

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LA DETENCIÓN/PRISIÓN INCOMUNICADA: ANÁLISIS DE LA STEDH *ATRISTAIN GOROSABEL VS ESPAÑA* Y DE LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DE LA AUDIENCIA NACIONAL DICTADAS TRAS LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Alfredo Liñán Lafuente

Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED

Title: *Incommunicado detention: Analysis of the ECHR Atristain Gorosabel vs. Spain and the first decisions of the Audiencia Nacional issued after the publication of the judgement*

Resumen: La detención o la prisión incomunicada se establece como un régimen excepcional de limitación temporal de derechos. El TEDH en la sentencia *Atristain Gorosabel vs. España* exige que existan motivos pertinentes y suficientes para adoptarla. Al no apreciarlos, en este caso concreto, condena España por vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial produce determinados efectos indirectos en la práctica procesal. En este artículo se presentan algunos ejemplos y se valora el posible desarrollo que tendrá en un futuro.

Palabras clave: Detención incomunicada; Motivos determinantes; Derecho de defensa; Prueba ilícita; Toma de declaración.

Abstract: *Incommunicado detention is established as an exceptional regime of temporary limitation of rights. The ECtHR in the case *Atristain Gorosabel vs. Spain* requires the existence of relevant and sufficient grounds for adopting this regime. In this specific case, Spain was condemned for violation of Article 6 of the European Convention on Human Rights. The enforcement of this jurisprudential doctrine generates certain indirect effects in procedural practice. This article presents some examples and assesses possible future developments.*

Keywords: *Incommunicado detention; Decisive grounds; Right of defence; Unlawful evidence; Declaration.*

Sumario. 1. Los hechos objeto de valoración en la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. - 2. Las alegaciones de las partes. - 3. El marco legal para acordar la incomunicación de un detenido al momento de los hechos. - 4. La aplicación del criterio de la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España* en la jurisprudencia reciente de la Audiencia Nacional. - 4.1. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 9/2022 de 11 de mayo. - 4.2. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 5/2022 de 7 de marzo. - 5. Reflexiones sobre la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. - 6. La aplicación del criterio de la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España* en la jurisprudencia reciente de la Audiencia Nacional. - 7. ¿Qué cabe esperar en un futuro? Reflexiones finales. - 8. Epílogo.

1. Los hechos objeto de valoración en la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*

El demandante ante el TEDH fue detenido el 29 de septiembre de 2010, en el marco de una operación antiterrorista de la Guardia Civil. Diversas fuentes informaron que Atristain era miembro de ETA y almacenaba un gran número de armas y explosivos que estaban en condiciones de ser utilizadas por la banda terrorista ETA. El 30 de septiembre de 2010, el Juzgado Central de Instrucción nº. 2 de la Audiencia Nacional acordó por auto su detención incomunicada «con el fin de adelantarse al eventual fracaso de la investigación en curso, cuyo objetivo principal era localizar las sustancias explosivas¹». Al detenido se le asignó asistencia letrada, pero al haberse acordado el régimen de incomunicación, no pudo elegir un abogado de su confianza, ni pudo reunirse con él en privado antes de declarar en sede policial.

El 1 de octubre de 2010, Atristain prestó su primera declaración ante la Guardia Civil en presencia del abogado de oficio designado, tras haberse informado de sus derechos. Reconoció que había colaborado con ETA en distintas acciones e informó del lugar donde almacenaba el material explosivo. Tras esta declaración, se llevó a cabo una entrada y registro autorizada judicialmente en el lugar donde el detenido había informado y se encontró gran cantidad de material explosivo y equipos informáticos relacionados con las actividades de ETA.

El día 3 de octubre, la Guardia Civil le volvió a tomar declaración al demandante, tras leerle los derechos en presencia del abogado de oficio, que en esta ocasión mostró su oposición a que se llevara a cabo el nuevo interrogatorio. A pesar de ello, Atristain declaró e informó de otros lugares donde tenía escondida una arma de fuego, balas y varios USBs con más información sobre ETA. Con posterioridad, la Guardia Civil encontró todo ese material en su domicilio.

¹ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. N° 15508/15, de 18 de enero de 2022. § 9.

Durante su detención incomunicada, el demandante fue examinado diariamente por el médico forense, pero denunció con posterioridad que declaró en sede policial porque la Guardia Civil le amenazó con detener a su novia si no colaboraba con ellos². El 4 de octubre compareció ante el juez de instrucción al que informó que sus declaraciones auto inculpatorias las realizó porque se le mantuvo incomunicado durante 5 días. Ese mismo día se levantó la medida acordada y Atristain pudo designar a un abogado de su confianza.

El 16 de abril de 2013, Atristain fue condenado por la Audiencia Nacional por pertenencia a organización terrorista y depósito de sustancias explosivas a 16 años de prisión. Interpuso recurso de casación que fue desestimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo por sentencia de 18 de marzo de 2014. El 7 de mayo de 2014, interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero no fue admitido a trámite por carencia de justificación concreta de la trascendencia constitucional del asunto. Tras esto, Atristain interpuso demanda ante el TEDH por vulneración del Estado español de los artículos 6.1 y 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2. Las alegaciones de las partes

a) *La parte demandante*

La demanda se fundamenta en la vulneración del derecho de defensa que se produjo durante el periodo de incomunicación que se acordó respecto de Atristain. Éste alegó sentirse vulnerable por haber sido trasladado en vehículo desde una larga distancia, no haber dormido la noche anterior al interrogatorio policial y fundamentó la vulneración en que su abogado no tuvo acceso al expediente del caso, ni se pudo reunir con él antes o después del interrogatorio, por lo que su defensa en la primera fase procesal no fue práctica ni eficaz. Ello facilitó que la policía utilizase sus declaraciones auto incriminatorias para encontrar nuevas pruebas que fueron utilizadas para fundamentar su condena³.

b) *La parte demandada*

El Gobierno español se opuso a la demanda⁴ alegando que el artículo 5.3 del CEDH⁵ no establece que una persona deba estar representada

² STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 13.

³ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 33.

⁴ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 35 a 38.

⁵ Art. 5.3 CEDH: «Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un

por un abogado mientras se encuentra bajo custodia policial, apoyando esta interpretación en la STEDH *Schiesser vs. Suiza*, de 4 de diciembre de 1979 (§ 36). Asimismo, alegó que el demandado contó con asistencia letrada desde el primer momento de su detención, se le informaron de sus derechos y se le preguntó si quería declarar, todo ello en presencia del abogado de oficio, insistiendo, con base en determinada jurisprudencia⁶, que el derecho a la asistencia letrada no obliga necesariamente a que el abogado que asiste al detenido sea de su propia elección. Insistió también en la legalidad de la medida acordada de conformidad con las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del momento de los hechos.

3. El marco legal para acordar la incomunicación de un detenido al momento de los hechos

El régimen de incomunicación que se le aplicó a Atristain fue el que existía con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

El artículo 509 de la LECr del momento establecía que, el juez de instrucción o el tribunal, podrían acordar la detención o prisión incomunicada de una persona investigada por la comisión de hechos delictivos para evitar que se sustraiga a la acción de la justicia, para impedir que actúe contra bienes jurídicos de la víctima, que oculte, altere o destruya pruebas relacionadas con la comisión del delito, o que cometa nuevos hechos delictivos.

El tiempo de incomunicación no debía extenderse más allá de 5 días, pero si el sujeto imputado lo fuese por delito de integración en banda armada, individuos terroristas o rebeldes, u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, se podía prorrogar por otro plazo no superior a 5 días.

De conformidad con el artículo 509.3 LECr, el auto en que se acordaba la incomunicación debía expresar los motivos por los que se hubiese adoptado la medida. Veremos que este aspecto resulta fundamental en la sentencia objeto de comentario, pues uno de los reproches que lleva a cabo el TEDH es la falta de motivación concreta, específica y fundamentada para adoptar la resolución restrictiva del derecho de defensa.

juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio».

⁶ STEDH *Croissant vs. Alemania*. 25 de septiembre de 1992. §. 29.

El artículo 527 LEcr regulaba el régimen de incomunicación en relación con el derecho de defensa, estableciendo que, en todo caso el abogado que se designe será de oficio y el detenido no tendrá derecho a mantener una entrevista reservada al finalizar la declaración con el abogado, ni tampoco con anterioridad (ya que con carácter general se reconocía el derecho del detenido a entrevistarse en con su abogado únicamente al término de la práctica de la diligencia, pero no con anterioridad —art. 520 6.c LEcr—⁷).

Este tipo de medida fue utilizada por el Estado en la lucha contra el terrorismo de ETA, para evitar que en un primer momento de la detención, los investigados fueran asistidos por abogados de los que se tenía la sospecha de que eran colaboradores o integrantes de ETA, y que podrían transmitir información a la banda terrorista y frustrar las actuaciones judiciales acordadas⁸. Ello provocó que en la mayoría de las detenciones de personas investigadas por terrorismo, la policía solicitase al juez la detención incomunicada y esta fuese acordada casi de manera automática, a pesar de los requisitos que el Tribunal Constitucional había exigido para salvar la constitucionalidad de esta medida restrictiva de derechos. En su Sentencia 7/2004 de 9 febrero, este tribunal recordaba la necesidad de que las resoluciones que acordasen la incomunicación de los detenidos debían contener los elementos necesarios para poder sostener que se había realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, el carácter imprescindible de la medida así como los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado⁹, advirtiendo expresamente que la adecuación de las resoluciones judiciales a estos requisitos constitucionales habían de analizarse desde la perspectiva de un especial rigor.

No obstante, en el ámbito del terrorismo, existía una interpretación jurisprudencial (criticada por parte de la doctrina¹⁰) que avalaba que la gravedad intrínseca de los hechos compensaba la necesidad de una mo-

⁷ Este régimen continuó hasta que fue modificado por la Ley Orgánica 13/2015, que traspuso en parte la Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo.

⁸ La SAN 9/2022 de 31 marzo de 2022 condenó a cuatro abogados por integración en organización terrorista. Según la sentencia: «Dentro de Halboka, plenamente integrada en la misma, se halla un «Frente Jurídico» (denominado en clave dentro de la organización, primero como los «bertsolaris» o «poetas» y más tarde como los «apaizak» o «curas»), formado por abogados que, al margen de la defensa jurídica de los miembros de ETA, mantienen la vinculación de los mismos con la dirección de la organización terrorista y les transmiten las directrices de ésta... Asimismo, gestionaban las denominadas «atxas» («kantadas» o autocríticas), es decir, los informes que los detenidos de la banda tenían que hacer llegar a la dirección de ETA, informando de lo que habían manifestado en sus declaraciones policiales y judiciales, y de los posibles fallos cometidos que habían propiciado su detención (ésta es la principal función de la subestructura denominada «Iketa»)».

⁹ Vid STC 7/2004 de 9 febrero. Fundamentos jurídicos § 4; STC 127/2000, de 16 de mayo.

¹⁰ Juan Sánchez, R., «El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal», *InDret*, 2017. p. 7.

tivación específica sobre la adopción de la medida restrictiva de derechos¹¹. Este es, en mi opinión, el pecado original que ha desembocado en la condena a España por el TEDH en la sentencia objeto de comentario.

Esta interpretación fue establecida en la STC 127/2000 de 16 de mayo y se repite en la STC 7/2004. En el caso analizado en la STC 127/2000, el solicitante de amparo lo hacía por que el auto que acordó su detención incomunicada por delitos de terrorismo no motivaba de manera específica las razones, la proporcionalidad y la necesidad de la medida y se limitaba a remitirse a lo solicitado por la autoridad gubernativa, incorporando un lacónico párrafo en la resolución que hacía referencia a *la necesidad de tal medida para la más completa investigación de los hechos*. En resumen, se denunciaba que se había utilizado un auto de formulario para adoptar la medida. El Tribunal Constitucional avaló en la citada sentencia la técnica de la motivación por remisión, afirmando que no resultaba contraria a las exigencias constitucionales de especial fundamentación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que el auto que lo acordaba se motivase como una remisión a otra resolución o informe de la autoridad gubernativa. Junto a ello recuerda que el TC ya había declarado en varias ocasiones que «no puede exigirse la explícitación de lo que por sí resulta innecesario»¹², para concluir afirmando que: «En consecuencia, tampoco resulta constitucionalmente exigible un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la incomunicación para alcanzar la finalidad que la legitima, ya que ésta puede afirmarse en estos delitos [de terrorismo] de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas»¹³.

En el supuesto examinado en la STC 7/2004, que también parte de la situación de incomunicación de detenidos por terrorismo, se continúa con esta interpretación. El auto que acordó la detención incomunicada en este supuesto lo fundamentaba de este modo: «A la vista de las razones expuestas por la Autoridad Gubernativa, atendiendo a la necesidad de una más completa investigación de los hechos, de conformidad con lo que disponen los artículos 506, 520, 520 bis 2 y 527 de la Ley de En-

¹¹ Vid. Pérez Machío, Ana I., «La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?», En: De La Cuesta, J.L. y Muñagorri, I. (dirs.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*. Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 2009. p. 183: «La restricción que se opera sobre la doble manifestación del derecho a la defensa, impidiendo la libre designación del abogado y la posterior comunicación con el mismo de forma reservada, supone ignorar la más básica de las garantías inherentes a la condición de imputado, cual es la posibilidad de ejercitarse de forma inmediata y plena el derecho de defensa».

¹² STC 200/1997, de 24 de noviembre.

¹³ STC 127/2000, de 16 de mayo. Fundamentos Jurídicos. § 3.

juiciamiento Criminal». En el recurso de amparo se denunciaba la falta de motivación del auto acordando la detención incomunicada, pero la sentencia salva la constitucionalidad por la remisión a la solicitud de la autoridad gubernativa, con base en el siguiente razonamiento: «A la vista de lo cual, cabe afirmar que las resoluciones judiciales examinadas, integradas con las solicitudes gubernativas a las que expresamente se remiten, no obstante su parquedad, responden al canon constitucionalmente exigible, pues explicitan tanto el presupuesto de la medida y su procedencia por razón de los hechos investigados (delitos de terrorismo); los indicios a partir de los cuales se deduce la conexión con tales hechos de las personas sometidas a incomunicación, a partir de las diligencias de investigación realizadas (detenciones y registros) a las que se alude expresamente en las solicitudes gubernativas, y la necesidad estricta de tal medida para conseguir la más completa investigación de los hechos».

Esta permisividad y laxitud en la exigencia de la motivación de las soluciones que limitan derechos fundamentales es precisamente lo que censura el TEDH en el caso *Aristain Gorosabel vs. España*, pues como veremos el Tribunal advierte que la limitación de la elección del abogado a un detenido no es de por sí vulneradora del art. 6 del CEDH, y de hecho hay jurisprudencia que así lo ha manifestado, pero siempre que esa medida haya estado debidamente justificada y fundamentada en la resolución. En este caso, como en tantos otros, la medida se adoptó con un auto sin suficiente motivación (a los que tan acostumbrados estamos en la práctica forense), que cuando se enfrentan a un juicio serio de valoración de derechos en liza tienden a decaer, pues lo que no se motivó en su momento no puede remotivarse con posterioridad. La sentencia objeto de este comentario es un ejemplo de lo que puede suceder si el juzgador decide no explicar lo que él considera obvio, pero no lo es para las demás partes procesales.

El artículo 509 LECr fue modificado por la Ley Orgánica 13/2015 a los efectos de transponer la Directiva 2013/48/UE, y en su nueva regulación mantiene la excepcionalidad de la libertad incomunicada y exige, para el dictado del auto, que concurra una necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o la necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal, exigiendo que el auto que acuerde la incomunicación exprese los motivos por los que haya sido adoptada la medida.

Lo fundamental de esta reforma es que la incomunicación no conlleva *ex lege* la prohibición de que el detenido designe a un abogado de su elección, como sucedía con la anterior regulación, sino que este sistema desvincula los efectos automáticos de limitación de derechos. De conformidad con el artículo 527 LECr el juez podrá privar a un detenido incomunicado, si así lo justifican las circunstancias del caso, de los siguientes derechos: a) a designar un abogado de su confianza; b) a comunicarse

con todas o algunas personas a las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense; c) a acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

La incomunicación y la aplicación al detenido de la privación de alguno de estos derechos deberá ser acordada por auto «debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general».

4. La valoración del TEDH en el caso *Aristain Gorosabel vs. España*

La sentencia analizada parte de los principios generales establecidos en el CEDH y la jurisprudencia del TEDH respecto al derecho de defensa, para aplicarlo con posterioridad al caso concreto. Respecto a estos principios, el Tribunal recuerda que:

- a) El derecho de defensa, tal y como se encuentra configurado en el artículo 6 CEDH se extiende y aplica a todos los estados procedimentales previos al juicio, desde que se concreta cualquier imputación en materia penal, sin que deba interpretarse, que la fase de la detención queda extramuros de tal protección. Enfatiza que especialmente el derecho del artículo 6.3 —libre elección del abogado— «puede ser pertinente antes de que el caso sea enjuiciado si, y en la medida que, la equidad del juicio pueda verse gravemente perjudicada por un incumplimiento inicial de sus disposiciones»¹⁴. Esta doctrina, que ha sido establecida en varias sentencias recientes¹⁵, es la interpretación garantista y lógica del derecho de defensa, pues a pesar de que el artículo 5.3 del CEDH no establezca expresamente que un detenido en custodia policial deba ser asistido por un abogado —como alegó el Estado español— la interpretación conjunta del artículo 6.3 CEDH y del derecho de defensa impiden privar de la garantía de la intervención de un abogado a las personas detenidas en el momento inicial del procedimiento, que es justo cuando existe mayor riesgo de vulneración de derechos¹⁶.

¹⁴ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*, § 40.

¹⁵ STEDH *Ibrahim y otros vs. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2016; STEDH *Simeonovi vs. Bulgaria*, de 12 de mayo de 2017; STEDH *Beuze vs Bélgica*, 9 de noviembre de 2018. § 122.

¹⁶ Como recuerda la STEDH, *Ibrahim y otros vs. Reino Unido*, de 13 de septiembre de 2016, § 255: «El acceso rápido a un abogado constituye un importante contrapeso a la vulnerabilidad de los sospechosos bajo custodia policial, proporciona una protección esencial contra la coacción y los malos tratos por parte de la policía y contribuye a la pre-

b) Se ha de diferenciar entre el derecho a un abogado desde el primer interrogatorio de un sospechoso (art. 6.1 CEDH) del derecho a la libre elección del abogado (art. 6.3 CEDH). El artículo 6.1 exige que se garantice la asistencia del abogado desde la detención policial, y en principio el derecho de defensa se verá irremediablemente perjudicado si las declaraciones incriminatorias las realiza el sospechoso sin asistencia letrada y sirven para condenarle¹⁷. No obstante, el Tribunal advierte que ello sucederá, «a menos que a la vista de las circunstancias particulares de cada caso se demuestre que existen *motivos determinantes* para restringir ese derecho. Incluso cuando dichos motivos determinantes puedan justificar excepcionalmente la denegación del acceso a la asistencia letrada, dicha restricción —cualquiera que sea su justificación— no debe perjudicar indebidamente los derechos del acusado en virtud del artículo 6»¹⁸. La configuración de este derecho como quasi absoluto, se enfrenta a la del derecho a elegir un abogado de confianza, el cual puede estar sujeto a determinadas limitaciones, pues los tribunales, en interés de la justicia pueden decidir si restringir esta opción. El TEDH considera que las autoridades nacionales «deben tener en cuenta los deseos del acusado respecto a su elección de asistencia letrada, pero pueden anular esos derechos si en interés de la justicia existen *motivos pertinentes y suficientes* para considerar que es necesario»¹⁹. Si los motivos no existiesen, y se restringiese este derecho, podría suponer la vulneración del artículo 6.1 CEDH siempre que afectase a la defensa del condenado, para lo que se habrá de valorar el procedimiento en su conjunto. Así, se han de distinguir la importancia de los motivos para limitar estos derechos: respecto de la asistencia letrada desde la detención deben existir «motivos determinantes» para restringirlo, y aun siendo así, no serán aceptado si perjudican indebidamente los derechos del artículo 6 CEDH del acusado, por lo que esta restricción es absolutamente excepcional; sin embargo, respecto a la limitación de la libre elección del abogado, el canon de valoración es menos estricto y se aceptará si existen «motivos pertinentes y suficientes» para limitar ese derecho en interés de la justicia.

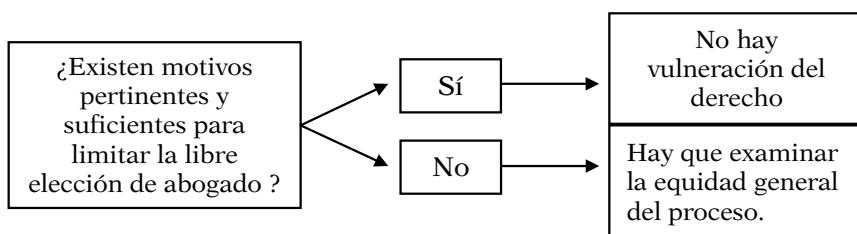
vención de errores judiciales y a la consecución de los objetivos del artículo 6, en particular la igualdad de armas entre el acusado y las autoridades de investigación o acusación».

¹⁷ STEDH *Salduz vs. Turquía*. 27 de noviembre de 2008. §. 58. Por lo tanto, en el presente caso, el demandante resultó, sin duda, perjudicado por las limitaciones a la asistencia de abogado, ya que se utilizó su declaración policial para condenarlo. Ni la asistencia proporcionada posteriormente por un abogado, ni la naturaleza contradictoria de los procedimientos subsiguientes podrían sanar la infracción producida durante la detención policial.

¹⁸ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 41.

¹⁹ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 43: En este sentido, STEDH *Vitan vs. Rumanía*. 25 de marzo de 2008. § 59.

Centrándonos en esta última limitación del derecho a la libre elección del abogado, que es la que se denunció en el procedimiento objeto de comentario, la primera misión del Tribunal será examinar si concurren los «motivos pertinentes y suficientes» en cada caso concreto. Si el Tribunal considera que existen y están debidamente acreditados, no habrá existido vulneración del artículo 6 del CEDH. Si no existiesen, ello no avoca irremediablemente a la conclusión de la vulneración del derecho de defensa, sino que el Tribunal deberá dar un paso más y proceder a evaluar la equidad general del proceso²⁰. De este modo, el Tribunal actúa de acuerdo con el siguiente esquema para valorar la vulneración del derecho:



- c) Al valorar la «equidad general del procedimiento» el Tribunal tendrá en cuenta toda la gama de los servicios asociados a la asistencia letrada, tales como la posibilidad de examinar el caso (acceso a los autos), la organización de la defensa, la recolección de pruebas exculpatorias, la preparación de los interrogatorios, el apoyo a un acusado en apuros y la comprobación de las condiciones de la detención. Asimismo, y a la hora de valorar si el procedimiento en su conjunto ha sido justo, el Tribunal evaluará el impacto de los defectos procesales en la fase de instrucción sobre la equidad general del proceso. «La cuestión que debe responderse es si el procedimiento en su conjunto, incluido el modo de obtención de la prueba, fue justo. Esto implica un examen de la «ilegalidad» en cuestión y, cuando se trate de violación de otro derecho del Convenio, de la naturaleza de la violación constatada»²¹.

Tras establecer las premisas generales analizadas, la sentencia procede a contrastar estos principios generales con el caso en cuestión para llegar a las siguientes conclusiones:

²⁰ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 45.

²¹ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 54.

I.—*Restricción del derecho del demandante a acceder a un abogado de su elección y de asistencia letrada antes de los interrogatorios durante su detención incomunicada.*

El Tribunal procede a analizar en este apartado si existieron motivos «pertinentes y suficientes» para limitar estos derechos y si se encuentran debidamente justificados. En el caso concreto, la detención incomunicada se decidió por el juez de instrucción debido a la petición realizada por la Guardia Civil para proceder con seguridad a las entradas y registros en determinados inmuebles utilizados por la célula de la banda terrorista ETA. El problema que detecta el Tribunal, y que ya se ha adelantado al plantear el déficit de motivación de la resoluciones como norma extendida en el proceso penal, es que al examinar la motivación del auto, concluye que la adopción de dicha medida fue de carácter general, que se basó en una norma genérica y no consistió en una evaluación específica de los hechos concretos, sino que únicamente tuvo en cuenta las sospechas generales de que el demandante formaba parte de una organización terrorista y que ocultaba explosivos²². Según la sentencia, «los jueces nacionales no proporcionaron justificación alguna sobre la necesidad de dicha restricción, ni dieron motivos algunos al respecto. Los tribunales nacionales no demostraron en qué medida en interés de la justicia se exige que el demandante no pueda elegir a su abogado»²³.

A la conclusión a la que llega el Tribunal, tras examinar las resoluciones que acordaron la incomunicación es que no existieron motivos «pertinentes y suficientes» para justificar la restricción de los derechos del demandante, pues «la decisión no se basó en una valoración individualizada de las circunstancias particulares del caso al adoptar la decisión de mantener al demandante incomunicado, y que como tales fueron de carácter general y obligatorio»²⁴.

En este ámbito es importante reseñar que la sentencia también reprocha que el demandante no pudiese entrevistarse con su abogado de oficio, con anterioridad y con posterioridad al interrogatorio y de manera confidencial, como una restricción más del derecho de defensa. Sobre ello, hay que tener en cuenta que la prohibición de la entrevista reservada previa al interrogatorio era una norma generalizada que habrá vivido todo aquel que haya asistido a un detenido con anterioridad a la reforma de la LECr operada por la Ley Orgánica 13/2015 que modificó el artículo 520.2 c) LECr. La norma que regía al momento de los hechos era que el abogado tenía derecho a entrevistarse reservadamente con el detenido, al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido. Ello suponía una restricción del derecho de defensa, pues el detenido no te-

²² STEDH Atristain Gorosabel vs. España. § 58.

²³ STEDH Atristain Gorosabel vs. España. § 59.

²⁴ STEDH Atristain Gorosabel vs. España. § 60.

nía un asesoramiento legal previo a su declaración policial y en muchas ocasiones esa primera declaración condicionaba el devenir del procedimiento. Solo tras la promulgación de la Directiva 2013/48/UE y su transposición al derecho interno en 2015 se puso fin a esa práctica limitativa del derecho de defensa.

La vulneración en este caso fue mayor, pues incluso tras la declaración de Atristain se impidió a su abogado reunirse con él, al estar en régimen de incomunicación y se produjo una segunda toma de declaración sin que el demandante se hubiera podido reunir de manera confidencial con el abogado de oficio designado, y sin que existiera una motivación concreta y específica «de peso» para adoptar la limitación de esos derechos.

II.—*La equidad del procedimiento en su conjunto*

La primera conclusión —ausencia de motivos pertinentes y suficientes para restringir los derechos del artículo 6.3 CEDH— lleva al Tribunal a analizar si ello afectó a la equidad del procedimiento en su conjunto y produjo la vulneración del derecho de defensa del demandante.

La sentencia recalca que la condena de Atristain se fundamentó, en parte, en las pruebas obtenidas a raíz de las declaraciones realizadas en comisaría mientras se encontraba en régimen de detención incomunicada. A raíz de estas se encontró material explosivo e informático que fue utilizado como prueba para justificar su condena, y aun existiendo otras pruebas desconectadas con este primer momento del procedimiento que también fueron valoradas por el tribunal sentenciador, «no puede ignorarse la potencial repercusión de su confesión inicial en el desarrollo del proceso penal instruido en su contra»²⁵. A la hora de evaluar la razonabilidad de la medida adoptada, el Tribunal afirma que el Gobierno no ha aportado motivo alguno, más allá del artículo 527 LECr del momento, para justificar las medidas acordadas.

La fase de instrucción tiene una importancia capital para la preparación del juicio oral, pues las evidencias que se obtienen durante esta fase condicionan en gran parte el devenir del mismo, y por ello el Tribunal insiste en que en esta fase se debe facilitar al abogado la posibilidad de organizar los aspectos fundamentales de la defensa del acusado. Recuerda la sentencia que resulta indiscutible que al momento de los hechos, si bien se garantizaba la asistencia de un abogado de oficio a los detenidos en régimen de incomunicación, se les restringía la posibilidad de consultar con éste antes de los interrogatorios policiales.

²⁵ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 65.

El Tribunal considera que la falta de una resolución individualizada por parte del juez de instrucción sobre las consecuencias concretas respecto a la imposibilidad del demandante de acceder a su abogado antes de los interrogatorios, unido a la ausencia de medidas correctoras durante el juicio, menoscabó la equidad del proceso penal en su conjunto y perjudicó irremediablemente su defensa en la medida en que no pudo recibir el asesoramiento legal²⁶.

Por todo ello, la sentencia concluye que «la consecuencia objetiva de impedir que el abogado de oficio del demandante tuviera acceso a este en el momento pertinente y la falta de asistencia por un abogado de su elección sin aportar motivos individualizados, fue tal que socavó la equidad del proceso penal posterior en la medida que se admitió como prueba la declaración incriminatoria del demandante»²⁷.

5. Reflexiones sobre la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*

Tras analizar detenidamente la sentencia se llega a la conclusión de que se condena al Estado español no por haber limitado el derecho de Atristain a la libre elección de su abogado y a la posterior comunicación con el mismo de forma reservada, ya que existe una jurisprudencia de TEDH que avala esta restricción cuando existen motivos «pertinentes y suficientes en interés de la justicia»²⁸, sino por no haber demostrado ni justificado la existencia de tales motivos que avalasen la adopción de la medida en el caso concreto. De hecho, la sentencia reprocha al estado español que no haya aportado una justificación específica de la limitación de derechos, más allá de la argumentación de que la medida era legal al estar amparada por el artículo 527 LEcr.

En mi opinión, la importancia de esta sentencia reside en constatar que las resoluciones «de formulario» o «por remisión» que son tan utilizadas en los procedimientos penales en España no pueden ser aceptadas cuando resuelven sobre cuestiones nucleares del procedimiento o cuando afectan a los derechos fundamentales de las partes. La detención incomunicada en caso de terrorismo se convirtió durante muchos años en la norma general, de tal modo que lo habitual era acordarla con autos tipos que utilizaban la remisión a la petición cursada por la policía, y lo excepcional fue no acordarlo, lo cual debía estar, esta vez sí, debidamente justificado. Por lo tanto, se produjo una inversión del carácter

²⁶ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 71.

²⁷ STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*. § 72.

²⁸ STEDH *Croissant vs. Alemania*. 25 de septiembre de 1992. §29 y 30; STEDH *Vitan vs. Rumanía*. 25 de marzo de 2008. § 59 a 64.

excepcional de la medida que, como hemos visto, fue avalado por el Tribunal Constitucional (STC 7/2004 de 16 de mayo) en casos de terrorismo. En esa misma sentencia se consagra la constitucionalidad de las resoluciones limitativas de derechos fundamentales utilizando la técnica de la remisión, pues según el TC no puede exigirse la explicitación de lo que por sí resulta innecesario. Como comprobamos al examinar la sentencia comentada, aunque algo resulte obvio al juzgador o incluso al Estado, si en la resolución que lo acuerda no se justifica el fundamento de la aplicación de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, la resolución arrastra un defecto de fondo que socava el derecho de defensa de las partes afectadas.

Como veremos a continuación, el efecto que está teniendo la STEDH *Aristains Gorosabel vs. España* en la Audiencia Nacional es precisamente esta, pues los tribunales en los que se solicita que se tengan en cuenta las declaraciones judiciales o policiales que prestaron unos investigados, que con posterioridad se niegan a declarar en el juicio oral, lo que comienzan a preguntarse —al amparo de la doctrina de la sentencia comentada— es ¿Se encuentra debidamente fundamentada la restricción de los derechos de defensa de las personas que declararon en régimen de incomunicación?

Esta sentencia no tiene un efecto directo en las resoluciones que han condenado a personas que fueron sometidas a régimen de incomunicación y se limitaron sus derechos de defensa²⁹ —como algunos han interpretado—, pero sí tiene un efecto indirecto muy importante, pues transmite la necesidad de que el tribunal sentenciador examine la justificación de la limitación de derechos y como ello afecta a la equidad del proceso en su conjunto. Esta llamada de atención a los tribunales nacionales se identifica cuando el TEDH advierte que en el caso concreto, estos no han justificado la existencia de motivos determinantes que avalasen las restricciones de derechos acordadas, ni se adoptaron medidas correctoras durante el juicio que pudieran remediar la vulneración del derecho de defensa que el demandante sufrió.

El Estado español recurrió la sentencia ante la Gran Sala, pero el 9 de mayo de 2022 el recurso no fue admitido a trámite, con lo que la sentencia ganó firmeza. En el recurso interpuesto la abogacía del estado

²⁹ Vid. Vidal Prado, C., «Caso Atristain: una sentencia con limitadas consecuencias jurídicas». *Diario La Razón*. 27 de mayo de 2022. El autor advierte que: «las consecuencias de este fallo son muy limitadas, no solamente porque afecta a un caso específico, sino porque la violación del artículo 6 no implica que la sentencia española deba anularse, ni que la persona condenada no sea culpable. Así lo ha aclarado el Tribunal en diversas sentencias, como el citado caso Beuze (remitiéndose a Dvorski y a Ibrahim): «Como el Tribunal ha sostenido en repetidas ocasiones, la constatación de una violación (...) del artículo 6 del Convenio con respecto al demandante no lleva a la conclusión de que fue condenado erróneamente, y es imposible especular sobre lo que podría haber sucedido si no hubiera habido tal violación».

advertía que «la consolidación de la doctrina contenida en la sentencia Atristain contra España podría llevar a una revisión y posible anulación de los futuros juicios nacionales en los que se analice la responsabilidad penal de las personas acusadas de delitos de terrorismo, cuando las declaraciones realizadas por el acusado u otros testigos contradigan las hechas previamente en régimen de incomunicación»³⁰. A continuación analizaremos las primeras resoluciones que se han referido a la «doctrina Atristain» y el efecto que ha tenido en los procesos en los que se ha aplicado.

6. La aplicación del criterio de la STEDH *Atristain Gorosabel vs. España* en la jurisprudencia reciente de la Audiencia Nacional

La sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha utilizado como nuevo canon de valoración la interpretación realizada por el TEDH en el caso *Atristain Gorosabel vs. España* en dos recientes sentencias, la 9/2022 de 11 de mayo de 2022 y la 5/2022 de 7 de marzo de 2022. Ambas tienen como denominador común que se enjuiciaban delitos de terrorismo en donde, entre las pruebas practicadas, se tomó declaración a determinados testigos, condenados por delitos de terrorismo en otras causas, que habían sido detenidos en otros procedimientos y habían declarado como imputados en sede policial y judicial tras haber sido decretado el régimen de incomunicación respecto a estos. En el juicio oral, los testigos, o no declararon, o cambiaron su declaración, por lo que las acusaciones solicitaron que ex artículo 714 LECr se procediese a la lectura de las declaraciones sumariales para poner de manifiesto las contradicciones y cambios de versiones. Las declaraciones sumariales, tal y como recuerda la SAN 5/2022 deben entenderse las prestadas exclusivamente en fase sumarial, no las previas policiales. No obstante, estas últimas, de conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, aunque no tienen valor probatorio, pueden ser bajo determinadas condiciones, punto de referencia de declaraciones sumariales y servir para integrar o complementar estas³¹.

³⁰ El recurso de la abogacía del estado no es público, pero varios párrafos fueron transcritos en una noticia publicada por Euro Press el 21 de mayo de 2022. La fuente utilizada es El Diario del Derecho, «España advirtió al TEDH de que la doctrina Atristain pondría en peligro otros casos y la lucha antiterrorista». Accesible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1222707 (último acceso 17 de julio de 2022).

³¹ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015: «ACUERDO: Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECri. Ni cabe su utilización como prueba pre-

A continuación se procederá al análisis de ambas sentencias para comprobar cómo la doctrina del TEDH ha sido recepcionada y aplicada en ambos supuestos.

*Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional
9/2022 de 11 de mayo*

Lo que ha denominado la prensa «Doctrina Atristain», aunque en realidad no se trate de una línea de interpretación nueva del TEDH, sino una continuación de la ya establecida en sentencias precedentes, ha sido aplicada en la SAN 9/2022, de 11 de mayo. En este proceso, se juzgó al miembro del comando Vizcaya de la banda terrorista ETA conocido como «Gadafí» por el asesinato del ex Guardia Civil, Don Francisco Díaz de Cerio el 31 de enero de 1991.

Por las acusaciones se planteó la prueba testifical de varias personas condenadas en otros procedimientos penales como miembros de ETA. Respecto a ellos, se acordó en su momento su detención incomunicada y prestaron declaración en sede policial y judicial bajo dicho régimen. En el juicio oral, los testigos se desvincularon de sus declaraciones sumariales, por lo que las acusaciones pidieron que se valoraran las contradicciones ex artículo 714 LECr. Ello obligó a la Sala a valorar, antes de entrar al fondo de las declaraciones, en qué condiciones y cómo fueron obtenidas dichas declaraciones, haciendo expresa mención a la STEDH *Atristain Gorosabel vs. España*. Los cuatro testigos prestaron declaración en sede policial con asistencia de un abogado de oficio, y en sede judicial dos de ellos fueron asistidos por abogados de su libre elección, aunque al persistir el régimen de incomunicación no pudieron entrevistarse con estos ni antes ni después de la declaración. Todos los testigos declararon haber sufrido malos tratos y torturas en sede policial, aunque no existe constancia de ello.

La Sala, siguiendo el criterio de la STEDH de *Atristain*, procede a analizar las resoluciones y documentos que exponen las circunstancias y razones por las que se acordó la incomunicación de los citados como testigos, al objeto de hacer un examen previo sobre las condiciones acompañantes a las declaraciones y determinar su validez jurídica por razones

constituida en los términos del art. 730 de la LECri. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron».

constitucionales y legales. Para ello se revisaron los testimonios de las declaraciones que los testigos llevaron a cabo en sede policial y judicial, al efecto de evaluar si se podía aplicar la comparación solicitada por las defensas ex artículo 714 LECr. Sin embargo, la ausencia de esta documentación en el procedimiento impidió al tribunal analizar esa cuestión, advirtiendo que:

«Reiteramos que no aparecen recogidas en las actuaciones suficientes antecedentes de las condiciones en que se prestaron las declaraciones sumariales, ni del régimen de garantías que las acompañaron. Se tiene suficiente constancia de que lo fueron en régimen de incomunicación, tanto las policiales como las judiciales, pero sin que consten ni las resoluciones judiciales ni referencias suficientes a los razonamientos jurídicos contenidos en los autos de prórroga de incomunicación. Lo mismo cabe decir no solo respecto de la ausencia de estos autos de incomunicación, sino que tampoco existen referencia en el procedimiento de otros aspectos esenciales para poder apreciar las condiciones en que fueron prestadas las declaraciones, nos referimos especialmente a las actas médico forenses, las que, salvo en algunas muy puntuales, no aparecen reflejadas en el sumario.

Carecemos, pues, de constancia de la razón, en interés de la justicia, por la que los detenidos permanecieron incomunicados durante dicho interrogatorio judicial, sin posibilidad de ser defendidos por sus letrados de confianza, designados por ellos mismos, y sin poder comunicarse con ellos, ni antes ni durante ni después del interrogatorio, lo que de facto introduciría la declaración judicial en el mismo contexto de privación de derechos continuada iniciada con la detención policial, persistiendo la situación de vulnerabilidad de los detenidos, en la que se había producido la declaración policial, sobre la que eran preguntados los detenidos, comprometiendo la dimensión jurisdiccional del acto. Se da la circunstancia de que, en algún caso, incluso después de que el detenido hubiera manifestado en el juzgado su expresa voluntad de no declarar, fue reiteradamente preguntado sobre hechos concretos, no respetando su deseo de no declarar».

La Sala, siguiendo los criterios establecidos en la STEDH del caso *Atristain*, lo primero que hace es averiguar si existe documentación que avale la existencia de motivos «pertinentes y suficientes» para que se hubiese adoptado el régimen de incomunicación, a los efectos de evaluar si una declaración sumarial tomada en tales condiciones puede ser traída a la causa y valorada en el juicio oral, o no debe ser valorada al no constar el soporte documental que fundamente la adopción de la limitación de los derechos de defensa de los investigados en otras causas en las que se les tomó declaración. Ante la ausencia de las evidencias requeridas por el tribunal, la sentencia concluye que el único testimonio que puede ser valorado de los testigos comparecientes en el juicio oral es la declaración prestada en dicho acto, «sin ser posible referirlas ni complementarlas con ninguna otra previa sumarial, al no haber sido obtenidas a nuestro juicio con suficientes garantías, lo mismo de libertad en su producción, como de autenticidad y veracidad en cuanto a su contenido».

Realmente, lo que la Sala lleva a cabo es el ejercicio de las medidas correctoras que el TEDH echa en falta en el caso *Aristain*, pues de otro modo, si se hubieran tenido en cuenta tales declaraciones sin que consten los motivos «suficientes y pertinentes» de la restricción de derechos acordada, se estaría incumpliendo la interpretación del STEDH, lo que conllevaría, más pronto que tarde, con un alto grado de probabilidad a una nueva condena a España ante el TEDH³².

En todo caso, la sentencia no solo advierte que las declaraciones sumariales de los testigos que se excluyen tienen un alcance muy limitado y aportan muy poca información útil, sino que las analiza para evaluar el potencial efecto incriminatorio que pudieran haber tenido. De estas declaraciones se puede inferir que el acusado militaba en el comando Bizkaia de ETA. Uno de los testigos declaró en su día (el 16 de mayo de 1992) en sede judicial respecto del asesinato de Sr. Díaz de Cerio que «en esta ocasión el Turco le comenta que lo hizo él en compañía de «Carlos» (Gadafi), por dedicarse al tráfico de drogas», aunque en el acto del juicio declaró no acordarse de nada después de 31 años y aclaró que hizo su declaración sumarial tras estar 5 días en comisaría «en condiciones poco agradables». Respecto de esta declaración, la Sala estimó que: «Desde el punto de vista valorativo probatorio consideramos totalmente insuficiente y sin calidad a efectos incriminatorios esta mera indicación a «Carlos», al ser puramente referencial y sin ningún mínimo detalle, que dice que le hace el Turco, persona fallecida un año antes, respecto de hechos acaecidos tiempo antes, sin posibilidad de ser corroborada a través de ningún medio por su falta de precisión y detalle».

Al analizar la sentencia puede apreciarse que, a pesar de que la resolución haya incluido un estudio de la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*, haya examinado las evidencias existentes para evaluar en qué condiciones se tomó declaración policial y sumarial a los testigos y haya concluido que estas no podrían ser valoradas a efectos de prueba válidamente obtenida, la absolución se produce por ausencia de pruebas incriminatorias suficientes que puedan enervar la presunción de inocencia del acusado, algo que como especifica la sentencia, hubiese sucedido del mismo modo aun valorando las declaraciones sumariales de los testigos.

³² Esta sentencia absolutoria ha sido muy criticada en la prensa, como una vía de exculpación de los responsables de delitos de terrorismo. Vid. Diario La Razón, «La Audiencia ya aplica la «doctrina Atristain» y absuelve a «Gadafi» del asesinato de un exguardia civil». Accesible en <https://www.larazon.es/espaa/20220513/txogk3ebmbc67amnfn-f2xav46u.html> (consultado el 19 de julio de 2022); El Español, «La Audiencia Nacional aplica la reciente doctrina del TEDH y absuelve al exjefe de ETA 'Gadafi」. https://www.lespanol.com/espaa/tribunales/20220513/audiencia-nacional-reciente-doctrina-tedh-eta-gadafi/671933328_0.html (consultado el 19 de julio de 2022); El Mundo. «La Audiencia Nacional absuelve a 'Gadafi', uno de los terroristas más sanguinarios, con la nueva doctrina de Estrasburgo». <https://www.elmundo.es/espaa/2022/05/12/627d660efc6c83600b8b45b5.html> (consultado el 19 de julio de 2022).

La Sala lo resume del modo siguiente: «No solo hablamos de ausencia de una prueba válida de cargo con suficiente entidad probatoria por sí misma, sino que incluso la que eventualmente hubiera podido tenerse en cuenta, de haber sido factible su valoración, no habría tenido suficiente calidad ni rendimiento probatorio. Ni siquiera analizada conjunta y entrelazadamente con los indicios puestos de manifiesto en la pericial de inteligencia, relativos a patrones de conducta y otras circunstancias con las que se pretendería evidenciar la hipotética atribución de los hechos al comando Bizkaia de ETA, permitiría a nuestro juicio sustentar una sentencia de condena del acusado con suficiente grado de fiabilidad y certeza».

*Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional
5/2022 de 7 de marzo*

En la SAN 5/2022, de 7 de marzo, se juzgó a un miembro del comando «Buru ahuste» de ETA por la ejecución del atentado terrorista que se produjo en la calle Goya, nº 14 de Madrid el 11 de mayo de 2001, que causó varias lesiones de distinta consideración y daños cuantiosos. Por parte de las acusaciones se solicitó la testifical de otros dos miembros de ETA, coimputados en este procedimiento y juzgados previamente, que prestaron declaración, en su momento, en sede policial y judicial en régimen de incomunicación. En esta causa, a diferencia de la analizada con anterioridad, sí consta el auto de prórroga de la incomunicación de los detenidos, que se transcribe a continuación:

«UNICO: Habiéndose decretado la incomunicación de los detenidos, por resolución de fecha Seis de los corrientes, dictada por éste Juzgado Central de Instrucción en aplicación del artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y habiendo sido estos puestos a disposición de este Juzgado en el día de hoy, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, y en atención a las circunstancias que concurren en el presente procedimiento, la gravedad de los hechos investigados, tratándose presuntamente de un delito de terrorismo del artículo 574 del Código Penal en relación con otros del mismo Texto Legal, a la vista de las armas, explosivos y demás efectos intervenidos en un principio y sin perjuicio de lo que pueda acordarse una vez se les reciba declaración, la que se llevará a efecto de conformidad con los derechos reconocidos al detenido en el artículo 520, con las limitaciones que establece el artículo 527, ambos de la citada Ley Procesal».

Las acusaciones solicitaron que las declaraciones de los testigos en el acto de la vista se contrastasen con las sumariales, ex artículo 714 LEcr, lo que llevó a la Sala a realizar de oficio —ya que según consta en la sentencia no se realizó una defensa activa por parte del abogado del acusado, por expreso deseo de este— una valoración previa sobre la validez de estas declaraciones para tener eficacia probatoria, al amparo de la STE-

DH Aristain Gorosabel vs. España. Para ello, analizan la justificación del régimen de incomunicación al que fueron sometidos los imputados, a los efectos de valorar si existieron motivos «suficientes y pertinentes en interés de la justicia» para llevar a cabo tal limitación. Tras ello, el tribunal considera que:

«La conclusión a la que llega el tribunal es que, al margen de lo genérico de los razonamientos contenidos en el auto de prórroga de incomunicación para el interrogatorio judicial transcrito, tampoco alcanza de ninguna manera a apreciar cual pudo ser la razón en interés de la justicia, el que los detenidos permanecieran incomunicados durante dicho interrogatorio judicial, sin posibilidad de ser defendidos por sus letrados de confianza y sin poder comunicarse tampoco con ellos, ni antes ni después del interrogatorio, convirtiendo el acto de declaración judicial en una continuación de facto del interrogatorio policial y de persistencia de la vulnerabilidad de los detenidos, comprometiendo la dimensión jurisdiccional del acto hasta reducirlo a los aspectos formales del mismo.

El auto de ninguna manera justifica tampoco la exclusión del abogado de libre designación más allá de la invocación del art 527 de la LEcrim.

En definitiva, estimamos que del testimonio de [...] y [...] exclusivamente es aprovechable la declaración prestada en el acto del juicio sin ser posible referirlas a ninguna otra previa sumarial obtenida con suficientes garantías.

No obstante, hemos de avanzar que, aunque no fuera así, el rendimiento probatorio de las declaraciones analizadas vistas en su totalidad, incluidas las previas que ahora se excluyen, es muy limitado y desde luego insuficiente a los fines pretendidos por la acusación...».

Así, aplicando el canon de motivación suficiente establecido en la jurisprudencia del TEDH, la sentencia concluye que, al no existir razones específicas en interés de la justicia para acordar dicha medida, las declaraciones sumariales tomadas en sede judicial no pueden ser utilizadas como elemento de valoración, que a este respecto, se ha de centrar en la testifical que se desarrolló durante el juicio oral.

En esta, los dos testigos reconocieron que el acusado fue miembro del comando «Buru ahuste» al momento de los hechos, pero lo desvincularon de la intervención material en el atentado de la calle Goya. Ello, junto con la declaración de los peritos de inteligencia policial que comparecieron, llevan a la Sala afirmar la pertenencia del acusado a este comando.

No obstante, lo que se juzgaba no era la pertenencia, sino la participación delictiva en el atentado concreto. Para fundamentar este extremo, las acusaciones utilizaron como elementos probatorios la declaración de los testigos, la pericial de inteligencia policial, donde constaba un documento de dación de cuentas del atentado y de una pericial de voces, que atribuían al acusado la llamada que se hizo para avisar a los bomberos de la colocación del coche bomba.

Respecto a las declaraciones de los testigos, al haber excluido el tribunal las declaraciones sumariales como elemento valorativo³³, concluye que estas no incriminan en ningún momento al acusado en el atentado concreto, sin que pueda interpretarse contra reo que al pertenecer al comando participó en todas las acciones delictivas llevadas a cabo³⁴. En relación con las otras fuentes probatorias, el tribunal considera que en el documento de dación de cuentas a la cúpula de ETA intervenido, aunque pudiera ser valorado, no aparece ninguna referencia al atentado de la calle Goya, ni por tanto a la participación delictiva del acusado, y solo refiere de forma muy genérica que «Andoni» (posible nombre en clave del acusado) hacía las llamadas. Respecto a la pericial de voces, advierte el tribunal que esta lo que concluye es que no se descarta que la llamada pudiera haber sido realizada por el acusado, pero no se pronuncia en términos de certeza sobre la autoría, sino en términos de mera probabilidad. Ante todo ello, el tribunal concluye lo siguiente:

«En definitiva, en el análisis probatorio efectuado no nos planteamos siquiera acudir a un estándar de prueba más o menos exigente para determinar la participación delictiva del acusado.

Nos quedamos mucho antes, ante una patente falta de prueba válida y eficaz para enervar la presunción de inocencia y poder confirmar una hipótesis acusatoria con suficiente fundamento. No solo hablamos de ausencia de una prueba de cargo con suficiente entidad probatoria por sí misma, sino que la que eventualmente hubiera podido tenerse en cuenta de haber sido factible su valoración, no habría tenido suficiente calidad ni rendimiento probatorio. Ni siquiera analizada conjunta y entrelazadamente la escasa prueba existente permitiría a nuestro juicio sustentar una sentencia de condena con suficiente grado de fiabilidad y certeza».

De este modo, el tribunal concluye que la sentencia absolutoria es la consecuencia de la ausencia de prueba incriminatoria con suficiente entidad para enervar la presunción de inocencia, advirtiendo que incluso si se hubiese aceptado la validez de las declaraciones sumariales para complementar la prueba testifical, el fallo absolutorio no hubiese variado.

³³ Aunque el tribunal advierte expresamente que aunque las hubiera tenido en cuenta, no hubieran tenido el suficiente valor probatorio para fundamentar la condena: «No obstante, cabe añadir que, aunque no hubiera sido así, dichos testimonios antecedentes adolecerían también de escasa calidad probatoria, insuficientes para sustentar una sentencia de condena y, a lo sumo, forzadamente podrían alcanzar el valor de mero indicio corroborador muy periférico difuso de otra prueba que, como veremos, tampoco existe».

³⁴ La sentencia considera que: «La condición de miembro de ETA del acusado integrado junto a los otros coimputados en el comando igualmente no tienen más valor que el de indicio corroborador muy periférico y lejano, sin valor incriminatorio en el tema de la concreta participación delictiva del acusado en los hechos».

7. ¿Qué cabe esperar en un futuro? Reflexiones finales

No cabe duda de que la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España* se convertirá en un canon de referencia que será alegado por las defensas y obligará a los tribunales a pronunciarse sobre la existencia o no de motivos específicos para acordar la limitación de los derechos de defensa a los detenidos o investigados a los que se les haya sometido al régimen de detención/prisión incomunicada.

El mayor recorrido que va a tener la aplicación de esta corriente interpretativa será en las detenciones incomunicadas que se acordaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2015, en donde se aplicaba el antiguo régimen del artículo 509 y 527 LECr, aunque una falta de motivación aplicando la ley actual obviamente también sería planteable. Y es que como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo del comentario, se arrastra un pecado original que reside en aceptar durante muchos años que la detención de una persona investigada por terrorismo llevaba aparejada, de manera automática, el régimen de incomunicación, algo que no decía la ley —el artículo 509 LECr incluía el término «excepcionalmente»— pero que fue aceptado por los juzgados y tribunales que, en muchas ocasiones, acordaron y prorrogaron estas medidas limitadoras de derechos en parcos autos de formulario utilizando la remisión directa a «lo solicitado por la autoridad gubernativa». Ya se ha puesto de manifiesto en la SAN 9/2022 lo complejo que le resulta al tribunal sentenciador obtener los documentos de otras causas donde conste la justificación de las medidas limitadoras de derechos acordadas, pero a partir de ahora va a ser necesario. Y ello va a obligar a las acusaciones que pretendan hacer valer las declaraciones sumariales tomadas en régimen de incomunicación, a solicitar testimonios de esas causas para aportarlos al procedimiento y que el tribunal pueda analizar si existieron «motivos pertinentes y suficientes» para acordar las medidas restrictivas de derechos. Y digo que será a la acusación a la que competía esta nueva actividad probatoria porque en caso de no existir documentación, el tribunal no podrá analizar la existencia o no de la justificación de la restricción de derechos, lo que conllevará a la conclusión de que al no estar justificada la incomunicación, las declaraciones sumariales no podrán ser tenidas en cuenta.

Este nuevo paradigma no significa, como en ocasiones se ha intentado transmitir desde la prensa, que con la aplicación de la doctrina *Aristain* se anularán todas las causas en que se tomó declaración en situación de incomunicación, sino que obliga al tribunal a examinar de manera específica las evidencias obtenidas en esta fase, tanto la toma de declaración como las derivadas de ellas, y valorar si de acuerdo con el canon de constitucionalidad estas pruebas pueden o no ser valoradas. Realmente no es nada nuevo, pues esta obligación ya la tenían los tribunales, pero con el toque de atención de la STEDH *Aristain Gorosabel vs. España*, se refuerza.

Al fin y al cabo, esta sentencia sirve, en mi opinión, para relegar la detención incomunicada «excepcional» a supuestos concretos y específicos de limitación de derechos contemplados en la ley, que en un momento dado, y como herramienta de lucha contra el terrorismo, se convirtieron en lo habitual en estas causas. Esta sentencia también servirá, espero, para que el juez que crea que debe acordar el régimen de incomunicación contemplado en la LECr, lo analice, estudie y motive de manera profunda, lo que debería limitar la aplicación de esta excepcional medida a los casos en los que realmente existan motivos concretos para adoptarlo. Con ello, se habrá conseguido recolocar el equilibrio de derechos de las partes procesales y se hará un gran servicio al interés de la justicia.

8. Epílogo

Una vez la STEDH adquirió firmeza, la defensa de Atristain solicitó autorización al Tribunal Supremo para interponer recurso extraordinario de revisión contra la STS 264/2014 de 18 de marzo, (por la que se confirmó su condena), al amparo del artículo 954 LECr. Por auto nº 20399/2022 el Tribunal Supremo resolvió esta solicitud y decidió no autorizar la interposición del recurso extraordinario. El tribunal recuerda que este procederá únicamente cuando no haya otro remedio para reparar la vulneración declarada, por lo que si suprimiéndose la actividad probatoria que ha sido declarada vulneradora del Convenio, subsisten otras pruebas suficientes y válidas en contra del condenado, no procederá la revisión. Y ello es lo que estima el Tribunal Supremo que sucede en este caso concreto, pues aun prescindiéndose de las declaraciones que realizó Atristain en régimen de incomunicación y las derivadas de estas, el tribunal estima que «la convicción sobre la existencia de explosivos y armas se asienta en otras fuentes de pruebas distintas de la confesión», lo que le lleva a no autorizar la interposición del recurso extraordinario de revisión.

Tras este auto, Atristain, que había sido puesto en libertad tras la publicación de la STEDH en febrero de 2022, fue detenido el 2 de junio y volvió a ingresar en prisión, en virtud de una orden de búsqueda, detención e ingreso en prisión dictada por la Sala de lo Penal nº 3 de la Audiencia Nacional³⁵. El 9 de julio de 2022, le fue concedido el tercer grado y pasó al régimen de semilibertad³⁶.

³⁵ Diario El País. «Detenido y encarcelado de nuevo el etarra Atristain tras negarse el Supremo a revisar su condena». <https://elpais.com/españa/2022-06-02/detenido-y-encarcelado-de-nuevo-el-etarra-atristain-tras-negarse-el-supremo-a-revisar-su-condena.html> (consultado el 20 de julio de 2022).

³⁶ El Diario Vasco. «Conceden el tercer grado a los presos de ETA Javier Atristain y Unai López de Ocariz». <https://www.diariovasco.com/politica/conceden-tercer-grado-pre-sos-eta-20220709102442-nt.html> (consultado el 20 de julio de 2022).

