



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

**Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas**

**Título del Trabajo Fin de Grado:
Prisión Provisional
Incomunicada**

Presentado por:

Andrés del Pozo Martín

Tutelado por:

Coral Arangüena Fanego

Valladolid, 28 de junio de 2019

Resumen

El objeto del presente trabajo es el estudio de la figura de la prisión provisional en su modalidad incomunicada. Esta medida cautelar, prevista para casos excepcionales, venía recibiendo críticas desde diversos sectores, como se expondrá en el cuerpo del trabajo, debido a la importante restricción de derechos que supone para el sometido a ella.

Este instituto jurídico fue reformado mediante la Ley Orgánica 13/2015. El nuevo régimen, resultante de la trasposición de la Directiva 2013/48/UE mediante la citada norma, es más garantista para el sometido a la medida cautelar. Uno de los aspectos más destacables es que permite al juez modular, atendiendo a las circunstancias del caso, los derechos que se limitan, obteniendo una mayor observancia del principio de proporcionalidad.

Abstract

The object of the present work is the study of the figure of provisional prison in its incommunicado modality. This precautionary measure, planned for exceptional cases, has been receiving criticism from various sectors, as will be exposed in the present work, due to the important restriction of rights that it entails for the person subjected to it.

This legal institute was reformed by the Organic Law 13/2015. The new regime, resulting from the transposition of Directive 2013/48/EU through the aforementioned rule, brings more protection for the person subjected to the precautionary measure. One of the most remarkable aspects is that it allows the judge to modulate, according to the circumstances of the case, the rights that are limited, obtaining a greater observance of the principle of proportionality.

Palabras clave

Medida cautelar, prisión provisional, incomunicación.

Key words

Precautionary measure, provisional detention, incommunicado detention.

Índice

1.	Introducción.	5
2.	Marco teórico: la prisión provisional como medida cautelar personal	7
2.1.	Medidas cautelares.	7
2.2.	La prisión provisional.	10
3.	Modificaciones legislativas relativas a la incomunicación.	15
3.1.	El texto original de 1882.	15
3.2.	Reforma de 2003: las Leyes Orgánicas 13/2003 y 15/2003... ..	16
3.3.	Reforma de 2015: Ley Orgánica 13/2015.	20
4.	Derechos afectados por la incomunicación.	22
5.	El régimen de incomunicación previo a la reforma de 2015: constitucionalidad y respeto de los derechos humanos.	24
6.	La incomunicación tras la reforma de 2015.	27
6.1.	Presupuestos.	27
6.2.	Duración de la incomunicación.	30
6.3.	Contenido de la incomunicación.	33
6.3.1.	Determinación judicial de los efectos de la incomunicación. 33	
6.3.2.	La designación del abogado.	35
6.3.3.	Derecho a entrevistarse reservadamente con el letrado. ...	37
6.3.4.	Limitación parcial de acceso a las actuaciones procesales. 39	
6.3.5.	Derecho a comunicarse con terceras personas.	41
6.3.6.	Derecho a comunicar la detención a terceros.	42
6.4.	La incomunicación de los menores de edad. Exclusión de los menores de dieciséis años.	43
6.5.	Custodia y garantías de los incomunicados.	45
6.6.	Procedimiento de incomunicación.	48
7.	Conclusiones	50

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53
JURISPRUDENCIA	55

1. Introducción.

La denominada “prisión provisional incomunicada” se encuentra en el marco de las medidas cautelares, cuyo papel en el proceso penal es el de asegurar el enjuiciamiento y hacer posible la ejecución de la condena. En concreto, la prisión provisional se trata de una medida coercitiva cautelar de carácter personal, que afecta a la persona del investigado. Este instituto procesal se regula en los arts. 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en lo sucesivo, “LECrim”), que ha sido objeto de una profunda modificación en 2015, como se analizará en el cuerpo del trabajo.

La prisión provisional incomunicada es una modalidad especial de la prisión provisional, contemplada en el art. 509 LECrim. La incomunicación puede adoptarse tanto en el marco de la detención como de la prisión provisional. Se trata de una medida de carácter absolutamente excepcional, recogida históricamente en la legislación española para supuestos en los que se busca la salvaguarda de un interés superior, destacando la persecución del terrorismo, aunque no es el único supuesto. Su finalidad es evitar el contacto con el exterior de la persona privada de libertad, por conveniencia para la investigación criminal.

Esta incomunicación, como no podía ser de otro modo, únicamente puede adoptarse en caso de que concurra alguna de las causas tasadas por la LECrim (“necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona” o “necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”). Además, está limitada en el tiempo, pues supone un régimen especialmente gravoso para los derechos fundamentales del investigado.

En cuanto a la sustantividad de la medida, se analizará en el cuerpo de este trabajo en qué consiste la prisión provisional incomunicada, estudiando los cambios legislativos producidos por la reforma de 2015. Sucintamente, podemos decir que consiste en la limitación de determinados derechos de los detenidos y presos que consagra el art. 520 LECrim, profundamente modificado. Dichas limitaciones se recogen en los arts. 510 y 527 LECrim.

La existencia de la prisión provisional, máxime en los casos de incomunicación, siempre ha sido controvertida, puesto que supone una estricta limitación de un derecho fundamental como es la libertad personal. El régimen español, muy influenciado por el fenómeno terrorista, no ha estado exento de polémica, existiendo numerosos informes internacionales que cuestionan la compatibilidad del mismo con las principales normas internacionales de protección de derechos humanos¹.

El legislador español ha sido históricamente reacio a introducir los cambios propuestos por los organismos internacionales, aunque finalmente se haya promulgado la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Con dicha norma se ha producido una importante reforma del instituto que ocupa este trabajo, de modo que podemos hablar de un nuevo régimen de la prisión provisional incomunicada.

Esta norma ha servido para trasponer la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. La norma comunitaria ha servido para fijar una serie de normas mínimas que se integran en la noción del debido proceso a nivel de la Unión, en el marco del proceso para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Este proceso también ha conducido al legislador español a trasponer otras directivas relativas a los derechos de los investigados en los procesos penales.

¹ Vid. JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”. *Revista para el análisis del Derecho*, p. 4.

El nuevo régimen, no exento de defectos, ha logrado un mayor grado de garantías para la persona investigada, a través un doble cauce: por un lado, se ha producido una mayor delimitación de los supuestos de aplicación y, por otro, se han redefinido los efectos de la medida. No obstante, según JUAN SÁNCHEZ, no se han resuelto debidamente ciertas cuestiones de índole técnico-jurídica que merecen atención².

2. Marco teórico: la prisión provisional como medida cautelar personal.

2.1. Medidas cautelares.

En los procesos será necesario disponer de tiempo para la tutela de los derechos de la persona en el caso concreto. El factor temporal en determinados procesos implica un riesgo de que la sentencia que llegue a dictarse sea inútil debido a que el sujeto pasivo del mismo lleve a cabo acciones tendentes a que la sentencia no pueda ejecutarse. De este modo, en relación con las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado tenemos que hablar de una tercera manifestación de la potestad jurisdiccional: la cautelar. Podemos definir una **medida cautelar** por sus notas características:

- **Instrumentalidad:** se justifica únicamente en relación con el proceso principal, cuyo resultado tiende a garantizar. Es por ello que únicamente pueden adoptarse una vez iniciado el proceso, puesto que no constituyen un fin en sí mismas³.
- **Provisionalidad:** únicamente estará vigente mientras sea necesaria⁴.

² Vid. JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen...”, op. cit., p. 5

³ Vid. Gutiérrez de Cabiedes, Pablo (2004): *La prisión provisional*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), p. 68.

⁴ Las medidas cautelares, por su propia naturaleza, nacen para extinguirse, como se consecuencia lógica de la nota de instrumentalidad. Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO (2004): “La prisión provisional”, op. cit., p. 81.

- **Temporalidad**⁵: siempre serán de duración limitada, bien porque desaparezca la causa que motivó la medida, bien porque se establezcan límites legales cuando estén en juego derechos fundamentales (como es el caso de la incomunicación).
- **Variabilidad**: vinculada a la situación de hecho que motiva su adopción. Esto implica que la medida puede ser modificada, sustituida o alzada en caso de que cambien las circunstancias que motivaron su adopción⁶
- **Jurisdiccionalidad**: únicamente pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional de forma motivada, al tratarse de un acto limitativo de derechos.

Las medidas cautelares tienen la función de otorgar efectividad al proceso y la futura sentencia que se vaya a dictar en su momento. Se trata de instrumentos procesales de garantía, concretamente instrumentos jurídicos coercitivos, puesto que pueden producir una afectación de derechos. Resulta conveniente distinguir las medidas cautelares de otros instrumentos jurídicos similares.

En esta línea, la primera distinción que debe realizarse es la existente entre medida coercitiva, que es el género, y medida cautelar coercitiva, que es la especie. La prisión provisional será una **medida cautelar coercitiva de carácter personal**, adoptada en el desarrollo de la actuación procesal penal y que recae sobre la persona del investigado.

⁵ Debe distinguirse esta nota de la provisionalidad puesto que, mientras que la temporalidad depende de un momento cierto, la provisionalidad viene determinada por un momento incierto (la subsistencia de los presupuestos que determinan el establecimiento de la medida). Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO (2004): “La prisión provisional”, op. cit., p. 82, siguiendo a CALAMANDREI.

⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, PABLO (2004): “La prisión provisional”, op. cit., p. 83.

Una segunda distinción que tenemos que hacer es aquella existente entre las distintas especies de medidas coercitivas. En primer lugar, las medidas cautelares se diferencian de las precautelares porque estas se adoptan para asegurar la efectividad del procedimiento que va a iniciarse o que está incipientemente iniciado. También serán diversas de las medidas preventivas, puesto que las mismas pretenden asegurar la seguridad ciudadana, evitando la comisión o reiteración de delitos, no la efectividad del proceso. Por último, hemos de distinguir las medidas cautelares de las interdictivas, que afectan y restringen determinados derechos, pero que no son instrumentos del proceso.

En definitiva, las medidas cautelares son instrumentos procesales de naturaleza coercitiva, cuya **función** es la de **asegurar las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado**, y que reúnen las notas anteriormente aludidas. Dentro de las mismas diferenciamos medidas cautelares **personales**, que afectan directamente a la persona del investigado (como la prisión provisional) y medidas cautelares **patrimoniales**, que recaen sobre los bienes del mismo.

La adopción de medidas cautelares requiere la concurrencia de dos **presupuestos**:

- *Periculum in mora*: daño jurídico específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional, que el investigado podría aprovechar para colocarse en una situación que impidiera la efectividad de la posterior sentencia. Por ejemplo: riesgo de fuga, que motivaría la adopción de una medida cautelar de carácter personal.
- *Fumus commisi delicti*⁷: probabilidad de la existencia del hecho criminal, existencia de indicios suficientes para mantener la imputación del hecho delictivo al investigado.

⁷ Vid., en este sentido, ARANGÜENA FANEGO, CORAL (1991): *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, S.A, Barcelona, pp. 47-48. ARANGÜENA, siguiendo a GUARIELLO, señala que la formulación tradicional del *fumus boni iuris* civil no es la más adecuada de cara al proceso penal, con una naturaleza y presupuestos diversos de los del civil. Así, en el marco penal se habla más bien de “indicios de criminalidad”, en la línea del art. 589 LECrim, más que de una “apariencia de derecho”, propia del ámbito civil.

Si concurren estos dos presupuestos o fundamentos de las medidas cautelares, el órgano jurisdiccional podrá aplicar una medida cautelar, siempre desde la **proporcionalidad**. Existe reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que las medidas desproporcionadas pierden el carácter cautelar y pasan a ser medidas de naturaleza punitiva en cuanto al exceso⁸.

2.2. La prisión provisional.

La prisión provisional es una medida cautelar personal en la que confluyen las características anteriormente tratadas (instrumentalidad, jurisdiccionalidad...), que es la más gravosa de entre todas las que se contemplan en el ordenamiento, puesto que afecta a libertad personal del sujeto que la padece. La finalidad de la misma es asegurar la efectividad de la futura sentencia, evitando el riesgo de fuga del investigado⁹ como peligro más típico de entre aquellos que se trata de evitar.

El **régimen jurídico** de este instituto procesal se encuentra regulado en los arts. 502 a 519 de la LECrim, preceptos que habrá que tomar en consideración junto con los arts. 520 a 527 LECrim, relativos al tratamiento legal de detenidos y presos. Se trata de una medida de **carácter excepcional**, que “sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria”, siempre que “no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”. Asimismo, será fundamental que la medida se adopte con observancia del principio de **proporcionalidad**, siendo necesario que la prisión provisional se adecúe a los fines constitucionalmente legítimos, fundados en la garantía de eficacia que el Estado está obligado a otorgar al procedimiento penal¹⁰ y que inspiren la regulación legal de este instituto jurídico-procesal.

⁸ Vid., en este sentido, STC 108/1984, de 26 de noviembre.

⁹ ASENSIO MELLADO, JOSE MARÍA (1987): *La prisión provisional*. Editorial Civitas. Madrid, pp. 33-34. En esta línea, Asencio Mellado explica que el fin más típico, evitar el riesgo de fuga, se concreta en dos: asegurar la presencia del imputado en el proceso y el sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer.

¹⁰ Vid. ASENSIO MELLADO, JOSE MARÍA (1987): “La prisión provisional”, op. cit., p. 30

En cuanto a los **presupuestos** que han de concurrir para que se adopte la medida, estos se encuentran delimitados en el art. 503 LECrim:

- *Fumus commisi delicti*: se recoge en el apartado 1, ordinales 1º (“que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso”) y 2º (“que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”).
- *Periculum libertatis*¹¹: en 2003 se reformularon los presupuestos de la prisión provisional, introduciéndose en el art. 503 los fines legítimos que la justifican, que habían sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. De este modo, existen diversos riesgos que pueden justificar la adopción de la medida: riesgo de fuga¹² (503.1.3º.a), riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba (503.1.3º.b), riesgo de agresión contra bienes jurídicos de la víctima (503.1.3º.c) y riesgo de reiteración, solo si el delito es doloso (503.2).

Vistos los presupuestos, hemos de referirnos a las **modalidades** de la prisión provisional, distinguiendo tres tipos:

¹¹ ARANGÜENA FANEGO, CORAL (1991): “Teoría general...”, op. cit., pp. 62-68, señala que es más apropiado en lo referente a las medidas personales hablar de *periculum libertatis*, prefiriendo esta expresión sobre el *periculum in mora* propio del Derecho civil.

¹² Para apreciarlo, se atiende a elementos fácticos como el poder adquisitivo del investigado o, en casos de criminalidad organizada, la capacidad del grupo criminal para facilitar la huida de la persona sobre la que se pretende aplicar la medida, vid. F.J. 4ª del Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 por el que se acuerda la prisión provisional para los líderes del “procés”, de 2 de noviembre de 2017, Diligencias Previas 82/2017, doc. 768.

- *Comunicada*. Se trata de la regla general, puesto que se trata de una medida menos restrictiva de derechos que la incomunicada, en consonancia con lo que marca el art. 520.1 LECrim, que señala que la prisión provisional deberá “practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso”. En esta modalidad al preso provisional deben garantizársele todos los derechos de comunicación recogidos en los arts. 523 a 526 LECrim.
- *Atenuada*. Recogida en el art. 508, puede tener dos formas de cumplimiento: verificación de la medida en el domicilio del investigado, cuando así lo aconseje el estado de salud de la persona (508.1) e ingreso en centro de desintoxicación, cuando el investigado se hallare inmerso en un tratamiento de deshabituación y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado del mismo (508.2).
- *Incomunicada*. Esta modalidad, que ocupa el cuerpo central del presente trabajo, es la más restrictiva de derechos para el preso y se trata, por tanto, de una situación excepcional dentro de la excepcionalidad que ya supone la prisión provisional¹³. Se regula en el art. 509 LECrim, pudiendo adoptarse en dos casos: cuando exista “necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona” (509.1.a) o “necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal” (509.1.b).

Como vemos, se trata de una medida cuya finalidad es atajar una necesidad urgente y cualificada, puesto que, según se estudiará más adelante, supone una grave restricción de derechos para el preso, con lo cual debe justificarse en un fin superior. Además, debido a esta importante afectación de derechos, continúa el art.

¹³ En este sentido, cabe destacar la necesidad – mayor si cabe – de aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad, dada la especial gravedad de la medida. Para mayor abundamiento, vid. BARONA VILAR, SILVIA (1987): *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*. Librería Bosch. Barcelona, p. 103.

509, en su apartado 2, exponiendo que la duración será de “el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior”, con el límite máximo de 5 días. Puede contemplarse una prórroga de otros 5 días en algunos supuestos (fundamentalmente terrorismo y delitos cometidos concertadamente por dos o más personas), como se verá más adelante.

La incomunicación debe adoptarse mediante auto, de forma motivada (509.3) e, igualmente, en el plazo máximo de 24 horas deberá resolver el juez acerca de las medidas concretas de privación de derecho durante la incomunicación (527.2). Por último, establece el 509, en su apartado cuarto, que en ningún caso podrán ser objeto de incomunicación los menores de dieciséis años.

La siguiente cuestión relevante es la de la **duración** de la prisión provisional, a la que se refiere el art. 504 LECrim. El art. 17.4 CE conmina al legislador a fijar un *plazo máximo* de duración provisional mediante ley. Igualmente, es relevante para esta cuestión la jurisprudencia del TEDH, que reiteradamente ha insistido que la duración de la prisión debe ser razonable, de modo que habrá que valorar en cada caso dónde está la medida de la razonabilidad. Sea como fuere, el mandato constitucional se tradujo en un precepto legal que ha ido sufriendo sucesivas modificaciones.

Los plazos establecidos por la LECrim deben considerarse plazos máximos, siendo razonable que el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, establezca otros más cortos si lo estima conveniente, en la línea de lo que indica el TEDH. De hecho, el art. 504, en su primer apartado, establece que “la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”.

Los plazos máximos de duración dependerán de dos factores: el riesgo que se esté tratando de asegurar y la pena señalada para el delito:

- Cuando el *periculum in mora* se refiera a los riesgos del 503.1.3º, letras a o c, o al del 503.2 (respectivamente, fuga, actuación contra bienes jurídicos de la víctima y reiteración delictiva), el límite máximo será de un año cuando la pena privativa de libertad señalada para el presunto delito sea igual o inferior a tres años, o de dos años cuando la pena correspondiente sea superior a tres años. Además, es posible acordar una única prórroga, cuyo límite máximo será de seis meses para penas iguales o inferiores a tres años, y de dos años cuando la pena sea superior a tres años.
- Cuando el riesgo que trata de salvaguardarse es el del 503.1.3º.b (alteración, ocultación o destrucción de fuentes de prueba), la duración máxima será de seis meses. En este supuesto, si se decretó incomunicación o secreto de sumario, el juez deberá motivar la subsistencia del presupuesto de prisión cuando la incomunicación o el secreto de sumario finalicen sin que lo haya hecho el plazo decretado para la prisión provisional.

Otra cuestión relevante es que, en el supuesto de que el encausado fuere condenado, “la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida” (art. 504.2.II). Para el cómputo de estos plazos habrá que tener en cuenta el tiempo que el encausado haya estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Sin embargo, habrá que excluir del cómputo el tiempo en que la causa hubiera sufrido dilaciones indebidas no imputables a la Administración de Justicia (504.5).

Por último, el 504.6 señala que “cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima” se otorgará al procedimiento una tramitación preferente respecto del resto.

También debe tratarse la cuestión del **abono**. El tiempo que se haya pasado de forma cautelar en prisión provisional debe computarse a efectos de la condena impuesta en la sentencia por parte del órgano jurisdiccional, atendiendo a los arts. 58 y 59 del Código Penal. Si el condenado estuviera implicado en más de una causa, el tiempo únicamente se descontaría de una condena, y no de

todas ellas. Además, en caso de que se impusiera una pena que no conllevara la privación de libertad, el tiempo de duración de la prisión provisional deberá abonarse según el criterio del juzgador y la configuración de la pena que haya sido impuesta.

Para terminar, en cuanto a la **indemnización**, en caso de que el investigado que haya sido sometido a prisión provisional sea absuelto, bien por sentencia, bien por auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho encausado, tendrá derecho a indemnización por los perjuicios causados (art. 294.1 LOPJ).

Puede haber otras situaciones injustas de prisión provisional que no se contemplan expresamente en dicho precepto, como que se condene a una pena no privativa de libertad o que el hecho no sea constitutivo de delito, entre otras. Estas situaciones se venían equiparando por la jurisprudencia a las anteriores, pero el TEDH ha considerado que no puede hacerse así, puesto que el art. 294 LOPJ únicamente se refiere a esas dos vías de terminación del procedimiento. No obstante, el resto de situaciones no quedan desprotegidas, ya que cabría plantearlas por la vía general del art. 293 LOPJ, según dicta la jurisprudencia.

3. Modificaciones legislativas relativas a la incomunicación.

3.1. El texto original de 1882.

La LECrim 1882 regulaba la incomunicación en los arts. 506 a 511 junto con el 527, relativo a los derechos del incomunicado. Cabe destacar algunas notas del texto decimonónico que, es interesante recordar, estuvo en vigor durante más de cien años, hasta la reforma de 2003:

- Ya en su redacción original se establecía que la duración de la medida sería, en su modalidad incomunicada, “el tiempo *absolutamente preciso* para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por *regla general* deba durar más de *cinco días*” (art. 506). Ya en 1882 se hacía referencia a los cinco días máximos, aunque en ese momento se establecían como una regla

general, no como una norma imperativa que debiera seguirse en todo caso.

- Aunque no se hace alusión a prórroga en ninguno de los preceptos, sí que prevé el art. 508 una segunda incomunicación, “si la causa ofreciere méritos para ello”. Debe decirse, no obstante, que esta segunda incomunicación “no excederá nunca de tres días”, tal y como apostilla ese mismo art .508, *in fine*.
- También se preveía que el incomunicado pudiese escribir, e incluso recibir correspondencia, siempre y cuando no frustrase el fin de la incomunicación, y en todo caso bajo estricto control del juez instructor (arts. 510 y 511).
- Por último, respecto a los derechos del incomunicado, se le restringían necesariamente los correspondientes al preso provisional común. Se establecen tres matices importantes a sus derechos, además de esas restricciones: el abogado en todo caso tendría que ser designado de oficio, no tenía derecho a que se pusiera en conocimiento de familiar el lugar de su detención y custodia, y tampoco tenía derecho a entrevista reservada con su abogado. Todas estas prohibiciones se establecían en el art. 527.

3.2. Reforma de 2003: las Leyes Orgánicas 13/2003 y 15/2003.

La primera reforma en la materia se hizo por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. Responde al Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, entre cuyos objetivos se encontraba el de abordar las modificaciones precisas en esta institución para adecuarla a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y, muy especialmente, a la acuciante necesidad de proceder a la reforma al estar pendiente ante el Tribunal Constitucional una “autocuestión” de

inconstitucionalidad planteada por el pleno del Tribunal en su STC 47/2000, de 17 de febrero, sobre los arts. 503 y 504 LECrim¹⁴.

La exposición de motivos de dicha LO 13/2003, en su apartado I, dice que “La consecución de este objetivo resulta acuciante, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido imponiendo requisitos -con el tiempo cada vez más claros y exigentes- para que la institución de la prisión provisional sea respetuosa con el contenido esencial del derecho a la libertad, tal y como viene consagrado en su artículo 17 de la Constitución, y del derecho a la presunción de inocencia, con sagrado en el artículo 24.2”. Ya en 2003 se decía que la institución está muy afectada por las especiales necesidades que comporta su carácter excepcional y que debe procederse con máximo rigor a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad (exposición de motivos, apartado II). El alcance de estas dos notas, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida, se explican en el apartado II de la aludida exposición de motivos.

La *excepcionalidad* “significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea”. (E.M., aptdo. II).

En cuanto a la *proporcionalidad*, “reclama que las normas legales restrictivas de derechos fundamentales -y, en lo que ahora importa, la prisión provisional, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia- deban tener un contenido tal que la limitación de los derechos fundamentales que esta institución comporta sea proporcionada a los fines que con ella se pretenden alcanzar”. Definido su alcance, se concreta el mismo en dos términos.

En primer lugar, que se adecúe la prisión provisional a determinados fines, de modo que “esta drástica medida sólo es admisible para la consecución de

¹⁴ Sobre ella, vid. por todos GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO (2005): “La reforma de la prisión provisional en España”, *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España* (Cienfuegos Salgado, Natarén Nandayapa y Ríos Espinosa, coordinadores), Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 2005, pp. 237-274.

ciertos fines constitucionalmente legítimos: éstos no son otros, según el Tribunal Constitucional, que asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva”.

En segundo lugar, “exige no sólo que la medida sea adecuada al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo, sino que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida”. Este segundo término es el que se define en la exposición de motivos como proporcionalidad *stricto censo*.

De este modo, termina el apartado II de la exposición de motivos, el objetivo de la Ley 13/2003 era adaptar el texto legal, en lo relativo a la prisión provisional, a los estándares de excepcionalidad y proporcionalidad que ya venía estableciendo el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, en el marco del referido Pacto para la Reforma de la Justicia.

En cuanto a modificaciones concretas, se tratan en el apartado III de la exposición de motivos. La reforma operó sobre los presupuestos de la prisión provisional, imponiendo un límite mínimo para acordar la prisión provisional de un sujeto. Además, se hizo una regulación precisa de los fines considerados como legítimos para poder acordar la medida cautelar. Dichos fines, establecidos con la reforma, han pervivido hasta el texto actual (evitar riesgo de fuga, de reiteración, de alteración o destrucción de prueba...)

Otra novedad de esta reforma es que se objetiva el requisito del respeto a la presunción de inocencia, exigiéndose que el riesgo que motiva la adopción de la medida cautelar sea un riesgo concreto. Por último, en cuanto a la figura general, se establecen plazos máximos en el art. 504 LECrim, que son los mismos que han pervivido hasta el texto actual.

En cuanto a la incomunicación, que es el objeto principal de este trabajo, se produce una profunda reforma de la modalidad de prisión provisional incomunicada. “Así, se establecen con precisión los presupuestos, duración y contenido de la incomunicación, modernizando una regulación claramente arcaica y obsoleta” (exposición de motivos, apartado IV, *in fine*).

La regulación de la prisión provisional, recogida en los arts. 506 a 511 de la LECrim original de 1882, pasa a tratarse en los arts. 509 y 510, localización que se ha mantenido hasta el texto actual.

Artículo 509.

1. El juez de instrucción o tribunal podrá acordar la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

2. La incomunicación de los detenidos o presos durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis o se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.

No obstante, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que la causa ofrezca méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.

Artículo 510.

1. El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención esta ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

2. Se permitirá al preso contar con los efectos que él se proporcione siempre y cuando a juicio de juez o tribunal no frustren los fines de la incomunicación.

3. El preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el juez o tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas.

Ese mismo año, tan solo un mes después, se operó una reforma mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por lo que respecta a la prisión provisional, se trata de una reforma de mucho menor calado que la operada en octubre. Las novedades operadas por esta ley son las siguientes:

- Se añadió un presupuesto que puede motivar la adopción de la prisión provisional, evitar el riesgo de actuación contra bienes jurídicos de la víctima (art. 503.1.3º).
- Se introdujo la tramitación preferente de la causa cuando la medida cautelar hubiera excedido ya las dos terceras partes de su duración máxima (art. 504.6)
- Se dio nueva redacción a la modalidad atenuada de arresto domiciliario. Además, se añadió una nueva modalidad de prisión atenuada: el ingreso en centros de deshabitación para personas que se hallaren en un tratamiento de desintoxicación. Estas

modalidades se recogen en el art. 508, que únicamente tenía un apartado (referido al arresto domiciliario), y tras la reforma tiene dos, referidos a estas dos modalidades.

- Por lo que respecta a la prisión provisional *incomunicada*, se producen modificaciones del art. 509. A su primer apartado se le añade la nota de excepcionalidad, para remarcar la especialidad aún mayor que comporta la incomunicación dentro de la ya de por sí excepcional medida que supone la prisión provisional. También se añade a este primer apartado la finalidad de evitar que el investigado actúe contra bienes jurídicos de la víctima.
- En el apartado segundo de este art. 509 se sustituye la referencia a “actividades propias de la delincuencia organizada” por “delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas”, concretando más el término “delincuencia organizada”, como presupuesto para la primera prórroga. Se introduce otro pequeño matiz en el apartado segundo del art. 509, puesto que donde antes se hablaba de que la “causa ofreciere méritos para ello”, tras la reforma se trataba de que “el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello”, refiriéndose al acuerdo de una segunda incomunicación.
- Por último, en lo que respecta al art. 509, se añadió el apartado 3, que obligaba explícitamente a motivar tanto el auto de incomunicación como el de prórroga de la misma.
- También afectó la reforma al art. 510 LECrim, añadiéndose el apartado 4, que consagraba el derecho del preso sometido a incomunicación a solicitar el examen por un segundo médico forense nombrado por el órgano jurisdiccional competente para conocer los hechos.

3.3. Reforma de 2015: Ley Orgánica 13/2015.

En 2015 se produjo una reforma de calado que afectó a la prisión provisional, en general, y a la modalidad incomunicada, en particular. Esta reforma fue operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de

modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La concreción de las causas de incomunicación y la regulación de los plazos se ha tratado “de un modo más respetuoso con los derechos del detenido o preso y técnicamente más acertado que el empleado por la LO 15/2003”¹⁵, estableciéndose nuevas garantías para tratar de evitar potenciales abusos por parte de la autoridad policial. El régimen resultante de esta reforma será estudiado más adelante, con lo que aquí únicamente se destacarán algunas notas.

En primer lugar, hay que destacar que la reforma operada en la materia está fuertemente inspirada por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Tal y como se reconoce en la exposición de motivos, apartado III, la trasposición de esta directiva ha supuesto la modificación de los arts. 509, 520 y 527, así como la introducción del art. 520 *ter*, todos ellos relativos a la prisión provisional incomunicada.

Tal es la importancia de la reforma para la modalidad de la incomunicación que se hace mención expresa a la misma en la exposición de motivos, apartado III: “La denominada «prisión incomunicada» también ha sido objeto de revisión en la presente reforma, al objeto de adecuarla a las exigencias del Derecho de la Unión Europea. La nueva regulación del artículo 527 permite aplicar esta modalidad de detención cuando concurren los presupuestos legalmente previstos de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 509. Además, se faculta al juez para limitar algunos derechos según las necesidades de cada caso, sin que esta restricción opere automática e indiferenciadamente respecto de todos, y por el tiempo estrictamente imprescindible”. Como novedad reseñable, que luego se tratará en profundidad, cabe destacar que la restricción

¹⁵ MARCHENA GÓMEZ, MANUEL Y GONZÁLEZ-SERRANO, NICOLÁS (2015): *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Castillo de Luna. Madrid, pp. 129-130.

de derechos para el incomunicado ya no operará de forma automática, sino que podrá ser modulada por el juez.

El nuevo régimen de la prisión provisional incomunicada será desgranado, punto por punto, más adelante. Igualmente, se comparará la regulación resultante de la reforma de 2003 con la actual, fruto de la reforma de 2015.

4. Derechos afectados por la incomunicación.

La prisión provisional supone una restricción de derechos para la persona presa, destacando el derecho a la libertad de movimientos, recogido en el art. 18 de la Constitución española. Sin embargo, dado que el objeto de este trabajo es la modalidad de prisión provisional incomunicada, cabe analizar si con dicho instituto jurídico-procesal queda restringido algún derecho más.

Aunque habrá que atender al alcance de la incomunicación en cada caso, establecido por el juez instructor mediante auto, esencialmente podríamos hablar de afectación a la integridad física y moral, contemplada en el art. 15 de la Constitución, y al derecho al proceso justo, art. 24.2 de la Constitución.

Asimismo, serán de aplicación diversas normas internacionales:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3 y 9 libertad y seguridad y prohibición de la arbitrariedad en las detenciones y apresamientos, respectivamente), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 3 y 5, prohibición de la tortura y derecho a la libertad y seguridad, respectivamente), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9), todo ello en relación con el derecho a la libertad;
- En cuanto a la integridad física y moral, habrá que estar al art. 5 DUDH (prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes), art. 3 CEDH (prohibición de la tortura), arts. 7 y 10 PIDCP y al Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes;

- Por último, en lo que se refiere al derecho a un proceso, merecen atención el art. 10 DUDH (derecho a ser oído públicamente y en justicia por un tribunal independiente e imparcial), art. 6 CEDH (derecho a un proceso equitativo) y art. 14 PIDCP.

Igualmente, la materia está afectada por diversas Directivas comunitarias, destacando la 2013/48/UE, que fue traspuesta en la LO 13/2015, pero no solo: Directiva 2010/64/UE, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales, Directiva 2016/1919, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales.

En cuanto a la LECrim, esta contempla en su art. 527 los derechos de los que puede ser privado el incomunicado por el juez, todos ellos circunscritos dentro del derecho de defensa:

- Designación de abogado de confianza¹⁶.
- Comunicación con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense.
- Entrevista reservada con su abogado.
- Acceso a las actuaciones, directamente o mediante su abogado, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Esta relación de derechos que pueden limitarse nos permite ver claramente que la legislación está ideada para supuestos de delincuencia organizada, donde destaca, por su especial gravedad, el terrorismo. Es

¹⁶ La ya extinta Comisión Europea de los Derechos Humanos aceptó la compatibilidad de esta restricción con las exigencias del Art. 6 del CEDH al resolver el 21 de mayo de 1997 las demandas presentadas a este respecto en los asuntos Cadarso Pérez y Armentia Sagarra contra España y Chavarri Lopategui y Oleaga Ojeda contra España. Vid. ARANGUENA FANEGO, CORAL (2014): "Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita (artículo 6.3.c/ CEDH)" en García Roca, J. y Santolaya, P. coords., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª edición, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 349.

precisamente la defensa frente al intenso fenómeno terrorista que ha sufrido España la que ha inspirado especialmente la regulación de esta figura.

No obstante, la afectación tan gravosa al derecho de defensa procesal coloca al incomunicado en una situación de especial vulnerabilidad, que requiere que se extremen las cautelas para garantizar su integridad. Es necesario extremar las precauciones en este ámbito, puesto que España ha sido objeto de reproche a nivel internacional en múltiples ocasiones debido a prácticas relacionadas con la tortura y los tratos inhumanos y degradantes¹⁷.

En esta línea, cabe destacar que España ha sido condenada en 2018 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por trato inhumano y degradante¹⁸ durante su detención a los dos presuntos autores (posteriormente declarados culpables) del famoso atentado de la T4 en 2006.

5. El régimen de incomunicación previo a la reforma de 2015: constitucionalidad y respeto de los derechos humanos.

El régimen de la incomunicación, en general, y de la prisión provisional incomunicada, en particular, no ha estado exento de críticas. No obstante, es cierto que también ha merecido valoraciones positivas por parte de ciertos sectores y, concretamente, su constitucionalidad ha sido validada por el Tribunal Constitucional español, dando respuesta a los numerosos informes internacionales que dudaban de su compatibilidad con los derechos humanos.

Existen múltiples sentencias¹⁹ de este tribunal que han marcado una serie de criterios para validar la constitucionalidad de la figura, siendo los mismos:

¹⁷ Amnistía internacional (2007): *Sal en la herida: la impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos*. Fecha de consulta: 29/04/2019. Disponible en: https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Sal_en_la_herida.pdf

¹⁸ Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España, sentencia de 13 de febrero de 2018, en respuesta a la demanda 1653/13. El §81 deja entrever lo problemático de la detención incomunicada cuando se alegan torturas, toda vez que bajo ese mismo régimen se está exclusivamente bajo control de la autoridad policial.

¹⁹ Por poner algunos ejemplos, Sentencias del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre, 127/2000, de 16 de mayo, y 7/2004, de 9 de octubre.

- Que la incomunicación se adopte por resolución suficientemente motivada.
- Que la incomunicación se trate de una medida adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
- Que la misma sea imprescindible para alcanzar dicho fin.
- Que existan indicios que permitan deducir una conexión entre la persona sometida a incomunicación y el delito que se está investigando.
- Que la medida sirva realmente para conjurar los riesgos que la justifican.

Sin embargo, más allá de la razonabilidad de los criterios anteriores, la crítica de la doctrina mayoritaria se dirige hacia la automaticidad con la que se ha venido recurriendo a esta figura por parte de los órganos jurisdiccionales cuando lo que se está investigando es la comisión de delitos de terrorismo. Esta aplicación se ha realizado de forma prácticamente sistemática, como demuestran informes empíricos²⁰. Y es que dicha conducta por parte de los jueces y tribunales viene apoyada por la doctrina del Tribunal Constitucional, para el que, en la instrucción de delitos de terrorismo, el mero contexto de los mismos es elemento suficiente para justificar la incomunicación, tal y como se desprende de las Sentencias 127/2000 y 7/2004²¹.

A lo largo de los años ha habido numerosos autores²² que han formulado críticas y propuestas de reforma a este régimen, haciendo especial hincapié en

²⁰ Según un estudio empírico recogido en ORBEGOZO OROÑOZ, IZASKUN, PÉREZ MACHÍO, ANA ISABEL Y PEGO OTERO, LAURA (2009): *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada*. Ararteko. Vitoria-Gasteiz, al 96,93% de los detenidos en relación con delitos de terrorismo se les aplicó la medida de incomunicación, alzándose prácticamente en la mitad de los casos al quinto día.

²¹ En el mismo sentido apunta el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia: sentencias 1665/2000, de 27 de octubre, 918/2004, de 16 de julio, 510/2005, de 22 de abril, y 800/2006, de 13 de julio.

²² En este sentido, LÓPEZ YAGÜES, VERÓNICA (2009): *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*. Tirant lo Blanc. Valencia, pp. 295-339. En la obra se realiza una síntesis de distintas argumentaciones doctrinales al respecto.

la generalidad con la que se aplica la medida en el contexto de la investigación de delitos de terrorismo.

Otra cuestión ampliamente reprochada por la doctrina es que la limitación del derecho a la asistencia jurídica – resultado de la aplicación de la prisión provisional incomunicada – no figura entre las especialidades procesales recogidas en el artículo 55, apartado 2, de la Constitución, referido a la suspensión individual de derechos y libertades fundamentales. Esta limitación podría llegar a ser absoluta, aunque de forma temporal, en el caso de la incomunicación²³, restringiendo en gran medida el derecho de defensa técnica y asistencia letrada, que es elemental. La jurisprudencia salvó en su día este reproche argumentando que la formulación en términos potestativos permite al juez limitarla únicamente en casos necesarios, es decir, con estricta observancia de principio de proporcionalidad.

También se han alzado numerosas voces detractoras frente a la imposibilidad de ser asistido por abogado de confianza, puesto que la designación de abogado forma parte fundamental del derecho a la asistencia letrada.

Además de las críticas recibidas desde amplios sectores doctrinales, el régimen de la incomunicación previo a la reforma también contaba con numerosos detractores entre organismos, tanto nacionales²⁴ como internacionales (entre los que se encuentran la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Prevención de la Tortura y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa). En los informes de estos organismos se realizan numerosas propuestas de reforma del sistema, buscando una mayor garantía de

²³ 523 LECrim, *in fine*: “la relación con el Abogado defensor no podrá impedírsele mientras estuviere en comunicación”. La interpretación *a sensu contrario*, según defiende LÓPEZ YAGÜES (2003): “La inviolabilidad de las comunicaciones...”, *op. cit.*, p. 328, nos lleva a esta conclusión.

²⁴ En este sentido, resulta interesante ver ORBEGOZO ORONOZ, IZASKUN, PÉREZ MACHÍO, ANA ISABEL Y PEGO OTERO, LAURA (2009): “La suspensión individual...”, *op. cit.*, que incluye un análisis de la legislación y un estudio empírico con casos de acusados a los que se les aplicó esta figura en el País Vasco.

los derechos del detenido, llegando en algunos casos a reclamar incluso la total abolición de la institución de la incomunicación.

Incluso desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha condenado de forma reiterada a España, apoyándose en algunos de los informes de los antedichos organismos. Las sentencias condenatorias del TEDH lo eran fundamentalmente por violación del art. 3 CEDH (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes), violaciones acaecidas durante la incomunicación de detenidos por parte de las autoridades españolas²⁵.

6. La incomunicación tras la reforma de 2015.

6.1. Presupuestos.

En primer lugar, han de analizarse los presupuestos necesarios para adoptar esta medida. Los requisitos **generales** de la prisión provisional se recogen en el art. 503 LECrim siendo, básicamente: que conste la existencia de uno o varios hechos con carácter de delito, siendo probable la responsabilidad criminal (*fumus commisi delicti*); y que exista uno o varios de los riesgos que se exponen en dicho precepto (*periculum libertatis*). En el apartado correspondiente al marco teórico se realizó un mayor desarrollo de estos presupuestos.

En cuanto a los requisitos **específicos** de la prisión provisional **incomunicada**, estos quedan recogidos en el art. 509.1 LECrim:

“El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o

b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.”

²⁵ Algunas de las de las sentencias más recientes son las de los casos Etxebarria Caballero contra España, de 7 de octubre de 2014, Arratibel Garciandia contra España, de 5 de mayo de 2015 y Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España, de 13 de febrero de 2018.

Este precepto se limita a reproducir literalmente el contenido de los arts. 3.6 y 5.3 de la Directiva 2013/48/UE. Como vemos, en ambos supuestos se exige una “necesidad urgente” de evitar riesgos para alguna persona o para el proceso. Además, se exige que el riesgo sea grave y que afecte a bienes jurídicos cualificados como son la vida, la libertad o la integridad física, o bien el propio desenvolvimiento del proceso penal. En definitiva, a la vista de los presupuestos podemos comprobar que la institución de la incomunicación queda reservada para casos excepcionales, donde se requiere una actuación particularmente intensa sobre los derechos del investigado por parte de las autoridades públicas.

La redacción de este precepto, en lo referido a las finalidades de la prisión provisional incomunicada, es idéntica a la recogida en el art. 302 LECrim (referido al secreto del sumario). También puede establecerse una analogía con los fines recogidos en el art. 503.1.3º (referido a los requisitos de la prisión provisional), aunque en este caso la redacción no sea idéntica. Sin embargo, mientras que en dichos preceptos lo que se intenta impedir es que el acusado lleve a término de forma personal alguno de los riesgos que recogen, la finalidad de la incomunicación es tratar de impedir que el daño se produzca mediante un tercero que actúe de acuerdo con el detenido. Así pues, el elemento diferenciador de la incomunicación es que la finalidad que se persigue es evitar que el acusado pueda valerse de un tercero para perpetrar los daños que pretenden conjurarse²⁶.

En la redacción actual de la LECrim no se incluye referencia específica a la calificación penal de los hechos como criterio para decretar la incomunicación. Sin embargo, de la interpretación sistemática de la ley podemos extraer algunas consideraciones:

- La incomunicación únicamente será procedente cuando se impute al investigado la comisión de algún delito que permita la detención y/o prisión provisional.

²⁶ Vid. JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen ...”, op. cit., p. 9: “este ha de ser el único y verdadero elemento que dé pleno sentido a la incomunicación en el cumplimiento de sus fines, al que no alude expresamente el art. 509 incurriendo así en un auténtico defecto legal”.

- Este instituto es especialmente eficaz para la prosecución de los fines recogidos en las letras b) y c) del art. 503.1.3²⁷.
- El art. 509.1 introduce el requisito de *urgencia*, limitando así el ámbito de actuación de la medida.
- La connivencia del incomunicado con terceras personas para llevar a término alguno de los riesgos que se busca evitar se dará con mayor probabilidad en delitos de autoría plural, destacando entre ellos el terrorismo o los cometidos por bandas criminales organizadas²⁸.

En esta línea apunta el art. 8.1.c) de la Directiva 2013/48/UE, que señala que las restricciones de los derechos de los detenidos “no podrán basarse exclusivamente en el tipo o la gravedad de la presunta infracción”. Es interesante señalar que esto no constituye únicamente un límite al legislador estatal, sino que supone una norma de vital observancia para los jueces y tribunales a la hora de adoptar la medida cautelar (recordemos, mediante auto que recoja la razonabilidad la medida con suficiente motivación).

Esta limitación impide que la incomunicación sea un efecto *necesario* para la investigación de ciertos delitos. Sin embargo, no imposibilita al legislador para restringir su ámbito a determinados delitos, extremo sobre el cual llegó a haber una propuesta de enmienda²⁹, aunque finalmente esta idea no se haya plasmado en el texto legislativo.

²⁷ Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes y evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, respectivamente.

²⁸ Aunque se tiende a asociar esta medida con los delitos cometidos por banda armada, existe reiterada jurisprudencia que confirma la legalidad de aplicar esta medida a otros delitos cometidos de forma colectiva. Por ejemplo, vid. las sentencias del Tribunal Supremo 1460/1998, de 24 de noviembre, 203/2007, de 13 de marzo y 706/2016, de 15 de septiembre, todas ellas resolviendo casos de delitos contra la salud pública en el marco del tráfico de drogas.

²⁹ Enmienda 76, BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-139-2, de 29 de mayo de 2015, en la que el Grupo Parlamentario Socialista solicitaba limitar la aplicación de la incomunicación exclusivamente a los casos de terrorismo.

Cabe realizar un interesante apunte y es que nada se especifica en lo relativo al momento de la incomunicación. De este modo, aunque lo habitual será que se decrete desde el comienzo del procedimiento, no existe obstáculo a que se acuerde en un momento posterior en el tiempo, si en determinado punto a lo largo de la sustanciación de la causa se hiciera necesario³⁰.

Por último, debe señalarse que la incomunicación es una medida excepcional, carácter remarcado por el propio art. 509.1, de modo que debe ser la última opción para impedir que una tercera persona haga efectivo alguno de los riesgos que la justifican (509.1, letras a y b).

6.2. Duración de la incomunicación.

La cuestión de la duración de la incomunicación ha sido uno de los aspectos más criticados de la regulación española de esta figura, tanto por parte de la doctrina como por diversos organismos internacionales. Sin embargo, la reforma de 2015 apenas introdujo modificaciones en este ámbito.

De forma genérica, se establece en el art. 509.2 que “la incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior [los del art. 509.1]”. Se fijan, además, unos límites máximos: cinco días, prorrogables cinco más. En el régimen anterior se permitía una segunda incomunicación de máximo tres días³¹, con lo cual podían llegar a acumularse trece días de incomunicación, mientras que, tras la reforma, el incomunicado podrá permanecer en ese estado un máximo de diez días. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica

³⁰ Vid. BARONA VILAR, SILVIA (1987): “Prisión provisional...”, op. cit., p. 107. La autora señala, siguiendo a AGUILERA DE PAZ, que durante el proceso pueden aparecer motivos de sospecha que hagan conveniente la adopción de la medida, aunque en un primer momento no existieran motivos suficientes para ello.

³¹ Esta *segunda incomunicación* por tres días fue suprimida en virtud de una enmienda aprobada en el Senado durante la tramitación de la ley, vid. MARCHENA GÓMEZ, MANUEL y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS (2015, p. 131).

13/2015 hubo diversas propuestas para reducir más dichos límites, aunque ninguna prosperó³².

El nuevo periodo máximo, aunque menor, no resulta desdeñable. Además, hemos de tener en cuenta que, independientemente de cómo se produzca la incomunicación, desde organismos internacionales de tal calado como la Comisión de Derechos Humanos de la ONU se recalca que “una detención prolongada en régimen de incomunicación [...] puede en sí misma constituir un trato cruel, inhumano o degradante”³³.

Igualmente, es relevante el juego que se produce entre prisión y detención incomunicadas. En la práctica, no es infrecuente que la incomunicación comience con la detención por iniciativa policial. Debe tenerse en cuenta que esta también puede practicarse en régimen de incomunicación, y que debe atender al límite máximo de 72 horas contemplado en el art. 520.1, párrafo segundo. Así, el incomunicado podrá pasar hasta tres días bajo custodia policial, debiendo ser puesto a disposición judicial dentro de ese plazo. En ese momento, el juez deberá decidir si se pone al detenido en libertad, o si, por el contrario, se eleva la detención a prisión preventiva. En este caso podrá persistir la incomunicación, aunque atendiendo al límite máximo de los cinco días, que se contarán desde que esta se acordó durante la detención judicial.

Llegado el límite de los cinco días, y solamente para los delitos de terrorismo “u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas”, el juez podrá decretar, nuevamente mediante auto exponiendo los motivos, una prórroga que se extenderá, como máximo, otros cinco días.

³² BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-139-2, de 29 de mayo de 2015: el Grupo parlamentario La Izquierda Plural (enmienda núm. 13) solicitó reducir la duración máxima tanto de la primera como de la segunda incomunicación a tres días cada una de ellas; en la misma línea se pronunció el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda núm. 71); por su parte, el Grupo Parlamentario Vasco (enmienda núm. 40) propuso una duración máxima de 2 días en cada una de las incomunicaciones.

³³ Resolución 1997/38, Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

La novedad es que se ha eliminado la posibilidad de decretar una segunda incomunicación, posibilidad recogida en el texto de 2003, que tenía una duración máxima de 3 días³⁴.

Sin embargo, desde la doctrina se ha criticado la imprecisión del legislador sobre este extremo, dejando la cuestión sin cerrar. En este sentido, determinada interpretación podría permitir al órgano jurisdiccional adoptar sucesivas incomunicaciones mientras entienda que los riesgos que motivan la incomunicación siguen vigentes, siempre y cuando se respete el límite de los 10 días sucesivos³⁵.

Debe añadirse, en lo referente a la duración, ha de tenerse en cuenta que en la regulación actual, tras la reforma de 2015, han de *atomizarse* los efectos de la incomunicación, es decir, su funcionamiento – acuerdo y vigencia – debe entenderse de forma individualizada para cada uno de los derechos restringidos. Así, aunque la situación de incomunicación continúe, es posible que el juez levante alguna de las restricciones impuestas antes del término de esta. La misma línea sigue la Directiva 2013/48/UE, que en su art. 8.1.b) dispone que las privaciones de derechos que garantiza estarán “rigurosamente limitadas en el tiempo”.

Como último apunte, hay que indicar que cabe una incomunicación inicial acordada por la policía, pero que esta en ningún caso podrá ser superior a 24 horas, siendo necesaria la ratificación judicial de la misma dentro de ese plazo.

³⁴ El art. 509.2 LECrim, en su versión de 2003, recogía al final del apartado: “No obstante, en estos mismos casos, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días”. Esta consideración ha quedado eliminada con la reforma de 2015.

³⁵ JUAN SÁNCHEZ, RICARDO: “Determinada interpretación podría concluir que el tribunal puede acordar la incomunicación del preso tantas veces como concurren motivos para ello, siempre y cuando la misma no supere un periodo continuado de 10 días. El legislador debiera haber dejado cerrada dicha posibilidad de forma expresa y categórica”. Señala el autor, además, que en el proyecto de Código Procesal Penal se preveía expresamente que no hubiera posibilidad de reiteraciones en el mismo procedimiento (art. 175.3, *in fine*).

6.3. Contenido de la incomunicación.

Durante este epígrafe se desarrollarán las distintas restricciones de derechos que pueden producirse mediante la incomunicación del preso preventivo. Así mismo se analizarán las modificaciones más relevantes que ha supuesto la reforma de 2015.

6.3.1. Determinación judicial de los efectos de la incomunicación.

Una de las críticas más feroces que recibió el régimen previo fue la automaticidad, tanto a la hora de adoptar la medida en el contexto de delitos relacionados con el terrorismo (cuestión que queda para la *praxis* judicial más que para el desarrollo legislativo), como en cuanto a los efectos que comportaba la adopción de la medida, aspecto que ha experimentado una modificación radical. Con la entrada en vigor del nuevo régimen se sustituyó la redacción imperativa del art. 527 (“el detenido o preso, mientras se halle incomunicado, *no podrá* disfrutar de los derechos”) por otra facultativa (“en los supuestos del artículo 509, el detenido o preso *podrá* ser privado de los siguientes derechos [...]”). De este modo se atiende con mayor acierto al principio de proporcionalidad, puesto que el juez, valorando las circunstancias de cada caso, podrá decidir cercenar en menor medida los derechos el incomunicado.

No podemos obviar la posible influencia ejercida sobre el legislador por la doctrina y los diversos organismos internacionales críticos con el régimen previo. Sin embargo, parece claro que esta modificación responde en gran medida a la trasposición de la Directiva 2013/48/UE³⁶, que en su art. 8.1.a) dispone que las eventuales restricciones temporales al derecho de asistencia letrada “deberán ser proporcionadas y limitarse a lo estrictamente necesario” (lo cual no es incompatible con que el legislador haya asumido las críticas recibidas).

³⁶ Incluso algunos autores defendían que la designación judicial de los derechos restringidos en lugar de la limitación *ex lege* de todos ellos era posible desde la entrada en vigor de la Directiva, vid. GARCÍA MOLINA, PABLO (2015): “La transposición de la Directiva 2013/48/UE en lo que respecta al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales a la luz del anteproyecto de ley orgánica de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35, p. 12

Aparentemente, con la nueva redacción podríamos entender, bajo una interpretación literal del artículo, que la incomunicación puede consistir en la mera separación física respecto del resto de detenidos o presos preventivos en determinados casos. Sin embargo, si atendemos a las finalidades que consagra el art. 509.1 lo coherente es concebir la incomunicación como un medio para impedir el contacto con terceras personas no privadas de libertad. En definitiva, dado que el interés de la figura es evitar que el preso preventivo se comuniquen con terceras personas para intentar desvirtuar el objetivo del proceso, hemos de concluir que siempre habrá que adoptar al menos una de las limitaciones contenidas en el art. 527.1 LECrim. Pero incluso con esta *restricción mínima* el incomunicado se vería en una situación claramente mejor que la que soportaba con el régimen previo, donde necesariamente vería cercenados los tres derechos básicos que se recogen en dicho precepto.

Además de modificar en el sentido expuesto el art. 527, la reforma introdujo dos nuevos apartados al precepto.

El primero de ellos, el apartado 2, prevé que tanto la Policía Judicial como el Ministerio Fiscal puedan solicitar la adopción de la medida con la limitación de uno o varios de los derechos recogidos en el 527.1, entendiéndose que desde la solicitud la limitación tendrá plena vigencia hasta la decisión del juez o tribunal, que deberá pronunciarse respecto de dicha solicitud en un plazo máximo de veinticuatro horas. Esto supone que durante los primeros momentos la incomunicación puede ser acordada por un órgano distinto del judicial, aunque después este deba confirmar o rechazar la medida en un plazo relativamente breve.

Esta posibilidad supone un riesgo para las garantías que se introducen con el nuevo régimen para el incomunicado³⁷. Como contrapartida a dicha situación de peligro el párrafo segundo de este art. 527.2, así como el 527.3

³⁷ Como se ha tratado a lo largo del presente trabajo, no son infrecuentes las críticas desde la doctrina y diversos organismos, tanto nacionales como internacionales, alertando de que la incomunicación implica una mayor posibilidad de que el detenido o preso sea víctima de tortura o tratos inhumanos y degradantes. Incluso, considera la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que la medida en sí misma, si se prolonga en el tiempo, puede constituir un trato cruel, inhumano o degradante.

introducen algunas previsiones que pueden mitigar el riesgo de que el detenido o preso que se encuentre en situación de incomunicación pueda ser víctima de este tipo de conductas por parte de la autoridad³⁸.

Debe apuntarse igualmente que hay autores, como Juan Sánchez³⁹, que ven en esta posibilidad de adopción de la medida por la policía o el Ministerio Fiscal una rebaja para las garantías del detenido en lo que respecta al riesgo de que dichos organismos adopten todas las limitaciones de forma indiscriminada, sin perjuicio de que el juez posteriormente pueda introducir modificaciones sobre lo que se ha solicitado o incluso cancelar la medida. Señala el autor que “a este respecto, no existe ninguna previsión legal que constituya un efecto disuasorio de esas posibles conductas”.

6.3.2. La designación del abogado.

La asistencia letrada es uno de los contenidos esenciales del derecho de defensa. Si atendemos al contenido de la Directiva 2013/48/UE⁴⁰ vemos que esta cobra una importancia aún mayor en el caso de las personas privadas de libertad. Sin embargo, reconoce la misma Directiva que “debe permitirse también a los Estados miembros establecer una excepción temporal al derecho a ser asistido por un letrado en la fase de instrucción, cuando resulte indispensable una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal” (Considerando 32). Es más, incluso se recoge, en ese mismo considerando, la posibilidad de que las autoridades interroguen al sospechoso o acusado sin la presencia de su letrado,

³⁸ Art. 527.2-II: “El juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos”.

Art. 527.3: “Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo”.

³⁹ JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen...”, op. cit., p. 14

⁴⁰ Art. 3.4-II: “los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que los sospechosos o acusados a los que se haya privado de libertad estén en condiciones de ejercer efectivamente su derecho a ser asistidos por un letrado”.

“a condición de que se haya informado al sospechoso o acusado de su derecho a guardar silencio, de que pueda ejercer ese derecho y de que el interrogatorio no menoscabe los derechos de la defensa”. Debemos entender, no obstante, que esta posibilidad es absolutamente excepcional y debe reservarse a situaciones de imperiosa necesidad donde no sea posible otra solución para salvaguardar el objeto de proceso penal⁴¹. Es más, existen autores, como Arangüena Fanego, que se han mostrado críticos con esta posibilidad, puesto que supone un grave atentado grave contra el contenido esencial del derecho de defensa y una armonización a la baja del régimen de asistencia letrada⁴².

El art. 3 de la Directiva recoge las consideraciones relativas al derecho a la asistencia letrada en los procesos penales, tanto los derechos que se reconocen como la posibilidad de aplicar excepciones temporales en ciertos supuestos (una aplicación de esta posibilidad es, precisamente, la que nos ocupa). Sin embargo, no se dice nada acerca del modo de designación del profesional que ha de prestar la asistencia letrada.

Aunque la Directiva no se ha pronunciado al respecto, la LECrim, en su art. 527.1.a) contempla la posibilidad de que el juez prive al acusado, “si así lo justifican las circunstancias del caso”, del derecho a designar abogado de confianza o, lo que es lo mismo, que obligue a que el abogado defensor sea designado de oficio. Se trata de una privación temporal, con lo cual tras su alzamiento el acusado podrá solicitar la asistencia letrada de su abogado de confianza.

Estamos ante una cuestión no exenta de controversia. Por ejemplo, Jimeno Bulnes⁴³ entiende que una interpretación sistemática de la Directiva, teniendo en cuenta los considerandos y el texto articulado en su conjunto,

⁴¹ En el mismo sentido apunta el propio Considerando 32: “Únicamente puede efectuarse el interrogatorio con el objetivo y en la medida necesaria para obtener información que resulte indispensable a fin de evitar comprometer de modo grave el proceso penal”.

⁴² ARANGÜENA FANEGO, CORAL (2014): ““El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 32, p. 28.

⁴³ JIMENO BULNES, MAR, (2014): “La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, p. 472.

garantiza el derecho a abogado de libre designación. Esta conclusión estaría avalada por los arts. 6.3.c) CEDH⁴⁴ y 14.3.d) PIDCP⁴⁵. No podemos perder de vista tampoco que el art. 520.5, en su primer párrafo, dispone que “ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho”, reforzando esta conclusión.

Sin embargo, la privación de la libre designación de abogado en casos de terrorismo y delincuencia organizada ha sido objeto de dictamen favorable de Comité Social y Económico Europeo⁴⁶. El argumento es que en estos supuestos es posible que el letrado de confianza del acusado o investigado sea también sospechoso de colaborar en estos delitos.

Para adoptar esta limitación, el juez habrá de ponderar en qué medida el abogado libremente designado puede ayudar a hacer efectivo alguno de los riesgos que recoge el art. 509.1 LECrim. En definitiva, con la nueva redacción será necesario que el abogado pueda realmente ayudar al detenido a poner en grave peligro a otras personas o al proceso mismo, cuestión que deberá valorar y justificar el juez en el auto de incomunicación.

6.3.3. Derecho a entrevistarse reservadamente con el letrado.

La Ley Orgánica 13/2015 no ha afectado únicamente a los arts. 509 y 527. El art. 520, que recoge cuestiones relativas al derecho de defensa, a la asistencia letrada y al tratamiento de detenidos y presos, ha sido ampliamente modificado. En concreto, respecto a lo que ahora nos ocupa, hemos de decir que el art. 520.6.d) reconoce, de forma expresa, el derecho del letrado designado para la defensa a “entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial”. Este derecho va en consonancia con lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva

⁴⁴ “Todo acusado tiene, como mínimo, [...] derecho a ser asistido por un defensor de su elección”.

⁴⁵ “Toda persona acusada de un delito tendrá derecho [...] a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección”.

⁴⁶ European Economic and Social Committee, SOC/424, Right of Access to a lawyer and right to communicate upon arrest. Pronunciado el 24 de junio de 2013.

2013/48/UE, que reconoce el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre el acusado y su abogado defensor.

La única excepción a esta regla es la recogida en el art. 527.1.c), tal y como prevé el propio 520.6.d), *in fine*. De este modo, el órgano judicial podrá limitar el derecho del incomunicado a entrevistarse reservadamente con su abogado “si así lo justifican las circunstancias del caso”.

En el régimen previo esta restricción de los derechos normales del preso preventivo era, al igual que el resto, necesarias, mientras que ahora su imposición es facultativa para el juez. Sin embargo, este punto de la reforma está especialmente rodeado de polémica, puesto que desde la doctrina se duda acerca de la conveniencia de la limitación, ya que el riesgo de colaboración delictiva del abogado debería quedar mitigado mediante la designación de oficio del mismo. En este sentido, apunta Juan Sánchez⁴⁷ que se trata de una “medida desproporcionada y que, en ningún caso [...] responde al criterio de excepcionalidad previsto en el art. 509.1, salvo que también se sospechara del letrado de oficio”.

Según continúa exponiendo el profesor Juan Sánchez, frente a un informe que presentaba este argumento, el gobierno español sostuvo que en el contexto del terrorismo etarra históricamente se ha presionado a los abogados de oficio para que actúen como “correos portadores de información”. No obstante, si bien puede haber certeza en ese argumento, no es menos cierto que existen otros profesionales que interactúan con el preso incomunicado, como son los médicos forenses, sobre los cuales el gobierno no se pronunció en el mismo sentido.

El art. 4 de la Directiva 2013/48/UE, mencionado unas líneas atrás, exige el respeto a la confidencialidad de las comunicaciones entre defensor y defendido, no solo personal, sino también telemáticamente. Además de reconocer el derecho, en ningún momento da pie a la introducción de excepciones al mismo.

⁴⁷ JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen...”, op. cit., p. 16

Sí recogen tal derecho, sin embargo, los Considerandos 33 y 34⁴⁸, que reconocen la posibilidad de limitar de forma temporal este derecho a la confidencialidad de las comunicaciones del detenido, siempre justificándolo en la posibilidad de colaboración criminal del letrado. Igualmente, la jurisprudencia del TEDH recoge casos en los que se ha reconocido la compatibilidad entre el CEDH y la vigilancia de las comunicaciones entre abogado y acusado cuando existe connivencia delictiva entre ambos⁴⁹.

6.3.4. Limitación parcial de acceso a las actuaciones procesales.

La Ley Orgánica 13/2015 introdujo una nueva letra en el art. 527.1 LECrim. De este modo, ahora se permite también limitar el derecho del incomunicado a acceder a las actuaciones (bien personalmente, bien a través de su abogado) “salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención”. Esta salvedad ha de ponerse en relación con el art. 520.2.d), que reconoce expresamente el derecho a acceder a tales elementos, como no podría ser de otro modo⁵⁰.

⁴⁸ Considerando 33: “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de los procedimientos aplicables a la situación en que se sospeche, a partir de indicios objetivos y fácticos, que el letrado está implicado junto con el sospechoso o acusado en la comisión de una infracción penal. Una actividad delictiva del letrado no puede reputarse asistencia legítima a los sospechosos o acusados en el marco de la presente Directiva”.

Considerando 34: “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de un posible menoscabo incidental del derecho de confidencialidad que resulte de una operación legal de vigilancia por parte de las autoridades competentes”.

⁴⁹ Sentencia *Lanz c. Austria*, de 31 de enero de 2002

⁵⁰ En este punto ha de hacerse alusión a otra norma comunitaria, la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Esta Directiva permite en su art. 7.4 que se limite el acceso a ciertos materiales del expediente “si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso”. Sin embargo, ese mismo artículo, en su apartado 1, es tajante respecto a la obligación de los Estados de garantizar que se entreguen al acusado o a su abogado los documentos “que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad”. Así las cosas, la norma recogida en este art. 527.1.d) no es más que una articulación de estos dos preceptos de la Directiva 2012/13/UE.

En caso de que el juez decida aplicar esta restricción, serán excepcionados de forma temporal los derechos previstos en el art. 118.1.b) LECrim⁵¹. Esta limitación, al igual que la anterior, ha recibido críticas por parte de la doctrina. Así, hay quien entiende que no tiene sentido imponer esta limitación en caso de que se haya designado el abogado de oficio, puesto que únicamente cabría circunscribirla a supuestos en los que hay riesgo de que el abogado, en connivencia con el preso, pretenda hacer efectivo alguno de los riesgos recogidos en el art. 509.1⁵².

Por otro lado, resulta evidente que esta restricción carecería de sentido en caso de que se acuerde el secreto de las actuaciones (art. 302, párrafo segundo).

Hemos de tener en cuenta que la asistencia letrada debe tener un papel activo, es decir, su función no es meramente constatar las condiciones de la detención, sino que debe garantizar un derecho de defensa efectiva⁵³. Igualmente, la Directiva 2012/13/UE señala que las limitaciones impuestas no han de suponer “perjuicio para el derecho a un juicio equitativo”⁵⁴

En definitiva, en caso de que se adopte esta limitación, el texto de la LECrim⁵⁵ exige que se facilite información suficiente al abogado defensor como para que pueda solicitar la puesta en libertad del acusado (bien mediante habeas corpus, si estuviera detenido, o bien mediante solicitud de revocación de la prisión preventiva).

No debemos perder de vista el art. 510.1, que permite que el incomunicado acuda, “con las precauciones debidas”, a las diligencias en las que

⁵¹ Art. 118.1.b): “Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración.”

⁵² JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen...”, op. cit., p. 17

⁵³ Art. 3.1 Directiva 2013/48/UE: “Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de **defensa** en la práctica y **de manera efectiva**”.

⁵⁴ Art. 7.4 Directiva 2012/48/UE

⁵⁵ Arts. 520.2.d) y 527.1.d) LECrim

la ley le reconozca capacidad de intervención siempre y cuando “su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación”.

6.3.5. Derecho a comunicarse con terceras personas.

La última restricción recogida en el art. 527.1 es la que corresponde a su letra b): “comunicarse [el detenido o preso] con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense”. Siguiendo esta norma, en caso de acordarse la limitación de comunicación con terceras personas, el incomunicado no podrá establecer comunicación telefónica con un tercero de su elección (art. 520.2.f), tampoco podrá utilizar correspondencia (art. 524) ni ser visitado por “un ministro de su religión, por un médico, por sus parientes o personas con quienes esté en relación de intereses, o por las que puedan darle sus consejos” (art. 523).

Si podrá recibir visitas, en cambio, de las autoridades consulares de su país y también mantener comunicación con ellas⁵⁶. Este hecho está en consonancia con la Directiva 2013/48/UE, que recoge en su art. 7, apartados 1 y 2, el derecho de los sospechosos o acusados no nacionales a comunicarse con las autoridades consulares de su país y a ser visitado por las mismas si así lo desea. El apartado 3 de dicho artículo conmina al legislador nacional a regular la normativa y el procedimiento para articular estos derechos, “siempre que se permita que se alcancen plenamente los fines para los que se han previsto” los mismos⁵⁷.

Evidentemente, también podrá comunicarse en todo caso con el juez o tribunal, con el Ministerio Fiscal y con el Médico Forense⁵⁸.

⁵⁶ Debe interpretarse que la LECrim no lo prohíbe, puesto que ni el 520.2.g, referido a la visita de aquellas autoridades, ni el 520.3, referido a la comunicación con las mismas, precisan nada que conduzca a pensar lo contrario.

⁵⁷ Además de estos derechos de comunicación y visita, que se regularán en la normativa nacional, la Directiva impone a los Estados la obligación de informar de la detención “sin demora injustificada” a las autoridades consulares correspondientes.

⁵⁸ En este caso, el art. 527.1.b), *in fine*, reconoce expresamente este derecho.

La nueva redacción del precepto permite al juez decidir si la persona señalada como interlocutor por el detenido presenta elementos que hacen sospechar que pueda entrañar algún peligro⁵⁹. Además, en caso de que así lo decida, puede descartar a esa persona y señalar, en su lugar, otra sobre la que no concurran ese tipo de sospechas.

También se permite, *por mor* del art. 510.3, que el órgano judicial autorice aquellas “comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada”, adoptando, en su caso “las medidas oportunas” para no frustrar dicha finalidad.

6.3.6. Derecho a comunicar la detención a terceros.

Será de plena aplicación el derecho a que se comunique a la persona que el investigado desee el hecho de su detención, recogido en el art. 520.2.e) LECrim⁶⁰. Este derecho no podrá ser limitado en ningún caso, aunque se acuerde la incomunicación. Se trata de una garantía contra las detenciones secretas, consagrada en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, concretamente en el art. 17.1 de dicho texto.

A esta cuestión también hace referencia la Directiva 2013/48/UE en su artículo 5. Este precepto, en su apartado 3, permite a los Estados adoptar excepciones temporales al derecho de comunicación del hecho de la detención a un tercero, precisamente cuando concurran alguna de las finalidades que

⁵⁹ El texto previo a la reforma señalaba que el detenido o preso sometido a incomunicación “No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2”. Dicho precepto tenía la siguiente redacción (también ha sido reformado): “derecho a que se ponga en el conocimiento del familiar, o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina consular de su país”.

⁶⁰ Art. 520.2.d) LECrim: “Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país”.

recoge para la incomunicación el art. 509.1 LECrim. Sin embargo, la normativa española actual no recoge ninguna limitación a este derecho.

Dada la autorización por la Directiva, y considerando que sí que se han establecido otras excepciones en la mayoría de los aspectos que la norma comunitaria las autorizaba, hemos de considerar que esta carencia plena de restricción del derecho es plenamente intencionada por parte del legislador español. El profesor Juan Sánchez⁶¹ achaca este hecho a dos motivos fundamentales: por una parte, que uno de los aspectos más criticados del régimen previo por parte de los organismos internacionales era la posibilidad de no comunicar la detención a terceros; por otra, que no comunicar el hecho de la detención es poco proporcionado (puesto que no solo se sacrifica el derecho del detenido, sino también el de sus familiares y allegados) y, además, poco efectivo para cumplir con los fines de la incomunicación.

6.4. La incomunicación de los menores de edad. Exclusión de los menores de dieciséis años.

Otra novedad reseñable del nuevo régimen de la incomunicación es la introducción de un cuarto apartado en el art. 509.4, prohibiendo la detención incomunicada de menores de dieciséis años.

La cuestión es qué sucede con los menores de edad mayores de dieciséis años. El art. 17.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor remite al art. 520 bis LECrim en lo relativo a la detención de menores. Dicho precepto, referido a los detenidos en relación con delitos de terrorismo, permite que los mismos sean sometidos a incomunicación. De este modo, leyendo conjuntamente ambos artículos, hemos de concluir que los menores de edad mayores de dieciséis años podrán ser incomunicados en casos de terrorismo.

Por su parte, el art. 22 de la LO de Responsabilidad Penal del Menor recoge una serie de derechos procesales para los menores. En aplicación del principio de especialidad se ha interpretado que esta norma tiene preferencia

⁶¹ JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen...”, op. cit., p. 20

sobre las normas generales de la LECrim en el ámbito de los menores de edad. Dicha norma está inspirada por la idea de dar un sentido especialmente reeducativo a las medidas que se adopten sobre menores relacionados con hechos delictivos.

Así, en el régimen de la incomunicación previo, existían algunas diferencias que responden al interés superior del menor a la finalidad educativa que ha de perseguirse en estos supuestos⁶². Actualmente, con las distintas modificaciones, estas diferencias se han diluido, sin que se hayan hecho nuevas precisiones al respecto.

Antes de la reforma necesariamente se privaba al acusado de la entrevista reservada con su letrado defensor al término de las diligencias en que éste hubiera intervenido. Mientras, el art. 22.1.b) de la LO de Responsabilidad Penal del Menor dispone un derecho más amplio para menores detenidos, que podrán entrevistarse dos veces con su abogado: una antes de prestar declaración y otra después de haberlo hecho. De esta forma, aunque se privase de la entrevista posterior, al menor incomunicado le quedaría la entrevista previa con su defensor⁶³.

Sin embargo, con la reforma de 2015 se cambió la redacción del art. 527.c), disponiendo que ahora la limitación es a “entrevistarse reservadamente con su abogado” (en todo caso). Así, si se adoptase esta restricción, el incomunicado quedaría sin la imposibilidad de esta conversación confidencial, independientemente de que sea o no menor de edad.

En cuanto a la Directiva 2013/48/UE, su art. 5, en los apartados 2 y 4, hace referencia al derecho a que se informe a un tercero del hecho de la privación de libertad, que será particular en el caso de los menores. En concreto, se dice que cuando se establezcan excepciones temporales sobre este derecho de comunicación de la detención a terceros en el caso de menores habrá que informar a “una autoridad responsable de la protección o el bienestar de los

⁶² Vid. PÉREZ MACHÍO, ANA ISABEL (2009): “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?”, en Masferrer, Aniceto (Coordinador) *Estado de Derecho y Derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 189

⁶³ Vid. PÉREZ MACHÍO (2009): “La detención incomunicada...”, op. cit., p. 190.

menores” tan pronto como sea posible. A pesar de esta previsión en la Directiva, en la legislación española no se ha realizado ninguna precisión al respecto.

En definitiva, existen dos normas fundamentales que configuran el régimen de la incomunicación de los menores de edad. Por una parte, la LO de Responsabilidad Penal del Menor permite que sean sometidos a incomunicación en los términos del art. 520 bis LECrim, es decir, cuando estemos ante casos de delitos de terrorismo. Por otro, tenemos la LECrim, que tras la reforma de 2015 ha excluido a los menores de dieciséis años del ámbito de la incomunicación en su art. 509.4.

De este modo, podrán ser incomunicados los menores que se encuentren entre los dieciséis y los dieciocho años cuando estén relacionados con presuntos delitos de terrorismo. Dado el sentido reeducativo de la legislación sobre menores y la especial vulnerabilidad de los mismos creo que sería más adecuado eliminar por completo esta posibilidad, en la línea de lo que ya venía solicitando la Fiscalía General del Estado desde principios de siglo. Es más, este organismo ha llegado a dictar instrucciones a los fiscales para que no soliciten la incomunicación de menores⁶⁴.

Por último, como alternativa a la supresión total de la incomunicación a menores, sería deseable, al menos, que se concretasen legislativamente las particularidades que necesariamente, en mi opinión, debería incluir el régimen de la incomunicación de menores de edad. El fundamento de estas matizaciones es el que se ha reiterado a lo largo de este apartado: la finalidad especialmente reeducativa de las medidas aplicables a los menores de edad con responsabilidad criminal y la mayor vulnerabilidad de los mismos.

6.5. Custodia y garantías de los incomunicados.

Como se ha venido remarcando repetidamente a lo largo del presente trabajo, una de las cuestiones más duramente criticadas por la doctrina y las distintas instituciones defensoras de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional, es la de la protección del detenido o preso

⁶⁴ Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado.

incomunicado frente a malos tratos y tortura. El nuevo régimen ha introducido algunas previsiones en este sentido (como los reconocimientos médicos frecuentes o las facultades de control del juez), pero sigue sin haber suficientes garantías para evitar estas conductas por parte de las autoridades.⁶⁵

Desde las organizaciones críticas con el régimen de la incomunicación se apuntaba a la especial utilidad que podría tener en este sentido la grabación continua de los lugares en los que se encuentre el incomunicado (dependencias de detención, salas de interrogatorio, medios de transporte, etc.). De hecho, el proyecto de Código Procesal Penal preveía, en su art. 176.3⁶⁶, este sistema para garantizar los derechos del incomunicado. El principal argumento en contra del establecimiento de este sistema es el peligro que podría suponer para los agentes policiales encargados de la custodia del incomunicado, que se agrava teniendo en cuenta el tipo de delitos (como terrorismo o criminalidad organizada) que habitualmente conllevan la adopción de la incomunicación del detenido. Este argumento, en mi opinión, no resulta suficientemente sólido para desechar la medida, por dos motivos: en primer lugar, porque el detenido o preso podría identificar en algún momento posterior, una vez levantada la medida cautelar, a los policías encargados de su custodia; y, en segundo lugar, porque los agentes podrían ocultar sus rostros, quedando únicamente recogido el número de placa, salvaguardándose así su privacidad de cara a la grabación en vídeo.

La reforma de 2015 ha introducido dos nuevos apartados al art. 527 que inciden de forma importante en este aspecto. El párrafo tercero del 527.2 dispone que “el juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación”, concediéndole para esta tarea la facultad de requerir información a las autoridades encargadas de su custodia acerca del estado del detenido o preso, así como el respeto a sus derechos. Las demás garantías introducidas estaban previstas en textos anteriores, aunque es cierto que el art.

⁶⁵ JUAN SÁNCHEZ (2017): “El nuevo régimen...”, op. cit., p. 21

⁶⁶ Art. 176.3 CPP: “La permanencia del incomunicado en dependencias policiales será registrada en soporte apto para su reproducción en sonido e imagen, que estará a disposición del Ministerio Fiscal y Tribunal de Garantías”.

527.3 refuerza de manera importante el control médico sobre el incomunicado, aumentando la frecuencia de las visitas de los sanitarios⁶⁷.

Ya desde la redacción de 1983 se reconocía en el art. 520.2.f) el derecho a reconocimiento por médico forense, hoy trasladado al art. 520.2.i). Además, desde 2003, el art. 510 en su apartado 4 reconoce el derecho a que el incomunicado sea reconocido por un segundo médico forense designado por el órgano judicial competente. Este hecho ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional como una auténtica garantía para el incomunicado, por ser la autoridad judicial, y no la gubernativa encargada de la custodia material del detenido o preso, la que disponga el reconocimiento médico⁶⁸.

Por último, en lo concerniente a los exámenes médicos, cabe señalar que el proyecto de Código Procesal Penal preveía reconocimientos médicos “cada ocho horas por el médico forense o por otro médico del sistema público de salud, salvo que requiera cuidados médicos más frecuentes” (art. 176. 2). En definitiva, con los años se ha ido tomando conciencia por parte del legislador de que la frecuencia de los exámenes médicos y la independencia respecto de la autoridad policial de quienes los practican son claves para la prevención de los malos tratos a los detenidos o presos.

Para cerrar el capítulo de las garantías nos referiremos al texto constitucional, que establece una serie de garantías genéricas cuando se limitan derechos fundamentales. El art. 55.2 CE, que se refiere específicamente a la

⁶⁷ Art. 527.3: “Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada veinticuatro horas, según criterio facultativo”. Esta previsión no se encontraba en el texto original de la reforma, sino que se introdujo al aprobarse una enmienda en tal sentido propuesta por el Congreso de los Diputados, vid. MARCHENA GÓMEZ, MANUEL y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS (2015, p. 133).

⁶⁸ STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 4º: “no puede dejar de resaltarse la impecable práctica —no usual en los países signatarios del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales— que supone el que durante la detención policial intervengan facultativos médicos integrados en la Administración de Justicia, bajo la exclusiva dependencia de la autoridad judicial y, por tanto, ajenos a la autoridad gubernativa responsable de la detención.”

suspensión individual, hace referencia al “adecuado control parlamentario” (aunque en la práctica, por motivos evidentes, es nulo), así como a la responsabilidad penal derivada de la “utilización injustificada o abusiva de las facultades” reconocidas en la Ley Orgánica que regule la limitación de los derechos contenidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3 de la Constitución.

6.6. Procedimiento de incomunicación.

El procedimiento para la adopción de la incomunicación no se encuentra sistematizado en la LECrim, de modo que habrá que acudir a diferentes preceptos que se refieren a esta figura, integrándolos con las previsiones generales sobre la detención y la prisión preventiva, con especial atención al art. 505. La excepción la constituirán los delitos de terrorismo, para los cuales existen previsiones específicamente estructuradas.

Hay que señalar que el procedimiento para adoptar la prisión provisional se encuentra recogido en el art. 505. Lo más relevante es que para adoptarla se requerirá la convocatoria de una audiencia con el Ministerio Fiscal y las partes (505.1) que deberá celebrarse “en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial”, compareciendo también el investigado o encausado, siempre asistido de letrado (505.2).

En la referida vista “podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas”, siendo necesario que el letrado del investigado tenga acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención (505.3). Celebrada esta vista, el órgano jurisdiccional decidirá sobre la procedencia o no de la prisión, siendo necesario para acordarla que alguna de las partes la inste puesto que, de lo contrario, deberá ordenarse la inmediata puesta en libertad del investigado (505.4).

Respecto a la incomunicación propiamente dicha, en primer lugar, habrá de adoptarse mediante resolución motivada (art. 509.1) del juez de instrucción o tribunal, concretamente **mediante auto** (arts. 509.3, 527.2). Nada se indica

expresamente sobre si puede ser acordada de oficio, pero hemos de deducir que sí puede serlo (art. 527.2, *a contrario sensu*⁶⁹).

En cuanto al **contenido del auto** que acuerde la incomunicación, este deberá motivar de forma separada la concurrencia de los presupuestos de la incomunicación (alguno de los riesgos del 509.1) y la concreción de los derechos que se limitan de entre los contemplados en el 527.1, argumentando para cada restricción la conveniencia de adoptarla. Estas normas se desprenden del art. 527.2, que establece la obligación de “motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509”.

Respecto del **momento** de adoptar la incomunicación, podrá adoptarse tanto desde la misma detención (si la autoridad que la lleva a cabo solicita al juez que adopte la medida, esta se entiende acordada, debiéndose pronunciar el juez en el plazo de 24 horas *por mor* del art. 527.2) o al momento de acordar la prisión provisional. También podrá adoptarse con posterioridad a estos momentos, cuando el acusado ya lleve tiempo detenido o preso preventivamente, puesto que no existe disposición alguna que lo impida.

En su momento se plantearon dudas sobre la constitucionalidad de la incomunicación por la autoridad policial (en la línea de lo dispuesto por el art. 527.2). Ante esta problemática se pronunció el Tribunal Constitucional en 1987 validando la constitucionalidad de dicha medida⁷⁰. Igualmente, por la propia naturaleza de la medida, cuando la incomunicación realmente sea necesaria, no acordarla desde un primer momento, permitiendo al detenido comunicar con terceros hasta que el juez decida, supondría un riesgo para la protección de los fines perseguidos por la incomunicación, puesto que ésta llegaría “demasiado

⁶⁹ Art. 527.2: “Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal [...]”. Podemos concluir que si se habla de esta solicitud como una posibilidad es que existe al menos otra, que sería el acuerdo de oficio por parte del juez.

⁷⁰ STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11º: “no es contrario a la Constitución el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, aunque solicitando al mismo tiempo de órgano judicial la confirmación de la medida”.

tarde”⁷¹. Aunque no aclare la LECrim qué sucedería si transcurrieran las 24 horas que marca el 527.2 como plazo límite sin que hubiera pronunciamiento judicial, no cabe duda de que la consecuencia sería el levantamiento de la incomunicación policial o del fiscal, sin perjuicio de que posteriormente el juez o tribunal pudiera volver a acordarla.

El art. 520 bis, que se refiere específicamente a los delitos de terrorismo, dispone un régimen exactamente igual al general del 527.2 en cuanto a la detención incomunicada⁷². Así pues, con la reforma se ha terminado equiparando el régimen general de la detención incomunicada al específicamente previsto para el terrorismo.

7. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se ha realizado una exposición ordenada del estado de este instituto jurídico: desde la regulación original, pasando por las diferentes modificaciones a lo largo de los años hasta el estado actual de la incomunicación, con todo su régimen jurídico y la razón de ser del mismo.

Si bien los cambios operados por la última reforma no han supuesto un cambio estructural en la incomunicación, sí que han introducido novedades muy interesantes en su funcionamiento, logrando como resultado un régimen más respetuoso con los derechos fundamentales. Este nuevo régimen encaja perfectamente en la línea defendida por el profesor Montero Aroca que entiende el proceso penal como una garantía de los ciudadanos frente al Estado. Así, como nos señala en su obra *Proceso penal y Libertad*, la evolución hacia la nueva configuración del proceso penal comenzó cuando se entendió por parte

⁷¹ MARCHENA GÓMEZ, MANUEL y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS (2015): “La reforma...”, op. cit., p. 131.

⁷² Art. 520 bis LECrim: “Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.”

del legislador que el imputado-acusado es titular de derechos subjetivos materiales penales en los que el obligado es el Estado que actúa en el ámbito penal⁷³.

Debe destacarse, en primer lugar, la absoluta **excepcionalidad** de la medida. Una restricción de este calibre, que supone una injerencia tan importante en el derecho de defensa del sometido a incomunicación, ha de aplicarse únicamente cuando exista un interés superior que lo justifique. Tanto el carácter excepcional como la delimitación de este “interés superior” está expresamente reflejado en la redacción de la ley, lo cual dota de una mayor coherencia al sistema. Hay que señalar que estas modificaciones se hicieron aprovechando la trasposición de una directiva comunitaria y se enmarca en el proceso de acercamiento de los sistemas penales de los diferentes países de la Unión Europea.

La otra nota a destacar es la **huida del automatismo**. Como se ha explicado, el régimen previo a la reforma imponía la obligación de restringir todos los derechos recogidos en el 527 LECrim una vez se acordaba la incomunicación. El hecho de que ahora sea el juez quien, valorando las circunstancias del caso, decida cuál o cuáles se limitan supone un gran avance desde el punto de vista de la proporcionalidad, así como una mayor garantía de los derechos de la persona que soporta esta medida.

Desde el punto de vista negativo, considero que las limitaciones de las letras c) y d) del art. 527.1⁷⁴ pueden suponer un importante obstáculo a la

⁷³ Vid., ARANGÜENA FANEGO, CORAL (2012) “El derecho a la asistencia letrada y nuevos pasos para su garantía en la Unión Europea” en GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, BARONA VILAR, SILVIA y CALDERÓN CUADRADO, PÍA (coords.) (2012): *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum, en homenaje para celebrar su LXX cumpleaños*. Tirant lo Blanch. Valencia, p. 1188

⁷⁴ Estas letras corresponden a las restricciones de entrevista reservada con el abogado (cuya limitación se estima innecesaria, en caso de haberse designado necesariamente letrado de oficio, de forma que no tendría por qué tener ningún tipo de relación previa con el sometido a la medida) y de acceso por el detenido o su abogado a las actuaciones, más allá de los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención (que, por el mismo motivo que la anterior, considero que puede ser innecesaria, habiéndose nombrado el abogado necesariamente de oficio).

defensa letrada sin ser estrictamente necesarios para la salvaguarda de los fines que se pretenden alcanzar. Y esto porque la designación de abogado de oficio debería ser suficiente, a mi modo de ver, para evitar que el investigado pueda confabular con su abogado para atacar alguno de los bienes jurídicos que se pretenden proteger con esta figura.

No considero que la posible coacción que pueda sufrir el abogado de oficio deba bastar para argumentar a favor de estas restricciones. Afirmo esto porque en el contexto actual, donde la amenaza terrorista es prácticamente inexistente y las fuerzas de seguridad disponen de medios suficientes para proteger la tranquilidad del letrado, creo que debe pesar más, en esta dicotomía, asegurar el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

Igualmente, para terminar, me sumo a la crítica doctrinal, que rechaza la “generalización de la autonomía del fiscal y la policía en una primera adopción de la misma [la incomunicación] durante un periodo de 24 horas”⁷⁵. En estos casos el tribunal únicamente realiza un ejercicio de revisión de la medida, de modo que se deja la puerta abierta a una potencial limitación gubernativa (por tanto, discrecional) de derechos fundamentales durante las primeras 24 horas.

⁷⁵ JUAN SÁNCHEZ, RICARDO (2017): “El nuevo régimen...”, op. cit., p. 24

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amnistía internacional (2007): *Sal en la herida: la impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos*. Fecha de consulta: 29/04/2019. Disponible en: https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Sal_en_la_herida.pdf

Arangüena Fanego, Coral (1991): *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona.

Arangüena Fanego, Coral (2012) “El derecho a la asistencia letrada y nuevos pasos para su garantía en la Unión Europea” en Gómez Colomer, Juan Luis, Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, Pía (coords.) (2012): *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca, Liber Amicorum, en homenaje para celebrar su LXX cumpleaños*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 1187-1202.

Aranguena Fanego, Coral (2014): “Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita (artículo 6.3.c/ CEDH)” en García Roca, J y Santolaya, P. coords., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª edición, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 345-375.

Arangüena Fanego, Coral (2014): “El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 32, pp. 1-31.

Asencio Mellado, Jose María (1987): *La prisión provisional*. Editorial Civitas. Madrid.

Barona Vilar, Silvia (1987): *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*. Librería Bosch. Barcelona.

García Molina, Pablo (2015): “La transposición de la Directiva 2013/48/UE en lo que respecta al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales a la luz del anteproyecto de ley orgánica de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35, pp. 1-30.

Gascón Inchausti, Fernando (2005): “La reforma de la prisión provisional en España”, *Temas de Derecho Procesal Penal de México y España* (Cienfuegos Salgado, Natarén Nandayapa y Ríos Espinosa, coordinadores), Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F., 2005.

Gutiérrez de Cabiedes, Pablo (2004): *La prisión provisional*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).

Jimeno Bulnes, Mar (2014): “La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, pp. 443-489.

Juan Sánchez, Ricardo (2017): “El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español”. *Revista para el análisis del Derecho*, pp. 1-29.

López Yagües, Verónica (2003): *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*. Tirant lo Blanc. Valencia.

Marchena Gómez, Manuel y González-Serrano, Nicolás (2015): *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Castillo de Luna. Madrid.

Orbegozo Oronoz, Izaskun, Pérez Machío, Ana Isabel y Pego Otero, Laura (2009): *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: especial consideración de la detención incomunicada*. Ararteko. Vitoria-Gasteiz.

Pérez Machío, Ana Isabel (2009): “La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?”, en Masferrer, Aniceto (Coordinador), *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 497-512.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Fecha	Nº Demanda	Partes
7/10/2014	74016/12	Etxebarría Caballero c. España
5/05/2015	58488/13	Arratibel Garciandia c. España
13/02/2018	1653/13	Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España

Comisión Europea de Derechos Humanos

Decisión de inadmisión, de 21 de mayo de 1997, en los asuntos Cadarso Pérez y Armentia Sagarra contra España (33641/96) y Chavarri Lopategui y Oleaga Ojeda contra España (35432/97).

Tribunal Constitucional

Sala y fecha	Referencia	Magistrado ponente
Sala Primera, 26/11/1984	108/1984	Rafael Gómez-Ferrer Morant
Pleno, 11/12/1987 Pleno, 16/12/1987	196/1987 199/1987	Eugenio Díaz Eimil Miguel Rodríguez- Piñero y Bravo-Ferrer
Sala Primera, 16/05/2000	127/2000	María Emilia Casas Baamonde
Sala Primera, 9/10/2004	7/2004	Pablo García Manzano
Sala Segunda, 28/01/2013	12/2013	Francisco José Hernando Santiago

Tribunal Supremo

Fecha	Referencia	Magistrado ponente
24/11/1998	1460/1998	Luis Román Puerta Luis
27/10/2000	1665/2000	Juan Saavedra Ruiz
16/07/2004	918/2004	José Aparicio Calvo- Rubio
22/04/2005	510/2005	Luis Román Puerta Luis
13/07/2006	800/2006	Miguel Colmenero Pérez de Luarca
13/03/2007	203/2007	José Ramón Soriano Soriano
15/10/2016	706/2016	Carlos Granados Pérez

Audiencia Nacional

Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 por el que se acuerda la prisión provisional para los líderes del “procés”, de 2 de noviembre de 2017, Diligencias Previas 82/2017, doc. 768.