

EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL ÁMBITO DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

1. INTRODUCCIÓN

La ley reguladora del Ararteko, Defensor del Pueblo del País Vasco, define la institución como *“alto comisionado del Parlamento para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución garantizándolos de acuerdo con la Ley, velando por que se cumplan los principios generales del orden democrático contenidos en el artículo 9 del Estatuto de Autonomía”* y en su preámbulo señala que *“El Ombudsman es así un colaborador crítico de la Administración que viene a colmar las lagunas que existen inevitablemente en el sistema de garantía de los derechos de los administrados.”*

Una de tales lagunas sería, ciertamente, la que se produciría si la privación de libertad, prevista por la ley como medio al servicio de los fines del proceso penal, se desarrollara en condiciones de opacidad y aislamiento tales que, en la práctica, la virtualidad de ese sistema de garantías resultara más teórica que real, sobre todo en dos sentidos: por un lado, la prevención de actuaciones ilícitas contra la integridad física y moral de la persona detenida; por otro lado, las garantías que tienen por fin posibilitar, en su caso, el descubrimiento y corrección de esas actuaciones por parte de las instancias competentes.

Este es el motivo por el que la institución del Ararteko ha puesto especial énfasis, desde siempre, en analizar el sistema de garantías de derechos en el ámbito de la detención incomunicada. Con ello responde a su deber de promover medidas y protocolos eficaces para la prevención de los malos tratos y la tortura, pues no en vano, un número sustancial de las denuncias por presuntas prácticas de ese tipo las han formulado personas a las que se les había aplicado dicho régimen de detención.

He de concluir estas palabras introductorias señalando que la eficacia en la prevención, con ser imprescindible, no es sin embargo la única de las finalidades a las que responde nuestro interés por las garantías de la persona detenida: es necesario mencionar otras dos razones fundamentales por las que el Ararteko, como institución de garantía de derechos, está obligada a velar por su efectividad:

- la primera es que sirve para defender la labor de las fuerzas de seguridad frente a las denuncias falsas que, por este motivo, pudieran interponerse contra sus miembros: cuanto más transparente sea su interacción con la persona detenida, más protegidos se encontrarán frente a eventuales acusaciones calumniosas de haberla maltratado¹.

¹ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, on his visit to Spain, 16 December 2008, UN Doc. A/HRC/10/3/Add.2, par 15, 32.

- la segunda entronca con la razón de ser de las propias políticas de seguridad frente al terrorismo. Y es que en la medida en que éste, por definición, supone una amenaza al sistema de libertades democráticas, el respeto a las mismas no puede ser ajeno a los medios con que se le combata, no solo por coherencia, sino también por eficacia de cara a su deslegitimación.

Comenzaré por tanto haciendo un repaso de las referencias que, a mi juicio, resultan fundamentales para un diagnóstico actualizado de la detención incomunicada, en tres ámbitos:

- Las observaciones formuladas a España en materia de tortura y maltrato por parte de los organismos internacionales de prevención y protección de los Derechos Humanos. Sus últimos informes no sólo insisten en la necesidad de abolir el régimen incomunicación. Siguen planteando, en lo esencial, las mismas críticas sobre la efectividad en estos casos de las actuales garantías contra posibles malos tratos, así como por el reiterado incumplimiento de algunas de sus recomendaciones.

En virtud de la adhesión al instrumento internacional que los crea, el Estado tiene obligación de colaborar con la labor de todos estos organismos, si bien sus observaciones y recomendaciones no resultan necesariamente vinculantes. Siempre cabe, por supuesto, la posibilidad de que queden incorporadas al sistema de fuentes por medio de su inclusión o referencia en una ley, un reglamento o una resolución judicial que interprete el alcance de un texto normativo. Pero su virtualidad preventiva no depende, en realidad, de que constituyan normas de obligado cumplimiento. Descansa más bien en su capacidad para hacer que el Estado entable al respecto un diálogo constructivo, a partir de la interacción entre los dos principios en que los mecanismos de prevención, siguiendo el modelo históricamente establecido por el Comité Internacional de la Cruz Roja, basan la eficacia de su labor: los de cooperación y confidencialidad. Esto es, los informes de las visitas se entregan al Estado antes de hacerse públicos, o incluso permanecen confidenciales hasta que su publicación es solicitada por el Estado, como forma de facilitar la cooperación de éste en dos sentidos: por un lado, en lo que se refiere a permitir el acceso a los lugares de detención; por otro, a colaborar lealmente para hacer frente a las necesidades de mejora que el organismo de control haya constatado.

- Las conclusiones que se obtienen de los estudios empíricos que, en los últimos años, han analizado muestras significativas de detenciones incomunicadas. Todos ellos ponen de manifiesto la negativa incidencia de este régimen excepcional sobre la efectividad de las salvaguardas de los derechos que, aun incomunicada, conserva la persona detenida.

- Los pronunciamientos que siguen emitiendo el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, algunos con carácter muy reciente, declarando que las autoridades españolas no habían llevado a cabo una investigación suficiente de diversas denuncias por tortura, y constatando errores fundamentales en el sistema de garantías .

Abordaré a continuación la relación existente entre la aplicación práctica del régimen de incomunicación y la efectiva protección de los derechos fundamentales, para concluir con las propuestas que cabría formular, en base al análisis y las consideraciones realizados, en orden a mejorar el sistema de garantías existentes en el ámbito de la detención incomunicada en tanto esta no sea abolida.

2. LA PRACTICA DE LA INCOMUNICACIÓN Y LA EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. Aislamiento de la persona detenida y sus consecuencias en su protección

La jurisprudencia constitucional ha justificado el régimen de incomunicación como un recurso excepcional del Estado democrático de derecho para la lucha contra determinadas formas de delincuencia organizada. Se basa para ello en la centralidad de los bienes jurídicos que éstas amenazan, así como en las especiales exigencias de seguridad que plantea su persecución, todo lo cual puede *“hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto”*².

Sin embargo, por necesaria que pueda resultar, la reserva en la investigación no es la única consecuencia de la excepcional suspensión de derechos que comporta la incomunicación; afecta también a las salvaguardas dirigidas a garantizar, por medio de la transparencia en el trato al detenido, un derecho que éste conserva en cualquier caso: el derecho a su integridad física y moral. El Tribunal Constitucional tiene declarado que el mismo puede verse comprometido con motivo de la desprotección que comporta, en sí mismo, el hecho de hallarse la persona bajo la custodia física del Estado:

*“En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral”*³

² 2 STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5º y 7º.

³ STC 224/2007, de 22 de octubre de 2007, FJ 3º

La existencia de ámbitos de desprotección de la persona detenida no constituye para el TC una cuestión jurídica, sino fáctica, y no deriva tanto de su privación de libertad como del grado en que ésta suponga su aislamiento del exterior. Por tanto, cuanto mayor sea éste, más patente será la necesidad a la que se refiere el Alto Tribunal de acentuar las garantías frente a posibles excesos, no sólo en lo que se refiere a su eventual averiguación y enjuiciamiento, sino también a su prevención. En tanto en cuanto la incomunicación aumenta ese aislamiento, aumenta también la necesidad de adoptar medidas de transparencia que lo compensen, con independencia de que vengan o no impuestas por ley, con el fin de minimizar el riesgo de que tales excesos se produzcan.

La *Declaración de la Institución del Ararteko ante la Tortura* del año 2004 recogía una serie de mecanismos que entendíamos de utilidad a tales efectos, como son los exámenes médicos de las personas detenidas, la grabación durante la detención, la formación a los agentes y la impartición a éstos de directrices inequívocas en relación con los malos tratos y la tortura. También subrayábamos la importancia de la asistencia letrada desde el primer momento de la detención, la presentación de la persona imputada ante el juez con carácter previo a la prórroga de la detención incomunicada y la justificación en cada caso de la incomunicación y de la prórroga de la detención. A la luz de las recomendaciones que siguen formulando las instituciones internacionales, así como de los datos que se desprenden de sus visitas de control, de las realizadas por esta institución y de la investigación aplicada, sin olvidar los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, se hace necesario insistir en todas ellas, según expondremos a continuación.

2.2. Carácter sistemático de la incomunicación

La oposición a la incomunicación por parte del sistema internacional de prevención de la tortura va más allá de la consideración de que pudiera facilitar que se produjeran prácticas de malos tratos:

“...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”⁴

⁴ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones Finales en relación a España, octubre de 2008, CCPR/C/ESP/CO/5 párr. 14

Tan explícito posicionamiento, al incidir en el fundamento mismo que el Estado aduce para mantener la incomunicación, no sólo cuestiona su existencia: también viene a reforzar la exigencia de observar, en la medida en que se aplique, los requisitos de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad que debe cumplir toda restricción de derechos para resultar válida. Principios éstos que impiden entender que tales derechos puedan exceptuarse ordinariamente para todos los sujetos a los que se imputen determinados delitos. Por el contrario obligan a ponderar, en cada supuesto particular, tanto la intensidad de la medida como las circunstancias de la persona y la gravedad de la conducta que se le imputa, de manera que tanto su solicitud como su eventual concesión reflejen los motivos que lleven a entenderla necesaria, en relación con esa persona en concreto, para servir a los intereses de la justicia.

Nuestra Declaración contra la Tortura de 2004 decía lo siguiente al respecto:

“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.”

El Gobierno español siempre ha negado ante los organismos internacionales de control que la incomunicación se adoptara de forma automática, basándose en que el art. 520 bis de la LECr. obliga al juez a emitir resolución motivada al respecto⁵. Sin embargo, a efectos de contrastar tal reproche de automaticidad y control puramente formal, no cabe apelar a cómo deberían ser las cosas, sino a cómo son en realidad.

Una realidad que confirman tanto estudios empíricos de la mayor solvencia, como los datos recabados por las instituciones internacionales en sus visitas, así como nuestra propia experiencia: así, de acuerdo con las conclusiones del estudio elaborado en el marco de las becas de investigación aplicada otorgadas por el Ararteko en 2009, el 96,3 % de las personas detenidas por delitos de naturaleza terrorista habían sido incomunicadas. Similar es el porcentaje del 92,9% que ofrece la que elaboró el IVACr para el período 2000-2007, la cual indica además

⁵ Respuesta del Gobierno de España al Consejo de Derechos Humanos, en el seguimiento efectuado en febrero de 2008 a las Recomendaciones del relator para la Tortura, A/HRC/7/3/Add.2, párr. 607

significativas diferencias entre cuerpos policiales: mientras que se comunicó al 100% de los detenidos por la Guardia Civil y al 98'1% de los que lo fueron por la Policía Nacional, el porcentaje de comunicados entre los detenidos por la Ertzaintza fue de un 59'3%. No es posible olvidar, a este respecto, que si bien el órgano judicial es el encargado de decretar la comunicación, el detenido permanecerá comunicado de hecho desde el momento en que la policía realice la solicitud. La petición que realiza el órgano policial es de "ratificación" de la comunicación ya aplicada, para lo cual el juez dispondrá de un periodo de 24 horas, periodo que en consecuencia puede quedar al margen de control judicial efectivo.

En cuanto a la motivación, los expedientes de la Ertzaintza que hemos tenido ocasión de examinar muestran que tanto su solicitud como su concesión tienden a remitirse al informe policial que fundamenta la necesidad de autorizar la detención, entrada o registro domiciliarios, cuando no de forma genérica a las imputaciones que pesan sobre el detenido. Ello hace que la motivación se centre en la naturaleza del delito, relevante sin duda a estos efectos, pero insuficiente a nuestro entender para satisfacer los criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad que deben presidir, por las razones expuestas, el plus de afectación a los derechos individuales que supone, en relación a la detención ordinaria, el régimen de comunicación. Por otra parte, cuanto más amplio resulte el tipo penal que fundamenta la imputación, más necesario resultará que la motivación tenga en cuenta los citados principios, para evitar que la comunicación pueda aplicarse – como de hecho se aplica- a personas sin relación alguna con actividades violentas, a las que sin embargo se imputan conductas tan periféricas como las que pueden llegar a caer en la fórmula que recoge el art. 577.1 del Código Penal (art. 576, antes de la reforma de 2015): " y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior"⁶.

Los informes empíricos, sin embargo, muestran que la comunicación se aplica sin reparar suficientemente en la gravedad e intensidad de las conductas y de los indicios de criminalidad:

- Del total de personas comunicadas cuyos casos analiza el publicado por el Ararteko, el 11'7% fue puesto en libertad por la propia Policía, y el 14'3% quedó libre tras ser presentado ante el juez. Por otra parte, casi tres de cada diez detenidos comunicados resultaron absueltos o fueron apartados del proceso antes del juicio.

⁶ La falta de precisión de los tipos asociados con la violencia terrorista, y en concreto del citado art. 576 CP (hoy 577), es expresamente criticada por el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: "...al Relator Especial le preocupa el riesgo que se corre de que el delito de colaboración tan vagamente definido se amplíe de manera que alcance a comportamientos que no guarden relación con ningún tipo de actividad violenta". Pfo. 9 de su Informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de 16 de diciembre de 2008, cit. *supra* nota 18.

- La Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco dedicó también un estudio a este fenómeno hace 8 años. Concluye que la Policía puso en libertad sin cargos al 6% de la muestra estudiada, y el juzgado al 7%, mientras que un 20% quedó en libertad provisional. Con un 10% del total de casos aún en curso, el porcentaje de personas incomunicadas que habían acabado absueltas o apartadas del proceso alcanzaba el 30%.
- El estudio del IVACr indicaba a este respecto que el 11'2% de los incomunicados habían sido puestos en libertad por la Policía, así como que la incomunicación había sido adoptada en el 100% de los casos que resultaron finalmente absueltos y en el 93,8% de los apartados de la causa o archivados. Por el contrario, el 31% de los condenados no habían sido incomunicados. Es significativo el dato de las personas puestas en libertad directamente, sin pasar a presencia judicial tras permanecer menos de 24 horas incomunicadas, lo que lleva a sus autores a concluir: *"En pocas horas, estas personas pasan de ser presuntos terroristas a los que se aplica una medida excepcional con la finalidad de evitar que se sustraigan a la acción de la justicia, personas supuestamente implicadas en los hechos investigados y el resto de acciones recogidas en el artículo 509 LECr., a ser un elemento carente de interés para la investigación y no peligroso para el buen desarrollo de la misma".*⁷

A la vista de estos datos, poco se ha avanzado desde que, tras su visita del año 1994, el CPT llamara la atención sobre este problema: *"Toda orden de incomunicación debe ser emitida mediante resolución motivada por el juez competente, en cada caso y ocasión en que sea acordada. Sin embargo, y a pesar de esta clara exigencia, de acuerdo con lo averiguado por el CPT, los cuerpos de seguridad solicitan sistemáticamente que las personas detenidas en relación con actividades terroristas sean incomunicadas y ...los jueces competentes acceden sistemáticamente a tales solicitudes"*⁸

Por el contrario, el problema parece irresuelto, hasta el punto de que los autores del citado estudio del IVACr a dos conclusiones: por un lado que, en un porcentaje preocupantemente alto de los casos analizados, no existían indicios suficientemente fundados para motivar una limitación de derechos como la que conlleva la incomunicación; por otro, que ésta se aplica de forma sistemática y con carácter preventivo, primando el éxito de la investigación al principio de proporcionalidad en la aplicación de la restricción de derechos de las personas.

⁷ Cfr, J. L. De la Cuesta, I. Muñagorri (Codir.), *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, cit. *supra* nota 22, pp 425-426

⁸ Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 22 April 1994, para.62

2.3. La finalidad de la incomunicación: teoría y práctica

Esta constatación nos lleva a una reflexión que entendemos fundamental. En los términos del art. 509.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la incomunicación sirve a la investigación en un sentido defensivo: se decreta cuando exista la necesidad urgente de una actuación inmediata dirigida a una de estas dos finalidades:

- *“evitar comprometer de modo grave el proceso penal (esto es, para evitar, como decía en su redacción anterior a la LO 13/2015, que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o bien que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión)*
- *evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona..*

De ello se desprende, a nuestro entender, una doble consecuencia:

- por un lado, que en cada caso particular será necesario motivar por qué el logro de dichas finalidades, comunes por lo demás a toda investigación, requiere la adopción de una medida excepcional como esta
- por otro, que la incomunicación no está prevista en la ley como instrumento al servicio de otras finalidades también relacionadas con el éxito de la investigación, pero de carácter activo, como pueda ser la de obtener del detenido información que resulte de utilidad a los investigadores. Nada tiene de irregular, naturalmente, que el detenido proporcione voluntariamente esta información, y para ello está prevista la diligencia de declaración en sede policial. Pero su obtención no puede formar parte de las finalidades para las que se adopta la incomunicación, pues resulta ajena a las que a tal efecto establece el art. 509.1 LECr. (En el mismo sentido, S.A.N. 14-5-2014, Fto. Jco. 1-3)

Sin embargo, y de acuerdo con los estudios empíricos de referencia, resulta constatable la relación de causalidad que existe entre detención incomunicada, declaración autoinculpatoria y agotamiento de los plazos de la detención y su prórroga. El publicado por esta institución pone de manifiesto esta realidad, a partir de tres factores: la duración de la detención incomunicada, el número de declaraciones inculpatorias en sede policial, y la relevancia que éstas adquieren a efectos de las condenas recaídas. Así, el 64% de los detenidos incomunicados de la muestra declaran en comisaría una o más veces: el 37% en una ocasión, el 20% en dos ocasiones, el 5% en tres ocasiones y el 2% hasta en cuatro ocasiones. De estas declaraciones, el 67'3% se produce durante el quinto día de la incomunicación, el 21'2% durante el cuarto día y el 7'7% durante el tercer día. Por último, de los detenidos que acabaron siendo condenados, el 67'39% lo fue con base en su declaración policial, ya fuera por haber sido ratificada ésta en sede judicial, ya porque la Sala no considerara válidas las razones alegadas para desdecirse ante el juez de lo declarado ante la Policía, en el sentido de que ésta había ejercido

presiones ilegítimas sobre el detenido (de hecho, así lo comunicó al juez instructor el 47% de los detenidos de la muestra).

Estos datos nos estarían advirtiendo de un riesgo que, desde una perspectiva preventiva, no podemos pasar por alto: el de que tanto la incomunicación como la prórroga de la detención sean percibidas, en sí mismas, como medio para propiciar que el detenido declare ante la Policía datos de interés para la investigación, ya sea en el sentido de confirmar las imputaciones que se le formulan, ya en el de aportar nuevas informaciones o de contrastar las que resulten de las diligencias investigadoras que se vayan practicando.

Además de que este uso de la incomunicación resulta ajeno a los fines que la ley y la jurisprudencia constitucional asignan a la incomunicación, ya desde el año 2008 la propia AN venía poniendo de relieve, en determinadas resoluciones, su conexión con la posibilidad de presiones ilegítimas sobre el detenido por parte de la policía. La citada resolución absuelve a un acusado de actividades terroristas a pesar de que éste, durante su incomunicación, había confesado ante la policía los hechos que se le imputaban. La Sala hace notar que el detenido, que alegó haber sido maltratado para que declarara en tal sentido, permaneció incomunicado durante cinco días sin que constara que se hubiera practicado con él diligencia alguna, aparte de la declaración prestada al término del tercero. Todo ello lleva al tribunal a estimar que ésta no reunía los requisitos de voluntariedad que la Ley exige para que resulte válida:

“Vista la concordancia de lo manifestado por el hoy acusado en su denuncia ... 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.”⁹

En los últimos años, la jurisprudencia del TS, haciéndose eco de los pronunciamientos del TEDDHH, ha profundizado en esta línea. De especial relieve me parece la SAN de 14-5-2014, que sistematizó los criterios (hasta 17) para valorar la voluntariedad de la autoinculpación prestada por la persona detenida y sometida a incomunicación). Una de las expresiones más interesantes, a mi juicio, de esta evolución, es la que recoge la STS de 12 de julio de 2016, de la que fue ponente el magistrado Joaquín Giménez.

⁹ SAN 45/2008, de 21 de octubre, FJ 3º.

Poner de manifiesto esta cuestión forma parte del enfoque sistémico que propugnan, en relación con una labor preventiva como la que corresponde al Ararteko, las mismas instituciones internacionales que, según hemos reseñado, advierten frente al maltrato o tortura que las características del régimen de incomunicación pudieran facilitar. Un enfoque integral que comienza con incidir sobre la propia cultura de la investigación, y que exige advertir de dos riesgos que corre en España, en nuestra opinión, la dirigida a luchar contra el terrorismo: por un lado, que en esta materia la confesión acabe regresando a nuestro proceso penal como prueba fundamental inculminatoria; por otro, que la incomunicación sea percibida y utilizada como medio efectivo para lograr información del detenido, más allá de los indicios que existan sobre su implicación en actos terroristas.

A ambos riesgos se refieren explícitamente las instituciones internacionales, que urgen a atajarlos como medio para luchar contra el maltrato:

- “• *Con los años, las delegaciones del CPT han entrevistado a un gran número de personas detenidas en varios países, que han formulado declaraciones creíbles acerca de los malos tratos físicos, la intimidación y las amenazas de que han sido objeto por parte de la policía para que confesaran durante los interrogatorios. Es evidente que un sistema penal que conceda gran importancia a la prueba de confesión puede incitar a los agentes encargados de la investigación del delito –que a menudo se hallan bajo presión para obtener resultados– a recurrir a la coacción física o psicológica. En el marco de la prevención de la tortura y de otras formas de malos tratos, es fundamental elaborar métodos de investigación criminal que permitan reducir el recurso a las confesiones y a otras pruebas e informaciones obtenidas a través de interrogatorios para demostrar la culpabilidad.”¹⁰.*

- “• 36. ... *Al parecer, la incomunicación permite proceder a interrogatorios, de los que no se extiende diligencia, sin la presencia de un abogado, realizados por funcionarios que no siempre llevan uniforme, con el fin de obtener información que permita avanzar en las investigaciones o para preparar una declaración de la que quedará constancia...*” “22. ... *Teniendo en cuenta que muchos de los detenidos fueron más tarde puestos en libertad por falta de pruebas y ni siquiera fueron llamados a declarar, al Relator Especial le preocupa que, en algunos casos, pudiera haberse recurrido al régimen de incomunicación para obtener información que pudiera ayudar en las investigaciones, y no únicamente información relacionada con los sospechosos de terrorismo*¹¹.

¹⁰ 12º Informe General [CPT/Inf (2002) 15] Pto. 35.

¹¹ Pfos 22 y 36 del Informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU por parte del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

2.4. Control judicial de su aplicación

A los jueces corresponde, en última instancia, velar por los derechos de las personas cuya incomunicación autoricen. La restricción de derechos que ésta comporta precisa de su intervención, entre otras razones, para poder constituir una excepción válida a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en materia de derechos y libertades, tanto en los términos del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como en los del art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Sin embargo, el art. 5.3 de la primera de dichas normas, así como el art. 9.3 de la segunda, obligan a que toda persona detenida sea conducida sin dilación a presencia judicial y juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad. Por este motivo, ha sido constante la preocupación de las instituciones internacionales por lo que consideran sistemática autorización judicial de las solicitudes gubernativas de incomunicación, así como por el hecho de que ésta se conceda sin que el juez haya tenido al detenido en su presencia.

“43...Durante el periodo de la detención gubernativa el juez, en teoría, tiene la posibilidad de requerir que la persona sea traída a su presencia. No tiene sin embargo obligación de hacerlo, y en la práctica, según se nos ha informado, raramente lo hace.

En opinión del CPT, un detenido debería comparecer siempre ante el juez responsable de decidir sobre la continuidad de su detención. Esto es esencial si –como debiera ser el caso- uno de los propósitos de la comparecencia es vigilar el modo en que está siendo tratada la persona. Desde la perspectiva de una evaluación acertada del estado físico y psíquico del detenido, nada puede sustituir el que la persona en cuestión sea llevada a la presencia física del juez.”¹².

Por otra parte, el Tribunal Constitucional avaló, en aras de la efectividad de la medida, la posibilidad de que la autoridad gubernativa pudiera decretar provisionalmente la incomunicación¹³. Si bien ésta ha de ser notificada simultáneamente al juez y finalmente autorizada por éste, la autorización puede demorarse hasta 24 horas, tiempo durante el cual los derechos del detenido permanecen restringidos sin que exista pronunciamiento judicial al respecto. Justo el momento en que el CPT afirma que, de acuerdo con su experiencia, es mayor el riesgo de que el detenido sufra intimidación o maltrato físico¹⁴.

¹² CPT 2005, pfo. 43, En el mismo sentido, el Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura en su informe de 2004.

¹³ STC 199/1987, FJ 11º

¹⁴ CPT 2005, pfo. 21

El CPT concluye afirmando que el control judicial no puede ser verdaderamente efectivo para la prevención del maltrato si el juez, cuya función es supervisar el ejercicio de las facultades policiales de arresto y detención, no ve físicamente a la persona en cuestión¹⁵. De acuerdo con este criterio, no es suficiente con que el forense acuda periódicamente a las dependencias policiales para que el juez, a través de él, lleve a cabo su control de la detención, cuestión a la que nos referiremos más tarde.

En todo caso, no deja de ser significativa la respuesta que el Gobierno español ha remitido al CPT a raíz de estas preocupaciones y recomendaciones: tras insistir en que la legislación no sólo no impide la presencia física del detenido ante el juez, sino que obliga a éste a iniciar actuaciones ante cualquier indicio, alegación o queja de maltrato, concluye: *"La inactividad o falta de costumbre en tal sentido por parte de los magistrados examinadores –o de la Fiscalía- si es que existiera, sería atribuible a la mala práctica, no a una deficiencia en la cobertura legal para la práctica de las citadas diligencias de investigación. Dicha mala práctica debe ser denunciada y resuelta en el seno del proceso por las vías correspondientes"*. En el mismo sentido responde cuando, más adelante, el CPT le recuerda la necesidad de adoptar medidas para que los jueces hagan uso rápido y efectivo de los informes forenses ante alegaciones de maltrato¹⁶.

Hemos de constatar, en este sentido, que tanto las observaciones de los organismos internacionales como las conclusiones que se desprenden de la investigación aplicada hacen referencia a que, en la práctica totalidad de los casos, no ha existido contacto del detenido con el juez hasta el fin de la incomunicación policial. Así lo llegan a poner de manifiesto algunas sentencias de la AN, como las anteriormente citadas o la que el mismo Tribunal dictó en el caso Egunkaria¹⁷.

Por último, y si bien no es objeto de la presente contribución exponer el estado de las investigaciones sobre el tratamiento procesal de las denuncias por maltrato, creo imprescindible traer a colación un dato que se desprende de todas ellas, por resultar particularmente significativo, a mi juicio, de la vinculación entre el régimen de incomunicación y la merma de la efectividad de las garantías para prevenir el riesgo de maltrato y tortura.

¹⁵ Ibid, pfo. 53

¹⁶ Response of the Spanish Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Spain from 12 to 19 December 2005, CPT/Inf (2007) 31, pp31, 39

¹⁷ *"Por último, en la valoración de las declaraciones de los procesados tiene especial relevancia que las denuncias de estos sobre malos tratos y torturas sufridos durante la detención incomunicada –que fueron relatadas con detalle en la vista oral y antes ante el instructor y objeto de denuncia en los tribunales- son compatibles con lo expuesto en los informes médico-forenses emitidos tras ser reconocidos en el centro de detención, si bien el Tribunal no puede llegar a conclusiones jurídico penalmente relevantes sobre el particular salvo constatar que no hubo un control judicial suficiente y eficiente de las condiciones de la incomunicación"* SAN Sección 1ª 27/2010, de 12 de abril de 2010, FJ 4.1º

El punto de partida es el razonamiento que utilizan las autoridades ante las denuncias formuladas por personas a las que se imputa algún tipo de relación con el terrorismo de ETA. Con independencia de los indicios de tortura o maltrato que puedan existir, afirman que se presentan sistemáticamente como consecuencia de las instrucciones impartidas por ésta, lo que cuestionaría su verosimilitud y, en consecuencia, el nivel de exhaustividad con el que deberían ser investigadas.

Así lo viene sosteniendo el Estado ante los tribunales y los distintos organismos de supervisión, tanto internos como internacionales, cada vez que es cuestionada la falta de investigación de este tipo de casos por parte de los propios cuerpos policiales, o su archivo en sede judicial sin practicar otras diligencias que recoger la versión de los denunciados. El argumento ha llegado a ser utilizado para justificar la no apertura de diligencia alguna de investigación, e incluso la interposición de querrelas contra quien las formule¹⁸. No ha sido sin embargo admitido en ninguna de estas instancias, que responden insistiendo, en los términos expuestos, en la obligación de investigar que impone el art. 12 de la Convención contra la Tortura de la ONU, así como el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional han tenido ocasión de examinar la validez de este razonamiento. El Estado intentó hacerlo valer en sus alegaciones frente a algunas de las primeras demandas sobre las que Estrasburgo emitió sentencia en esta materia. El tribunal, al condenar a España por el archivo sin investigación suficiente de denuncias de tortura, responde a las alegaciones de que ésta respondía a instrucciones de ETA, señalando que el citado art. 3 no prevé restricción alguna, aun en las circunstancias más difíciles; que la prohibición de la tortura o de penas y tratos inhumanos o degradantes es absoluta, sean cuales sean los actos que se reproche a la víctima; y que la efectividad de esa prohibición depende de la eficacia en la investigación de las denuncias presentadas en tal sentido¹⁹. La tesis de que la denuncia *“solo puede obedecer a intenciones e impulsos espurios”* y, en consecuencia, *“debe ser atajada de raíz”*, formó parte también de la fundamentación del archivo de otra investigación por torturas sobre la que recientemente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que considera que dicha motivación resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes²⁰.

¹⁸ Así lo sostuvo este año el Departamento de Interior del Gobierno Vasco con ocasión de la contestación a una denuncia de maltrato policial planteada ante el Ararteko, sobre la que esta institución emitió su resolución de 15 de junio de 2010, que entre otras consideraciones declaraba que tal planteamiento era incorrecto y representaba un retroceso en el sistema de garantías de la ciudadanía frente a la Administración Pública vasca: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_1990_3.pdf
http://www.ararteko.com/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1990_1.pdf

¹⁹ STDH 28 de septiembre de 2010, cit. *supra* nota 9, pfs. 50, 57, 34.

²⁰ STC 18 de octubre de 2010, cit. *supra* nota 9, FJ 4º

Pero si la jurisprudencia europea rechaza el argumento del Estado apelando a los principios, no es menos interesante su examen en el plano del razonamiento empírico. Así lo hizo tanto el Ararteko como la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco, al analizar pormenorizadamente las alegaciones de tortura presentadas por personas a las que, entre los años 2000 y 2008, les fue aplicada la detención incomunicada. De sus investigaciones se desprende que no cabe establecer una relación entre la pertenencia de una persona a ETA y la existencia o no de alegaciones de maltrato policial por su parte, pues no todas las personas sobre las que acaba recayendo condena firme por tal motivo habían alegado torturas, y una parte sustancial de las que las alegan terminan absueltas o viendo archivada la causa abierta contra ellas. Pero lo que resulta particularmente significativo, a mi juicio, es el resultado que se obtiene cuando se cruzan estos datos con el tiempo efectivo de incomunicación:

Hallazgos esperables en base a la argumentación del Gobierno de España	Hallazgos encontrados en los estudios empíricos
Los detenidos incomunicados que quedan en libertad sin cargos tras la incomunicación o que son absueltos o no procesados no deberían denunciar torturas o a lo sumo denunciarlas de forma muy ocasional o esporádica.	Porcentaje de detenidos que denunció malos tratos / tortura Libertad sin cargos sin pasar a disposición judicial 35% Libertad sin cargos tras pasar a disposición judicial 64% Absuelto 69% No fue procesado 55% Archivo de la causa 70%
Las denuncias de tortura debería ser sistemáticas entre las personas que son encarceladas o condenadas	Porcentaje de detenidos que denunció malos tratos / tortura Prisión comunicada 69% Prisión incomunicada 92% Condenado 79%
El número de denuncias de tortura no debería estar influenciado por el tiempo de incomunicación, ya que la supuesta instrucción es que "Ante una detención, por corta e insignificante que sea hay que denunciar torturas".	Existe una correlación directa entre la duración de la incomunicación y la frecuencia de alegaciones de malos tratos / tortura en la muestra entera. Si seleccionamos los que ya han sido condenados, dicha frecuencia es del 52% cuando la incomunicación es ≤ 3 días y del 88% cuando es superior ($p < 0.001$).

De ello se desprende que las instrucciones que ETA haya podido impartir a sus miembros, con independencia de que efectivamente hayan existido, no explican satisfactoriamente las alegaciones de maltrato o tortura de hecho presentadas, así como que su existencia se encuentra directamente relacionada con la duración de la incomunicación como factor de riesgo esencial (con independencia del resto de variables independientes), para lo que aporta un dato que entendemos elocuente en

ambos sentidos: de entre las personas que resultan finalmente condenadas, la frecuencia de alegaciones de malos tratos / tortura no pasa del 52% cuando la duración de su detención incomunicada fue de \leq de 3 días; por el contrario, de entre las personas absueltas o no procesadas, el 70% alegó haber sufrido maltrato o tortura cuando la duración de su incomunicación había sido mayor de 3 días.

Entendemos por todo ello que la hipótesis de que todas o casi todas las denuncias obedecen a una instrucción genérica no solo resulta contraria a los principios que, según hemos visto, deben presidir su investigación de acuerdo con las instituciones internacionales y la jurisprudencia. Seguir sosteniéndolo supone, además, ignorar las evidencias expuestas, de entre las cuales creo ilustrativo concluir mencionando, más allá de los porcentajes, una que me parece paradigmática: la que salió a la luz en relación con el caso Egunkaria. Como saben, prosperó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el recurso contra el archivo de una de las denuncias que interpusieron sus directivos, sobre cuya detención la propia Audiencia Nacional declaró que no había existido un control judicial efectivo. Pero lo relevante a estos efectos es que una sentencia firme establece la inocencia y honorabilidad de personas que, sin embargo, denunciaron haber sufrido viles torturas a manos de los agentes bajo cuya custodia habían permanecido incomunicadas, mientras el Ministerio del Interior –no así la Fiscalía- atribuía sus denuncias al seguimiento de consignas terroristas.

La propia reiteración de este tipo de pronunciamientos y condenas judiciales, los datos que se desprenden de la investigación aplicada, los informes de las instituciones internacionales de prevención, así como nuestra propia experiencia, nos llevan a concluir que la falta de una investigación suficiente de posibles maltratos y torturas no es en nuestro país un problema puntual ni aislado. Por el contrario, tiene carácter estructural y precisa, en consecuencia, de una acción decidida por parte de los poderes públicos que comienza, en nuestra opinión, por tomar conciencia del problema. Criterios no faltan, como hemos visto, para hacerle frente; en cuanto a los medios, a continuación apuntaremos los que han sido objeto de particular atención por parte de la jurisprudencia y los organismos europeos de prevención:

3. PROPUESTAS PARA REFORZAR EL SISTEMA DE GARANTÍAS: MEDIOS ESPECÍFICOS DE PREVENCIÓN

3.1. Grabación audiovisual de la detención

La necesidad de reserva en la investigación de determinadas formas de delincuencia organizada está en la base, según se ha expuesto, de la justificación de la incomunicación por parte de la jurisprudencia constitucional. Ello no obsta, sin embargo, para que exista la máxima transparencia en lo que respecta a la interacción entre la persona detenida y los agentes que la custodian. Por ello esta medida viene siendo preconizada por todos los organismos internacionales de

prevención²¹, de cuyas recomendaciones, y de las formuladas por esta Defensoría²², cabe extraer las siguientes condiciones para que resulte efectiva:

- **Debe ser sistemática y cubrir todas las dependencias policiales y lugares de detención**

A pesar de estar así previsto en la medida 97 del Plan de Derechos Humanos del Gobierno español de 12-12-2008, en este momento sólo son grabadas sistemáticamente las detenciones incomunicadas practicadas por la Ertzaintza. Las de la Guardia Civil y la Policía Nacional sólo lo son en algunos casos, dependiendo del criterio de los jueces.

- **Debe incluir no sólo imágenes, sino también sonido**

La recomendación de las instituciones internacionales en este sentido, que el Ararteko hace suya, tiene un doble origen: por un lado, la necesidad de prevenir la privación de sueño o la generación de estrés mediante la exposición a ruido, una de las formas más ampliamente documentadas de maltrato; por otro, a fin de que quede constancia de todo interrogatorio, tanto por lo que se refiere a registrar la declaración formal, como a descartar presiones o abusos dirigidos a preparar ésta mediante interrogatorios previos de carácter “informal” y sin presencia letrada.

- **Debe cubrir, a partir del mismo momento del arresto, todo espacio de interacción entre agentes y detenido, salvo que conste la oposición de éste por razón de preservar su intimidad**

En vista de la frecuencia con que las denuncias refieren que el maltrato comienza en el vehículo en que el detenido es trasladado, entendemos necesario que el sistema se extienda también a este espacio, con el fin de descartar tal posibilidad²³. Por otra parte, las observaciones del Comité contra la Tortura de la ONU recogen que “es especialmente importante que el previsto sistema de grabación cubra todas las dependencias policiales del país y que se instale en las celdas y sala de interrogatorio, y no sólo en las zonas comunes”. En aplicación de este criterio, entendemos que la necesidad de preservar la intimidad puede justificar que permanezcan sin grabar determinados espacios como el servicio, en la medida en

²¹ CPT, Extracto del 12º Informe General [CPT/Inf (2002) 15] pfo. 36; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 16-12-2008, cit. *supra* nota 4, pto. 34; Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre España de 19-11-2009, cit. *supra* nota 14, pto. 12.; Comité de Derechos Humanos, 30-10-2008, cit. *supra* nota 16, pto. 14

²² Recomendación del Ararteko 81/1999, de 6 de octubre

²³ En línea con la Recomendación General g) del Relator Especial sobre la Tortura, cuando afirma: “*Deberán adoptarse medidas preventivas específicas para asegurar que el derecho a la integridad física y mental se vea garantizado en todos los traslados, especialmente desde el lugar del arresto a las dependencias donde la persona permanecerá detenida en un primer momento*”, E/CN.4/2003/68, para. 26.

que en ellos, también por razones de intimidad, la persona detenida no vaya a encontrarse acompañada por los agentes que la custodian. Por el contrario, si el carácter íntimo de las actividades que se llevan a cabo en un espacio no impide la presencia de los agentes en su interior –como puede ser el caso de las celdas o la habitación donde se proporcionan las comidas-, tampoco debería impedir en ellos esta medida garantista, siempre que no conste oposición expresa por parte del detenido.

- **Tanto la defensa como las instituciones de garantía de los derechos humanos deben tener acceso a las grabaciones**

Quisiéramos referirnos a tres cuestiones en relación con esta recomendación. Por un lado, en los términos en que las instituciones internacionales la formulan, el acceso de la persona detenida a las grabaciones no está condicionado a una eventual querrela que haya interpuesto por tortura o maltrato, sino que está relacionado con su defensa frente a las imputaciones que motivaron la detención.

En segundo lugar, y como esta institución viene sosteniendo reiteradamente, es imprescindible que exista un plazo general cierto que garantice la conservación del material grabado, de manera que éste permanezca a disposición de las instituciones de prevención, así como de las instancias judiciales y administrativas encargadas de investigar las posibles responsabilidades administrativas y penales que pudieran derivarse de las actuaciones grabadas, durante el límite máximo de prescripción de las mismas.

Por último, venimos recomendando que exista un registro en el que quede constancia documentada de las grabaciones efectuadas, así como de las eventuales incidencias observadas en su visionado inicial, de modo que ésta u otras instituciones de defensa de derechos puedan obtener información sobre el funcionamiento general del sistema, así como visionar a su vez las grabaciones mediante un sistema sencillo y accesible.

- **Debe existir un sistema de custodia de las grabaciones cuyos responsables sean independientes respecto al funcionamiento y organización de las unidades encargadas de la detención y custodia de los detenidos, los cuales deberían tener el control de los visionados o entrega de copias, y deberán proceder a la revisión sistemática del material grabado para excluir toda posible irregularidad**

3.2. Asistencia letrada

- **La asistencia letrada como garantía del derecho de la persona detenida a la integridad física y moral**

A efectos de la prevención del maltrato, el CPT considera que la efectividad real del derecho a la asistencia letrada al detenido constituye una aspiración que aún no ha sido lograda en nuestro sistema legal. De acuerdo con sus criterios, dicha efectividad requiere que la persona detenida *“pueda comunicarse privadamente con un abogado desde el primer momento del periodo de custodia, entendiéndose que, en el caso de detención incomunicada, el letrado le será designado de oficio en su nombre”*. Con independencia de que el letrado no pueda ser libremente designado, es el hecho de que el de oficio tampoco pueda comunicarse con su cliente lo que lleva al CPT a entender que *“en tales circunstancias resulta difícil hablar de un derecho efectivo a la asistencia letrada; el abogado de oficio puede describirse mejor como observador”*²⁴.

Es fundamental a estos efectos la distinción entre, por un lado, el acceso a un abogado como parte del derecho de defensa y, por otro, como garantía frente al maltrato, que es a lo que se refiere la recomendación: *“19. El CPT ha indicado con claridad que el objetivo del pleno derecho de acceso a un abogado, en los términos que propugna el Comité, no está vinculado a cuestiones relacionadas con el debido proceso o el derecho de defensa; está dirigido a la prevención del maltrato. Para que esta salvaguarda sea efectiva, debe garantizarse el acceso a un abogado desde el mismo comienzo de la detención, y la persona y su letrado deben poder reunirse en privado”*.²⁵

A pesar del tiempo transcurrido, el CPT se ha visto obligado a constatar el incumplimiento de sus recomendaciones en este sentido, así como a reiterarlas en todos sus informes. En el último publicado, señala a este respecto: *“obviamente, el actual marco legal relativo al derecho a la asistencia letrada no garantiza que, en la práctica, el detenido pueda hacer uso del derecho a acceder a un abogado y al derecho a hablar privadamente con él desde el mismo momento de la privación de libertad de la persona”*. El informe se lamentaba de que en España la presencia letrada no se producía, aun en la detención comunicada, hasta que el abogado es llamado por la Policía para asistir a la declaración del detenido, y que su contenido *“se limitaba, en general, a la pasiva presencia del abogado mientras se tomaba y firmaba la declaración del detenido”*. En opinión del CPT, esta presencia letrada, sin haber tenido la posibilidad de una consulta previa con su cliente, *“puede ser muy escasa y tardía para que tenga el efecto necesario por lo que se refiere a prevenir el maltrato”*. Y añade: *“Ha de tenerse en cuenta que, en la experiencia del*

²⁴ CPT, Informe al Gobierno Español sobre la visita a España de 1 a 12 de abril de 1991, cit. *supra* nota 10, ptos. 50-52.

²⁵ Cf. CPT/Inf (2000) 5, pfo. 19.

*CPT, es en el momento inmediatamente posterior a la privación de libertad cuando el riesgo de intimidación y maltrato físico es mayor. Consiguientemente, la posibilidad de que las personas tengan rápido acceso a un abogado desde el mismo comienzo de su privación de libertad constituye una salvaguarda fundamental contra el maltrato. La existencia de esa posibilidad ha de producir un efecto disuasorio sobre quien tuviera intención de maltratar al detenido; más aún, un abogado se encuentra en la mejor posición para actuar en caso de que el maltrato, de hecho, tenga lugar”.*²⁶.

El Gobierno español, en su respuesta al CPT en este punto, anunció gestiones ante los Colegios de Abogados para reducir el plazo en que éstos, una vez requeridos por la Policía para asistir a la declaración del detenido, han de personarse en sus dependencias. Así se ha reflejado, por otra parte, en la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Con independencia de que toda reducción de ese plazo ha de entenderse positiva, el problema que hemos visto planteaba el CPT era distinto y mucho más sustancial, tanto por lo que se refiere al derecho de defensa como en términos de prevención del maltrato: el que supone que la asistencia del abogado o abogada no se pueda producir hasta el momento en que la Policía decida tomar declaración a su cliente, sin haber tenido acceso al atestado y sin posibilidad de entrevistarse previamente con él. En este sentido, no basta con que el detenido haya sido informado de su derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable e incluso a negarse a declarar en dependencias policiales, pues el conocimiento de sus derechos por parte del detenido no equivale a su virtualidad efectiva. De hecho, si la presencia del abogado supone una garantía -lo mismo que la del forense-, es precisamente en la medida en que se entiende que dicha suposición no siempre es necesariamente válida, y para prevenir el riesgo de que en un caso particular no lo sea.

- **Momento de la asistencia: que el detenido incomunicado tenga acceso al abogado que le sea designado de oficio desde el inicio de la detención, y que no sea sometido a interrogatorio alguno sin presencia de letrado**

El Tribunal Constitucional analizó el contenido de la asistencia letrada en el FJ 5º de su sentencia 196/1987, que distingue entre sus dos proyecciones constitucionales: la que la relaciona con el derecho a la defensa en el proceso del art. 24.2 CE, y la del art. 17.3 CE, dirigida a asegurar el respeto de los derechos fundamentales del detenido. Al igual que el CPT, también el Alto Tribunal establece que su carácter de garantía frente al maltrato se refiere a este segundo aspecto, y señala que la detención en primeras diligencias policiales constituye *“una situación jurídica en la que la intervención del letrado responde a la finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de*

²⁶ CPT, Informe al Gobierno Español sobre la visita a España de 12 a 19 de diciembre de 2005, cit. *supra* nota 10, ptos 21, 24, 50.

asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios..."²⁷ En el mismo sentido, el TC se refiere a "...la asistencia de Abogado, garantía ésta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido"²⁸.

La misma finalidad corresponde a la asistencia letrada en caso de incomunicación, con la única salvedad de que el letrado cuya presencia ha de garantizar la corrección de los interrogatorios será designado de oficio. A no ser que se entienda que el riesgo que corre el detenido de sufrir "*coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración*" puede existir en la declaración formal, pero no en los interrogatorios "informales" a los que pueda ser sometido para prepararla, dicha garantía debe entenderse referida a todo interrogatorio que se le practique. En consecuencia entendemos que del mismo modo que, a efectos de los derechos recogidos en el art. 24.2 CE, la presencia letrada en una declaración constituye uno de los requisitos para su relevancia probatoria en el proceso, a efectos del art. 17.3 CE, dicha presencia ha de entenderse como requisito para que la persona pueda ser interrogada en relación con el motivo de su detención, o lo que es lo mismo, debe ser expresamente excluida la posibilidad de practicar al detenido interrogatorio alguno sin abogado, que en el caso de incomunicación será el designado de oficio.

De hecho, así lo da a entender el propio Estado en sus respuestas al Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas: "*Además, durante el plazo que establece la ley para que dicho abogado efectúe su comparecencia en dependencias policiales, no se le pueden hacer preguntas al detenido, ni practicar con el mismo diligencia alguna. Además, desde el mismo momento del arresto, se informa al detenido de que tiene derecho a guardar silencio y a un reconocimiento médico*"²⁹. Una vez más, si lo que se trata de garantizar con ello es que no existan coacciones sobre el detenido para orientar su declaración, carecería de sentido que no se le pudieran hacer preguntas a partir del momento en que la Policía avisa al Colegio de Abogados para que el letrado asista a la misma – que es cuando comienza a correr el plazo del art. 520.4 LECr- pero sí con anterioridad, por lo que ha de entenderse que la interdicción de los interrogatorios previos sin presencia letrada existe desde el primer momento de la detención, como consecuencia de una interpretación de la ley respetuosa de la doctrina jurisprudencial expuesta y en línea con las recomendaciones de los organismos internacionales a las que nos hemos referido.

²⁷ STC 196/1987, de 11 de octubre, FJ 5º.

²⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6º C

²⁹ *Respuesta a la lista de cuestiones que debieron abordarse al examinar el quinto informe periódico del Gobierno de España*, CCPR/C/ESP/Q/5/Add.1, 14 de octubre de 2008, pregunta 2ª, pg. 9

Todo ello llevó al Ararteko a hacer suya la recomendación que, además del CPT, le formuló a España también el Comité contra la Tortura de la ONU en noviembre de 2009, así como en octubre de 2008 su Comité de Derechos Humanos³⁰, para que los poderes públicos faciliten el acceso del detenido incomunicado al abogado que le sea designado de oficio desde el inicio de la detención, y que pueda estar presente en todo interrogatorio que se le practique.

3.3. Los exámenes forenses

El examen médico representa un instrumento de importancia crucial para la prevención de la tortura y el maltrato, sobre todo en la medida en que sea a través de él como el juez lleva a cabo, básicamente, el control y tutela de los derechos del detenido. Ofrece al detenido la posibilidad de contar con una evaluación profesional de su testimonio, así como a los agentes que lo custodian una garantía contra falsas acusaciones. Pero para que resulte eficaz a tales efectos, ha de ser elaborado específicamente con esa finalidad, y ajustarse a unos estándares de calidad que vienen siendo desarrollados por las instituciones internacionales de prevención.

Tampoco en esta materia ha cumplido el Estado sus recomendaciones, lo que en opinión del TEDH condiciona la validez de un examen médico como medida efectiva de garantía. Así lo ha establecido recientemente en su sentencia de 28 de septiembre de 2010, en la que declara que España ha violado la Convención Europea contra la Tortura por no haber investigado suficientemente una denuncia en tal sentido³¹. El Tribunal llama la atención sobre los informes del CPT sobre España relativos a las visitas de diciembre de 1998 y julio de 2001, así como el publicado en 2007 en relación con la visita de 2005, para afirmar:

“38. en materia de alegaciones de maltrato, los informes señalan dos cuestiones principales: por un lado, lamentan el rechazo de las autoridades españolas a que los detenidos en régimen de incomunicación puedan hacer llamar a un médico experto en medicina legal de su elección a fin de que efectúe un examen complementario al del forense designado por el Juzgado; por otro lado, el CPT propone la modificación del Protocolo de 1997 a fin de hacerlo más protector para los detenidos. El Tribunal no dispone de elementos que le permitan constatar que a día de hoy hayan tenido lugar las modificaciones solicitadas”.

El Protocolo al que se refiere el TEDH es el aprobado por el Ministerio de Justicia el 16 de septiembre de 1997 para su uso por los médicos forenses en el reconocimiento de los detenidos. Establece que los informes tendrán carácter confidencial, y que deberán recoger, tras los datos identificativos, otros tres apartados: la historia clínica del detenido; el resultado del reconocimiento médico –

³⁰ CAT/C/ESP/CO/5, pfo. 12; CCPR/C/ESP/CO/5, pfo. 14

³¹ STEDH 28 de septiembre de 2010, cit. *supra* nota 9, pfos. 37- 40

incluyendo, en su caso, tratamiento o pruebas complementarias que el médico considere oportuno prescribir; y una hoja de evolución, a rellenar en cada nuevo reconocimiento. En los informes que cita la sentencia reseñada, así como en el posterior a su visita de 2003, el CPT había considerado que es insuficiente y solicitaba su modificación, básicamente en tres sentidos³²:

1. no incluye un apartado específico para recoger las alegaciones de maltrato que realice la persona, y que deberá ser añadido.
2. también deberá ampliarse para recoger, en caso de que tales alegaciones existan, las conclusiones del médico sobre si resultan coherentes –y en qué medida- con los resultados de la exploración al paciente.
3. no se indica de forma expresa los objetivos del informe, en el sentido de documentar toda posible señal de maltrato a efectos de poderlo prevenir.

Es decir, lo que el CPT reprocha en esencia al Protocolo de 1997 es su falta de perspectiva clara sobre la finalidad del examen médico al detenido incomunicado, que no es sólo –ni fundamentalmente- asistencial: ante todo representa una garantía de la integridad física y moral del detenido –tanto para éste como para la Policía-, por lo que es necesario que el forense pregunte específicamente al respecto, que consigne la respuesta y, sobre todo, que aporte su opinión cualificada sobre el grado de coherencia entre las eventuales alegaciones de maltrato y las evidencias encontradas.

En la sentencia que comentamos, el Tribunal constata que incluso los insuficientes requerimientos de este Protocolo habían sido incumplidos en el caso de autos. Considera que estas lagunas, junto con las “carencias sistemáticas” constatadas por el CPT en esta materia, constituían indicios suficientes que hubieran debido animar a las jurisdicciones internas a proceder a investigar más profundamente para tratar de clarificar los sucesos. Lo más significativo, con todo, no es que todo ello haya motivado, entre otras razones, la condena de España en Estrasburgo, sino que la sentencia pone de manifiesto una falta de virtualidad garantista en el examen médico que, lamentablemente, no se limita al caso analizado. Por el contrario, a tenor de los datos que se desprenden de la investigación aplicada, representa un problema estructural, ante el que resulta urgente tomar medidas.

La cuestión aparece reflejada en diversos informes publicados en los últimos cinco años por organizaciones no gubernamentales, tanto nacionales como internacionales, de defensa de los Derechos Humanos³³. El Estado, por su parte, ha respondido a las dudas planteadas en los foros internacionales sobre el cumplimiento de la norma recordando, una vez más, el contenido de la norma: así,

³² Informes del CPT a España tras sus visitas de 1998, pfs. 25, 26; 2001, pfo. 9; 2003, pfs. 24, 25, cit. *supra*, nota 10.

³³ Cfr. *supra*, nota 19.

ante las preguntas que le fueron formuladas al respecto por el Comité contra la Tortura de la ONU, sostiene que todos los médicos forenses han de aplicar el Protocolo del Ministerio de Justicia, y que sus informes recogen todo tipo de informaciones relevantes a estos efectos para el juez, las mismas para cuya documentación el Protocolo no resulta, a juicio del CPT, un instrumento adecuado³⁴.

Ante esta discrepancia, la referencia deben ser, a nuestro juicio, los resultados que ofrece la investigación aplicada más reciente. En este ámbito nos parece ineludible un estudio que vio la luz en octubre de 2008 en una de las publicaciones de mayor prestigio a nivel mundial en materia de medicina forense, y que evaluaba la calidad de los informes forenses elaborados en la Audiencia Nacional³⁵. Analiza, a la luz de los estándares internacionales en la materia, el contenido de 425 exámenes médicos preventivos de personas incomunicadas en el periodo 2000-2005, comparándolo con una investigación similar, llevada a cabo por los mismos autores en el año 2002, sobre 318 informes elaborados en el periodo 1991-1994. La solvencia y relevancia internacional de ambos trabajos vienen acreditadas, por un lado, por haber sido reconocidos y publicados en medios de alta cualificación profesional; por otro por venir firmadas, entre otros autores, por uno de los expertos cuyo reconocimiento mundial le lleva a asesorar el trabajo del Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas.

Al comparar los resultados de los dos estudios, la investigación analizaba si los informes satisfacían los citados estándares de calidad. Así, se examinaba si los informes que dieran cuenta de cualquier alegación de abusos contenían una descripción razonable de la presencia o ausencia de los síntomas que son comunes al tipo de maltrato del que se tratara. En caso de que se alegaran golpes, se comprobaba si se había indicado específicamente la región del cuerpo y los medios con los que la persona detenida refería que se habían producido. Se atendía asimismo a si se había examinado toda la superficie del cuerpo y descrito la región en cuestión, y a si constaban las conclusiones del facultativo en dos sentidos: por un lado, en lo referente a la data y origen de toda lesión reciente que se observara; por otro, a la coherencia entre el resultado del examen y las alegaciones de maltrato que se hubieran presentado. Los resultados con respecto a todos estos aspectos son concluyentes: en más de una década de visitas y recomendaciones del CPT, no se había producido una mejora sustancial en el cumplimiento de las mismas, y la calidad de la gran mayoría de los informes era insuficiente, a la luz de

³⁴ Cfr. *supra*, nota 14, respuesta del Estado a la pregunta 16ª.

³⁵ H.D. Petersen et al., "Assessment of the quality of medical documents issued in central police stations in Madrid, Spain: the doctor's role in the prevention of ill-treatment", *Journal of Forensic Science* 2002, 47:293-298. ; Mismos autores, "A follow-up investigation on the quality of medical documents from examinations of Basque incommunicado detainees. The role of medical doctors and national and international authorities in the prevention of ill-treatment and torture", *Forensic Science International* 182 (2008) 57-65.

los estándares internacionales, para cumplir eficazmente su función de contrastar y documentar las alegaciones de maltrato:

1. Los informes analizados no sólo no se ajustan a las recomendaciones del CPT, sino que en la mayoría de las ocasiones sucede como en el caso recogido en la última sentencia del TEDH que hemos citado: ni siquiera seguían el formato del Protocolo del Ministerio de Justicia. El 85% de ellos carecía incluso de estructura formal.
2. En cuanto al contenido, se observa una ausencia total de conclusiones en relación al grado de probabilidad del maltrato alegado; el 40% de los informes no incluían información sobre presencia o ausencia de alegaciones de maltrato, ni el 34% sobre el estado subjetivo de salud del detenido; en el 49% no existe información relevante sobre el resultado del examen físico, y el 36% de los que reflejan signos recientes de violencia no aportan conclusiones sobre su data ni origen.
3. Todo ello es atribuido por los autores del estudio a una serie de factores: omisión de un protocolo formal; falta de instrucciones a los forenses sobre su papel de salvaguarda de los derechos de las personas a las que examinan; falta de aplicación de procedimientos elementales de diagnóstico; falta de supervisión profesional cualificada; y falta de armonización de la práctica médica y de planes o programas de intercambio para la formación.

3.4. Comunicación a la familia

El derecho del detenido, también del incomunicado, a poder notificar el hecho de su detención a una tercera persona de su elección constituye para el CPT una de las tres garantías básicas, junto con la asistencia letrada y el reconocimiento médico:

43. El derecho de una persona detenida a notificar su detención a una tercera parte debería garantizarse en principio desde los primeros momentos de la detención. Por supuesto, el CPT reconoce que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a ciertas excepciones, a fin de proteger los intereses legítimos de la investigación policial. Sin embargo, tales excepciones deberían definirse claramente y limitarse estrictamente en el tiempo, y el recurso a tales excepciones debería estar acompañado por garantías apropiadas (por ejemplo, cualquier retraso que se produzca respecto de la notificación a un familiar o a una tercera parte sobre la detención debe figurar por escrito e incluir las razones que lo hayan motivado, y debe contar con la aprobación de un funcionario superior de policía no relacionado con el caso, o de un fiscal)³⁶.

³⁶ CPT, Extracto del 12º Informe General [CPT/Inf (2002) 15], rec. 43.

En línea con esta recomendación, el Departamento de Interior del Gobierno Vasco tiene dispuesto un servicio de atención telefónica a las familias de las personas detenidas en régimen de incomunicación, a fin de informarles sobre el motivo y lugar en que se ha practicado la detención, estado de salud del detenido y, en su caso, la forma de hacerle llegar las medicinas que pudiera necesitar, bajo prescripción facultativa.

- **Entendemos que, en todo caso, la información que se facilite al respecto debe incluir el lugar donde se encuentra la persona detenida³⁷. Consideramos asimismo conveniente la grabación de las llamadas mediante las que se preste este servicio, con objeto de contrastar su eficacia para atender la citada necesidad.**

En su Declaración del año 2004, la institución del Ararteko abogó por la eliminación del régimen de incomunicación, y en su defecto por la adopción de las máximas garantías para proteger con eficacia los derechos de las personas detenidas. 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. Los organismos internacionales con responsabilidad en este ámbito se vienen expresando en los mismos términos, y han sostenido que la incomunicación podría llegar a constituir, en sí misma, una forma de trato cruel, inhumano o degradante³⁸.

Entendemos que es éste el contexto en el que han de ser planteados los problemas detectados en relación con la incomunicación, y en él cobran sentido las medidas que hayan de ser adoptadas para su solución en clave de máxima salvaguarda de los derechos humanos.

³⁷ Así lo solicita expresamente el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en el punto 12 de sus Observaciones Finales a España de noviembre de 2009, cfr. *supra* nota 14. Y así se lleva a cabo, de hecho, en virtud del protocolo seguido en la Audiencia Nacional por determinados Juzgados Centrales de Instrucción, cfr. *supra* nota 51

³⁸ Entre los primeros pronunciamientos en tal sentido, cabe citar las Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura de la ONU a tenor del cuarto informe periódico presentado por España: *"El Comité sigue profundamente preocupado por el mantenimiento de la detención incomunicada hasta un máximo de 5 días, para determinadas categorías de delitos especialmente graves, durante la cual el detenido no tiene acceso ni a un abogado ni a un médico de su confianza ni a notificar a su familia. Si bien el Estado Parte explica que esta incomunicación no implica el aislamiento absoluto del detenido, ya que este cuenta con asistencia de un abogado de oficio y de un médico forense, el Comité considera que el régimen de la incomunicación, independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos"*, Comité contra la Tortura, 29º período de sesiones 11 al 22 de noviembre de 2002.CAT/C/XXIX/Misc.3, 19 de noviembre de 2002; En el mismo sentido, E/CN.4/2004/56/Add.2, p. 66-67, 6 February 2004, Report of the Special Rapporteur on the question of torture, Addendum, Visit to Spain.