NACIONES UNIDAS **E**

Consejo Económico y Social

Distr.
GENERAL

E/CN.4/2004/G/19
4 de marzo de 2004

Original: ESPAÑOL

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
60º período de sesiones
Tema 11 *a*) del programa provisional

LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, EN PARTICULAR LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA TORTURA Y LA DETENCIÓN

Notas verbales de fecha 20 de enero, 2 y 11 de febrero de 2004 dirigida a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por la Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra

La Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra saluda atentamente a la Secretaría de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante OACNUDH), y en relación con su nota verbal no. 002/2004, relativa a la copia no editada del informe sobre España del Relator Especial sobre la tortura (E/CN.4/2004/56/Add.2), desea trasladar la firme opinión sobre el mismo del Gobierno español, conforme a la cual, esta versión provisional contiene tantos y tan importantes errores fácticos, que las conclusiones a las que llega el Relator Especial quedan muy seriamente desvirtuadas, y hacen que el informe sea rechazable prácticamente en su totalidad, por carecer de base, rigor, fundamento y método.

En efecto, en el resumen (*Summary*) de 11 líneas que precede al informe, se afirma que éste "contiene un estudio de los aspectos jurídicos y fácticos en relación con alegaciones de tortura o malos tratos".

Sin embargo, y como se detalla en la documentación remitida junto con esta nota, y por las razones allí señaladas, los "aspectos jurídicos" están recogidos en el informe del Relator de forma inadecuada y conteniendo numerosos errores de hecho sobre el ordenamiento jurídico vigente en España.

Por lo que se refiere a los “aspectos fácticos”, buena parte de los que figuran en el informe del Relator Especial son una colección de noticias sin verificar, recogidas de segunda mano o de fuentes no identificadas y que, además, carecen de los más elementales detalles para poder verificar su credibilidad. Sin embargo, el Relator Especial les otorga credibilidad y, en consecuencia, las utiliza para incluir en su informe afirmaciones graves y falsas sobre la situación de los derechos humanos en España.

Errores de hecho del Relator Especial particularmente graves, entre muchos otros que figuran en el documento anejo, se encuentran en los párrafos 26, 27, 28 y 57, que ponen de relieve que el Relator Especial no ha tenido en cuenta datos de suma importancia facilitados por el Gobierno. El resultado es que el Relator Especial formula una grave acusación sobre la existencia de un supuesto “muro de silencio” de las autoridades y de la sociedad españolas al negar la existencia de torturas o malos tratos.

Por el contrario, el Relator Especial recoge supuestas manifestaciones de interlocutores no identificados más que como “antiguos detenidos” y para cuyo anonimato el Gobierno estima que no hay justificación alguna. El Relator Especial sí parece otorgarles credibilidad, precisamente porque de sus manifestaciones “emerge un cierto patrón”. En consecuencia, el Sr. van Boven concluye que dichas manifestaciones no pueden ser “una pura invención (*fabrication*)”. Es inaudito que el Relator Especial no haya considerado la probabilidad de que las versiones de esos “antiguos detenidos” coincidan, precisamente porque estén actuando cumpliendo las instrucciones que reciben de la organización a la que pertenecen.

No obstante las consideraciones anteriores, y como prueba del compromiso del Gobierno de España para seguir colaborando con la OACNUDH y con los mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos, esta Misión Permanente desea exponer lo siguiente:

1.- Dentro del plazo marcado a tal efecto por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Gobierno de España traslada adjunto un anejo conteniendo una relación detallada de los errores de hecho más evidentes reflejados en el informe del Relator Especial. España espera que dichos errores sean inmediatamente corregidos, de forma que la versión editada del informe sea publicada sin los mismos.

2.- El Gobierno de España lamenta profundamente, y quiere dejar constancia de su firme protesta, por el hecho de que no se le brinde ni siquiera la oportunidad de poder proponer enmiendas objetivas a las recomendaciones y conclusiones de la versión no editada del informe del Relator Especial. La posición del Gobierno es que los numerosísimos errores fácticos que contiene el cuerpo del informe son tan graves y de tal calibre que vician totalmente el informe e invalidan dichas recomendaciones y conclusiones. Si estos errores de hecho fuesen corregidos, como es obligación de todo Relator Especial que quiera presentar un informe imparcial y riguroso, las conclusiones y recomendaciones tendrían que ser forzosamente muy distintas.

3.- Durante los próximos días el Gobierno español remitirá a la OACNUDH un segundo documento, complementario del que se adjunta, con las alegaciones que estime oportuno presentar sobre el fondo, que reflejarán de manera categórica y firme la indignación y el rechazo de las autoridades españolas ante el tenor explicito e implícito del documento provisional transmitido por el Sr. van Boven, impropio de un Relator Especial con tan

importante mandato de la Comisión de Derechos Humanos. En este segundo documento también se reiterarán los errores fácticos que el Relator Especial no haya tenido a bien corregir en la versión editada del informe.

El Gobierno de España reitera a la OACNUDH su deseo de que el documento de alegaciones sea circulado a la vez que la versión editada del Informe del Relator Especial.

Ginebra, 20 de enero de 2004

La Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas y demás Organismos Internacionales con sede en Ginebra saluda atentamente a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), y se refiere por la presente a la versión editada del informe sobre España del Relator Especial sobre la tortura (E/CN.4/2004/56/Add.2), adelantado a esta Misión Permanente por correo electrónico de 28 de enero de 2004.

El Gobierno español se ve obligado a trasladar a esa Oficina, con el fin de que lo transmita al Relator Especial, su asombro y rechazo ante el hecho de que el documento referido sigue atribuyendo al Sr. Ministro de Interior del Reino de España afirmaciones que nunca hizo.

1.- Asombro al constatar que en la versión editada del informe se sigue manteniendo en el párrafo 31 (página 15), una afirmación falsa imputada al Sr. Ministro. Y ello a pesar del desmentido que contenían las propuestas de modificación por errores de hecho al primer borrador del Relator Especial cursadas por esta Misión, en las que se subrayaba especialmente el hecho de que jamás el Sr. Ministro de Interior declaró haber sido quien dio la orden de clausura del periódico *Egunkaria*.

2.- Asombro de nuevo al comprobar que el Relator Especial se niega a modificar una afirmación hecha en su primera versión del informe, a pesar de que se le reitera que es incorrecta.

3.- Asombro al constatar que en el párrafo 30 (página 14) el propio Relator Especial asegura que el periódico *Egunkaria* fue cerrado por decisión de la Audiencia Nacional, lo cual es cierto, y, en consecuencia, totalmente contradictorio con la afirmación que atribuye al Sr. Ministro en el párrafo siguiente.

4.- Y asombro por fín, al comprobar que lo que pudo en un principio parecer un simple error en las notas del Relator Especial y de sus acompañantes, se transforma en la versión editada del informe en una imputación carente absolutamente de fundamento, que el RelatorEspecial mantiene por razones de él sólo conocidas. El Sr. Ministro jamás dijo semejante cosa, y el Gobierno español lamenta el empecinamiento del Relator Especial en sostener lo contrario.

Ante esa situación, el Gobierno de España rechaza categóricamente las afirmaciones del Relator Especial mediante las cuales formula implícitamente tan grave acusación contra el Sr. Ministro de Interior del Reino de España, en la medida en que son totalmente contrarias a la

verdad por una parte, y por otra porque atribuyen al representante de un Gobierno democrático facultades que son rigurosamente ilegales en el ordenamiento jurídico español.

El Gobierno español quiere además dejar constancia formal de su protesta en este punto, que reiterará en breve con la mayor firmeza como parte de las alegaciones complementarias sobre el fondo que está a punto de remitir a esa Oficina, para que acompañen al informe del Relator Especial cuando se haga público.

Por último, esta Misión Permanente solicita de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que incorpore como anejo de la versión editada del informe del Relator Especial, tan pronto como sea hecho público, el contenido de esta nota verbal.

Ginebra, 2 de febrero 2004

La Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales con sede en Ginebra saluda atentamente a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y, como continuación a sus comunicaciones anteriores relativas al informe sobre España del Relator Especial sobre la tortura de la Comisión de Derechos Humanos, desea trasladar a la Oficina, adjunto a esta nota verbal, el documento final de alegaciones de fondo del Gobierno de España al citado Informe.

Al hacer entrega de este documento, el Gobierno de España desea dejar nuevamente constancia de que, de conformidad con lo solicitado reiteradamente, da por sentado que cuando se proceda a dar publicidad al informe del Relator Especial (sea a través de medios impresos o sea por vía electrónica), el mencionado informe será difundido junto a los siguientes documentos, de manera contigua, simultánea e indivisible:

1. Nota verbal número 025/2004 de esta Misión Permanente, de 20 de enero de 2004, con el documento elaborado por el Gobierno de España sobre los graves errores de hecho detectados en la versión no editada del Informe del Relator Especial;

2. Nota verbal número 037/2004 de esta Misión Permanente, de 2 de febrero de 2004, que señala la incomprensible persistencia de algunos errores de hecho especialmente graves en la versión editada del informe del Relator Especial; y

3. La presente nota verbal número 050/2004, de fecha de hoy, con el documento elaborado por el Gobierno de España conteniendo sus alegaciones finales de fondo al informe del Relator Especial.

Para mayor precisión, se subraya que la necesidad de la difusión contigua, simultánea e indivisible respecto al informe se refiere no sólo a las notas verbales mencionadas, sino también a la documentación que se les adjuntó (esto es: documento sobre errores fácticos del Informe adjunto a la nota verbal de 20 de enero [Anexo I]* y documento sobre alegaciones de fondo del Gobierno de España adjunto a la presente comunicación [Anexo II] **.

Ginebra, 11 de febrero de 2004

---

* Se reproduce como se recibió, en español solamente.

** Se reproduce como se recibió, en español y en inglés.

ANEXO 1

ERRORES DE HECHO DETECTADOS EN EL INFORME SOBRE ESPAÑA DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA TORTURA, SR. THEO VAN BOVEN

MANDATO DEL RE: consideraciones relativas a los errores observados en el resumen y en los párrafos 1 a 4 del Informe

Es preciso subrayar, como hace el propio Relator Especial, que su visita se produce a invitación del Gobierno de España en el marco de una invitación abierta del Gobierno español a los mecanismos de protección y promoción de los derechos humanos de las Naciones Unidas, inspirada en el principio de máxima colaboración del Gobierno con las diferentes instancias y organismos internacionales con competencia en este ámbito.

A título de ejemplo, en los últimos seis años, además de las visitas del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, D. Álvaro Gil Robles, y del anterior Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Sr. Vieira de Melho, España ha recibido, en cinco ocasiones, la visita del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas y Otros Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), ha presentado sus informes ante el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT) y ha respondido a cuantas peticiones de información le ha solicitado el Relator Especial sobre la Tortura.

El Gobierno español no limitó ni temporalmente ni en su ámbito geográfico la visita del Relator. Tanto la duración como el calendario fueron fijados con total libertad por él, sin que se estableciesen límites que condicionasen su desarrollo. El Gobierno español proporcionó cuanta documentación y apoyo logístico pidió el Relator. Fue él, como señala en su Informe quien decidió no visitar centro de detención alguno, lo cual le privó de un importantísimo elemento de información directa y personal.

Sus comentarios sobre el trato dado a inmigrantes y gitanos no sólo ignoran y contradicen las vertidas en su estudio por la Relatora Especial sobre Derechos Humanos de Migrantes, Dra. Gabriela Rodríguez Pizarro, en su reciente visita a España los días 15 a 26 de septiembre de 2003, sino que además se producen con absoluta imprecisión y sin cita de fuentes que permitieran llevar a cabo la investigación de los hechos denunciados y su esclarecimiento.

A lo largo del Informe el Relator incurre en una sistemática y llamativa omisión de los esfuerzos llevados a cabo por el Estado español para que su lucha de forma eficaz contra el terrorismo se lleve a cabo con el máximo respeto, no sólo del derecho a la vida y a la integridad física, con absoluta prohibición de la tortura y de cualquier trato inhumano o degradante, y, en general, con el máximo respeto a todos los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

El Informe parte de un gravísimo error metodológico: el Relator califica su viaje de "*fact-finding mission*", esto es, una misión de investigación de los hechos. Este objetivo de su misión no se ha cumplido, porque en todo su Informe no encontramos "hechos probados" sino “supuestas informaciones", en su mayoría anónimas o recibidas de “grupos / fuentes no

gubernamentales/ ONGs". El Relator coloca al Gobierno en una situación en la que no le es posible rebatir "hechos" sobre los que el Sr. Van Boven no facilita la más mínima información ni precisiones.
El entorno abertzale ha procurado manipular la institución del Relator Especial para utilizarla dentro de su estrategia de propaganda. Esta estrategia está compuesta por unas pautas para la denuncia (Boletín incautado al Comando ARABA de ETA, sobre el que se facilita información más adelante), organizaciones dedicadas a la "recogida de información" sobre las torturas (Torturarem Aurkako Taldea, Behatokia), y una estructura internacional para su difusión, cuyo principal elemento dentro de Naciones Unidas es el presunto etarra Julen Arzuaga, que actúa en este ámbito de manera intermitente, amparado por la acreditación de la ONG "Liga para los Derechos y la Liberación de los Pueblos". Gracias a esta red de propaganda internacional, el mundo abertzale consiguió introducir en el sistema de Naciones Unidas una serie de denuncias que, por el mero hecho de incluirse en el Informe del Relator Especial, adquieren un sello de "respetabilidad" y que, convenientemente manipuladas, permiten perpetuar la idea falsa de que en España la tortura es habitual.

Julen Arzuaga Gumucio está procesado por Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en el procedimiento 33/01 por pertenencia a banda armada. La libertad provisional, de la que actualmente disfruta hasta que, en su caso, se dicte sentencia firme, es el resultado de aplicar el sistema de garantías establecido por el ordenamiento jurídico español.

El Relator hizo declaraciones antes de su viaje a España sobre cuestiones clave, como la dispersión de presos etarras y la prisión incomunicada ("facilita la práctica de torturas"), sobre las que luego formula conclusiones tajantes, y casi coincidentes en su Informe, que ponen de manifiesto sus ideas preconcebidas sobre la realidad española. El viaje ha servido para exponer una visión supuestamente contrastada, que no ha sido modificada en modo alguno por la información facilitada por las Autoridades competentes, cuyos argumentos se recogen en el Informe del Relator de modo muy parcial, cuando no tergiversados, y sin concederles verosimilitud.

El Relator reviste así su Informe de un supuesto equilibrio en cuanto a las fuentes que queda desvirtuado por su modo sesgado de recoger la información.

INTERLOCUTORES: consideraciones relativas a los errores observados en los párrafos 5 a 7 del Informe

Hay que añadir a la lista de sus interlocutores los siguientes, que han sido omitidos en los párrafos 5 y 6:

-Director General de la Guardia Civil, Sr. Valdivieso
-Director General de Modernización de la Justicia, Sr. Alberto Dorrego
-Consejero de Justicia del Gobierno de la Comunidad Autónoma Vasca, Sr. Azcárraga

Asimismo, en el párrafo 5 ha de corregirse el cargo que desempeña el Sr. Agustín Núñez, en los siguientes términos: *Director General para Asuntos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*.

Representantes de organizaciones no gubernamentales:

Sería conveniente que el Relator aportase la lista completa de sus interlocutores, tanto ONGs como miembros de la profesión legal y judicial, en aras de una absoluta transparencia, que por parte de las autoridades se ha respetado en todo momento. En el párrafo 7, hay ausencias destacadas entre los interlocutores del Relator, tales como el *Foro de Ermua*. El mismo detalle que emplea a la hora de identificar con nombre y cargo a todas las autoridades públicas, debería predicarse igualmente respecto de sus interlocutores no gubernamentales.

MARCO LEGISLATIVO ESPAÑOL

Sobre el análisis que hace el Relator de la penalización de la tortura en el derecho español, conviene hacer una serie de precisiones. La primera es que las modificaciones que se han ido introduciendo en nuestro sistema legal van todas orientadas a un mismo fin: la mayor y mejor protección de los Derechos Humanos, adecuando la legislación a las nuevas realidades sociales españolas, y por supuesto, reforzando la protección de los ciudadanos frente a la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes.

PÁRRAFO 11

En relación con el derecho interno español, es indispensable la inclusión de referencias fundamentales, relativas al Estado de Derecho, que a nivel constitucional son :

El art. 1.1 de la Constitución española (CE), que establece que *"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"*.

El apartado primero del artículo 10 (cuyo apartado segundo sí cita el Relator) es clave para comprender los límites de toda acción del Estado: *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social "* .

El Relator cita de modo incorrecto el Art. 10.2, que dice textualmente: “las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Constitución - en el Título I - se interpretarán en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España”.

El Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo manifestó al Relator que el Tribunal Constitucional ha hecho una lectura muy amplia de este artículo 10 de la CE, incorporando no sólo tratados y acuerdos, sino también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en materia, por ejemplo, de intervención de comunicaciones, registros de domicilios, etc.).

Es llamativo que el Informe omita mencionar al Tribunal Constitucional y sus competencias para conocer de la vulneración de derechos fundamentales a través del recurso de amparo

(arts.161 y 162), para cuya interposición están legitimada toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

La referencia constitucional al poder judicial resulta clave para entender su importancia como garante de los derechos humanos, tal y como se recoge en el artículo 53.2 y 117, en el primero de los cuales se establece que:

"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y los derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo II (derechos especialmente protegidos) ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional".

El Relator también omite referirse al Ministerio Fiscal, cuyas funciones en defensa de la legalidad y derechos de los ciudadanos y actuación conforme al principio de imparcialidad, se sancionan en el artículo 124 de la Constitución.

Es sorprendente la falta de referencia a la entrevista mantenida por el Relator con el Defensor del Pueblo, con la salvedad de su cita nominativa como entrevistado. La Constitución española crea (artículo 54) la figura del Defensor del Pueblo como mecanismo de control y de supervisión de la actuación de la Administración en relación con los derechos y libertades fundamentales, y como garantía de los mismos.

PÁRRAFO 12

Sobre el análisis que hace el Relator de la tipificación del delito de tortura en el derecho español, conviene hacer una serie de precisiones, ya que su Informe contiene en este punto numerosos errores:

El Relator confunde el proyecto de Ley que modificaría el artículo 174 del Código Penal. El Relator hace referencia al proyecto 621/000145, que se refiere a la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, por la que se modifica, entre otras, la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, pero que nada tiene que ver con el asunto contenido en el párrafo 12 de su Informe, la tipificación penal del delito de tortura.

La redacción actual del artículo 174 del Código Penal, que tipifica el delito de tortura, se debe a la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre.

Igualmente, es importante señalar que la afirmación del Relator de que el artículo 174 del Código Penal "no contempla que la tortura puede practicarse a instigación de o con el consentimiento de un funcionario público o de otra persona que actúe con capacidad oficial", resulta totalmente infundada: la figura de la instigación está castigada en el artículo 28 del propio Código Penal, que establece que son autores de los delitos tanto los que los cometen materialmente como los que inducen a otros a cometerlos, y aquellos que cooperan en su comisión.

La nueva redacción del artículo 174 del Código Penal incorpora además la comisión de tortura por autoridad pública “por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación”.

El Código Penal también regula como figuras delictivas autónomas la instigación, la conspiración, proposición y provocación para delinquir (arts. 17 y 18). El artículo 532 regula también como delito la actuación con imprudencia grave, y el artículo 176 castiga expresamente al funcionario que permita o consienta que otro torture.

Es falsa la afirmación del Relator en su Informe de que “ni el Código Penal ni la reforma en curso” consideran que la violación cometida por un funcionario público durante la detención constituya un delito de tortura. Por el contrario, el artículo 177 del Código Penal lo castiga. Y se castigaría al culpable por dos delitos: por la comisión del delito de tortura y, además, por la comisión del delito de violación.

El error fáctico en que incurre aquí el Relator, al recoger de forma errónea e incompleta la legislación española, ofrece al lector de este Informe la impresión de que España cuenta con un marco legal deficiente y caldo de cultivo de impunidad, lo cual es absolutamente falso. La instigación a la tortura, el consentimiento en su práctica y la tortura cometida por medio de la violación sí están tipificadas como delito en el Código Penal español.

Además, la normativa disciplinaria especifica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tipifica como infracción muy grave los supuestos de inducción o encubrimiento de todo tipo de infracciones o delitos cometidos por sus miembros, atribuyéndoles en estos casos la correspondiente responsabilidad disciplinaria, además de la que les pudiera recaer en el ámbito procesal-penal.

PÁRRAFO 13

El Relator debería transcribir literalmente en su Informe el artículo 17 de la Constitución, que le fue enviado por las autoridades españolas, y que es fundamental para la comprensión del régimen de la detención:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para practicar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. En todo caso en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4.La ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional."

PÁRRAFO 14

El Relator cita de modo incorrecto el artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al decir que "los motivos de la detención serán comunicados de palabra (*orally*) al detenido"; el artículo citado dice en realidad que ello debe ser hecho "de modo que al detenido le sean comprensibles los hechos y razones de la detención", siguiendo fielmente el artículo 17.3 de la Constitución.

El artículo 520.2c recoge además el "derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto". Lo que el Relator dice erróneamente es que según el art. 520.2C "los detenidos deben tener acceso a un abogado de su elección".

Ante nuestro ordenamiento jurídico nadie puede ser detenido sin que se le preste la debida asistencia letrada. El derecho a la asistencia letrada es fundamental ya desde la misma fase de la detención. Tal es así que el artículo 537 del Código Penal castiga a la autoridad que obstruya el derecho a la asistencia a abogado del detenido o preso, favorezca su renuncia o no le informe de sus derechos. (Véase el punto de detención incomunicada).

PÁRRAFO 15

En primer término, resulta errónea la afirmación de que las garantías legales durante el arresto y la detención "cambian en casos de delitos específicos". Ello no es correcto desde un punto de vista técnico-jurídico, puesto que las garantías no cambian sino que se gradúa su ejercicio.

Es preciso que el Relator, en vez de utilizar puntos suspensivos, especifique cuales son los derechos que pueden ser suspendidos en virtud del artículo 55.2 de la Constitución, que son únicamente tres: el 17.2 (duración de la detención), el 18.2 (secreto de comunicaciones) y el 18.3 (inviolabilidad del domicilio). Estos son los únicos derechos que pueden ser suspendidos, y además con numerosos requisitos previos, entre ellos el de la promulgación de una Ley Orgánica.

PÁRRAFO 16

La actual redacción de los artículos que regulan el régimen de incomunicación policial, fue introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 4/88 de 25 de mayo y no en 1998, como se dice en el Informe.

El presente párrafo del Informe es erróneo porque el Relator asume como automática la incomunicación de los detenidos por delitos terroristas, desde el instante mismo de la detención y extendida a un período de cinco días desde el inicio.

El régimen general de la duración de la detención es el que recogen tanto los artículos 17.2 de la Constitución como el 520 1. p.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que señalan que "la detención no podrá durar más tiempo del **estrictamente** necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos". Esta es la norma general. Sin perjuicio de lo anterior se establece adicionalmente un límite temporal máximo de 72 horas (art. 17.2 de la Constitución, artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por tanto en materia de plazos de detención el régimen ordinario que se establece es que dicho plazo es de 72 horas. La prolongación a 48 horas adicionales, que se prevé en supuestos de delito de terrorismo, es una posibilidad excepcional que debe ser aprobada por el juez y que se regula con absoluta separación de la incomunicación.

La incomunicación también es una medida excepcional, que debe ser acordada por resolución judicial, estrictamente dentro del plazo de detención que prevén la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Según el texto del Informe del Relator, el artículo 520 bis extiende a cinco días el período total durante el cual los detenidos acusados de delito de terrorismo pueden estar incomunicados (48 horas sumadas al máximo de 72 horas, en las que en cualquier otro caso el detenido debería ser liberado o a disposición judicial)"

Por el contrario, el artículo 520 bis 1 estipula que las personas detenidas por delito de terrorismo deben ser puestas a disposición del juez competente en el plazo de 72 horas a contar desde la detención. No obstante lo cual, se puede prorrogar por un período adicional de 48 horas, pero ello exige que se solicite en el plazo de las primeras 48 horas de detención así como que el juez lo autorice en el plazo de las 24 horas siguientes.

Este artículo debe ser interpretado de conformidad con el artículo 17.2 de la Constitución y el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de que estos plazos son plazos máximos. El artículo 520.1 establece la norma general de que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo "estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones para esclarecer los hechos. Dentro de los plazos establecidos por esta Ley, y en todo caso en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del juez. (art. 17.1 de la Constitución española).

En este artículo no se regula la incomunicación. La incomunicación se regula específicamente en el 520 bis 2) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, sin perjuicio de lo anterior, señala que en cualquier momento se puede solicitar la incomunicación, debiéndose pronunciar el juez al respecto en resolución motivada en el plazo de 24 horas.

PÁRRAFO 17

El Relator comete un grave error de partida que vicia su análisis: la confusión sistemática entre la detención y la prisión provisional.

La prisión provisional es una medida cautelar que se puede acordar una vez iniciado el procedimiento judicial penal, única y exclusivamente por los tres fines tasados que recoge el

artículo 503.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (evitar el riesgo de fuga, evitar destrucción u ocultación de pruebas, riesgo de reiteración delictiva). Se trata de una medida que solamente puede ser acordada por el juez cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad. Además, se exige para la adopción de la prisión provisional el que sea objetivamente necesaria (artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por último, el juez la tiene que adoptar por medio de auto fundado en el que se expresen los motivos por los que considere que la medida es necesaria y proporcionada (artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Contra este auto judicial cabe recurso de apelación que se tiene que tramitar con carácter preferente (artículo 507 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La institución anteriormente descrita, o sea la prisión provisional, a la que se refiere el párrafo 17 del Informe del Relator, nada tiene que ver con la detención policial a la que el Relator alude en los párrafos anteriores de su Informe. La legislación española distingue con claridad estas dos figuras sin que quepa confundirlas, como hace el Relator.

Se advierte un grave error en el Informe del Relator porque omite la regulación actualmente vigente de la incomunicación en situación de prisión provisional, que es la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre (remitida al relator por las autoridades españolas). Esta Ley Orgánica, en su Disposición Final Primera modificó, entre otros, el artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (al que el Relator se refiere en este párrafo) y el artículo 510, al que añadió un nuevo párrafo 4 (“el preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o tribunal competente para conocer de los hechos”). En consecuencia, el régimen de la incomunicación durante la prisión provisional al que se refiere el Relator en este párrafo de su Informe está regulado en estos dos artículos: 509 y 510.

Además de no citar la Ley Orgánica, el Relator hace referencia a artículos que actualmente están derogados. Su mención a los artículos 506, 507 y 508, ya derogados, es improcedente por un triple motivo: no están en vigor en la actualidad, no hace una trascripción exacta de sus términos, y si lo que se pretende es establecer un marco comparativo con la legislación actual olvida que la nueva legislación pone fin a la discrecionalidad de que investía al juez en la determinación de los plazos de duración máxima de la incomunicación durante la prisión provisional (recuérdese que estamos hablando ahora solamente del régimen de prisión provisional y no del régimen de detención).

Entrando en el comentario que hace el Relator de la legislación actualmente en vigor (la redacción actual del art. 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consecuencia de la Ley Orgánica 15/2003, y no de la Ley Orgánica 13/2003 como cita erróneamente el Relator), el error más grave es que en ningún caso la incomunicación que regula el artículo 509 se refiere a situaciones de detención (artículo 520), sino a situaciones de prisión provisional (artículos 502 y siguientes).

Igualmente es errónea la afirmación del Relator de que la incomunicación “en prisión provisional” pueda durar 13 días consecutivos. El Relator omite decir que el periodo máximo de incomunicación de 5 días puede ser excepcionalmente prorrogado por cinco días adicionales mediante auto judicial que, conforme con el 509.3, debe expresar los motivos por

los que se ha adoptado la medida. La legislación permite que el juez, en un momento ulterior, y excepcionalmente, pueda volver a decretar la incomunicación del sujeto que se encuentra en situación de prisión provisional por un máximo, en este caso, de tres días. Estos últimos tres días no se añaden al período de incomunicación anterior, sino que ha de existir una separación temporal entre ambos. En consecuencia, no es cierta la afirmación de que, tras las últimas reformas legislativas, la incomunicación para los sujetos en situación de prisión provisional pueda durar hasta 13 días consecutivos.

Una vez más, es esencial reiterar que lo que antecede se refiere a los sujetos en situación de prisión provisional. El régimen de la detención es totalmente distinto de aquel, y en ningún caso puede exceder 5 días que no son prorrogables.

Resumiendo los **errores** fácticos que contiene este párrafo del Informe del Relator, son los siguientes:

1. **Absoluta confusión entre detención policial (que por imperativo constitucional no puede exceder en ningún caso de 5 días) y prisión provisional (esta última solo puede darse en el marco de un procedimiento judicial penal).**

2. **Omisión de la legislación que actualmente regula el régimen de la incomunicación para los individuos en situación de prisión provisional, y que es el artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tal como ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003.**
3. **El Relator cita artículos actualmente derogados sin recoger su contenido literal originario, no pudiendo por tanto valorar la mejora que han supuesto las últimas reformas legislativas.**

4. **Falta de comprensión por parte del Relator de la figura de la incomunicación, ya que no recoge su actual regulación como una figura excepcional (509.1, "el juez de instrucción del tribunal podrá acordar[la] excepcionalmente").**

5. **El Relator convierte en un supuesto normal lo que no deja de ser una situación muy poco frecuente. La incomunicación en situación de prisión provisional solamente dura el tiempo estrictamente necesario para realizar con urgencia diligencias tasadas ("evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos"). Es excepcional que el periodo de incomunicación alcance cinco días, y todavía lo es más que dicho período se amplíe por 5 días más.**

6. **El Relator menciona erróneamente en este párrafo el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando que el mismo hace referencia al crimen organizado. Ello no es cierto, ya que dicho artículo se refiere a "delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes".**

7. El Relator omite mencionar los derechos de los que goza la persona incomunicada en situación de prisión provisional, regulados en el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: (a) derecho a asistir a las diligencias en las que la ley permite intervenir a las personas en esta situación, (b) contar con los efectos que él se proporcione, (c) derecho a realizar y recibir comunicaciones, (d) derecho a ser reconocido por un segundo médico (el derecho a ser reconocido por un segundo médico forense ha sido introducido por la Ley Orgánica 15/2003). Los tres primeros derechos serán disfrutados por el detenido salvo que el juez estime que alguno de ellos desvirtúa el motivo de la incomunicación decidida por el juez.

8. <u>Todo lo anterior invalida la conclusión del Relator en el párrafo 60 cuando afirma que en España se ha producido una involución en la materia como consecuencia de las últimas reformas legislativas. La situación es exactamente la contraria.</u>

PÁRRAFO 18

El Relator en este párrafo de su Informe se refiere al régimen de <u>incomunicación en situación de detención</u> (que se insiste una vez más, no ha de ser confundido con el régimen de incomunicación en situación de prisión provisional, "*pre-trial detention*"). Todo el párrafo está plagado de inexactitudes y errores: **<u>el régimen de incomunicación en situación de detención ha de ser estudiado comparándolo con el régimen general de derechos reconocidos a todo ciudadano detenido.</u>**

<u>El detenido en régimen de incomunicación disfruta de los siguientes derechos</u> (artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de los cuales <u>es informado en el momento mismo de la detención</u>:

1. derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen o a manifestar que sólo declarará ante el juez

2. derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

3. derecho a que le defienda un abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. La actuación del abogado que le defiende se concreta en la posibilidad de solicitar que se informe al detenido de los derechos de que goza, de solicitar que se proceda al reconocimiento médico, así como la de solicitar a la autoridad ante la que se hubiese practicado la diligencia en la que el abogado hubiese intervenido, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes y la consignación en el acta de cualquier incidencia que hubiere tenido lugar durante la práctica de las diligencias

4. derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable castellano

5. derecho a ser reconocido por Médico forense o su sustituto legal, y en su defecto por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

¿Cuáles son los derechos de los que no disfruta?.
El detenido en régimen de incomunicación no tiene los siguientes derechos, que sí tienen los demás detenidos:

(a) procurarse comodidades u ocupaciones compatibles con el objeto de su detención (a las que los detenidos en régimen general tampoco tienen derecho cuando pudiese afectar al secreto de sumario, según el artículo 527 en relación con el 522)

(b) a ser visitado por ministro de su religión, médico, parientes o personas que le puedan dar consejos (a lo que no tienen tampoco derecho los detenidos en régimen general, si ello afecta al secreto y al éxito del sumario, según artículo 527 en relación con el 523)

(c) a correspondencia y comunicación (que en el caso de los detenidos en régimen general debe ser expresamente autorizado por el juez, según artículo 527 en relación con el 524)
(d) a que no se adopte contra él ninguna medida extraordinaria de seguridad (de lo que también están excluidos los detenidos en régimen general en caso de desobediencia, violencia, rebelión o haber intentado fugarse)

(e) a designar abogado de su elección (527a)

(f) a que se ponga en conocimiento del familiar el hecho de la detención y lugar de custodia (artículo 527 b en relación con el 520.2d)

(g) a que el abogado que le defienda se entreviste con él reservadamente una vez terminada la diligencia en la que hubiere intervenido

PÁRRAFO 19
Protocolo 2003 del Gobierno Vasco

El Protocolo que se menciona en este apartado es el resultado de un acuerdo adoptado por los Departamentos de Justicia, Empleo y Seguridad Social, Sanidad e Interior del Gobierno Vasco, y no por el Parlamento como afirma el Relator.

Contrariamente a la afirmación del Relator, no contiene previsión alguna respecto a la grabación audiovisual de los interrogatorios de los detenidos.

La recomendación efectuada por el Relator referente a la grabación en vídeo de los interrogatorios para eliminar las denuncias de tortura ha de calificarse, cuanto menos de ingenua. El Relator parece querer olvidar, o al menos no le presta credibilidad, que ETA ordena a sus miembros y simpatizantes el denunciar torturas y malos tratos en cualquier detención. Grabar las declaraciones de los detenidos no es salvaguardia de ningún tipo: las denuncias de malos tratos y torturas podrían trasladarse a aquellos momentos que no fuesen grabados. Para evitar estas denuncias falsas habría que grabar todo el tiempo en que el detenido se encuentra bajo custodia policial; de hacerse así, la denuncia se podría interponer por atentar contra su intimidad.

EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL

PÁRRAFO 20

El Relator omite en este párrafo consideraciones fundamentales para comprender el papel del poder judicial:

En el ordenamiento jurídico español cualquier persona que presencie la perpetración de un delito está obligada a denunciarlo inmediatamente ante la autoridad competente (artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además, todo aquel que por razón de su cargo, profesión u oficio tuviere conocimiento de un delito está también obligado a denunciarlo inmediatamente. El funcionario o autoridad que faltando a la obligación de su cargo dejase intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia incurrirá en un delito de omisión del deber de perseguir delitos, tipificado en el artículo 408 del Código Penal. Naturalmente, toda esta normativa es aplicable a jueces y magistrados, igual que a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Las víctimas de la organización terrorista ETA pertenecientes a la Administración de Justicia han sido 17: 8 fallecidas y 9 heridas.

PÁRRAFO 21

A) La Audiencia Nacional como tribunal ordinario.

La Audiencia Nacional es un tribunal ordinario. El Relator se equivoca al afirmar que es un "tribunal especial (*special court*)" porque:

1. La Constitución Española prohíbe la creación de tribunales especiales (artículos 117.6, que prohíbe los tribunales de excepción, y 117.5, que consagra el principio de unidad jurisdiccional)
2. El Tribunal Constitucional, hace ya más de 15 años (sentencia 199/87 de 16 de diciembre), sentenció que "la Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo con los intereses de la justicia (…). Tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales ordinarios, y así ha sido reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe de 16 de octubre de 1986 sobre el Caso Barberá y otros, en el que afirmó que "la Comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un tribunal ordinario compuesto por magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial".

3. La **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 06-12-88** relativa al mismo asunto, en su párrafo 53 señaló que dicho tribunal también **considera que la Audiencia Nacional es un tribunal ordinario**. Este tema le fue suficientemente aclarado al Relator por el Presidente de la Audiencia Nacional). **No parece dentro del mandato del Relator Especial sobre la tortura cuestionar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**.

La Audiencia Nacional no es un Tribunal de excepción, sino un Tribunal especializado, como los Juzgados de Familia, los Juzgados de Menores, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o los futuros Juzgados de lo Mercantil.

La Audiencia Nacional es un Tribunal con sede en Madrid y con Jurisdicción en toda España, cuyas competencias no se limitan al ámbito penal, sino también a cuestiones administrativas y sociales. En materia penal su competencia se extiende a una serie de delitos graves, entre ellos los de terrorismo, y a delitos cuyo ámbito territorial es superior al de una Comunidad Autónoma.

El secreto de sumario

En cualquier sistema judicial conocido las investigaciones para la averiguación del delito pueden exigir medidas que impidan que el sospechoso o terceros tengan conocimiento acerca del curso de dichas investigaciones. El secreto de sumario se aplica para estos casos. Su fin es evitar la frustración del propio sumario.

El Relator, al tratar este tema en el párrafo 21 de su Informe, comete un error fáctico grave al referirse indistintamente y mezclar indebidamente dos conceptos distintos: el secreto de sumario (causa secreta) y la prisión provisional. El secreto de sumario, como medida habitual en la instrucción de determinados procedimientos penales, es independiente de que se acuerde o no prisión provisional. Esta última obedece a otras motivaciones ya expuestas al recoger los errores fácticos en el párrafo 17. En cualquier caso, ninguna de estas figuras es de aplicación exclusiva a las causas judiciales por delito de terrorismo. Son figuras de aplicación general a cualquier causa judicial.

El régimen general en el derecho español establece que, hasta que se inicie el juicio oral, las diligencias del sumario son siempre secretas en todo procedimiento penal para quienes no son parte en el proceso (artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Al margen de lo anterior, el artículo 302 permite que el Juez instructor, mediante un auto, declare el secreto de sumario para todas las partes por un periodo máximo de un mes. El art. 302 es aplicable a cualquier procedimiento penal y no solo a los relacionados con delitos de terrorismo.

Si durante el plazo de 30 días en que se ha declarado el secreto de sumario, el juez decreta la entrada en prisión provisional (conforme al artículo 506.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) el auto de ingreso siempre deberá contener el hecho que se imputa y las razones por las que se decreta la prisión provisional. Cuando se alce el secreto de sumario se notifica íntegro el auto al imputado. Esta disposición igualmente se aplica en cualquier procedimiento penal. Por lo tanto, es radicalmente errónea la afirmación del Relator en el párrafo 21, "que la Audiencia Nacional pueda solicitar el secreto de sumario durante 30 días, renovables por la duración total de la prisión provisional que puede durar hasta cuatro años".

De hecho, con sus graves errores al describir el papel del poder judicial, el Relator está poniendo en tela de juicio la regulación del procedimiento penal en España, aplicable a

la persecución de cualquier delito: introduce consideraciones erróneas acerca de la supuesta naturaleza excepcional de la Audiencia Nacional; se equivoca respecto a la actuación de la Audiencia Nacional en delitos de terrorismo, y alega una presunta excepcionalidad en los procedimientos penales en causas por delito de terrorismo, que sólo existe en su imaginación. Es preciso reiterarlo una vez más que en España no existe una legislación anti-terrorista específica, ni existe un tribunal de excepción para los delitos de terrorismo.

Al tratar el Habeas Corpus el Relator vuelve a confundir la prisión provisional con la detención policial.

EL TERRORISMO Y SUS EFECTOS

PÁRRAFO 22

Al utilizar la expresión "detención provisional", el Relator vuelve a confundir la detención y la prisión provisional, con lo que no queda claro a lo que se refiere.

También resulta chocante que afirme que su misión se centró en el "tratamiento" a los detenidos por ser presuntos miembros o colaboradores con grupos terroristas, cuando él mismo decidió no visitar centros de detención.

PÁRRAFO 23

El Relator comete en este párrafo varios errores fácticos graves:

1. El "grupo armado Vasco ETA" no es tal. Se trata de un grupo terrorista, tal y como lo reconocen la comunidad internacional. La Unión Europea (Posición Común 402/2003/PESC del Consejo de 5 de junio de 2003) declaró grupos terroristas a ETA, y a las siguientes organizaciones que forman parte de su entorno: Kas, Kaki, Ekin, Jarrai-Haika-Segi, Gestoras pro Amnistía, Askatasuna, Batasuna (alias HerriBatasuna, alias Euskal Erritarrok). Se le hizo llegar al Relator esta documentación, que fue publicada en el Diario Oficial de la Unión europea el 6 de marzo de 2003.

2. La mención al "Derecho Internacional Humanitario" es improcedente y fuera de lugar. ETA no es parte beligerante en un conflicto armado. ETA es una simple organización criminal que utiliza medios terroristas para alcanzar sus fines. Lo que ETA vulnera son las normas penales y los más elementales derechos humanos.

3. No se puede decir que "a ETA se le imputa el estar implicada en actos criminales", como si su implicación no estuviera suficientemente demostrada, casi siempre mediante reivindicación de la propia banda terrorista. La comisión por miembros de ETA de actos criminales está además ampliamente probada por el gran número de sentencias condenatorias contra los mismos dictadas por jueces en España y en otros países. Las cifras de víctimas causadas por ETA no responden a "estimaciones", sino que se conocen con exactitud: desde 1984 ETA ha asesinado a 831 personas, herido a 2.392, y secuestrado a 77 personas. Esta

información se le habría facilitado directamente al Relator si éste se hubiera interesado por el tema.

A estas víctimas hay que añadir a sus familiares, amigos, y a todos aquellos que diariamente viven bajo la amenaza del terrorismo dentro y fuera del País Vasco, así como aquellos que se han visto forzados a abandonarlo por motivos de seguridad.

En el informe sobre la situación de los derechos humanos en España y País Vasco emitido por el Sr. Gil Robles, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, se hace especial hincapié sobre esta situación al referirse a la tensión a la que están sometidas las personas que desempeñan un cargo electo, las que desempeñan la función judicial o las que, en privado (o incluso en público) han tomado posiciones a favor de orden constitucional en vigor, así como las que hayan podido emitir o escribir opiniones críticas sobre el nacionalismo u opuestas a la banda terrorista ETA y, de forma muy especial, los que pertenecen a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

En conclusión, el Relator, a fin de no cometer errores fácticos, debe:

1. **Llamar a ETA por su nombre (grupo terrorista)**
2. **Suprimir la referencia al derecho internacional humanitario**
3. **Remplazar la frase en la que dice "ETA is reported to have been criminally involved" por "ETA has been criminally involved"**
4. **Añadir las cifras precisas sobre víctimas de ETA que figuran *supra***

PÁRRAFO 26

Este párrafo contiene algunos de los más graves errores del Informe, al referirse a un supuesto "patrón" de torturas o malos tratos, surgido de entrevistas que mantuvo con interlocutores cuya identidad no desvela.

El Relator afirma que tanto antes de su visita a España como durante la misma "recibió gran cantidad de información de fuentes no gubernamentales, incluyendo testimonio de antiguos detenidos, en el sentido de que la tortura y los tratos inhumanos, crueles y degradantes continúan ocurriendo en España". El Relator continúa diciendo que "los antiguos detenidos describieron el siguiente tratamiento durante la detención en situación de incomunicación: encapuchamiento, obligación de desnudarse a la fuerza, ejercicios físicos, obligación de permanecer de pie de cara a la pared durante periodos prolongados, privación de sueño, desorientación, utilización de bolsas de plástico con propósitos asfixiantes, humillación sexual, amenaza de violación, amenazas de muerte y ejecuciones simuladas".

El Relator no facilita detalle alguno sobre casos, lugares, fechas, personas afectadas, etc. No deja de ser sorprendente que el Relator, que más adelante en el transcurso de su Informe se refiere a un "patrón de negación de los hechos" por parte de las autoridades, al referirse todas ellas a la táctica de ETA de denunciar torturas y malos tratos, no encuentre ahora sospechoso el que los antiguos detenidos, que pertenecen a una misma organización, cuenten todos la misma o parecida historia, de forma que "emerge un patrón" de malos tratos y torturas.

Una de dos, o la coincidencia de "versiones" es considerada "indicio de verosimilitud" de lo relatado o es considerado parte de una "invención" (*fabrication*); pero lo que no es coherente, ni aceptable, es que el Relator lo interprete como lo primero cuando habla con los antiguos detenidos y su entorno, y como lo segundo cuando habla con autoridades y jueces. Además, no facilita información sobre cuándo se produjeron los hechos. No es lo mismo un caso de los últimos 5 ó 6 años que un caso de hace 20, a efectos de dilucidar si en España las torturas y malos tratos tienen una frecuencia superior a la "ocasional".

PARRAFO 27

El Relator no ha tomado en consideración la información que le remitió el Gobierno, a la que hace referencia y que admitió haber recibido.

Además, y por lo que se refiere al párrafo 27, el Gobierno español considera un grave error de hecho que el Relator haya hecho las afirmaciones que vierte en el párrafo 26 sin haber leído la respuesta del Gobierno a la información por él solicitada sobre supuestos casos de tortura ocurridos entre marzo de 2002 y febrero de 2003, cuya relación él mismo facilitó. El Relator no ha leído la información facilitada por España sobre estos casos, puesto que reconoce que no está traducida. Es decir, el párrafo contiene descalificaciones y condenas de la situación en España por parte del Relator, sin haberse ocupado siquiera de conocer la versión de los hechos que, a petición del propio Relator, le facilitó el Gobierno español. Este error vicia no solo el párrafo 26, sino también los párrafos 30 y 31 relativos al cierre del diario Egunkaria.

La información proporcionada por el Gobierno español a solicitud del Relator se refiere a las denuncias por torturas formuladas por cuatro personas detenidas el 8 de marzo de 2002 por el Cuerpo Nacional de Policía y por varios detenidos por la Guardia Civil, en el curso de tres operaciones de lucha contra el terrorismo.

Los cuatro detenidos por el Cuerpo Nacional de Policía, lo fueron en el curso de una operación de policía judicial ordenada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, en Auto de 7-3-03, como consecuencia de las diligencias previas 172/01. La resolución judicial ordenaba en los cuatro casos la detención y registro domiciliario, el cual fue practicado en presencia del secretario judicial.

Durante el tiempo que permanecieron en situación de detención incomunicada, el médico forense les practicó reconocimientos hasta en tres ocasiones. Las denuncias formuladas por los cuatro detenidos, uno de los cuales figura huido de la justicia, se formalizaron dos meses después de la detención, incluso una de ellas siete meses después. Los procedimientos judiciales iniciados por las denuncias están pendientes. Hasta el momento, ningún funcionario ha sido imputado como consecuencia de las mismas.

Las detenciones practicadas por Guardia Civil lo fueron igualmente con ocasión de tres operaciones de policía judicial. La primera de ellas, en relación con el caso Egunkaria, sobre el cual se ofrece abundante información más adelante en esta recopilación de errores de hecho.

La segunda de ellas se dirigió contra el denominado comando "Zelatún". Esta operación fue desarrollada a lo largo de los días 28 y 29 de septiembre de 2002, ordenada en una actuación coordinada desarrollada por los Magistrados de los Juzgados Centrales de Instrucción nº 2 y nº 3 de la Audiencia Nacional. En el momento de la detención, se procedió a la lectura de sus derechos y posterior registro de sus domicilios en presencia judicial. Durante el período de incomunicación fueron reconocidos diariamente por el médico forense. Las denuncias por torturas, presentadas tres meses después de la detención, están siendo conocidas por la autoridad judicial competente, sin que hasta la fecha exista funcionario alguno imputado.

La información referente a estos 5 casos del Comando Zelatún ya había sido solicitada por el Relator, y contestada por el Gobierno español el 31-10-03. La reiteración en la solicitud de informes puede inducir a pensar que existen más casos de denuncias de tortura que los que realmente hay.

La tercera operación se lleva a cabo por Guardia Civil el 8 de octubre de 2002 en el curso de una operación dirigida por el Juzgado Central de Instrucción nº4 de la Audiencia Nacional. Como en los supuestos antes descritos se respetaron los derechos de los detenidos durante el arresto y su posterior detención, y no consta que en las actuaciones judiciales seguidas por la denuncia de torturas presentada tres meses después de la detención, se haya imputado a ningún funcionario.

PÁRRAFO 28

En primer lugar, el Relator comete un error muy grave al declarar que "la opinión predominante entre las Autoridades entrevistadas por el Relator Especial es que TODOS los informes sobre torturas a detenidos en conexión con medidas anti-terroristas son falsos y realizados de forma sistemática como parte de la estrategia de ETA para minar el sistema judicial penal español". Ninguna autoridad española le dijo que "todas" las denuncias fuesen falsas.

Por el contrario, todas las autoridades que se entrevistaron con el Relator reiteraron que toda alegación de tortura es objeto de investigación.

Por lo que antecede, la referencia que el Relator hace a un supuesto "muro de silencio" sobre torturas y malos tratos, es totalmente errónea, como lo demuestra además la invitación que ha recibido del Gobierno español, la información que se le ha suministrado y la plena colaboración que con total transparencia y en todo momento ha obtenido de instituciones, órganos, funcionarios y Autoridades, tal y como él mismo reconoce.

En segundo lugar, también es erróneo afirmar que "el Gobierno dijo que le entregaría el documento encontrado en la desarticulación del Comando ARABA/98", como si no lo hubiese hecho. Consta que la Misión de España en Ginebra le transmitió la documentación a su Oficina, por carta, el 20 de noviembre de 2003, además del documento que le fue entregado en el transcurso de su visita.

PÁRRAFOS 30 y 31

Estos párrafos se refieren al cierre del periódico Egunkaria, único caso concreto citado por el Relator en su Informe para, desde su perspectiva, "ilustrar las tensiones entre las medidas antiterroristas y la obligación de prevenir, prohibir y combatir la tortura". Estos párrafos incurren también en graves errores: **el Relator no toma en consideración las informaciones que él solicitó al Gobierno español y que le fueron remitidas el 17 de noviembre, tergiversa las palabras del Ministro del Interior (y en consecuencia hechos fundamentales del caso), y manifiesta parcialidad a favor de sus "fuentes", impropia de su cargo.**

A continuación se detallan los hechos referentes a este caso:

1. CIERRE DE EGUNKARIA

El cierre de Egunkaria se produjo en ejecución de la decisión adoptada por el Juzgado Central de Instrucción n° 6 de la Audiencia Nacional, como culminación de las investigaciones judiciales practicadas sobre la instrumentalización de este medio por parte de la organización terrorista ETA para fines delictivos.

Es falso que el cierre fuera "decretado" por el Ministerio del Interior, según manifiesta el Relator Especial en su Informe, y es falso que se lo dijese el Ministro del Interior. En cualquier caso, lo manifestado sobre este punto en el párrafo 31 está en completa contradicción con lo expresado en el apartado anterior (30), donde se precisa que la clausura cautelar del periódico la dispuso la autoridad judicial competente.

En concreto, se trataba de una actuación judicial contra conductas delictivas de personas presuntamente vinculadas o integradas en la organización terrorista ETA, a la que apoyaban y ayudaban o con la que colaboraban en actividades de financiación, blanqueo de fondos, evasión de impuestos, etc., que, obviamente nada tienen que ver con las propias de cualquier medio de comunicación.

Conviene precisar, por otra parte, que esta actuación judicial se desarrolla en aplicación de los nuevos principios y criterios incorporados a la normativa interna del Estado español, siguiendo las recomendaciones y acuerdos adoptados en tal sentido en el ámbito internacional en el marco de las Naciones Unidas, para conseguir una mayor eficacia en la prevención y represión de los actos de terrorismo. Se entiende que un aspecto básico para la prevención de la comisión de actos terroristas es el control de los flujos financieros de los que se nutren las organizaciones terroristas.

El Relator debería tener en cuenta la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada por unanimidad en la sesión celebrada el 28 de septiembre de 2001, que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para prevenir y reprimir el delito de terrorismo, su financiación, la congelación de fondos, activos financieros y recursos económicos de las personas que los cometan, o intenten cometer, participen en ellos, faciliten su comisión, etc., de las personas y entidades bajo su control; de las personas que actúen en nombre de estas entidades o bajo sus órdenes; en definitiva, de las personas y entidades concertadas o asociadas de cualquier modo a la consecución de sus fines y objetivos.

2. DENUNCIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

Respecto al procedimiento judicial iniciado desde el Ministerio del Interior contra Otamendi y otros por falsas alegaciones de tortura (caso Egunkaria), al que también alude el Relator Especial, si no se ha emitido una sentencia, como señala el Relator, es porque la Audiencia Nacional recientemente ha dejado en suspenso este procedimiento hasta que no concluyan las investigaciones por parte del Juzgado de Instrucción de Madrid competente para pronunciarse sobre la denuncia por tortura y malos tratos formulada por Otamendi y otros.

Es la primera y única vez que las Autoridades del Ministerio del Interior han formulado directamente una denuncia ante la Autoridad judicial por la falsedad y gravedad de las acusaciones vertidas por alguno de los detenidos implicados en las actividades a que anteriormente se ha hecho referencia. **Por lo tanto, son falsas las informaciones que recibió el Relator Especial en el sentido de que hay un patrón habitual de contradenuncias por difamación por parte de los poderes públicos, como recoge erróneamente el Relator en el apartado 58 de su Informe**.

3. DOCUMENTO DEL COMANDO ARABA

Otro grave error fáctico del Relator es que no haya tenido en cuenta el documento incautado al comando ARABA, que le fue proporcionado por las autoridades españolas. Ese documento demuestra que las alegaciones de torturas en causas relacionadas con el terrorismo responden en la gran mayoría de los casos a una estrategia sistemática y deliberada por parte de ETA.

El Relator manifiesta que le han llegado informaciones de que durante los traslados los detenidos los mismos son maltratados, y menciona explícitamente que son llevados esposados, encapuchados, con la cabeza entre las rodillas y supuestamente son golpeados. Según los informantes del Relator, una vez en Madrid, los detenidos son incomunicados y se les somete a vejaciones y torturas (desnudez, vejaciones sexuales, etc.).

Todo estos relatos supuestamente coincidentes que hacen los detenidos los encontramos ya en el documento mencionado anteriormente e incautado a la propia organización terrorista. En noviembre de 1996 fue detenido el etarra Luis Aguirre Lete, "Isuntza". Entre los documentos que se le incautaron es especialmente significativo el documento titulado "Sobre las denuncias de torturas", en el que se contienen instrucciones como las que siguen: "Ante una detención, por corta e insignificante que sea, aunque os pongan en libertad sin cargos, ni fianza, ni ninguna otra medida represora, hay que denunciar tortura"; se recomienda "denunciar a cuant@s más txakurras [término despectivo para designar a los policías] podáis, aquí la imaginación no tiene límites y podéis desarrollarla sin miedo, nunca os van a represaliar por una denuncia falsa", y sigue "con la denuncia de torturas, siempre que pasemos por las manos de la txakurrada [policía], se pretenden varias cosas : (...) crear vías para que organismos internacionales se interesen por la falta de libertad de nuestro pueblo, internacionalizar y hacer oír la represión, aunque no se consiga el fin último que se persigue con la denuncia individual (...), desgastar al enemigo militar mediante todo el matxake judicial que se pueda. Está comprobado que las denuncias, aunque no acaben en condena, en ellos cunde la desesperación y además se retroalimenta nuestra campaña."

Resulta una coincidencia sorprendente que dichas denuncias también han comenzado a producirse contra la Policía francesa.

En el momento de la desarticulación del Comando Araba, en marzo de 1998, se encontró una copia textual de este documento, que fue entregado al Relator durante su visita.

Desde 1999 la Guardia Civil ha puesto a disposición judicial a más de 146 terroristas relacionados con ETA, y se han presentado 38 denuncias por torturas, sin que se haya producido una sola condena por hechos producidos desde esa fecha, lo cual evidencia la puesta en práctica por los detenidos de estas "recomendaciones", que también tienen como objetivo desprestigiar el funcionamiento de las instituciones españolas ante el escenario internacional.

4. ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

Con carácter general, la descripción que el Relator hace de la práctica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con la lucha antiterrorista, adolece de los mismos, pero todavía más graves, errores de hecho que en el resto de su informe. Sigue basándose exclusivamente en el relato de denunciantes anónimos y no contiene una mínima referencia a las declaraciones y testimonios que le facilitaron los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con los que se entrevistó.

5. ENTREVISTA MANTENIDA CON EL MINISTRO DEL INTERIOR

Antes de concluir este apartado, es esencial subrayar los serios errores que contiene el resumen del Relator sobre su entrevista con el Ministro del Interior.

El Relator pone en boca del Ministro del Interior declaraciones que nunca hizo en relación con la libertad de prensa.

En relación con la clausura del periódico Egunkaria, el Ministro del Interior tampoco dijo que este periódico se cerrase por orden gubernativa, sino que le explicó que el cierre de este periódico era el resultado de un proceso judicial seguido por la Audiencia Nacional para la desarticulación del entramado de ETA. Fue este tribunal el que ordenó a la policía judicial el cierre del diario y la detención de sus miembros (director, editores, empresarios y periodistas), por las razones y las consecuencias que anteriormente se han indicado.

DETENCIÓN INCOMUNICADA

La Sentencia del Tribunal Constitucional 196/87 de 11 de diciembre señala que “la medida de incomunicación del detenido, adoptada bajo las condiciones previstas en la ley, sirve en forma mediata a la protección de valores garantizadas por la Constitución española y permite al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a sus ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales. De ello resulta que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de abogado que no le impide acceder a ella una vez finalizada la incomunicación, no puede calificarse de medida restrictiva, irrazonable o desproporcionada,

sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada - cuya efectividad no se perjudica con los valores constitucionales citados -, pues **la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido**, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes. Esta declaración no contradice en modo alguno los Convenios Internacionales suscritos por España, cuyo valor interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas se consagra en el art. 10.2 de la Constitución española, pues ya hemos señalado que estos derechos son más restrictivos en materia de asistencia letrada al detenido que en nuestra constitución en cuanto que no incluyen este derecho ente los que se reconocen al detenido en los artículos 5 (Convenio Europeo de Roma) y 9 (Pacto Internacional de Nueva York); el derecho a la libre elección de abogado tan sólo se reconoce en los artículos 6 y 14 de los mismos en relación con el acusado del proceso penal, supuesto no aplicable al detenido o preso en diligencias policiales o judiciales, que es lo que se regula en los artículos 520 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

En consecuencia, el Tribunal Constitucional recoge en esta Sentencia el marco, los objetivos y los límites de la detención en situación de incomunicación.

PÁRRAFO 35

El Relator recoge un resumen de las explicaciones que le facilitó el Secretario de Estado de Justicia, muy cercanas a la realidad jurídica española. Pero dichas explicaciones no han sido tenidas en cuenta por el Relator cuando éste procede, en los párrafos 16 a 18 de su Informe (dedicados exclusivamente a la "detención incomunicada") a valorar el marco jurídico vigente en España, que aparece en dichos párrafos reflejado de forma completamente errónea, citando legislación caduca, confundiendo sistemáticamente detención y prisión provisional, y concluyendo sin base alguna en la realidad que el marco legislativo reformado amplía la detención incomunicada hasta 13 días.

PÁRRAFO 37

El Relator, en este párrafo de su Informe, afirma, poniéndolo en boca de sus fuentes no gubernamentales, que la decisión judicial para autorizar la incomunicación de un detenido es habitualmente un mero trámite, y que se fundamenta simplemente en una referencia a la sospecha de vínculos del detenido con el terrorismo, sin que exista mayor elaboración de pruebas.

Esta afirmación del Relator es gratuita y no está fundada en modo alguno por hechos que así lo avalen. **Nuestra legislación y jurisprudencia son particularmente rigurosas en la exigencia de una motivación y una valoración individualizada por parte del Juez para acordar la incomunicación del detenido o preso**.

PÁRRAFO 38

El Relator desconoce el hecho de que los médicos forenses son profesionales de la Medicina que prestan servicio a la Administración de Justicia de forma permanente y profesional. Son

reclutados mediante un sistema de selección objetivo basado exclusivamente en sus conocimientos profesionales sobre medicina.

Los Médicos forenses son destinados al servicio de uno u otro Juzgado mediante un sistema objetivo que tiene en cuenta la antigüedad profesional. Es decir, ni el Juez, ni las autoridades pueden decidir que sea uno u otro forense quien atienda a un detenido, sino aquel Médico forense a quien corresponda en función de estar previamente destinado al servicio de dicho Juzgado.

En su actuación profesional los Médicos forenses están vinculados exclusivamente a la asistencia médica al detenido conforme a las normas deontológicas de su profesión, sin que puedan recibir instrucciones ni del Juez ni de las autoridades gubernativas.

La insistencia en la designación de abogado y médico particular es una estrategia común de las organizaciones terroristas, pues, mediante la presencia de los mismos, persiguen tanto coaccionar al detenido como poder calibrar el daño que éste puede originar a la organización.

PÁRRAFO 39

El Abogado de oficio en España no es un funcionario de la Administración pública, ni tampoco depende en absoluto de la autoridad judicial. En consecuencia, es errónea la descripción que de él hace el Relator como un "*State appointed lawyer*".

Son abogados de oficio aquellos abogados que voluntariamente se inscriben en este servicio de prestación de asistencia jurídica a las personas carentes de recursos. La organización del servicio de defensa jurídica de oficio corresponde en exclusiva a los Colegios de Abogados, sin que intervengan en ello ni el Ministerio de Justicia ni el de Interior, ni el Consejo General del Poder Judicial.

El servicio se organiza mediante un turno de los Abogados inscritos, de forma que el detenido será asistido por aquel Abogado al que le corresponda de manera aleatoria. Es decir, que en la elección del Abogado concreto que asistirá al detenido incomunicado no interviene en absoluto la autoridad gubernativa ni judicial.

En su actuación profesional el Abogado de oficio tiene el mismo estatuto jurídico que cualquier Abogado libremente elegido por su cliente. No está sujeto a instrucciones jerárquicas, y debe orientar su actuación exclusivamente a la defensa de los intereses del detenido.

La sentencia del Tribunal Constitucional 196/87 de 11 de diciembre señala "**la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla no en la modalidad de la designación del abogado, sino en la efectividad de la defensa**, pues lo que quiere la Constitución española es proteger al detenido con la asistencia técnica de un letrado que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al del abogado de libre designación".

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de mayo de 1980 en el caso Artico reiteraba en los mismos términos que "la libre elección de abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de abogado de oficio no hace irrecognoscible o impracticable el derecho, ni lo despoja de la necesaria protección".

PÁRRAFO 40

Dados los importantes errores de hecho que contienen los párrafos anteriores del Informe del Relator, su afirmación, en este párrafo de que "recibió información creíble que le conduce a creer que, aunque la tortura y los malos tratos no son sistemáticos en España, el sistema, en la práctica, permite que ocurran casos, especialmente en lo que se refiere a personas en situación de incomunicación por actividades relacionadas con el terrorismo" es totalmente errónea.

Como se ha explicado en los comentarios efectuados sobre los errores de hecho en que incurre el Relator en los párrafos anteriores, y en los que de hecho descalifica cuerpos profesionales independientes (jueces, fiscales abogados de oficio, médicos forenses) el régimen de garantías en España es un régimen moderno, avanzado y perfectamente homologable con los estándares internacionales.

Es rigurosamente falso que se utilice tortura o malos tratos para "obtener declaraciones de los detenidos". Las declaraciones de los detenidos carecen de valor probatorio si no son ratificadas ante el juez que conoce de la causa.

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

INVESTIGACIONES, PROCESOS E INDEMNIZACIONES

PÁRRAFO 43

El Relator comienza este apartado de su Informe con una reflexión totalmente errónea sobre la realidad española, que resume en una expresión (segunda guerra sucia), que es desconocida en España, y que en la nota 11, situada al final de su Informe, dice "había sido dirigida por la administración socialista entre 1983 y 1987" citando a continuación, en la nota 12, las duras condenas impuestas en abril de 2000 a un General y a un ex Gobernador Civil por esos hechos. El Relator debería señalar que la lista de autoridades encausadas fue más amplia, y que todas fueron juzgadas y todas han cumplido o están cumpliendo condena. Esta es una prueba de que el sistema español funciona y reacciona siempre ante este tipo de delitos y a todos los niveles, desde el más bajo al más alto.

Las sentencias contra las diferentes personas involucradas (Ministro del Interior, Secretario de Estado de Seguridad, Delegado del Gobierno del País Vasco, General de División de la Guardia Civil, entre otros), y a las que él se refiere en el punto 12, fueron publicadas y comentadas ampliamente por diversos medios de comunicación, lo que supone uno de los

tantos ejemplos que demuestra la inexistencia del "muro de silencio" del que habla el Relator y el pleno ejercicio de la libertad de prensa en España.

PÁRRAFO 44

En este párrafo el Relator manifiesta un profundo desconocimiento del sistema español. Su afirmación de que "de acuerdo con información recibida, el marco legal (…) no ha tenido éxito en eliminar el recurso a la tortura o a los malos tratos, que supuestamente continúan siendo habituales" en España, y sobre la ineficacia del ordenamiento jurídico para luchar contra los mismos, es totalmente errónea e inadmisible para el Gobierno y la sociedad española.

Estas afirmaciones no se apoyan en fuentes o datos creíbles o verificables y por tanto no merecen figurar en el Informe de un Relator Especial, que hubiera hecho bien en leer detalladamente, y tener en cuenta al redactar su Informe, el manual de ETA sobre denuncias de torturas y la detallada información sobre los individuos procesados a raíz del cierre del diario Egunkaria, que le fueron facilitados por las autoridades españolas.

Por otra parte, este párrafo del informe del Relator menciona expresa y erróneamente que nuestro sistema procesal no permite enjuiciar a los inculpados por delito de tortura porque la duración del proceso judicial es a menudo tan larga, que para el momento en que se inicia un juicio, los acusados no pueden ser juzgados porque su delito ya ha prescrito.

Esta llamativa y falsa aseveración desconoce por completo las características de la prescripción de infracciones penales regulada en nuestra legislación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 131 del Código Penal vigente, los delitos prescriben: *" a los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años; a los 15, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años; a los 10, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10; a los cinco, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco; a los tres años, los restantes delitos menos graves."* Se trata, por tanto de periodos de prescripción suficientemente amplios par evitar el efecto que señala el Relator en su Informe.
Por otra parte, iniciado un procedimiento penal por algún delito, el plazo de prescripción se interrumpe (artículo 132.3 del Código Penal).

Las denuncias por torturas o tratos inhumanos o degradantes provocan la apertura de un procedimiento penal mediante la incoación de las correspondientes Diligencias Previas por el Juez competente, siendo éste el del lugar donde presumiblemente se cometieron los hechos, y cuya primera diligencia es recabar los informes del Médico Forense, o de los Médicos Forenses que examinaron periódicamente a la supuesta víctima de torturas o malos tratos.

La investigación judicial permite que la autoridad judicial realice una valoración de los hechos, acuerde las diligencias necesarias y dicte la resolución judicial motivada correspondiente. A su vez, la totalidad de la instrucción judicial es inspeccionada por el

Ministerio Fiscal, quien tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Además, la resolución judicial motivada que dicta la autoridad judicial es susceptible de ser revisada por un tribunal superior constituido por tres Magistrados, sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier posible vulneración de un derecho fundamental sea objeto de estudio y consideración por el Tribunal Constitucional.

PÁRRAFOS 45, 46 Y 47

La relación de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, expedientes disciplinarios abiertos y denuncias formuladas contra miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil, como consecuencia de actuaciones constitutivas de torturas o malos tratos, que incluye el Relator en su informe, fueron trasladados por el Gobierno español, con el fin de colaborar en la investigación desarrollada por el Relator.

En relación con los datos sobre torturas facilitados al Relator por la Guardia Civil y los que le trasladó el Tribunal Supremo, hay que hacer una serie de precisiones:

- Desde 1997 las sentencias condenatorias por denuncias de detenidos implicados en actuaciones terroristas son siete.

- De las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo durante el período 1997-2003 en relación con terrorismo, sólo una se refiere a hechos producidos en los años 90, concretamente en 1992. El resto se refiere a hechos producidos en su práctica totalidad en los años ochenta.

- Según información suministrada por la Sala II del Tribunal Supremo (entregada al Relator Especial con fecha de 23 de octubre de 2003), entre 1997 y 2003, hubo 16 sentencias condenatorias por torturas: 8 de ellas (no 13, como erróneamente se señala en el Informe del Relator) se referían a hechos en los que estaban involucrados miembros del Cuerpo Nacional de Policía; 4 sentencias (y no 6 como erróneamente señala el Informe del Relator) se referían a hechos en los que estaban involucrados agentes de la Guardia Civil; 1 de las sentencias se refería a hechos en los que estaba involucrada Policía local; 1 sentencia se refería a hechos en los que estaban involucrados funcionarios de prisiones; y por último, 2 sentencias por torturas condenaban a particulares. De estas sentencias condenatorias, 7 se refieren a hechos relacionados con operaciones contra presuntos terroristas.

- La información facilitada por la Guardia Civil sobre la inexistencia, desde hace años, de condenas por torturas o malos tratos contra miembros de esa institución, es corroborada por los datos sobre sentencias. A partir de 1999 ninguna actuación de Guardia Civil en la lucha contra el terrorismo ha sido objeto de condena por delito de torturas.

- La última condena del Tribunal Supremo contra miembros de la Guardia Civil destinados en servicios o unidades de lucha contra el terrorismo, se refiere a hechos producidos en 1992. La condena en ese caso, dictada aplicando el Código Penal en ese momento vigente de 1973, fue de cuatro años, dos meses y 1 día de privación de libertad y de seis años y un día de inhabilitación especial.

- La media de sentencias sobre torturas de las que se ha ocupado en los últimos siete años el Tribunal Supremo es de 4 sentencias al año sobre un conjunto de unas 5.000 resoluciones, que se dictan cada año por la Sala II del Tribunal Supremo.

Con posterioridad a la visita del Relator, el 30 de octubre de 2003, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó una sentencia importante. Dicha sentencia, en casación, confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastián en junio de 2002, que absolvía a dos Guardias Civiles acusados de torturar a dos miembros de la banda terrorista ETA. Como dato complementario, cabe señalar que los terroristas denunciantes están cumpliendo condena por varios delitos, entre ellos los de asesinato y pertenencia a banda armada. Ambos formularon sus denuncias sobre las supuestas torturas producidas en el momento de la detención un año después de ésta. Cuando fueron detenidos, estaban armados y colocando un lanzagranadas apuntando a viviendas militares del Acuartelamiento del Ejército de Loyola en San Sebastián.

A la vista de los datos, resulta totalmente errónea e intolerable la afirmación del Relator, en el párrafo 44 de su Informe, sobre el papel del proceso judicial en la supuesta "perpetuación de la impunidad".

Es importante destacar también que el Código Penal vigente ha elevado las penas establecidas en los Códigos anteriores para el delito de torturas:

- En el Código Penal de 1973 la pena era de prisión menor en sus grados mínimo a medio (de seis meses y un día a cuatro años y dos meses) e inhabilitación especial (de 6 a 12 años), siendo de arresto mayor y suspensión o inhabilitación especial si se produjeren coacciones, amenazas, vejaciones o se sometieran a los interrogados a condiciones o procedimientos intimidatorios.

- La reforma del Código Penal en 1995 introdujo la regulación actual, ampliando la pena de prisión de dos a seis años si el hecho fuera grave, y de uno a tres años si no lo fuera, más inhabilitación absoluta de ocho a doce años. Castigándose también, los atentados a la integridad moral, en este caso con penas de prisión de dos a cuanto años si el hecho fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo fuere, en todo caso con una sanción adicional: la inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

- En la última reforma del Código Penal llevada a cabo en 2003, que mantiene la penalidad anteriormente expresada para el delito de tortura, se tipifica una nueva conducta delictiva consistente en ejercer violencia física o psíquica sobre personas que se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados,

imponiéndose en este caso una pena de prisión de 6 meses a 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años.

Por otra parte, el Relator Especial comete un gravísimo error al referirse a determinadas acciones disciplinarias de la Guardia Civil en supuestos de abuso de funciones, trato inhumano, degradante o discriminatorio o tortura.

- Dice que no se le ha facilitado información sobre acción disciplinaria por casos de tortura, y que ninguna de las acciones disciplinarias emprendidas por la Guardia Civil ha supuesto privación de libertad.

Toda actuación que pudiera ser constitutiva de delito debe ser denunciada ante los Tribunales, quienes deben conocer de los hechos en primer lugar, vinculando con su declaración de hechos probados a la Administración que ejerce la potestad disciplinaria.

Esa preferencia por la Jurisdicción penal motiva que en los datos remitidos al Relator se indique que durante el período 1999 a 2003 se presentaron y tramitaron 178 denuncias por torturas, de las cuales están pendientes de resolución por los Tribunales 51 casos, 118 fueron absueltos o archivados, y 9 funcionarios han sido condenados por operaciones ajenas a la lucha anti-terrorista.

En el régimen disciplinario de la Guardia Civil, la sanción de arresto está prevista únicamente para las faltas leves y graves.

Los tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios, así como las torturas (delito doloso), están tipificados como infracciones muy graves, y para ellas no está prevista, en el ámbito administrativo, sanción de privación de libertad, sino otras como la suspensión de empleo y la separación del servicio, que lleva aparejada la pérdida de la condición de guardia civil (es decir, la expulsión del Cuerpo).

La privación de libertad, si fuera oportuna, corresponde adoptarla a la Autoridad judicial en el ámbito del proceso penal.

PÁRRAFO 48

A fin de evitar errores, los datos que figuran en este párrafo sobre indultos concedidos por el Gobierno han de ser situados en su contexto:

- los indultos fueron concedidos por delitos cometidos antes de 1996, y fueron informados favorablemente por el Ministerio Fiscal y/o por el Tribunal sentenciador. Ningún indulto se extiende a la totalidad de la pena impuesta, ni libera del pago de las indemnizaciones fijadas en la condena. El indulto en ningún caso conlleva la rehabilitación del funcionario público que hubiera perdido tal condición en virtud de la condena.

El Ministerio del Interior no interviene en la tramitación de los indultos, ni hace la solicitud (la realiza el interesado), ni informa sobre los indultos tramitados, ni es necesariamente informado de los indultos concedidos.

El indulto es una gracia, recogida por la Constitución, concedida por razones de equidad, de la que puede ser beneficiario cualquier condenado independientemente del delito o condena, y por lo tanto también los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En la concesión del indulto por delito de torturas, como en todos los indultos, el Gobierno tiene en cuenta las circunstancias singularísimas de cada expediente: circunstancias personales del peticionario (enfermedad), cargas familiares, conducta seguida en el centro penitenciario, no reincidencia, capacidad de reinserción, informes y dictámenes de psicólogos, y muy especialmente los informes preceptivos del Ministerio Fiscal y juez sentenciador. El indulto en ningún caso determina la rehabilitación del funcionario público que hubiera perdido tal condición en virtud de la condena, y que de este modo se ve privado de su modo de vida.

En el caso de los indultos concedidos el 1 de diciembre del año 2000, ninguno de los condenados era reincidente, al menos uno de los informes preceptivos era favorable, la participación de los hechos de alguno de ellos fue circunstancial, y se trataba de indultos por hechos cometidos en los años 80. Ninguno se extendía a la totalidad de la pena impuesta, ni liberaba del pago de las indemnizaciones fijadas en la condena.

PÁRRAFO 49

Comenta el Relator Especial en este apartado la ausencia de legislación efectiva, que, en su opinión, existe en España respecto a las indemnizaciones específicas a las víctimas en los supuestos de comisión del delito de tortura. Este es otro error de hecho.

En el ordenamiento jurídico español se prevé este tipo de indemnizaciones como responsabilidad civil derivada de la penal por todos los delitos o faltas que se puedan cometer. Tal responsabilidad civil alcanza a los conceptos de restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales que se pudieran ocasionar, todo ello según determine con criterios de discrecionalidad la propia Autoridad Judicial en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Finalmente, ha de recordarse al Relator Especial que una cosa es la sanción penal del hecho delictivo, en la que se tiene en cuenta las circunstancias que él menciona en el Informe, y otra, completamente distinta, la responsabilidad civil derivada del mismo, en el que la indemnización se gradúa necesariamente en función del daño efectivamente sufrido por el perjudicado. Estos principios informan no sólo los procesos por delitos de torturas, sino igualmente los procesos por cualquier otro tipo delictivo.

PÁRRAFO 50

Es erróneo que la dispersión sea aplicada como un castigo adicional que perjudica a las familias. Los presuntos terroristas en espera de juicio son enviados a cárceles en el entorno de Madrid, precisamente para facilitar el pleno ejercicio del derecho a la defensa. Los

condenados son dispersados en la Península (hace tres años que no son enviados ni a Canarias ni a Baleares).

Se trata de una medida legal aplicada a los presos por delitos de terrorismo, no con el fin de agraviar a las familias, sino con el fin de separar al preso del resto de integrantes de la banda terrorista, posibilitando su rehabilitación al margen de consignas y coacciones, y, en definitiva, protegiéndoles de la organización terrorista. No puede olvidarse que ETA mata a sus disidentes, como ocurrió por ejemplo con Dolores González Catarain "Yoyes", asesinada en plena calle en presencia de su hija.

PÁRRAFO 51

El Relator comete un nuevo error al referirse al fenómeno de la tortura por motivos raciales. Muestra una parcialidad inadmisible dado que este tema no formó parte de las conversaciones con sus interlocutores gubernamentales, a excepción de las mantenidas marginalmente con la Defensora Adjunta del Pueblo, cuyos comentarios en ningún caso se ven recogidos en el Informe.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL INFORME DEL RELATOR

AUNQUE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS HA DADO TRASLADO A NUESTRA MISIÓN EN GINEBRA DE QUE EL RELATOR CONSIDERA DEFINITIVAS LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES QUE FIGURAN EN LA VERSIÓN NO EDITADA DE SU INFORME, LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS ESTIMAN QUE LA CORRECCIÓN DE LOS NUMEROSOS ERRORES DE HECHO QUE FIGURAN EN LOS PÁRRAFOS 1 A 51 DEL INFORME HABRÍA DE CONDUCIR INEXORABLEMENTE A LA ALTERACIÓN DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL RELATOR.

POR CONSIGUIENTE, SE INCLUYEN A CONTINUACIÓN UNA SERIE DE OBSERVACIONES SOBRE ERRORES DE HECHO EN LA PARTE DEL INFORME RELATIVA A CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, ERRORES QUE EN SU MAYOR PARTE SE DERIVAN DE ERRORES FÁCTICOS COMETIDOS POR EL RELATOR EN EL CUERPO DEL INFORME, AL DESCRIBIR LO QUE ÉL CONSIDERA ES LA REALIDAD ESPAÑOLA.

VII) CONCLUSIONES

La técnica de sembrar dudas sin aportar pruebas y la parcialidad de las conclusiones del informe es manifiesta a lo largo del mismo:

PÁRRAFO 52

En este párrafo, da cuenta el Relator de que España ha aceptado cooperar con los mecanismos internacionales y regionales de protección de los Derechos Humanos, en particular los relativos a la prevención y supresión de la tortura y los tratamientos o castigos crueles, inhumanos o

degradantes. Recuerda así mismo que España pertenece al grupo de países que ha trasladado invitaciones permanentes a los procedimientos especiales temáticos de la CDH y, por último, considera "altamente elogiable" la voluntad de España de someterse a procedimientos internacionales de escrutinio. Todas estas observaciones, con las que el gobierno español no puede sino estar de acuerdo, **contradicen la supuesta existencia de un "muro de silencio" y de una política de negación de los hechos en relación con la cuestión de la tortura y los malos tratos por parte de las autoridades españolas.**

PÁRRAFO 54

Además, y en relación con lo apuntado al comentar el párrafo 52, es rigurosamente erróneo afirmar, como hace el Relator en el párrafo 54, que no el debate e interés público en España sobre la cuestión de los estándares y procedimientos en materia de Derechos Humanos. **Por supuesto que sí la hay, como puede comprobar cualquier lector de la prensa española, tanto la de ámbito regional como la de ámbito nacional. El que el grado de debate público no sea suficiente ni en España ni en la mayoría o todos los países del mundo es una apreciación totalmente subjetiva del Relator, que excede del ámbito de su mandato.**

PÁRRAFO 55

Se refiere a su informe como el resultado de una visita de una semana de comprobación de hechos (¿?). Parece que el único hecho cierto que descubre es la existencia del terror y la violencia sobre un sector de la población, -para él esto es "un factor particular que apareció repetidamente durante la visita..."-; pero este factor y su condena enseguida se enturbia con la afirmación de que "muchos países se enfrentan con graves dificultades de naturaleza socio-política..." para disfrutar de los derechos humanos, o con la observación del escaso tiempo de visita, insuficiente para rastrear los factores históricos... que permitan entender la situación de los derechos humanos hoy en España. Queremos decir que el relator no ha constatado simple y llanamente la brutal realidad del terrorismo y de la violencia que el nacionalismo permite sobre más de la mitad de la población del País Vasco, sin añadir "matices" que introduzcan dudas sobre la justificación de su origen.

PÁRRAFO 56

El Relator recoge, con acierto que, las autoridades españolas de alto nivel con las que se entrevistó le manifestaron que todas las medidas para combatir el terrorismo han de permanecer dentro del marco que impone la ley. Sin embargo, acto seguido recuerda que él mismo subrayó que el derecho a no sufrir tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes es inderogable y absoluto, como si las autoridades españolas con las que se entrevistó no tuviesen plena conciencia de ello. **De hecho, sus interlocutores oficiales fueron rotundos al manifestar su máximo apego al estado de derecho, dejando claro que los casos que pudiese haber de tortura y malos tratos eran investigados y sancionados con todo el peso de la ley. En particular, se subrayó reiteradamente al Relator que el Estado lleva a cabo la lucha contra el terrorismo con el más escrupuloso respeto de los Derechos Humanos.**

PÁRRAFO 57

Vale para este párrafo de las conclusiones lo ya manifestado para el párrafo 26. El Relator parece otorgar total credibilidad a sus fuentes no gubernamentales y cuestionar, en cambio, el valor de la información recibida por parte de representantes del Gobierno, el Parlamento y el Poder Judicial. No deja de ser sorprendente y preocupante que algunas de las afirmaciones vertidas en este párrafo por el Relator, coincidan con las que figuran tanto en manuales de ETA como en folletos de propaganda de organizaciones no gubernamentales, tales como *Torturaren Aurkako Taldea*, vinculadas al entorno radical abertzale como con las manifestaciones que de palabra le hizo en el Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco la representante de Batasuna, partido político declarado ilegal por el Tribunal Supremo, en sentencia que el Tribunal Constitucional ha estimado plenamente conforme con el Ordenamiento Jurídico español. El Relator debería reflexionar sobre el hecho de que la coincidencia de las versiones procedentes de personas ya sea vinculadas al entorno terrorista ya a sectores nacionalistas radicales, más que a la verosimilitud de dichas versiones a lo que aparenta conducir es a que dichas versiones, de las que emerge, según el Relator, un "cierto patrón de técnicas y métodos de tratamiento de los detenidos", responden a instrucciones procedentes del entramado de ETA. Especialmente revelador es el contenido del documento incautado al comando *Araba* en 1998, al que ya se ha hecho referencia, y del que el Relator posee copia, con traducción al inglés; pese a lo cual no lo ha tenido en cuenta en su informe.

PÁRRAFO 58

Es falso que exista una "política oficial de negar que haya prácticas de tortura o malos tratos". Es rigurosamente falso que exista una política sistemática por parte de las autoridades de contestar a las denuncias por tortura con querellas por denuncia falsa. Como ya se ha señalado, solamente en una ocasión ha presentado el Ministerio del Interior una denuncia por denuncia falsa de tortura. Lo hizo precisamente en el caso *Egunkaria*. Una vez más, el informe contiene datos y conclusiones totalmente carentes de credibilidad.

PÁRRAFO 59

La conclusión del Relator en el sentido de que el control judicial de los detenidos es a menudo formal y administrativa, y no sustantiva, carece de todo fundamento y es claramente injusta hacia los altos magistrados del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y del Consejo General del Poder Judicial con lo que mantuvo largas entrevistas, en el transcurso de las cuales le fue expuesto el funcionamiento en la práctica del régimen de detención en situación de incomunicación. Por lo demás, el Relator parece ignorar que el objetivo de dicho régimen no es sancionar al detenido, sino impedir que éste pueda trasladar a integrantes del entramado terrorista, información sobre sus actividades o recibir instrucciones sobre lo que tiene que manifestar a las autoridades, cuando no amenazas procedentes de la propia organización terrorista sobre las graves consecuencias que para el detenido podría tener el que colaborase con las autoridades.

PÁRRAFO 60

Por las razones apuntadas al analizar los párrafos 17, 18 y 33 y siguientes, es totalmente errónea la conclusión del Relator de que las últimas reformas legislativas en España ignoran la opinión internacional en materia de detención en situación de incomunicación.

PÁRRAFO 61

Es inaudito que el Relator equipare en este punto la situación de las víctimas del terrorismo y la situación de las víctimas de tortura y malos tratos. Por supuesto que las víctimas de torturas y malos tratos merecen también toda clase de protección. El problema es que el número de víctimas de torturas y malos tratos es muy reducido (ya que en España no se admiten dichas prácticas, ni en la ley, ni en la realidad), en tanto que el número de víctimas del terrorismo asciende a varios miles (entre muertos, heridos y secuestrados) y esto sin tener en cuenta la existencia de muchos otros miles de personas que viven atemorizadas por el terrorismo y otros miles que, temiendo por su vida o la de sus familias, han tenido que abandonar el País Vasco. Por otra parte, no responde a la realidad referirse, como hace el Relator a la existencia de tensiones entre "las autoridades centrales en Madrid y los partidos o movimientos nacionalistas vascos", ya que podría parecer que nos encontramos únicamente con un supuesto de tensiones entre el gobierno central y los habitantes del País Vasco, cuando la realidad es que un porcentaje muy elevado de los electores en esa Comunidad Autónoma votan a partidos de ámbito nacional y no a partidos regionales.

PÁRRAFO 62

Este párrafo es absolutamente disparatado. Poner en duda que en España haya "espacio público y democrático" para plantear cuestiones relativas a los derechos humanos fundamentales supone un total desconocimiento de la realidad del país, fácilmente corregible con la consulta esporádica de la prensa, la radio o la televisión o con el seguimiento de los debates parlamentarios. Añadir que las organizaciones de defensa de los derechos humanos merecen protección en España roza lo grotesco: en España hay cientos de miles de activistas pertenecientes a multitud de organizaciones que desempeñan sus tareas con la plena protección que les otorga el ordenamiento jurídico vigente y el vivir en un Estado de Derecho. Las únicas organizaciones que no gozan de la protección del Estado son aquellas que han sido declaradas ilegales por los tribunales, por contribuir a las actividades de la banda terrorista ETA.

RECOMENDACIONES

PÁRRAFO 63

Las más altas autoridades han declarado reiteradamente, -es comprensible que el Sr. Relator no lea prensa española, pero eso no lo libra de su obligación a documentarse-, que la lucha contra el terrorismo se realizará en todos los frentes y con todos los medios de los que dispone o puede dotarse un estado de derecho, y siempre dentro de la más escrupulosa legalidad. Esto y no otra cosa están llevando a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no sólo en cumplimiento de los preceptos que consagra la Constitución Española, o de las órdenes e instrucciones que reciben, sino por convicción de la inmensa mayoría sus miembros. En consecuencia, no es necesario reiterar oficial y públicamente que la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes están prohibidos con carácter absoluto, ya que dicha reiteración tiene lugar con la frecuencia necesaria en las instrucciones y cursos de formación que se ofrecen a los integrantes de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

PÁRRAFO 64

Al contrario que el Relator, las autoridades españolas saben que los casos de torturas o malos tratos se dan con carácter ocasional, por lo que no es necesario redactar un plan global de lucha contra la tortura, como si éste fuese un mal general. Las disposiciones legales y la práctica por parte de los agentes del orden garantizan que no se produzcan torturas ni malos tratos y que, en los casos en que un agente del Estado viola la ley, su conducta sea sancionada adecuadamente.

PÁRRAFO 65

El Gobierno español no considera acertada la recomendación del Relator de suprimir el régimen de incomunicación ya que, al menos en el caso de España, no favorece la tortura. El recurso, bajo control judicial, a la incomunicación de algunos detenidos sigue siendo importante en el aspecto operativo, ya que evita que se puedan destruir pruebas o indicios relevantes, desaparezcan medios empleados en atentados, la huida de cómplices o colaboradores, todo lo cual sucedía en el pasado a causa de la colaboración criminal de abogados próximos al entorno de ETA.

PÁRRAFO 66

La incomunicación, no supone en ningún caso carecer de asistencia letrada, mediante abogado de oficio, ni que el detenido carezca de asistencia médica, -médico forense-, aunque, por las mismas razones a las que obedece la incomunicación, no es conveniente la designación de médico por el detenido en situación de incomunicación.

PÁRRAFO 67

El Relator parece desconocer, a pesar de que visitó la Comunidad Autónoma del País Vasco, que la policía autonómica tiene, en muchas ocasiones que operar con el rostro cubierto, para evitar represalias. Recomendaciones para una mayor “transparencia” de los interrogatorios podrían conducir a poner en peligro la vida de los agentes de las fuerzas del orden. Ésta no es una consideración teórica: ETA ha asesinado a cientos de policías

PÁRRAFO 68

Esta recomendación supone un desconocimiento total a la independencia de los jueces, como responsables de la investigación de infracciones de esta naturaleza. También reitera los prejuicios del Relator al pedir la suspensión de funciones del funcionario público implicado, emprendiendo acción legal inmediata, en todos los casos de quejas y denuncias, ignorando la realidad de una estrategia sistemática de denuncias de malos tratos y torturas, diseñada por ETA, como lo demuestra la documentación intervenida a los terroristas. Todos los casos son investigados; pero la denuncia sistemática de torturas o malos tratos en todos los casos de detenciones no hace sino dificultar el esclarecimiento de los hechos.

PÁRRAFO 69

¿Desconoce el Relator que esto sucede en cualquier sentencia emitida por un tribunal penal que condene por torturas o malos tratos?.

PÁRRAFO 70

La dispersión de presos no tiene un objetivo sancionador ni para los presos ni para sus familias. Precisamente, la dispersión facilita la rehabilitación, al impedir presiones sobre los presos para que no abandonen la organización terrorista.

ANEXO 2

ÍNDICE

OBSERVACIONES DEL GOBIERNO DE ESPAÑA AL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA TORTURA

1. EL COMPROMISO DE ESPAÑA CON LOS DERECHOS HUMANOS

2. RAZONES POR LAS QUE EL INFORME DEL RELATOR CARECE DE VALIDEZ

3. ESPAÑA: ESTADO DE DERECHO

4. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN Y DE LAS GARANTÍAS DEL DETENIDO O PRESO

5. LAS SITUACIONES DE TORTURAS Y MALOS TRATOS: FALSEDAD DE LAS AFIRMACIONES DEL RELATOR

6. LA ESTRATEGIA DE LA BANDA TERRORISTA ETA

7. OTROS PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES SOBRE ESPAÑA

8. CONCLUSIÓN

APÉNDICES

I.- ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN

A. UNA OMISIÓN DE TRASCENDENCIA EN EL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL: EL NO MONOPOLIO DE LA ACUSACIÓN OFICIAL EN EL PROCESO PENAL. LAS ACUSACIONES PARTICULARES Y POPULARES COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA

B.- RECHAZO DE LAS RECOMENDACIONES DEL RELATOR SOBRE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA Y DERECHOS DEL DETENIDO

- B.1.- LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

- **B. 2.- RAZONES QUE JUSTIFICAN EL RECHAZO DE ESPAÑA AL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL EN MATERIA DE DETENCIÓN INCOMUNICADA**

C. CONCLUSIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN

II.- OBSERVACIONES SOBRE ALGUNAS RECOMENDACIONES DEL RELATOR ESPECIAL

RECOMENDACIÓN PÁRRAFO 67 *(identificación de las personas presentes en los interrogatorios y grabación en vídeo de los interrogatorios)*

RECOMENDACIÓN PÁRRAFO 68 *(obligación de pronta investigación de toda denuncia de torturas o malos tratos; acciones legales contra los autores; independencia de la investigación y principios internacionales en la materia)*

RECOMENDACIÓN 69 *(Indemnizaciones a las víctimas de torturas o malos tratos)*

RECOMENDACIÓN 70 *(dispersión de presos)*

RECOMENDACIÓN 71 *(invitación al Relator Especial sobre el Racismo)*

OBSERVACIONES DEL GOBIERNO DE ESPAÑA AL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA TORTURA

1. EL COMPROMISO DE ESPAÑA CON LOS DERECHOS HUMANOS

El compromiso del Gobierno español con el riguroso cumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales contra la tortura y los malos tratos, está fuera de toda duda. La ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y, en el ámbito europeo, la Convención para la Prevención de la Tortura y Tratos Inhumanos o Degradantes, son fiel reflejo de esa voluntad de reforzar las garantías internas del sistema con las cautelas impuestas en el orden supranacional.

La **disponibilidad del gobierno español para someterse a fiscalización** por parte de los **mecanismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos**, tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en el Consejo de Europa, no ha sido cuestionada ni siquiera por el Relator Especial sobre la Tortura, que, al contrario, valora esta actitud positivamente.

En igual medida, tanto el gobierno español como el resto de los poderes públicos del Estado han expresado su **plena disponibilidad para examinar** con la mayor atención las **recomendaciones** que pudieran serles formuladas por el Relator, encaminadas a la prevención y al castigo eficaz de cualquier conducta que cause torturas o malos tratos a detenidos y presos, **siempre que** tales recomendaciones **respondan a un diagnóstico fundado de la realidad española** que se pretende analizar.

La incorporación al sistema normativo español de cuantas mejoras puedan ponerse al servicio de la prevención de la tortura entronca con la **voluntad del gobierno y de** la **sociedad española** en su conjunto de **eliminar cualquier vulneración de los derechos** y libertades fundamentales.

2. RAZONES POR LAS QUE EL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL CARECE DE VALIDEZ

El **gobierno español lamenta** que el **Relator Especial no haya hecho** en absoluto un **análisis objetivo y fundado de la realidad** que pretendía examinar en cumplimiento de su mandato, al presentar un **informe plagado de errores**, que demuestra un **total desconocimiento tanto de la realidad española como de los fundamentos y funcionamiento de nuestro sistema jurídico**. El análisis erróneo y desenfocado que realiza el Relator Especial sobre la Tortura en su Informe sobre España **vicia el contenido de** sus **conclusiones** y conduce a la formulación de unas **recomendaciones manifiestamente improcedentes**, como lo demuestra el análisis detallado que de las recomendaciones del Relator se hace en el presente documento de alegaciones del gobierno español.

De hecho, es preciso tener presente que este Informe sobre España del Relator Especial sobre la Tortura de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas surge como consecuencia de una **invitación expresa del gobierno español al Relator Especial**, Sr. Van Boven, aceptada por éste en fecha de 13 de enero de 2003.

La visita del Relator Especial tuvo lugar entre el 6 y el 10 de octubre de 2003. El Relator Especial marcó el contenido de dicha visita al concretar los interlocutores con los que deseaba entrevistarse, y las ciudades que deseaba visitar. **El Relator Especial tuvo plena libertad para entrevistarse con cuantos representantes de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales creyó conveniente**.

El Relator planteó su visita a España como una "**misión de investigación de hechos**" ("*fact-finding mission*"), tal y como figura en el comunicado de prensa difundido por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos el día 3 de octubre de 2003. **No obstante**, el Relator **decidió no visitar centros de detención** ni quiso entrevistarse con las autoridades y profesionales que participan en el control de la incomunicación, **eliminando así un contacto directo con la realidad** que pretendía investigar.

En fecha **31 de diciembre de 2003** la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos hizo llegar al gobierno español una **versión preliminar del Informe**, solicitando observaciones sobre eventuales errores fácticos en los que hubiera incurrido el Relator Especial en la redacción del texto.

Con fecha **20 de enero**, la Misión de España en Ginebra hizo llegar a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos una Nota Verbal a la que se adjuntaban las **alegaciones del Gobierno español relativas a los errores fácticos** detectados en la redacción **del Informe** que el Relator había elaborado como resultado de su visita de cinco días a España.

En la Nota Verbal, el Gobierno de **España solicitaba que el Informe sobre España fuese publicado sin los numerosos errores detectados**. Igualmente, el Gobierno manifestaba que, en su opinión, el informe del Relator contenía tantos y **tan importantes** errores fácticos **que las conclusiones a las que llegaba el Relator Especial quedaban** muy **seriamente desvirtuadas**, haciendo que el **Informe fuese rechazable prácticamente en su totalidad**, por carecer de base, rigor, fundamento y método.

1. Rechazable, en primer lugar, por el **análisis equivocado** que hace el Relator Especial, en la versión de su Informe de 31 de diciembre, **del "marco legal y las garantías para** la **protección de los detenidos** contra la tortura o malos tratos, particularmente en el caso de personas vinculadas a actividades terroristas", al que dedica una cuarta parte del Informe: los errores técnicos que contiene son de tal magnitud que prueban la falta de comprensión por parte del Relator Especial del ordenamiento jurídico español y de la realidad objeto de examen.

El Informe desconoce las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal en la tipificación de tortura, utiliza textos legales derogados, y califica a la Audiencia Nacional como tribunal excepcional, desconociendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

Como resultado del exhaustivo documento sobre errores de hecho remitido por el Gobierno español, el **Relator Especial rectificó** y enmendó **gran parte de la exposición sobre el Marco Legal**, para dar, en la versión definitiva de su Informe, una lectura correcta al marco constitucional y de la supuesta "legislación antiterrorista" (párrafo 30), expresión habitual del entorno terrorista que, lamentablemente, sigue utilizando y que en realidad no son sino los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 520 bis (que regula la detención incomunicada), el artículo 527 (derechos del detenido incomunicado), el artículo 384 bis, y los artículos 509 y 510 sobre prisión provisional incomunicada.

Al suprimir las referencias al Poder Judicial que figuraban en los antiguos párrafos 20-21, reconoce ahora el Relator, en la versión definitiva de su Informe, que en España no existe una jurisdicción excepcional para delitos de terrorismo; y al analizar el articulado vigente, tanto del Código Penal como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconoce las mejoras legislativas existentes y el constante papel del juez como principal garantía para el detenido en situación de incomunicación.

Sin embargo, solo un **examen** subjetivo, incompleto y **desenfocado del régimen de la incomunicación** puede explicar que el Relator llegue a la conclusión de que la presencia del abogado de oficio y del médico forense desde el primer momento de la detención incomunicada facilite la práctica de la tortura, así como el que no exista, en su opinión, un control jurisdiccional efectivo de la incomunicación. El Relator llega a afirmar en el Informe que "el sistema tal y como se practica propicia las prácticas de torturas y malos tratos".

Es de lamentar que el Relator llegue a estas afirmaciones sobre la base de una endeble e incompleta comprensión del sistema de garantías jurisdiccionales de nuestro ordenamiento jurídico y del funcionamiento del sistema procesal español, sin haber tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sin haber procedido a una aproximación rigurosa a la realidad y a las particularidades de la lucha contra el terrorismo.

2. En segundo lugar, es rechazable el Informe por la calificación de su misión a España, que en su Informe del 31 de diciembre aparecía como misión "investigadora de hechos" (*fact-finding mission*), y que se queda en misión "visitadora" (*visiting mission*) a secas, en la versión definitiva de su Informe.

Con ello se pone de manifiesto que **el Relator no llevó a cabo una misión de investigación de los hechos** y que algunas de las afirmaciones que recoge el Informe son, cuando menos, sumamente cuestionables, cuando no completamente falsas.

3. En tercer lugar, el Informe es rechazable porque **el Relator Especial no tuvo en cuenta** en su elaboración, ni en la versión preliminar ni en la definitiva, **datos importantes facilitados por el gobierno de España** a requerimiento del propio Sr. Van Boven, tales como los datos sobre los detenidos en relación con el cierre del diario *Egunkaria*, los datos relativos al manual de denuncias de torturas incautado a un comando etarra en 1998, y los datos relativos a presuntas denuncias de torturas transmitidos al Relator Especial por sus" fuentes de información". El Relator Especial había solicitado a sus interlocutores oficiales en España aclaraciones sobre estas

denuncias, aclaraciones que el Gobierno español le transmitió puntualmente y que él ha preferido ignorar por completo.

4. En cuarto lugar, el Informe es rechazable porque **el Relator Especial ha tergiversado las declaraciones del Ministro del Interior** español en el relato de la entrevista que mantuvo con él (párrafo 31 del Informe). Es falso que el Ministerio del Interior hubiese ordenado cerrar el periódico *Egunkaria*, como queda de manifiesto con una simple lectura del párrafo 30 del Informe del Relator. El error sólo cabe achacarlo a negligencia o a mala fe. El Relator Especial en su Informe definitivo no consideró relevante corregir la redacción de los párrafos relativos a este caso, pese a que disponía de documentación remitida por el Gobierno español, ni tampoco contrastó lo que le decían sus "fuentes" con la documentación oficial. El Relator Especial tampoco consideró pertinente corregir la afirmación contenida en su Conclusión 58 sobre la existencia por parte del Gobierno de un patrón de contra-denuncias por difamación hacia denunciantes de torturas, afirmación que nada tiene que ver con la realidad. Todo ello cuestiona gravemente la labor del Relator Especial.

El gobierno de España quiere recordar que en el cumplimiento de su mandato, **el Relator** Especial sobre la Tortura, tal y como figura en la Resolución 1985/33 y en la Resolución 2001/62 de la Comisión de Derechos Humanos, **ha de responder a "información creíble y fidedigna**" (*credible and reliable information*).

Pese a ello, el Relator utiliza, en casi todo su informe información procedente de **fuentes no identificadas**. Sobre el particular el Gobierno de España se permite llamar la atención sobre el hecho de que **en otros informes** preparados por mecanismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, **sus redactores sí han facilitado la identidad de sus interlocutores**. Así sucedió, por citar sólo un ejemplo relacionado con un país de la Unión Europea que también ha sufrido durante años el flagelo del terrorismo, con el informe preparado por el **Relator Especial para la Libertad de Expresión**, Sr. Abid Hussain, sobre su visita **al Reino Unido**, que tuvo lugar del 24 al 29 de octubre de **1999**. En dicho informe, (E/CN.4/2000/63/Add.3), figura como anexo, con nombres y apellidos, la relación de funcionarios, profesionales de la prensa, académicos, miembros de ONG y otros con los que se entrevistó, hasta un total de catorce funcionarios, catorce periodistas o miembros de organizaciones relacionadas con los medios de comunicación, dos profesores de universidad, siete representantes de ONG y otras nueve personas, todas ellas identificadas con su nombre y apellidos.

En consecuencia, el Gobierno de España estima que buena parte de la **información** recogida por el **Relator Especial** en su Informe, y sobre el que apoya sus argumentos y Conclusiones (párrafos 26, 40, 41, 44 y 57 del Informe), **no es creíble ni fidedigna**, en cuanto que procede de fuentes no identificadas y, además, **carece de los detalles** más elementales **que permitirían comprobar su veracidad** (personas afectadas, lugar en que tuvieron lugar los supuestos hechos, fecha y circunstancias detalladas de los mismos…).

Además, el Gobierno de España se ve obligado a llegar a la triste conclusión de que el Relator no ha hecho, con su visita, más que confirmar la visión parcial, sesgada y errónea que sobre la situación en España tenía ya antes de iniciar su viaje, sin molestarse en hacer una mínima labor de comprobación de los hechos.

3. ESPAÑA: ESTADO DE DERECHO

El Relator Especial **ha pasado por alto**, o no ha considerado lo suficientemente creíble y fidedigna la **información** sobre las garantías para evitar prácticas de torturas y malos tratos en el marco de la lucha contra el terrorismo que le hicieron llegar todos sus interlocutores oficiales españoles.

1. **En España**, como Estado democrático de derecho que es, la **lucha contra** el **terrorismo se hace dentro del marco constitucional y legal** y **con estricto respeto** a los **derechos y libertades de los ciudadanos**.
2. No existe, ni en el ordenamiento jurídico ni en la realidad práctica, la tensión a la que alude el Relator entre la obligación de proporcionar seguridad a los ciudadanos, y la de respetar sus derechos y libertades.
3. Ni siquiera en la regulación de la incomunicación que se aplica a los detenidos relacionados con terrorismo se da esa supuesta tensión entre la defensa de la paz y la seguridad ciudadana por un lado, y el respeto de las garantías y derechos del detenido por otro.
4. El régimen de incomunicación del detenido o preso sólo procede en los supuestos de terrorismo y de criminalidad organizada. Su objetivo es salvaguardar la reserva y confidencialidad de una investigación. Este es el único motivo por el que el Estado restringe, temporalmente, el derecho de comunicación con el exterior, pero salvaguardando siempre el derecho del detenido a la asistencia letrada y a la asistencia médica, y bajo permanente supervisión judicial.
5. **En España**, como Estado de derecho, **no se tolera la violación de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo**.
6. Las conductas delictivas de **torturas o malos tratos** por parte de miembros de las fuerzas de seguridad o cualquier instancia de la Administración han sido **castigadas por los jueces**.
7. El Poder Judicial, como órgano independiente e imparcial sólo sujeto al imperio de la ley, dispone de todos los medios y poderes para que las conductas delictivas se investiguen, juzguen y sancionen.
8. Así lo prueban las sentencias y pronunciamientos del Tribunal Supremo.
9. **ETA mantiene una estrategia de denuncia sistemática de torturas**, como queda patente en la documentación intervenida en operaciones contra comandos de ETA.

4. SÍNTESIS DEL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN Y DE LAS GARANTÍAS DEL DETENIDO O PRESO

Por lo que se refiere a una de las preocupaciones del Relator Especial en su Informe, la detención policial en régimen de incomunicación que se aplica a sospechosos de pertenecer o colaborar con banda armada, es preciso insistir en que **el detenido no se ve privado de ninguno de sus derechos fundamentales**, ni ve prolongada su situación más allá del límite prescrito por la Constitución española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni se encuentra en una situación de falta de supervisión judicial que favorezca el que puedan darse torturas o malos tratos. La única diferencia que impone la Ley a estos detenidos presuntamente relacionados con actividades terroristas, en situación de incomunicación decretada por un juez, es que el abogado sea de oficio y el médico sea forense.

La **plena protección de los derechos del detenido o preso en situación de incomunicación** es objeto de análisis detallado más adelante, en un apéndice de estas mismas alegaciones del gobierno de España, en las que se da cuenta de omisiones graves en el informe del Relator, tales como las relativas al importante papel del Ministerio fiscal y a la posibilidad de ejercer la acusación particular y popular. Más adelante, en estas mismas alegaciones se facilita información minuciosa sobre **el papel de los abogados de oficio, los médicos forenses y los jueces**. La intervención inmediata de estos tres profesionales, que son independientes de las fuerzas de seguridad que custodian al detenido, contrariamente a la opinión del Relator Especial, constituyen un elemento de **garantía para el detenido y** un **medio de disuasión** suficientemente probado **frente a cualquier tentación de recurrir al uso de la tortura o del maltrato**.

En resumidas cuentas, **el Relator ofrece una visión de la incomunicación totalmente desenfocada y distorsionada**, y pretende dar la impresión de que la persona sujeta a incomunicación está sometida al aislamiento absoluto y abandonada en manos de una fuerza policial no controlada, lo que es rigurosamente falso. De igual modo, es incomprensible la desconfianza que manifiesta el Relator contra los profesionales que supervisan directamente la incomunicación.

Por lo que respecta al recordatorio que hace el Relator Especial en su Informe (párrafo 33) de que, conforme con la resolución de la Comisión de Derechos Humanos "la **detención prolongada** en situación de incomunicación puede facilitar la perpetración de la tortura y podría, en sí misma, constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante", el Gobierno de España se remite a la opinión número 26/1999 del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, aprobada el 29 de noviembre de 1999 y relativa a Mikel Egibar Mitxelena, detenido por orden judicial y mantenido en situación de incomunicación por un total de ocho días y procesado por un delito de asistencia a banda armada.

La citada opinión del Grupo de Trabajo desestimó la reclamación, señalando que la privación de libertad de Mikel Egibar Mitxelena no fue arbitraria, y desmonta, con sus argumentaciones sobre el caso y las actuaciones policiales y judiciales encausadas, las tesis que sobre la incomunicación sostiene profusamente el Relator Especial en su Informe.

En este sentido, la Opinión afirma que "la prórroga de 48 horas, tratándose de delitos de extrema gravedad, de investigación difícil y compleja, bajo control judicial y con revisión médica permanente para prevenir la aplicación de torturas no puede considerarse como una violación del derecho consagrado en el ártículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (…) La incomunicación en sí, cuando es justificada por razones insuperables de la investigación del delito de que se trata, máxime cuando se trata de crímenes de la gravedad del terrorismo, no puede, per se, ser considerada contraria al Pacto (…)".

Como datos indicativos de la **duración del período de incomunicación en la práctica**, cabe señalar que en el período 2002-2003 solo hubo una situación de incomunicación prolongada más allá de los 5 días. El 75% de las incomunicaciones efectuadas duraron solo 72 horas, tras lo cual los detenidos fueron puestos a disposición judicial y levantada la incomunicación. En el 25% restante de los casos, la incomunicación fue prorrogada por 48 horas más, tras lo cual los detenidos fueron puestos a disposición judicial y levanta la incomunicación.

Más adelante se ofrece también información, en el apéndice de estas alegaciones del Gobierno de España, sobre una serie de **abogados** que ejercen la defensa de miembros de la banda terrorista ETA y **que han venido colaborando con la organización terrorista** o formando parte de la misma.

Los numerosos Sumarios judiciales y pronunciamientos en causas contra comandos y miembros de la banda terrorista ETA prueban que esta organización ejerce un férreo control sobre los detenidos y presos pertenecientes a la banda, enlazando y comunicando a sus integrantes **a través de abogados que trabajan para la organización**, que también son instrumentos para garantizar el sometimiento a la disciplina de la organización y la coacción sobre los presos que intentan su reinserción social. No ha de olvidarse que ETA ha matado a sus disidentes, como ocurrió con Dolores González Catarain, "Yoyes", asesinada en la calle en presencia de su hija.

5. LAS SITUACIONES DE TORTURAS Y MALOS TRATOS: FALSEDAD DE LAS AFIRMACIONES DEL RELATOR

El Gobierno de España reitera, una vez más, que **toda denuncia por torturas o malos tratos es investigada**, que existe un marco legal que permite la pronta investigación de toda denuncia de torturas y los medios humanos y técnicos a tal fin, y que las **afirmaciones del Relator sobre la pasividad y permisividad de las autoridades** judiciales y administrativas **son rechazables de plano**. El Relator parece desconocer el funcionamiento del sistema procesal español, que en cualquier caso ha excluido en su Informe definitivo, en el que tanto el detenido como cualquier otra persona física o jurídica (aún no siendo víctima del delito) pueden ejercer la acción popular, sin condicionamiento alguno previo, tanto para personarse como acusación como para, en su caso, impugnar cualquier pronunciamiento de los tribunales que consideren contrario a derecho. Por lo tanto, las asociaciones contra la tortura y cuantas organizaciones no gubernamentales lo deseen pueden sumarse al proceso penal.

El Relator parece olvidar que para que una confesión ante la policía pueda ser eficaz como medio de prueba ante los tribunales debe cumplir varios requisitos, entre ellos, que en su obtención se hayan respetado las garantías constitucionales y que sea espontánea; además debe ratificarse judicialmente. Una confesión obtenida bajo tortura no tiene ninguna validez y, por lo tanto, no podrá ser utilizada en juicio.

Por otra parte, y en relación con los miembros de las Fuerzas de Seguridad, no se pueden olvidar las graves consecuencias, tanto a nivel penal como disciplinario, que el empleo de la tortura tiene para ellos, pues no sólo les puede suponer la privación de libertad, sino también su inhabilitación, que lleva aparejada, a su vez, la pérdida de la condición de funcionario público y, en consecuencia, de su medio de vida.

El Relator Especial califica la actitud de las autoridades públicas de "ley de silencio" en torno a la cuestión de la tortura, y amplía la aplicación de esa norma de silencio al conjunto de la sociedad española, en la que el Relator Especial "observa una reticencia a la discusión de un tema, el de las torturas, que en España tiene una gran carga política" (párrafo 28). Igualmente el Relator Especial descalifica, acudiendo de nuevo a sus fuentes de información, al Poder Judicial,

corresponsabilizándolo de perpetuar la impunidad sobre quienes perpetran actos de torturas(párrafo 40).

El Relator Especial concluye (párrafo 58) que la negación de la ocurrencia de casos de torturas contribuye a un clima de impunidad, y concluye también (párrafo 62) que su visita a España ha reforzado su opinión de que en España no hay un espacio público y democrático para tratar el tema de la tortura.

Las afirmaciones del **Relator** prueban una **ignorancia radical** del vigor de la democracia española en su funcionamiento diario.

Afirmaciones de esta índole privan por completo de validez al informe del **Relator** Especial, que ha procedido con **inexcusable ligereza, falta de precisión, negligencia e intolerable parcialidad**.

6. LA ESTRATEGIA DE LA BANDA TERRORISTA ETA

La banda terrorista ETA**, que ha** perdido la batalla electoral y parlamentaria y está a punto de perder la policial**, ha decidido recurrir a una** campaña internacional de denuncia sistemática de torturas y malos tratos**, con la** finalidad **de que los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y las ONGs presionen a las autoridades españolas para** abolir el régimen de detención o prisión en situación de incomunicación**, régimen muy eficaz que está dificultando seriamente la organización y perpetración de actos terroristas por parte de la banda armada ETA.**

Pese a lo que parece creer el Relator, no existe tolerancia alguna de la sociedad española ante el más mínimo ataque a la dignidad humana. Cualquier exceso o extralimitación **por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en sus actuaciones recibe la total** repulsa de todos los ciudadanos**. El Gobierno español ha declarado en múltiples ocasiones que, en la lucha contra ETA, no existen vías alternativas, no caben actuaciones al margen de la ley y que, por tanto, la lucha contra ETA debe enmarcarse siempre dentro de la legalidad y respeto de los derechos fundamentales que ampara nuestro Estado de Derecho. Esto lo saben los miembros de** la banda terrorista ETA**, a quienes en noviembre de 1996 les fueron incautaron varios** documentos**. Uno de ellos,** titulado "Sobre las denuncias de torturas", **es muy significativo, pues en él podemos leer** instrucciones dirigidas a sus miembros como las siguientes**:**

- "Ante una detención, por corta e insignificante que sea, aunque os pongan en libertad sin cargos, ni fianza, ni ninguna otra medida represora, hay que denunciar tortura"

- se recomienda "denunciar a cuant@s más txakurras (perros = policías) podáis, aquí la **imaginación no tiene límites** y podéis desarrollarla sin miedo, **nunca os van a represaliar por una denuncia falsa**"

- "con la denuncia de torturas, siempre que pasemos por las manos de la txakurrada (los perros), se pretenden varias cosas:

a) (...) crear vías para que organismos internacionales se interesen por la falta de libertad de nuestro pueblo **(...)**

b) (...) desgastar al enemigo militar mediante todo el matxake judicial que se pueda. Está comprobado que las denuncias, aunque no acaben en condena, en ellos cunde la desesperación y además se retroalimenta nuestra campaña"

ETA **con su estrategia de denunciar torturas persigue** tres objetivos claros**:**

1º) sembrar la duda entre la población sobre la existencia o no de torturas

2º) desprestigiar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no sólo con la forma de denominarlas ("perros"), sino poniendo en duda su forma de actuar.

3ª) difundir la idea en los foros internacionales de que España no es un Estado de Derecho, porque se tortura.

Esta estrategia de ETA y de su entramado de apoyo para intentar internacionalizar lo que presentan como "conflicto" histórico entre el Estado español y el "pueblo vasco", en el que España aparece como Estado con graves carencias democráticas que impide por la fuerza la soberanía de la nación vasca, pretendiendo justificar así su actividad terrorista como procedimiento legítimo para lograr la independencia, se ha orquestado mediante eficaces campañas de propaganda donde el recurso a las denuncias de tortura de sus militantes es una constante**.**

El entorno etarra ha procurado manipular la institución del Relator Especial para utilizarla dentro de su estrategia de propaganda. Esta estrategia está compuesta por unas pautas para la denuncia, organizaciones dedicadas a la "recogida de información" sobre las torturas (Torturaren Aurkako Taldea, Behatokia), y una estructura internacional para su difusión, cuyo principal elemento dentro de Naciones Unidas es el presunto etarra Julen Arzuaga, que actúa en este ámbito de manera intermitente, amparado por la acreditación de la ONG "Liga Internacional para los Derechos y la Liberación de los Pueblos". Gracias a esta red de propaganda internacional, el mundo abertzale consiguió introducir en el sistema de Naciones Unidas una serie de denuncias que, por el mero hecho de incluirse en el Informe del Relator Especial, adquieren un sello de "respetabilidad" y que, convenientemente manipuladas, permiten perpetuar la idea falsa de que en España la tortura es habitual.

Julen Arzuaga Gumucio está procesado por Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en el procedimiento 33/01 por pertenencia a banda armada. La libertad provisional, de la que actualmente disfruta hasta que, en su caso, se dicte sentencia firme, es el resultado de aplicar el sistema de garantías establecido por el ordenamiento jurídico español.

Es improcedente que el Relator Especial mantenga en su Informe definitivo que "ETA viola los principios del derecho internacional humanitario" (párrafo 23). Como ya le hizo saber el Gobierno español en su Nota Verbal de 20 de enero de 2003, ETA no es parte

beligerante en un conflicto armado, ETA es una simple organización criminal que utiliza medios terroristas para alcanzar sus fines. Esta es también la posición clara de todos los países de la Unión Europea, Estados Unidos y otros países, que han declarado a ETA (y a las organizaciones de su entorno, Kas, Kaki, Ekin, Jarrai-Haika-Segi, Gestoras Pro Amnistía, Askatasuna, Batasuna) organización terrorista.

Las autoridades**, en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 104 de la Constitución y de las funciones que tienen atribuidas por su normativa específica, actúan siempre con** escrupuloso respeto de la legalidad vigente**. El hecho de que la detención de personas implicadas en delitos de terrorismo, salvo en el caso de delito flagrante, se suela llevar a cabo bajo la dirección de la Autoridad Judicial y con la supervisión del Ministerio Fiscal es una garantía más de la correcta actuación policial. Tal es el caso de los** ciudadanos por los que se interesó el Sr. Van Boven **con ocasión de su visita (párrafo 27 del Informe) y sobre los que** el Gobierno le facilitó**, entre otras, la siguiente** información**:** todas estas detenciones se produjeron como consecuencia de una resolución judicial y todos los registros domiciliarios se llevaron a cabo en presencia de una autoridad judicial**. Hay que destacar que** los detenidos tardaron como mínimo dos meses en presentar la denuncia por torturas. Uno de ellos esperó siete meses para hacerlo**.**

> Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad son plenamente conscientes de la ilegalidad de la tortura y de los malos tratos**. También son conscientes de que la más mínima desviación en su actuación es investigada, perseguida y castigada con el máximo rigor, como lo demuestra el hecho de que el Tribunal Supremo haya dictado, entre 1997 y 2003,** dieciséis sentencias condenatorias de torturas**. Siete de ellas se refieren a torturas infligidas a personas relacionadas con la actividad terrorista y por hechos cometidos en los años 80, salvo una que se refiere a hechos de 1992.**

En todas estas sentencias se condenó al funcionario o funcionarios policiales autores de los hechos, así como también al instructor y secretario en la investigación policial, porque, **faltando a la obligación de su cargo,** permitieron que otras personas cometieran los hechos delictivos**. Con esto se demuestra que la Ley española, al equiparar en las penas a quienes materialmente torturan y a quienes lo permiten, considera equivalentes una y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación..**

Ante estos datos objetivos y ante el endurecimiento de las penas para el delito de torturas a lo largo de las diferentes reformas de nuestro Código Penal, resulta todavía más intolerable y, por supuesto totalmente inaceptable, el hecho de que el Relator califique de “nominativas o modelo” a este tipo de sentencias.

La aprobación de nuevas medidas legales, la aplicación de las mismas por jueces y fiscales y la creciente eficacia policial, siempre respetando la legalidad y los derechos fundamentales, se han traducido en una progresiva y notable disminución en el número de atentados terroristas y de acciones de violencia callejera, así como del número de muertes y heridos en esos atentados desde el año 1996, siendo las cifras del año 2003 las más bajas hasta el momento y la sociedad española, la mayor beneficiaria.

Como consecuencia de esas nuevas medidas legales incorporadas a la normativa interna del Estado español, muchas de ellas siguiendo las recomendaciones y resoluciones adoptadas en el marco de las Naciones Unidas, el Juzgado de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional dispuso

la **clausura cautelar del periódico *Egunkaria***, como culminación de las investigaciones judiciales practicadas sobre la instrumentalización de este medio por parte de ETA para fines delictivos. Fue una operación contra conductas delictivas de personas presuntamente vinculadas o integradas en dicha organización terrorista, a la que apoyaban y ayudaban o con la que colaboraban en actividades de financiación, blanqueo de fondos, evasión de impuestos, etc., que, obviamente nada tienen que ver con las propias de cualquier medio de comunicación. En definitiva, **la medida estaba dirigida a la defensa de las libertades y derechos fundamentales de todos los ciudadanos y no contra la libertad de expresión**.

Conviene insistir en que esta actuación judicial se desarrolló en aplicación de los nuevos principios y criterios incorporados a la normativa interna del Estado español, siguiendo las recomendaciones y resoluciones adoptadas en tal sentido en el ámbito internacional en el marco de las **Naciones Unidas** (Resolución 1373 del Consejo de Seguridad, entre otras), para conseguir una mayor eficacia en la prevención y represión de los actos de terrorismo. Se entiende que un aspecto básico para la prevención de la comisión de actos terroristas es el **control de los flujos financieros de que se nutren las organizaciones terroristas**.

7. OTROS PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES SOBRE ESPAÑA

Por último, hay que hacer referencia a la dimensión internacional, a la que tanto interés tiene en llegar la banda terrorista que nos ocupa y la que también cita el Sr. Van Boven, si bien de manera parcial e interesada:

-El Comité Contra la Tortura **(CAT) ha puesto de manifiesto su satisfacción por la adopción en España de determinadas medidas como son la incorporación de lo previsto en la Convención de ONU contra la tortura al Código penal español de 1995, la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como la elaboración y difusión del Manual de Criterios para la Práctica de Diligencias de la Policía Judicial.**

- El último informe del propio Relator Especial sobre la Tortura de la Comisión de Derechos Humanos de las NNUU, de marzo de 2003, reconoce las detalladas respuestas proporcionadas por el Gobierno español en relación con los casos que le han sido denunciados, lo que evidencia el espíritu de colaboración existente.

- El Alto Comisionado de ONU para los Derechos Humanos, D. Sergio Vieira de Melho**, tras la visita realizada a España en febrero de 2003, manifestó que la lucha contra el terrorismo en España es transparente.**

- Especialmente significativo ha sido el informe elaborado por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa**, Sr. Gil Robles, sobre su visita a España y en particular al País Vasco en febrero de 2001. El Comisario se refiere en su informe a la "violación continua de los derechos humanos en el País Vasco por la acción terrorista", a la "tensión a la que están sometidas las personas que desempeñan un cargo electo, las que desempeñan la función judicial o las que, en privado (o incluso en público) han tomado posiciones a favor del orden constitucional en vigor, así como las que hayan podido emitir o escribir opiniones críticas sobre el nacionalismo u opuestas a la banda terrorista ETA y, naturalmente, de forma muy especial, los que pertenecen a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Asimismo, hace referencia al último informe sobre España del Comité para Prevención de la Tortura, que pone en evidencia que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1995 "ha reforzado el dispositivo de sanción de los representantes del Estado culpables de actos de tortura, de malos tratos" o de "violación de las garantías constitucionales" por parte de una autoridad pública oficial y que "durante la visita, la delegación del CPT no ha recogido ninguna alegación de tortura por parte de las personas interrogadas que estaban o habían sido recientemente detenidas por las fuerzas del orden españolas".**

En su documento, de 15-1-2004, de seguimiento de la visita que hizo en febrero de 2001, el Comisario Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa concluye subrayando la presión a que se ve sometida la población vasca por la acción terrorista, se solidariza con las víctimas, y recuerda la necesidad de luchar contra los actos criminales de los terroristas y contra las organizaciones que los amparan, respetando los valores democráticos y el Estado de Derecho.

8. CONCLUSIÓN

Cabía esperar que el Relator Especial sobre la Tortura de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hubiese preparado, tras su visita a España, a invitación del Gobierno español, un informe serio y objetivo sobre la prohibición absoluta de torturas o malos tratos vigente en España, plenamente garantizada por nuestro sistema de garantías y protección judicial.

Sin embargo, el Sr. Van Boven, que tuvo plena libertad para reunirse con quien quiso, ha redactado un informe totalmente carente de credibilidad, puesto que:

- Ha incumplido su mandato, que le obliga a utilizar "información creíble y fidedigna".
- Pese a que no se molestó en visitar centros de detención, hace afirmaciones, basadas en simples rumores no verificados, sobre el tratamiento de que son objeto los detenidos en situación de incomunicación.
- No ha tenido en cuenta documentación importante que le fue suministrada por las autoridades españolas como por ejemplo el manual de ETA en el que la banda terrorista recomienda a sus militantes que aleguen sistemáticamente haber sido víctimas de torturas. Pese a todo, recoge en su Informe supuestos métodos y técnicas de torturas y malos tratos, sin facilitar dato alguno (personas afectadas, lugar de los hechos, fecha…) que permita verificar su autenticidad.
- En cambio, no recoge más que en un apéndice, la información detallada que le fue suministrada por las autoridades españolas sobre todos aquellos individuos por los que se interesó el Relator, información que no ha tenido en cuenta al redactar el Informe.
- Al contrario que otros Relatores, no facilita la identidad de las fuentes no gubernamentales que le han facilitado información sobre supuestas torturas y malos tratos, que coinciden en buena parte con la propaganda difundida por la banda terrorista ETA.
- Pese a que se le trasladó repetidamente por escrito que ello no era así, persiste en afirmar que el Ministro del Interior le dijo que el cierre del periodico Egunkaria había sido ordenado por el Gobierno (lo que es falso, como queda de relieve en el párrafo 30 del propio Informe del Relator)
- No ha querido darse cuenta de que la banda terrorista ETA, que ha perdido la batalla electoral y parlamentaria, está llevando a cabo una campaña en el exterior, destinada a presentar a España como un país donde se violan sistemáticamente los derechos humanos.
- Da a entender que hay una conspiración de silencio en torno a la tortura y los malos tratos que abarcaría no sólo a los poderes públicos sino al conjunto de la sociedad española, incluídos los medios de comunicación, lo que es rigurosamente falso, como demostraría una lectura superficial de los grandes diaríos de todo el país.
- A pesar de todos los datos que le fueron suministrados sobre sentencias contra autores, cómplices o encubridores de torturas y malos tratos, ha preferido poner en tela de juicio la voluntad de las autoridades españolas de no permitir violación alguna de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

En consecuencia, el Gobierno español, que ha mantenido una política de plena colaboración con los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, incluídos el Comité

contra la Tortura, el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa y el propio Relator Especial sobre la Tortura, rechaza las conclusiones y recomendaciones del Sr. Van Boven, que son consecuencia de una visión completamente distorsionada de la realidad española.

APÉNDICES

I.- ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN

A. UNA OMISIÓN DE TRASCENDENCIA: EL NO MONOPOLIO DE LA ACUSACIÓN OFICIAL EN EL PROCESO PENAL. LAS ACUSACIONES PARTICULARES Y POPULARES COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA TRANSPARENCIA DEL SISTEMA

El informe del RE no se detiene en analizar la aportación que para las garantías procesales puede implicar una nota definitoria del sistema español, a saber, la **falta de monopolio de la acusación oficial**. Paradójicamente, ese silencio se halla en contraste con el tiempo invertido por las autoridades españolas, en los encuentros mantenidos con el RE, para dar a conocer la importancia de su existencia. Es conveniente, pues, recordar que el sistema procesal español no pone en manos del Ministerio Fiscal, exclusivamente, el inicio de la acción penal. **España es el único Estado de la Unión Europea que admite que el proceso penal corra a impulsos de la acusación particular y de la acusación popular**.

El ejercicio de la **acusación particular** permite a la víctima de cualquier delito personarse en el procedimiento y ejercer la pretensión punitiva contra el acusado. Así se desprende de lo dispuesto en los arts. 100 y 101 y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Quiere ello decir que el ofendido por cualquier delito de tortura o malos tratos infligidos durante su custodia policial, no precisa del concurso de la acusación del Ministerio Fiscal para reparar la ofensa sufrida y para obtener la condena de su agresor. A diferencia de otros sistemas procesales en que se admite la presencia de un actor civil en el proceso penal, limitando su petición a una solicitud de indemnización, el **acusador particular español puede formular su propia propuesta de condena**. Y puede hacerlo de forma autónoma, sin subordinación procesal alguna respecto de la acusación oficial.

Frente a otros modelos europeos de proceso penal, **la petición de sobreseimiento formulada por el Ministerio Fiscal no significa el archivo del procedimiento**. El proceso penal puede ser impulsado en sus distintas fases por la víctima de un delito de tortura. Hasta tal punto llega nuestro sistema a la hora de no condicionar el cierre de una investigación a la exclusiva voluntad del representante estatal en el proceso penal, que arbitra una llamada al proceso, verificada por el órgano jurisdiccional, de aquellos interesados en la persecución del delito que se muestren en desacuerdo con la petición de sobreseimiento que pueda haber formulado el Ministerio Fiscal (cfr. arts. 782.2.a, 800.1 y 644 de la LECrim).

Idéntico régimen procesal rige en relación con la **acción popular**. Ésta sirve de vehículo para la presencia en el proceso penal, no ya del ofendido por el delito, sino de cualquier ciudadano español interesado en promover la acusación y condena del responsable. Su intervención en el proceso penal –al igual que lo ya explicado en relación con el acusador particular- es absolutamente autónoma. Define su propia estrategia

La participación del perjudicado y, con carácter general, de cualquier ciudadano en el proceso penal, forma parte de una tradición histórica en nuestro sistema procesal y así ha sido

acogida en las sucesivas reformas del proceso que se han sucedido desde finales del siglo XIX. Pero más allá de una evocación histórica, la participación no oficial en el proceso ha alcanzado rango constitucional al haber sido proclamada de forma expresa por los **arts. 24 y 125 de la Constitución Española de 1978**.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ha contribuido a ampliar el significado y el alcance de tan singular instrumento procesal. La flexibilización de los presupuestos formales para el ejercicio de las acciones popular y particular, ha favorecido enormemente la presencia no oficial en el proceso penal.

Obligada resulta en los delitos de tortura la mención a la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** que, en línea con el criterio extensivo antes comentado, ha roto con una interpretación consolidada en la praxis de nuestros tribunales. En efecto, hasta la sentencia del Tribunal Constitucional 34/1994, de 31 de enero, los órganos jurisdiccionales venían entendiendo, con fundamento en una interpretación literal del art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la acción popular sólo estaba al alcance de las personas físicas ("…todos los ciudadanos españoles podrán ejercerla…"). A raíz de ese pronunciamiento, el tribunal garante de los derechos y libertades constitucionales **proclamó de forma expresa que las personas jurídicas podían ser titulares del derecho al ejercicio de la acción popular**.

Con el fin de acreditar la efectiva vigencia de este mecanismo procesal al servicio de la transparencia del sistema, a continuación se expone una enumeración de los últimos procesos por tortura seguidos ante los tribunales españoles, con indicación de la presencia o ausencia de acusaciones no oficiales y su incidencia en el desenlace final del recurso:

Sentencias en que el TS condenó por delito de torturas estimando un recurso de la acusación particular:

STS 701/2001, de 23 de abril (El tribunal de instancia condenó al acusado como autor de 2 faltas de lesiones y otra de malos tratos. El TS estimó el recurso de la acusación particular y lo condenó como autor de 3 delitos de torturas.)

STS 2051/2002, de 11 de diciembre (El tribunal de instancia absolvió a los acusados de los delitos de tortura y otros. El TS estimó parcialmente el recurso interpuesto por la acusación particular y los condenó como autores de faltas de lesiones (no de tortura).)

Sentencias en las que se admitió el recurso de casación interpuesto por el acusador particular contra sentencias absolutorias por el delito de torturas, pero el recurso fue desestimado:

STS 53/1999, de 18 de enero (no se había condenado por torturas, pero sí por lesiones)
STS 285/1998, de 2 de marzo (interpusieron recurso tanto la acusación particular como la popular)
STS 1106/1996, de 18 de febrero de 1997 (no se había condenado por torturas, pero sí por detención ilegal y lesiones)

Sentencias en que el TS confirmó condenas por delito de torturas dictadas en procedimientos en los que había intervenido acusación particular:

STS 1725/2001, de 3 de octubre (la condena no fue por torturas sino por delito contra la integridad moral: 2 Guardias Civiles pusieron a la víctima una pistola en la nuca, le obligaron a bajarse los pantalones en presencia de otra persona y a buscar una colilla por el suelo).
STS 772/1998, de 2 de junio
STS 1117/1998, de 30 de septiembre (rebajó las penas)
STS 873/1998, de 3 de julio
STS 1050/1997, de 18 de julio
STS 1154/1995, de 20 de diciembre
STS 1202/1995, de 30 de noviembre (rebajó las penas)
STS 683/1995, de 5 de junio

Sentencias en que el TS casa la sentencia de instancia, en que se condenó por torturas habiendo acusación particular, y dicta sentencia absolutoria:

STS 1841/2002, de 11 de noviembre
STS 379/2001, de 2 de abril

Conforme a lo expuesto y **a la hora de ponderar la transparencia del sistema procesal español y su pretendida pasividad en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de tortura, podrían formularse las siguientes conclusiones**:

Primera.- Los principios constitucionales que informan la actuación del Ministerio Fiscal español hacen **imposible el ejercicio de la acción penal conforme a criterios de oportunidad política**. Los criterios de legalidad e imparcialidad, como principios funcionales que han de filtrar la actuación del Fiscal (art. 124 CE), **impiden el archivo** y sobreseimiento **de cualquier causa penal con el exclusivo fundamento en la defensa de un hipotético interés gubernamental en la no persecución de un delito de tortura. A diferencia de otros sistemas procesales europeos** en los que la seguridad del Estado puede ser suficiente para desistir de la acción penal o dejar de entablar aquellas acciones que procedan (cfr. parágrafo 153 Ordenanza Procesal Penal Alemana), el Ministerio Fiscal español está obligado a ejercer todas las acciones penales que se deriven de la comisión de un hecho ilícito.

Cualquier tentación abstencionista por parte del Ministerio Fiscal español, estaría sometida a un **doble control**. De un lado, el que se derivaría del **control político** que es inherente al funcionamiento de un órgano del Estado. De otra parte, a través del **control jurisdiccional** del acierto de sus decisiones. La posibilidad que nuestras leyes procesales conceden al Juez de "llamar a la acusación particular" en los casos de petición improcedente de sobreseimiento por el Fiscal, constituye un segundo mecanismo de fiscalización que aparta cualquier riesgo de arbitrariedad.

Segunda.- **Cualquier ciudadano víctima de un delito de tortura, puede denunciar y ejercer de forma autónoma frente al Ministerio Fiscal la acción penal para el castigo del culpable. Esta posibilidad no se limita a la articulación de una pretensión indemnizatoria, sino que permite la exigencia de responsabilidades penales**, pudiendo concretar el "quantum" del

castigo con absoluta independencia respecto del Ministerio Fiscal. **A la víctima del delito que aspire al justo castigo del culpable, no le afectan las peticiones de archivo del procedimiento que pudiera deducir la acusación pública**. Sus peticiones de investigación y apertura del juicio oral son tan idóneas para la prosperabilidad de la acción como aquellas que puedan proceder de la acusación oficial.

Tercera.- **Cualquier otra persona física o jurídica –aun no siendo víctima del delito- puede entablar la acción popular**, con idénticos rasgos de autonomía procesal que los que han sido comentados con anterioridad respecto de la acusación particular. Ningún condicionamiento previo actúa como obstáculo para impedir el ejercicio de la acción penal.

Ello permite a las asociaciones contra la tortura y a cuantas organizaciones no gubernamentales quieran sumarse al proceso, la posibilidad de actuar con Abogado propio y con absoluta independencia respecto de los criterios de la acusación oficial, sin que le afecten las peticiones de cierre del procedimiento que, en su caso, pudiera deducir el Fiscal.

Conviene precisar, por último, que entre las **potestades al alcance de la acusación particular o popular** se incluye la posibilidad de **impugnar cualquier pronunciamiento jurisdiccional que consideren contrario a derecho**. Quiere ello decir que el ejercicio de cualquier recurso frente a aquellas decisiones que se reputen injustas, es perfectamente viable **sin necesidad de contar con la adhesión del Ministerio Fiscal**.

B.- RECHAZO DE LAS RECOMENDACIONES SOBRE DETENCION INCOMUNICADA Y DERECHOS DEL DETENIDO

Afirmar que el terrorismo se ha convertido en una de las mayores preocupaciones de la humanidad no es en modo alguno una exageración. En las últimas décadas hemos asistido a un profundo cambio de actitud ante el fenómeno terrorista.

La violencia terrorista ha dejado de ser un problema interno de Estados poco consolidados políticamente, para convertirse en la fanática manera de imponer o simplemente difundir internacionalmente las delirantes ideologías, formas de vida o creencias que profesan grupos minoritarios de personas en los más recónditos lugares del planeta. Sin embargo, la especial trascendencia y repercusión en la opinión pública mundial que tienen las actividades desplegadas por el terrorismo a escala global no puede hacernos olvidar que éste nunca hubiera sido posible sin el apoyo ideológico y material que le han proporcionado las organizaciones terroristas locales.

La Comunidad Internacional ha dejado de considerar el terrorismo como un problema menor o interno del país que tiene la desgracia de sufrirlo, para emprender una lucha decidida contra cualquier forma en que éste pueda presentarse. Prueba de ello son las numerosas Conferencias, Convenios y Resoluciones adoptadas –decenas- para coordinar los esfuerzos de los Estados en la persecución y castigo de los delitos de terrorismo.

En España, la previsión constitucional del **art. 55.2 CE** ya anticipa la idea de la excepcionalidad de tan singular forma de delincuencia. La **legitimidad constitucional para la suspensión de derechos taxativamente enumerados en ese precepto**, es bien expresiva de la voluntad

constituyente de un tratamiento no identificado con el régimen general aplicable a la investigación del resto de los delitos. En el orden procesal, la proclamación del principio de universalidad en su persecución, llevada a cabo por el art. 23.4.b LOPJ, reitera esa caracterización marcada por la excepcionalidad.

En el marco de las Naciones Unidas se han aprobado diversos **instrumentos en la lucha contra el terrorismo**, desde el Convenio de Ginebra de 16 de noviembre de 1937, para la Prevención y Represión del Terrorismo, hasta la Resolución 1373 (2001), sobre medidas para combatir el terrorismo, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001. Algo semejante ha ocurrido **dentro de la Unión Europea**, en la que cabe destacarse el Convenio para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 y, últimamente, la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo, adoptada en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea, la cual identifica la delincuencia terrorista por la confluencia de tres elementos característicos: la trascendencia social de los fines perseguidos, la gravedad de los medios empleados y la existencia de una estructura organizada.

B.1.- LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA

La actividad terrorista **se identifica con un grupo organizado verticalmente sobre los principios de jerarquía y división de funciones. De forma que existe una tajante** separación entre aquellos que diseñan la estrategia violenta de la organización terrorista y quienes adoptan el papel de meros ejecutores materiales de los actos violentos**.**

Esta peculiar forma de operar**, que las bandas terroristas comparten con otras formas mafiosas de delincuencia organizada,** dificulta notablemente la intervención de los poderes públicos**, no sólo porque la detención del autor material del delito (claramente prescindible) afecta relativamente poco a la operatividad futura de la organización armada, sino por la opacidad con la que se rodea la clase dirigente de la organización.**

Se comprenderán fácilmente, pues, las dificultades inherentes a cualquier investigación antiterrorista y de criminalidad organizada**. Dificultades** que el ordenamiento jurídico pretende resolver modificando los poderes policiales y judiciales en los albores del procedimiento penal, fundamentalmente, a través del mecanismo de la incomunicación. La incomunicación del detenido o preso pretende asegurar los fines del proceso penal, evitando todo posible contacto entre el activista privado de libertad y la organización en la que se encuentra integrado, de forma que se puedan descartar, en un primer momento de la investigación, estrategias defensivas diseñadas desde fuera**.**

La incomunicación del detenido o preso**, que sólo procede contra los delitos de terrorismo y de criminalidad organizada, ha sido rodeada por el Legislador español de un buen número de** garantías**, que pasamos a exponer seguidamente:**

a) <u>Resolución judicial</u>

En nuestro Derecho la incomunicación es siempre un acto jurisdiccional **(art. 509.1 y 3 LECrim), acordada por auto en el que el Juez o Tribunal competente habrá de expresar los motivos por los que haya sido acordada la medida (arts. 509.1 y 3 y 520 bis 1 y 2 LECrim).**

La Policía carece por completo de este tipo de facultades**, de forma que cuando estime procedente la incomunicación de un detenido habrá de reclamarla de un órgano judicial (art. 520 bis 2 LECrim), independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 Constitución Española).**

b) <u>Excepcionalidad</u>

La incomunicación del detenido o preso es una medida excepcional que sólo puede ser adoptada cuando el Juez o Tribunal estime concurrente alguna de las circunstancias siguientes **(art. 509.1 LECrim):**

- **evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados;**
- **que las personas supuestamente implicadas en los hechos investigados puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima.**
- **que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión;**
- **o que se cometan nuevos hechos delictivos.**

Será la presencia en el caso concreto de alguna de estas circunstancias lo que será valorado –y expresado en su resolución- por el órgano jurisdiccional, a la hora de declarar la incomunicación del detenido o preso.

c) <u>Limitación temporal</u>

Taxativamente declara el art. 509.2 LECrim que la incomunicación durará el tiempo necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros que justificaron la adopción de la medida, y a los que nos acabamos de referir en el apartado anterior. Pero el legislador **no se ha limitado a esta declaración de principios, sino que** ha señalado un plazo máximo a la incomunicación del detenido o preso**, que este art. 509.2 LECrim ha fijado en cinco días,** siendo lo normal que no exceda de 72 horas **por ser éste el periodo máximo de detención preventiva (art.17.2 CE y art.520 bis 1 LECrim), y que podrá alcanzar** el plazo máximo de 5 días, en casos excepcionales, en que se haya acordado en distinta resolución judicial motivada en forma de Auto la prórroga de la detención**.**

Se prevén, no obstante, dos excepciones al referido plazo máximo**, precisamente a los casos en que la prisión se acuerde en causa por delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes o de criminalidad organizada:**

1ª.- Si se considera necesario y mediante nueva resolución motivada (art. 509.3 LECrim), el Juez o Tribunal competente podrá acordar la prórroga de la incomunicación por otro plazo no superior a cinco días**.**

2ª.- Con los mismos requisitos formales, 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 ellos. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días**.**

Queda claro, pues, que la incomunicación sólo podrá ser mantenida por el Juez durante el tiempo estrictamente indispensable **y, que los plazos al ser de duración máxima no tienen que agotarse. Obvio es decir que,** transcurrido el plazo de incomunicación, el preso recupera todos los derechos que se han visto limitados por la resolución judicial**.**

d) <u>Control Judicial de la ejecución de la medida</u>.

El control judicial de la medida de incomunicación no afecta solamente a la concurrencia de los requisitos legales para su adopción, extendiéndose también a las circunstancias concretas en que se está llevando a cabo. De ahí que el art. 520 bis 3 establezca que "durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste".

e) <u>Derecho a ser reconocido, no por uno, sino por dos Médicos Forenses</u>.

Según establece el art. 520.1 f) LECrim, todos los detenidos o presos tienen derecho a ser reconocidos por el Médico Forense **o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones públicas.**

Téngase presente que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 479 LOPJ, los Médicos Forenses son unos profesionales de la medicina**, constituidos en un Cuerpo Nacional de Titulados Superiores** al servicio de la Administración de Justicia**, a los que se ha encomendado la misión de prestar asistencia técnica a los Juzgados y Tribunales en las materias de su disciplina profesional, tanto en el campo de la patología forense y prácticas tanatológicas como en la asistencia o vigilancia facultativa de los detenidos, lesionados o enfermos, que se hallaren bajo la jurisdicción de aquellos, en los supuestos y en la forma que determinen las leyes.**

Pero lo más importante, a los efectos que a nosotros nos interesan, es que, de acuerdo con el mencionado art. 479 LOPJ, los Médicos Forenses "ejercen sus funciones con plena independencia y bajo criterios estrictamente científicos"**, por lo que difícilmente sus criterios profesionales pueden ser modulados de acuerdo con las necesidades hipotéticas de alguno de los intervinientes en el proceso penal.**

No obstante, por si se estimara que el reconocimiento por un solo Médico Forense no representa una garantía suficiente, la Disposición final primera de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha introducido un número 4 al art. 510 LECrim, con la siguiente redacción:

"4. El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense **designado por el Juez o Tribunal competente para conocer de los hechos".**

e) <u>Consecuencias de la incomunicación</u>

Las especialidades de la incomunicación sobre el régimen jurídico general son**:**

1ª.- 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. (art. 510.3 LECrim)

2ª.- Su Abogado será designado de oficio (art. 527 a) LECrim).

La abogacía en España es una profesión liberal que carece de cualquier vínculo de unión orgánica o funcional con los órganos del Estado. A este respecto, conviene recordar que el art. 542.2 LOPJ, reconoce la absoluta libertad de que gozan los Abogados en el ejercicio de su profesión, afirmando rotundamente que "en su actuación ante los Juzgados y Tribunales, los abogados son libres e independientes".

Por otra parte, **la designación del Abogado de oficio no se realiza por el órgano judicial o la Policía, sino por el respectivo Colegio de Abogados**, "corporación de derecho público amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (art. 2.1 RD 658/2001, de 22 de junio, que regula el Estatuto General de la Abogacía).

En definitiva, **la incomunicación no priva a quien la sufre del derecho a la defensa**, que le sigue proporcionando un profesional de la Abogacía colegiado, **sino de la asistencia de un Abogado especialmente designado, en muchas ocasiones, por la propia organización criminal a la que pertenece**.

3ª.- No tendrá derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país (arts. 527 b) y 520.2 d) LECrim).

La lucha contra el terrorismo no puede quedarse en la aprensión de los autores materiales de los atentados, sino que tiene que llegar a los dirigentes de la organización armada. Fácilmente se comprenderá que **si el hecho de la detención pudiera ser puesta en conocimiento de la organización**, a través del derecho que el art. 520.2 d) LECrim reconoce, con carácter general, a toda persona detenida o presa, **se frustrarían muchas de las**

expectativas policiales que se pudieran tener. Esta es la razón de que el terrorista incomunicado no pueda poner en conocimiento de otras personas su detención policial.

4ª.- Por último, el detenido no podrá entrevistarse reservadamente con su Abogado al término de la práctica de la diligencia en que hubiera intervenido.

Estas son todas las limitaciones que se derivan de la incomunicación, cumplidas las cuales, **nuestro ordenamiento procura la participación efectiva y con total normalidad** del **preso incomunicado en el proceso abierto en su contra**, como se desprende claramente del art. 510.1 LECrim, según el cual, "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".

B. 2 RAZONES QUE JUSTIFICAN EL RECHAZO DE ESPAÑA AL INFORME DEL RE EN MATERIA DE DETENCIÓN INCOMUNICADA

El informe del RE en materia de incomunicación afirma de forma tendenciosa, torticera, y desde un prisma subjetivo, que el régimen de la incomunicación, y especialmente las reformas operadas en esta materia por las LO 13 y 15/2003, es regresivo, y que la presencia de un abogado de oficio y de un médico forense desde el primer momento de la detención incomunicada facilita la práctica de la tortura, así como que no existe un control judicial efectivo de la incomunicación.

Dicha aseveración no puede ser considerada seriamente, si se hace una aproximación rigurosa a estas materias, desde las particularidades de la lucha contra el terrorismo, así como desde los mecanismos internacionales y el derecho comparado, y **es rechazada de plano por el Estado español por las siguientes razones**:

1. Papel del Abogado de Oficio

El RE afirma tendenciosamente que la presencia de un abogado de oficio facilita la práctica de la tortura. Sin perjuicio de la poca seriedad de esta información, debe tenerse en cuenta cómo **con frecuencia los abogados, médicos y familiares de los detenidos por pertenencia a la banda terrorista ETA constituyen uno de los cauces más importantes para prevenir al resto de los miembros de la banda de la detención efectuada y para poner en marcha el mecanismo de evasión y ocultación de personas y pruebas**.

Entre los casos que podemos citar, en los que los abogados de miembros de la banda terrorista ETA, colaboran con la organización terrorista, o forman parte de la organización, y ejercen la defensa de terroristas, se encuentran los siguientes:

- La abogada Jone Goirizelaia asiste a los miembros de ETA, dirigiendo la defensa de sus intereses jurídicos, y es diputada en la Asamblea Legislativa del País Vasco por Euskal Herritarrok (EH), formación política que fue declarada ilegal por el TS por formar parte de ETA. Además, **el Diario Oficial de la Unión Europea de 6.3.03 declaró organizaciones terroristas por formar parte de ETA a las siguientes: *Kas, Xaki,***

Ekin, Jarrai, Haika, Segi, Gestoras Pro Amnistia, Askatasuna, Herri Batasuna* y *Euskal Herritarrok.

- El abogado Iñaki Esnaola, quien dirigió la defensa de miembros de ETA durante los años 80, fue Diputado por Herri Batasuna en el Congreso de los Diputados.
- Algunos abogados que asisten a los miembros de ETA se encuentran procesados en distintos Sumarios de la Audiencia Nacional, por su vinculación a organizaciones que forman parte de ETA como es el caso de José María Matanzas Gorostizaga, quien se encuentra procesado por el Juzgado Central de Instrucción nº5 por formar parte de EKIN, aparato político de ETA, y con anterioridad formó parte de KAS.
- También se encontraba procesado por el Juzgado Central de Instrucción nº5 por su pertenencia a Gestoras Pro Amnistia, organización parte de ETA, la abogada Ainhoa Baglietto, y a su vez, el abogado Luis Barinagarrementería también incurso en un procedimiento penal de la Audiencia Nacional.
- **El caso más esclarecedor del papel de los abogados de ETA, como enlaces y correos entre la dirección de la organización terrorista y los presos de la banda criminal, fue el del abogado José Miguel Gorostiza Vicente**, cuando a principios de 1993 en una conversación que mantuvo en el locutorio de la prisión de Alcalá Meco con dos presos de ETA, les informó de los planes que tenía la organización terrorista para cometer atentados contra los funcionarios de Instituciones Penitenciarias. Más tarde ETA asesinó a un funcionario del establecimiento penitenciario de Martutene en San Sebastián.
- E.T.A. también asesinó al psicólogo del mismo establecimiento penitenciario, y realizó el secuestro más largo de su historia sobre el funcionario de Instituciones Penitenciarias Ortega Lara, a quien la organización terrorista condenó a morir por inanición en un zulo de Mondragón (Guipúzcoa), lo que fue evitado por la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Guardia Civil).
- **El abogado José Miguel Gorostiza no fue condenado por estos hechos porque una cuestión puramente procesal sobre la validez de la prueba consistente en la grabación de la conversación no lo permitió porque el sistema procesal español tan calumniado e injuriado por el RE es escrupulosamente garantista con la validez de los elementos probatorios que posibilitan una sentencia condenatoria**.
- Otros abogados defensores de miembros y colaboradores de E.T.A. han estado encausados en procedimientos penales por su **intervención en la extorsión** a empresarios, bien por el pago del llamado impuesto revolucionario, bien por haber actuado como **intermediarios en el pago del rescate en los secuestros realizados por la organización terrorista**.

El RE no tiene en cuenta además que, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Artico), la libre elección de abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de Abogado de oficio no hace impracticable el derecho, ya que puede ejercer todos los instrumentos que el ordenamiento jurídico otorga al abogado defensor.

El Tribunal Constitucional (en numerosas sentencias de las que cabe destacar la Sentencia de 11.12.1987, que dio lugar en 1988 al presente régimen) ha insistido reiteradamente en la constitucionalidad de la inexcusable designación de Abogado de oficio, exigiendo la efectividad de la defensa letrada con independencia de la modalidad de su designación. **En España, la**

asistencia letrada designada de oficio está presente desde el primer momento, pues lo que quiere la Constitución, es que el abogado de oficio asegure con su presencia personal que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad, etc. Levantada la incomunicación, el detenido puede designar libremente a su abogado de confianza que será quien plantee su defensa en el procedimiento judicial correspondiente.

El abogado de oficio tiene importantes competencias pues está presente en las diligencias policiales y judiciales de declaración y puede solicitar la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como cualquier incidencia sucedida durante las diligencias, solicitar que se informe al detenido de sus derechos, que se proceda al reconocimiento médico forense y puede recurrir en nombre de su cliente los distintos Autos que hasta la fase de imputado gobiernen su situación. Todo ello, sin perjuicio del derecho de cualquier detenido, incomunicado o no, de iniciar el correspondiente procedimiento de Habeas Corpus regulado en el artículo 17.4 CE, y la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento, lo que puede aconsejarle su abogado de oficio.

No conviene por último olvidar, como hace el RE, que **las declaraciones ante la policía son instrumentos de la investigación que carecen de valor probatorio, por lo que para su validez procesal debe ser refrendadas ante el juez durante el proceso, y no pueden haberse obtenido mediante tratamientos inhumanos o torturas, puesto que quedarían invalidadas**.

De este modo, queda patente que las afirmaciones del RE no son sostenibles jurídicamente y, que son del todo gratuitas y parciales.

2. Papel del médico forense

Insólitamente también el RE estima que la presencia del <u>Médico forense</u> facilita la práctica de la tortura, y de nuevo pasa por alto deliberadamente aspectos importantes de su presencia en la incomunicación:

- El estatuto del Médico forense que, como le ha señalado repetidamente España, es un profesional de la medicina destinado a uno u otro Juzgado mediante un sistema objetivo que tiene en cuenta la antigüedad profesional.
- La reforma de otoño de 2003 prevé el derecho del incomunicado a solicitar al Juez un segundo reconocimiento médico forense.
- El Médico forense es el médico designado por la Ley para todos los detenidos, incomunicados o no, por cualquier delito, sin que el régimen de incomunicación suponga una alteración específica respecto del régimen normal, pues se trata de un derecho de los del 520 LECrim, precepto redactado por LO 14/1983, de 12 de diciembre.
- La decisión judicial que acuerda la incomunicación impone, al menos, una visita diaria del médico forense al incomunicado, lo que supone una garantía adicional de la autoridad judicial en la práctica (autoridad judicial cuya intervención formal tanto denosta el RE) para el incomunicado.

- En la práctica normal en estos casos el Médico forense se persona en el lugar de detención, examina el estado físico y psíquico del detenido cada día, a distintas horas, practica los reconocimientos en un lugar apropiado y a solas con el detenido y emitiendo un informe escrito que se remite al Juzgado y que consta en la causa.

Desafortunadamente, el RE no ha visitado ni los centros de detención ni a las autoridades ni a los profesionales que participan en el control de la incomunicación, y extrae sus opiniones de las "fuentes no gubernamentales" a las que constantemente alude, en un claro desprecio por obtener la verdad respecto de la práctica habitual.

No ha querido entender por tanto el RE que el Abogado de oficio y el Médico forense son una garantía para evitar la práctica de la tortura. Y el Derecho comparado y los mecanismos internacionales avalan esta situación como se verá más adelante.

3. Duración de la incomunicación y control judicial

Tampoco vacila el RE en señalar que la mera prolongación de la incomunicación y el control judicial permanente y desde el principio que se ejerce sobre la incomunicación facilita la tortura. Y ello en contradicción con su propia afirmación que el sistema español sólo permite que sea un Juez quien acuerda la incomunicación. De nuevo, esta consideración no resiste ni el contraste con el marco legal ni la práctica habitual, que el RE tampoco ha comprobado, probablemente porque le obligaría a alejarse de sus tesis subjetivas.

Es necesario conocer cuáles son las obligaciones legales que tiene la autoridad judicial para controlar la incomunicación y cuál es la práctica habitual:

- El Juez de Instrucción en funciones de Guardia y el Fiscal en iguales funciones, tienen un conocimiento inmediato de las personas detenidas por la Policía, sin hacer referencia a los supuestos en que la detención se ha realizado por mandato judicial.
- La Policía solicita excepcionalmente y de forma motivada a la autoridad judicial la incomunicación del detenido en el plazo de 24 horas desde que se produce la detención. La autoridad judicial examina si concurren los presupuestos legales establecidos en el artículo 509.1 LECrim, el cual ha sido introducido por las reformas criticadas por el RE, a diferencia de la regulación anterior, en la que estos requisitos no estaban taxativamente especificados en disposición legal, para acordar o denegar una situación excepcional como es la solicitada.
- La autoridad judicial acuerda o deniega la incomunicación mediante una resolución judicial motivada en forma de Auto, dentro de las primeras 24 horas de detención, Auto que establece el plazo de duración de la incomunicación y el alcance de la misma que se puede extender a la totalidad de las modificaciones de derechos establecidas en el artículo 527 LECrim, precepto redactado por la LO 14/1983, de 12 de diciembre, o bien alcanzar parte de éstas.
- El Auto es examinado por el Fiscal, quien comprueba si cumple los parámetros legales, en su función de vigilancia del principio de legalidad.
- Desde que se dicta el Auto de detención, la Autoridad Judicial tiene conocimiento de que existe una persona detenida, del lugar de la detención, y en cualquier momento se puede

personar la comisión judicial para realizar diligencias, o para examinar el estado físico del detenido.

- **El Auto puede ser recurrido** y examinado por un Tribunal colegiado y formado por tres magistrados, y en todo caso, es recurrible en amparo al Tribunal Constitucional.
- **Una vez que el detenido incomunicado por Auto es llevado a presencia judicial para recibirle declaración como imputado, el Juez de Instrucción vuelve a pronunciarse sobre si se mantiene la incomunicación o se levanta, su duración y alcance, y seguidamente, procede a la lectura de derechos del artículo 520 LECrim, la cual ya habrá realizado la Policía cuando practicó la detención y así consta en el atestado policial.**
- **Practicada la diligencia judicial de toma de declaración al detenido imputado, que será con el abogado de su confianza (si se ha levantado la incomunicación), o con abogado de oficio (en el caso de que se mantenga), se procede a valorar si se acuerda la prisión provisional o la libertad provisional mediante la comparecencia procesal oportuna establecida en el artículo 505 LECrim.**
- En el caso de que se acuerde judicialmente mediante Auto motivado la medida cautelar de prisión provisional, el Juez de Instrucción determinará si se trata de una prisión provisional incomunicada o comunicada. El referido Auto es susceptible de los mismos recursos que los anteriores, y en el supuesto que sea incomunicada la prisión, su duración no podrá exceder de cinco días, transcurrido ese plazo procederá a levantarse la incomunicación por imperativo de la Ley, según establece el artículo 509.2 LECrim.
- **El imputado en prisión provisional en régimen de comunicación, a quien ya se le aplicó la incomunicación durante la prisión, sólo podrá ser incomunicado de forma excepcional, por un plazo no superior a tres días, y mediante Auto motivado, cuando el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello,** según dispone el artículo 509.2 LECrim.

A pesar de todos estos controles judiciales, **el RE no ha comprobado los datos de la práctica habitual y sigue insistiendo que en España el sistema facilita la tortura**, porque permite la prórroga de la incomunicación que la nueva reforma ha establecido en 5 días. Sin perjuicio de los indudables avances que ha supuesto la nueva reforma, y que se indican en el apartado D.5), debe afirmarse que **durante el periodo 2002-2003:**

- **El 75 % de las incomunicaciones efectuadas duraron sólo 72 horas**, tras lo cual los detenidos fueron puestos a disposición judicial y levantada la incomunicación.
- **El 25 % restante fueron prorrogadas 48 horas más**, permitidas por la Ley, tras lo cual los detenidos fueron puestos a disposición judicial y levantada la incomunicación.
- **Sólo 1 fue prorrogada más allá de los 5 días.**

Estos datos permiten comprobar sin lugar a dudas que las **aseveraciones del RE carecen en la práctica de base**, puesto que los datos señalan el carácter excepcionalísimo de la duración de cinco días de la incomunicación, el carácter anecdótico de la prórroga más allá de cinco días, pero sobre todo, permiten afirmar la **existencia de un control concreto y exhaustivo que los jueces efectúan de la incomunicación.**

Por último, y en relación con el argumento del RE, de nuevo basado en las “fuentes no gubernamentales”, de que dicho control es formal y burocrático, la jurisprudencia del TC ha

señalado que no 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 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 conocimiento sobre la forma de actuación de las organización terroristas. Pero es que además, y como vamos a ver a continuación, la reforma de la prisión provisional y del régimen de la incomunicación ha efectuado notables progresos en este sentido.

Todo ello permite afirmar de nuevo la ligereza de las consideraciones del RE.

4 Reforma de la prisión provisional para incrementar las garantías del incomunicado

Injustificadamente, el RE falta a la verdad cuando señala que la reciente reforma introducida en la prisión provisional y en la incomunicación (LO 13 y 15/2003) se dirige en el sentido contrario al deseado. Esto no puede dejar de causar sorpresa, puesto que precisamente la reforma va encaminada a reforzar y concretar las garantías para el detenido o preso en régimen de incomunicación, frente a la regulación anterior introducida en 1988:

Sólo puede decretarse el régimen de incomunicación durante la detención o prisión en los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, ya que es precisamente en estos casos en los que la detención de un miembro de una red organizada sin las adecuadas medidas de protección de la información y secreto de la investigación puede dar al traste con ésta.

Únicamente por autoridad judicial, de forma excepcional y motivadamente. La reforma ha introducido el carácter excepcional de la medida y la necesidad de motivación.

La incomunicación ha de tener los siguientes objetivos, lo que obliga a la autoridad judicial a motivar con claridad acerca de los mismos:

- evitar que se sustraigan a la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados,
- evitar que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima
- evitar que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con el delito,
- evitar que se cometan nuevos hechos delictivos.

También la reforma ha añadido el mandato legal de que la incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros antes mencionados. Frente a la imprecisión que producía la anterior normativa al permitir incomunicaciones indefinidas por un plazo superior a cinco días, **la nueva regulación concreta la duración máxima de la incomunicación de la siguiente forma:**

- La incomunicación sólo puede acordarse por el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar alguno de los peligros antes mencionados, sin que pueda éste exceder de cinco días, siendo lo normal que no exceda de 72 horas por ser éste el periodo máximo de detención preventiva (art.17.2 CE y

art.520 bis 1 LECrim), y que podrá alcanzar el plazo máximo de 5 días, en los casos excepcionales, que se haya acordado en distinta resolución judicial motivada en forma de Auto la prórroga de la detención.

- Tratándose de delitos de terrorismo u otros cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, el plazo anterior puede prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.
- Transcurrido el plazo de incomunicación acordado en resolución judicial motivada, o prorrogado en otra resolución judicial motivada, el preso necesariamente ha de ser puesto en comunicación, pudiendo el Juez con posterioridad, únicamente en los supuestos de terrorismo y delincuencia organizada, a la luz del desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa, acordar que vuelva el preso a quedar incomunicado por un periodo máximo de tres días.

El régimen de incomunicación supone como ha señalado el TC una medida excepcional necesaria, que ha de estar rodeado de una serie de garantías fundamentales específicas para poder equilibrar las necesidades de la lucha antiterrorista con los derechos del detenido. Así, el detenido goza de los siguientes derechos:

- Ser informado de los hechos que se le imputan, las razones para su detención y los derechos que le asisten.
- Guardar silencio, no declarar, o manifestar que sólo lo hará delante de un Juez.
- No declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- Un Abogado de oficio estará presente en las diligencias policiales y judiciales de declaración y podrá solicitar la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como cualquier incidencia sucedida durante las diligencias, solicitar que se informe al detenido de sus derechos, que se proceda al reconocimiento médico forense.
- Ser asistido gratuitamente por un intérprete.
- Ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal, derecho que la reciente reforma ha ampliado, pudiendo el preso solicitar un segundo reconocimiento médico forense designado por el juez.

5. Documentos Internacionales

Por último**, los documentos internacionales a que alude el RE contienen numerosos principios y criterios que permiten afirmar sin genero de dudas que el sistema español está plenamente en consonancia con los mismos.**

El propio RE alude a uno de los principios del Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Asamblea General en su resolución 43/173, 9.12.1988), pero olvida mencionar otros que contradicen sus afirmaciones y sitúan a España en el cumplimiento de los estándares de NNUU:

- **El Principio 15 se refiere expresamente a la incomunicación, sus límites y su duración, cuando señala que "A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la**

persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o su abogado, por más de algunos días."

- **El principio 16, pár. 4, sobre notificación de la detención a familiares y autoridades consulares, señala que "La autoridad competente hará o permitirá que se hagan sin demora las notificaciones a que se hace referencia en el presente principio. Sin embargo, la autoridad competente podrá retrasar una notificación por un período razonable en los casos en que las necesidades excepcionales de la investigación así lo requieran."**
- **El principio 18, párrafo 3, en relación con el acceso confidencial a un abogado de su elección, señala "El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden."**
- **En relación con el reconocimiento por un médico de su elección, el Principio 24 señala que "Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.", mientras que el Principio 25 añade que "La persona detenida o presa o su abogado, con sujeción únicamente a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión, tendrá derecho a solicitar autorización de un juez u otra autoridad para un segundo examen médico o una segunda opinión médica."**

También el Consejo de Europa ha realizado numerosos trabajos en este sentido, como señala el propio RE, quien de nuevo olvida mencionar las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo, de 11 de julio de 2002, particularmente aplicable al tema que nos ocupa, y en concreto la directriz número IX, en sus apartados 3 y 4, relativa a los procedimientos legales y al derecho de la defensa. Así:

"Los imperativos de la lucha contra el terrorismo pueden sin embargo justificar determinadas restricciones al derecho a la defensa, en particular en lo que se refiere a:

- **los arreglos para el acceso a y los contactos con un letrado,**
- **los arreglos para el acceso al expediente,**
- **el uso de testimonio anónimo.**

Dichas restricciones al derecho a la defensa deben ser estrictamente proporcionales a su objetivo y deben tomarse medidas compensatorias de protección de los intereses del acusado para mantener la justicia de los procedimientos y asegurar que no se destripan los derechos procesales de su sustantividad."

Lo mismo sucede con el documento sobre los Estándares del CPT (Comité para la Prevención de la Tortura), que contrariamente a lo que señala el RE a lo largo de todo su informe, en las conclusiones y en las recomendaciones, expresamente afirma en relación con el derecho a la defensa de los detenidos que: "El CPT reconoce que, para proteger los intereses legítimos de la investigación policial, puede ser excepcionalmente necesario retrasar por un periodo determinado de tiempo el acceso del detenido a un abogado de su elección. Sin embargo, esto no debería resultar en la denegación completa del derecho a la defensa durante el periodo en cuestión. En estos casos, el acceso un abogado independiente debería organizarse."

Es importante resaltar que **el Estado español nunca ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la aplicación de la incomunicación, o la prórroga de la detención en materia de terrorismo, a diferencia de otros países de nuestro entorno.**

C.- CONCLUSIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN.

El informe del RE resulta falso y tendencioso, no se funda en doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se justifica en un estudio serio de Derecho Comparado y plantea una visión del problema absolutamente desenfocada y distorsionada. La incomunicación prevista en la legislación española no implica el aislamiento absoluto del detenido ni su abandono en manos de la fuerza policial.

El detenido cuenta con asistencia de un Abogado, de un Médico forense, y con la supervisión de su situación personal por parte del mismo Juez que adopta la decisión de incomunicarle. El Abogado es designado por el correspondiente Colegio profesional con criterios de absoluta objetividad, el Médico forense es un profesional integrado en un cuerpo público independiente de cualquier departamento de policía, del Ministerio del Interior e independiente también del Juez o Tribunal que conoce de la causa. Además el Juez que acuerda la incomunicación es titular de un órgano jurisdiccional investido con la prerrogativa de su independencia. **La intervención inmediata de estos tres agentes públicos, objetivos, imparciales, no relacionados ni orgánica, ni funcional ni personalmente con la fuerza policial actuante constituyen un medio de disuasión más que sobrado frente a cualquier tentación de hacer uso de la tortura o del maltrato que pudiera cruzar la mente de los agentes encargados de la custodia del detenido.**

Frente a la sólida garantía que representa la alta y cualificada inspección que estos organismos oficiales hacen en tiempo real de la actuación policial ¿qué añade a los efectos de prevenir el maltrato la mera notificación del hecho de la detención y del lugar de custodia a sus familiares o amigos? ¿Tan esencial resulta esta comunicación cuando el éxito de la investigación depende, en el caso de grupos delincuenciales bien organizados y sujetos a estricta disciplina interna, del sigilo y la sorpresa que eviten la confabulación de los detenidos con sus compañeros de banda?.

Menos comprensible nos parece la desconfianza que el informe destila en contra del Médico forense, desconfianza injusta en la medida en que arroja cierta sombra de sospecha sobre la actuación de un funcionario público que además de ser imparcial por exigencias de su propio estatuto es además un profesional de la medicina sujeto a la muy cualificada lex artis que da perfil y personalidad propia a esta profesión y que se condensa en el juramento hipocrático.

Valorar el hecho que el detenido incomunicado no pueda designar médico para que esté presente en su exploración junto con el médico forense como una grave negación de la seguridad del detenido es, a todas luces, insostenible.

II OBSERVACIONES SOBRE ALGUNAS RECOMENDACIONES DEL RELATOR ESPECIAL.

RECOMENDACIÓN 67: ***todo interrogatorio deberá comenzar con la identificación de todas las personas presentes. Toda sesión de interrogatorio deberá ser grabada, preferiblemente en vídeo, y dicha grabación deberá incluir la identificación de todas las personas presentes. En este sentido deberán prohibirse expresamente el vendaje de ojos y el encapuchamiento*****.**

La preocupación de que todos cuantos intervienen en cualquier diligencia policial practicada en relación con un detenido puedan ser identificados, es perfectamente comprensible. De hecho así lo entendió el legislador español en 1881 cuando redactó el art. 293 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente desde entonces. En este precepto se señala que "…el atestado será firmado por el que lo haya extendido, y si usare sello lo estampará con su rúbrica en todas las hojas. Las personas presentes, peritos y testigos que hubieren intervenido en las diligencias relacionadas en el atestado, serán invitadas a firmarlo en la parte a ellos referente. Si no lo hicieren, se expresará la razón".

En definitiva, mal se podría modificar **el actual régimen jurídico de identificación de los intervinientes en el interrogatorio del detenido**, cuando esa cautela **se halla vigente en España desde hace más de un siglo**, siendo extensiva, no sólo al interrogatorio, sino a cualquier diligencia practicada en dependencias policiales.

1.- **La grabación**, preferentemente en vídeo, del desarrollo de la diligencia de interrogatorio **plantea no pocos problemas**. De hecho, da la impresión de que produciría el efecto contrario al que se pretende evitar. Algunos de esos problemas se hallan ligados a la necesidad de salvaguardar la seguridad de quienes ejercen la función policial, protegiendo a la sociedad en la que se integran hasta el punto de contribuir con su vida a una larga lista de víctimas del terrorismo.

La recomendación formulada por el RE no limita la conveniencia de esa grabación a uno u otro tipo de delincuentes o a una u otra clase de infracciones delictivas. **Permite pensar que todo interrogatorio policial habría de ser filmado. Se olvida el importante menoscabo de otros derechos que ese tratamiento visual del interrogatorio podría acarrear. La imagen de cualquier detenido forma parte de su derecho constitucional consagrado en el art. 18.1 de la CE**. Además, la imagen filmada de toda persona física es un dato protegido conforme a legislación vigente en materia de protección de datos (art. 3.a de la LO 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal). **Posibilitar la creación de ficheros automatizados de titularidad pública en los que se contuviera el paso por dependencias policiales de todos y cada uno de los ciudadanos afectados, podría ser un instrumento de poder al servicio de las Fuerzas de Seguridad del Estado que, a buen seguro, sería rechazado, incluso, por aquellos en cuyo beneficio se concibe la medida.**

2.- Más allá de razones jurídicas y prácticas que avalan la fundada crítica a esa recomendación, existen **otros motivos que justifican las dudas acerca de su legitimidad.** En efecto, la grabación en vídeo de todo cuanto acontece en un interrogatorio policial implicaría la adopción de una medida cautelar encaminada a la prevención del delito, en este caso, del delito de tortura. Con su puesta en marcha, según se razona en el informe del RE, se buscaría reducir los actuales márgenes de impunidad respecto de aquel delito. Sin embargo, la generalización de la filosofía que late en la medida propuesta podría conducir a una perversión de los principios que legitiman el derecho penal, hasta el punto de ponerse al servicio de una concepción del derecho penal manifiestamente anacrónica. **Afirmada la legitimidad de unas medidas de vigilancia predelictuales en relación con la tortura, ¿por qué no extender tan eficaz sistema en relación con otras categorías delictivas igualmente ofensivas a bienes jurídicos fundamentales?** Por ejemplo, para disminuir las dificultades probatorias en los delitos de violencia doméstica ¿sería tolerable proponer la instalación de máquinas de reproducción gráfica y sonora en los domicilios de aquellos maridos sospechosos de carácter violento frente a su círculo familiar? Podría objetarse que entre un domicilio particular y una comisaría policial existe una sensible diferencia, dado el carácter no privado de esta última. Pongamos otro ejemplo, **¿sería admisible la instalación de vídeos en las sedes de deliberación de los juzgados y tribunales –oficinas públicas por excelencia- para preconstituir posibles pruebas en hipotéticos delitos de prevaricación judicial? Por otro lado esta pretendida garantía podría prestarse a fáciles manipulaciones (recordemos las posibilidades de transformación de imágenes a través de programas de ordenador).**

3.- Finalmente, debe recordarse que la grabación indiscriminada de las autoridades y funcionarios encargados de tramitar los procedimientos penales puede introducir un grave riesgo para la seguridad de los mismos. Recordemos a estos efectos que el grupo terrorista ETA ha atentado en múltiples ocasiones además de contra ciudadanos de diversa condición, contra miembros del aparato judicial penal: policías, jueces, fiscales y funcionarios de Instituciones Penitenciarias.

Las imágenes grabadas –que no tienen sentido si no se reconoce simultáneamente la posibilidad de acceso a las mismas por parte de la representación de los detenidos- pueden ser una fuente inigualable en manos de organizaciones criminales para identificar a potenciales víctimas de atentados.

Por lo demás, no conocemos ninguna regulación en Derecho comparado en la que se imponga preceptivamente el sistema de grabación propuesto.

4.- Mucho mas eficaz es la regulación española de la asistencia letrada al detenido, que como hemos analizado, va mas allá en materia de garantías que las previsiones de los grandes Convenios de Derechos Humanos y que las regulaciones en otros países de nuestro entorno jurídico cultural.

Todo apunta a que **la recomendación propuesta no ha sido suficientemente meditada en su legitimidad y en sus consecuencias futuras.**

RECOMENDACIÓN 68*: Las denuncias e informes de torturas o malos tratos deberán ser investigados de forma inmediata y efectiva; deberán emprenderse acciones legales contra todos los empleados públicos implicados, suspendiéndoles de sus obligaciones en espera de los resultados de la investigación y de todo procedimiento legal o disciplinario consecuencia de aquélla. Las investigaciones deberán realizarse de manera independiente de los supuestos autores y del organismo al que sirvan. Las investigaciones deberán realizarse de acuerdo con los Principios sobre la Investigación Eficaz y la Documentación de las Torturas y otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes, recomendados por la Asamblea General en su Resolución 55/89 (Principios de Estambul)*

1.- Actuación forma inmediata contra los funcionarios implicados en un delito de tortura
Resulta extraño que se realicen propuestas como la presente en el marco de un sistema procesal penal sobre el que campea el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal. **En España siempre se procede de forma inmediata contra los posibles autores de un delito de torturas, porque nuestro Derecho procesal no deja otra salida.**

Recuérdese que el art. 100 LECrim, establece que "de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible" (art. 100 LECrim). Y esta tajante afirmación legal condiciona el comportamiento procesal de todos los agentes públicos con competencia sobre la materia, los cuales resultan obligados a proceder de forma inmediata contra todo delito público de que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, los Policías, Jueces y Fiscales españoles no tienen reconocida la facultad de desistir del ejercicio de la acción penal, ya que la ley les obliga a perseguir todos los delitos de que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones. **Así se desprende de los siguientes preceptos legales.**

a) Papel de la Policía Judicial

Señala el art. 282 LECrim que "la Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial".

b) Papel del Ministerio Fiscal

"Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad" (art. 105 LECrim).

c) Papel de los Jueces de Instrucción

Los Jueces de instrucción están obligados a proceder contra todos los delitos de que tengan conocimiento, de oficio o a instancia de parte, practicando las todas las actuaciones que consideren necesarias para preparar el juicio, averiguando y haciendo constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 LECrim).

Por lo demás, **no nos encontramos ante un deber retórico del funcionario público**, ya el su incumplimiento esta obligación legal está garantizada por el art. 408 del Código Penal, que castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años a "La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables".

Finalmente, nos queda señalar que la mencionada obligación de proceder contra los delitos públicos se complementa con el deber legal de denunciar, que aparece recogido en el art. 259 LECrim, según el cual "el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción... o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare".

Queda claro, entonces, que el Derecho español colma sobradamente las pretensiones de celeridad en la persecución penal de los delitos –el de torturas entre ellos- que se pudieran cometer en nuestro país, desde el momento en que **todos los ciudadanos españoles que tuvieren conocimiento de la comisión de un presunto delito de torturas están obligados a ponerlo en conocimiento de los poderes públicos, los cuales, a su vez, lo están a proceder penalmente inmediatamente contra sus autores.**

2.- Mecanismos disciplinarios contra los funcionarios implicados en un delito de torturas o malos tratos

Los años de prisión con que el art. 174 CP castiga el delito de torturas vienen acompañados con la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años, la cual "produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena" (art. 41 CP), resultando evidente que una medida de consecuencias tan graves para el que la sufre nunca podrá imponerse a prevención, sino tras la sentencia firme de condena.

Respecto a los Jueces y Magistrados, el art. 362 LOPJ prevé la suspensión provisional de funciones durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario. Norma que es de

aplicación supletoria a los funcionarios del Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el 60 de su Estatuto Orgánico (Ley 50/81, de 30 de diciembre).

3.- Investigación por un organismo independiente

Aún más incomprensible es la propuesta de que la investigación de los delitos de torturas deba corresponder a un organismo independiente de aquel en que el presunto responsable desempeña sus funciones, pues en España, por mandato constitucional, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos –en los de torturas también-, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (art. 117.3 CE).

Serán Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE), quienes enjuicien la comisión de los delitos de torturas que presuntamente se cometan en nuestro país. No cabe, pues, imaginar mayor grado de independencia con respecto al implicado en la comisión de esta clase de delitos.

4.- Investigaciones de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución de las Naciones Unidas 55/89 (principios de Estambul)

El día 4 de febrero de 1985, el Plenipotenciario de España, nombrado al efecto, firmó en Nueva York la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 19 de diciembre de 1984. Desde de esa fecha, las autoridades españolas han cumplido estrictamente las reglas de conducta fijadas en la mencionada Convención.

Para el mejor desarrollo y aplicación de la Convención contra la Tortura el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha elaborado, el 9 de agosto de 1999, un “Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, denominado Protocolo de Estambul, que constituye un instrumento de innegable importancia en cuanto establece unos códigos éticos y de comportamiento que las autoridades españolas comparten y asumen en su integridad, por lo que, desde que fueron aprobadas, las normas contenidas en el Protocolo de Estambul se han considerado vinculantes. De ahí que se considere **absolutamente innecesario el recordatorio hecho en el informe, cuando el Estado español ya se ha comprometido con los principios que se nos recomienda seguir que, desde un primer momento, hemos asumido como propios**.

Es preciso terminar este análisis con una última reflexión: la presunción de inocencia no se debe negar a los detenidos, pero tampoco da los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que trabajan, como es su obligación, contra las actividades delictivas. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son los primeros interesados en que no se produzcan hechos que supongan un comportamiento ilegal o simplemente indigno. Por ello es de justicia reconocer su abnegación, dedicación y esfuerzo en la lucha contra el delito y, en especial, contra el terrorismo con los instrumentos que les otorga un Estado democrático de Derecho.

La fiscalización del comportamiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por parte de los mecanismos internacionales ha sido una constante en los últimos seis años: además de las visitas del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Sr. Alvaro Gil-Robles, y del anterior Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Sr. Vieira de Melho, España ha recibido, en cinco ocasiones, la visita del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), España ha presentado sus informes ante el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT), y ha respondido a cuantas peticiones de información le ha solicitado el Relator Especial sobre la Tortura.

RECOMENDACIÓN 69: ***Deberán aplicarse de forma efectiva e inmediata todas las disposiciones legales necesarias para asegurar que las víctimas de torturas o malos tratos obtengan las compensaciones y reparaciones adecuadas, incluyendo la rehabilitación, la indemnización, la satisfacción y la garantía de no repetición***

Una de las características que singularizan **el proceso penal español** es la posibilidad **de ejercicio conjunto, en el mismo proceso, de la acción penal** derivada del delito **y la acción civil** que nace de aquél. Así lo expresa con claridad el art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando recuerda que "de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible".

El deseo de evitar una duplicidad de procesos –uno de carácter penal, para enjuiciar el hecho delictivo imputado, otro de naturaleza civil, para fijar la indemnización derivada de los daños y perjuicios ocasionados-, lleva a nuestro sistema a **imponer al Ministerio Fiscal la obligación institucional de ejercer la pretensión penal junto a la civil a favor de la víctima del delito** (art. 108 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Salvo en los casos en que la víctima renuncie a la indemnización que le corresponde o se reserve el ejercicio de la acción civil para un proceso ulterior, **el Fiscal ha de incluir en su petición de condena, un pronunciamiento de responsabilidad civil dirigido a reparar la ofensa ocasionada por el delito.**

Indudablemente, el carácter adecuado o no de la indemnización está íntimamente ligado al reto probatorio al que se enfrenta todo aquel que ejerce una pretensión civil ante un órgano jurisdiccional. La determinación de la cuantía en que ha de fijarse la reparación exige una actividad probatoria encaminada a demostrar la realidad de los daños padecidos. **La queja formulada en el informe del RE, relativa a la aplicación de baremos objetivos en la determinación del quantum indemnizatorio, no refleja la realidad de nuestro sistema**. En efecto, **la existencia de tales baremos circunscribe su vigencia al ámbito de la responsabilidad civil derivada de la conducta negligente con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor.** Su constitucionalidad fue expresamente reconocida en la sentencia del Tribunal Constitucional número 181/00 de 29 junio.

Los baremos, regularmente actualizados mediante disposición legal, no son aplicables, en principio, a los daños y lesiones ocasionados de forma dolosa. Cuestión distinta es que sus criterios cuantitativos sirvan de referencia orientadora en la praxis de los

tribunales, con el fin de asegurar una reparación inspirada en los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Tampoco es cierta la afirmación de que las secuelas psíquicas y los daños morales derivados de la tortura carecen de compensación por las dificultades de prueba. Tal conclusión del RE olvida la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que estima que pueden darse supuestos exentos de necesidad de prueba, como el daño moral o la incapacitación del lesionado, cuando constituyan una circunstancia tan notoria que no requieran de prueba alguna (STS 17 enero 1992). Se trata, en fin, de daños reparables con arreglo a los criterios indemnizatorios vigentes, respecto de cuya concurrencia el Tribunal Supremo ha llegado a aliviar las exigencias probatorias impuestas con carácter general.

Más allá de esa exigencia, vinculada a los principios estructurales que informan cualquier proceso jurisdiccional, **la víctima de un delito de tortura tiene a su favor una expectativa de cobro que, no está al alcance de todos aquellos que en un momento determinado sufren la lesión de sus bienes jurídicos.**

En efecto, el sistema procesal español permite al ofendido dirigir su pretensión indemnizatoria, no sólo contra los autores, cómplices o encubridores del delito de tortura imputado (cfr. art. 116.1 y 2 Código Penal), sino contra **el Estado civilmente responsable de los daños generados por la actividad ilícita de los funcionarios públicos.** Esa petición de indemnización puede hacerse valer, incluso, en el mismo proceso penal en el que se ventila la existencia del delito de tortura. Con arreglo a esta idea, entre las partes pasivas de un procedimiento penal incoado para el enjuiciamiento de un delito de aquella naturaleza, **puede ser traída a juicio, en calidad de responsable civil subsidiario, la propia Administración Civil del Estado.** Así lo autoriza el art. 121 del Código Penal, conforme al cual, "… el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos y culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados".

Conviene tener en cuenta que **la presencia del Estado como parte civilmente responsable de las consecuencias lesivas del delito de tortura, produce como efecto inmediato la efectividad del cobro de las indemnizaciones** que, en su caso, fueran judicialmente declaradas. No existe, pues, riesgo de insolvencia que impida la efectividad de las indemnizaciones acordadas en sentencia. **Los presupuestos generales del Estado aseguran el cobro del importe judicialmente declarado.**

Además de esa singular presencia de la Administración del Estado como parte pasiva en aquellos procesos penales cuyo objeto sea un delito de tortura, existen **otras vías que aseguran la efectividad del cobro.**

La primera de ellas, estaría representada por la posible exigencia de una indemnización estatal con fundamento en el art**. 106.2 de la CE**. En él se constitucionaliza el **derecho a una indemnización por toda lesión que cualquier particular sufra en sus bienes y derechos y que sea consecuencia del "funcionamiento anormal de un servicio público".** En tal caso, el

derecho al cobro de una reparación económica no necesita vincularse a un proceso penal. Es decir, **la parte actora no precisa probar como presupuesto para el cobro de la indemnización, la comisión de un hecho delictivo** y la consiguiente actuación criminal de un concreto y determinado agente de policía. **La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado se hace derivar de la simple anormalidad en el funcionamiento de un servicio público**, en este caso, de los servicios policiales encargados de la investigación del delito. Nótese, además, que en tales supuestos sólo la concurrencia de fuerza mayor tendría virtualidad jurídica para impedir el cobro de la cuantía económica. Al torturado le sería suficiente probar su estancia en dependencias policiales y la objetiva existencia de lesiones acaecidas durante esa permanencia en el recinto policial.

Con independencia de lo anterior, **la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual**, contempla en su art. 1 el establecimiento de un régimen de ayudas públicas establecidas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos cometidos en España, con resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental. Esa previsión legal no ha limitado su alcance al de una declaración meramente programática. El Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, sirvió de vehículo para la aprobación del Reglamento de Ayudas. Y con el fin de generar una práctica acorde con las novedades introducidas a favor de la víctima, la Fiscalía General del Estado dictó la Circular 2/1998, en la que solicitaba de los Fiscales "…una actitud proclive de todos los miembros del Ministerio Fiscal a recabar en favor de la víctima cuantos recursos institucionales existan (…) para la asistencia psicológica y orientación personal de quienes han sufrido el delito".

En definitiva, cualquier afirmación, como alguna de las que hace el RE, tendente a cuestionar la efectividad de los pronunciamientos jurisdiccionales dirigidos a reparar el daño causado por el delito de torturas, sólo es sostenible negando la existencia de un cuerpo jurídico de incuestionable aplicación práctica, especialmente concebido para la defensa de los inalienables derechos de la víctima del delito.

RECOMENDACIÓN 70: ***la asignación a prisiones de presos del País Vasco deberá realizarse con la debida consideración hacia el mantenimiento de las relaciones con sus familias, atendiendo al mejor interés de éstas y a la rehabilitación social del reo***

La recomendación propugnada en este apartado en el informe del RE sólo es explicable a partir del desconocimiento de la dimensión cuantitativa y cualitativa del problema de la población reclusa de ETA. Como se razona a continuación, **el número de internos y la estrategia de la banda en relación con sus reclusos, hacen absolutamente inviable un escenario de concentración de los presos en establecimientos penitenciarios cercanos al domicilio de sus familiares.**

1.- Un debate recurrente: el pretendido derecho subjetivo al cumplimiento de las penas privativas de libertad en el lugar de residencia

- El art**. 12 de la Ley General Penitenciaria** (en adelante, LOGP) dispone que "la ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas

territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados".

De este precepto se ha pretendido extraer, en ocasiones sin rigor técnico, en otras de forma simplista y en las mas, con finalidades espurias, un pretendido derecho subjetivo de los internos de ETA a ser trasladados al País Vasco.

Parece claro que **este precepto no reconoce un derecho subjetivo a todo interno a estar en el centro más cercano a su domicilio. Este desideratum general puede sufrir excepciones**, bien por imposibilidad material por no existir un centro penitenciario en un área territorial concreta (una interpretación extrema llevaría al absurdo de la creación de un centro penitenciario en cada población) bien por no existir plazas libres en el centro mas cercano al domicilio del interno, bien –como es el caso que analizamos- **por razones de política penitenciaria, debidamente justificadas, e inspiradas en los principios de necesidad, proporcionalidad y legalidad.**

El art. 31 del Real Decreto 190/1996, de 9 febrero, bajo la rúbrica "competencia para ordenar traslados y desplazamientos", dispone que **"conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir**, con carácter ordinario o extraordinario, **la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces** de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso. Dicho centro directivo ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que le sean requeridos por las autoridades competentes".

Por su parte, el art. 79 LOGP dispone que "corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria".

Debe en este punto recordarse que tanto la LOGP como el Reglamento Penitenciario son textos normativos plenamente respetuosos con la Constitución Española, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Solamente desde el total desconocimiento de la realidad institucional española o desde la simpatía hacia los grupos terroristas o a sus objetivos puede defenderse, en las actuales circunstancias, **la concentración de todos los presos por delito de terrorismo en sus provincias de origen. Esta medida llevaría al agrupamiento de un numeroso colectivo de terroristas cumpliendo condena por gravísimos delitos y sometidos a la disciplina de la banda en unas pocas prisiones.**

Los presos por delitos de terrorismo tienen como notas **características** de interés desde el punto de vista penitenciario las siguientes:

a) El encuadre en estructuras organizativas estables, jerarquizadas y disciplinadas, con ramificaciones alegales y clandestinas
b) La entidad de las finalidades perseguidas, como implantación del terror en la comunidad, alteración del sistema de valores democráticos, atentado contra las instituciones del Estado, subversión del marco jurídico de convivencia y
c) El empleo de métodos violentos y el uso de la coacción y la amenaza.

Los efectos de concentrar a los terroristas de ETA en unas pocas prisiones, ya han sido puestos de relieve por la experiencia y resaltados por los estudiosos de la materia, pudiendo sintetizarse en los siguientes:

a) Control férreo por la organización de sus activistas, de cara a impedir posicionamientos individuales críticos, lo que dificulta aun más las escasas posibilidades iniciales de abandono de la actividad delictiva.
b) Las comunicaciones, visitas y en general, las relaciones con el exterior son uno de los pilares sobre los que se asienta la organización de la vida en prisión de los internos relacionados con delitos de terrorismo. Aunque la legislación penitenciaria parte de que deben potenciarse los vínculos entre los delincuentes y sus familias y el entorno comunitario, a menudo ese entramado de relaciones con el exterior que la organización terrorista pone a disposición de los activistas encarcelados, está impidiendo el proceso de reflexión autocrítica para el voluntario apartamiento de la actividad delictiva. Aparte de los naturales contactos con parientes y allegados, la práctica enseña que los presos etarras solicitan ser visitados por listas interminables de amigos, respecto de los que en numerosas ocasiones se ha comprobado que forman parte del entramado organizativo terrorista
c) Desde su ingreso en prisión, **muchos terroristas no admiten haber incurrido en conductas contra bienes jurídicos ajenos, sino que tienen una profunda convicción, alimentada por el entorno del movimiento, de que sus acciones están totalmente justificadas y forman parte de una conducta socialmente positiva** en pro de unos ideales. La organización terrorista prohíbe a sus miembros someterse a medidas penitenciarias destinadas a favorecer la reinserción. Además el entorno proporciona al terrorista preso unos importantísimos refuerzos sociales, dispensándole un tratamiento de héroe que incluso culmina en un homenaje el día de su excarcelación. En estas condiciones, la resocialización resulta poco menos que imposible.
d) Graves problemas regimentales para controlar una población reclusa organizada, que acaba logrando mediante la presión imponer sus condiciones de vida dentro de la cárcel.

Como recoge la Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario, "…la irrupción de la delincuencia organizada (...) genera grupos minoritarios de reclusos con un alto potencial de desestabilización de la seguridad y el buen orden de los establecimientos penitenciarios".

Uno de los objetivos de la banda terrorista ETA es generar una situación de pánico entre los funcionarios de prisiones**. En la búsqueda de este objetivo** han **sido** asesinados varios funcionarios**, secuestrando y torturando, entre ellos, a José Antonio Ortega Lara, fiel expresión del sufrimiento humano y de la crueldad de la organización terrorista. Cuando la organización etarra asesina o secuestra a un funcionario de instituciones penitenciarias se aterroriza en España los demás funcionarios y sus familiares porque, lógicamente, temen que la próxima vez sean ellos las víctimas directas.**

Incluso **en la actualidad,** sin estar estos presos concentrados, son frecuentes los incidentes provocados por los mismos, que amenazan a los funcionarios de prisiones que no se pliegan a sus exigencias**, tratando de imponer sus propias normas en las prisiones en las que cumplen condena.**

Una de las finalidades perseguidas al evitar la concentración de presos de ETA es **impedir que los internos estén dominados por la organización.** Esta política penitenciaria es perfectamente compatible con la estricta legalidad y la individualización del cumplimiento de las condenas.

Conforme a la filosofía de nuestra Constitución, **la finalidad de la reclusión es la rehabilitación del condenado y su reinserción en la sociedad**. A esos efectos, **un factor de primera importancia puede ser la cercanía del preso a su entorno familiar. Pero en determinadas circunstancias, esta cercanía puede ser un obstáculo** a esta finalidad. Existen poderosas razones de política criminal que postulan la necesidad de evitar que el amplio colectivo de presos etarras que siguen obedientes a la dirección de ETA estén juntos. Una de las primeras obligaciones estatales respecto de los penados es impedir que éstos sigan cometiendo delitos, o que, como se ha dicho, continúen gestionando la empresa criminal de la que forman parte desde la cárcel. Prevención no ociosa en los supuestos de delincuencia organizada, en los que parte de la empresa criminal puede estar en prisión, pero otros en libertad. De igual suerte que no parecería sensato reunir a todos los capos de la droga en una misma cárcel, tampoco sería aceptable, desde una perspectiva política y jurídica, que se facilitara la continuación de la comisión de delitos terroristas ordenados o planeados desde **la cárcel**, que **quedaría convertida en cuartel general** de los terroristas.

La opción por reagrupar a los presos etarras que continúan formando parte de la organización en las penitenciarías ubicadas en territorio del País Vasco (Nanclares, en Alava; Martutene, en Guipúzcoa; y Basauri, en Vizcaya) podría acarrear efectos devastadores desde el punto de vista de la reinserción de los presos y desde el punto de vista del buen orden regimental de las prisiones.

El objetivo de la reinserción y la resocialización es inspirador de toda la política penitenciaria conforme al art. 25.2 CE, que dispone que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. En el mismo sentido, el art. 1 LOGP dispone que “las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de

los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados".

Pues bien, en muchos terroristas presos, se da un **rechazo radical a cualquier medida de resocialización**, decisión fuertemente condicionada **por la presión de la banda terrorista, que intenta mantener a sus militantes presos fuertemente controlados**. Normalmente el preso terrorista ingresa en el sistema penitenciario como miembro activo de la banda ETA, con estrechos vínculos de lealtad y fidelidad a la misma y sometido a su disciplina interna, vínculos que le generan beneficios inmediatos (dinero, visitas de familiares, amigos, políticos de su localidad, abogados de la organización, prensa etc). Dentro de los procesos formativos de los miembros de la organización terrorista ETA ocupa un lugar importante el capítulo dedicado a preparar al militante para una eventual y futura detención e ingreso en prisión, en el que se le adoctrina para que interiorice que en ese eventual período de prisión es un rehén del Estado para obligar a la rendición o a la negociación a la baja en el conflicto o guerra que mantienen con el pueblo vasco. Dentro de este esquema, **el interno permanece a disposición de la organización para lo que ordene en relación con el grupo de presos de ETA, quedándole vedada cualquier toma de posición a título individual en sus relaciones con la Administración.**

Aplicar disposiciones para evitar la concentración de estos presos en relación con el conjunto de la población reclusa perteneciente a ETA, no supone tratar a estos reclusos como colectivo, pues el tratamiento sigue siendo individual, y **siguen aplicándose medidas individualizadas a los internos de ETA que dejan de estar comprometidos con la empresa criminal que este grupo asesino gestiona**. Desde siempre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha seguido el **principio rector de estudiar «caso por caso» el traslado de los presos de ETA al País Vasco**, conforme a criterios de individualización científica, **aplicándose con generosidad la determinación del centro de cumplimiento en los supuestos en los que el interno abandonaba su militancia terrorista y sus lazos de obediencia a la dirección etarra.**

Es importante conocer **la legislación española sobre la clasificación de los penados** pues también condiciona lo relativo al destino. El art. 102 del Reglamento Penitenciario dispone que "para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que determinará el destino al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél." Por su parte, el apartado 5º de este mismo precepto dispone que "conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria **se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta** y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como:

a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.
b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.
c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.
d) Participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones.

e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.
f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico".

La clasificación de estos internos se realiza con periodicidad trimestral. Mientras no se evidencien signos de desvinculación de la banda, subsiste uno de los factores de clasificación en primer grado que a su vez **condiciona la elección –legítima y justificada- del centro penitenciario concreto al que el penado debe ser destinado para cumplir la pena impuesta**. El destino de los penados viene determinado en primer lugar por la clasificación y no por el lugar de residencia, y a esto debe añadirse la limitada disponibilidad de plazas de los distintos regímenes de clasificación en cada centro penitenciario.

Se ha equiparado con demasiada ligereza **el acercamiento del penado por delitos de terrorismo a su lugar de origen** con el éxito de la reinserción. En estos supuestos este acercamiento traería como consecuencia el agrupamiento, pero este agrupamiento, que **ya se ensayó en etapas anteriores** para prevenir el contagio criminógeno de delincuentes no relacionados con la actividad de bandas terroristas, **produjo unos resultados indeseables desde el punto de vista penitenciario.**

Además la concentración de estos internos por su pertenencia a una organización tienen una difícil justificación jurídica al no existir ninguna previsión legal al respecto.

Por lo demás, debe recordarse además que en el sistema penitenciario español el **control de la actividad penitenciaria está sometido a la intervención del Ministerio Fiscal** en numerosas materias y **a la supervisión de los Jueces** de Vigilancia Penitenciaria, subjurisdicción especializada creada por la LOGP en cumplimiento del mandato constitucional (art. 117.3 CE "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...") que proclama la competencia judicial en la ejecución de las medidas en aras a eliminar los posibles abusos que pudieran producirse en esa fase. Se consagra así el principio de legalidad penal en su vertiente ejecutiva, atribuyendo al Juez de Vigilancia la competencia no sólo en orden a todo lo necesario para proceder a la ejecución de la pena, sino para el seguimiento y en general para la resolución de cualquier incidente que pudiera presentarse en la fase de su cumplimiento. Por tanto, nos encontramos con **un sistema de ejecución profundamente judicializado, en contraposición con los denominados "administrative decision model" vigentes en numerosos estados.** Este marco legislativo se ha completado con la reciente Ley 5/2003 por la que se crea el **Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria**.

El art. 76 LOGP otorga a los Jueces de Vigilancia "atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse" Este precepto otorga en concreto a los **Jueces de Vigilancia Penitenciaria** las siguientes **competencias:**

a) “Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.
b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.
c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.
d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.
e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.
g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.
h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.
j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento”.

Por tanto, puede decirse que **el cumplimiento de las penas privativas de libertad, incluidas las de los presos terroristas, está sometido a un estricto régimen de garantías** de las que en última instancia es valedor el Poder Judicial, sometido a rigurosas normas tendentes a asegurar su status de independencia e inamovilidad.

En definitiva, el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el recientemente creado Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria se configuran como un órgano con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas, y como depositario de la garantía de la legalidad ejecutiva, constituyéndose en protector de los derechos de los internos, frente a potenciales abusos o ilegalidades de la administración.

Los presos terroristas acuden con profusión a los Jueces de Vigilancia para plantear las más variadas quejas y recursos, para cuya defensa el propio Estado les dispensaba a estos terroristas asistencia jurídica gratuita, situación que corrige la Ley 5/2003.

2.- Otra visión jurídica del alejamiento del condenado: su significado como medida judicial para evitar la victimización secundaria

Otro argumento que se ha empleado para combatir la tesis del traslado obligatorio de los presos de ETA al País Vasco es el de la protección de las víctimas y el nuevo tratamiento legal de las **medidas tendentes a lograr un efectivo alejamiento de los delincuentes respecto de las personas a las que agraviaron, como un medio para evitar victimizaciones secundarias.**

A tenor de la Ley **Orgánica del 9 de junio de 1999**, los **arts. 48 y 57 del Código** Penal actualmente vigente facultan a los Jueces y a los Tribunales para que impongan nuevas y eficientes obligaciones concretas a las personas condenadas por ciertos delitos, abarcando a los delitos de terrorismo.

Estos preceptos **autorizan a los Tribunales y a los Jueces para que impongan a los penados una o varias de las siguientes prohibiciones:**

a. La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Esta prohibición impide al penado acercarse a esas personas en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

b. La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Esta prohibición impide al penado establecer con esas personas, por cualquier medio de comunicación o medio informático, contacto escrito, verbal o visual.

c. La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. Estas prohibiciones pueden durar hasta un máximo de cinco años.

El conjunto de estas prohibiciones protege directamente a las víctimas. La separación y distancia --no sólo geográfica-- evitará muchos sufrimientos y problemas a las víctimas, y facilitará su recuperación psicológica.

Estos artículos del Código Penal pueden tomarse en consideración cuando la autoridad competente (Dirección General de Instituciones Penitenciarias) determina a qué establecimiento penitenciario será enviado a trasladado un condenado a penas privativas de libertad.

Desde un punto de vista político debe también resaltarse que la aplicación de beneficios penitenciarios a presos de ETA y la dispersión de internos ha sido una política común a todos los Gobiernos españoles, como expresión de un acuerdo de fondo entre las grandes fuerzas políticas, por lo que estas políticas tienen una amplísima legitimidad democrática. La aprobación de la Ley 7/2003 sobre el cumplimiento íntegro de las condenas es una prueba más del amplio nivel de consenso alcanzado en esta cuestión.

Debe por último añadirse que los daños que causa el terrorismo de ETA no se circunscriben sólo al País Vasco, se extienden a toda España. **El problema terrorista no es solo un problema de los vascos, como repetida e injustamente se viene proclamando. La delincuencia terrorista ha dispersado sus víctimas por toda la geografía nacional**. Por poner un ejemplo, podemos encontrar una prueba en Andalucía, donde se ha creado el año 2000 una Asociación Andaluza de Víctimas del Terrorismo, que reúne a varios centenares de personas familiares de víctimas directas de ETA.

RECOMENDACIÓN 71 *(invitación por parte del Gobierno de España al Relator Especial sobre el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia)*

Tal recomendación está fuera de lugar, por cuanto que, como afirma el Relator Especial al principio de su Informe (párrafo 2), decidió no ocuparse del tema de las torturas o malos tratos por motivaciones raciales (“no fue el objeto de su visita”), para no duplicar el trabajo de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Migrantes. Este tema tampoco formó parte de las conversaciones con sus interlocutores oficiales en Madrid, a excepción de las mantenidas marginalmente con la Defensora Adjunta del Pueblo con competencias en materia migratoria.

En consecuencia, el Relator Especial carece de elementos para realizar esta recomendación.