



ESTUDIO SOBRE EL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL ÁMBITO DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA Y PROPUESTAS DE MEJORA

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

La institución del Ararteko, fiel a su mandato legal, ha mostrado desde siempre una especial preocupación por el sistema de garantías de los derechos de las personas y ha hecho uso de sus atribuciones para evaluar dicho sistema y para formular propuestas de mejora. Los ámbitos de privación de libertad constituyen, por sus características, un campo de análisis y actuación preferente para las instituciones y organizaciones de defensa de las garantías de derechos; el relativo a la detención incomunicada es, de todos ellos, el ámbito que más interés genera para las citadas entidades y el Ararteko no es, no puede ser, ajeno a dicho interés.

Los espacios de privación de libertad han sido objeto, desde fechas tempranas, del análisis y evaluación de las actuaciones y políticas públicas que realiza el Ararteko a través de sus informes, ya sean anuales o extraordinarios. Ya en 1991 publicó su informe sobre *Los calabozos. Centros de detención municipales y de la Ertzaintza*. Con esa misma perspectiva fue elaborado en 1996 el relativo a *La situación de las cárceles en el País Vasco*, así como otro en 1998 sobre *Actuaciones policiales hacia personas de origen extranjero en la zona de San Francisco*.

Como se ha señalado anteriormente, la institución del Ararteko ha puesto especial énfasis en analizar el sistema de garantías de derechos en el ámbito de la detención incomunicada y en la adopción de medidas y protocolos eficaces para la prevención de los malos tratos y la tortura puesto que la mayoría de las denuncias por presuntas prácticas de ese tipo las formulan personas a las que se les ha aplicado dicho régimen de detención. El trabajo de la Defensoría del Pueblo de Euskadi en este campo se ha plasmado en varias resoluciones de cierre de



expedientes de queja, los análisis, valoraciones y propuestas contenidos en las áreas de Interior y de Justicia de los informes anuales, o en la *Declaración del Ararteko contra la Tortura* de 21 de diciembre de 2004 (informe ordinario al Parlamento Vasco de 2004)¹.

En el Ararteko hemos recibido y seguimos recibiendo quejas relativas a presuntas prácticas de torturas o malos tratos infligidos a personas detenidas, habiéndoseles aplicado a la inmensa mayoría de ellas el régimen de incomunicación. La institución carece de facultades de investigación pero sí le corresponde actuar en el campo de la prevención, proponiendo la implantación o la mejora de mecanismos de garantía e investigando en los casos concretos si dichos mecanismos han operado debidamente.

El Gobierno Vasco aprobó en 2003 un Protocolo para la coordinación de actuaciones de la Ertzaintza, Osakidetza y el Instituto Vasco de Medicina Legal para la asistencia a personas detenidas en régimen de incomunicación, y puso en marcha un servicio de atención a los familiares de esas personas y un sistema de videograbación de personas detenidas, medidas que el Ararteko valoró positivamente por la sensibilidad garantista a la que respondían y porque así venía demandándolo la institución. Desde esa fecha, el Ararteko ha hecho un seguimiento constante de la aplicación del citado Protocolo, proponiendo, a través de su informe anual, mejoras en el mismo en aras a un reforzamiento de las garantías. El Estado, por otra parte, suscribió en 2006 el Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes², y el 12 de diciembre de 2008 fue aprobado el Plan Derechos Humanos del Gobierno de España, que prevé determinados mecanismos dirigidos a paliar la desprotección del detenido incomunicado³. Todo ello proporciona al Ararteko nuevas vías para acometer su labor.

¹ Todos los documentos citados se encuentran disponibles en nuestra página web www.ararteko.net

² Ratificado por España el 4 de abril de 2006, BOE nº 148, de 22 de junio de 2006. Establece un Subcomité para la Prevención de la Tortura con funciones de inspección y emisión de recomendaciones, y prevé la creación en cada país de mecanismos nacionales de prevención. Dicha labor ha sido encomendada en España a la Defensoría del Pueblo, mediante la modificación de la LO 3/1981 operada por Ley Orgánica complementaria a la de reforma del Poder Judicial (LO 1/2009, de 3 de noviembre).

³ Esencialmente los recogidos en la medida nº 97. Junto a la no aplicación de la incomunicación a menores, recibida unánimemente con satisfacción, prevé abordar las modificaciones normativas y técnicas necesarias para implementar algunas de las recomendaciones internacionales en esta materia: grabación en vídeo de la estancia del detenido incomunicado en dependencias policiales; reconocimiento por un segundo médico



La institución del Ararteko pretende con el presente estudio o informe seguir avanzando en la mejora y reforzamiento del sistema de garantías del ámbito de la detención incomunicada. En los últimos años se han producido, según veremos, importantes novedades en tres campos concretos: en primer lugar, el relativo a las sentencias de tribunales españoles (es muy significativa la dictada en relación con los procesados del *caso Egunkaria*), del Tribunal Constitucional y el de Derechos Humanos de Estrasburgo; en segundo término, los estudios empíricos que se han publicado; y, por último, los pronunciamientos de diversos organismos de Naciones Unidas o del Consejo de Europa., lo cual supone dar un nuevo impulso a esta materia. Todo ello nos sitúa en otro escenario en lo relativo a la mejora y reforzamiento del sistema de garantías del régimen de la detención incomunicada y a los mecanismos de prevención de los malos tratos y la tortura.

Seis años después de la mencionada Declaración del Ararteko sobre la tortura y los malos tratos, hemos querido abordar su seguimiento constatando sobre el terreno la virtualidad de las garantías que la ley ofrece en este ámbito al detenido incomunicado, tanto por lo que se refiere a la prevención de actuaciones ilícitas contra su integridad física y moral, como a las que tienen por fin posibilitar, en su caso, su descubrimiento y corrección por las instancias competentes.

A efectos de concluir la delimitación del alcance y sentido de nuestra intervención, hemos de señalar que la eficacia en la prevención, con ser imprescindible, no es sin embargo la única de las finalidades a las que ha de responder el sistema de salvaguardas frente a la tortura y el maltrato. Es necesario mencionar otras dos razones fundamentales por las que esta Defensoría, como institución de garantía de derechos, está obligada a velar por su efectividad:

- la primera es que sirve para defender la labor de las fuerzas de seguridad frente a las denuncias falsas que, por este motivo, pudieran interponerse contra sus miembros: cuanto más transparente sea su interacción con la persona detenida, más protegidos se encontrarán frente a eventuales acusaciones calumniosas de haberla maltratado⁴.

además del forense, designado por el futuro Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura; elaboración por el Ministerio de Justicia de un futuro protocolo para el reconocimiento médico forense del detenido.

⁴ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, on his visit to Spain, 16 December 2008, UN Doc. A/HRC/10/3/Add.2, par 15, 32.



- la segunda entronca con la razón de ser de las propias políticas de seguridad frente al terrorismo. Y es que en la medida en que éste, por definición, supone una amenaza al sistema de libertades democráticas, el respeto a las mismas no puede ser ajeno a los medios con que se le combata, no solo por coherencia, sino también por eficacia de cara a su deslegitimación. Así se señala desde un ámbito de referencia fundamental para el trabajo de esta Defensoría, como es el garantismo jurídico. Su figura más reconocida a nivel internacional lo expresa de forma lúcida y elocuente:

“El riguroso respeto a las garantías procesales, y más que nunca de las garantías contra la tortura, no es sólo un valor en sí... Es también un factor de eficacia del derecho penal y de la misma lucha contra el terrorismo. De hecho, la fuerza insustituible del derecho no recae en la fuerza bruta, como aquella que se manifiesta en la tortura o en la guerra, homóloga y simétrica a la del delito. Recae, al contrario, en la máxima asimetría entre derecho y crimen, entre respuesta institucional y terrorismo, entre el máximo respeto al detenido exaltado por la civilización jurídica y la violencia exaltada como respuesta.

Sólo esta asimetría, de hecho, está en condiciones de deslegitimar la criminalidad y, sobre todo, la criminalidad terrorista; de neutralizarla jurídicamente, de estigmatizarla moralmente, de aislarla socialmente, de despotenciarla políticamente. Sólo la respuesta asimétrica del derecho, alimentada por el riguroso respeto a la dignidad de la persona del terrorista... permite leer el terrorismo como crimen y por eso desconocerle toda pretensión de legitimidad política o moral”⁵.

Este estudio consta de tres apartados que tienen por objeto analizar el estado de la cuestión. El primero de ellos se refiere a los retos y oportunidades que plantea el concepto de prevención en materia de prácticas de malos tratos y tortura. El segundo hace un repaso de las referencias que, en los tres ámbitos anteriormente citados –el jurisprudencial, el empírico y el de las resoluciones internacionales– resultan a nuestro entender imprescindibles para un diagnóstico actualizado de la detención incomunicada, tarea en la que se centra el tercer apartado, dedicado a la

⁵ Luigi Ferrajoli, “La batalla contra la tortura: la batalla de la razón”, en Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona (Coord.), *Privación de Libertad y Derechos Humanos*, Icaria, Barcelona 2008, p. 20



relación existente entre la aplicación práctica del régimen de incomunicación y la efectiva protección de los derechos fundamentales.

Un cuarto apartado recoge las propuestas que la institución del Ararteko formula, en base al análisis y las consideraciones realizados, en orden a mejorar el sistema de garantías existentes en el ámbito de la detención incomunicada. Toda vez que son varias las administraciones públicas y las instancias judiciales competentes en la materia, el Ararteko remitirá el presente informe a todas ellas con el propósito de contribuir de modo constructivo al avance y desarrollo garantista del sistema. Obviamente, en lo que respecta a la administración incluida en el ámbito subjetivo de control del Ararteko, el Gobierno Vasco, las propuestas de este informe adquirirán el carácter de recomendaciones que tendrán por objeto el perfeccionamiento de las medidas y el protocolo vigente en estos momentos.

Las medidas que proponemos tienen su fundamento en las referencias normativas, jurisprudenciales y empíricas que entendemos ineludibles para abordar la relación entre incomunicación y garantía de derechos. Su combinación responde a un enfoque integral que es requerido por la función preventiva propia del Ararteko en esta materia. Esto es, a un modelo epistemológico que no se limite al plano prescriptivo o normativo (cómo *debe ser* ordenada una realidad), sino que descienda al plano descriptivo (que muestra *cómo está siendo* ordenado un determinado conjunto social). Consideramos un deber de esta institución poner de manifiesto los datos que de todo ello se desprenden, pues constituyen una llamada de atención que exige, en nuestra opinión, una acción decidida por parte de los poderes públicos, cada cual en el ámbito de su competencia, para analizar las disfunciones observadas en el sistema de garantías y adoptar medidas para su mejora. Contribuir a ello es el objeto del presente informe.

1. LA NECESIDAD DE TRABAJAR CON MAYOR EFICACIA EN LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y LOS MALOS TRATOS

Prevenir en esta materia, como en cualquier otra, supone algo más que prohibir: Exige incidir de forma efectiva sobre los factores que puedan hacer materialmente posibles la tortura y el maltrato. No basta, por tanto, con declarar que el derecho a la integridad física y moral asiste a toda persona detenida o presa, sea cual sea el delito del que se le acuse, ni es suficiente que su violación se encuentre adecuadamente tipificada y castigada con penas proporcionadas y disuasorias.



Ha de existir, además, un entramado de garantías materiales que minimicen el riesgo de que pueda ocurrir, y que siendo siempre necesarias para asegurar el ajuste a la ley de toda actuación de los poderes públicos, cuando ésta consiste en la privación de libertad de una persona deben verse especialmente reforzadas. Son dos los motivos que llevan a entenderlo así⁶:

- la especial relevancia que revisten los derechos que pueden verse afectados en tales circunstancias, y en especial los consagrados en el art. 15 de la Constitución.
- por otro lado, las específicas exigencias de seguridad que rodean este ámbito de la actividad estatal hacen que aumenten las dificultades probatorias a las que han de enfrentarse las víctimas de estas infracciones. Es por tanto necesaria una especial diligencia investigadora para evitar que tales infracciones queden impunes, lo que iría en detrimento, a su vez, de la virtualidad preventiva de la pena que las castiga.

Es en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos donde, con creciente énfasis, se viene insistiendo en la necesidad de un eficaz sistema preventivo-disuasorio en esta materia. Así lo ponen de manifiesto los organismos del sistema de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, ante su constatación de que no es suficiente con denunciar, documentar y enjuiciar casos puntuales para hacer frente a las modernas manifestaciones del fenómeno de la tortura.

Los tradicionales mecanismos reactivos de defensa de los Derechos Humanos están basados en la recepción de quejas, su tramitación ante un órgano de supervisión, decisión de éste sobre admisibilidad, procesamiento con las debidas garantías y absolución o condena de las personas o Estados acusados. Siguen siendo necesarios, sin duda, para enfrentarse al problema desde la perspectiva de los casos particulares, pero muestran importantes limitaciones para reducir sustancialmente el riesgo de que éstos se produzcan, ante una constatación paradójica: en la medida en que un país asume en sus declaraciones y compromisos internacionales el rechazo de la tortura y los malos tratos como violación inaceptable de los Derechos Humanos, aumenta su interés por evitar el efecto negativo de una eventual condena de sus agentes, por lo que puede tender

⁶ Según tiene establecido el Tribunal Constitucional, entre otras, en las SSTC 224/2007, de 22 de octubre y 34/2008, de 25 de febrero (FFJJ 4º y 6º)



a adoptar una actitud defensiva frente a las denuncias que éstos pudieran recibir por tal motivo. Cuando esto sucede, sus poderes públicos no siempre exhiben ante este tipo de denuncias la diligencia debida que, por la materia de que se trata, resultaría razonable exigirles para tratar de esclarecerlas.

No es por ello casual que la opción por un enfoque preventivo encuentre su expresión más explícita en el mecanismo de más reciente creación a nivel internacional: el Subcomité para la Prevención de la Tortura establecido por el mencionado Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas. Sus trabajos preparatorios pusieron de manifiesto que, a efectos de una reducción significativa de la práctica de la tortura y los malos tratos, se hacía necesario un abordaje empírico y sistémico del fenómeno, que tuviera en cuenta tanto el contexto en que aparece como las distintas variables que inciden sobre él. Todo ello con vistas a formular recomendaciones dirigidas a la adopción de instrumentos y mecanismos que minimicen el riesgo, verificando su funcionamiento y efectiva aplicación. Esto es, que contribuyan a cerrar posibles brechas entre la teoría y la práctica, mediante la comprobación no sólo de las condiciones materiales de los lugares de detención, sino también de las políticas públicas, presupuestos, regulaciones, manuales operativos y concepciones teóricas que explican las acciones y omisiones que, en esta materia, impidan trasladar las normas universales a las realidades locales. En este contexto cobran sentido las afirmaciones contenidas en el último informe anual del Subcomité:

18. Independientemente de que en un Estado determinado se produzcan o no en la práctica casos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, siempre existe la necesidad de que los Estados permanezcan alerta frente al riesgo de que eso ocurra, y de que establezcan y mantengan salvaguardias amplias y eficaces para proteger a las personas privadas de libertad. La función de los mecanismos de prevención es velar por que esas salvaguardias existan realmente y funcionen de forma eficaz, y formular recomendaciones para mejorar el sistema de protecciones tanto en la ley como en la práctica y, por ende, la situación de las personas privadas de libertad.

19. Al examinar ejemplos de buenas y malas prácticas, el Subcomité busca sacar partido de las protecciones existentes, cerrar la brecha entre la teoría y



la práctica y eliminar o reducir al mínimo las posibilidades de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. ⁷

2. REFERENCIAS PARA UN DIAGNOSTICO ACTUALIZADO DE LA DETENCION INCOMUNICADA

En la citada Declaración del año 2004, la institución del Ararteko abogó por la eliminación del régimen de incomunicación, y en su defecto por la adopción de las máximas garantías para proteger con eficacia los derechos de las personas detenidas. La demanda de supresión o, subsidiariamente, de no aplicación del régimen de incomunicación, la hizo suya el Parlamento Vasco en sendas Propositiones No de Ley de diciembre de 2006 y enero de 2007. Los organismos internacionales con responsabilidad en este ámbito se vienen expresando en los mismos términos, y han sostenido que la incomunicación podría llegar a constituir, en sí misma, una forma de trato cruel, inhumano o degradante⁸.

A pesar de ello, hay motivos para sostener fundadamente que, en la aplicación de la detención incomunicada en España, no se han producido desde entonces avances significativos en orden a implantar un eficaz sistema preventivo de garantías. Tres razones nos llevan a entenderlo así:

- Las observaciones formuladas a España en materia de tortura y maltrato por parte de los organismos internacionales de prevención y protección de los

⁷Naciones Unidas, *Tercer informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (abril 2009-marzo 2010), Comité contra la Tortura, 44º período de sesiones, CAT/C/44/2, Ginebra, 2010, par. 18, 19.

⁸ Entre los pronunciamientos hasta aquella fecha cabe citar las Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura de la ONU a tenor del cuarto informe periódico presentado por España: *"El Comité sigue profundamente preocupado por el mantenimiento de la detención incomunicada hasta un máximo de 5 días, para determinadas categorías de delitos especialmente graves, durante la cual el detenido no tiene acceso ni a un abogado ni a un médico de su confianza ni a notificar a su familia. Si bien el Estado Parte explica que esta incomunicación no implica el aislamiento absoluto del detenido, ya que este cuenta con asistencia de un abogado de oficio y de un médico forense, el Comité considera que el régimen de la incomunicación, independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos"*, Comité contra la Tortura, 29º período de sesiones 11 al 22 de noviembre de 2002. CAT/C/XXIX/Misc.3, 19 de noviembre de 2002; En el mismo sentido, E/CN.4/2004/56/Add.2, p. 66-67, 6 February 2004, Report of the Special Rapporteur on the question of torture, Addendum, Visit to Spain.



Derechos Humanos. Sus últimos informes no sólo insisten en la necesidad de abolir el régimen incomunicación. Siguen planteando, en lo esencial, las mismas críticas sobre la efectividad en estos casos de las actuales garantías contra posibles malos tratos, así como por el reiterado incumplimiento de algunas de sus recomendaciones.

- Las conclusiones que se obtienen de los estudios empíricos que, en los últimos años, han analizado muestras significativas de detenciones incomunicadas. Todos ellos ponen de manifiesto la negativa incidencia de este régimen excepcional sobre la efectividad de las salvaguardas de los derechos que, aun incomunicada, conserva la persona detenida.
- Los pronunciamientos que siguen emitiendo el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, algunos con carácter muy reciente, declarando que las autoridades españolas no habían llevado a cabo una investigación suficiente de diversas denuncias por tortura, y constatando errores fundamentales en el sistema de garantías⁹.

Junto a la jurisprudencia citada en el tercero de los puntos señalados, entendemos necesario especificar, por la relevancia de su contenido, los informes y estudios empíricos a los que se refieren los dos primeros. Sus observaciones y conclusiones serán desarrolladas posteriormente, como referencia de las diversas actuaciones que esta institución entiende preciso emprender al respecto.

2. 1. Las instituciones internacionales de prevención

Con todas ellas mantiene contacto esta institución a raíz de sus visitas a nuestro país, así como de la colaboración que nos vienen solicitando para la elaboración de sus informes, lo que nos ha dado ocasión de comprobar el rigor e independencia con que desarrollan su tarea. Por ello, porque compartimos funciones preventivas y

⁹ Tan sólo en los tres últimos años, cfr. la jurisprudencia citada *supra*, nota 6, cuya doctrina reproducen y aplican las SSTC 52/2008, de 14 de abril, 63/2008, de 26 de mayo, 69/2008, de 23 de junio, 107/2008, de 22 de septiembre, 123/2008, de 20 de octubre, 40/2010, de 19 de julio y la recientísima de la Sala 1ª de 18 de octubre de 2010 (RA 9398/2005). En el mismo sentido las SSTEDH de 2 de noviembre de 2004, (Martínez Sala y otros c. España), y de 28 de septiembre de 2010, (San Argimiro Isasa c. España) Sección 3ª, R. nº 2507/07.



porque nos es común una misma perspectiva garantista, entendemos fundamental para nuestra labor tomar como referencia su trabajo.

En el ámbito europeo, la referencia fundamental es el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes (CPT), creado en el marco del Convenio adoptado en esta materia por el Consejo de Europa en 1987. Ejerce sus funciones, fundamentalmente preventivas, a través de visitas cuyos informes son en principio confidenciales, si bien casi todos los Estados han decidido autorizar su publicación. España, sin embargo, no lo ha hecho en el caso de la visita de septiembre-octubre 2007, última de las once que ha recibido del CPT¹⁰. Ello impide conocer la valoración del Comité sobre la evolución de la situación española, después de que aquel mismo año fueran publicadas las críticas observaciones contenidas en su informe correspondiente a la visita girada en diciembre de 2005¹¹. En consecuencia habremos de tomar éste como referencia, junto a los estándares adoptados por el CPT en torno al trato que, con carácter general, deben recibir las personas privadas de libertad¹². En un plano más genérico, la normativa reguladora de la prohibición y sanción de las prácticas de tortura fue analizada por el Comisario de la Oficina para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, quien en el informe sobre su visita a España en marzo de 2005 consideró que constituía un sistema normativo completo, asentado sobre el art. 15 CE y el art. 174 del Código Penal, para evitar la impunidad de tan execrables comportamientos¹³.

En cuanto al sistema de Naciones Unidas, son tres las instancias que, en los últimos años, han emitido informes y recomendaciones en torno a la situación en España:

- Por un lado, el Comité contra la Tortura, órgano establecido en virtud de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, y

¹⁰ Los informes publicados hasta el momento se refieren a las visitas del CPT de abril de 1991, abril y junio de 1994 [CPT/Inf (96) 9], enero de 1997 [CPT/Inf (2000) 3], abril de 1997 [CPT/Inf (98)9], noviembre-Diciembre de 1998 [CPT/Inf (2000) 5], julio de 2001 [CPT/Inf (2003) 22], julio-agosto de 2003 [CPT/Inf (2007) 28] y diciembre de 2005 [CPT/Inf (2007) 30]. También se publicó el de la breve visita de enero de 2007, relativa a un caso particular [CPT/Inf (2009) 10]. Todos ellos, así como las correspondientes respuestas del Estado, se encuentran disponibles en <http://www.cpt.coe.int/en/states/esp.htm>

¹¹ CPT/Inf (2007) 30. La respuesta que recibió del Gobierno se encuentra en CPT/Inf (2007) 31.

¹² CPT/Inf/E (2002) 1- Rev. 2004, disponible en <http://www.cpt.coe.int/spanish.htm>

¹³ Consejo de Europa, Informe de Alvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10 – 19 de marzo de 2005, CommDH(2005)8.





formado por diez expertos independientes. Estudia los informes que periódicamente han de remitir los Estados Partes sobre la implementación de las cláusulas de la Convención, y publica observaciones al respecto. Así lo hizo recientemente en relación con España, cuyo quinto informe periódico fue examinado en noviembre de 2009¹⁴. En el ámbito de la Convención se encuentra también, como hemos indicado, el Subcomité para la Prevención de la Tortura establecido por su Protocolo Adicional. En el escaso tiempo que lleva funcionando no ha emitido informes sobre España, si bien los generales que ha presentado al Comité¹⁵ incluyen relevantes recomendaciones sobre buenas prácticas en materia de garantías contra la tortura.

- Por otra parte, como órgano de control establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos actúa el Comité de Derechos Humanos, formado por 18 expertos independientes elegidos por los Estados Partes en el Pacto. Tras examinar los informes que los Estados deben remitir periódicamente, realiza observaciones finales que llaman la atención sobre puntos de preocupación, y hace recomendaciones específicas al Estado. El informe de España fue examinado en sus sesiones celebradas los días 20 y 21 de octubre de 2008¹⁶
- En tercer lugar, hemos de mencionar las críticas referencias a la situación española en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –heredero desde marzo de 2006 de la extinta Comisión de Derechos Humanos-, tanto en el contexto del Examen Periódico Universal¹⁷ como en el del trabajo desarrollado por dos de sus Relatorías Especiales: sobre la tortura y sobre la

¹⁴ Con fecha 19 de noviembre de 2009, en su sesión 923, fueron aprobadas sus conclusiones y recomendaciones: CAT/C/SR 923 y CAT/C/ESP/CO/5

¹⁵ Hasta el momento ha presentado tres, disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/annual.htm>

¹⁶ CCPR/C/SR.2850 y 2851. Las observaciones finales fueron aprobadas el 30 de octubre de 2008 (CCPR/C/SR.2595). En enero de 2009 el Estado formuló sus comentarios a las mismas (CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1)

¹⁷ La revisión de España tuvo lugar en mayo de 2010, y el 21 de septiembre de 2010 fue adoptado su resultado, que incluye el informe y recomendaciones del Grupo de Trabajo (A/HRC/15/6) y las opiniones expresadas al respecto por el Estado (A/HRC/15/60, cap. VI y A/HRC/15/6/Add.1)



promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Ambas han realizado visitas a España en los últimos años, y sus informes, incorporados como anexos a su informe principal al Consejo de Derechos Humanos, incluyen recomendaciones para que las medidas antiterroristas sean compatibles con las normas internacionales de derechos humanos,¹⁸.

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

2.2. La investigación aplicada

Diversos estudios empíricos han abordado en los últimos años el modo en que es aplicada en la práctica la incomunicación, con especial atención a su motivación, duración, control judicial, número y momento de las declaraciones prestadas en

¹⁸ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, cit. *supra* nota 4. Ver también los informes de anteriores visitas de las Relatorías en E/CN.4/2004/56/Add.2 (6 de febrero de 2004), pfs. 64-73; E/CN.4/2005/62/Add.2 (21 de febrero de 2005), pfs. 115-144; E/CN.4/2006/6/Add.2,(21 de marzo de 2006), pfs. 275-297; y A/HRC/4/33/Add.2, (15 de marzo de 2007), pfs. 535-603.



sede policial y resultado de las actuaciones, así como eventuales denuncias de maltrato y su investigación. Se trata de una aportación esencial, a nuestro entender, para valorar de forma objetiva y desprovista de prejuicios su impacto sobre la efectividad de las garantías frente a posibles malos tratos.

Hemos tomado como referencia únicamente las investigaciones promovidas y publicadas desde el ámbito institucional en los últimos tres años, sin perjuicio de la solvencia de otros estudios y valoraciones que, en el mismo periodo, han sido presentados por instancias universitarias y no gubernamentales¹⁹. Se trata de tres rigurosos trabajos de investigación, el primero de los cuales fue publicado por esta institución, que otorgó la beca con que fue elaborado; el segundo ha sido publicado por la propia Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco; el tercero ha estado codirigido por el último Premio Euskadi de Investigación en su modalidad de Ciencias Sociales, y Presidente del Consejo Vasco de Víctimas del Terrorismo.

- El primero ha sido presentado este año por esta Defensoría del País Vasco, que lo publicó en el marco de las becas de investigación aplicada que otorga el Ararteko²⁰. Centra su atención en expedientes judiciales en los que se aplicó la detención incomunicada en el año 2001, a los que se hace un seguimiento hasta el momento de la sentencia. Ello permite analizar datos de relevancia para valorar la efectividad del sistema de garantías, como son la excepcionalidad misma de la medida, la necesidad de una argumentación individualizada para su adopción, la asistencia letrada y médica y la investigación de las denuncias que pudieran interponerse por tortura o maltrato.

¹⁹ Cfr. el citado en la nota 5, a cargo del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona; Cfr. también Instituto Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, "Derechos Humanos y Terrorismo", en *Los Derechos Humanos en el País Vasco, 2ª valoración pública del Instituto de Derechos Humanos*, Pub. Universidad de Deusto, Bilbao 2007 (pp. 23 ss); Amnistía Internacional, *España: Sal en la herida. La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos*. Edit. Amnistía Internacional. Madrid, 2007; *Ibid. España: Sal en la herida. Impunidad policial dos años después*. Edit. Amnistía Internacional, Madrid 2009; Human Rights Watch, *¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España*. Edit. HRW. 2005; Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura, *La tortura en el Estado Español. Informe 2009*, Madrid junio 2010, disponible en <http://www.prevenciontortura.org>. Todos ellos recogen y se suman a las críticas expresadas por los organismos internacionales.

²⁰ A. Pérez (Dir.), I. Orbeago, L. Pego, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada*, Ed. Ararteko, Colección de Derechos Humanos "Juan San Martín", Vitoria-Gasteiz, 2009. Disponible en nuestra página web: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_1785_3.pdf





- Los resultados y conclusiones del citado estudio son similares a los del segundo de los trabajos de investigación, un dictamen publicado en 2009 por la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco, tras el estudio de una amplia muestra de detenidos incomunicados²¹. Elaborado por parte de un prestigioso equipo de médicos, dirigidos por un forense del Instituto Vasco de Medicina Legal, desarrolla un análisis estadístico/científico de casos en que se aplicó el régimen de incomunicación desde el año 2000 al 2008. Analiza las alegaciones de maltrato/tortura presentadas mediante la utilización de variables independientes de tipo demográfico, procesal y criminológico, que atienden tanto a su contenido como a su distribución por sexo, edad, lugar de detención, motivo de detención, situación legal tras la detención, año de detención, Juzgado Central de Instrucción que conoció el caso y cuerpo policial que realizó el arresto.
- El mismo diagnóstico es compartido por el tercero de los estudios empíricos de referencia. Forma parte de un amplio informe sobre el estado de los Derechos Civiles y Políticos en Euskadi, elaborado a lo largo de los años 2007 y 2008 por el Instituto Vasco de Criminología a partir de un mandato del Plan de Paz y Convivencia aprobado por el Parlamento Vasco. Con el fin de llegar a un diagnóstico de la posible vulneración de derechos fundamentales de las personas detenidas por delitos derivados de la aplicación de la normativa antiterrorista, aborda tanto el análisis dogmático de la legislación en vigor como la aplicación de la detención incomunicada a 232 detenidos, uniformemente repartidos a lo largo de 8 años desde 2000 a 2007²².

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

²¹ Dirección de Derechos Humanos del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, *Documentación de la tortura en detenidos incomunicados en el País Vasco desde el 2000 al 2008: abordaje científico*, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/AEDIDH2_Spain43.doc

²² J. L. De la Cuesta, I. Muñagorri (Codir.), *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, Instituto Vasco de Criminología, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, Julio 2009. Disponible *on line* en la página web del IVAC: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/informacion/ivckei_libro_online/es_libro/normativa.html





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

La jurisprudencia constitucional ha justificado el régimen de incomunicación como un recurso excepcional del Estado democrático de derecho para la lucha contra determinadas formas de delincuencia organizada. Se basa para ello en la centralidad de los bienes jurídicos que éstas amenazan, así como en las especiales exigencias de seguridad que plantea su persecución, todo lo cual puede *“hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto”*²³.

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

*“En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral”*²⁴

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

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

²⁴ STC 224/2007, de 22 de octubre de 2007, FJ 3º





la necesidad de adoptar medidas de transparencia que lo compensen, con independencia de que vengan o no impuestas por ley, con el fin de minimizar el riesgo de que tales excesos se produzcan.

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

3.2. Carácter sistemático de la incomunicación

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

“...El Comité no comparte la opinión de España, en cuanto a la necesidad de mantener el régimen de incomunicación, justificado en aras del “interés de la justicia”, al mismo tiempo que entiende que este régimen puede propiciar los malos tratos y lamenta que se mantenga, a pesar de las recomendaciones de diversos órganos y expertos internacionales para que se suprima”²⁵

Tan explícito posicionamiento, al incidir en el fundamento mismo que el Estado aduce para mantener la incomunicación, no sólo cuestiona su existencia: también viene a reforzar la exigencia de observar, en la medida en que se aplique, los

²⁵ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observaciones Finales en relación a España, octubre de 2008, CCPR/C/ESP/CO/5 párr. 14





requisitos de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad que debe cumplir toda restricción de derechos para resultar válida. Principios éstos que impiden entender que tales derechos puedan exceptuarse ordinariamente para todos los sujetos a los que se imputen determinados delitos. Por el contrario obligan a ponderar, en cada supuesto particular, tanto la intensidad de la medida como las circunstancias de la persona y la gravedad de la conducta que se le imputa, de manera que tanto su solicitud como su eventual concesión reflejen los motivos que lleven a entenderla necesaria, en relación con esa persona en concreto, para servir a los intereses de la justicia.

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

“Lo inadmisibles de la situación actual radica en que esas medidas excepcionales se aplican de modo sistemático en las detenciones relacionadas con el terrorismo y, lo que es más grave, que el control judicial que la ley establece en todos los casos resulta -en palabras del Relator de la ONU- “más bien formal y administrativo y no entra en el fondo de la cuestión ni en su justificación”. En definitiva, entre tanto no se produce el cambio legislativo que permita la adaptación del ordenamiento a las recomendaciones de los organismos de defensa de los derechos humanos, hay que poner de relieve que caben mejoras inmediatas en la aplicación de la ley, simplemente cumpliendo el espíritu de ésta que concibe las restricciones de derechos durante la detención como medidas excepcionales y, por tanto, necesitadas de la debida justificación en el caso concreto.”

El Gobierno español viene negando ante la ONU que la incomunicación se adopte de forma automática, basándose en que el art. 520 bis de la LECr. obliga al juez a emitir resolución motivada al respecto²⁶. Sin embargo, a efectos de contrastar tal reproche de automaticidad y control puramente formal, no cabe apelar a cómo deberían ser las cosas, sino a cómo son en realidad.

Una realidad que confirman tanto los estudios empíricos referenciados como los datos recabados por las instituciones internacionales en sus visitas, así como nuestra propia experiencia: en la investigación publicada por el Ararteko, el 96,3 % de las personas detenidas por delitos de naturaleza terrorista habían sido

²⁶ Respuesta del Gobierno de España al Consejo de Derechos Humanos, en el seguimiento efectuado en febrero de 2008 a las Recomendaciones del relator para la Tortura, A/HRC/7/3/Add.2, párr. 607





incomunicadas. Similar es el porcentaje del 92,9% que ofrece la que elaboró el IVACr para el período 2000-2007, la cual indica además significativas diferencias entre cuerpos policiales: mientras que se comunicó al 100% de los detenidos por la Guardia Civil y al 98'1% de los que lo fueron por la Policía Nacional, el porcentaje de comunicados entre los detenidos por la Ertzaintza fue de un 59'3%. No es posible olvidar, a este respecto, que si bien el órgano judicial es el encargado de decretar la comunicación, el detenido permanecerá comunicado de hecho desde el momento en que la policía realice la solicitud. La petición que realiza el órgano policial es de "ratificación" de la comunicación ya aplicada, para lo cual el juez dispondrá de un periodo de 24 horas, periodo que en consecuencia puede quedar al margen de control judicial efectivo.

En cuanto a la motivación, los expedientes de la Ertzaintza que hemos tenido ocasión de examinar muestran que tanto su solicitud como su concesión tienden a remitirse al informe policial que fundamenta la necesidad de autorizar la detención, entrada o registro domiciliarios, cuando no de forma genérica a las imputaciones que pesan sobre el detenido. Ello hace que la motivación se centre en la naturaleza del delito, relevante sin duda a estos efectos, pero insuficiente a nuestro entender para satisfacer los criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad que deben presidir, por las razones expuestas, el plus de afectación a los derechos individuales que supone, en relación a la detención ordinaria, el régimen de comunicación. Por otra parte, cuanto más amplio resulte el tipo penal que fundamenta la imputación, más necesario resultará que la motivación tenga en cuenta los citados principios, para evitar que la comunicación pueda aplicarse – como de hecho se aplica- a personas sin relación alguna con actividades violentas, a las que sin embargo se imputan conductas tan periféricas como las que pueden llegar a caer en la fórmula que recoge el art. 576 del Código Penal: "cualquier forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas, organizaciones o grupos terroristas"²⁷.

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

²⁷ La falta de precisión de los tipos asociados con la violencia terrorista, y en concreto del citado art. 576 CP, es expresamente criticada por el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo: "...al Relator Especial le preocupa el riesgo que se corre de que el delito de colaboración tan vagamente definido se amplíe de manera que alcance a comportamientos que no guarden relación con ningún tipo de actividad violenta". Pfo. 9 de su Informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de 16 de diciembre de 2008, cit. *supra* nota 18.





- Del total de personas incomunicadas cuyos casos analiza el publicado por el Ararteko, el 11'7% fue puesto en libertad por la propia Policía, y el 14'3% quedó libre tras ser presentado ante el juez. Por otra parte, casi tres de cada diez detenidos incomunicados resultaron absueltos o fueron apartados del proceso antes del juicio.
- De la muestra estudiada en el que publicó la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco, la Policía puso en libertad sin cargos al 6% y el juzgado al 7%, mientras que un 20% quedó en libertad provisional. Con un 10% del total de casos aún en curso, el porcentaje de personas incomunicadas que habían acabado absueltas o apartadas del proceso alcanzaba el 30%.
- El estudio del IVACr indica a este respecto que el 11'2% de los incomunicados son puestos en libertad por la Policía, así como que la incomunicación había sido adoptada en el 100% de los casos que resultaron finalmente absueltos y en el 93,8% de los apartados de la causa o archivados. Por el contrario, el 31% de los condenados no habían sido incomunicados. Es significativo el dato de las personas puestas en libertad directamente, sin pasar a presencia judicial tras permanecer menos de 24 horas incomunicadas, lo que lleva a sus autores a concluir: *“En pocas horas, estas personas pasan de ser presuntos terroristas a los que se aplica una medida excepcional con la finalidad de evitar que se sustraigan a la acción de la justicia, personas supuestamente implicadas en los hechos investigados y el resto de acciones recogidas en el artículo 509 LECr., a ser un elemento carente de interés para la investigación y no peligroso para el buen desarrollo de la misma”*.²⁸

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

²⁸ Cfr, J. L. De la Cuesta, I. Muñagorri (Codir.), *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, cit. *supra* nota 22, pp 425-426



actividades terroristas sean incomunicadas y ...los jueces competentes acceden sistemáticamente a tales solicitudes”²⁹

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

Esta constatación nos lleva a una reflexión que entendemos fundamental. En los términos del art. 509.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la incomunicación sirve a la investigación en un sentido defensivo: se decreta *“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 [...]”*. De ello se desprende, a nuestro entender, una doble consecuencia: por un lado, que en cada caso particular será necesario motivar por qué el logro de dichas finalidades, comunes por lo demás a toda investigación, requiere la adopción de una medida excepcional como esta; por otro, que la incomunicación no está prevista en la ley como instrumento al servicio de otras finalidades también relacionadas con el éxito de la investigación, pero de carácter activo, como pueda ser la de obtener del detenido información que resulte de utilidad a los investigadores. Nada tiene de irregular, naturalmente, que el detenido proporcione voluntariamente esta información, y para ello está prevista la diligencia de declaración en sede policial. Pero su obtención no puede formar parte de las finalidades para las que se adopta la incomunicación, pues resulta ajena a las que a tal efecto establece el art. 509.1 LECr.

Sin embargo, y de acuerdo con los estudios empíricos de referencia, resulta constatable la relación de causalidad que existe entre detención incomunicada, declaración autoinculpatoria y agotamiento de los plazos de la detención y su prórroga. El publicado por esta institución pone de manifiesto esta realidad, a partir de tres factores: la duración de la detención incomunicada, el número de

²⁹ Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 22 April 1994, para.62





declaraciones inculpatorias en sede policial, y la relevancia que éstas adquieren a efectos de las condenas recaídas. Así, el 64% de los detenidos incomunicados de la muestra declaran en comisaría una o más veces: el 37% en una ocasión, el 20% en dos ocasiones, el 5% en tres ocasiones y el 2% hasta en cuatro ocasiones. De estas declaraciones, el 67'3% se produce durante el quinto día de la incomunicación, el 21'2% durante el cuarto día y el 7'7% durante el tercer día. Por último, de los detenidos que acabaron siendo condenados, el 67'39% lo fue con base en su declaración policial, ya fuera por haber sido ratificada ésta en sede judicial, ya porque la Sala no considerara válidas las razones alegadas para desdecirse ante el juez de lo declarado ante la Policía, en el sentido de que ésta había ejercido presiones ilegítimas sobre el detenido (de hecho, así lo comunicó al juez instructor el 47% de los detenidos de la muestra).

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

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

“Vista la concordancia de lo manifestado por el hoy acusado en su denuncia ... y visto el tiempo transcurrido en dependencias policiales carente de justificación, la autonomía y voluntariedad de la declaración prestada no puede presuponerse, habiendo sido otra cosa alegada por la defensa, y



*constatando la depresión psicológica profunda del detenido, en los momentos previos a su toma de declaración, no estima este Tribunal que aquellas declaraciones hayan sido vertidas en total y absoluta libertad de ánimo, y, consecuentemente, son inválidas para basar en ellas una sentencia condenatoria.*³⁰

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

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

“• Con los años, las delegaciones del CPT han entrevistado a un gran número de personas detenidas en varios países, que han formulado declaraciones creíbles acerca de los malos tratos físicos, la intimidación y las amenazas de que han sido objeto por parte de la policía para que confesaran durante los interrogatorios. Es evidente que un sistema penal que conceda gran importancia a la prueba de confesión puede incitar a los agentes encargados de la investigación del delito –que a menudo se hallan bajo presión para obtener resultados– a recurrir a la coacción física o psicológica. En el marco de la prevención de la tortura y de otras formas de malos tratos, es fundamental elaborar métodos de investigación criminal que permitan reducir el recurso a las confesiones y a otras pruebas e informaciones obtenidas a través de interrogatorios para demostrar la culpabilidad.”³¹.

“• 36. ... Al parecer, la incomunicación permite proceder a interrogatorios, de los que no se extiende diligencia, sin la presencia de un abogado, realizados

³⁰ SAN 45/2008, de 21 de octubre, FJ 3º.

³¹ 12º Informe General [CPT/Inf (2002) 15] Pto. 35.





por funcionarios que no siempre llevan uniforme, con el fin de obtener información que permita avanzar en las investigaciones o para preparar una declaración de la que quedará constancia..." "22. ... Teniendo en cuenta que muchos de los detenidos fueron más tarde puestos en libertad por falta de pruebas y ni siquiera fueron llamados a declarar, al Relator Especial le preocupa que, en algunos casos, pudiera haberse recurrido al régimen de incomunicación para obtener información que pudiera ayudar en las investigaciones, y no únicamente información relacionada con los sospechosos de terrorismo³².

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

3.3. Control de su aplicación

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

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

³² Pfos 22 y 36 del Informe al Consejo de Derechos Humanos de la ONU por parte del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Cit. *supra*, nota 4

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

En opinión del CPT, un detenido debería comparecer siempre ante el juez responsable de decidir sobre la continuidad de su detención. Esto es esencial si –como debiera ser el caso- uno de los propósitos de la comparecencia es vigilar el modo en que está siendo tratada la persona. Desde la perspectiva de una evaluación acertada del estado físico y psíquico del detenido, nada puede sustituir el que la persona en cuestión sea llevada a la presencia física del juez.”³³.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional avaló, en aras de la efectividad de la medida, la posibilidad de que la autoridad gubernativa pudiera decretar provisionalmente la incomunicación³⁴. Si bien ésta ha de ser notificada simultáneamente al juez y finalmente autorizada por éste, la autorización puede demorarse hasta 24 horas, tiempo durante el cual los derechos del detenido permanecen restringidos sin que exista pronunciamiento judicial al respecto. Justo el momento en que el CPT afirma que, de acuerdo con su experiencia, es mayor el riesgo de que el detenido sufra intimidación o maltrato físico³⁵.

El CPT concluye afirmando que el control judicial no puede ser verdaderamente efectivo para la prevención del maltrato si el juez, cuya función es supervisar el ejercicio de las facultades policiales de arresto y detención, no ve físicamente a la persona en cuestión³⁶. De acuerdo con este criterio, no es suficiente con que el forense acuda periódicamente a las dependencias policiales para que el juez, a través de él, lleve a cabo su control de la detención, cuestión a la que nos referiremos más tarde.

En todo caso, no deja de ser significativa la respuesta que el Gobierno español ha remitido al CPT a raíz de estas preocupaciones y recomendaciones: tras insistir en que la legislación no sólo no impide la presencia física del detenido ante el juez, sino que obliga a éste a iniciar actuaciones ante cualquier indicio, alegación o queja de maltrato, concluye: *“La inactividad o falta de costumbre en tal sentido por parte de*

³³ CPT 2005, pfo. 43, En el mismo sentido, el Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura en su informe de 2004, cit. *supra* nota 18

³⁴ STC 199/1987, FJ 11º

³⁵ CPT 2005, pfo. 21

³⁶ *Ibid*, pfo. 53



los magistrados examinadores –o de la Fiscalía- si es que existiera, sería atribuible a la mala práctica, no a una deficiencia en la cobertura legal para la práctica de las citadas diligencias de investigación. Dicha mala práctica debe ser denunciada y resuelta en el seno del proceso por las vías correspondientes”. En el mismo sentido responde cuando, más adelante, el CPT le recuerda la necesidad de adoptar medidas para que los jueces hagan uso rápido y efectivo de los informes forenses ante alegaciones de maltrato³⁷.

Entendemos que cabría un margen de mejora en la efectividad del control judicial de la incomunicación mediante una interpretación lo más amplia posible de los instrumentos de control de la detención que el art. 520 bis LECr prevé. Hemos de constatar, en este sentido, que tanto las observaciones de los organismos internacionales como las conclusiones que se desprenden de la investigación aplicada hacen referencia a que, en la práctica totalidad de los casos, no existe contacto del detenido con el juez hasta el fin de la incomunicación policial. Algunas recientes sentencias manifiestan, por otra parte, la necesidad de mejorar el control judicial efectivo, como la anteriormente citada de la Audiencia Nacional, o la que el mismo Tribunal dictó en el caso Egunkaria³⁸.

3.4. Investigación de denuncias por tortura y maltrato

Junto con la autorización y el control de la incomunicación, la investigación de posibles denuncias representa un tercer ámbito en el que la intervención judicial resulta determinante, si bien no constituye responsabilidad exclusiva de los jueces. En este sentido, en la *Declaración de la Institución del Ararteko ante la Tortura* a la que anteriormente nos hemos referido hacíamos hincapié en la necesidad de que los responsables policiales realicen una investigación, pronta e imparcial, de las denuncias de tortura o malos tratos, porque considerábamos que constituye un

³⁷ Response of the Spanish Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Spain from 12 to 19 December 2005, CPT/Inf (2007) 31, pp31, 39

³⁸ “Por último, en la valoración de las declaraciones de los procesados tiene especial relevancia que las denuncias de estos sobre malos tratos y torturas sufridos durante la detención incomunicada –que fueron relatadas con detalle en la vista oral y antes ante el instructor y objeto de denuncia en los tribunales- son compatibles con lo expuesto en los informes médico-forenses emitidos tras ser reconocidos en el centro de detención, si bien el Tribunal no puede llegar a conclusiones jurídico penalmente relevantes sobre el particular salvo constatar que no hubo un control judicial suficiente y eficiente de las condiciones de la incomunicación” SAN Sección 1ª 27/2010, de 12 de abril de 2010, FJ 4.1º



instrumento esencial para prevenir y, en su caso, corregir posibles actuaciones ilícitas.

En ese documento confirmábamos la plena validez de la recomendación de carácter general *Necesidad de que los cuerpos policiales establezcan instrumentos de control frente a eventuales actuaciones irregulares de los agentes* (informe ordinario de 2003). En ella sosteníamos el criterio, que debemos reiterar, según el cual la existencia de diligencias penales no sería obstáculo para que una actuación policial se investigara, aun en el supuesto de que coincidieran el objeto de la queja y el del proceso penal, ni para que se realice un examen de esa actuación desde el punto de vista disciplinario y de su adecuación a las pautas de comportamiento a las que debe someterse, siempre que se posponga toda resolución al respecto hasta que recaiga sentencia firme.

a) Criterios jurisprudenciales

A raíz de sus pronunciamientos sobre decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de causas penales incoadas por denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes, la jurisprudencia constitucional ha ido elaborando una doctrina sobre las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la importancia de una investigación diligente de este tipo de denuncias³⁹, los criterios que sienta no sólo han de presidir la acción de los tribunales al respecto sino la de todos los poderes públicos, pues éstos han de ajustar su actuación a un ordenamiento jurídico sobre el que los derechos fundamentales citados ejercen un efecto irradiante. Son los siguientes:

- **Exigencia reforzada de agotar todas las posibilidades de indagación, evaluable en función de las circunstancias de cada caso:**

El derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige una resolución motivada y fundada en Derecho que, acorde con la prohibición absoluta de

³⁹ En particular las SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, §156. En el mismo sentido la reciente de 28 de septiembre de 2010, cit. *supra* nota 9 , §41

tales conductas, *"ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial"*. Por otra parte, la suficiencia y efectividad de la investigación *"sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE"* (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 4).

"...vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas", ya que "respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos." (STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3)"..

"La tutela judicial del derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes puede exigir así que se inicie o avance en una investigación allí donde quizás en otro tipo de supuestos podría advertirse una base insuficiente." (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7º)

Por último, el FJ 3º de esta misma STC 34/2008 incorpora los criterios de la jurisprudencia internacional en la materia: *"Como recordamos en la STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 2— la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio europeo), vincula reiteradamente la apreciación de violaciones de este precepto al incumplimiento por parte de los Estados firmantes del deber que les impone el Convenio de efectuar una investigación efectiva para el esclarecimiento*

de los hechos y el castigo de los culpables. Así, en la STEDH de 2 de noviembre de 2004 (caso Martínez Sala y otros c. España), se recuerda que, cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios del Estado, graves sevicias contrarias al artículo 3 CEDH, dicha disposición requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz que debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables. En concreto, considera que al rechazar todas las peticiones de diligencias presentadas por quienes denuncian unos malos tratos policiales se les puede privar de una posibilidad razonable de esclarecer los hechos denunciados por ausencia de una investigación profunda y efectiva⁴⁰.

- **Necesidad de compensar, mediante una especial diligencia investigadora, tanto la dificultad de la víctima de aportar pruebas como la cualificación oficial de los denunciados:**

Hay que tener en cuenta, por otra parte, la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio *"debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción"*.(STC Sala 2ª, 40/2010, de 19 de julio, FJ 2º).

Del mismo modo también se destaca que *"la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas encargadas de su custodia"*. SSTC 52/2008, de 14 de abril, FJ 2º; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2º).

⁴⁰ En el mismo sentido pueden citarse las SSTEDH de 25 de septiembre de 1997 (caso Aydin c. Turquía); 11 de abril de 2000 (caso Sevtap Veznedaroglu c. Turquía); 11 de julio de 2000 (caso Dikme c. Turquía); 21 de diciembre de 2000 (caso Büyükdag c. Turquía); 1 de marzo de 2001 (caso Berktaş c. Turquía).



- **Sospechas razonables y diligencias que, siendo posibles, no deben dejar de practicarse:**

Para poder afirmar que existen sospechas razonables, *“el denunciante ha de aportar algún indicio (o proponer la práctica de diligencias probatorias idóneas para obtenerlo) que, más allá de sus afirmaciones en la denuncia, sea potencialmente indicativo de la veracidad de lo denunciado. La concreción de qué sea ese algo más ha de partir de las dificultades que la víctima del delito tiene para aportar medios de prueba sobre su comisión y de la suficiencia del principio de prueba para afirmar que existen sospechas razonables de la existencia de torturas o malos tratos”*. Sala Segunda. Sentencia 123/2008, de 20 de octubre de 2008 FJ 3º

El FJ 3º de la STC Sala 1ª de 14-4-2008. (Rec. Amp. 6421-2004) ofrece un ejemplo de lo que han de considerarse indicios mínimos a tales efectos:

“En efecto, en el presente caso, las sospechas de veracidad de los hechos denunciados pudieran no ser contundentes; sin embargo, desde la perspectiva y enjuiciamiento de esta jurisdicción de amparo, eran suficientes para que debiera perseverarse en una indagación judicial apenas iniciada en la medida en que restaban determinados medios de investigación para ello. Así, debe destacarse, como queda acreditado en las actuaciones y ha sido expuesto con más detenimiento en los antecedentes, en primer lugar, que el detenido hubo de ser trasladado a un hospital al inicio de su detención por sufrir “un malestar y mareo generalizado”, constatándose en el reconocimiento un “eritema leve en zona superior derecha de la espalda” y una “taquicardia de 96 por minuto”, concluyéndose con un juicio clínico de “mareo en situación de ansiedad”. En segundo lugar, que el recurrente refería en el relato de su denuncia signos físicos concretos como consecuentes a las agresiones que atribuye a los agentes policiales, consistentes en que se pusieron la nuca y la espalda roja. En tercer lugar, que tras el reconocimiento médico realizado el día 3 de marzo de 2002 se recoja en la diligencia policial correspondiente que el médico recetó un determinado medicamento (Rovamycine 500) para su administración al detenido cada seis horas, sin que ningún otro dato obre en la instrucción acerca de la razón de tal prescripción o del tipo de afección para la que tal medicamento se prescribe. Por último, también es de señalar el hecho de que, según afirma el recurrente, “en el momento de ser puesto a disposición judicial expuso al



Juez-magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 que había sido objeto de malos tratos durante el periodo de detención”.

En cuanto a las diligencias que es necesario practicar, la misma sentencia afirma en su Fto. Jco. 5º:

“Puede resultar razonable que no se prosiga con una investigación que no aclara la inexistencia de los hechos denunciados, pero que, sin embargo, ha agotado ya los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de la investigación suficiente se refiere así tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción.

Tampoco desde esta perspectiva se puede afirmar que la tutela prestada haya sido suficiente. La falta de credibilidad de la denuncia, que los órganos judiciales afirman a partir de la renuncia al reconocimiento médico del denunciante en sede judicial, podría haber sido desmentida o corroborada por el testimonio inmediato del denunciante, que constituye, como antes se ha señalado, un medio de indagación particularmente idóneo al respecto. Asimismo, el sentido del parte hospitalario, invocado en el Auto de apelación, era susceptible de aclaración a través del testimonio de la médica que tras reconocer al detenido lo firmó. Peculiar trascendencia podrían tener, como le atribuyó inicialmente el Juez instructor, los informes de los reconocimientos médicos practicados durante la detención. Su ausencia permitía aún la indagación de su contenido a través del testimonio del Médico forense. De utilidad instructora podría resultar también, en este contexto típico de escasez probatoria y en la medida en que pervivieran sospechas razonables, la declaración del Abogado de oficio que asistió al detenido y que, por lo tanto, percibió su situación física y pudo ser destinatario de alguna afirmación relevante del mismo acerca del trato recibido”

- **Credibilidad de la denuncia:**

En fechas muy recientes, el TC ha tenido ocasión de exponer su doctrina al respecto. Lo ha hecho en la sentencia de 18-10-2010 de su Sala 1ª, que otorga el amparo a una persona cuya denuncia no había sido investigada a nivel policial interno y, en vía judicial, había sido archivada sin haberse practicado otras diligencias que recabar la versión de los denunciados e incorporar el informe forense. Concluye que "no se ha colmado la exigencia de una investigación eficaz que impone el derecho a la integridad física y moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes". Los argumentos con



que lo razona recogen, a su vez, los de la sentencia por la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había condenado a España, tan solo tres semanas antes, por el mismo motivo⁴¹.

Entiende el Alto Tribunal que los malos tratos denunciados debieron ser investigados, y no considera razonable atribuir falta de objetividad a la denuncia por el hecho de que transcurrieran dos meses hasta que se presentó. *“no resulta razonable, en primer lugar, inferir la falta de objetividad de la denuncia del mero transcurso de menos de dos meses entre la realización de los hechos denunciados y la interposición de la denuncia. A este respecto, hemos afirmado que no cabe excluir que un excesivo retraso en la denuncia de los hechos permita inferir una menor credibilidad de lo denunciado, ni que pueda erigirse en argumento plausible para inadmitir la misma dadas “las dificultades para que hubiera podido desarrollarse una investigación más eficaz, porque el transcurso del tiempo redundaría en perjuicio de las posibilidades de esclarecimiento de los hechos” (STC 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4). Ciertamente, tal análisis deberá efectuarse atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso; y en el que ahora nos ocupa - y a diferencia del enjuiciado por la citada STC 63/2008, en el que transcurrieron casi diez meses entre los hechos y su denuncia -, esa distancia temporal es de menos de dos meses, duración que no cabe considerar excesiva a los efectos citados. A similar conclusión hemos llegado, por ejemplo, en la STC 107/2008, de 22 de septiembre, afirmando que “el que el recurrente presentara su denuncia varios meses después de haberse supuestamente producido los hechos y sin que previamente hubiera dicho nada sobre ellos en su primera comparecencia judicial no es tampoco razón determinante para negar toda credibilidad a la denuncia”*

En cuanto al hecho de que los informes médicos no reflejaran las posibles lesiones sufridas, el TC entiende que no resulta un argumento concluyente y carece de la fuerza suficiente para despejar toda sospecha:

“En segundo lugar, tampoco el hecho de que en los informes médicos tomados en consideración por el órgano judicial – en concreto, los efectuados el 17 de febrero por el servicio de urgencias y por el médico forense del Juzgado de Instrucción núm. 20 de Valencia – no se reflejaran

⁴¹ STEDH 28-9-2010, cit. nota 9





las posibles lesiones sufridas resulta un argumento concluyente, pues, como igualmente hemos afirmado, “la ausencia de signos de agresiones físicas carece de la fuerza suficiente para despejar toda sospecha, habida cuenta de que parte de los malos tratos denunciados, por sus propias características, pueden no dejar marcas o señales de su comisión” (STC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). Además -como destaca el Ministerio Fiscal-, no se ajusta a la realidad la afirmación de Juez de Instrucción de que la denunciante no informó al médico forense de los malos tratos, pues en el informe de 17 de febrero puede leerse que [la examinada] “indica que está cansada y que le han pegado en la cabeza”. De igual modo, y por idéntica razón, debe ser rechazada la contundente conclusión de la Audiencia Provincial de que el informe del médico forense “niega rotundamente el hecho que se denuncia”.

b) Cumplimiento de estos criterios en la práctica

Sería deseable que todos los poderes públicos se rigieran por los criterios expuestos, pues en ellos se concreta la doctrina que en esta materia tiene establecida la jurisprudencia constitucional y europea. Insistimos en que si bien estamos hablando de derechos cuya indemnidad, en última instancia, depende de la tutela judicial, los requisitos que señala la jurisprudencia para que ésta resulte efectiva resultan plenamente aplicables, por el efecto irradiante de los derechos fundamentales en que está basada, a la investigación interna que debe abrirse, en vía gubernativa, ante cualquier indicio de maltrato. Lamentablemente, no siempre es éste el caso en nuestro país, según se desprende de las observaciones formuladas por las instituciones internacionales, así como de la investigación aplicada.

Preocupación de las instituciones internacionales

Todos los organismos de las Naciones Unidas competentes en la materia vienen mostrando su preocupación por el modo en que tiene lugar la investigación y represión de los delitos de tortura en España⁴². El Relator Especial sobre la cuestión

⁴² Todos ellos parten de que el art. 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura no exige la presentación formal de una denuncia de tortura, sino que basta la simple alegación por parte de la víctima, para que surja la obligación del Estado de examinarla pronta e imparcialmente. Así lo recogen expresamente los *Principios para una investigación y documentación efectivas de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes*, recomendados por la Resolución 55/89 de la Asamblea General de 4 de diciembre de 2000.

de la tortura llamó la atención en el año 2004 sobre la *“ausencia de una política y de una práctica de investigaciones prontas e imparciales en materia de tortura y malos tratos”*⁴³. Cuatro años después, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo seguía mostrando su preocupación en esta materia en su informe al Consejo de Derechos Humanos. Citaba la condena a España por parte del TEDH a causa de dicha falta de investigación –desde entonces se ha producido otra sentencia en el mismo sentido-, así como la jurisprudencia constitucional reseñada anteriormente, haciendo mención especial a que *“la gravedad del delito de torturas y la especial dificultad probatoria en estos casos obligan a actuar con especial diligencia en las investigaciones judiciales”*⁴⁴.

Por lo que se refiere al Comité contra la Tortura, si bien en 1995 había desestimado una demanda interpuesta contra España por violación de los deberes que en esta materia impone el art. 13 de la Convención⁴⁵, diez años después entendió que las acciones del Estado habían sido contrarias a su obligación de adoptar medidas efectivas para prevenir actos de tortura. Así lo declaró en el caso de una persona torturada por miembros de la Guardia Civil que, tras ser condenados por los tribunales, habían sido indultados por el Gobierno español. El Comité observó que los agentes no habían quedado sujetos a un proceso disciplinario durante el transcurso del proceso penal, pese a que la gravedad de las imputaciones en su contra ameritaba la apertura de una investigación disciplinaria, lo que junto a la reducción de las penas y los indultos a los culpables le llevaron a concluir que España había violado la Convención⁴⁶. El Comité de Derechos Humanos, por su parte, observa con preocupación en su informe de 2008 *“... que continúan denunciándose casos de tortura y que el Estado parte no parece haber elaborado una estrategia global, ni haber tomado medidas suficientes para asegurar la erradicación definitiva de esta práctica...”*⁴⁷.

Investigación aplicada

El mismo criterio forma parte de las Recomendaciones Generales del CPT: Cfr. Extracto del 12º Informe General [CPT/Inf (2002) 15], pfo. 45.

⁴³ E/CN.4/2004/56/Add.2 de 6 de febrero de 2004

⁴⁴ Cfr. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo Cit. supra, nota 4, pfos. 37, 38.

⁴⁵ Comunicación nº 6/1990, ONU A/50/44 (1995).

⁴⁶ Comunicación nº 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 (2005)

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al art. 40 del Pacto, cit. supra nota 16, pfo. 13.



El estudio del Instituto Vasco de Criminología que hemos tomado como referencia dedica a este asunto el capítulo “Denuncias por vulneración de derechos interpuestas por detenidos (2000-2007)”. Aporta datos tan preocupantes como que los jueces, a la hora de investigar las denuncias de la muestra, sólo admiten en un 34 % de los casos una diligencia tan básica como la declaración del denunciante, solicitada en todos ellos por la acusación particular; el juez o el fiscal tampoco piden la identificación de los policías, y sólo en contadas ocasiones los testimonios del abogado de oficio que asistió a la declaración y el médico forense que vio al detenido, siendo inadmitidas en la mayoría de los casos las solicitudes que en tal sentido realiza la acusación particular; ésta se muestra también más diligente que la Fiscalía al pedir la declaración de los policías, que aún así no siempre se admite. Todo ello lleva a sus autores a poner en entredicho la existencia de una investigación exhaustiva de las denuncias por tortura interpuestas por personas detenidas como consecuencia de la aplicación de la legislación antiterrorista.

Cuestionamiento de las denuncias como parte de la estrategia terrorista

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

Así lo viene sosteniendo el Estado ante los tribunales y los distintos organismos de supervisión, tanto internos como internacionales, cada vez que es cuestionada la falta de investigación de este tipo de casos por parte de los propios cuerpos policiales, o su archivo en sede judicial sin practicar otras diligencias que recoger la versión de los denunciados. El argumento ha llegado a ser utilizado para justificar la no apertura de diligencia alguna de investigación, e incluso la interposición de querrelas contra quien las formule⁴⁸. No ha sido sin embargo admitido en ninguna

⁴⁸ Así lo sostuvo este año el Departamento de Interior del Gobierno Vasco con ocasión de la contestación a una denuncia de maltrato policial planteada ante el Ararteko, sobre la que esta institución emitió su resolución de 15 de junio de 2010, que entre otras consideraciones declaraba que tal planteamiento era incorrecto y representaba un retroceso en el sistema de garantías de la ciudadanía frente a la Administración Pública vasca: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_1990_3.pdf



de estas instancias, que responden insistiendo, en los términos expuestos, en la obligación de investigar que impone el art. 12 de la Convención contra la Tortura de la ONU, así como el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En fechas muy recientes, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en el Tribunal Constitucional han tenido ocasión de examinar la validez de este razonamiento. El Estado intentó hacerlo valer en sus alegaciones frente a la última demanda sobre la que Estrasburgo ha emitido sentencia en esta materia. El tribunal condena a España por el archivo sin investigación suficiente de una denuncia por torturas, y responde a las alegaciones de que ésta respondía a instrucciones de ETA, señalando que el citado art. 3 no prevé restricción alguna, aun en las circunstancias más difíciles; que la prohibición de la tortura o de penas y tratos inhumanos o degradantes es absoluta, sean cuales sean los actos que se reproche a la víctima; y que la efectividad de esa prohibición depende de la eficacia en la investigación de las denuncias presentadas en tal sentido⁴⁹. La tesis de que la denuncia *“solo puede obedecer a intenciones e impulsos espurios”* y, en consecuencia, *“debe ser atajada de raíz”*, formó parte también de la fundamentación del archivo de otra investigación por torturas sobre la que recientemente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que considera que dicha motivación resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes⁵⁰.

Los términos en que ambos tribunales plantean la cuestión la sitúan en el plano de los principios. Esto es, no puede admitirse que las directrices que en tal sentido pueda haber impartido ETA a sus miembros lleven a rechazar, o a privar de credibilidad, las alegaciones de tortura o maltrato presentadas por personas detenidas por su presunta relación con su actividad terrorista: si lo hiciéramos, estaríamos negando la posibilidad misma de que pueda existir maltrato a una persona detenida bajo dicha acusación, mientras que una condición fundamental para erradicar la lacra de la tortura es, precisamente, la aceptación de que dicha posibilidad existe. Así lo sostenía esta institución en su Declaración contra la Tortura de 2004, siendo éste el criterio que explica, asimismo, la actuación de la Fiscalía en los recientes casos en que ha pedido penas de cárcel para agentes a los que ha acusado de haber torturado a detenidos que, sin embargo, habían sido ya condenados como miembros de ETA.

⁴⁹ STDH 28 de septiembre de 2010, cit. *supra* nota 9, pfs. 50, 57, 34.

⁵⁰ STC 18 de octubre de 2010, cit. *supra* nota 9, FJ 4º



Pero el argumento del Estado tampoco resulta válido en el plano del razonamiento empírico, como revela un análisis pormenorizado de las alegaciones de tortura presentadas por personas a las que, entre los años 2000 y 2008, les fue aplicada la detención incomunicada. De los tres estudios que hemos tomado como referencia, los publicados por esta institución y por la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco se ocupan específicamente de examinar si cabe establecer una relación entre la pertenencia de una persona a ETA y la existencia o no de alegaciones de maltrato policial por su parte. Ambos responden en sentido negativo, pues no todas las personas sobre las que acaba recayendo condena firme por tal motivo habían alegado torturas, y una parte sustancial de las que las alegan terminan absueltas o viendo archivada la causa abierta contra ellas. Por su claridad expositiva, reproducimos aquí la tabla en que el último de los estudios citados resume algunos de sus datos más significativos al respecto:

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

Hallazgos esperables en base a la argumentación del Gobierno de España	Hallazgos encontrados en el presente Dictamen
Los tipos de tortura mencionados en el documento atribuido a ETA (“Hablar de interrogatorios, golpes, bolsa, bañera, potro, tortura psicológica”) deberían tener una frecuencia muy alta. Así mismo, el porcentaje debería ser similar para todos ellos. Por el contrario, los métodos de tortura no mencionados en el documento deberían tener una incidencia inferior a los que sí se mencionan.	La frecuencia de estos métodos en los testimonios /denuncias y en los informes médico forenses fue respectivamente: Golpes:..... 85%; 36% Bolsa:..... 36%; 14% Bañera:..... 1,4%;0,7% “Petro”:..... 0% ; 0% Interrogatorios:..... 43%; Tort. psicológica:..... 100%; 36% Existen numerosos métodos no mencionados en el documento que fueron alegados mucho más frecuentemente: posición anómala 73%; plantón 50%, exposición a ruido (44%), extenuación física 35%.
La distribución de los métodos de tortura en relación a las variables externas al detenido debería ser “al azar”, sin existir diferencias entre los detenidos por distintos cuerpos policiales ni entre varones y mujeres.	Las diferencias estadísticamente encontradas en muchas de las alegaciones analizadas remiten, en razón del cuerpo policial, a un patrón diferencial de conducta en relación al sexo del detenido

El estudio concluye que las instrucciones que ETA haya podido impartir a sus miembros no explican satisfactoriamente las alegaciones de maltrato o tortura de hecho presentadas, así como que su existencia se encuentra directamente relacionada con la duración de la incomunicación como factor de riesgo esencial (con independencia del resto de variables independientes), para lo que aporta un dato que entendemos elocuente en ambos sentidos: de entre las personas que resultan finalmente condenadas, la frecuencia de alegaciones de malos tratos / tortura no pasa del 52% cuando la duración de su detención incomunicada fue de \leq de 3 días; por el contrario, de entre las personas absueltas o no procesadas, el 70% alegó haber sufrido maltrato o tortura cuando la duración de su incomunicación había sido mayor de 3 días.



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

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

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

Existe toda una serie de medidas que pueden ser incorporadas por los poderes públicos, cada cual en el ámbito de su competencia, para reforzar el sistema de garantías. La detención incomunicada restringe, es cierto, determinados derechos que la ley otorga a la persona detenida, lo que impide a ésta exigir, por ejemplo, la asistencia médica o legal de alguien de su confianza. Ahora bien, ello no obsta para que los poderes públicos puedan poner en marcha, *motu proprio*, medidas que tengan como fin superar las carencias y déficits en la protección de la persona



detenida en régimen de incomunicación en lo relativo a la salvaguarda de los derechos que, aun incomunicada, le siguen asistiendo. Así sucede ya, de hecho, cuando se dispone que las visitas del forense se lleven a cabo dos veces al día, o que en ellas pueda estar presente un médico de confianza del detenido, o cuando se establecen mecanismos de garantía que la Ley no exige ni siquiera en caso de detención comunicada, como pueda ser la grabación en vídeo de su estancia en dependencias policiales.

Todas ellas, y algunas otras, han sido adoptadas en distintos momentos por instancias administrativas y judiciales, a través de un marco normativo de cumplimiento voluntario en el que tienen cabida protocolos, códigos de buenas prácticas, directrices y otros actos y documentos jurídicos. Es cierto que su incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta. Sin embargo, como sucede con otras expresiones del llamado *soft law* o “derecho blando” -por contraposición al “duro”, que permite su exigencia ante los tribunales-, no sólo vienen a reforzar las garantías frente a posibles abusos; representan asimismo formas de gestión administrativa, de cooperación entre instituciones y de relación de éstas con los ciudadanos que, tanto en éste como en otros ámbitos, ponen el foco en la importancia de la transparencia como vía para legitimar la actuación de los poderes públicos y generar confianza en los destinatarios de sus políticas.

Es ésta la vía mediante la que se han incorporado algunas de las recomendaciones garantistas de organismos de ámbito europeo y mundial (no en vano el *soft law* es una criatura del Derecho Internacional, y en especial de las organizaciones internacionales). También es el contexto en que han tenido acogida algunas de las formuladas por el Ararteko en esta materia⁵¹. Consideramos por ello que representa la vía adecuada para reforzar el sistema de garantías con el fin de superar las insuficiencias y déficits que, en los términos hasta aquí expuestos, sufre la protección de la persona sometida a detención incomunicada.

⁵¹ Así, las previstas en el Plan de Derechos Humanos del Gobierno español que no requieren modificación normativa (Cfr. *supra*, nota 3); También las recogidas en el Protocolo para la coordinación de actuaciones de la Ertzaintza, Osakidetza y el Instituto Vasco de Medicina Legal para la asistencia a personas detenidas en régimen de incomunicación; el Servicio de atención a los familiares de esas personas; o el Sistema de videograbación de personas detenidas, todos ellos regulados en anexos que se han ido incorporando a la instrucción nº 29 de la Viceconsejería de Seguridad del Gobierno Vasco. Varias de estas medidas vienen siendo adoptadas asimismo, en los términos del auto de 13 de diciembre de 2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por tres de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional).



4.1. Grabación audiovisual de la detención

La necesidad de reserva en la investigación de determinadas formas de delincuencia organizada está en la base, según se ha expuesto, de la justificación de la incomunicación por parte de la jurisprudencia constitucional. Ello no obsta, sin embargo, para que exista la máxima transparencia en lo que respecta a la interacción entre la persona detenida y los agentes que la custodian. Por ello esta medida viene siendo preconizada por todos los organismos internacionales de prevención⁵², de cuyas recomendaciones, y de las formuladas por esta Defensoría⁵³, cabe extraer las siguientes condiciones para que resulte efectiva:

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

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

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

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

⁵² CPT, Extracto del 12º Informe General [CPT/Inf (2002) 15] pfo. 36; Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 16-12-2008, cit. *supra* nota 4, pto. 34; Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre España de 19-11-2009, cit. *supra* nota 14, pto. 12.; Comité de Derechos Humanos, 30-10-2008, cit. *supra* nota 16, pto. 14

⁵³ Recomendación del Ararteko 81/1999, de 6 de octubre



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

En vista de la frecuencia con que las denuncias refieren que el maltrato comienza en el vehículo en que el detenido es trasladado, entendemos necesario que el sistema se extienda también a este espacio, con el fin de descartar tal posibilidad⁵⁴. Por otra parte, las observaciones del Comité contra la Tortura de la ONU recogen que “es especialmente importante que el previsto sistema de grabación cubra todas las dependencias policiales del país y que se instale en las celdas y sala de interrogatorio, y no sólo en las zonas comunes”. En aplicación de este criterio, entendemos que la necesidad de preservar la intimidad puede justificar que permanezcan sin grabar determinados espacios como el servicio, en la medida en que en ellos, también por razones de intimidad, la persona detenida no vaya a encontrarse acompañada por los agentes que la custodian. Por el contrario, si el carácter íntimo de las actividades que se llevan a cabo en un espacio no impide la presencia de los agentes en su interior –como puede ser el caso de las celdas o la habitación donde se proporcionan las comidas-, tampoco debería impedir en ellos esta medida garantista, siempre que no conste oposición expresa por parte del detenido.

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

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

En segundo lugar, y como esta institución viene sosteniendo reiteradamente, es imprescindible que exista un plazo general cierto que garantice la conservación del material grabado, de manera que éste permanezca a disposición de las instituciones de prevención, así como de las instancias judiciales y administrativas encargadas de

⁵⁴ En línea con la Recomendación General g) del Relator Especial sobre la Tortura , cuando afirma: *“Deberán adoptarse medidas preventivas específicas para asegurar que el derecho a la integridad física y mental se vea garantizado en todos los traslados, especialmente desde el lugar del arresto a las dependencias donde la persona permanecerá detenida en un primer momento”*, E/CN.4/2003/68, para. 26.



investigar las posibles responsabilidades administrativas y penales que pudieran derivarse de las actuaciones grabadas, durante el límite máximo de prescripción de las mismas. El incumplimiento de esta recomendación provocó que la investigación judicial de una denuncia, interpuesta a finales de mayo del presente año contra la Ertzaintza, no pudiera apoyarse en las imágenes de la estancia de la denunciante en comisaría, grabadas a principios de febrero: según nos indicó el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, no pudieron ser remitidas al Juzgado que las solicitó, pues habían sido destruidas transcurridos tres meses desde su grabación.

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

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

4.2. Asistencia letrada

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

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





hablar de un derecho efectivo a la asistencia letrada; el abogado de oficio puede describirse mejor como observador”⁵⁵.

Es fundamental a estos efectos la distinción entre, por un lado, el acceso a un abogado como parte del derecho de defensa y, por otro, como garantía frente al maltrato, que es a lo que se refiere la recomendación: *“19. El CPT ha indicado con claridad que el objetivo del pleno derecho de acceso a un abogado, en los términos que propugna el Comité, no está vinculado a cuestiones relacionadas con el debido proceso o el derecho de defensa; está dirigido a la prevención del maltrato. Para que esta salvaguarda sea efectiva, debe garantizarse el acceso a un abogado desde el mismo comienzo de la detención, y la persona y su letrado deben poder reunirse en privado”*.⁵⁶

A pesar del tiempo transcurrido, el CPT se ha visto obligado a constatar el incumplimiento de sus recomendaciones en este sentido, así como a reiterarlas en todos sus informes. En el último publicado, señala a este respecto: *“obviamente, el actual marco legal relativo al derecho a la asistencia letrada no garantiza que, en la práctica, el detenido pueda hacer uso del derecho a acceder a un abogado y al derecho a hablar privadamente con él desde el mismo momento de la privación de libertad de la persona”*. El informe se lamentaba de que en España la presencia letrada no se producía, aun en la detención comunicada, hasta que el abogado es llamado por la Policía para asistir a la declaración del detenido, y que su contenido *“se limitaba, en general, a la pasiva presencia del abogado mientras se tomaba y firmaba la declaración del detenido”*. En opinión del CPT, esta presencia letrada, sin haber tenido la posibilidad de una consulta previa con su cliente, *“puede ser muy escasa y tardía para que tenga el efecto necesario por lo que se refiere a prevenir el maltrato”*. Y añade: *“Ha de tenerse en cuenta que, en la experiencia del CPT, es en el momento inmediatamente posterior a la privación de libertad cuando el riesgo de intimidación y maltrato físico es mayor. Consiguientemente, la posibilidad de que las personas tengan rápido acceso a un abogado desde el mismo comienzo de su privación de libertad constituye una salvaguarda fundamental contra el maltrato. La existencia de esa posibilidad ha de producir un efecto disuasorio sobre quien tuviera intención de maltratar al detenido; más aún,*

⁵⁵ CPT, Informe al Gobierno Español sobre la visita a España de 1 a 12 de abril de 1991, cit. *supra* nota 10, ptos. 50-52.

⁵⁶ Cf. CPT/Inf (2000) 5, pfo. 19.



*un abogado se encuentra en la mejor posición para actuar en caso de que el maltrato, de hecho, tenga lugar”.*⁵⁷.

El Gobierno español, en su respuesta al CPT en este punto, anuncia gestiones ante los Colegios de Abogados para reducir el plazo en que éstos, una vez requeridos por la Policía para asistir a la declaración del detenido, han de personarse en sus dependencias.

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

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

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

⁵⁷ CPT, Informe al Gobierno Español sobre la visita a España de 12 a 19 de diciembre de 2005, cit. *supra* nota 10, ptos 21, 24, 50.





*asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios...*⁵⁸ En el mismo sentido, el TC se refiere a *"...la asistencia de Abogado, garantía ésta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido"*⁵⁹.

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

De hecho, así lo da a entender el propio Estado en sus respuestas al Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas: *"Además, durante el plazo que establece la ley para que dicho abogado efectúe su comparecencia en dependencias policiales, no se le pueden hacer preguntas al detenido, ni practicar con el mismo diligencia alguna. Además, desde el mismo momento del arresto, se informa al detenido de que tiene derecho a guardar silencio y a un reconocimiento médico"*⁶⁰. Una vez más, si lo que se trata de garantizar con ello es que no existan coacciones sobre el detenido para orientar su declaración, carecería de sentido que no se le pudieran hacer preguntas a partir del momento en que la Policía avisa al Colegio de Abogados para que el letrado asista a la misma – que es cuando comienza a correr

⁵⁸ STC 196/1987, de 11 de octubre, FJ 5º.

⁵⁹ STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6ºC

⁶⁰ Respuesta a la lista de cuestiones que debieron abordarse al examinar el quinto informe periódico del Gobierno de España, CCPR/C/ESP/Q/5/Add.1, 14 de octubre de 2008, pregunta 2ª, pg. 9





el plazo del art. 520.4 LECr- pero sí con anterioridad, por lo que ha de entenderse que la interdicción de los interrogatorios previos sin presencia letrada existe desde el primer momento de la detención, como consecuencia de una interpretación de la ley respetuosa de la doctrina jurisprudencial expuesta y en línea con las recomendaciones de los organismos internacionales a las que nos hemos referido.

Todo ello nos lleva a hacer nuestra la recomendación que, además del CPT, le formuló a España también el Comité contra la Tortura de la ONU en noviembre de 2009, así como en octubre de 2008 su Comité de Derechos Humanos⁶¹, para que los poderes públicos faciliten el acceso del detenido incomunicado al abogado que le sea designado de oficio desde el inicio de la detención, y que pueda estar presente en todo interrogatorio que se le practique.

4.3. Los exámenes forenses

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

Tampoco en esta materia ha cumplido el Estado sus recomendaciones, lo que en opinión del TEDH condiciona la validez de un examen médico como medida efectiva de garantía. Así lo ha establecido recientemente en su sentencia de 28 de septiembre de 2010, en la que declara que España ha violado la Convención Europea contra la Tortura por no haber investigado suficientemente una denuncia en tal sentido⁶². El Tribunal llama la atención sobre los informes del CPT sobre España relativos a las visitas de diciembre de 1998 y julio de 2001, así como el publicado en 2007 en relación con la visita de 2005, para afirmar:

⁶¹ CAT/C/ESP/CO/5, pfo. 12; CCPR/C/ESP/CO/5, pfo. 14

⁶² STEDH 28 de septiembre de 2010, cit. *supra* nota 9, pfos. 37- 40



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

El Protocolo al que se refiere el TEDH es el aprobado por el Ministerio de Justicia el 16 de septiembre de 1997 para su uso por los médicos forenses en el reconocimiento de los detenidos. Establece que los informes tendrán carácter confidencial, y que deberán recoger, tras los datos identificativos, otros tres apartados: la historia clínica del detenido; el resultado del reconocimiento médico – incluyendo, en su caso, tratamiento o pruebas complementarias que el médico considere oportuno prescribir; y una hoja de evolución, a rellenar en cada nuevo reconocimiento. En los informes que cita la sentencia reseñada, así como en el posterior a su visita de 2003, el CPT había considerado que es insuficiente y solicitaba su modificación, básicamente en tres sentidos⁶³:

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

Es decir, lo que el CPT reprocha en esencia al Protocolo de 1997 es su falta de perspectiva clara sobre la finalidad del examen médico al detenido incomunicado, que no es sólo –ni fundamentalmente- asistencial: ante todo representa una garantía de la integridad física y moral del detenido –tanto para éste como para la Policía-, por lo que es necesario que el forense pregunte específicamente al

⁶³ Informes del CPT a España tras sus visitas de 1998, pfs. 25, 26; 2001, pfo. 9; 2003, pfs. 24, 25, cit. *supra*, nota 10.



respecto, que consigne la respuesta y, sobre todo, que aporte su opinión cualificada sobre el grado de coherencia entre las eventuales alegaciones de maltrato y las evidencias encontradas.

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

La cuestión aparece reflejada en diversos informes publicados en los últimos cinco años por organizaciones no gubernamentales, tanto nacionales como internacionales, de defensa de los Derechos Humanos⁶⁴. El Estado, por su parte, ha respondido a las dudas planteadas en los foros internacionales sobre el cumplimiento de la norma recordando, una vez más, el contenido de la norma: así, ante las preguntas que le fueron formuladas al respecto por el Comité contra la Tortura de la ONU, sostiene que todos los médicos forenses han de aplicar el Protocolo del Ministerio de Justicia, y que sus informes recogen todo tipo de informaciones relevantes a estos efectos para el juez, las mismas para cuya documentación el Protocolo no resulta, a juicio del CPT, un instrumento adecuado⁶⁵.

Ante esta discrepancia, la referencia de esta institución serán los resultados que ofrece la investigación aplicada más reciente. En este ámbito nos parece ineludible un estudio que vio la luz en octubre de 2008 en una de las publicaciones de mayor prestigio a nivel mundial en materia de medicina forense, y que evaluaba la calidad de los informes forenses elaborados en la Audiencia Nacional⁶⁶. Analiza, a la luz de

⁶⁴ Cfr. *supra*, nota 19.

⁶⁵ Cfr. *supra*, nota 14, respuesta del Estado a la pregunta 16ª.

⁶⁶ H.D. Petersen et al., “Assessment of the quality of medical documents issued in central police stations in Madrid, Spain: the doctor’s role in the prevention of ill-treatment”, *Journal of Forensic Science* 2002, 47:293-298. ; Mismos autores, “A follow-up investigation on the quality of medical documents from examinations of Basque



los estándares internacionales en la materia, el contenido de 425 exámenes médicos preventivos de personas incomunicadas en el periodo 2000-2005, comparándolo con una investigación similar, llevada a cabo por los mismos autores en el año 2002, sobre 318 informes elaborados en el periodo 1991-1994. La solvencia y relevancia internacional de ambos trabajos vienen acreditadas, por un lado, por haber sido reconocidos y publicados en medios de alta cualificación profesional; por otro por venir firmadas, entre otros autores, por uno de los expertos cuyo reconocimiento mundial le lleva a asesorar el trabajo del Subcomité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas.

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

1. Los informes analizados no sólo no se ajustan a las recomendaciones del CPT, sino que en la mayoría de las ocasiones sucede como en el caso recogido en la última sentencia del TEDH que hemos citado: ni siquiera siguen el formato del Protocolo del Ministerio de Justicia. El 85% de ellos carece incluso de estructura formal.

incommunicado detainees. The role of medical doctors and national and international authorities in the prevention of ill-treatment and torture", *Forensic Science International* 182 (2008) 57-65.



2. En cuanto al contenido, hay una ausencia total de conclusiones en relación al grado de probabilidad del maltrato alegado; el 40% de los informes no incluían información sobre presencia o ausencia de alegaciones de maltrato, ni el 34% sobre el estado subjetivo de salud del detenido; en el 49% no existe información relevante sobre el resultado del examen físico, y el 36% de los que reflejan signos recientes de violencia no aportan conclusiones sobre su data ni origen.
3. Todo ello es atribuido por los autores del estudio a una serie de factores: omisión de un protocolo formal; falta de instrucciones a los forenses sobre su papel de salvaguarda de los derechos de las personas a las que examinan; falta de aplicación de procedimientos elementales de diagnóstico; falta de supervisión profesional cualificada; y falta de armonización de la práctica médica y de planes o programas de intercambio para la formación.

Es necesario tomar conciencia de esta situación y actuar en consecuencia. A ello puede contribuir, en nuestra opinión, la aportación del Instituto Vasco de Medicina Legal, reflejada en la ponencia presentada este mismo año por uno de sus forenses –y suscrita por su Director- en el curso que al respecto tuvo lugar en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia⁶⁷. Tomándola como referencia, señalaremos las siguientes líneas de actuación, en línea con las recomendaciones del CPT, a efectos de asegurar la eficacia de los reconocimientos forenses para el contraste de eventuales alegaciones de maltrato:

- **Que exista un protocolo de obligado cumplimiento.**
 - Su contenido y estructura habría de estar en consonancia con los estándares internacionales expuestos.

⁶⁷ B. Morentín, *Protocolo de reconocimiento forense de detenidos incomunicados. Experiencia del Instituto Vasco de Medicina Legal*, Curso “La detención. Protocolo de reconocimiento médico-forense”, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid 22 y 23 de junio de 2010. Dicho Protocolo es el que siguen los forenses vascos para examinar a las personas detenidas en régimen de incomunicación bajo custodia de la Ertzaintza. Constituye el primer documento a nivel estatal que, siguiendo las recomendaciones del CPT, marca unas guías mínimas sobre la extensión y la calidad de los reconocimientos médico-forenses a personas detenidas, con el objetivo de servir como guía profesional en la valoración de detenidos que aleguen torturas o malos tratos, así como de formulario para describir los hallazgos a las autoridades judiciales.

- Asegurando que tanto los reconocimientos como sus correspondientes informes se ajusten al mismo mediante supervisión profesional cualificada
- Avanzar hacia la implementación de las directrices y prácticas recogidas en el Protocolo de Estambul, de modo que los y las forenses trabajen en base a sus estándares para la valoración de personas que aleguen haber sufrido tortura, para la investigación legal de la tortura, su documentación y comunicación de los hallazgos a las autoridades⁶⁸.
- **Tener en cuenta que la ausencia de lesiones físicas objetivables a primera vista no excluye la práctica de la tortura o el maltrato, del mismo modo que la presencia de marcas o lesiones tampoco debería ser interpretada como evidencia de que la tortura alegada es cierta⁶⁹.**
 - Solicitar las pruebas complementarias que sean necesarias en función del tipo de maltrato que sea alegado⁷⁰.
 - tener presente que la dificultad de detectar la tortura psicológica no disminuye el daño que ésta produce ni sus efectos en el tiempo, como hemos visto señala la jurisprudencia constitucional. Precisamente uno de los seis grandes capítulos del Protocolo de Estambul está dedicado a los signos psicológicos indicativos de tortura.

⁶⁸ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul)*, Nueva York y Ginebra, 2001. La Comisión (actual Consejo) de Derechos Humanos lo señaló como herramienta para combatir la tortura en su resolución de 23 de abril de 2003, al igual que el Relator Especial sobre la tortura en sus Recomendaciones Generales de 2003.

⁶⁹ A partir de la STEDH *“Irlanda contra Reino Unido”* de 18-1-78 (Caso nº 5310/71), la jurisprudencia identifica como tratos inhumanos un repertorio ampliamente documentado de prácticas que no dejan huellas ni incluyen golpes, conocido como las “cinco técnicas”: mantener al detenido durante largo tiempo en posturas forzadas o de pie contra la pared, en ocasiones con el peso soportado sobre los dedos; encapuchar al detenido o técnicas similares de desorientación o privación sensorial; generar estrés en el detenido con ruido, ya sea constante o mediante un silbido previo a los interrogatorios; falta de sueño; alimentación escasa.

⁷⁰ La ponencia del IVML señala como ejemplo que la alegación por parte del detenido de haber sido obligado a realizar ejercicios físicos extenuantes –de hecho, una de las alegaciones más frecuentes–, o de haber recibido numerosos golpes, podría ser contrastada mediante un examen de las enzimas musculares en el suero.



- **Que se impartan instrucciones precisas sobre la función del reconocimiento forense en esta materia, en el sentido más arriba expuesto.**
- **Que existan planes de formación especializada y programas de intercambio para los médicos encargados de esta labor, de manera que posean conocimientos actualizados para el diagnóstico de torturas, tanto físicas como psíquicas, y para la valoración de sus secuelas**
- **En la medida en que los y las forenses actúen por delegación de la autoridad judicial encargada de velar por la integridad de la persona detenida, a ellos debería corresponder la determinación del lugar y momento de los reconocimientos o pruebas que a tal efecto sea necesario practicar, dentro siempre de la periodicidad que el Juez establezca. En este sentido, y con objeto de que el primer reconocimiento médico al detenido tenga lugar antes de su traslado a dependencias policiales, es necesario que el exhorto del Juzgado que así lo ordena sea remitido –lo que no es siempre el caso, según hemos comprobado- con la suficiente antelación.**
- **Una fórmula que se constata como eficaz en esa actuación autoridad judicial-profesional forense, es la de que existan cauces abiertos y fluídos de relación entre los mismos, que favorezcan la solución de dudas en el caso concreto, así como la información inmediata de cualquier sospecha de actuación policial indebida, en los términos expresados en este documento, evitando el recurso habitual al fax como vía de interrelación.**
- **Es asimismo recomendable que en el equipo forense participe un forense que ya haya participado en el primer examen médico, y otro profesional nuevo, y así sucesivamente, y que los exámenes se realicen en las dependencias de los Institutos de Medicina Legal.**
- **Asegurar la confidencialidad del examen médico, de manera que éste no sea visto ni oído por los agentes de custodia, a no ser que lo solicite expresamente el personal sanitario**



- **Permitir que el detenido, además de ser examinado por el médico forense, lo sea también, y en presencia de éste, por un médico designado por el detenido⁷¹.** Con ello, además de ampliar el espectro de control y cuidado médico, se evitaría el cuestionamiento tanto de la actuación policial, como de la del propio profesional forense.

4.4. Comunicación a la familia

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

43. El derecho de una persona detenida a notificar su detención a una tercera parte debería garantizarse en principio desde los primeros momentos de la detención. Por supuesto, el CPT reconoce que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a ciertas excepciones, a fin de proteger los intereses legítimos de la investigación policial. Sin embargo, tales excepciones deberían definirse claramente y limitarse estrictamente en el tiempo, y el recurso a tales excepciones debería estar acompañado por garantías apropiadas (por ejemplo, cualquier retraso que se produzca respecto de la notificación a un familiar o a una tercera parte sobre la detención debe figurar por escrito e incluir las razones que lo hayan motivado, y debe contar con la aprobación de un funcionario superior de policía no relacionado con el caso, o de un fiscal)⁷².

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

⁷¹ Tanto este punto como el anterior, recogidos en el pto. 42 de las Recomendaciones Generales del CPT [CPT/Inf (2002) 15], así como en las del Comité contra la Tortura y la Relatoría sobre la Tortura de la ONU. El Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España prevé únicamente la presencia junto al forense de un facultativo designado por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Cfr. *supra*, nota 3.

⁷² CPT, Extracto del 12º Informe General [CPT/Inf (2002) 15], rec. 43.



forma de hacerle llegar las medicinas que pudiera necesitar, bajo prescripción facultativa.

- **Entendemos que, en todo caso, la información que se facilite al respecto debe incluir el lugar donde se encuentra la persona detenida⁷³. Consideramos asimismo conveniente la grabación de las llamadas mediante las que se preste este servicio, con objeto de contrastar su eficacia para atender la citada necesidad.**

4.5. Prácticas policiales

La transparencia en la interacción entre la persona detenida y los agentes que la custodian exige, por último, llamar la atención sobre diversos aspectos relacionados con las prácticas policiales durante la detención, con el fin de asegurar su ajuste a las recomendaciones internacionales⁷⁴ y criterios jurisprudenciales expuestos:

- **Registro puntual en el libro de registro de la detención de todas las diligencias que se practiquen con el detenido desde el momento de su arresto,**
 - incluyendo tanto los traslados de que sea objeto fuera de las dependencias policiales –reconocimientos, examen médico, etc.– como dentro de éstas.
 - especificando tanto el motivo de cada actuación (evitando descripciones genéricas del tipo “practicar diligencias”) como el momento y el lugar en que se produce, de manera que sea posible contrastar la descripción consignada con la grabación audiovisual de la custodia policial.
- **Identificación de los agentes: la eficacia de la investigación de eventuales abusos requiere la posibilidad de identificar a los agentes que hayan tenido contacto con el detenido en cada momento. Para ello es recomendable**

⁷³ Así lo solicita expresamente el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en el punto 12 de sus Observaciones Finales a España de noviembre de 2009, cfr. *supra* nota 14. Y así se lleva a cabo, de hecho, en virtud del protocolo seguido en la Audiencia Nacional por determinados Juzgados Centrales de Instrucción, cfr. *supra* nota 51

⁷⁴ Para una exposición sistemática de las del CPT, cfr. *supra*, nota 12.





- Que durante la custodia vistan uniforme que muestre un número o referencia que lo identifique en el registro de cada actuación⁷⁵, y que puede ser variable y no coincidir con el suyo profesional, con el fin de preservar su seguridad.
 - Que al indicar en el libro de registro de la detención cada diligencia que se practique con el detenido, dicho número o referencia identificativos aparezcan recogidos en relación con todos los agentes que tomen parte en ella, y no únicamente con el responsable del correspondiente turno de custodia.
 - Que la toma de declaración comience con una identificación de los agentes intervinientes, de manera que el letrado asignado al detenido pueda comprobar, por el medio que se entienda más conveniente para preservar la seguridad de aquellos, la exactitud de los datos reflejados al respecto en el acta.
-
- **No mantener al detenido con la cabeza cubierta, no obligarle a mantener la cabeza baja ni a adoptar posturas forzadas.**
 - **Permitir el descanso nocturno del detenido sin interrupciones, disponiendo que las comidas le sean proporcionadas a lo largo del día de manera regular y de acuerdo con el horario natural de cada una de ellas.**

⁷⁵ El propio Estado sostiene que la posibilidad de identificación numérica de los agentes por parte de los ciudadanos representa una mejora de las garantías frente a eventuales abusos. Así lo manifestó a preguntas del Comité contra la Tortura de la ONU, al señalar que dicha medida está vigente tras la entrada en vigor de la Instrucción 13/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad: *“Contempla la obligación de todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que vistan uniforme, incluidos los miembros de unidades especiales como los antidisturbios, de llevar sobre sus prendas de uniformidad y en lugar claramente visible su número de identidad personal, lo que permite mejorar las garantías de los ciudadanos al poder identificar en todo momento, a través de dicho número, a los funcionarios policiales evitando que se puedan producir actuaciones incorrectas amparadas en el anonimato.”* (cfr. *supra*, nota 14, pg. 21). El gobierno autonómico catalán aprobó en el mismo sentido el Decreto 217/2008 del 11 de noviembre. Los agentes de la Ertzaintza, en cambio, no llevan ningún número de identificación en su uniforme.



4.6. Protocolos de público conocimiento

Entendemos que resulta conveniente que las medidas y mecanismos garantistas sean recogidos en Protocolos o Decisiones que permitan un seguimiento de su implementación. Resulta, igualmente, importante, que dichos Protocolos y Decisiones sean hechos públicos, con el objeto de que su contenido sea conocido, tanto por las personas detenidas, sus abogados y familiares, como por toda la sociedad.

