

¿RESULTA ADMISIBLE LA EXISTENCIA Y APLICACIÓN DEL DENOMINADO “PROTOCOLO DE INCOMUNICACIÓN” A PRESUNTOS MIEMBROS DE ETA EN NUESTRO PROCESO PENAL?

MARTA DEL POZO PÉREZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal.

Universidad de Salamanca.

I.- Introducción

He de indicar que el objeto de este trabajo no es estudiar ni pronunciarme sobre la existencia de la detención incomunicada y su regulación en nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo tanto, no voy a detenerme en la conveniencia de mantener o no la vigencia de esta clase de detención, cuestionada frecuentemente -sobre todo por algunos sectores- a raíz, entre otras cuestiones, del informe realizado por el relator especial de las Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

Voy a partir, por tanto, de la base de que la detención incomunicada existe con una concreta regulación en nuestro proceso penal desde su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 1988.

Así pues, el objeto de esta comunicación será el análisis y reflexión crítica sobre la existencia en nuestro proceso penal de un denominado -en términos coloquiales- “Protocolo de incomunicación” que se aplica, en determinados casos que indicaré después, a la detención de presuntos miembros de ETA.

El origen de dicho protocolo se remonta a una Junta de Jueces a la que se convocó a los titulares de los seis Juzgados Centrales de Instrucción que existen en nuestra planta jurisdiccional con el objeto de abordar la detención incomunicada y su control por parte de la autoridad judicial. En aquel encuentro no se llegó a un acuerdo unánime sobre esta cuestión.

Debido al desacuerdo expuesto en el párrafo anterior se ha producido en esta materia una escisión entre los Juzgados Centrales por la que tres de ellos, en concreto los Juzgados Uno, Cuatro y Cinco, decidieron aplicar las propuestas efectuadas en la citada Junta de Jueces para efectuar una actuación común que se aplicaría a los presuntos terroristas detenidos e incomunicados en el transcurso de las investigaciones que les correspondieran por normas de competencia y reparto.

Los titulares de los otros tres Juzgados Centrales de Instrucción optaron por seguir rigiéndose exclusivamente por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin adoptar, por tanto, medida adicional alguna de las expresadas por el resto de sus compañeros.

Si bien se habla de un “Protocolo de Incomunicación”, en realidad éste no existe físicamente como tal, es evidente que no puede ser así si a su vez el acuerdo entre todos los Juzgados Centrales no existe, sino que su contenido se manifiesta a través de un auto de incomunicación modelo que adoptan los Jueces Centrales que lo pusieron en marcha.

Esta resolución judicial contiene una serie de medidas relativas al desarrollo y transcurso de la incomunicación que como hemos citado anteriormente son pactadas por los magistrados de los Juzgados Centrales 1, 4 y 5.

Soy consciente de que lo que acabo de exponer no es conocido por un amplio sector doctrinal, puesto que las referencias a este “Protocolo” son muy escasas, me atrevería a decir que casi inexistentes, en estudios relativos a la detención o a la incomunicación; lo mismo sucede con las citas jurisprudenciales.

Un ejemplo de la existencia de estas referencias, aun siendo escasas es la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 30 de diciembre de 2010, pendiente de recurso de casación, que condena a cuatro guardias civiles por torturas graves a los miembros de ETA Igor Portu Juanena y Mattin Sarasola Yarzabal, condenados como autores del atentado de la T-4 por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sí hace referencia a este “Protocolo” al indicar lo siguiente: “En el informe del TAT, (Tortuaren Aurkako Taldea), con motivo de la conmemoración del "Día contra la Tortura", jornada instituida por el entramado radical para conmemorar el 28 aniversario del fallecimiento de dos militantes de ETA, *se hace constar que, a pesar de las nuevas medidas puestas en marcha por el J.C.I. nº5 de la A.N. conocidas como el 'Protocolo Garzón'*¹, se siguen practicando torturas y malos tratos a los detenidos. Se consigna el relato del miembro de ETA, Gaizka Jareño Ugarriza, en el que a raíz de la intervención de la comunicación mantenida por este preso con tres amigos que acudieron a visitarle, se conoce que no sufrió tales torturas.”

Por lo expuesto, considero de utilidad en este momento, para enriquecer el texto de este trabajo y facilitar la comprensión del contenido del mismo, adjuntar el ya citado Auto-modelo de incomunicación:

¹ La cursiva es mía.

También se utiliza la expresión “Protocolo Garzón” en medios de comunicación del País Vasco como *Gara* o *EITB* y en el entramado de asociaciones que postulan la supresión de la detención incomunicada, con fundamento en esas pautas de control que se incluyen en el “auto modelo” de incomunicación.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN

NÚMERO

AUDIENCIA NACIONAL

MADRID

Procedimiento: Diligencias Previas

Delito: Terrorismo

AUTO

En Madrid, a

HECHOS

PRIMERO.- El día de la fecha ha sido comunicada a este Juzgado la detención de , solicitando la ratificación de la incomunicación de la mismos en base a las alegaciones que en la solicitud se expresa.

SEGUNDO.- Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal el mismo ha emitido informe en el sentido de que procede decretar la incomunicación solicitada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Vistas las razones expuestas por la mencionada autoridad policial para solicitar la incomunicación de dicho detenido, atendiendo la necesidad de tal medida para la más completa investigación de los hechos de conformidad con lo establecido en el artículo 520-bis, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y visto, además el contenido de los artículo 506, 520 y 527 de dicha Ley, procede decretar la incomunicación del detenido por el tiempo máximo de la detención, debiendo asimismo ser reconocido por el médico forense del Juzgado de ... y emitir el oportuno informe.

La misma se fundamenta y justifica en el hecho de

SEGUNDO.— La incomunicación de los detenidos es una medida excepcional y restrictiva de los derechos de defensa del detenido por lo que las medidas de control deben extremarse, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución española para evitar cualquier posibilidad de malos tratos, inhumanos o degradantes (arts. 10.2 y 96.1 de la C.E.), y los tratados internacionales de los que España es parte (Art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1.950, reglas 31 y 32 de las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (aprobadas por el Consejo Económico y Social en resoluciones de 1.957 y 1.977), Art. 7 y Art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966; Art. 2 de la declaración contra la tortura de 1.975; el Art. 5 del Código de la conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1.979; los Arts. 2.1 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1.984, entre otros. Lo anterior no se hace porque este Juzgado tenga sospecha de tortura o malos tratos, sino para prevenir la propia acción de los funcionarios y los derechos de los detenidos. En este sentido se consideran necesarias una serie de limitaciones a la incomunicación, en cuanto esta medida subsista y se aplique, como ahora, a casos de terrorismo.

De entre ellas la más importante es la referida a la grabación en sistema de video o digital de las celdas en las que se mantengan detenidos a los imputados, preservando su intimidad, pero de forma que quede constancia de la situación del detenido durante su incomunicación.

Vistas las disposiciones citadas y demás de general aplicación,

DISPONGO

- DECRETAR la incomunicación del detenido
- Requerir a la Policía para que procedan a la grabación en soporte de DVD o video, que quedará a disposición de este Juzgado del lugar de detención y condiciones del mismo, del detenido durante todo el tiempo que permanezca este en dicha situación, y como

medio de acreditar el desarrollo de la detención incomunicada ordenada por este Juzgado.

— Por el Sr. Médico Forense del Juzgado de ... se reconozca al mismo e informe sobre su estado.

— Que por la fuerza policial se de cuenta al Juzgado de cualquier incidencia que se produzca durante la detención del imputado, en particular sobre la situación del mismo cada 12 horas, y siempre que fuera necesario. Todo ello sin perjuicio de que el Instructor pueda constituirse en el lugar a conocer dicha situación en cualquier momento.

— Que el detenido pueda ser examinado por médico de su elección, si así lo solicita, en unión con el médico forense adscrito a dicho Juzgado, quien girará visitas al mismo cada 12 horas máximo y siempre que fuere necesario.

— Que se informe al Juzgado de las características del lugar de detención y tiempo de permanencia en el mismo del detenido sin contacto con persona alguna.

— Se deberá comunicar a la familia del detenido del lugar de detención y traslado que se produzcan.

Así lo acuerda, manda y firma D./D^a , Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción n° de la Audiencia Nacional .- Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado, doy fe.

II.- ¿Resulta admisible la existencia y aplicación del denominado “protocolo de incomunicación” a presuntos miembros de ETA en nuestro proceso penal?

Una vez expuesto el objeto de este trabajo ha llegado el momento de responder a la pregunta que da título al mismo. Debo expresar, en este sentido, un absoluto y rotundo no; considero totalmente inadmisibile la existencia del citado Protocolo así como su vigencia y aplicación por tres de los seis Juzgados Centrales de Instrucción.

Trataré de justificar mi frontal y total oposición con fundamento en las siguientes razones:

1.- Lesión del derecho fundamental a la igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución².

Este principio está íntimamente unido a la idea misma de proceso. Está elevado a derecho fundamental por el art. 14 de la CE, que prohíbe cualquier tipo de desigualdad que carezca de fundamento “objetivo y razonable”.

Desde el punto de vista sustantivo, garantiza la igualdad en aplicación de la ley -es decir, igualdad jurídica-. Conjuguar este principio con el de seguridad jurídica (art. 9.3) exige la existencia de una jurisprudencia uniforme o una interpretación uniforme de la ley que exige la igualdad de trato de los ciudadanos ante casos iguales.

La igualdad en la aplicación de la ley por los tribunales implica que ante casos iguales se exige una igualdad de trato, y las diferencias requieren una proporcionalidad de trato jurídico, así como justificación y motivación³.

En este sentido, resulta paradigmática la STC. 76/1990 de 26 abril que indica lo siguiente: “Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue:

² En lo relativo a la tutela judicial del derecho de igualdad puede consultarse MARTÍN DIZ, “Tutela judicial del derecho de igualdad entre mujeres y hombres y sus repercusiones procesales”, en *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*, edit., FIGUERUELO BURRIEZA, 2008, Comares, Granada, 2008, págs. 267-300.

³ Vid. en sentido la STC 78/1984 de 9 julio que indica lo siguiente: “La igualdad ante la ley reconocida en el artículo 14 de la Constitución es, en primer término, igualdad en la configuración del texto legal, lo que significa que a la identidad de supuestos de hecho debe acompañar identidad en los efectos o consecuencias jurídicas; que la identidad en los supuestos de hecho no se rompe cuando se introduce para tratar de diferenciar los elementos o circunstancias carentes de razonable justificación, y que cuando se produce la diferenciación debe guardarse proporcionalidad en el tratamiento jurídico. La igualdad de que trata el artículo 14 de la Constitución es también, sin duda, igualdad en la aplicación de la ley por los órganos encargados de ello.”

a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable;

b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional;

c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados;

d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.”

A la luz de esta doctrina, podemos afirmar que la existencia y aplicación de este Protocolo de incomunicación por parte de tres de los seis Juzgados Centrales de Instrucción genera lesiones al derecho de igualdad tal y como se interpreta de manera suficientemente consolidada por nuestro Tribunal Constitucional. Me explico, a supuestos iguales, la detención incomunicada de presuntos terrorista de ETA, se aplican consecuencias jurídicas diferenciadas.

Esto sería admisible desde el punto de vista de la Norma fundamental si la discriminación o tratamiento diferenciado tuviese una justificación objetiva, motivada y razonable. He de indicar que, a mi juicio, esto no existe. ¿Está justificado, es objetivo y es razonable que la aplicación del auto modelo dependa de qué Juzgado Central de Instrucción resulte encargado de efectuar las diligencias? Sinceramente pienso que no.

Lo mismo puede afirmarse de la decisión de los citados Jueces Centrales de aplicar a la incomunicación parámetros, que como abordaré después, se alejan tanto de la letra como del espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que desvirtúan la esencia de la detención incomunicada elevando a la categoría de norma con rango de Ley lo que en realidad es un acuerdo interno adoptado por tres jueces.

Por lo expuesto, se lesiona el derecho de igualdad, ya que ante supuestos iguales se exige un trato idéntico. Hay que tratar igual lo igual y desigual lo desigual; en este caso la detención incomunicada de un presunto miembro de

ETA debe regularse por las mismas normas, con independencia del Juzgado que haya decretado dicha incomunicación. Y tales normas no pueden ser otras, por estar hablando de derechos fundamentales -en este caso de la libertad- que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en este punto tiene rango de Ley Orgánica.

2.- Vulnera la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues algunas de las medidas que se adoptan en el auto se oponen frontalmente al contenido de los artículos 520.2 y 527 de la citada norma.

En mi opinión, el contenido del auto quebranta claramente el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; siendo una resolución judicial que no respeta las normas legales en las cuales se enmarca. Esta lesión, a mi juicio, es doble, veamos:

Por un lado el art. 520.2, entre los derechos del detenido, determina que existe el *derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.*

El contenido del auto, sin embargo, delimita que *el detenido pueda ser examinado por médico de su elección, si así lo solicita, en unión con el médico forense adscrito a dicho Juzgado, quien girará visitas al mismo cada 12 horas máximo y siempre que fuere necesario.*

Esto equivale al derecho a ser reconocido por “un médico de confianza”. Leyendo el artículo anteriormente citado en el que se reconoce el derecho del detenido a ser reconocido por el médico forense, se colige que éste deberá efectuar el examen de manera prioritaria, si éste no pudiera lo realizaría, en segundo lugar su sustituto legal; si esto también fuera imposible se arbitra la posibilidad de actuación bien, del facultativo de la institución en la que se encuentre el detenido o, de manera residual, y en último lugar la intervención de otro cualquiera que dependa del Estado o de otra Administración Pública. En mi opinión esta descripción de posibilidades no ampara, en caso alguno, que el examen se efectúe por un médico nombrado y elegido por el propio detenido. De ahí la clara ilegalidad de esta referencia del auto-modelo.

No alcanzo a comprender porqué se arbitra esta medida, que genera una peligrosa duda sobre el trabajo de nuestros forenses y cuestiona claramente su profesionalidad y actuación conforme a la Ley, no olvidemos que estos colegiados son funcionarios públicos. Me preocupa esta situación, aún más cuando en los Manuales de ETA se recoge esto: “MÉDICO DEL JUZGADO (FORENSE): Tenemos que tener claro que el forense es uno de ellos. Sucede con frecuencia que te presentan falsos forenses (son policías) y su objetivo únicamente es sacar cuales pueden ser tus puntos débiles. Cuando son médicos de verdad, cumplen el trabajo policial, por lo tanto, es muy importante no dar ningún tipo de confianza al médico. No hablar con él, pues te sacará como te sientes y luego

los policías jugarán con eso para machacarte. La policía lo utilizará para controlar tu situación física y por lo tanto, para medir hasta donde se puede llegar⁴.” A la luz de lo expuesto, el contenido del Auto parece refrendar la paranoica posición de los miembros de ETA contraria a la intervención del forense. Me parece, cuanto menos, peligroso.

La pregunta que hay que hacerse a continuación es ¿por qué entonces se obliga a la asistencia del abogado de oficio? ¿No se duda de su actuación? Teniendo en cuenta, además, que no es un funcionario público... No acierto, por tanto, a comprender este aspecto del auto, y mucho menos lo comparto, por su palmaria ilegalidad.

Por si esto no fuera suficiente, sucede que la actuación de ambos facultativos es sucesiva, llevándose a cabo en un lugar cerrado que garantice la intimidad del detenido, sin presencia policial alguna. Si bien el médico de confianza es apercebido por los policías de que su comunicación con el detenido sólo puede versar sobre asuntos asistenciales, es sin embargo el médico forense, funcionario no policial, el encargado de velar por ello.

¿Es legítimo colocar al forense en la posición de garante de la incomunicación? En mi opinión, rotundamente no. Se genera una situación de riesgo para su persona, además el control de la incomunicación no puede efectuarse por un médico, por muy funcionario público que sea, debe ser judicial y policial.

Se produce también la siguiente paradoja: parece que el auto no se fía de la actuación forense puesto que regula que debe complementarse con un examen de un médico de confianza; sin embargo, se le convierte en la persona que controla que no se quebrante la incomunicación porque exista intercambio de información entre el detenido y el facultativo de confianza, entonces ¿en qué quedamos?, ¿nos fiamos o no? ¿Qué debe hacer el forense si intentan tener contacto que exceda del propio reconocimiento? ¿Denunciarlo? ¿Llamar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad? ¿Impedirlo? Por muy rápido que actuara, en su caso, considero que no podría reprimir la comunicación. Sinceramente, no me gustaría estar en la piel de este funcionario.

Asimismo, el forense no sólo ha de garantizar la observancia de esta norma, sino que también tiene que asegurarse de que entre el médico de confianza y el detenido no se produce la comunicación no verbal (por ejemplo, apretar su mano, sonreír, guiñarle un ojo...). Además en el auto-modelo de incomunicación nada se dice acerca del idioma (castellano, euskera, francés...) que deben utilizar médico de confianza y paciente detenido durante la práctica del reconocimiento, ni tampoco se especifica si el forense, garante durante ese

⁴ *Haciendo frente a la detención. Volumen 2.* Intervenido a Mikel San Sebastián Gaztelumendi en febrero de 2008.

tiempo de la eficacia de la incomunicación, ha de conocer otras lenguas para cumplir debidamente su labor de “vigilancia”.

Asimismo, y por último, si existiera discrepancia entre ambos informes, ¿a cuál de ellos va dar mayor credibilidad el juez instructor? Entiendo que al del forense por ser funcionario público, con lo cual, y por todo lo anteriormente expuesto, ¿para qué permitir médico de confianza si esta previsión violenta claramente el art. 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal?

Aparte de lo que acabo de exponer, considero que existe una segunda lesión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que indica, en su artículo 527, lo siguiente: *El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones: No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d del número 2;* es decir, se elimina el derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.

Sin embargo, el auto-modelo delimita, en oposición frontal a la norma que acabamos de citar, que *se deberá comunicar a la familia del detenido del lugar de detención y traslado que se produzcan*. A pesar de la confusa redacción esto parece indicar que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen que comunicar el hecho de la detención y el lugar de custodia del detenido a sus familiares, así como todos los traslados que se produzcan durante el plazo legal de la detención incomunicada. De este modo, la familia directa del detenido, y a través de éstos sus conocidos, son informados de inmediato de la actuación policial antiterrorista llevada a cabo.

Entiendo que cualquier comentario adicional a lo que acabo de indicar es innecesario; la violación del art. 527 es patente, una vez más me parece una situación intolerable que el contenido de una resolución judicial sea ilegal. El contenido del auto se opone frontalmente a una exclusión expresa de la Ley lo que no hace sino agravar la situación que acabo de exponer.

3.- El “Protocolo” realmente no evita las torturas.

Para demostrar esta afirmación basta con aludir a la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 30 de diciembre de 2010, pendiente de recurso de casación, que condena a cuatro guardias civiles por torturas graves a los miembros de ETA Igor Portu Juanena y Mattin Sarasola Yarzabal.

En el caso expuesto se aplica el citado Protocolo, pues el sumario lo forma el Juzgado Central de Instrucción número 5. Sin embargo, las torturas, tal y como expone el relato de hechos probados y la fundamentación jurídica -en mi opinión impecable- de la aludida sentencia, se producen antes de llegar a las

dependencias policiales, momento en el que se produce la activación de las medidas de control de la incomunicación.

En la Sentencia se indica que las torturas se ocasionan por miembros del Grupo de Acción Rápida de la Guardia Civil (GAR) y no por funcionarios de información, y suceden desde el momento de la detención hasta el traslado al Cuartel de Intxaurreondo incluyendo una “excursión”, en palabras de la propia resolución, a la pista forestal del barrio de Untzilla y la bajada al río Aramaio descrita por Portu y Sarasola

Todo ello a pesar de que el Auto-modelo incluye lo siguiente en el segundo de sus Razonamientos jurídicos: *La incomunicación de los detenidos es una medida excepcional y restrictiva de los derechos de defensa del detenido por lo que las medidas de control deben extremarse, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución española para evitar cualquier posibilidad de malos tratos, inhumanos o degradantes (arts. 10.2 y 96.1 de la C.E.), y los tratados internacionales de los que España es parte (Art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1.950, reglas 31 y 32 de las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (aprobadas por el Consejo Económico y Social en resoluciones de 1.957 y 1.977), Art. 7 y Art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966; Art. 2 de la declaración contra la tortura de 1.975; el Art. 5 del Código de la conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1.979; los Arts. 2.1 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1.984, entre otros.*

Para prevenir, en su caso, las torturas no se necesita la aplicación de este Protocolo sino una rigurosa y seria investigación de cada denuncia recibida en este sentido, a pesar de que en el material incautado a ETA suelen aparecer de manera sistemática consejos a los comandos para actuar en la detención, incluyendo el que denuncien torturas.

Esto se comprueba desde hace años, basta con consultar el *Atxiloketari aurre eginez*.⁵ 2.Zkia del año 2004 que indica, entre otras cosas, lo siguiente:

“D.-EN LA AUDIENCIA NACIONAL

- Te darás cuenta de que estas en AN, además del viaje, porque los calabozos están más limpios.

- Normalmente el médico de la Audiencia (el forense) pasará antes que el juez. Ten claro que no volverás de nuevo a la comisaría. De ahí iras a la cárcel, por lo tanto, lo peor ha pasado. Por consiguiente, haz que el forense escriba las torturas que te han hecho, tanto físicas como psicológicas.

- Cuando te lleven ante el juez, hay dos opciones, una, NO DECLARAR y la otra, NEGAR TODAS LAS ACUSACIONES:

⁵ *Haciendo frete a la detención. Volumen 2.* Intervenido a Mikel San Sebastián Gaztelumendi en febrero de 2008.

“Me niego a declarar sin la presencia de mi abogado de confianza” (ante el juez después de pasar la incomunicación)

“Niego todas las acusaciones”

“Todo lo declarado en dependencias policiales es mentira. Son declaraciones hechas bajo tortura” (si son declaraciones policiales)

Lo mejor, es no declarar. Soltar la frase y no contestar a ninguna pregunta. Ni sobre tu nombre ni apellidos. El juez o el fiscal intentarán marearte, por lo tanto, NO CONTESTES A NINGUNA PREGUNTA.

- Por otro lado, negar las acusaciones o después de negarte a declarar, ahí mismo puedes poner la denuncia por torturas. Denunciar torturas e informar de lo que te han hecho, para que quede reflejado en la denuncia.

- Es muy importante no declarar ante el juez. El mal sueño ha terminado, por lo tanto, no creas que volverás a manos de la policía o que cumplirán el chantaje o las amenazas realizadas en comisaría, todo eso es mentira. Después de pasar ante el juez te llevarán a la cárcel y después de estar los primeros días en el módulo de Ingresos, normalmente te pondrán con otros militantes.”

A pesar de la existencia de éste y otros Manuales en el mismo sentido, es evidente que es necesario comprobar todas y cada una de las denuncias de torturas, no pueden rechazarse de plano y de inicio por provenir de miembros de ETA y las investigaciones concluirán si son ciertas o no⁶. Así lo expresa magníficamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 30 de diciembre de 2010 cuando indica lo siguiente⁷:

⁶ Esto no ha sucedido así en alguna ocasión puesto que España ha sido condenada ya por el TEDH por haber violado el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de torturas), desde el punto de vista procedimental, por "la ausencia de una investigación profunda y efectiva" de los malos tratos denunciados. Sin embargo, el Tribunal concluye que no hubo violación de ese mismo artículo desde el punto de vista sustancial, ya que "los elementos de que dispone no le permiten establecer más allá de toda duda razonable" las torturas que el demandante alega.

Estos dos casos son los de Hernani Aritz Beristain Ukar en 2011 y Mikel San Argimiro Isasa en 2010.

⁷ En sentido contrario puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de diciembre de 2010 que absuelve a cinco policías que habían sido acusados de torturas por la colaboradora de ETA Maite Orue al entender que "no existen pruebas convincentes de carácter objetivo o subjetivo" que avalen la denuncia. El tribunal considera que es cierto que los insultos y vejaciones descritas no dejan marcas en el cuerpo de quien los sufre, pero "algunos de los golpes que refiere Maite Orue debieron dejar alguna señal. Y no las hay". "Son tantos los golpes y tan brutales algunos que sorprende la ausencia de heridas objetivables", indica el fallo, que recuerda que la detenida "fue reconocida por médicos forenses todos los días" que duró su arresto y sin embargo en los informes se detalla que no se apreciaban lesiones. Los ponentes sostienen que conocen que los delitos de terrorismo "exigen de un especial esfuerzo de investigación", por lo que "es razonable que torturas de este tipo se produzcan de forma que no dejen huellas fácilmente apreciables". "Prima facie" es posible que una detenida, acusada de pertenencia a banda armada, sea torturada, y ello se haga sin dejar marcas, con la intención de forzar su

La declaración de los denunciantes, que además goza de todos los elementos de corroboración que se expondrán de los que los dos etarras no podían conocer su preexistencia al momento de formalizar sus iniciales declaraciones, no puede ser rechazada por el mero hecho de la pertenencia de éstos a la banda terrorista E.T.A. No ha quedado acreditado que, en este caso, su relato sea una fábula o invención realizada con la única finalidad de deslegitimar a la Guardia Civil como institución y a los guardias civiles en concreto que han resultado denunciados.

Una cuestión es que la banda armada mantenga como parte de su diseño político-militar una estrategia para denunciar por falsas torturas, buscando indudablemente la obtención de réditos con los que seguir alimentando su supervivencia, y otra realidad bien distinta es negar la posibilidad, al menos hipotética, e indeseable en un Estado de Derecho, de que tales torturas a los miembros de la banda puedan existir.

Sólo desde esta lectura combinada alcanzan también pleno sentido y virtualidad las manifestaciones de Txeroki sobre las falsas torturas denunciadas por Igor como miembro del comando de Lesaka. Es evidente que "Txeroki" pudo pensar que estas torturas, como otras más a miembros de la banda, eran falsas, no llegando a conocer, a través de los canales internos de comunicación que la banda utiliza (abogados, medios de comunicación, familiares), la realidad subyacente en los hechos enjuiciados.

A modo de conclusión: no existen elementos fundados que sustenten una incredibilidad subjetiva de la fuente de prueba.

Además la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal permite el control judicial de la incomunicación; cuando indica que *durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.* Por tanto, la inaplicación de este Auto-modelo no significa que el Juez no reciba continua información de la situación del detenido⁸.

confesión u obtener datos que permitan desarticular otras estructuras de la organización terrorista", reza la sentencia, que al mismo tiempo apunta que "también es posible que los hechos denunciados sean radicalmente falsos, pretendiendo minar el valor de las declaraciones que la acusada prestó" o por "vengar su detención con falsas acusaciones". El tribunal cree que "existen motivos para dudar de la credibilidad subjetiva de la denunciante" al tiempo que otorga valor a la declaración de dos agentes "con amplia experiencia en la lucha contra el terrorismo" que dijeron en el juicio que ETA "alecciona a sus militantes sobre la conveniencia de presentar denuncias por torturas sistemáticamente".

⁸ Como muestra, en la detención del comando Otazua en marzo pasado el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, que no aplica el Protocolo que estamos estudiando, adelantó la puesta a disposición judicial del presunto jefe del comando, Daniel Pastor Alonso, ante la comunicación por parte de la guardia civil de que se había autolesionado en dos ocasiones, como él mismo reconoció ante los médicos y, posteriormente en sede judicial.

4.- Empaña la, en mi opinión, brillantísima labor policial antiterrorista. Genera graves riesgos para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Resulta especialmente grave, a mi juicio que en el contenido del auto se indique que la adopción de las medidas de control: *...no se hace porque este Juzgado tenga sospecha de tortura o malos tratos, sino para prevenir la propia acción de los funcionarios y los derechos de los detenidos. En este sentido se consideran necesarias una serie de limitaciones a la incomunicación, en cuanto esta medida subsista y se aplique, como ahora, a casos de terrorismo.*

¿Prevenir la acción de los funcionarios? Lo resumiré en un aforismo latino: *Excusatio non petita, accusatio manifesta*. Esta, a mi juicio, desafortunadísima redacción parece presumir que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad van a incumplir las normas quebrantando los derechos fundamentales de los detenidos por medio de la tortura, las vejaciones y las lesiones.

Genera una peligrosa duda respecto a la actuación policial que contribuye a reforzar las afirmaciones que, en este mismo sentido, se realizan en movimientos próximos al entorno de la Banda Terrorista. Me parece algo gravísimo para el Estado de Derecho. No olvidemos que las palabras que he citado forman parte de una resolución judicial. En este sentido, soy consciente del tremendo malestar que sufren los funcionarios de información por la existencia de este Protocolo.

En relación a mi segunda afirmación respecto a que genera graves riesgos para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad he de indicar que me refiero a un peligro real para su vida e integridad física; esto es porque la incomunicación se graba en soporte de DVD o video de tal modo que los agentes que se encargan de la custodia del detenido y todos aquellos que tienen contacto con él durante la detención deben quitarse la capucha o el pasamontañas con el que ocultan su identidad al entrar en el lugar de custodia para permitir que puedan ser grabados. Con lo cual en esos soportes de imágenes figuran los rostros de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad relacionados con la lucha antiterrorista. Esto por sí sólo ya me parece lesivo para su integridad y peligroso para su vida.

Sin embargo, a todo lo expuesto he de añadir lo sucedido en el juicio por el Comando Vizcaya de ETA en marzo de este año en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; las abogadas, Jone Goirizelaia y Arantza Zulueta solicitaron el visionado de los citados vídeos, razón por la cual hubo de suspenderse el juicio. Una vez reanudado se solicitó el aplazamiento de nuevo al considerar que los vídeos presentan “irregularidades de carácter técnico” y que la imposibilidad de ver todas las imágenes afecta a su derecho de defensa.

La letrada Arantza Zulueta solicitó, en este sentido, que se retirara el pixelado de las imágenes —que precisamente se encargan de ocultar los rostros de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad— y abogó por llevar a cabo una revisión pericial a cargo de dos expertos en comunicación, que permita analizar las modificaciones a las que habrían sido sometidas las cintas. Zulueta argumentó que la defensa solo había podido tener acceso a 14 de los 84 archivos que obraban en la causa, algunos de los cuales, según afirmó, habían sido modificados en marzo y muestran 72 de las 100 horas en dependencias de la Guardia Civil.

Tras la deliberación del Tribunal, se accedió a la primera petición, no así a la solicitud de la prueba pericial, a pesar de la frontal oposición de la Fiscal del caso; además de a la nueva suspensión del juicio argumentando que, tal y como las cintas habían sido entregadas, su visionado “no resulta útil”. Ordenó que los vídeos no salgan de las dependencias de la Audiencia Nacional para “preservar la imagen” de los agentes de la Guardia Civil que custodiaron a los detenidos, que tienen la condición de testigos protegidos.

Sinceramente no entiendo ni comparto esta decisión de la Sala, no alcanzo a comprender en qué lesiona el derecho de defensa el no poder ver los rostros de los funcionarios de la Guardia Civil, aún más cuando tienen la condición de testigos protegidos, resulta absurdo que declaren detrás de un biombo o por medio de videoconferencia con el rostro oculto en el juicio oral y, sin embargo sus caras hayan sido vistas por las abogadas de la defensa al visionar los vídeos. Me resulta algo incoherente. Sienta un precedente peligroso que va a hacer que en los sucesivos juicios contra presuntos comandos de ETA en los cuales se haya aplicado el “Protocolo” se soliciten estas mismas diligencias. Puede, y permítaseme la ironía, que en sucesivos juicios incluso se solicite, y llegue a concederse, el rotular el nombre y los apellidos de los funcionarios actuantes...

5.- Coloca en el punto de mira a los Jueces que no lo aplican

Cada vez que se produce una operación contra presuntos miembros de ETA o su entorno, en los medios, foros e instituciones próximos a sus posiciones se genera como noticia la inaplicación de estas medidas por parte de los Juzgados Centrales dos, tres y seis. En el relato que efectúan se deducen veladamente afirmaciones en el sentido de que estos tres jueces centrales amparan, consienten y comparten la tortura por el mero hecho de no aplicar el auto-modelo.

Además, y de manera sistemática, los detenidos por terrorismo y/o las personas de su círculo cercano solicitan que les sea aplicado el “Protocolo”, cuando las detenciones se producen en el marco de investigaciones dirigidas por los tres Juzgados Centrales de Instrucción que no asumen dichas pautas, a sabiendas de que esto no va a prosperar. De estas peticiones y de la negativa a

acceder a ellas también suelen hacerse eco determinados medios de comunicación del País Vasco.

La cuestión en este momento es la siguiente, ¿debe permitirse esta presión sobre los citados Magistrados cuando el auto-modelo quebranta la Ley? ¿Deben tolerarse manifestaciones lesivas en contra de estos Jueces, concentraciones que se oponen a “sus métodos” o entrega de cartas⁹ o escritos criticando duramente su actuación cuándo su única falta es la escrupulosa aplicación de la legalidad vigente? Entiendo que no.

Se produce además la gran paradoja de que uno de los Juzgados, que sólo en el último año ha dirigido las operaciones contra la gran mayoría de presuntos miembros de ETA y de su entorno,¹⁰ inaplica -a mi juicio, acertadamente, por toda la argumentación que vengo sosteniendo a lo largo de estas páginas- el “Protocolo”; con lo cual la crítica es constante y continua. Esta situación me parece inadmisiblemente e intolerable, aún más cuando se genera por una actuación indebida, reprochable y criticable de un sector de Magistrados.

6.- Vacía de contenido la incomunicación porque la desvirtúa.

Por todo lo que acabamos de exponer, es evidente que la utilización de este auto-modelo deroga de facto la incomunicación, vaciándola de contenido y desvirtuando su contenido y razón de ser.

Para justificar esta afirmación valga como muestra el reconocimiento del médico de confianza, que es más que probable que intercambie información con el detenido, aún más cuando estos facultativos que asisten a detenidos incomunicados de ETA están organizados y constituyen un colectivo, que ha nombrado incluso una coordinadora.

Si la razón de ser de esta figura recogida en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es que pretende aislar al presunto miembro de ETA detenido de su entorno, con la finalidad de que no pueda trasladar datos al mismo, ni recibirlos, ni obtener asesoramiento alguno de persona vinculadas a la banda,

⁹ A modo de ejemplo, una de ellas tiene el siguiente escalofriante contenido: 1.- *Que consideramos que la época de la dictadura franquista hace tiempo que pasó.* 2.- *Que hemos entrado en una época de cambios y de búsqueda de la paz.* 3.- *Que creemos que es el Estado español y usted mismo los únicos que en este país ejercen la violencia y el terror.* 4.- *Que los violentados y aterrorizados son nuestros hijos, nosotros, nuestras familias. Y por lo tanto, le solicitamos:* 1.- *Que deje de detener a nuestros hijos e hijas.* 2.- *Que les respete el derecho a hacer política en un país que se dice democrático.* 3.- *Que, si va a por ellos, si tiene algo que preguntarles, lo haga respetando sus derechos humanos, es decir: los llame, los haga pasar directamente ante usted y los deje marchar de nuevo a sus centros de estudio y de trabajo.* 4.- *Que sabiendo que usted es el responsable último de su detención y del estado en que acaban en manos de las Fuerzas de Seguridad del Estado, sea también el garante de que nos los devuelvan en el mismo estado en el que salieron de nuestras casas.* La pregunta es, ¿si no se hubiese adoptado el “Protocolo” existiría esto? Entiendo que no.

¹⁰ Entre otras, la desarticulación del Comando *Otazu* o el Comando *Erreka* o actuaciones contra SEGI o EKIN.

todo esto se ve quebrantado y defraudado al tener contando con el ya aludido en el párrafo anterior médico de confianza.

Esto sería exactamente igual que lo que sucedería con la asistencia letrada de los abogados de confianza, que sigue impidiéndose teniendo en cuenta que siempre acuden los mismos letrados, próximos a la organización, algunos de los cuales se hallan incluso imputados en diligencias judiciales.

Con lo cual, ¿qué diferencia existe entre el reconocimiento por médico de confianza próximo al entorno etarra o la asistencia letrada de abogado de confianza con esos mismos vínculos? Con todo mi respeto, entiendo que ninguna. Es evidente, por tanto, que si la incomunicación se produce, con la aplicación de este auto más valdría no adoptarla por lo absurdo y paradójico de la situación que acabamos de exponer, ya que tenemos un incomunicado que puede comunicarse y tener contacto con un médico de su elección...Y no en una única ocasión, sino como reza el auto *cada 12 horas máximo y siempre que fuere necesario*. Sinceramente, me resulta completamente ilógico.

Lo mismo sucede con la comunicación a los familiares, se conoce de modo inmediato el hecho de la detención, y por tanto, de la operación judicial y policial antiterrorista, esta información se excluye expresamente por nuestra Ley con la más que probable intención de guardar cierto sigilo en la realización de estas operaciones; aún más en sus minutos iniciales, teniendo en cuenta que cuando se captura a presuntos miembros de ETA o de organizaciones relacionadas con ella, se producen varias detenciones; no son hechos aislados, sino conectados entre sí, al margen de la sucesión de entradas y registros en los domicilios de los imputados; por tanto, ¿que la familia conozca este hecho de la detención no agrava el riesgo de fuga de determinados miembros de ETA o la , incluso destrucción de fuentes de prueba?

En todo caso, una vez más, por lo indicado en párrafos anteriores la aplicación del auto desvirtúa la figura de la detención incomunicada, la vacía de contenido y genera una derogación de facto de varias normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ¿Puede un auto judicial hacer esto? Evidentemente, por supuesto que no.

7.- Sitúa en peor posición, respecto al reconocimiento por el médico forense, a un detenido sin incomunicación que a un presunto miembro de ETA incomunicado al que se le aplique el “Protocolo” o auto-modelo

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, se produce esta paradójica situación, la aplicación del auto modelo coloca en peor situación a un detenido “comunicado” que a uno incomunicado. Esto porque estos detenidos no tienen en ningún caso derecho a ser examinados por un médico de su elección;

esto ya me resulta absolutamente incomprensible teniendo en cuenta que la figura de la incomunicación precisamente se caracteriza porque limita derechos respecto al resto de detenidos.

Vemos que aquí sucede, por lo expuesto, todo lo contrario. Por tanto no privilegia únicamente a los presuntos miembros de ETA, a lo cuales se les aplica, sobre el resto de los militantes, sino sobre el total de detenidos por cualquier tipo delictivo. Esta situación me resulta, cuanto menos sorprendente, e incluso me atrevería a decir que extravagante.

III.- Conclusiones

En definitiva, y por lo expuesto, la existencia y aplicación del denominado “Protocolo” es inadmisibile. Vacía de contenido la figura de la incomunicación, deroga de facto artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se opone frontalmente al derecho de igualdad, genera peligrosas y perjudiciales dudas sobre la actuación de los Jueces Centrales que no lo aplican, así como sobre el trabajo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a los que, coloca en una situación de elevado riesgo, y cuestiona la labor del propio médico forense al que sitúa en una posición de garante de la incomunicación que no le corresponde, y resulta por tanto ilícita.

Además de lo anteriormente referido el auto-modelo recoge contenidos ilegales por oponerse, tal y como hemos justificado, frontalmente a preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por si todos estos argumentos no fueran suficientes, su utilización eleva un mero acuerdo entre tres jueces a la categoría de norma con rango de Ley que se aplica de manera preferente a los artículos recogido en nuestro Código de enjuiciamiento penal por lo que coloca a los citados Magistrados en una posición próxima a la del Legislador con la consiguiente lesión, por tanto, del principio de división de poderes.

Teniendo en cuenta que, a pesar de todos sus inconvenientes, no cumple con su pretendida finalidad puesto que, como he indicado anteriormente, no es apto para evitar las torturas¹¹, que deben atajarse con la investigación seria y rigurosa de cada denuncia interpuesta en este sentido.

Para finalizar, sólo me queda indicar que soy de la opinión de que si se desea modificar el contenido de la detención incomunicada debería hacerse a través del procedimiento legalmente establecido para llevarlo acabo, que no es otro que la modificación de los artículos donde se regula por los órganos competentes para ello que no son otros que los correspondientes al Poder Legislativo.

¹¹ Paradójicamente, a esta misma conclusión llega el Grupo Contra la Tortura de Euskal Herria. (TAT)