

LA DETENCIÓN INCOMUNICADA EN LOS SUPUESTOS DE TERRORISMO: ¿UNA MEDIDA LESIVA DE DERECHOS HUMANOS?¹

Ana I. Pérez Machío

Profa. Dra. Derecho Penal

Investigadora IVAC/KREI²

Contenidos del capítulo

I.	La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo
1.	Introducción
2.	Normativa internacional
3.	Normativa interna
A)	Fundamento Jurídico del régimen de incomunicación
B)	Control judicial
C)	Duración de la incomunicación
D)	Contenido de la incomunicación a partir de las previsiones del artículo 527 LECrim
a)	Designación de abogado de oficio
b)	Imposibilidad de entrevista reservada con abogado de oficio
c)	Valoración Crítica del contenido de la medida de incomunicación
4.	Informes internacionales
5.	Especial consideración de la detención incomunicada de menores de edad en supuestos de terrorismo
A)	Introducción
B)	Régimen de la detención preventiva de menores de edad en supuestos de terrorismo
C)	Derechos del detenido incomunicado
D)	Síntesis
II.	Procedimiento de habeas corpus en supuestos de detención ilegal: una forma de protección frente a las excepciones en materia antiterrorista
III.	Conclusiones
IV.	Bibliografía

¹ Capítulo cerrado a diciembre de 2008.

² El presente trabajo se ubica en el marco del Grupo de Investigación CONSOLIDADO, código GICCAS IT-383-07.

I. LA DETENCIÓN INCOMUNICADA EN LOS SUPUESTOS DE TERRORISMO

1. Introducción

Junto a la prórroga de la detención, la normativa antiterrorista del Ordenamiento Jurídico español contempla la medida de la incomunicación que se configura como una modalidad excepcional de la detención preventiva, caracterizada por la imposibilidad de designar abogado de confianza, la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio y la incomunicación con familiares o persona que el detenido desee.

En efecto, al detención incomunicada constituye una modalidad específica, y más excepcional, que la prórroga de la detención gubernativa de la que deviene su duración. A la suspensión del derecho del artículo 17.2 CE y, en concreto, de la duración ordinaria de la detención se añade el régimen de incomunicación al que se ve sometido el presunto terrorista. De esta forma, junto a la amplitud extensiva de la duración de la detención anteriormente mencionada el régimen de incomunicación sitúa al detenido en una situación de privación de derechos de difícil conciliación con las garantías procesales imperantes en el Ordenamiento Jurídico en vigor y las derivadas de los instrumentos internacionales.

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”.*

2. Normativa Internacional

No existe en el ámbito internacional regulación similar a la medida de incomunicación contemplada en las disposiciones de la LECrim. El carácter excepcional de la presente medida sólo puede ser interpretada como una derogación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las Altas Partes Contratantes, que sólo se admite 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, lo 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”³

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 prohibiciones⁴. 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,

³ Voto Particular de Mr. G. Maridakis en el Caso *Lawless v. Ireland*, de 1 de julio de 1961.

⁴ Véase, en este sentido, el contenido normativo de los artículos 15.2 CEDH y 4.2 PIDCP.

como pueden ser algunos supuestos de terrorismo, las autoridades no tienen carta blanca (carte blanche) [...] para arrestar y detener a sospechosos [...] sin control judicial efectivo⁵

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, deberán ser adoptadas 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.

3. Normativa Interna

A) Fundamento Jurídico del régimen de incomunicación

A tenor de las disposiciones mencionadas, nuevamente la concurrencia de una situación excepcional que amenace la vida de la nación se convierte en el sustrato material de una medida como la presente, para cuya adopción habrá que atender a la ponderación de los intereses en juego, la proporcionalidad de la misma, en atención a la gravedad de la conducta y la efectiva concurrencia de la situación excepcional de crisis que se convierte en el fundamento último de la misma.

Mientras la prórroga de la detención preventiva del artículo 17.2 CE encuentra su fundamento constitucional en el artículo 55.2 de la Carta Magna, la incomunicación, como afectación al derecho a la tutela judicial efectiva, 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 CE⁶.

La inexistencia de cobertura constitucional trata de superarse con el artículo 509.1 LECrim que dispone que 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 inculpaado y de deterioro, pérdida u ocultación de fuentes y medios de prueba, fundada en la sospecha de confabulación entre comunicantes para tales propósitos⁷; sin embargo ninguna de dichas finalidades parece entroncar con el fundamento que, desde la perspectiva internacional, permite la derogación de las obligaciones contraídas internacionalmente, ni con el criterio de la razonabilidad, ni de la excepcionalidad derivadas de los pronunciamientos internacionales.

La ausencia de concreción del específico sustrato material de la medida de incomunicación debe subsanarse a través de los pronunciamientos jurisprudenciales y de la

⁵ 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.

⁶ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, p. 409; LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 135.

⁷ Así lo manifiesta el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 1º 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.

doctrina del Tribunal Constitucional que, sobre la base de la inexistencia de cobertura constitucional, configuran la razonabilidad de la medida, a partir del contexto terrorista en el que se desarrollan estas actividades.

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”⁸.

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 exige 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 previstas del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas”⁹. Así, aunque el Alto Tribunal parte, inicialmente de los criterios adoptados por el TEDH, en cuanto 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.*

La evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo, lejos de desarrollar jurídicamente dicho contenido normativo, 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”¹⁰.*

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

⁸ 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.

⁹ Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2000 y Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 7/2004, de idéntico órgano.

¹⁰ No se olvide que el Tribunal Constitucional finalmente se remite al contexto del terrorismo como argumento último de la medida de incomunicación.

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 recoge 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”*¹¹.

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”*¹².

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.*

*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”*¹³.

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 obtaculizar 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”*¹⁴.

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*

¹¹ Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 1665/2000, de 26 de octubre.

¹² Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 918/2004, de 16 de Julio.

¹³ Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia del Tribunal Supremo 510/2005, de 22 de julio.

¹⁴ Téngase en cuenta el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo 1250/2005, de 28 de octubre.

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”¹⁵.

Si bien el Tribunal Constitucional hace un esfuerzo por mantener una concordancia entre el sustrato material de la incomunicación y los estándares mínimos internacionales que deben ser apreciados en los supuestos de derogación de las obligaciones contraídas, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo pone de manifiesto que el “contexto de los delitos de terrorismo” en el que quedan incursos la totalidad de los comportamientos constitutivos de delitos de terrorismo (artículos 571 a 578 CP) resulta fundamento suficiente, para la adopción de la detención incomunicada. Si bien determinados tipos delictivos comportan la gravedad y la excepcionalidad que se requiere, desde el ámbito internacional para acordar una medida tan restrictiva de derechos como la presente, no parece que la adopción sistemática de la medida de incomunicación frente a cualquier comportamiento que implique una vinculación o relación con el entorno de una banda armada o de un elemento terrorista pueda resultar acorde con los estándares mínimos internacionales impuestos de: gravedad de la conducta, proporcionalidad de la medida, naturaleza de peligro público y conducta cuya naturaleza implique un peligro público que amenace la vida de la nación y la propia estabilidad política, y, fundamentalmente, control judicial de la excepcionalidades.

B) Control Judicial

Junto a la ausencia de fundamento, el segundo de los aspectos de la medida de incomunicación que parece tropezar con las disposiciones internacionalmente establecidas reside en la necesidad de control judicial efectivo que, a tenor de la excepcionalidad del presente instituto y de la derogación de las obligaciones internacionales que la misma implica debe ser apreciado con la rigurosidad exigida por el TEDH.

A tenor del contenido del artículo 520 bis 2) LECrim la autoridad gubernativa, puede solicitar del Juez que decrete 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 adoptada¹⁶, reduciéndose, por lo tanto, el papel del Juez a ratificar una medida ya aplicada¹⁷ y, quedando mientras tanto, el detenido provisionalmente incomunicado.

Como se viene destacando en la práctica, la adopción provisional de la medida sin la necesaria intervención judicial, se produce de forma automática en todos los casos de terrorismo¹⁸.

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 ya

¹⁵ Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia del Tribunal Supremo 800/2006, de 13 de Julio. En idéntico sentido, véase el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 510/2005, de 21 de abril.

¹⁶ Véanse, entre otros, REQUEJO RODRÍGUEZ, “¿ Suspensión o supresión?”, p. 124 y SERRANO ALBERCA, “Artículo 17”, p. 373.

¹⁷ SERRANO ALBERCA, “Artículo 55”, p. 1013.

¹⁸ VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos”, p. 102.

consideró en su Sentencia 199/1987 que para no perjudicar el éxito de la instrucción había que entender 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 respecto¹⁹.

El establecimiento de la medida de detención incomunicada, al igual que la prolongación del plazo de detención preventiva, 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 mencionado²⁰.

Así, la aplicación de la incomunicación no puede ser automática, puesto que la misma sería contraria al artículo 520 bis 2) LECrim que destaca la naturaleza potestativa, ni anterior a la intervención judicial, ya que resultaría contraria al dictado del artículo 15 CEDH en el sentido manifestado, debiendo requerirse para su concreta adopción, antes de la aplicación de la misma, una resolución específica de quien la ordena²¹.

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 riesgo 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 mencionadas²².

Junto a la inexistencia de fundamento y de control judicial previo que parecen ubicar a la detención incomunicada extramuros de las disposiciones internacionales, es sin duda, el alcance de la medida de incomunicación, su aspecto más controvertido desde la perspectiva de su naturaleza o no constitucional.

Siguiendo los dictados del 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”.*

A tenor del objetivo de nuestro informe, dos son fundamentalmente, los aspectos a tener en cuenta: la designación de abogado de oficio; y la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con él.

¹⁹ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 11º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987.

²⁰ Muy acertadamente, MESTRE DELGADO, *Delincuencia Terrorista*, p. 144.

²¹ Así, VÍRGALA FORURIA, “La suspensión de derechos”, p. 104.

²² Ya se tendrá ocasión de comprobar en el epígrafe relativo al análisis de la tortura el número de detenidos incomunicados que presentan denuncian por tortura.

C) duración de la incomunicación

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 informe 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 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*”.

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.

El plazo máximo de incomunicación 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 tuvo 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 sobre 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 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 momentos²³, hay quien se plantea una doble cuestión a este respecto. Por un lado, la necesidad o no de ampliar hasta 5 días la detención incomunicada, teniendo en cuenta que el propio plazo ordinario se considera más que suficiente, con las

²³ Como recoge ASENSIO 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.

medidas técnicas actuales para llevar a cabo las correspondientes investigaciones²⁴; y, en segundo lugar, la peligrosidad que implica una medida de estas características por una inevitable orientación hacia el doblegamiento de la voluntad, lo 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 culpable²⁵.

No les falta razón a esta autora 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 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 está creando espacio extramuros de las garantías democráticas que puede llegar a favorecer situaciones de abusos difícilmente controlables con el sistema en vigor.

Si la amplitud de la incomunicación depende de las concretas diligencias policiales que se presten a realizar durante dicho período, no se entiende, en el sentido apuntado anteriormente, cómo se precisa una duración tan amplia, cuando las actuales técnicas de investigación se caracterizan por su rapidez.

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 inmediato la realización de la medida precautelada 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 (sólo en los casos en que así suceda), tiempo al que debe añadirse el que se invierte en invitar a firmar el atestado al detenido, ya que si se niega a declarar, la entrega debe ser inmediata. En este sentido, 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 más²⁶.

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) y visto el tiempo transcurrido en dependencias*

²⁴ 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.

²⁵ LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista”, p. 982.

²⁶ PORTILLA CONTRERAS, “Desprotección de la libertad y seguridad personal”, p. 371.

*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*²⁷

D) Contenido de la incomunicación a partir de las previsiones del artículo 527 LECrim

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 ellos²⁸, subyaciendo, en última instancia, una mera hipótesis del poder ejecutivo a través de la cual el abogado que elige el terrorista es otro terrorista²⁹.

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).

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”³⁰, 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 designación³¹.

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

²⁷ Así lo contempla la Audiencia Nacional en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia 45/2008, de 21 de octubre.

²⁸ 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 presuntos terroristas y desaparecer pruebas fundamentales de la investigación.

²⁹ 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.

³⁰ Véanse, en este sentido, las Sentencias 11/1981, de 8 de abril y 37/1987, de 26 de marzo, ambas del Tribunal Constitucional.

³¹ 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.

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 perseguido³².

Constatada, por lo tanto, la constitucionalidad del primero de los contenidos del artículo 527 LECrim, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se aparta del criterio sostenido por el máximo intérprete de la CE, y así viene manifestando que los derechos que el artículo 17.3 CE reconoce al detenido en las diligencias policiales y judiciales no se integran en el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada, pudiendo, pudiendo verse limitado el mismo en aquellos casos en los que el contexto terrorista así lo requiera, debiendo esta restricción ser interpretada y aplicada restrictivamente³³.

Ahora bien, la Norma procesal opera una drástica restricción del que resulta ser el más elemental de los derechos procesales del detenido, esto es, el derecho a la defensa técnica y asistencia letrada que, en opinión de un importante número de autores, y contrariamente a lo manifestado por el Tribunal Constitucional, “no puede ser intervenido en ningún caso o situación”³⁴. Desde esta perspectiva, a pesar de limitar su operatividad a los concretos supuestos de terrorismo, para algunos autores, se hace difícil admitir la legitimidad de la restricción del elemental derecho a la asistencia letrada³⁵. Si bien el artículo 17.3 CE no contempla un mandato absoluto, puesto que, según su propio tenor literal, se garantiza la asistencia de abogado al detenido “*en los términos que la ley establezca*”, lo cierto es que si bien dicho derecho puede ser modulado, no existe sustrato constitucional alguno para que, en términos similares a los previstos en el artículo 55.2 CE respecto de la prórroga de detención preventiva se permita la supresión del mismo.

Sin embargo, a tenor de lo mantenido por el Alto Tribunal, se puede 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 de dicho derecho, al margen de otras consideraciones directamente relacionadas con su efectividad, desde el prisma de la relación de confianza con el Letrado.

Este 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 [...]”.

³² Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre.

³³ Véanse, en este sentido, el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia de 28 de febrero de 1994; el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia de 27 de junio de 1994; el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 1041/1997, de 4 de julio; el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia de 3 de octubre de 1998; el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 645/2001, de 17 de abril; el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 1767/2001, de 8 de octubre y el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 1208/2006, de 18 de diciembre, todas ellas del Tribunal Supremo.

³⁴ Véase, entre otros, DE QUEROL Y LOMBARDEO, “Detención preventiva”, p. 460;

LAMARCA PÉREZ, “Aspectos jurídicos”, p. 386 y LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia letrada*, p.

136.

³⁵ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia letrada*, p. 137.

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 proporcionalidad³⁶. 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.

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. La imposibilidad que ello entraña de recibir del abogado instrucciones confidenciales, agravada por el hecho de dilatarse en el tiempo hasta un plazo que no puede entenderse razonable, viene generalmente siendo entendida por el Tribunal como una manifiesta lesión del artículo 6.3 c) CEDH³⁷.

En efecto, como recoge el TEDH, aunque se acepta 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 proporcionalidad³⁸. 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.

Pues bien, desde la perspectiva de la normativa española, aunque el Tribunal Constitucional hace una interpretación restrictiva, lo cierto es que a tenor de las previsiones internacionales y lo dispuesto por el TEDH, el reconocimiento del derecho a la libre designación de abogado ha de hacerse extensivo a todas las categorías procesales en las que se encuentre el defendido, no limitándose, en exclusiva al momento de la imputación o acusación formal. Así la detención no ha de entenderse sino una de las formas de manifestación de la imputación penal de la que nace el derecho y la facultad de ejercitar plenamente la defensa, esto es, tanto por el titular del derecho mismo, cuanto por una persona distinta –el abogado- en su nombre. Si existe imputación ha de existir defensa y la actuación del letrado no puede quedar reducida a la mera presencia durante el desarrollo de las diligencias que ante él se celebren. Con una actuación, inicialmente de asesoramiento, dirige el letrado en la justa dirección la actividad de defensa que en esos instantes comienza, y cuyas incidencias trascienden y pueden resultar determinantes del éxito definitivo de la misma, por lo que, no puede resultar indiferente la personalidad del sujeto que interviene³⁹.

En esta misma dirección apunta, la opinión disidente de diversos Magistrados reflejada en los votos particulares que se hicieron a la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1987. Estos Magistrados coinciden en afirmar la necesidad de que el sujeto detenido reciba, en ese durísimo trance el apoyo moral y técnico de un abogado en quien confíe

³⁶ 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.

³⁷ 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, expresas 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 coercitivo.

³⁸ Fundamento Jurídico 33º de la Sentencia del Caso Arrêt Yagiz et autres v. Turquie, de 22 de noviembre de 2005.

³⁹ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia*, p. 143.

plenamente y desee, por ese motivo, encomendar el ejercicio de su defensa⁴⁰. Únicamente el abogado de confianza prepara, como indica Rodríguez Ramos, con el celo que corresponde las pruebas de descargo que entienda pertinentes, al margen de la declaración del asistido a quien no puede resultar indiferente el tener que depositar, necesariamente su confianza en el letrado que por turno corresponda⁴¹.

Con todo, la facultad de libre designación debe reconocerse parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada que consagra el artículo 17.3 CE y no dista, en este punto del que reconoce el artículo 24.2 del mismo texto fundamental, especialmente a la vista de lo esencial que se revela su efectiva realización⁴².

Es por ello que, desde esta perspectiva, existen 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 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 muy acertadamente viene manteniendo la doctrina, una auténtica presunción legal de confabulación o connivencia delictiva entre ambos, que apunta sistemáticamente o conduce a una actuación fraudulenta del abogado, incumpliendo sus deberes deontológicos y utilizando de forma desviada las posibilidades que el artículo 520 LECrim le ofrece⁴³.

Sin embargo, dicha vocación de generalidad con la que la medida viene formulada y la automaticidad con la que se acuerda, difícilmente puede entenderse ajustada al principio de proporcionalidad del que “no caben derivaciones jurídicas que vayan más allá del caso particular⁴⁴. En cualquier caso y a pesar de la aparente automaticidad que refleja el precepto, la medida que en él se contiene no ha de entenderse de preceptiva aplicación por el Juez, esto es, sin atender a las circunstancias concurrentes en el caso concreto y sin margen alguno de apreciación para este último acerca de su necesidad o conveniencia, lejos de lo anterior, especialmente si se tiene presente que la imposibilidad de designar abogado de confianza que parece imponerse entraña la limitación de un derecho fundamental, es claro que su adopción precisa la previa observancia del principio de proporcionalidad, del que no pueden derivarse reglas genéricas⁴⁵.

En idéntico sentido, y junto a esta clase de consideraciones, 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 la medida de incomunicación 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 acuerdo⁴⁶. La consideración de que la intervención de un abogado de oficio consigue “en todo caso” neutralizar el peligro que

⁴⁰ Véase el párrafo III del voto particular redactado por los Magistrados De la Vega Benayas y Díez Picazo y los apartados III a VI del que firman Begué Cantón, Latorre Segura y Leguina Villa.

⁴¹ RODRÍGUEZ RAMOS, “Detención, incomunicación y derecho a la defensa”, p. 527

⁴² LLOBEL MUEDRA, “La modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, p. 1110.

⁴³ 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.

⁴⁴ PEDRAZ PENALVA/ORTEGA BENITO, “El principio de proporcionalidad”, p. 77.

⁴⁵ PEDRAZ PENALVA/ORTEGA BENITO, “El principio de proporcionalidad”, p. 77.

⁴⁶ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 147.

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 Fundamental⁴⁷.

Esta fundamentación que se aleja sobremanera de los postulados propios de cualquier figura restrictiva de derechos, no debe perder de vista, sin embargo, la observancia previa al principio de proporcionalidad que impide la adopción sistemática de la incomunicación en cualquier supuesto vinculado a los casos de terrorismo. Como ya se mencionara anteriormente, el artículo 520 bis 2) LECrim contempla un mandato potestativo para que las autoridades gubernativas soliciten autorización de incomunicación por razón de la gravedad, pero que, sin embargo, dista en exceso de aproximarse a los postulados del principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

b) Imposibilidad de entrevista personal con abogado de confianza

Como correlato de la imposibilidad de designar abogado de oficio, 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 sentencias⁴⁸ indican la aceptación de una medida que, sin embargo, a día de hoy, sigue dejando dudas de constitucionalidad. Si bien 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 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 alguno⁴⁹. 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, estando vigentes como están el derecho a no declarar y a no confesarse culpable, y resultando, a todas luces, su negativa

⁴⁷ GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, p. 123.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

contraria al contenido esencial del derecho a la defensa, directamente derivado del derecho fundamental a la asistencia y defensa letrada del artículo 17.3 CE⁵⁰.

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 se 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 detenido⁵¹.

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 y de la gravedad y 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 decida⁵². 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 presupuesto básico del derecho de defensa, consagrado como garantía procesal suprema y que es, a su vez, fundamento del Estado de Derecho⁵³.

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, de 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. 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 auxiliar⁵⁴, un mero observador; y, en segundo lugar, la imposibilidad 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.

⁵⁰ En este sentido, LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 151, manifiesta que no cabe duda de que, desde 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 procede de su cliente difícilmente podrá proyectar con ciertas garantías de éxito su estrategia y desarrollar con eficacia la defensa que se le encomienda.

⁵¹ GÁLVEZ, “Artículo 17 –Seguridad personal-”, p. 375.

⁵² LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 152.

⁵³ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 154.

⁵⁴ MUÑAGORRI LAGUÍA, “La Administración de Justicia”, p. 157.

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 del artículo 17.3 CE, y en última instancia, a los estándares mínimos que operan internacionalmente.

c) Valoración crítica del contenido de la medida de incomunicación

La Constitución no hace alusión explícita alguna a restricciones de derechos que tengan por objeto el proceso, ni siquiera en el marco de los delitos de terrorismo. Como advierte Lamarca Pérez, la medida de incomunicación judicial no se encuentra entre las especialidades procesales que la Constitución expresamente autoriza para la averiguación de este especial y gravísimo tipo de delincuencia⁵⁵. Excluir absolutamente el derecho a la defensa, continúa esta autora, en estos supuestos hubiera resultado una operación de muy dudosa constitucionalidad, razón por la que sospecha que el legislador español se inclinó por el establecimiento en el artículo 527 LECrim de un régimen más matizado que, sin embargo, conduce a resultados idénticos.

Es obvia la contrariedad que resulta de reconocer a todo imputado, tan pronto adquiere dicha condición, la titularidad de este elemental derecho para con enorme sutileza, frustrar su garantía a partir de medidas como las que arbitra el artículo 527 LECrim. 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 a la condición de imputado, 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 imputado 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 su obtención trae causa en la imposibilidad de valerse de alguna de las facultades en que se manifiesta el ejercicio de su derecho de defensa⁵⁶.

En cualquier caso, la presunta actuación desviada del Letrado, en absoluto puede repercutir en el derecho a la defensa del imputado. 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 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

⁵⁵ LAMARCA PÉREZ "Aspectos jurídicos", p. 409.

⁵⁶ Muy acertadamente, LÓPEZ YAGÜES, *El derecho de asistencia y defensa letrada*, p. 156.

se sospecha fundadamente de su condición de intermediario entre el imputado y la organización terrorista en el exterior, sin que ello entrañe el menoscabo de la garantía de defensa.

4. Informes Internacionales

Las preocupaciones jurídicas en torno al régimen de la detención incomunicada, junto a las críticas vertidas en el presente Informe, no resultan una cuestión aislada. Diversas Instituciones de reconocido prestigio internacional han puesto de manifiesto, en varias ocasiones, el riesgo que entraña, desde la perspectiva de las garantías, una medida como la ahora citada.

En este sentido, para el Relator de Naciones Unidas Theo Van Boven en su informe de 2004 sobre su visita a España⁵⁷, la posibilidad de suspender o limitar determinados derechos por parte del Estado Español, a la luz de las previsiones internacionales contempladas en el artículo 15 CEDH no es absoluta, sino relativa, no debiendo, en ningún caso, implicar la consecución de torturas, tratos inhumanos o tratos degradantes.

En este sentido, y por lo que respecta en sentido estricto a la práctica de la detención incomunicada, el Relator Especial insiste en la obligación estatal de asegurar las garantías eficaces contra la tortura y los malos tratos, que deberían ser máximas cuando las personas están detenidas en régimen de incomunicación, habida cuenta del mero carácter formal y administrativo del control judicial en estos supuestos. Por todo ello, y teniendo en cuenta que la detención incomunicada crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel, inhumano, degradante o incluso de tortura, las recomendaciones en torno a este tema son las siguientes:

- En primer lugar, garantizar con rapidez y eficacia a todas las personas detenidas por las fuerzas de seguridad:

- a) el derecho de acceso a un abogado, incluido el derecho a consultar un abogado en privado;
- b) el derecho a ser examinado por un médico de su elección, en la inteligencia de que ese examen podrá hacerse en presencia de un médico forense designado por el Estado;
- c) el derecho a informar a sus familiares del hecho y del lugar de su detención.

-Y, en segundo lugar, el Relator Especial recomienda la supresión del régimen de incomunicación en cuanto instituto que favorece la perpetración de las prácticas de tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes.

En idéntico sentido, Human Rights Watch se ha pronunciado acerca de la detención incomunicada en cuanto puede facilitar la perpetración de torturas y constituye en sí misma una forma de trato cruel, inhumano o degradante.

En concreto, las preocupaciones manifestadas por la presente organización en torno a la regulación española relativa a la detención incomunicada se centran, precisamente, en los aspectos a los que ya se han venido aludiendo en el presente informe: duración, control judicial, límites del derecho a un abogado y derecho a un examen médico. Por lo que respecta a la libre designación de abogado Human Rights Watch califica de presunción infundada la consideración de que todos los abogados de confianza de los presuntos terroristas son también otros terroristas; entiende que la práctica de esperar hasta que el período de incomunicación se haya casi agotado antes de solicitar la presencia de un abogado de oficio para la declaración policial socava seriamente el derecho del detenido a un abogado y aumenta significativamente su susceptibilidad a posiciones ilegítimas; y concibe que la prohibición de un encuentro privado entre abogado y detenido debilita aún más el derecho del detenido a la defensa en una fase crítica. Así no pudiendo los detenidos incomunicados discutir abiertamente su situación con sus

⁵⁷ Informe sobre Derechos Civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención (Visita a España), 2004.

abogados, ni recibir asesoría legal antes de declarar, la prohibición de entrevista reservada priva al abogado de toda oportunidad de reunir información detallada y relevante para el ejercicio de su defensa⁵⁸.

Si bien en un tono menos crítico y más acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del fundamento de la detención incomunicada y de su justificación, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe de marzo de 2005 sobre su visita a España, en lo relativo a la incomunicación recomienda la revisión de la misma, permitiendo que el detenido pueda entrevistarse, al menos una vez, a solas con su abogado, en aras de poder expresarle, en plena libertad, si ha sido objeto de eventuales malos tratos⁵⁹.

Precisamente siguiendo la trayectoria iniciada por el Relator Especial Theo Van Boven, en el último informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre su visita a España, se insiste en la necesidad de adoptar compromisos serios para erradicar las prácticas de tortura en el Estado español, atendido el número de denuncias que sobre la misma se presentan anualmente y la relación de causalidad presuntamente existente entre éstas y la detención incomunicada. En este sentido, siguiendo con las recomendaciones iniciadas en el año 2004, el Relator Especial solicita la total erradicación de la institución del régimen de incomunicación, cuya supresión ha sido solicitada, a la vista de lo mencionado, por otros Organismos internacionales. Desde la perspectiva del Relator Especial, la eliminación del régimen de incomunicación fortalecerá la credibilidad de las medidas antiterroristas del conjunto de autoridades que velan por la aplicación de la ley y al mismo tiempo, aseguraría que quienes sean falsamente acusados de malos tratos para con presuntos sospechosos de terrorismo puedan quedar libres de cargos⁶⁰.

Con todo, a tenor de los presuntos abusos derivados de la aplicación del régimen de incomunicación, las dificultades para proceder a un efectivo control judicial, la excesiva duración de dicha situación y la supresión de garantías procesales básicas como la libre designación de abogado de confianza y la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio, desde las Instituciones y los Organismos Internacionales se recomienda la supresión de la detención incomunicada o, cuanto menos, su reforma, en aras de ampliar las garantías procesales de los detenidos, habida cuenta del riesgo de sufrir tortura, tratos inhumanos o tratos degradantes que la misma implica.

5. Especial consideración de 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 18 años de las especialidades procesales en materia antiterrorista, aludidas en el presente trabajo.

⁵⁸ Informe de Human Rights Watch “¿Sentando ejemplo?. Medidas antiterroristas en España”, enero 2005.

⁵⁹ Informe de Alvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España, 10-19 de marzo 2005.

⁶⁰ Conclusión de la Visita a España del Relator Especial sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el Terrorismo de Naciones Unidas, de 14 de mayo de 2008.

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 menor 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 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 aquél⁶¹. Debe tratarse 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 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 hs 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 expediente⁶².

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 edad⁶³.

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 justifique⁶⁴. En este sentido, apelando a la doctrina constitucional y a la finalidad educativa de la LO 5/2000, requiere de los Fiscales de

⁶¹ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, "La aplicación al menor de edad de la legislación procesal", p. 1810.

⁶² Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, "La aplicación al menor de edad de la legislación procesal", p. 1813.

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.

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”.

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 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 y 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 por 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 aplicación de la legislación procesal antiterrorista a cualquier menor⁶⁵.

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.

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 viene destacando un importante sector doctrinal, 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 incomunicación⁶⁶. 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 preferentes⁶⁷.

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 de las previsiones del artículo 17.4 de la LO

⁶⁵ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1811.

⁶⁶ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1811.

⁶⁷ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1811.

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 imposibilidad 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, lo que sí sufre una modificación sustancial en la regulación aplicable al menor sometido a detención preventiva en régimen de incomunicación es lo referente 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 (por remisión a la regulación general), y otra anterior (por específica previsión de la Ley del Menor).

En esta línea argumentativa, el Fiscal General del Estado reconoce (en la Circular 2/2005) al menor el 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 puede hundir sus raíces 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 incide aún más⁶⁸. En definitiva, el detenido menor de edad incomunicado (en relación con delitos de naturaleza terrorista) en principio gozará 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 declaración⁶⁹.

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 contempla 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 extensivo⁷⁰.

Sin embargo, a pesar de lo adecuado de garantizar la entrevista reservada, la vigencia de la suspensión del derecho a la libre designación de abogado, sitúa nuevamente a esta medida de incomunicación en el umbral de la legalidad, a tenor, tanto de lo manifestado acerca de la afeción sufrida por el derecho del artículo 17.3 CE y las excepciones instauradas al respecto, como de la condición de menor de edad del detenido. En efecto, tal y como hemos comentado anteriormente, la adopción de una medida como esta debe sustentarse sobre la base de cualquiera de las situaciones que internacionalmente permiten exceptuar las obligaciones contraídas internacionalmente. Se habla así de existencia de circunstancias que

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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. En idéntico sentido, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, "La aplicación al menor de edad de la legislación procesal", p. 1812.

⁷⁰ Por todos, IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, "La aplicación al menor de edad de la legislación procesal", p. 1814.

pongan en peligro la vida de la nación y la estabilidad política. Pues bien, la tabla que a continuación se adjunta aportará datos acerca de la gravedad de los hechos cometidos habitualmente por menores en el ámbito de los delitos de terrorismo y la proyección de los mismos hacia la desestabilización nacional o política.

D) Síntesis

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.

II. PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS EN SUPUESTOS DE DETENCIÓN ILEGAL: UNA FORMA DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS EXCEPCIONES EN MATERIA ANTITERRORISTA

El artículo 17 CE ha querido asimismo referirse al derecho al inmediato control judicial de la situación de quien se entiende en situación de privación ilegal de libertad. Así, la aprobación de la Constitución en 1978 supuso el reconocimiento en el artículo 17.4 CE de la previsión de la institución del “habeas corpus”, condicionando al legislador a regular su desarrollo, configurándola como una vía de tutela jurisdiccional eficaz y rápida frente a los eventuales supuestos de detenciones no justificados legalmente o que transcurren en condiciones ilegales. Se trata de un proceso enmarcado en el ámbito propio del artículo 17 y por tanto afecta al derecho a la libertad⁷¹.

⁷¹ Por todos, BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, p. 84; GALVEZ, “Artículo 17”, p. 378;

A través de la Constitución el proceso de “habeas corpus” ha configurado un medio de defensa de los derechos establecidos en el artículo 17, que permite hacer cesar de forma inmediata las situaciones irregulares de privación de libertad, buscándose la puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, convirtiéndose la actividad judicial en un control eficaz para velar por los derechos fundamentales y, en concreto, la libertad⁷².

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de “habeas corpus” previsto en el artículo 17.4 CE y en qué medida puede verse vulnerado este precepto por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite. Según esta doctrina el procedimiento de “habeas corpus”, previsto en el inciso final del citado artículo y desarrollado por la LO 6/1984, de 6 de mayo, supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, cuyo fin es posibilitar el control judicial *a posteriori* de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona privada de libertad ilegalmente. Este procedimiento, aun siendo un proceso ágil y sencillo de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la ejecución de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad. Por ello, el Alto Tribunal afirma que la esencia de este proceso consiste precisamente en que “el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida”⁷³.

El cumplimiento del mandato constitucional se llevó a cabo mediante LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “habeas corpus”, que responde fundamentalmente a la necesidad de articular un procedimiento lo suficientemente rápido como para alcanzar la inmediata comprobación judicial de la legalidad y de las condiciones de la detención y suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos. Los principios que configuran este procedimiento, según la Exposición de Motivos de la Ley 6/1984, son:

-Principio de agilidad, que lo convierte en un procedimiento extraordinariamente rápido, hasta el punto de que debe finalizar en 24 horas.

-Sencillez y carencia de formalismos, que se pone de relieve en la comparecencia verbal sencilla y en la innecesariedad de Abogado y Procurador

-Generalidad: pluralidad de sujetos que están legitimados en el mismo, así como el que ningún particular o agente de la autoridad pueda sustraerse al control judicial de la legalidad de la detención de las personas

-Universalidad: por lo que hace a su objeto, el TC ha venido afirmando, de manera pacífica y constante, que a través del proceso de “habeas corpus” es posible plantear todos los supuestos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez. De este modo, cualquier privación de libertad, no sólo las ejecutadas en el marco de un proceso penal, sin excepción, puede someterse a este control, salvando las privaciones de libertad controladas judicialmente, dado que en este supuesto los mecanismos de control no son sino los medios de impugnación e incluso el amparo constitucional. La universalidad provoca que esta tutela pueda solicitarse no sólo en los supuestos de detención ilegal, sino también en aquella que siendo legal, se prolonga ilegalmente o tiene lugar en condiciones ilegales. A estos efectos el

⁷² BARONA VILAR, “Garantías y derechos de los detenidos”, p. 85.

⁷³ En este sentido, véanse el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2006, de 13 de febrero; el Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Constitucional 201/2006, de 3 de julio; el Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2006, de 3 de julio; el Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2006, de 3 de julio; el Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/2006, de 3 de julio; el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2006, de 24 de julio; el Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/2006, de 23 de octubre; el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 165/2007, de 2 de julio del Tribunal Constitucional; el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 35/2008, de 25 de febrero del Tribunal Constitucional; el Fundamento 1º de la Sentencia 37/2008, de 25 de febrero del Tribunal Constitucional, entre otras.

artículo 1 LO 6/1984 establece que se entiende por personas ilegalmente detenidas: “[...] a. Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes.

b. Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar

c. Las que lo estuvieren por plazo superior al señalado en las Leyes i, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención

d. Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes procesales garantizan a toda persona detenida”.

Así pues a partir del desarrollo legislativo del artículo 17.4, hay que admitir el uso de la palabra “detenida” en sentido tan amplio como resulte necesario para comprender cualquier supuesto de privación de libertad individual, sin limitarse al caso de la detención preventiva. Existen en este sentido diversas aplicaciones del “habeas corpus” que resultan efectivas en el sistema constitucional. Cabe así aplicar el “habeas corpus” tanto en materia de internamientos no cualificables como detenciones preventivas, cuanto en relación con posibles detenciones ilegales dispuestas por un juez.

El primer supuesto comprende toda restricción de libertad personal no acordada por la autoridad judicial, lo que conduce al tratamiento de las privaciones ilegales de aquella libertad. De acuerdo con el ordenamiento constitucional, ha de concluirse que cualquier persona ilegalmente detenida puesta bajo custodia habrá de ser liberada por el Juez. En los supuestos a), b) y d) del artículo 1 de la LO 6/1984, reguladora del procedimiento de “habeas corpus” puede iniciarse el procedimiento inmediatamente y, por tanto, sin necesidad de que transcurra el plazo máximo de 72 horas establecido en el artículo 17.2 CE.

Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones cuando ha destacado el valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho y la obligación de observar las garantías dispuestas por el artículo 17 CE. El respeto por dichas garantías –continúa el Tribunal- debe implicar el sometimiento de la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 9.3 PIDCP y por el artículo 5.3 CEDH. En tal sentido, el tiempo “estrictamente necesario” de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las 72 horas. Pero este tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso, se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente⁷⁴. Éste pudiera ser quizás uno de los argumentos formulados por la solicitud del procedimiento de “habeas corpus” en supuestos de prórroga de detención preventiva y de detención incomunicada. Como destaca el TC, tanto en un supuesto como en otro se sobrepasa el límite ordinario de detención e incluso los estándares mínimos internacionales establecidos en relación a la duración de las mismas y al control judicial. Sin embargo, la práctica demuestra que son escasos por no decir nulos los procedimientos de “habeas corpus” que se solicitan en el ámbito de los delitos de terrorismo.

Cabría suscitar la cuestión de si el “habeas corpus” puede tener lugar en el supuesto de una detención ilegal dispuesta por el Juez. Pero esta hipótesis viene a descartarse por el artículo 17.4 CE, donde se ha previsto la inmediata puesta del detenido a disposición judicial, con lo que presupone que ésta no se halla bajo disposición judicial y excluye, por otra parte, la posibilidad de iniciar el procedimiento del “habeas corpus” cuando el detenido permanezca en dicha situación. En el supuesto de una detención ilegal imputable al Juez sólo podrán actuarse los recursos previstos en la LECrim, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir

⁷⁴ En este sentido, Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2006, de 24 de julio; Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/2007, de 2 de julio; y Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2008, de 25 de febrero, entre otras.

el correspondiente Juez. En este mismo sentido, los problemas prácticos se centran en la dificultad de prueba de la inexistente intervención judicial o control judicial. En efecto, aunque se produzca un auto de incomunicación o de procesamiento y dicha prórroga o incomunicación se fundamente en la existencia de un auto, la afección del derecho a la libertad y a la tutela judicial efectiva se centra en la ausencia de efectividad de dicho control, que se limita a ser un mero trámite burocrático.

Y sobre la cuestión de la competencia para el conocimiento de los procedimientos de “habeas corpus”, conforme al artículo 2 LO 6/1984 “la tendrá el Juez de instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad, el del lugar de la detención y en su defecto, el del último lugar en que se hubiera tenido noticias del detenido. Dicho precepto establece una excepción a dicha atribución de competencia al asignar el conocimiento de dichos procedimientos a los Juzgados Centrales de Instrucción en los supuestos previstos en el artículo 55.2 CE, es decir, de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas relacionados con los mismos, por parte de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción en los supuestos de actos judiciales derivados de actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas el Tribunal Constitucional viene aplicando la doctrina contenida en su sentencia 199/1987. En el fundamento jurídico 6º de dicha Sentencia se afirma que la prohibición constitucional de Jueces excepcionales o no ordinarios no impide que el Legislador pueda razonablemente en determinados supuestos, teniendo en cuenta su naturaleza, la materia sobre la que versan, la amplitud del ámbito territorial en que se producen y su trascendencia para el conjunto de la sociedad, disponer que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos se lleve a cabo por un órgano judicial centralizado sin que ello contradiga el artículo 24 CE. Tanto los Juzgados centrales de instrucción como la Audiencia Nacional –se precisa- son orgánica y funcionalmente por su composición y modo de designación, órganos judiciales “ordinarios”, y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 de octubre de 1986 sobre el caso Barberá y otros.

Mención especial merece, en este sentido, las especificidades que la Ley del Menor presenta en lo referente al mecanismo procesal del “habeas corpus”. Dicha especificidad proviene de la atribución de competencia para conocer de las solicitudes de “habeas corpus” formuladas respecto al menor ilegalmente detenido. La Ley del Menor recoge una norma específica en esta materia al atribuir al Juez de Instrucción (y no al Juez de Menores) la competencia para conocer de estos procedimientos. Surge la duda de si cabe aplicar la excepción recogida en el artículo 2.2 de la Ley de Habeas Corpus a los supuestos de menores detenidos por delitos relacionados con la actividad terrorista.

No parece que esto pueda llegar a materializarse, puesto que la propia Ley del Menor establece una regla expresa en su artículo 17.6 al atribuir a los Jueces de instrucción competencia en una materia propia del Juez de Menores, sin ningún tipo de matización: “6. *El Juez competente para el procedimiento de hábeas corpus en relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido*”.

Por otra parte hay que tener en cuenta que el artículo 2.3 de la Ley de habeas corpus se remite para entender competente al correspondiente Juez Central de instrucción, a que la detención se haya llevado a cabo en aplicación de la Ley Orgánica que desarrolle los supuestos previstos en el artículo 55.2 CE. Dicho precepto se refiere a la actividad de “bandas armadas o elementos terroristas”. El problema surge fundamentalmente a la hora de analizar la naturaleza de los comportamientos que cometidos por menores motivan las concretas detenciones de los mismos y pueden dar lugar posteriormente al proceso de habeas corpus, fundamentalmente supuestos de “kale borroka” que se alejan sobremanera de los comportamientos que implican un peligro grave para la vida de la nación y la estabilidad política⁷⁵.

⁷⁵ IZAGUIRE GUERRICAGOITIA, “La aplicación al menor de edad de la legislación procesal”, p. 1814.

En este sentido, se puede concluir que si bien el Ordenamiento articula un mecanismo de defensa para la protección de los detenidos ilegalmente, lo cierto es que en la práctica resulta completamente ineficaz, atendido el marco normativo excepcional en que se ubica la prórroga de la detención y la detención incomunicada.

Por lo que respecta al recurso al procedimiento de “habeas corpus” en supuestos de prórroga de plazo de detención ordinaria, si bien el Alto Tribunal permite la solicitud en aquellos supuestos en los que se rebase el límite temporal ordinario previsto en la Carta Magna, nada indica, sin embargo, acerca de la posibilidad de solicitar dicho procedimiento respecto de los supuestos en los que la prórroga ostenta un sustrato constitucional específico. Si el Alto Tribunal concibe el plazo de 72 horas de detención como límite máximo absoluto a tener en cuenta para realizar las oportunas pesquisas diversas al esclarecimiento de los hechos, debiendo ser objeto del procedimiento de “habeas corpus” aquellos que sobrepasen el límite por ser considerados contrarios al derecho a la libertad, no se concibe cómo no se especifica nada sobre la posibilidad de acudir al procedimiento de habeas corpus, en los casos de detención prorrogada e incomunicada con sustrato constitucional.

Precisamente aquellos casos que requieren de un mayor número de garantías, parecen haber quedado exceptuados, si no formalmente, sí al menos materialmente del recurso a dicho procedimiento de defensa.

En segundo lugar, por lo que respecta a la solicitud de “habeas corpus”, en los casos de detención ilegal incomunicada dispuesta por el Juez, la doctrina ya ha puesto de manifiesto la imposibilidad de imputar al órgano jurisdiccional la ilegalidad de la detención incomunicada prorrogada, con lo cual, a excepción de los casos en los que se carezca de auto de incomunicación o de procesamiento, los supuestos ahora aludidos no serán objeto de habeas corpus, en cuanto dispongan de un mínimo de intervención judicial, aunque dicha participación se limite a la mera emisión de un auto.

Por lo tanto, si bien el Ordenamiento Jurídico dispone formalmente de mecanismos para luchar contra el recurso a medidas que pueden ser consideradas contrarias a los derechos fundamentales, esto es, la detención prorrogada e incomunicada, lo cierto es que, desde el punto de vista material, dichas soluciones carecen de aplicación efectiva en el ámbito de los delitos de terrorismo. En efecto, a tenor de lo mencionado y de las especificidades del sistema de detención incomunicada, las personas detenidas en régimen de incomunicación, vinculadas a supuestos terroristas carecen, desde esta perspectiva, de mecanismos de defensa para protegerse frente a posibles detenciones ilegales. Es más, dado el concreto desarrollo normativo del procedimiento de “habeas corpus” y la excepcionalidad del régimen de detención incomunicada, las detenciones en régimen de incomunicación nunca van a ser consideradas ilegales.

III. CONCLUSIONES

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.*

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”.

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 vertirse 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 sobre todo 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 acuerdo⁷⁶. 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 Fundamental⁷⁷.

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, 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

⁷⁶ LÓPEZ YAGÜES, *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, p. 147.

⁷⁷ GÓMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor*, p. 123.

de oficio no es más que un mero auxiliar⁷⁸, 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 su obtención trae causa de la imposibilidad de valerse de alguna de las facultades en que se manifiesta el ejercicio de su derecho de defensa⁷⁹.

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.

Además de todo lo mencionado, y atendidas las dudas de legitimidad democráticas puestas de manifiesto a lo largo de este trabajo, finalmente llama poderosamente la atención la

⁷⁸ MUÑAGORRI LAGUÍA, "La Administración de Justicia", p. 157.

⁷⁹ Muy acertadamente, LÓPEZ YAGÜES, *El derecho de asistencia y defensa letrada*, p. 156.

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.

IV. BIBLIOGRAFÍA

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.

DE QUEROL Y LOMBARDERO, José Francisco

- **“Detención preventiva e incomunicación por razón de terrorismo”**, en *La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la legislación penal*, Tomo XI. Edit. Edersa. Madrid, 1990.

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 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.

LLOBEL MUEDRA,

- **“La modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 14/1983, de 12 de diciembre”**, en *La Ley*, núm. 2, 1984.

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.

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.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto/ORTEGA BENITO, Victoria

- "El principio de proporcionalidad y su configuración en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana", en *Poder Judicial*, núm. 17, 1990, pp. 69 a 98.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma

- "¿Suspensión o supresión de los Derechos fundamentales?", en *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, pp. 107 a 137.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis

- "**Detención, incomunicación y derecho de defensa**. Comentario a la Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre", en *Actualidad Penal*, núm. 1, 1988, pp. 520 a 543.

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.