en peligro la vida del Estado o la propia estabilidad política. Supuestos que, si bien se pueden relacionar con casos de terrorismo, sólo deberían limitarse a las conductas más graves.

Si bien pudiera llegar a pensarse en supuestos que encajasen con la excepcionalidad que reclama la normativa internacional, a pesar de la restricción de derechos que implica una medida como la presente, una de las mayores críticas que pueden verse contra la aplicación de la detención incomunicada reside en la pluralidad de supuestos que son objeto de la misma, sin responder efectivamente al criterio de la excepcionalidad contemplado en la normativa internacional.

En efecto, la amplitud extensiva con la que están redactados los delitos de terrorismo en el Ordenamiento Jurídico español configura una modalidad delictual en la que tienen cabida tanto las conductas más graves (relacionadas directamente con miembros y partícipes directos en bandas u organizaciones terroristas) como aquellas otras que, desde la perspectiva de los delitos comunes, se configuran en varias ocasiones como mero encubrimiento entre familiares que, en el ámbito del terrorismo, puede llegar a alcanzar la pena de hasta 10 años de prisión (art. 576 CP).

En efecto, la construcción de los delitos de terrorismo sobre la base de un elemento objetivo y otro subjetivo da lugar a la sanción como terrorista de una pluralidad de comportamientos excesivamente vinculados a la finalidad de subvertir el orden constitucional y la paz social; situación ésta que llama poderosamente la atención, fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho Penal del hecho en el que debería haberse convertido el actual Derecho Penal vigente en un Estado Social y Democrático de Derecho.

La amplitud extensiva con la que se construyen los tipos de terrorismo y la remisión expresa a la aplicación de la incomunicación a personas detenidas como presuntos partícipes de un delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes (art. 520 bis 1) LECrim en relación con el 384 bis de idéntico cuerpo legal) configura una medida que se aleja sobremanera del criterio de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad exigido internacionalmente para la aplicación de una medida como la presente. Si a ello se añade que si bien la regulación de la detención incomunicada contempla una aplicación potestativa de la misma –en consonancia con el criterio de proporcionalidad y excepcionalidad– ésta se está adoptando frente a cualquier práctica vinculada mínimamente con la actividad de una organización terrorista o con alguno de sus miembros o colaboradores; situación ésta que sólo puede derivar en la afirmación de que la medida de incomunicación resulta contraria a las previsiones internacionales del artículo 15 CEDH.

Por lo que respecta a la duración de la incomunicación, si el plazo de 5 días de detención resulta abusivo, desde la perspectiva de la rebaja de las garantías procesales, atendiendo sobretodo a la vigencia del derecho a no declarar y a no confesarse culpable, idéntico argumento puede esgrimirse respecto del cómputo total de la misma al que puede someterse un individuo, esto es, 13 días.

Aunque ya hemos advertido la diferente condición procesal en la que se encuentra el incomunicado para que la duración de la misma se haga extensible hasta un período de 13 días (5 días de detención y 8 de prisión), lo cierto es que ya se ha puesto de manifiesto, los riesgos y abusos en los que se puede incurrir si se adopta una duración tan sumamente amplia de una medida tan restrictiva de derechos.

Precisamente estos riesgos y abusos en el ámbito policial se hacen más latentes si se atiende al concreto contenido de la detención incomunicada: la imposibilidad de designar abogado de confianza y la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio.

Desde la perspectiva de la imposibilidad de designar abogado de confianza (art. 527 LECrim), si bien no parece afectar directamente a la tutela judicial efectiva, ya se ha subrayado las incidencias del mismo en el derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE. En efecto, aunque no se priva al detenido de la asistencia letrada que precisa en esos primeros momentos, se le está impidiendo elegir su propio abogado, ante la presunción de que el abogado que defiende a un presunto terrorista es otro terrorista.

En idéntico sentido, no se debe perder de vista que si bien el propio TEDH permite la limitación del derecho al abogado de confianza, dicha restricción deberá adoptarse atendiendo al principio de proporcionalidad y limitarse a aquellos supuestos en los que sea precisa, con el fin de salvaguardar otros bienes o valores reconocidos jurídicamente, sin que sea admisible una adopción sistemática en cualquier caso relacionado con supuestos de terrorismo, que resultará, a todas luces, contraria a las previsiones internacionales, incluida la normativa de excepción contemplada en el artículo 15 CEDH.

Junto a las críticas derivadas del principio de proporcionalidad, también resulta discutible la idoneidad de designar abogado de confianza de cara al logro de sus fines, que, como muy acertadamente destaca López Yagües, implica una medida vejatoria que no conduce a conseguir el objetivo que se afirma perseguido con su acuerdo¹⁶². La consideración de que la intervención de un abogado de oficio consigue “en todo caso” neutralizar el peligro que amenaza al éxito de la instrucción sumarial peca de cierta ingenuidad. Como destaca Gómez Colomer, la presente medida se configura como una auténtica medida de exclusión del abogado defensor que, constituye no sólo un límite excesivo al derecho a la asistencia letrada cuyo disfrute debe a aquel garantizarse, sino una auténtica sanción al Letrado, a todas luces, inconstitucional, toda vez que, a pesar de las importantes connotaciones punitivas que en ella se detectan, el legislador procesal no respeta las exigencias de tipicidad, procedimiento y prueba para su imposición determinada por la Norma Fundamental¹⁶³.

Por otro lado, impedido el derecho a la libre designación de abogado, de la imposibilidad de la entrevista reservada se deducen dos conclusiones. En primer lugar, la lesión que se produce con la presente medida sobre el derecho a la asistencia letrada, llegando en última instancia a anularlo y, por otro lado, la finalidad extrema del derecho que parece perseguirse con una medida de estas características.

Por lo que respecta a la primera de estas conclusiones, si bien se impide la libre designación de abogado, la función de asistencia letrada que recaiga en el abogado de oficio, debe implicar el ejercicio efectivo de la función de asistencia letrada, no limitada a una mera asistencia pasiva. Ninguna de las funciones asignadas al letrado en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada reconocida al detenido, a excepción de la entrevista reservada, se encuentra suspendida durante el período de incomunicación; de hecho al abogado se le reconocen entre otras facultades, la de pedir que se informe al detenido de los derechos que le asisten en cuanto tal o solicitar una declaración o ampliación de los extremos de una diligencia en la que hubiese intervenido; funciones todas ellas que implican una asistencia activa amparada en la obligación de velar por los derechos y garantías del detenido.

Pues bien, esta asistencia de naturaleza activa desaparece en los supuestos en los que se prohíbe la entrevista reservada. Aunque no debería existir peligro alguno de que se transmitiese una información que fuera a perjudicar las investigaciones criminales, atendida la condición de abogado de oficio del letrado,

¹⁶² LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 147.

¹⁶³ GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, p. 123.

el ordenamiento jurídico priva al detenido, gratuitamente, de los derechos que le reconoce, impidiendo al letrado la disposición del único instrumento preciso para velar por el respeto y garantías de los derechos del detenido. Medida ésta que si bien puede resultar acorde con las previsiones internacionales que permiten la derogación de las obligaciones internacionales, la ausencia del criterio de excepcionalidad y necesidad en la regulación contemplada en la normativa interna convierte a la misma en contraria a las disposiciones internacionales ya mencionadas.

Así, a tenor de lo manifestado, la restricción del derecho a la entrevista reservada, sólo puede interpretarse desde una doble proyección. Por un lado, entendiendo que el abogado de oficio no es más que un mero auxiliar¹⁶⁴, un mero observador y, por otro lado, concluyendo que la suspensión de la entrevista reservada sólo parece circunscribirse a la imposibilidad de que el detenido en régimen de incomunicación transmita al abogado algún tipo de irregularidad, tratándose en definitiva, de un medio inquisitivo al servicio del Estado que, en este punto, a diferencia de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, sí afecta al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada. En efecto, si la labor del abogado se despliega mediante el asesoramiento jurídico pertinente del detenido o del preso, que se practicará esencialmente a través de las entrevistas personales del abogado con su defendido, esto es, las entrevistas reservadas, la cuestión radica en determinar cómo se garantiza ese derecho si el incomunicado carece de la posibilidad de entrevistarse personalmente con el mismo.

En definitiva, como sucediera respecto a la imposibilidad de designación de abogado de confianza, la prohibición de entrevista reservada con el abogado de oficio impuesto por el Estado plantea importantes dudas de constitucionalidad y resulta manifiestamente contraria a las disposiciones internacionales, a excepción de la derogación de las obligaciones convencionales por las Altas Partes Contratantes en supuestos de peligro público que amenacen la vida de la nación del artículo 15 CEDH.

En este sentido, no existiendo previsiones internacionales que amparen la concreta restricción, ni disposición constitucional alguna que la fundamente, sólo se puede argumentar que el derecho a la entrevista reservada con el abogado forma parte del contenido esencial del derecho a la defensa letrada del detenido que, como ya mencionara el TC en el año 1987 se concreta en la protección al detenido con la asistencia técnica de un letrado que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención; derecho que no queda garantizado si la labor del abogado de oficio se limita a la mera presencia del mismo en el interrogatorio, carente de cualquier clase de asesoramiento o apoyo moral o legal.

Por ello, si bien pueden existir supuestos en los que excepcionalmente, ponderando los intereses en juego y atendiendo a la proporcionalidad, se pueda sospechar la existencia de una mínima confabulación entre abogado de oficio y cliente, que suscite la restricción de la entrevista reservada, nuevamente la naturaleza sistemática de la adopción de la presente medida sólo puede llegar a considerarse contraria a las previsiones constitucionales y en concreto al derecho a la defensa técnica del letrado reconocido a cualquier detenido en el artículo 17.3 CE.

En definitiva, la restricción que se opera sobre la doble manifestación del derecho a la defensa, impidiendo la libre designación del abogado y la posterior comunicación con el mismo de forma reservada, supone ignorar la más básica de las garantías inherentes al detenido, cual es la posibilidad de ejercitar de forma inmediata y plena el derecho de defensa. Si además, se atiende al hecho de que alguno de los efectos que se derivan, operan instantes antes del sometimiento del detenido al primer interrogatorio que presta ante las autoridades intervinientes en el desarrollo de la investigación sólo puede concluirse que la información resultante de su declaración no ha de surtir efectos en el proceso, si se comprueba que

¹⁶⁴ MUÑAGORRI LAGUÍA, “La Administración de Justicia”, p. 157.

su obtención trae causa de la imposibilidad de valerse de alguna de las facultades en que se manifiesta el ejercicio de su derecho de defensa¹⁶⁵.

En cualquier caso, la presunta actuación desviada del Letrado, en absoluto puede repercutir en el derecho a la defensa del detenido. Finalmente lo que no admite duda es que la concurrencia de indicios bastantes para dirigir la imputación delictiva también en contra del defensor, legitime el impedimento a la celebración de sus contactos, pero no el que el incomunicado se vea privado de su derecho a recibir asistencia y defensa. Habrá de actuarse pues, en contra del Letrado sobre el que pesen indicios claros de participación en el ilícito o si se sospecha fundadamente de su condición de intermediario entre el detenido y la organización terrorista en el exterior, sin que ello entrañe el menoscabo de la garantía de defensa.

E) LA DETENCIÓN INCOMUNICADA DE MENORES DE EDAD EN SUPUESTOS DE TERRORISMO

a) *Introducción*

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, la normativa actualmente en vigor no exime a los menores de edad presuntamente implicados en delitos de terrorismo (fundamentalmente supuestos de kale borroka regulados en el artículo 577 CP) del sometimiento a la detención incomunicada, a pesar de la restricción de derechos que la misma implica y del principio de interés superior del menor, que se presume fundamento de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad.

Esta situación legal obliga a plantearse la compatibilidad entre los principios que rigen la Ley de Responsabilidad Penal del Menor y la aplicación a los menores de edad penal de las especialidades procesales en materia antiterrorista, aludidas en el presente trabajo.

Desde la perspectiva de la LECrim, no existe ningún precepto que establezca referencia alguna a la posibilidad de aplicar este régimen excepcional a los menores de edad penal. Sin embargo, la Ley Orgánica 5/2000 sí hace una mención específica, sobre este punto, al establecer el artículo 17.4 lo siguiente: “4. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores [...]”.

Si bien, como veremos a continuación, se darán una serie de especificidades impuestas por la propia LO 5/2000, no existen obstáculos para la aplicación de las excepciones procesales en materia de terrorismo, cuando el presunto sospechoso es menores de edad.

Junto a ello la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica la LO 5/2000 en relación con los delitos de terrorismo, pone de manifiesto en su Exposición de Motivos que los cambios que la misma va a suponer para el menor responsable de “actos de terrorismo urbano” van a ser mínimos en esta materia al decir que “no se trata en consecuencia, de excepcionar de la aplicación de la LO 5/2000 a estos menores [...] sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los

¹⁶⁵ Muy acertadamente, LÓPEZ YAGÜES, El derecho de asistencia y defensa letrada, p. 156.

supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción, todas las garantías procesales que, para los menores, ha establecido la LO 5/2000”.

Al igual que sucede respecto al ámbito de adultos, las especialidades procesales en materia de delitos de terrorismo se concretan en la posibilidad de prorrogar el período ordinario de detención gubernativa y la adopción de la propia medida de detención preventiva incomunicada.

b) El régimen de la detención preventiva de menores de edad en supuestos de terrorismo

Al margen de las causas que habilitan la detención del menor, una vez producida la misma, tal y como dispone el artículo 17 de la LO 5/2000, “1. Las Autoridades y los Funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 LECrim, así como a garantizar el respeto de los mismos [...]”.

[...] 4. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores [...].

[...] 5. Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desestimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquel a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28 [...]”.

Al hilo del contenido normativo del presente artículo, surgen dos cuestiones fundamentales, por un lado, la naturaleza de la detención del menor y, por otro, la posibilidad de prorrogar la misma en los casos de delitos de terrorismo.

Por lo que respecta a la primera cuestión, tal y como dispone el mencionado artículo 17.1, la detención deberá ser practicada en la forma que menos perjudique al menor. Según un importante sector doctrinal, dicha referencia implica la necesidad de orientar la detención de los menores a la finalidad sancionadora-educativa que persigue la normativa reguladora de la responsabilidad penal del menor, en el sentido de que la detención del menor ha de ser eminentemente educadora y ha de evitar al máximo la estigmatización de aquel¹⁶⁶. Debe tratarse, en definitiva, de una detención respetuosa con los principios inspiradores de la normativa reguladora de la responsabilidad penal del menor, que sorprendentemente permite tanto la prórroga de la detención preventiva como la incomunicación de la misma.

En definitiva, siguiendo las previsiones del artículo 17.4 y 17.5 el período de detención gubernativa durará un plazo máximo de 24 horas. Transcurridas las mismas, el menor habrá de ser puesto a disposición del Ministerio Fiscal, quien podrá tener a su disposición al menor durante un plazo máximo de otras 24 horas. Agotado el plazo de 48 horas que establece la Ley, el menor habrá de ser puesto en libertad o a disposición del Juez de Menores. No obstante, el artículo 17.4 se remite al artículo 520 bis LECrim que, a tenor de todo lo manifestado hasta el momento presente, permite una prórroga de 48 horas más de detención gubernativa. La carencia de referencia legal alguna, lleva a un importante sector doctrinal a interpretar que las posibilidades de prorrogar la detención por supuestos de delitos de terrorismo, se

¹⁶⁶ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1810.

refieren a la gubernativa y no a la Fiscal, de tal forma que el menor puede estar detenido durante un plazo máximo de 72 horas en dependencias policiales (24 horas determinadas por el artículo 17.4 y 48 horas más a tenor del contenido del artículo 520 bis LECrim) y otras 24 horas más a disposición del Ministerio Fiscal, el cual debería decidir, en ese período de tiempo, acerca del archivo de la causa o de la incoación del correspondiente expediente¹⁶⁷.

Así lo disponía de manera expresa la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, cuando interpretaba que, en los supuestos de delitos cometidos por menor integrado en banda armada o relacionado con individuos terroristas o rebeldes, la detención gubernativa tendría un plazo máximo de duración de 72 horas, a la vista de la remisión expresa e incondicionada que el artículo 17.4 LO 5/2000 hace al 520 bis LECrim, que supone una excepción singular al régimen general aplicable a la detención de los menores de edad¹⁶⁸.

Frente al necesario respeto a los principios inspiradores de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores y, específicamente, a la finalidad educadora que debe imperar en la detención preventiva ordinaria de cualquier menor –tégase en cuenta que el artículo 17.1 LO 5/2000 exige que la detención se realice en la forma que menos perjudique al menor– sorprende que el Fiscal General del Estado en sus apreciaciones acerca de la LO 5/2000 se limite a manifestar cómo debe ser interpretado el vínculo entre el artículo 17.4 LO 5/2000 y el 520 bis LECrim. En efecto, en la Circular 1/2000 aludida, en relación a la duración de la detención preventiva ordinaria de menores, el Fiscal General hace un llamamiento a los Sres. Fiscales para que, de acuerdo con la doctrina constitucional, extremen su celo para que el período de detención dure lo estrictamente necesario, evitando el agotamiento de los plazos legales, cuando no exista una razón poderosa que lo justifique¹⁶⁹. En este sentido, apelando a la doctrina constitucional y a la finalidad educativa de la LO 5/2000, requiere de los Fiscales de Menores su eficacia para que, una medida como la detención preventiva de un menor de edad, se extienda sólo el tiempo estrictamente necesario.

Contrariamente a este posicionamiento plasmado de manera expresa en la Circular de menores, el Fiscal General, omitiendo cualquier género de valoración, se limita a interpretar cómo se va a aplicar la regla de la prórroga de la detención gubernativa de menores en aquellos casos en los que el menor presuntamente haya cometido un delito integrado en banda armada o relacionado con elementos terroristas o rebeldes, cuya duración, atendiendo al tenor literal de los artículos 17.4 y 520 bis mencionados, puede hacerse extensiva hasta un total de 96 horas, antes de que el detenido pase a disposición judicial. Si bien es cierto que los menores de edad pueden cometer cualquiera de los tipos penales que conforman los delitos de terrorismo, la práctica demuestra y así lo ha destacado la LO 7/2000 que, en estos casos, la mayoría de las conductas quedan incursas en el tipo del artículo 577 CP, comúnmente conocido como “terrorismo urbano o kale borroka”, que como ya se ha aludido anteriormente, quedan incursos en el concepto de “terrorismo periférico” o terrorismo menor, donde, junto a la en numerosas ocasiones que ausencia de gravedad, hay que destacar la ausencia de integración o pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista.

Pues bien, sin entrar en valoraciones acerca del fundamento de esta clase de medidas, baste simplemente poner de manifiesto que la detención gubernativa de 72 horas a la que se añade la del Fiscal de 24 horas más, conforma un período de privación de libertad excesivamente amplio, atendida la vigencia

¹⁶⁷ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1813.

¹⁶⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, p. 25.

¹⁶⁹ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, p. 25.

de los derechos procesales del detenido (al igual que en el caso de adultos, esto es, derecho a no confesarse culpable y a no declarar, entre otros) y la necesidad de ponderar la gravedad de las conductas, así como la proporcionalidad de la medida. Si esta prórroga se aplica mayoritariamente en supuestos de kale borroka del artículo 577 CP, no parece que dicha conducta resulte lo suficientemente grave como para amenazar la vida de la nación o poner en peligro la seguridad ciudadana.

c) Derechos del detenido incomunicado

La posibilidad de que el menor de edad sea incomunicado se contempla en el artículo 17.4 LO 5/2000 que permite la aplicación del artículo 520 bis LECrim cuando se estime conveniente, en el siguiente sentido: “[...] 4. *La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores [...]*”.

Esta remisión al artículo 520 bis LECrim implica, a priori, la aplicación del contenido normativo del mismo, con las limitaciones y restricciones de derechos anteriormente mencionadas: designación de abogado de oficio, imposibilidad de entrevista reservada con el abogado de oficio e incomunicación con familiares. Sin embargo, frente a las restricciones que implica el artículo 520 bis LECrim, la normativa de menores contempla un tratamiento específico de los derechos que asisten al menor incomunicado, que en relación al adulto, implican un mayor respeto de las garantías procesales.

El propio precepto alude directamente a la necesidad de preservar los derechos contemplados en el artículo 520 LECrim, sin que existan aparentemente excepciones a este reconocimiento pleno de los derechos procesales del menor detenido. A ello hay que añadir el artículo 22 LO 5/2000 que reconoce unos derechos procesales específicos aplicables a los menores sometidos a causa penal, cuya ubicación en el ámbito de la normativa específica de los menores de edad, ha sido interpretada como de aplicación preferente sobre las normas generales de la LECrim, a las que se remite la DF 1ª de la LO 5/2000, como norma subsidiaria aplicable al proceso del menor, también en los supuestos de legislación procesal antiterrorista a cualquier menor¹⁷⁰.

Según el tenor literal del artículo 22: “*1. Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:*

- a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de Policía de los derechos que le asisten.*
- b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.*
- c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de las diligencias.*
- d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.*

¹⁷⁰ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1811.

- e) *La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de menores autoriza su presencia.*
- f) *La asistencia de los servicios del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Menores [...]”.*

A la luz de estas previsiones y, en el sentido mencionado por un importante sector doctrinal, la totalidad de derechos que figuran en el contenido normativo del artículo 22.1 LO 5/2000 son de aplicación preferente sobre la normativa contenida en la LECrim, también en los supuestos de terrorismo. Así, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de adultos, existen algunas especificidades que, si bien no eximen de criticar la posibilidad de que el menor sea sometido a incomunicación, parecen resultar más respetuosas con las garantías procesales y, fundamentalmente, con la filosofía inspiradora de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor.

En primer lugar, según el artículo 22.1 d), el menor detenido tendrá derecho a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente. Como muy acertadamente se viene destacando, ha de darse audiencia (al menor no a su representante legal o procesal) antes de tomar cualquier medida que afecte al mismo, entre las que se encuentra la incomunicación¹⁷¹. Mediante esta audiencia previa a la resolución judicial, el Juez de menores competente podrá calibrar la real situación psicológica del menor, la adecuación de la medida de incomunicación para tal situación y la posibilidad de optar por medidas menos traumáticas. Todo ello teniendo en cuenta que el Juez habrá de ponderar, para tomar su decisión, no sólo la adecuación de la medida a los intereses de la investigación, sino a los intereses personales del menor, que siempre serán preferentes¹⁷².

Por lo que respecta al contenido específico del instituto de la incomunicación y en comparación con las restricciones a las que se someten a los adultos incomunicados, existen algunas diferencias específicas que responden, tal y como se ha mencionado, al interés superior del menor y a la finalidad educativa que debe perseguirse con la normativa aplicable a menores de edad.

El artículo 22.1 b) reconoce al menor el derecho a designar abogado o a asignarle uno de oficio, pero fundamentalmente el derecho a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración. A tenor del artículo 17.4 de la LO 5/2000, en los supuestos de incomunicación serán de aplicación las previsiones del artículo 520 bis LECrim que, entre otras limitaciones, contempla la imposibilidad de designar abogado de confianza, siendo asignado uno de oficio, y la prohibición de entrevistarse reservadamente con él. Mientras la imposibilidad de designar abogado de confianza seguirá estando vigente en los supuestos en los que el detenido incomunicado sea un menor de edad, la limitación relativa a la entrevista reservada en el sentido mencionado en el artículo 527 LECrim, en el supuesto de adultos, no parece de aplicación sistemática. El artículo 22.1 b) LO 5/2000 dispone una doble proyección del derecho a la posibilidad de que el mismo pueda entrevistarse con el abogado que le haya asistido en su declaración o diligencia de identificación. Como dispone el artículo 22.1 b) el derecho a entrevista reservada con el abogado del menor es más amplio que el del mayor de edad, pues goza del derecho a una doble comunicación: una posterior idéntica a la que se reconoce a cualquier detenido en régimen ordinario y otra anterior a la declaración por específica previsión de la Ley del menor.

Esta doble proyección del derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado, ha llevado a un sector doctrinal a concluir que el menor detenido e incomunicado por razón de actividades terroristas mantiene su derecho a la entrevista anterior a la práctica de diligencias que le reconoce la LO 5/2000, si bien

¹⁷¹ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1811.

¹⁷² Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1811.

quedará privado de la entrevista posterior a las mismas¹⁷³, configurándose, desde esta perspectiva, una medida de incomunicación en idéntico sentido al existente en el ámbito de adultos a excepción de la primera comunicación con el abogado de oficio al que el menor tiene derecho en virtud de las previsiones normativas del artículo 22.1 b) LO 5/2000.

Contrariamente a esta interpretación el Fiscal General del Estado entiende que el detenido menor de edad incomunicado gozará, en principio, de los derechos propios de todo menor detenido, pero no podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio y no podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni después de su declaración¹⁷⁴. Por ello concluye que la restricción del derecho a la libre designación de abogado y del derecho a la entrevista reservada, cuando de menores se trate, resulta contraria al fundamento jurídico-material de la normativa reguladora de la responsabilidad penal del menor que debe responder a una filosofía sancionadora-educativa, incluso en los supuestos de terrorismo.

En esta línea argumentativa, el Fiscal General del Estado considera en la Circular 2/2005 que el menor detenido debería gozar del derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado en las dependencias policiales, desde la constatación de que la detención practicada sobre un menor puede tener un efecto traumático de mucha mayor intensidad que la adoptada respecto de un adulto, pudiendo incidir gravemente en su proceso madurativo. El reconocimiento de este derecho a la entrevista reservada hunde sus raíces –continúa el Fiscal General– en la filosofía potenciadora de las garantías del menor detenido, partiendo del prius de que si cualquier persona privada gubernativamente de libertad se encuentra en situación de vulnerabilidad, cuando de menores detenidos se trata, ésta tiene mayor incidencia¹⁷⁵.

En cuanto a la obligatoria notificación a los representantes legales del menor del hecho de la detención y el lugar de la custodia, se trata de un aspecto de las obligaciones que conlleva la patria potestad, por lo que no puede entenderse incluido dentro de la restricción que opera en el artículo 527 b) LECrim. Los representantes legales del menor, en este sentido, tienen derecho a tener conocimiento de la situación de detención del menor, a fin de poder, en su caso, hacer efectiva la asistencia afectiva del menor y atender a sus intereses ya que se trata de una persona que no es plenamente capaz.

Además la LO 5/2000 también reconoce al menor el derecho a solicitar la presencia en el lugar en que se halle detenido de sus padres o de cualquier otra persona que el mismo indique (artículo 22.1 e)); derecho que tampoco puede ser restringido por la incomunicación del menor, porque las cláusulas generales de los artículos 520 bis y 527 LECrim no contemplan tal supuesto, por lo que debe entenderse subsistente, ya que no pueden interpretarse las restricciones a los derechos fundamentales de modo extensivo¹⁷⁶.

F) ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PLAN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL PLAN DE DERECHOS HUMANOS DEL GOBIERNO DE ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

El 12 de diciembre de 2008 el Consejo de Ministros del Gobierno español aprueba el Plan de Derechos Humanos que contiene un total de 172 medidas encaminadas a mejorar la promoción y la protección de los Derechos Humanos.

¹⁷³ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1812.

¹⁷⁴ Véase la Consulta 2/2005 del Fiscal General del Estado sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente.

¹⁷⁵ Véase la Consulta 2/2005 del Fiscal General del Estado sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente.

¹⁷⁶ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1814.

Entre la variedad de temáticas a las que se dirigen estas medidas interesa destacar las ubicadas en el ámbito de las garantías legales del detenido y, específicamente las tres medidas referidas: a) a la creación de un organismo de prevención de la tortura; b) a la mejora del control del tiempo de detención; c) directamente a la detención incomunicada, en el sentido que a continuación se menciona:

MEDIDA 94.- Se creará el Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura, previsto en el Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

MEDIDA 95.- Se dictará una nueva Instrucción que modifique la actual regulación de los libros de “registro” y “custodia de detenidos” existentes en todas las dependencias policiales para mejorar la información que recogen y, en concreto, poder conocer de manera fehaciente, en todo momento, aquellas incidencias que se produzcan en el período transcurrido entre la detención de un ciudadano y su puesta a disposición judicial o en libertad.

MEDIDA 97.- En relación con el régimen de detención incomunicada. Para mejorar las garantías de los detenidos sometidos a este régimen, el Gobierno adoptará las siguientes medidas:

- a) Se abordarán las modificaciones legislativas oportunas para prohibir expresamente la aplicación del régimen de detención incomunicada a los menores de edad, con independencia del delito que presuntamente hayan cometido.
- b) Se abordarán las medidas normativas y técnicas necesarias para dar cumplimiento a la recomendación de los organismos de derechos humanos de grabar, en vídeo u otro soporte audiovisual, todo el tiempo de permanencia en dependencias policiales del detenido sometido a régimen de incomunicación.
- c) Se adoptarán las medidas oportunas a fin de garantizar que el detenido sometido a régimen de incomunicación pueda ser reconocido, además de por el forense, por otro médico adscrito al sistema público de salud libremente designado por el titular del futuro Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.
- d) Además, para incrementar las garantías del detenido, el médico forense realizará su reconocimiento siguiendo las indicaciones contenidas en un Protocolo que elaborará a tal efecto el Ministerio de Justicia y que contendrá las comprobaciones médicas mínimas a realizar al detenido y los partes normalizados a cumplimentar.

En primer lugar, la medida 94 contempla la creación del Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura, previsto en el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.

Tal y como se ha manifestado a lo largo del presente trabajo, uno de los principales riesgos asociados a la detención incomunicada y específicamente a la prórroga de la misma, consiste en la posibilidad de crear espacios extramuros del derecho, favorecedores de prácticas abusivas por parte de los funcionarios públicos. Si bien es un dato a confirmar en la segunda parte de nuestro trabajo, ya desde el plano teórico surgen dudas de legitimidad que se pueden llegar a resolver a través del control de esta clase de mecanismos.

No olvidemos que el objetivo del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea General de Naciones Unidas consiste en el establecimiento de un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en los que se encuentran personas privadas de su libertad, con el fin

de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 1). Para ello se contempla la creación de un subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del Comité contra la Tortura, que compuesto por 10 miembros de gran integridad moral y reconocida competencia en la Administración de Justicia –especialmente en materia de Derecho Penal, Administración Penitenciaria o policial o en diversas materias que tienen que ver con el tratamiento de personas privadas de libertad– (art. 5.2), tendrán el siguiente cometido:

- a) Visitar los lugares mencionados en el artículo 4 y hacer recomendaciones a los Estados Parte en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes-
- b) Por lo que respecta a los mecanismos nacionales de prevención:
 - i. Asesorar y ayudar a los Estados Parte, cuando sea necesario, a establecerlos.
 - ii. Mantener contacto directo, de ser necesario confidencial, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a aumentar su capacidad.
 - iii. Ayudar y asesorar a los mecanismos nacionales de prevención en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
 - iv. Hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a reforzar la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- c) Cooperar para la prevención de la tortura en general, con los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas, así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 11).

Asimismo, el Protocolo obliga a los Estados a designar y a crear uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional (art. 17), que tendrá las siguientes facultades.

- a) Examinar periódicamente el trato de las personas privadas de su libertad en lugares de detención, según define el artículo 4, con miras a fortalecer su protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- b) Hacer recomendaciones a las autoridades competentes con objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad.
- c) Hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley en la materia (art. 19).

Pues bien, éste es precisamente el ámbito en el que pretende operar el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura contemplado en la medida 94 del Plan de Derechos Humanos de 2008, cuya creación estaba pendiente desde el 13 de abril de 2005, fecha en la que el Estado español ratifica el presente Protocolo (BOE de 22 de junio de 2006).

En segundo lugar, en esta misma línea de prevención de prácticas abusivas durante los períodos de detención incomunicada, el Plan de Derechos Humanos aludido contiene en su medida 95 la modificación de la actual regulación de los libros de “registro” y “custodia de detenidos” para, fundamentalmente, poder conocer de manera fehaciente, en todo momento, las incidencias que se produzcan entre la detención del ciudadano y su puesta a disposición judicial o en libertad. Esta medida puede resultar de gran interés desde la perspectiva de evitar dilaciones en la duración de la detención, no fundamentadas en la práctica de diligencias policiales pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, que resultan a todas luces indebidas.

Y, en tercer lugar, por lo que respecta específicamente a la detención incomunicada se destacan tres medidas: a) la prohibición de la incomunicación de los supuestos de detención de menores de edad al margen de la naturaleza del delito cometido (medida 97 a); b) la obligación de grabar en vídeo u otro soporte audiovisual, todo el tiempo de permanencia en dependencias policiales del detenido sometido a régimen de incomunicación (medida 97 b); c) y la posibilidad de que el incomunicado sea reconocido por un médico forense adscrito al sistema público de sanidad designado por el Titular del futuro Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (medida 97 c).

Mientras la abolición de la detención incomunicada de menores resulta de especial mención y reconocimiento, no consideramos que las otras dos medidas vayan a resolver eficazmente los problemas de aplicación que plantea la normativa de la detención incomunicada. Si la intención del Gobierno español reside en la erradicación de cualquier conducta abusiva posibilitada por la actual regulación de la detención incomunicada, ni la medida de la grabación, ni la de la designación de médico forense por el Titular del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura resultan, a estos efectos, eficaces.

Tal y como se deduce de lo mencionado en el presente trabajo, los dos aspectos sustantivos en los que descansa la ausencia de legitimidad democrática de la detención incomunicada consisten en la “normalidad” intrínseca en la aplicación de una medida que, según los estándares internacionales, sólo debe ser adoptada en supuestos de situaciones excepcionales y, en segundo lugar, en el contenido específico de la detención incomunicada, esto es, en la imposibilidad de designar libremente abogado y, en última instancia, en la imposibilidad de entrevista reservada con él.

Pues bien, ninguna de las dos medidas previstas en el Plan de Derechos Humanos del Gobierno español incide, si quiera, indirectamente en los dos aspectos mencionados. El gobierno ha perdido la oportunidad, no ya de erradicar la detención incomunicada, sino, al menos, de limitarla a las situaciones que efectivamente se ajusten a los parámetros internacionalmente establecidos. Y, en cualquier caso, ha omitido el acometimiento de una reforma sustantiva de la detención incomunicada, que si bien no lograrse su desaparición, si permitiera al menos el ejercicio pleno del efectivo derecho a la asistencia letrada, eliminando, cuanto menos, del contenido de la detención incomunicada la imposibilidad de entrevista reservada con el abogado de oficio.

Por lo tanto, al margen de la valoración positiva que merece la creación del Mecanismo Nacional de Prevención, de la rigurosidad en las anotaciones contenidas en los libros de registro de detenidos y de la abolición de la detención incomunicada de menores de edad, lo cierto es que ni la medida de la grabación, ni la del médico forense ahondan en la problemática sustantiva de la detención incomunicada, cual es, el paso de la excepcionalidad a la normalidad ordinaria con la que actualmente se aplica la misma y las limitaciones de derechos que ésta implica.

En suma, las medidas adoptadas no aportan soluciones eficaces al problema de los abusos que, en algunas ocasiones, como comprobaremos en la segunda parte del presente trabajo, se derivan de una medida tan restrictiva de derechos.

V. CONCLUSIONES A LA PARTE TEÓRICA

I

La prórroga de la detención preventiva se configura como la antesala de la detención incomunicada. De ella adopta tanto la duración máxima (5 días), como el ámbito de aplicación (delitos de terrorismo), difiriendo en el contenido y alcance en el que se concreta esta segunda, esto es, imposibilidad de libre elección de abogado y prohibición de entrevista reservada con el letrado de oficio.

Por ello, si bien la detención prorrogada, amparada en la suspensión del artículo 55.2 CE, se configura como una medida excepcional, aplicable en situaciones de crisis o emergencia –siguiendo los criterios internacionalmente consolidados– la detención incomunicada se debería conformar como una medida aún más excepcional que requiere de un mayor respeto por los estándares mínimos internacionales que fundamentan la adopción de estas medidas, atendiendo, sobretudo, a la carencia de cobertura constitucional; situación esta última que convierte a los requisitos mínimos internacionales en el sustrato material de la misma.

En este sentido, corresponde en este momento concluir si la detención incomunicada se construye como una medida acorde con dichas previsiones internacionales y si permite la superación de las dudas de legitimidad democráticas puestas de manifiesto en la prórroga de la detención preventiva, vinculadas a la inexigencia normativa de excepcionalidad, gravedad, ni proporcionalidad, a la hora de acordar la misma.

II

Los estándares mínimos internacionales que favorecen la suspensión mencionada pivotan sobre la base de los siguientes pilares: excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y respeto al derecho a la vida y a la prohibición de la torturar y de tratar inhumana o degradantemente.

En general, no existe en la normativa ordinaria internacional regulación similar a la detención incomunicada a la que nos venimos refiriendo. En el sentido mencionado, desde la perspectiva internacional, el sustrato material de una medida como la presente reside en la normativa reguladora de la derogación de las obligaciones convencionales (artículo 15 CEDH) que permite la suspensión de derechos y una rebaja excepcional de garantías, frente a una situación de crisis que ponga en grave riesgo la vida del Estado y la propia estabilidad política.

Los estándares mínimos internacionales que favorecen la suspensión mencionada pivotan sobre la base de los siguientes pilares: excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y respeto al derecho a la vida y a la prohibición de la torturar y de tratar inhumana o degradantemente.

En primer lugar, es precisa la existencia de una situación excepcional de crisis o emergencia que afecte al conjunto de la población y constituya una amenaza a la vida organizada del Estado. Las situaciones a las que se refiere la normativa internacional se asemejan a supuestos de guerras o peligros públicos que amenazan la propia seguridad estatal. La presencia de una emergencia de estas características fundamenta la adopción de medidas de necesidad transitoria que, dirigidas a un fin digno de protección del Estado, se caracterizan por implicar una restricción de derechos o una rebaja considerable de las garantías de los mismos.

En segundo lugar, lejos de adoptarse de forma sistemática, la aplicación de estas excepciones debe estar amparada bajo el principio de proporcionalidad que valore la intensidad de la conducta imputada y la necesidad de la concreta medida. El análisis de proporcionalidad se presenta, en estos supuestos, como la garantía de la excepcionalidad requerida en esta clase de situaciones, impidiendo que se produzca una aplicación ajena a la presente ponderación.

Y, en tercer lugar, a pesar de la restricción de derechos que puede implicar la adopción de esta clase de medidas que favorecen la derogación de las obligaciones internacionales, la aplicación de las mismas no debe comportar una suspensión del derecho a la vida o de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la de la servidumbre, que seguirán estando vigentes, según las disposiciones del artículo 15.2 CEDH, también en situaciones de crisis o emergencia.

Por lo tanto, la normativa internacional ampara la adopción de medidas excepcionales, restrictivas de derechos en supuestos de crisis estatal o de emergencia sobre la base del criterio de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y vigencia de los derechos y prohibiciones mencionadas (artículo 15 CEDH).

Cualquier normativa interna excepcional que sea adoptada frente a los supuestos de crisis mencionados, deberá respetar los estándares mencionados para evitar que sea considerada contraria a las previsiones internacionales.

III

A diferencia de la prórroga del plazo ordinario de detención cuyo fundamento jurídico se ubica en el artículo 55.2 de la Carta Magna, la detención incomunicada carece de cobertura constitucional similar, siendo, en este sentido, interpretada en cuanto manifestación directa de la regulación excepcional amparada en el artículo 15 CEDH y medida respetuosa con los estándares mínimos internacionalmente establecidos de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y respeto a las prohibiciones y derechos de precepto mencionado.

Sin embargo, tras el análisis de los aspectos más relevantes de esta medida surgen dudas de legitimidad, atendida tanto su duración, su ámbito de aplicación, como su concreto contenido.

Por lo que se refiere a la duración de la detención incomunicada, el plazo de 5 días inicial y el posterior de 8 días más (en aquellos casos en los que exista auto de prisión) tropieza con el fundamento de “necesidad” aludido en el ámbito internacional. La necesidad de adoptar una medida excepcional para hacer frente a situaciones de crisis o emergencia, parece responder a los objetivos perseguidos por el legislador español en la aplicación de la misma. Como ya se ha mencionado anteriormente, según el artículo 509.1 LECrim, la detención o prisión incomunicada serán acordadas con el fin de evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos.

Se trata de finalidades directamente vinculadas a la supuesta “peligrosidad criminal” del sujeto que, ni resulta argumento suficiente, ni se puede predicar, en exclusiva, de los supuestos de terrorismo. Por lo tanto, la necesidad de incomunicar a un detenido durante un período de cinco días (8 días más en supuestos de prisión), no parece responder a la exigencia de necesidad derivada del ámbito internacional.

Si a ello se añaden los avances tecnológicos en materia de diligencias policiales de investigación (técnicas de ADN o prácticas lofoscópicas, entre otras) y la vigencia de los derechos procesales del detenido (no declarar, no confesarse culpable), sólo se puede concluir que el período de detención incomunicada previsto en el artículo 509.2 LECrim no responde al criterio de necesidad exigido internacionalmente, como fundamento para la adopción de medidas excepcionales y limitativas de derechos.

En cuanto al ámbito de aplicación de la detención incomunicada, la regulación contemplada en el artículo 520 bis 1) LECrim alude a personas detenidas como presuntos partícipes de los delitos de terrorismo que, atendida la amplitud extensiva con la que se construyen estos tipos penales en el ámbito del ordenamiento jurídico-penal, el precepto mencionado se refiere a una pluralidad de conductas de diversa gravedad.

En el sentido puesto de manifiesto, los estándares mínimos internacionales, junto al criterio de “necesidad” aludido, vienen exigiendo, como sustrato material para la adopción de medidas restrictivas de derechos, la excepcionalidad y el análisis de proporcionalidad. Vinculada la excepcionalidad y la proporcionalidad con la gravedad de la conducta, sólo aquellas prácticas que comporten una especial intensidad y entidad, capaz de poner en grave peligro la vida del Estado y la estabilidad política del mismo, justificarán la adopción de una medida derogatoria de las obligaciones internacionales como la presente.

Pues bien, frente a la excepcionalidad y a la proporcionalidad exigidas internacionalmente, el legislador español configura una medida excepcional como la detención incomunicada que, lejos de ser aplicada frente a supuestos excepcionales, puede ser objeto de adopción frente a cualquier conducta que ostente una mínima vinculación con el ámbito del terrorismo, al margen de la gravedad concreta implícita objetivamente en la misma.

En efecto, tal y como se viene advirtiendo, el artículo 520 bis 1) LECrim, lejos de limitar la aplicación de la detención incomunicada a los supuestos de terrorismo graves que comporten una situación de crisis o de emergencia estatal, permite la adopción de la misma frente a cualquier conducta que adquiera la condición de delito de terrorismo, desde la perspectiva de la regulación contemplada en el Ordenamiento Jurídico español.

Esta configuración de la detención incomunicada, en cuanto medida de naturaleza ordinaria, aplicable en todos los supuestos de terrorismo resulta contraria a las previsiones de excepcionalidad y proporcionalidad exigibles internacionalmente, en cuanto sustrato material para la adopción de esta clase de medidas.

Por último, por lo que se refiere al contenido de la incomunicación, la restricción que se opera sobre la doble manifestación del derecho a la defensa letrada, impidiendo la libre designación de abogado y la posterior comunicación con el letrado de oficio de forma reservada, además de ignorar la más básica de las garantías inherentes a la condición de detenido (esto es, la posibilidad de ejercitar de forma inmediata y plena el derecho a la asistencia letrada) tropieza nuevamente con los estándares mínimos internacionales que justifican la adopción de estas restricciones de derechos.

En efecto, una lectura conjunta de esta doble proyección, sobre la que opera la restricción en materia de incomunicación, evidencia la lesión que sufre el derecho a la asistencia letrada del artículo 17.3 CE, cuya suspensión, carece de cobertura constitucional, tal y como venimos destacando a lo largo de todo el presente trabajo. La presente restricción, además de implicar una auténtica sanción al letrado (y una presunta confabulación entre el detenido y su letrado) anula prácticamente el derecho a la asistencia letrada, al limitar el papel del abogado al de un mero observador, cuya justificación sólo puede ser concebida desde la perspectiva de impedir que se transmita al abogado algún tipo de irregularidad o abuso sufrido por el detenido durante el período de incomunicación.

En efecto, si la designación de abogado de oficio asegura la inexistencia de confabulación y evita posibles intromisiones ajenas a las diligencias policiales, no existen argumentos jurídicos que avalen la persistencia de la medida de imposibilitar la entrevista reservada. En este sentido, desaparecido el presunto peligro de intromisión en la investigación criminal, la asistencia letrada del detenido a través del abogado de oficio, no debería contemplar ninguna clase de restricción añadida. Por ello, y ante la inexistencia de argumentos que amparan jurídicamente esta última limitación, sólo puede concluirse que la prohibición de entrevista reservada se articula como un instrumento inquisitivo al servicio del Estado, contrario, igualmente, a las previsiones internacionales de respeto a la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes.

De todo ello se concluye el riesgo y el abuso que implica la vigencia de una medida como la presente que permite la creación de espacios, extramuros del derecho, que pueden llegar a favorecer el ejercicio de determinadas prácticas contrarias, tanto a los derechos humanos, como a los propios estándares mínimos internacionales que permiten la derogación de las obligaciones contraídas internacionalmente.

IV

Además de todo lo mencionado, y atendidas las dudas de legitimidad democráticas puestas de manifiesto a lo largo de este trabajo, llama poderosamente la atención la posibilidad de incomunicar al detenido menor de edad en supuestos vinculados a delitos de terrorismo.

Si la regulación y aplicación de la detención incomunicada se mostraba contraria a las previsiones internacionales por su falta de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y posibles afecciones a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, dichos aspectos adquieren todavía mayor relevancia cuando de menores de edad se trata.

En efecto, si la duración, el ámbito de aplicación de la detención incomunicada, su naturaleza ordinaria y su concreto contenido se alejan de los postulados internacionales ya aludidos, este alejamiento se hace todavía más latente en los casos de incomunicación de menores de edad. La posibilidad de que la detención incomunicada se haga extensible hasta un máximo de 4 días (96 horas); el recurso a una medida tan restrictiva de derechos frente a presuntos responsables de cualquier modalidad de delitos de terrorismo –sin limitar el ámbito de aplicación extensivo de la detención incomunicada a los supuestos más graves que pongan en grave riesgo la vida estatal y la propia estabilidad política–; y, finalmente, la imposibilidad de entrevista reservada con el abogado, con las limitaciones en el derecho a la asistencia letrada que éste implica y la creación de espacios policiales ajenos a cualquier tipo de control –favorecedores, en algunos casos, de abusos e irregularidades–, atribuyen a la detención incomunicada de menores de edad una naturaleza que se aleja, sobremanera, de lo exigido internacionalmente.

En definitiva, junto a las críticas vertidas en torno a esta medida en el ámbito de adultos, por lo que respecta específicamente a la detención incomunicada de menores de edad, su ubicación en la regulación de la responsabilidad penal del menor, resulta manifiestamente contraria a los principios y finalidades básicas en las que se fundamenta esta clase de normativa, que se pueden reconducir al principio de interés superior del menor y a la finalidad sancionadora-educativa. Una normativa acorde con los fundamentos aludidos, debería prescindir, al menos en el ámbito de menores, de una medida tan restrictiva de derechos como la presente.

V

En definitiva, la ausencia de fundamento jurídico interno atribuye a los estándares mínimos internacionales derivados del artículo 15 CEDH, la condición de sustrato material de la medida de detención incomunicada que, a estos efectos, debe responder a las exigencias de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y prohibición de torturar y de tratar inhumana o degradantemente.

Sin embargo, como tratará de demostrarse en el trabajo de campo que a continuación se presenta, la aplicación de la normativa reguladora de la detención incomunicada pone de manifiesto la ausencia de estas previsiones internacionales. Esta situación con la que se dota a lo excepcional de apariencia de normalidad se muestra contraria a las previsiones del artículo 15 CEDH y, a nuestro modo de ver, debería, cuanto menos, ser revisada, para que, en su caso, se ajustase a lo establecido internacionalmente, impidiendo que se puedan crear espacios ajenos a cualquier tipo de control que favorezcan la comisión de abusos.

Una revisión de los concretos criterios adoptados en la aplicación de esta normativa sería suficiente tanto para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos al detenido y evitar posibles irregularidades por parte de aquellos órganos que adoptan la medida de detención incomunicada.

Segunda parte

ESTUDIO EMPÍRICO

En los capítulos anteriores que conforman el presente estudio se ha presentado un análisis teórico de las normas que regulan la incomunicación, el sustrato material en que se fundamenta esta medida, así como sus elementos esenciales.

Con la finalidad de comprobar si en la aplicación de los preceptos jurídicos discutidos se respetan los principios básicos señalados en la parte teórica, de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, se ha realizado un estudio detallado del procedimiento judicial seguido por un número determinado de personas detenidas por delitos de terrorismo en el año 2001.

A continuación se presentan el método, los resultados y las conclusiones de esta investigación.

1. MÉTODO DEL ESTUDIO EMPÍRICO: MUESTRA, MATERIALES Y PROCEDIMIENTO EMPLEADOS

La población objeto de estudio de esta investigación son las personas detenidas en el Estado Español, durante el año 2001, por su presunta participación en delitos relacionados con el terrorismo, y con vecindad administrativa en la CAPV y Navarra. Si bien al inicio del análisis no se discrimina entre detenidos incomunicados y no, hay que recordar que el presente trabajo tiene como objetivo principal el análisis de la aplicación de la medida de detención incomunicada, por lo que los datos que se ofrecen hacen referencia, en su gran mayoría, a las personas afectadas por esta medida.

En un primer momento se identificaron 178 personas detenidas durante el 2001, que se mostraban

como posibles candidatos para el estudio. Finalmente, previo el examen de cada caso, se desecharon un número total de 29 sujetos que no cumplían con los requisitos fijados en el estudio¹⁷⁷.

Se debe hacer constar la imposibilidad de incluir en la muestra a un total de 21 detenidos que, sujetos a comprobación, se estimaba pudieran cumplir con los requisitos fijados en el estudio. Pese a la buena disposición de las fuentes, lo cierto es que éstas no disponían de copia del expediente por motivo de su archivo. Ello implicaba el desplazamiento de las investigadoras a los Juzgados Centrales de Instrucción situados en Madrid, lo que excedía de las posibilidades de éste estudio.

Así mismo, por dificultad en las gestiones de permisos, no se consiguió acceder al expediente de 19 personas.

Se desconoce si estos últimos expedientes presentan alguna característica diferencial respecto al resto de la muestra, por lo que no se puede descartar que exista algún sesgo derivado de su no inclusión en este trabajo. Es por ello que los resultados y conclusiones de nuestro estudio se realizarán siempre con la necesaria mesura, teniendo en cuenta esta posible limitación.

En consonancia con lo expuesto, finalmente la muestra objeto de estudio quedó conformada por 109 personas detenidas. No obstante, este número representa una parte muy importante del total de detenidos por terrorismo en el año 2001.

• Fuentes, material y procedimiento

A continuación, se detallan los aspectos esenciales acerca de las fuentes y materiales utilizados, así como sobre el procedimiento empleado en la obtención de la información.

En primer lugar, se realizó un calendario de detenciones en el cual se recogía la identidad del sujeto y su fecha de detención. A través de la utilización de esta herramienta se constató un número aproximado de detenidos, posibles candidatos para el estudio. Las fuentes utilizadas para el diseño del calendario fueron las siguientes:

1. Ministerio del Interior (http://www.mir.es/eu/DGRIS/Terrorismo_de_ETA): consulta de la página oficial del Ministerio de Interior, referente a las operaciones de lucha contra ETA, por medio de la cual se obtuvieron los nombres y apellidos de los detenidos, así como las fechas de detención de los mismos.
2. Artículos publicados en prensa (Gara y Deia). A través de la lectura de los artículos publicados en estos periódicos, relativos a las operaciones policiales desarrolladas en el ámbito de la lucha antiterrorista, se recogieron nombres y apellidos, siglas, edad, así como otros datos identificativos de las personas y del día de detención.
3. TAT (Torturaren Aurkako Taldea): Organización No Gubernamental cuyo objetivo principal es la erradicación de la práctica de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, con sedes en Hernani (Gipuzkoa) y Bilbao (Bizkaia). Esta organización publica anualmente un informe-denuncia sobre la utilización de la tortura en Euskal Herria. En el presente trabajo se ha utilizado el informe relativo al año 2001, recogiendo del mismo los datos relativos a nombres y apellidos de las personas detenidas así como la fecha de detención.

¹⁷⁷ No se incluyeron en el análisis las personas que se presentan voluntariamente ante la autoridad judicial (9), los que teniendo la vecindad administrativa en Euskadi y Navarra, fueron detenidos en Francia o Gran Bretaña (11); los que pese a ser detenidos en relación a los delitos señalados no tenían la vecindad administrativa en Euskadi y Navarra, por ejemplo las detenciones de catalanes en Cataluña (9).

La segunda herramienta fundamental para el desarrollo de este trabajo es la ficha de recogida de datos. Este cuestionario fue diseñado por las investigadoras para recoger la información de interés para este estudio, obrante en los expedientes judiciales. El diseño inicial de esta herramienta, sería completado con posterioridad y modificado a partir de la revisión de la documentación a la que se tuvo acceso.

En tercer lugar, como fuente principal de información de este trabajo se encuentran los expedientes judiciales. Con la finalidad de lograr el acceso a los mismos, se contactó con los abogados de los detenidos previamente identificados a través del calendario de detenciones. Todos los letrados consultados contestaron afirmativamente a la petición planteada, si bien se establecieron ciertos límites sobre el análisis del contenido de documentos concretos “sensibles” a la privacidad de los detenidos. Obtenidos los permisos correspondientes, las investigadoras se desplazaron a los despachos de los letrados situados en los tres Territorios Históricos y Navarra para acceder a los expedientes y recoger “in situ” la información. Por lo general, el expediente se facilitaba completo, si bien, en algunos casos no se disponía de copia íntegra del mismo.

Para completar la parte final de la ficha, en concreto, la variable referente a la interposición de denuncia judicial por vulneración de derechos, se obtuvieron los correspondientes permisos por parte de los abogados que ejercen la acusación particular (Torturaren Aurkako Taldea), permitiendo el acceso a los expedientes judiciales por torturas.

Una vez finalizada la recogida de información correspondiente a los 109 sujetos de la muestra, se realizó una base de datos en el programa de análisis estadístico SPSS, procediéndose al volcado de la información y su posterior análisis, cuyos resultados se muestran en el apartado correspondiente.

- **Variables incluidas en la ficha de recogida y la base de datos**

La ficha diseñada para la recogida de datos está conformada por un número de variables relativas a las características demográficas del detenido/a, datos sobre la detención y la medida de incomunicación (cuando ésta ha sido aplicada), y datos relativos al procesamiento y la sentencia, para aquellos sujetos que fueron procesados y sentenciados. A continuación se presenta en resumen las variables incluidas y se procede a señalar cuáles fueron los documentos empleados para recabar los datos. Si se desea, puede consultarse la ficha completa en el Anexo de este informe.

- Sexo, edad, fecha de nacimiento, lugar de residencia, lugar y hora de detención: estos datos se han obtenido del atestado policial y posteriormente se han realizado comprobaciones en otros documentos obrantes en el expediente.
- Datos del procedimiento (número del procedimiento y juzgado): La gran mayoría de los procedimientos judiciales corresponden a Sumarios, en mucha menor medida Procedimiento Abreviado y Expediente de Reforma para el caso de menores. En un primer momento se tiene en cuenta en el atestado policial las referencias al Juzgado y Diligencias dentro de las que se enmarca la investigación, contrastando este dato con otros documentos obrantes de la causa.
- Aplicación de incomunicación: este dato se constata a través del escrito enviado por el cuerpo policial al órgano judicial en el cual se notifica la detención y se solicita la ratificación de la incomunicación. Así mismo, la aplicación de esta medida se verifica en el acta de lectura de derechos al detenido en el momento de la detención, en el auto de alzamiento de la incomunicación y declaración judicial bajo régimen de incomunicación, entre otros.
- Duración de la incomunicación. Para realizar el cálculo de este dato se ha dividido la muestra en dos grupos. El primero de ellos, está formado por los detenidos incomunicados que han sido

puestos en libertad por el propio cuerpo policial que ha realizado la detención. Para éstos se dispone del día y hora de detención así como día y hora de puesta en libertad. En estos casos el cálculo del tiempo de incomunicación es exacto. Por el contrario, para el segundo grupo, compuesto por el resto de la muestra incomunicada, se dispone del día y hora de detención y del día de finalización de esta medida, pero no la hora de alzamiento de la misma, siendo imposible conocer el cálculo exacto. Por este motivo se ha optado por hacer referencia al número del día durante el que se alza la incomunicación (primer día, segundo día, etc.).

- Otros datos relativos a la incomunicación (traslados, declaraciones en sede policial, etc.): estos se han obtenido de sus correspondientes documentos acreditativos, actas de declaración policial, notificaciones de llegada del detenido a las dependencias policiales, etc.
- Datos relativos al paso a disposición judicial del detenido (acceso a un abogado de confianza, comunicación o no de vulneración de derechos, fin de la comparecencia): se obtienen del mismo acta de comparecencia y declaración, así como del Auto sobre la situación del detenido.
- Procesamiento del detenido/a (declaraciones indagatorias, acceso a un abogado de confianza, estado actual del proceso). El documento principal es el Auto de procesamiento. Los datos sobre la declaración indagatoria se recogen del acta que se levanta en el momento de notificación del procesamiento y toma de declaración. Así mismo, para conocer el estado procesal del detenido, se tienen en cuenta, entre otros, documentos como los Autos de sobreseimiento y el auto de apertura de juicio oral, así como la sentencia.
- Datos relativos a la sentencia (absolutoria o condenatoria, pena, apelación, sentencia ejecutada y práctica de la/s prueba/s): el texto de la sentencia es la fuente utilizada para las variables de este apartado.
- Existencia o no de una denuncia de vulneración de derechos del detenido/a. Se ha recurrido a los abogados que llevan a cabo la acusación particular en los procesos abiertos por interposición de denuncias de vulneración. Se ha constatado la interposición de denuncia judicial con la comprobación de la existencia del documento sellado, así como de algún tipo de diligencia judicial en la causa, como por ejemplo el auto de archivo de la denuncia.
- Para finalizar, conviene señalar que para un número de variables no se han obtenido datos. Principalmente los motivos son dos: en algunos casos el expediente judicial estaba incompleto, por lo que se ha procedido a codificar la variable como “sin datos”. En otros supuestos, a fecha de cierre del presente trabajo, el proceso judicial se encuentran en curso, por lo que no existe el dato. En este caso se ha optado por dejar el campo en blanco.

2. RESULTADOS DEL ESTUDIO

A continuación se presentan los principales resultados obtenidos en el presente trabajo, fruto del análisis de los datos recogidos de los expedientes judiciales correspondientes a las 109 personas que conforman la muestra (ver). Teniendo en cuenta que el presente estudio es de carácter descriptivo, los datos que se ofrecen tienen como objetivo cuantificar diferentes aspectos relativos a la práctica policial y judicial en el tratamiento de las personas detenidas por delitos terroristas.

Los resultados del estudio se ofrecen agrupados en función del momento procesal al que corresponden. De esta forma, en primer lugar se proporciona “el perfil del detenido” (2.1) y posteriormente los datos relativos al “momento de la detención y traslado” (2.2), ambos apartados hacen referencia al total de la muestra estudiada, sin diferenciar entre detenidos incomunicados o no. Seguidamente, con el apartado “aspectos

relativos a la incomunicación” (2.3) el estudio se centra exclusivamente en los detenidos incomunicados, para continuar con “duración de la incomunicación y declaración policial” (2.3.1), “paso a disposición judicial” (2.3.2), “procesamiento” (2.3.3), “sentencia” (2.3.4), “denuncia por vulneración de derechos” (2.3.5). El presente trabajo de campo finaliza con “especial consideración a 29 detenidos no condenados” (2.3.6).

2.1. Perfil del detenido

Los datos que se dan a conocer en el presente apartado, hacen referencia al total de la muestra (109 personas), sin discriminar entre los detenidos incomunicados y los que no lo fueron.

Figura 1. Perfil de los 109 sujetos que integran la muestra

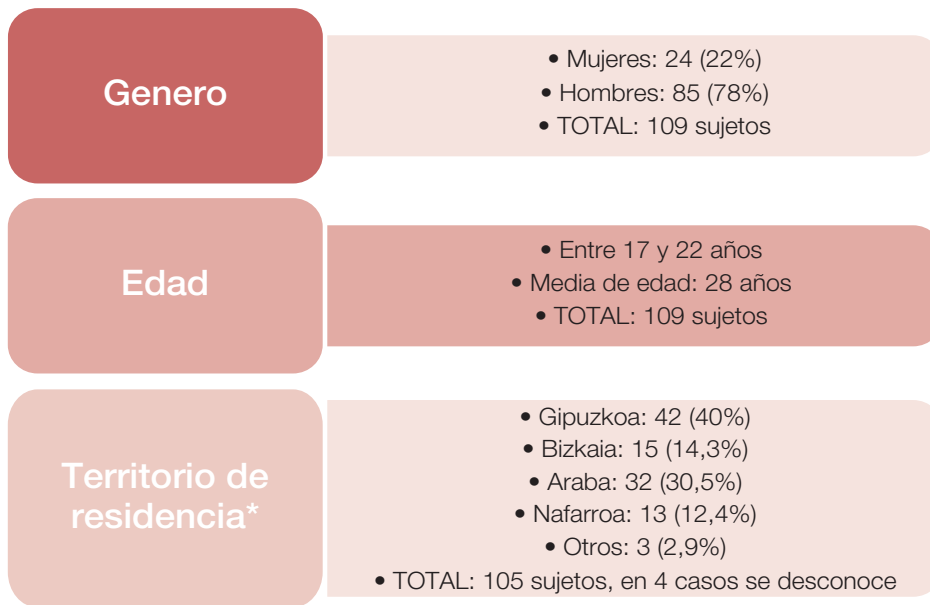
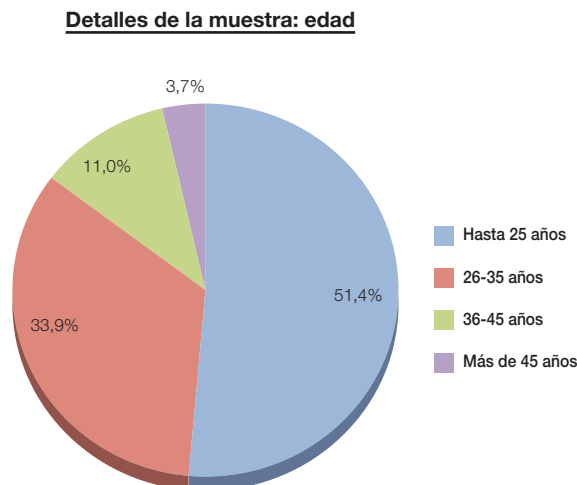


Figura 2. Edad de los 109 sujetos que integran la muestra



El análisis de los datos proporcionados por la variable de identificación del detenido, nos indica que entre estos predomina el sexo masculino (78%) frente al femenino (22%). Estas personas tienen edades comprendidas entre los 17 y los 72 años, estableciéndose una media muy joven, en torno a los 28 años. Destaca el gran número de detenidos, más de la mitad, un 51,4%, menores de 26 años.

En lo que se refiere al territorio de residencia de estas personas, están presentes los tres TH de la CAPV, así como Navarra. Un pequeño porcentaje reside en otros lugares, aunque su vecindad administrativa coincide con la establecida como criterio para formar parte de la muestra. Más detalles de las características demográficas del estudio se presentan en la figura 1.

Destaca el hecho de que el 40% de los detenidos sean guipuzcoanos y el 30,5% alaveses, juntos suman el 70,5% de la muestra. En contraposición a este dato, señalar que el total de la población de ambos territorios no llega a representar la mitad de la población de la CAPV¹⁷⁸. En consecuencia, se produce una sobre representación en el total de la muestra de los detenidos con vecindad administrativa en Gipuzkoa y Araba.

2.2. Momento de la detención y traslado

Los datos que a continuación se presentan, hacen referencia al total de la muestra (109), sin discriminar los detenidos incomunicados y los que no lo fueron.

Tabla 1. Lugar de detención (dato conocido para 99 de las 109 personas)

Lugar en que se produce la detención	Frecuencia	Porcentaje
Domicilio	66	66,7%
Calle	20	20,2%
Aeropuerto	2	2%
Vehículo	3	3%
Vivienda	7	7,1%
Bar	1	1%
Total	99	100%

Tabla 2. Hora de la detención (dato conocido para 107 de las 109 personas)

Hora en que se produce la detención	Frecuencia	Porcentaje
Mañana (07:00 a 12:59)	16	15%
Tarde (13:00 a 20:59)	15	14%
Noche (21:00 a 6:59)	76	71%
Total	107	100%

¹⁷⁸ Según datos del EUSTAT, en el año 2001 la población de la CAPV ascendía a un total de 2.111.078 habitantes, distribuidos territorialmente de la siguiente forma: Araba 291.186 habitantes; Gipuzkoa 683.441 habitantes y Bizkaia 1.136.451 habitantes. Según datos del Instituto de Estadística de Navarra, la población de este territorio en 2001 era de 555.825 personas.

Tabla 3. Territorio de detención (dato conocido para 103 de las 109 personas)

Territorio histórico donde se produce la detención	Frecuencia	Porcentaje
Gipuzkoa	44	42,7%
Bizkaia	13	12,6%
Araba	25	24,3%
Navarra	7	6,8%
Otros	14	13,6%
Total	103	100%

Figura 3. Cuerpo policial que lleva a cabo la detención (dato conocido para 106 de las 109 personas)

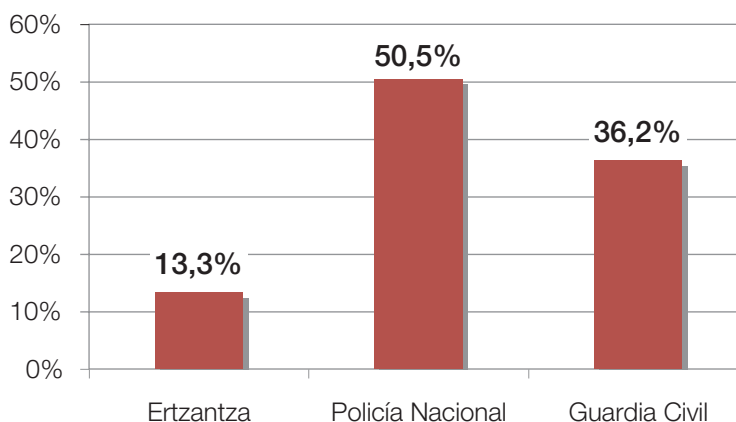


Tabla 4. Traslado del detenido a otro centro de detención en Madrid (dato conocido para 68 de las 109 personas)

Cuerpo policial que realiza la detención	Número de detenidos	Media de horas hasta la llegada a un centro de detención en Madrid
Ertzaintza*	2	93,50
Policía Nacional	31	11,68
Guardia Civil	35	13,66
Total	68	15,10

* En los casos en que la Ertzaintza es la encargada de la operación, por su competencia territorial no disponen de centro de detención fuera de la CAPV, por lo que el detenido será trasladado directamente a la Audiencia Nacional para su declaración ante el Juez de Instrucción.

Los datos indican que la mayoría de las detenciones, el 71%, se producen de noche (franja horaria 21:00 a 6:59 horas) y en el domicilio o vivienda, 73,8%. El horario de mañana (15%) y tarde (14%) presentan prácticamente valores similares, de relevancia mucho menor. Otros lugares de detención son la calle (20,2%), el vehículo (3%) y otros.

Los territorios donde se producen las detenciones coinciden en gran medida con los del lugar de residencia de los detenidos, recuérdese que el 66,7% de las detenciones se realizan en el domicilio.

En cuanto a los cuerpos policiales encargados de las detenciones, en el año de estudio (2001), es la Policía Nacional la encargada de un mayor número de acciones (48,6%), siendo la labor desempeñada por la Guardia Civil también importante (34,9%), por último con menor actividad, un 12,8% se encuentra la Ertzaintza.

Las personas detenidas por la Policía Nacional o la Guardia Civil son trasladadas a un centro de detención del respectivo cuerpo policial a Madrid, en un periodo de tiempo inferior a 24 horas. En todo caso, se puede observar que el traslado a Madrid se realiza en un periodo de tiempo corto desde la detención.

2.3. Aspectos relativos a la detención incomunicada

2.3.1. Duración de la incomunicación y declaración policial

Tabla 5. Aplicación de la incomunicación
(dato conocido para 107 de las 109 personas)

Aplicación de la medida de incomunicación al detenido	Número de detenidos	Porcentaje
No	4	3,7%
Sí	103	96,3%
Total de casos para los que se conoce el dato	107	100%

Centrándonos en la consecución del objetivo principal de este estudio, a partir de este momento los datos que se ofrezcan harán referencia exclusivamente a la parte de la muestra objeto de incomunicación (103 personas), que tal y como se ha comprobado, representa a la gran mayoría de los detenidos (96,3%).

Tabla 6. Día durante el que finaliza la incomunicación del detenido incomunicado
(dato conocido para 97 de los 103 sujetos)

La incomunicación se alza durante...	Número de casos	Porcentaje
el primer día	0	0%
el segundo día	6	6,2%
el tercer día	19	19,6%
el cuarto día	23	23,7%
el quinto día	46	47,4%
el sexto día	3	3,1%
Total	97	100%

Tabla 7. Número de declaraciones en sede policial
(dato conocido para 100 de los 103 sujetos)

Número de declaraciones en sede policial (con contenido)*	Número de detenidos	Porcentaje de detenidos
Ninguna	36	36%
1	37	37%
2	20	20%
3	5	5%
4	2	2%
Total de detenidos incomunicados para los que se conoce este dato	100	100%

* Las limitaciones impuestas por las fuentes, en aras de preservar la intimidad de sus clientes, han impedido analizar el contenido de la declaración policial realizada por el detenido. Sin embargo se ha podido constatar la existencia del contenido de la misma.

 Tabla 8. Finalización del periodo de detención incomunicada
(dato conocido para los 103 sujetos que conforman la muestra)

Cómo finaliza el periodo de detención para las personas incomunicadas	Número de detenidos	Porcentaje de detenidos
Puestos a disposición judicial	91	88,3%
Puestos en libertad por la policía	12	11,7%
Total de incomunicados	103	100%

 Tabla 9. Incomunicados puestos en libertad por la policía:
Duración de la incomunicación en relación con la declaración
con contenido ante la policía (dato conocido para 9 de los 12 sujetos)

Horas incomunicado*	No declara ante la policía	Sí declara ante la policía	Total
33	1	---	1
43	---	1	1
53	---	1	1
59	---	1	1
64	---	1	1
74	---	1	1
75	---	1	1
85	---	2	2
Total	1	8	9

* Para los detenidos puestos en libertad directamente por la policía, sin ser puestos a disposición del juez, el periodo de detención incomunicada se calculó en horas por recogerse en el expediente el día y hora de detención así como del día y hora de puesta en libertad.

Tabla 10. Incomunicados que son puestos a disposición judicial:
Duración de la incomunicación en relación con declarar con
contenido ante la policía (dato conocido para 85 de 91 sujetos)

Alzamiento de la incomunicación y/o paso a disposición judicial		NO declararon ante la policía	Sí declararon ante la policía	TOTAL
Durante el primer día	Número de casos	0	0	0
	Porcentaje	---	---	---
Durante el segundo día	Número de casos	0	1	1
	Porcentaje	---	1,9%	1,2%
Durante el tercer día	Número de casos	12	4	16
	Porcentaje	36,4%	7,7%	18,8%
Durante el cuarto día	Número de casos	8	11	19
	Porcentaje	24,2%	21,2%	22,4%
Durante el quinto día	Número de casos	11	35	46
	Porcentaje	33,3%	67,3%	54,1%
Durante el sexto día	Número de casos	2	1	3
	Porcentaje	6,1%	1,9%	3,5%
Total	Número de casos	33	52	85
	Porcentaje	100%	100%	100%

Los datos ofrecidos por el estudio de campo indican que el 96,3% de las personas detenidas han sido incomunicadas. En estos casos, el cuerpo policial ha aplicado la medida desde el momento de la detención, para posteriormente solicitar al juez instructor su ratificación. Se ha comprobado que todas las peticiones han sido aceptadas por el órgano judicial.

Sobre la duración de la incomunicación, el 74,2% de la muestra permanece detenida incomunicada más de 3 días, en aplicación de la prorrogación de la detención permitida por el artículo 520bis 1° CP.

La mitad de las personas incomunicadas, 49 sujetos, agotan el periodo de detención bajo la aplicación de esta medida, permaneciendo 5 y 6 días incomunicados, destacando el caso de 3 de ellas, para las cuales esta medida finaliza durante el sexto día, superando el periodo establecido legalmente (5 días).

Sobre los datos referentes a la declaración del detenido en sede policial, se constata que el 64% de los detenidos incomunicados declaran en comisaría, de ellos 27 sujetos proporcionan más de una declaración. No se aprecian diferencias significativas entre la duración de la detención y haber realizado declaración o no.

Finalmente, hacer referencia a 12 personas de los 103 incomunicados, que son puestos en libertad directamente por la policía, permaneciendo bajo la medida de incomunicación entre 2 y 4 días, según los datos constatados para 9 de ellos.

2.3.2. Paso a disposición judicial

Los datos que se presentan en este apartado hacen referencia a 91 personas incomunicadas que pasan a disposición judicial. Recuérdese que del grupo de 103 detenidos incomunicados (ver Tabla 8), 12 han sido puestos en libertad directamente por el cuerpo policial respectivo.

Tabla 11. Declaran ante el juez instructor con abogado de confianza (dato obtenido para 91 de los 91 sujetos)

Asistido por un abogado de confianza ante el juez instructor	Número de puestos a disposición judicial	Porcentaje
No	58	63,7%
Sí	33	36,3%
Total	91	100%

Tabla 12. Declara ante el juez instructor (dato obtenido para 90 de los 91 sujetos)

Declaración (con contenido) ante el juez instructor	Número de puestos a disposición judicial	Porcentaje
No	41	45,6%
Sí	49	54,4%
Total de sujetos para los que se tienen datos	90	100%

Tabla 13. Del grupo de 91 detenidos que son puestos a disposición judicial, ¿cuántos habían declarado ante la policía? (dato obtenido para 88 de los 91 sujetos)

Declara con contenido ante la policía	Número de casos	Porcentaje
Sí	53	60,2%
No	35	39,8%
Total	88	100%

Tabla 14. De las 53 personas que pasan a disposición judicial y anteriormente habían declarado con contenido ante la policía, ¿cuántas son asistidas por un abogado de confianza? (dato obtenido para 53 de los 53 sujetos)

¿Es asistido por abogado de confianza?	Número de casos	Porcentaje
Sí	1	1,9
No	52	98,1
Total	53	100

Tabla 15. En referencia al grupo de la tabla anterior, de las 53 personas que pasan a disposición judicial y anteriormente habían declarado con contenido ante la policía, ¿cuántas se desdicen ante el juez de lo declarado en comisaría? (dato obtenido para 40 de los 53 sujetos)

¿Se desdicen de lo declarado?	Número de casos	Porcentaje
Sí se desdicen	16	40%
No se desdicen	24	60%
Total	41	100%

Tabla 16. De las personas incomunicadas que pasan a disposición judicial, ¿cuántas comunican vulneración de derechos al juez instructor? (dato obtenido para 88 de los 91 sujetos)

¿Comunica al juez vulneración derechos?	Número de puestos a disposición judicial	Porcentaje
Sí	42	47,7%
No	38	43,2%
No quiere contestar	6	6,8%
No se hace referencia	2	2,3%
Total	88	100%

Tabla 17. Análisis de detalle: Vulneración comunicada al juez instructor (dato obtenido para 42 de los 42 sujetos)

¿Cuál es la vulneración de derechos comunicada?*	Frecuencia
Algún insulto que otro	1
Alguna amenaza y golpes en la cabeza	1
Amenazas de tortura a él y a su novia	1
Amenazas y torturas. No reconoce este Tribunal	1
Amenazas, torturas, presiones, malos tratos, no estaba bien ni física ni mentalmente	1
Cable al cuello, amenazas, dormir sin manta ni colchón, luz encendida. No puede decirle todo esto al abogado porque estaba incomunicada	1
Coacción, amenazas, chantajes y malos tratos	1
Denuncia presiones psicológicas y bajo torturas	1
Denuncia torturas para que cuente lo que ellos querían. Bolsa, golpes y ejercicios	1
Depende el trato primero una agresión física, torturas, presión psicológica para declarar en comisaría, presiones, amenazas de muerte a mí y a mi familia	1
En comisaría violento el trato, amenazas y golpes	1
En la declaración policial le dijeron que firmara. Bolsa. Tortura	1
En los traslados le han cubierto la cabeza	1
Ensayo de la declaración, la bolsa, amenazas, aprender la declaración	1
Golpeado en la nariz, frente, pierna flexionada, que sí se ha autolesionado ya que no aguantaba más. Tumbado en el suelo. Que ha oído gritar a Asier, tiradas de pelo	1
Golpes	1
Los dos primeros días amenazas de electrodos, bolsa, causarle mal a la novia, tres o cuatro tortazos, le oprimieron los testículos	1
Malos tratos	1
Malos tratos que empezaron en Madrid, golpes en la cabeza con palos o porras, flexiones	1
Malos tratos y torturas	1
Maltrato a él, le decían que iban a violar a su novia y a matar a su madre, amenazas y humillado	1
No ha sido correcto y le ha dado 4 golpes en la cabeza	1
Palizas, amenazas, ojos tapados	1
Presión policial, golpeado, no se atrevió a decirlo al Médico Forense	1
Presión psicológica	1

Presión psicológica e insultos referidos a su familia, conducción con las manos sujetas a la espalda y cabeza entre las piernas. Como estaba mareado y que tomaría su propio vómito	1
Presión psicológica por la detención de su hija por lo demás buen trato	1
Presión psicológica y malos tratos	1
Presiones con encarcelar a su compañera y maltratarla	1
Presiones, amenazas, golpes, desnudos. Dice que tiene marcas en el brazo	1
Sin dormir de pie, patadas en la cabeza y pies	1
Tortazos, golpes en la cabeza y amenazas de tortura	1
Tortura	2
Tortura y no dispone de abogado de confianza	1
Tortura, la bolsa, declaración redactada por la policía	1
Torturas en Comandancia Guardia Civil en Vitoria y Villarreal	1
Torturas, bolsa, esposas prietas	1
Trato correcto pero psicológicamente destrozado, amenazas, detener a mi familia y destrozarse, pasar por todo, entregar a la Guardia Civil	1
Trato en Comisaría regular	1
Total	42

*Texto literalmente recogido del acta de toma de declaración ante el juez instructor.

Tabla 18. Fin de la comparecencia ante el juez instructor y situación del detenido (dato conocido para 91 de los 91 sujetos)

Fin de la comparecencia	Número de puestos a disposición judicial	Porcentaje
Libertad	3	3,3%
Libertad con fianza u otra medida	11	12,1%
Prisión comunicada	65	71,4%
Prisión incomunicada	12	13,2%
Total	91	100%

Atendiendo a los datos obtenidos, del grupo de personas que son puestas por la policía a disposición del judicial (91), el 63,7% no es asistido por abogado de confianza al realizar su declaración ante el juez instructor.

Continuando con la lectura de los datos correspondientes a este grupo (91), el 54,4% de estos detenidos sí declaran ante el juez instructor, frente al 60,2% que anteriormente habían proporcionado, al menos, una declaración en dependencias policiales.

Centrando la atención en este último grupo, detenidos incomunicados que declaran en comisaría y posteriormente son puestos a disposición del juez (53 personas), sólo uno de ellos es asistido por abogado de confianza en su declaración judicial, el resto (52 personas) lo serán por abogado de oficio. Del contenido de las declaraciones realizadas ante el juez por estas 53 personas, se ha constatado que el 60% no se desdice de lo declarado ante la policía, frente al 40% que sí manifiesta no estar de acuerdo con lo dicho en comisaría.

Sobre la comunicación de vulneración de derechos al juez instructor en el momento de toma de declaración, el análisis de esta variable indica que el 47,7% de la muestra (88 sujetos de 91) sí comunican algún tipo de vulneración, el 6,8% no desea contestar a esa pregunta. Por el contrario, el 43,2% no dan a conocer ningún tipo de violación de derechos. Como se puede observar en la tabla análisis de detalle, las manifestaciones recogidas en el acta de toma de declaración del detenido, son de contenido diverso, en algunos casos de carácter general (tortura, malos tratos, amenazas), en otros casos más descriptivas (que iban a violar a su novia; golpeado en la nariz, frente, pierna flexionada).

Finalmente, para el 71,4% de los detenidos que son puestos a disposición del juez (91 personas) la comparecencia finaliza con auto de prisión comunicada. Para 13,2% se opta por la prisión incomunicada (12 personas). El 15,4 % queda en libertad con o sin medida.

2.3.3. Procesamiento

En este apartado, la muestra objeto de estudio esta constituida por el total de detenidos incomunicados, éstos son 103 personas. Téngase en cuenta que las personas puestas en libertad por la policía (12), también pueden ser procesadas.

Tabla 19. Procesamiento de los detenidos incomunicados (dato conocido para 99 de los 103 sujetos)

¿Son procesados?	Número de detenidos incomunicados	Porcentaje
Sí	80	80,8%
No	19	19,2%
Total	99	100%

Tabla 20. Situación procesal final de todos los detenidos incomunicados de la muestra (dato conocido para 99 de los 103 sujetos)

Situación procesal final	Número de detenidos incomunicados	Porcentaje
Absuelto	7	7,1%
Condenado	46	46,5%
En curso	24	24,2%
Apartados durante el procedimiento	22	22,2%
Total	99	100%

Los datos obtenidos sobre el procesamiento de las 103 personas incomunicadas, indican que contra el 80,8% de la muestra se dictó auto de procesamiento, por el contrario el 19,2% de los detenidos incomunicados no fue procesado.

A modo de resumen, se muestran los datos referentes a la situación procesal de los detenidos incomunicados, a fecha de cierre del presente estudio de campo¹⁷⁹. Se constata que en los casos en que el proceso ha finalizado con sentencia judicial firme, el 46,5% de los detenidos fueron condenados y el 7,1%, por el

¹⁷⁹ El 1 de noviembre de 2008 se dio por concluida la inclusión de nuevos datos en el programa informático SPSS.

contrario, fueron absueltos. Para el 24,2% de la muestra, el proceso judicial no ha finalizado, dilatándose en el tiempo desde la fecha de la detención, al menos, 7 años. Finalmente, el 22,2% de los detenidos incomunicados son apartados del procedimiento durante el mismo.

2.3.4. Sentencia

A continuación se muestran los datos relativos a las 46 personas condenadas por sentencia firme. Como se puede observar en la tabla 20, de las 99 personas detenidas incomunicadas para las que se ha obtenido el dato sobre su situación procesal final, 53 de ellas han continuado en el proceso judicial hasta el final del mismo, dictándose sentencia firme. Los datos indican que 7 de estas personas fueron absueltas y 46 condenadas.

Tabla 21. Condenados en sentencia firme, delito por el que fue procesado, delito por el que se le condenó, pena impuesta y declaración policial entre las pruebas para basar la condena (dato conocido para 46 de los 46 sujetos)

Código sujeto	Art. del CP por el que se le procesa	Art. del CP por el que se le condena en la sentencia ejecutada	Pena (años)	Declaración policial
1	515.2º y 516.2º	Art. 576	5	Sí
2	576 + 174 bis a) y b) CP derogado	Art. 576	5	Sí
3	576 + 174 bis a) y b) CP derogado	Art. 576	5	Sí
4	576 + 174 bis a) y b) CP derogado	Art. 576	5	Sí
5	576 + 174 bis a) y b) CP derogado	451.3.	2	Sí
6	576	451.3.	2	Sí
7	515.2º y 516.2º + 564.1º + 392	515.2º y 516.2º + 564.1º + 392	12 y seis meses	Sí
8	571 y ss	572.1.1º y 579 en relación con 17	10	Sí
9	571 y ss	515.2º y 516	8	Sí
10	571 y ss	515.2º y 516	8	Sí
11	577	577 en relación con 266	2	Sí
12		577 en relación con 263 y 266.1	1 año de internamiento*	Dato desconocido
13		577 en relación con 263 y 264.1.1ª	2	Sí
14		577 en relación con 263 y 266.1	2 años de internamiento*	Dato desconocido
15		577 en relación con 263 y 266.1	2 años de internamiento*	Dato desconocido
16	515.2 + 74, 574, 390.1º y 2º y 392+ 74, 574, 390.1º y 2º y 392 + 564.2.1ª y 573 + 568 + 573 + 567.1º y 2º + 573	515.2 y 516.2; 74; 574; 390.1, 2º y 392; 74; 574; 390.1, 2º y 392; 564.2.1ª; 574; 568 y 573; 567.1 y 2; 573	35	Sí
17	515.2 + 74, 574, 390.1º y 2º y 392 + 74, 574, 390.1º y 2º y 392 + 564.2.1ª y 573 + 568 + 573 + 567.1º y 2º + 573	515.2 y 516.2; 74; 574; 390.1, 2º y 392; 74; 574; 390.1, 2º y 392; 564.2.1ª; 574; 568 y 573; 567.1 y 2; 573	35	Sí

18	515.2 + 74, 574, 390.1° y 2° y 392 + 74, 574, 390.1° y 2° y 392 + 564.2.1ª y 573 + 568 + 573 + 567.1° y 2° + 573	74; 574; 390.1.2° y 392; 74; 574; 390.1.2° y 392; 564.2.1ª; 574; 568 y 574; 567.1 y 2; 574	25	Sí
19	576	575	5	Sí
20	572.1° en relación con los arts. 138 y 139 + 572 en relación con el art. 237 + 572 en relación con 346 + 572 en relación con 138 y 139 y 16	573 y 567 + 573 y 568 + 574 en relación con el 244 y el 74.1 + 97delitos del 572.1.2° en relación con el 139.1° y art. 16 CP + 574 + 2 delitos del 571 y 346 + 392 y 390.1 y 2 y 574	1042	Sí
21	572.1° en relación con los arts. 138 y 139 + 572 en relación con el art. 237 + 572 en relación con 346 + 572 en relación con 138 y 139 y 16	573 y 567 + 573 y 568 + 574 en relación con el 244 y el 74.1 + 97delitos del 572.1.2° en relación con el 139.1° y art. 16 CP + 574 + 2 delitos del 571 y 346 + 392 y 390.1 y 2 y 574	1042	Sí
22	515.parr.2° y 516.parr.2°	515.2° y 516.2°	6	Sí
23	515.parr.2° y 516.parr.2°	515.2° y 516.2°	9	Sí
24		arts. 515.2 y 516.2 + 571 y 345 en relación con el 16 y 562 + 574 y 564.1.1ª y 2.2ª + 573 y 568 + 392 + 390.1.1ª y 2ª + 574 en relación con el 74	21	No
25		arts. 515.2 y 516.2 + 571 y 346 en relación con el 16 y 62 + 574 y 564.1.1ª y 2.2ª + 573 y 568 + 392 + 390.1.1ª y 2ª + 574 en relación con el 574 + 237 + 238.3ª y 240 y 574	21	Sí
26	515.2° y 516.2° + 571 en relación con 346 + 574 y 244.1°2° + 572.1°3ª en relación con 163.1° + 574 y 563 y 564 + 574 + 566.1 y 567.1 y 3	515.2° y 516.2° + 574 y 244.1°2° + 572.1°3ª en relación con 163.1° + 574 y 563 y 564 + 574 + 566.1 y 567.1 y 3 + 346 + 390.1.1° + 392 + 574 y 74.1°	60	Sí
27	572.1° + 550, 551 y 552 + 550, 551 y 552 + 16, 62 y 572 en relación con 77, 515.2° y 516.2° + 572.1 + 571 en relación con 346 + 574 en relación con 564.1-1° + 574 en relación con 237, 242.1 y 2, 574 en relación con 263 y 266.1 y 4	arts. 572.1° y 2° en relación con los arts. 138 y 139 + 16, 62, 572.1° y 2° en relación con los arts.138 y 139 + 515.2° y 516.2° + 572.1 + 571 en relación con el 346 + 574 en relación con el 564.1.1° y 2.1ª + 237 + 242.1 y 2 + 574	95	No
28	572 + 550, 551 y 552 + 550, 551 y 552 + 16, 62 y 572 en relación con 77, 515.2° y 516.2° + 572.1 + 571 en relación con 346 + 574 en relación con 564.1-1° + 573 en relación 566 y 6 de reglamento de armas + 574 en relación con los 237, 242.1 y 2 + 574 en relación con 263 y 266.1 y 4 + 572.1.1° y 578	arts. 572.1° y 2° en relación con los arts. 138 y 139 + 16, 62, 572.1° y 2° en relación con los arts. 138 y 139 + 515.2° y 516.2° + 572.1 + 571 en relación con el 346 + 574 en relación con el 564.1.1° y 2°.1ª + 573 en relación con el 566 y 567.1 y 2 en correlación con el art. 6 r.armas + 237, 242.1 y 2 y 574	97 y seis meses	Sí

29	515.2° y 516.2° + 572.1.1°, 2 y 579 + 574 y 244 + 574, 392 y 390	576	5	Sí
30	515.2° y 516.2° + 573 + 572.1.1°, 2 y 579 + 574 y 244 + 574, 392 y 390	515.2 y 516.2 + 573 + 572.1.1° y 2 + 579 + 574 y 244 + 574, 392 y 390	25 y tres meses	Sí
31	515.2° y 516.2° + 573 + 572.1.1°, 2 y 579 + 574 y 244 + 574, 392 y 390 CP	515.2 y 516.2 + 573 + 572.1.1° y 2 + 579 + 574 y 244 + 574, 392 y 390	25 y tres meses	Sí
32	515.2° y 516.2° ó 576	576	5	Sí
33	515.2° y 516.2° ó 576	576	5	Sí
34	515.2° y 516.2° ó 576	576	5	Sí
35	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
36	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
37	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
38	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
39	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
40	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
41	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
42	515.2° y 516.2°	515.2° y 516.2°	6	No
43	576	515.2° y 516.2°	6	No
44	577 en relación con el 266.1° y 2° y 264.1° y 4° + 577 en relación con el 266.1° y 2° y 264.1° y 4° + 577 en relación con el 266.1° y 2° y 264.1° y 4° + 172 + 568	266.1 y 2 y 264.1 y 4 + 162 en relación con 77.1 y 2	1	No
45	515, 516, 573 y 392	515.2 y 518.2; 573 en relación con 574	17	Sí
46	515, 516, 573 y 392	515.2 y 518.2; 573 en relación con 574	17	Sí

* El sujeto es menor de edad, por tanto se trata de una medida de internamiento, no es una pena de prisión.

Atendiendo al contenido de la tabla anterior, tanto en el auto de procesamiento como en las sentencias estudiadas, destaca la repetición del artículo 516.2 CP (integración en banda armada) y del 576 CP (colaboración con banda armada). Otros como 571 CP (estragos), 451.3 CP (encubrimiento), 390 CP (falsedades documentales) aparecen en menor medida. 7 personas son condenadas en aplicación del 572.1 (1°.-producir la muerte, 2°.-lesiones, 3°.-detención ilegal, amenazas o coacciones).

Más de la mitad de los sujetos (27) han sido condenados a penas privativas de libertad inferiores a 8 años. Las condenas más bajas corresponden a 4 menores, de 1 a 2 años de internamiento, en aplicación del 577 en relación con 263 (no perteneciente a banda armada, incendios, estragos etc.).

En 31 casos de los 46 analizados, la declaración policial emitida por el detenido en el periodo de detención se ha tenido en cuenta como prueba para fundamentar su condena. Para 12 sujetos no existía esta prueba, desconociéndose este dato para los 3 sujetos restantes.

2.3.5. Denuncia por vulneración de derechos

Las fuentes consultadas al respecto han facilitado el acceso a 28 expedientes judiciales por denuncia de torturas y malos tratos (artículo 174 y siguientes del Código Penal). No se ha constatado la existencia de denuncias por otro tipo de vulneración de derechos.

Tabla 22. Detenidos incomunicados y alegación de vulneración de derechos ante el juez instructor, posterior interposición de denuncia y cuerpo policial responsable de la detención

¿Alega vulneración ante el juez instructor?	Interpone denuncia por vulneración de derechos	Cuerpo Policial implicado
x	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
x	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
x	✓	Guardia Civil
x	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
x	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
Puesto en libertad policial	✓	Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓	✓	Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Guardia Civil
✓		Sin datos
✓	✓	Policia Nacional
✓	✓	Policia Nacional
✓	✓	Policia Nacional
✓		Ertzaintza
✓		Ertzaintza
x	✓	Ertzaintza

✓		Ertzaintza
✓		Ertzaintza
✓		Ertzaintza
✓		Policía Nacional
✓	✓	Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✗	✓	Policía Nacional
	✓	Policía Nacional
	✓	Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Policía Nacional
✓		Ertzaintza
✓		Policía Nacional
✓	✓	Policía Nacional

Tabla 23. Detenidos que interponen denuncia por vulneración de derechos e incomunicación y situación procesal final (dato conocido para 28 de los 28 sujetos)

¿Fueron incomunicados?	Número de casos	Situación procesal final	Número de casos	Porcentaje
Sí	28	Condenado	19	67,9%
No	0	En curso	6	21,4%
Total	28	Apartados del procedimiento	2	7,1%
		Sin datos	1	3,6%
		Total	28	100%

Del total de los detenidos incomunicados, 103 detenidos, se ha constatado que al menos 28 de ellos han interpuesto denuncias por tortura y malos tratos en el juzgado correspondiente. De este grupo de personas (28), 17 habían comunicado al juez instructor vulneración de derechos, para 3 de ellos no se conoce este dato, 1 fue puesto directamente en libertad por la policía, 7 denunciaron no manifestaron al juez instructor vulneración.

Destaca la Guardia Civil como cuerpo policial con mayor número de denuncias (19), seguido de la Policía Nacional (8) y la Ertzaintza (1).

Los 28 denunciados fueron incomunicados en el momento de su detención. El resultado del proceso judicial por el que fueron detenidos e incomunicados para 19 de ellos fue condenatorio, en el caso de 6 personas continúan a la espera de su finalización, para 2 sujetos, finalmente, no fueron sentenciados por los hechos que provocaron su detención.

2.3.6. Especial consideración a 29 detenidos no condenados

En este apartado, por su especial consideración, se analizan los datos relativos a 29 personas, que en su día fueron detenidas e incomunicadas y que, finalmente, no fueron condenadas por el delito que motivó su detención. Este grupo está conformado por dos categorías: las personas juzgadas que fueron absueltas (7) y personas apartadas del procedimiento en algún momento del mismo (22) y por lo tanto, no juzgadas por los hechos objeto de su detención.

Tabla 24. Detenidos apartados del procedimiento, que fueron puestos a disposición judicial ¿cómo finalizó la comparecencia? (dato conocido para 17 sujetos de los 22)

Fin de la comparecencia ante el juez instructor	Número de casos	Porcentaje
Libertad	3	17,6%
Libertad con fianza	5	29,4%
Prisión comunicada	7	41,2%
Prisión incomunicada	2	11,8%
Total	17	100%

Tabla 25. Datos referentes a las 29 personas no condenadas sobre: incomunicación, duración de la misma, declaración policial y denuncia de vulneración de derechos

La incomunicación se alza...	Núm.	%	¿Declara ante la policía?	Núm.	%	¿Interpone denuncia por vulneración de derechos?	Núm.	%
Durante el primer día	0	0%	Sí	22	75,9%	Sí	2	6,9%
Durante el segundo día	2	7,7%	No	7	24,1%	Se desconoce	27	93,1%
Durante el tercer día	4	15,4%						
Durante el cuarto día	7	26,9%						
Durante el quinto día	13	50%						
Total*	26	100%	Total*	29	100%	Total*	29	100%

* El total varía, ya que en función de la variable se dispone de más o menos datos. El total es el número de absuelto o liberados para los que nos consta el dato en cuestión.

Los datos recogidos indican que al 76,9% de estas personas se les aplicó la prórroga de la detención, permaneciendo más de 3 días detenidos incomunicados, en concreto para el 26,9% la incomunicación finalizó durante el cuarto día, y para el 50% se agotó el plazo de los cinco días.

El itinerario realizado por los 29 sujetos es diferente, 12 detenidos son puestos en libertad directamente por la policía y 17 pasaron a disposición judicial. Con respecto a este último grupo (17) el juez dicta auto de prisión comunicada para 8 de ellas y para otras 2 personas prisión incomunicada. 5 detenidos serán puestos en libertad previo abono de una fianza y 2 en libertad sin medida alguna.

El 75,9% de estas personas sí declara en dependencias policiales. Finalmente, se han podido constatar 2 denuncias interpuestas por sujetos pertenecientes a este grupo.

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES FINALES

A tenor de todo lo mencionado y, teniendo en cuenta, tanto lo manifestado en la parte teórica del presente trabajo como los datos que se desprenden del estudio de campo, este estudio concluye subrayando dos ideas fundamentales, en las que coincide con la opinión que en esta materia sostienen y vienen reiterando diversas instituciones y asociaciones de reconocido prestigio internacional: por un lado, que las personas detenidas bajo la acusación de delitos relacionados con el terrorismo son incomunicadas de forma prácticamente sistemática; por otro, que con independencia de que resulte o no necesaria en cada caso concreto a efectos de la investigación, su utilización se justifica en la práctica como mecanismo eficaz para vencer la eventual resistencia del detenido a declarar.

1. Sobre la utilización con carácter ordinario de la medida de detención incomunicada

En primer lugar, tal y como se ha puesto de manifiesto en la parte teórica del presente trabajo, hay que destacar la naturaleza excepcional de la medida de detención incomunicada. Siguiendo las previsiones internacionales que permiten la derogación de las obligaciones contraídas convencionalmente, sólo deberá ser adoptada frente a los supuestos que pongan en peligro la vida del Estado y la estabilidad política, debiendo respetar los estándares de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y prohibiciones aludidos, para evitar que sea considerada contraria a las mismas.

Sin embargo, frente a estas exigencias internacionales, los datos obtenidos del estudio de campo evidencian una realidad bien distinta, marcada

por el recurso prácticamente sistemático a la presente medida: el 96,3% de la muestra (tabla 5) de los detenidos en relación con delitos de terrorismo fueron objeto de incomunicación.

El dato resulta aún más sorprendente si se pone en relación con la gravedad e intensidad de las conductas cometidas por los sometidos a esta medida, según se desprende de las tablas de finalización del período de detención (tabla 8); procesamiento o no de los incomunicados (tabla 18) y condenados en sentencia firme (tabla 21).

Por un lado, atendiendo a los datos obtenidos de la tabla 8 (finalización del período de detención incomunicada) se observa que un 11,7% de los detenidos incomunicados son puestos en libertad por la policía. Es decir, no precisan pasar a disposición judicial, puesto que no parecen existir indicios de vinculación o relación alguna con el delito de terrorismo por el que se les ha detenido.

Parece difícil argumentar que, en lo que respecta a estas personas, la aplicación de esta medida haya respondido a situación de emergencia alguna que ponga en peligro la estabilidad estatal o política, tal y como se viene exigiendo desde el ámbito internacional.

A este porcentaje hay que añadir el 3,3% de detenidos incomunicados que, pasando a disposición judicial, son puestos en libertad y el 11% que, pasando igualmente a disposición judicial, son puestos en libertad con fianza (tabla 18). Este dato, nuevamente cuestiona la excepcionalidad de la aplicación de la detención incomunicada a los detenidos por terrorismo, y da pie a pensar que su adopción tiene un carácter más bien ordinario.

Unido a ello, conviene destacar que de los 103 detenidos incomunicados sólo 46 han sido condenados. El resto representa más del 50% de los detenidos incomunicados (57), entre los que se encuentran tanto 28 personas que transcurridos 8 años todavía tienen el procedimiento en curso, como 29 incomunicados que o bien han sido absueltos, o bien han sido apartados en algún momento del proceso (tabla 24).

Especial consideración merece, en este sentido, la tabla 24 que refleja la realidad de 29 personas que, siendo detenidas e incomunicadas en relación a delitos de terrorismo, finalmente son o absueltos en el juicio (7 personas) o puestos en libertad en algún momento del proceso (22 personas).

Aun centrando la atención en los condenados (tabla 21) la excepcionalidad y la proporcionalidad con las que debe ser adoptada la medida de incomunicación a la que se han visto sometidos durante el período de detención contrastan, sin embargo, con la ausencia de gravedad y de intensidad de las conductas delictivas imputadas, difícilmente conciliable con la exigencia de que la detención incomunicada sólo sea adoptada en los supuestos más graves que supongan un peligro para la vida del Estado y la para la propia estabilidad política del mismo.

En efecto, según la tabla 21 más de la mitad de los sujetos (71,7%) han sido condenados a penas privativas de libertad inferiores a 8 años, esto es, estamos hablando de comportamientos que, ni siquiera, llegan a lesionar la vida de una persona. Téngase en cuenta que el homicidio ordinario (artículo 138 CP) contempla una pena privativa de libertad de 10 a 15 años y el asesinato en el ámbito terrorista (artículo 572.1º CP) impone una pena privativa de libertad de 20 a 30 años. Es decir, los 33 sujetos que cumplen penas privativas de libertad inferiores a 8 años, difícilmente pueden llegar a poner en peligro la vida estatal o la estabilidad política, si, ni siquiera, han llegado a cometer uno de los delitos más gravemente sancionados en el ámbito del Código Penal, esto es, el asesinato. Este hecho, debería impedir que la concreta conducta cometida fuera considerada como peligro que amenace la vida del Estado o la estabilidad política, en cuanto presupuestos para proceder a la adopción de la detención incomunicada, al menos, desde el punto de vista internacional (artículo 15 CEDH).

Si a ello se añade que la condena por el artículo 572.1º del Código Penal, en cuanto comportamiento de mayor entidad y gravedad desde el punto de vista del Derecho Penal, se produce sólo en cinco ocasiones (sujeto núm. 8, núm. 27, núm. 28, núm. 30 y núm. 31), parece confirmarse la tesis de que la medida de incomunicación, se aplica ordinariamente, sin atender a los criterios de la excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Tal y como se ha venido destacando a lo largo del presente trabajo, el problema de los tipos de terrorismo y, por lo tanto, de la adopción de la medida de incomunicación en cualquiera de los comportamientos subsumibles en los mismos, reside en la amplitud extensiva de los mismos, llegando a sancionarse conductas denominadas “terrorismo periférico” e incluso apologetas.

La preocupación en torno a la configuración de tipos penales abiertos con cláusulas que permiten la criminalización de cualquier conducta que se vincule mínimamente a un entorno concreto, y por ende, que legitime (desde un perspectiva internacional) la adopción de medidas restrictivas de derechos como la incomunicación, ha sido puesto de manifiesto por diversas Instituciones de reconocido prestigio que vienen a destacar el riesgo que entraña la presencia de tipos penales tan abiertos.

Así se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que en su “Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto –Proyecto de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos–” de octubre de 2008, en relación a España, expresa su preocupación por el alcance potencialmente excesivo de las definiciones de terrorismo en el derecho interno, en particular las que figuran en los artículos 572 a 580 del Código Penal español, que podrían dar lugar a la violación de varios derechos enunciados en el Pacto.

En su opinión, España debe definir el terrorismo de manera restrictiva y hacer de modo que sus medidas contra el terrorismo sean plenamente compatibles con el Pacto. En particular, continúa el Comité, España debería prever la modificación de los artículos 572 a 580 del Código Penal para limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia (punto 10 del Informe 2008).

En este mismo sentido, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas, Martin Scheinin, en su último informe de 2008, sobre su visita a España, recuerda que toda restricción de derechos fundamentales debe basarse en la ley y ser proporcional y eficiente en la relación con el objeto de la lucha contra el terrorismo; características todas ellas, que no sólo se alejan de las conductas constitutivas de delitos de terrorismo –tal y como ha destacado el Comité de ONU– en el ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino incluso de los presupuestos de la medida de detención incomunicada, en cuanto restrictiva de derechos en la lucha contra estas prácticas.

Por todo ello, al margen de la reforma penal que requiere la actual regulación de los delitos de terrorismo, por lo que respecta a la medida de detención incomunicada frente a la imputación de cualquiera de ellos, los datos obtenidos del estudio empírico evidencian nuevamente que la adopción de una medida tan restrictiva de derechos como la detención incomunicada resulta manifiestamente contraria a las previsiones de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad que, desde el ámbito internacional, se propugnan en cuanto fundamento de las mismas.

2. El uso de la medida de detención incomunicada como mecanismo para vencer la eventual resistencia del detenido a declarar

Hemos constatado que la detención incomunicada no representa una medida que se utilice excepcionalmente por resultar imprescindible, en términos de eficacia, para investigar delitos extraordinariamente

graves. Existe sin embargo un efecto de la incomunicación en el que su uso se revela altamente eficaz: las personas detenidas e incomunicadas acaban declarando. El estudio realizado pone de manifiesto esta realidad, a partir de los datos obtenidos en relación con cuatro factores: la duración de la detención incomunicada; el número de declaraciones inculpatorias en sede policial; la relevancia que éstas adquieren a efectos de las condenas recaídas; y la denuncia de presiones ilegítimas para declarar en el curso de la incomunicación.

Por lo que respecta a la duración y a la prórroga de la detención incomunicada (hasta un máximo de 5 días en régimen de detención y hasta 8 días más en régimen de prisión) también se conforma como una característica que colisiona con las previsiones internacionales a las que venimos aludiendo.

Tal y como se ha destacado en el estudio teórico, aunque dicho período se justifique en atención a la necesidad de realizar diligencias policiales, la práctica de las mismas debe ser realizada con urgencia y por el tiempo estrictamente necesario.

En este sentido y, de acuerdo con los datos manejados en la tabla 6, a ninguna persona incomunicada se le alza la incomunicación a lo largo de las primeras 24 horas. A partir del segundo día de la detención se van produciendo algunos alzamientos, en concreto, el 6,2% de los mismos, pero en la mayoría de los casos, el levantamiento de la incomunicación se produce a lo largo del quinto día (47%), esto es, casi agotando el plazo legalmente previsto. De hecho en un 3,1% de los detenidos, dicho alzamiento se produce incluso en el sexto día; situación ésta última que resulta manifiestamente contraria a las previsiones, no ya internacionales, sino a las propiamente internas y, en concreto a los dictados del actual artículo 509.2 LECrim.

Unido a ello, otra de las cuestiones más controvertidas de la detención incomunicada reside en su concreto contenido. El artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo que se refiere al derecho de defensa del detenido incomunicado, establece una limitación del mismo que se traduce en la imposibilidad por parte del detenido, de designar abogado de confianza que le asista durante el periodo de incomunicación. Así mismo, se le privará de la entrevista reservada con el abogado de oficio una vez finalice su declaración.

La utilización de estos mecanismos busca, según se argumentó inicialmente, prevenir la connivencia delictiva entre abogado de confianza y presunto terrorista.

Sin embargo, frente a esta presunción se han alzado opiniones contrarias. Ya en su informe sobre su visita a España en 2003, el Relator Especial Theo van Boven, afirmaba: que los detenidos deben tener derecho a consultar con un abogado; que desde el principio de la detención, el abogado debe estar presente durante el interrogatorio y que el detenido debe tener derecho a conversar con su abogado en privado.¹⁸⁰ En idéntico sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el punto 14 de su Informe de octubre de 2008 en relación a España, muestra su preocupación

“...por el mantenimiento del régimen de incomunicación, que puede llegar a ser de 13 días, y por el hecho de que las personas interesadas no tienen derecho a elegir su propio abogado. El Comité no comparte la opinión de España, en cuanto a la necesidad de mantener el régimen de incomunicación, justificado en aras del ‘interés de la justicia’, al mismo tiempo que entiende que este régimen puede propiciar los malos tratos y lamenta que se mantenga, a pesar de las recomendaciones de diversos órganos y expertos internacionales para que se suprima”.

¹⁸⁰ Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven. Visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003. pág. 13.

A la luz de tan explícita valoración del Comité, no podemos sino concluir que la presunción de “confabulación” entre letrado y cliente en este tipo de delitos carece de fundamento jurídico alguno, e implica una vulneración directa de derechos.

Directamente relacionado con la prohibición de designar abogado de confianza, resulta significativo el número de declaraciones existentes en sede policial, y sorprende su contenido autoinculpatorio, máxime si se atiende al hecho de que dicha declaración se produce, a pesar de seguir estando vigente el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, y, a pesar de la imposibilidad de ser asesorado previamente por abogado, si quiera sea de oficio.

Por lo que respecta al número de declaraciones en sede policial, tal y como se recoge en la tabla 7, si bien un 36% de los detenidos (36 personas) no declaran, sí lo hacen el resto. En concreto, el 37% de los incomunicados declara en una ocasión; el 20% lo hace en dos ocasiones; el 5% en tres ocasiones y el 2% hasta en cuatro ocasiones. Esto es, el 64% de los detenidos incomunicados realizan una o más declaraciones en comisaría (tabla 7), todo ello pese a conservar el derecho a no declarar. De este grupo, (recordemos que por estar incomunicados no han tenido derecho a la entrevista reservada con el abogado una vez finalizada su declaración), los que posteriormente son puestos a disposición judicial el 98,1% (tabla 14) continúan incomunicados y a preguntas del juez instructor sobre su declaración en comisaría el 60% no se desdicen, ni las desmienten (tabla 15).

Unido a ello, hay que destacar la incidencia de la declaración en cuanto prueba inculpatoria en las condenas de las personas incomunicadas. Si bien es cierto que, por limitaciones impuestas al presente trabajo, no se ha podido constatar el contenido de las declaraciones policiales, si acudimos a la tabla 21, referente a los sujetos condenados por sentencia firme, se puede comprobar que la declaración policial emitida por el detenido ha sido tenida en cuenta como prueba inculpatoria en 31 (67,39%) de los 46 casos.

Todo parece indicar que existe una efectiva relación de causalidad entre detención incomunicada y declaración autoinculpatoria y agotamiento tanto de los plazos ordinarios de detención como los de la prórroga de la misma. En efecto, según los datos de la tabla 10, no se levanta la incomunicación a ninguna persona antes del tercer día, incluidos aquellos que no han procedido a declaración alguna (36,4%), llegando incluso a prolongarse hasta 6 días la duración de la misma, en el 6,1% de los detenidos que no declaran.

La imposición del abogado de oficio, persona desconocida para el detenido y la supresión de la entrevista reservada con éste una vez realizada la declaración ante la policía, perjudica de forma irreparable el derecho de defensa del detenido, por impedir recibir el asesoramiento adecuado y en su posterior declaración ante el juez hacer valer de forma plena sus derechos de defensa. Se puede afirmar que hay una tendencia a obtener y preservar la declaración policial, como prueba no desmentida, valiéndose para ello de los recursos que la propia norma reguladora de la incomunicación proporciona, a costa de contravenir el espíritu de la misma. Todo ello se constata con el gran número de personas que, pese a tener derecho a guardar silencio y no declarar en su contra, proporcionan declaraciones que servirán posteriormente como prueba para su inculpación o la de otros.

En efecto, resulta sorprendente el alto porcentaje de detenidos dispuestos a declarar en sede policial, a pesar de no haber contado con el asesoramiento de abogado de confianza y no haber tenido otra asistencia jurídica que la silenciosa presencia de un letrado de oficio en el acto de la declaración. Todo ello, habiendo sido informados de su derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, y a sabiendas de que dicha declaración se convertirá en prueba determinante para su condena. Por ello, sólo se puede concluir que la obtención de declaración del detenido se convierte en sí misma en objetivo de

primer orden de la detención incomunicada. Es decir, que serían las propias condiciones físicas de la detención incomunicada las que, a través del debilitamiento físico y psíquico que implican, propiciarían que el detenido acabe “ablandándose” y renunciando a su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Esta conclusión resulta especialmente preocupante si se tiene en cuenta las críticas que han manifestado Instituciones de reconocido prestigio internacional, en el sentido de que, además de su aplicación sistemática, el control judicial que la ley establece en todos los casos resulta más bien formal y administrativo¹⁸¹ y no entra en el fondo de la cuestión ni en su justificación¹⁸², llegando a convertirse en una medida que puede facilitar la práctica de la tortura y equivale en sí a una forma de trato cruel, inhumano o degradante¹⁸³.

Nos consta que el 47% de detenidos incomunicados comunica al Juez instructor en el momento de la toma de declaración algún tipo de vulneración de derechos (tabla 16), y en ocasiones, muy graves (tabla 17).

En este sentido, desde diversas instancias internacionales se viene advirtiendo que, frente al discurso oficial de la administración, las denuncias de torturas y malos tratos en España no pueden considerarse como meras confabulaciones, y que su uso, si bien no sistemático, es sin embargo más que esporádico e incidental”. De entre los pronunciamientos más recientes en el sentido apuntado cabe destacar tres:

En su informe “Sal en la herida”, Amnistía Internacional recomienda la necesidad de adoptar medidas urgentes para introducir la grabación en vídeo y audio de todas las zonas de custodia de las comisarías de policía y de cualquier otro lugar donde las personas detenidas puedan estar presentes, como medida preventiva contra la tortura¹⁸⁴.

Para Martin Sheinin, son motivo de preocupación las denuncias de torturas y malos tratos presentadas por sospechosos de terrorismo a los que se les ha aplicado la medida de incomunicación, así como la información según la cual se hace caso omiso sistemáticamente de esas denuncias por las autoridades españolas¹⁸⁵.

Por último el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Informe de 2008, anteriormente aludido, no deja lugar a dudas sobre su preocupación por el tema:

13. El Comité observa con preocupación que continúan denunciándose casos de tortura y que el Estado parte no parece haber elaborado una estrategia global, ni haber tomado medidas suficientes para asegurar la erradicación definitiva de esta práctica. El Estado parte todavía no ha adoptado un mecanismo eficaz de prevención de la tortura, a pesar de las recomendaciones en este sentido de diferentes órganos y expertos internacionales (art. 7). El Estado parte debe acelerar el proceso de adopción de un mecanismo nacional de prevención de la tortura, conforme a lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, teniendo en cuenta

¹⁸¹ Así se destaca en el Informe: Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven. Visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003. pág. 13, cuando se manifiesta una gran preocupación por el hecho de que “las personas mantenidas en régimen de incomunicación cuyo período de detención se prolonga más allá de las 72 horas hasta un máximo de cinco días no hayan sido vistas por el juez antes de la decisión de prorrogar el período de detención”.

¹⁸² Declaración de la institución del Ararteko ante la tortura. 21 de diciembre de 2004.

¹⁸³ Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven. Visita a España del 5 al 10 de octubre de 2003. pág. 11.

¹⁸⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Sal en la herida. Impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos”, p. 58. AI: EUR41/006/2007.

¹⁸⁵ Promoción y protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martín Scheinin. Misión a España. Visita realizada del 7 al 14 de mayo de 2008. pág. 26.

las recomendaciones de los diferentes órganos y expertos internacionales y la opinión de la sociedad civil y de todas las organizaciones no gubernamentales que participan en la lucha contra la tortura.

Por último, resulta significativo que del total de personas detenidas incomunicadas que constituye la población objeto de estudio, el porcentaje de denunciante de torturas se mueve en torno al 27,1%; y por otro que de 29 personas que, finalmente, resultaron absueltas del delito que motivó su detención, o apartadas del proceso en algún momento, un 6,9% interpusieron denuncia por vulneración de derechos. (tabla 24).

Todo ello desvirtúa uno de los argumentos tradicionales en la respuesta del Estado a los requerimientos que recibe en esta materia: el de que tales denuncias respondan a una consigna impartida por ETA a sus seguidores para favorecer su estrategia de deslegitimación del Estado. Los datos empíricos del presente estudio refuerzan así las razones que asisten a las organizaciones e instituciones que exigen al Estado una mayor iniciativa en la erradicación de este tipo de prácticas.

3. Sobre la necesidad de supresión de la medida de detención incomunicada

Por todo ello, creemos que los datos del estudio avalan la opinión expresada por el Parlamento Vasco en el año 2007, cuando manifestó la necesidad de eliminar el régimen de incomunicación, en cuanto espacio y tiempo opaco, en el que se debilitan las garantías de la persona detenida y se facilita la práctica de la tortura¹⁸⁶. En efecto, la detención incomunicada crea un escenario en el que se debilitan las garantías que previenen la comisión de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel, inhumano, degradante o de tortura, debiendo, en este sentido, ser objeto de supresión. Así lo ha solicitado también, con inusual contundencia, el Comité de Derechos Humanos en el punto 14 de su Informe de octubre de 2008, donde lamenta que se mantenga el régimen de detención incomunicada, en cuanto propicio para la consecución de malos tratos.

En este orden de cosas, siguiendo a Martin Scheinin, en su Informe de 2008 sobre su visita a España, hay que recordar que el Estado de Derecho, enfrentado a nuevas amenazas a la seguridad, tiene sin duda el deber de actualizar sus medios de lucha contra fenómenos como el terrorismo o la delincuencia organizada transnacional. Pero, frente a la búsqueda de la eficacia a corto plazo y a toda costa, ha de tener presente que los efectos de la intervención penal han de ser coherentes con los valores de convivencia en libertad, en cuya defensa encuentra aquélla su razón de ser y no deben conllevar intervención alguna que, como la detención incomunicada, o bien se convierte en un medio que favorece la tortura, o bien implica en sí misma una forma de trato cruel, inhumano, degradante o tortura.

Ni los supuestos de hecho que, desde la perspectiva de la normativa española, constituyen su fundamento responden a los estándares mínimos de excepcionalidad y necesidad, ni su propia duración (hasta un máximo de 5 días de detención y hasta un máximo de 8 días más de prisión), ni su contenido (imposibilidad de designación de abogado de confianza, imposibilidad de entrevista reservada con el abogado de oficio, imposibilidad de comunicarse con familiares o persona que el detenido determine) resultan acordes con el criterio de proporcionalidad también predicado desde el ámbito internacional.

Por ello, sólo resta proponer la supresión de la medida de detención incomunicada, por constituir una quiebra en el sistema de garantía de los Derechos Humanos que, habida cuenta de las razones expuestas a lo largo del presente trabajo, un Estado Democrático y de Derecho no se debería permitir.

¹⁸⁶ Véase, en este sentido, la Iniciativa Relativa a los derechos de las personas que se encuentran detenidas, retenidas o en dependencias policiales, referencia 08/17.00.00.0002, publicado en Boletín Oficial del Parlamento Vasco, núm. 130, el 23 de noviembre de 2007.

Bibliografía

ASENCIO MELLADO, José María

“**La libertad de movimientos** como derecho fundamental”, en *Derechos procesales fundamentales. Manuales de formación continuada*, coordinados por Gutiérrez-Alviz Conradi y López López. Edit. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004, pp. 23 a 50.

ASUA BATARRITA, Adela

“**Concepto jurídico de terrorismo** y elementos subjetivos de la finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao, 2002, pp. 41 a 85.

BANDRÉS, Juan María

“**Veinte años de leyes y jurisdicciones especiales**”, en *Justicia y delito*, compilado por Pérez Marino. Edit. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Madrid, 1981, pp. 39 a 49.

BARONA VILAR, Silvia

“**Garantías y derechos de los detenidos**”, en *Derechos Procesales Fundamentales. Manuales de Formación Continuada*. Edit. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004, pp. 51 a 96.

BELLOCH, Juan Alberto

“**Introducción al estudio de la Ley Orgánica 8/84** de 26 de diciembre. ¿Una quiebra del Estado de Derecho?”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 11, 1985, pp. 9 a 24.

CARRILLO, Marc

“**Defensa del Estado** y suspensión de derechos: una introducción”, en *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, coordinado por López Guerra y Espín Templado. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 225 a 229.

COBO DEL ROSAL, Manuel

“**Incomunicación procesal** e imposición de abogado del turno de oficio (segmento de un proceso infame). Edit. CESEJ. Madrid, 2006.

CRUZ VILLALÓN, Pedro

“**La protección extraordinaria del Estado**”, en *La Constitución española de 1978*, dirigido por Predieri y García Enterría. Edit. Civitas. Madrid, 1984, pp. 689 a 717.

ECHEVERRÍA GURIDI, José Francisco

“**Particularidades procesales** en materia terrorista. Análisis de su constitucionalidad y su justificación”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, año 1993, pp. 61 a 124.

FARALDO CABANA, Patricia

“**El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** en materia de prisión provisional”, en *Actualidad Penal*, núm. 2, 2003, pp. 635 a 653.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

“**Suspensión de los derechos y libertades**. Comentario introductorio al capítulo V”, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por Alzaga Villaamil. Tomo IV. Edit. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1986, pp. 553 a 571.

“**Artículo 55**. La suspensión de derechos”, en *Comentarios a las Leyes políticas*, dirigidos por Alzaga Villaamil. Tomo IV. Edit. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, pp. 573 a 665.

FORCADA JORDI, Marcos

“**Sobre el derecho de libre elección del abogado** por quien se halla sometido a incomunicación”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 24, 1991, pp. 149 a 155.

GÁLVEZ, Javier

“**Artículo 17–Seguridad personal–**”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villaamil, Tomo II. Edit. Edersa. Madrid, 1997, pp. 365 a 390.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel

“**Crítica de la política penal** del orden público”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982, pp. 49 a 93.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis

La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal. Edit. Bosch. Barcelona, 1988.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María

“**La aplicación al menor de edad de la legislación procesal** antiterrorista a la luz de la Ley de Responsabilidad penal del menor”, en *La Ley*, 2001-1, pp. 1809 a 1815.

LAMARCA PÉREZ, Carmen

Tratamiento Jurídico del terrorismo. Edit. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1985.

“**La última recepción de la normativa antiterrorista** en la legislación común”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, 1989, pp. 955 a 988.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica

El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad. Edit. Universidad de Alicante. Alicante, 2002.

MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores

La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el Ordenamiento Constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978. Edit. Comares. Granada, 2002.

MESTRE DELGADO, Esteban

Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional. Edit. Ministerio de Justicia. Madrid, 1987.

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio

“**La administración de justicia** y procesos de criminalización”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983, pp. 147 a 161.

“**Del Estado protector a la autoprotección del Estado**. ¿Hacia una nueva codificación?”, en *La protección de la seguridad ciudadana. Oñati Proceedings*, núm. 18, editado por Muñagorri Laguía. Edit. Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Oñati, 1995, pp. 287 a 335.

OLARIETA, Juan Manuel

“**Ley antiterrorista**, Audiencia Nacional y **derecho de defensa**”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 74, 1988-89, pp. 477 a 503.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo

“**Desprotección’ de la libertad y seguridad personal** en la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana”, en *La protección de la seguridad ciudadana*, editado por Muñagorri Lagúa. Edit. International Institute for the Sociology of Law. Oñate, 1995.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma

“¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, pp. 107 a 137.

“**La suspensión individual** de los derechos fundamentales en el artículo 55.2 CE”, en *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, coordinado por López Guerra y Espín Templado. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 275 a 280.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis

Sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo sobre un sistema (diez lecciones sobre la constitución de 1978). 7ª edición. Edit. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993.

SERRANO ALBERCA, José Manuel

“**Artículo 55**”, en *Comentarios a la Constitución*, editados por Garrido Falla. Edit. Civitas. Madrid, 2001, pp. 999 a 1019.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo

“**La suspensión de derechos** por terrorismo en el Ordenamiento Español”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, pp. 60 a 133.