

Privación de libertad y Derechos Humanos

La tortura y otras formas
de violencia institucional en el Estado español

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
de la Universidad de Barcelona
(Coord.)

EQUIP DE INVESTIGACIÓN

Coordinadores

Iñaki Rivera Beiras (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Francisca Cano (OSPDH, Universidad de Barcelona)

Investigadores

Ricardo Gascón (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Ignacio Muñagorri (Universidad del País Vasco)
Guillermo Portilla (Universidad de Jaén)
Patricia Faraldo (Universidad de A Coruña)
Luis Rodríguez (Universidad de A Coruña)
Mónica Zapico (Universidad de A Coruña)
Nicolás Laíno (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Graciela Saldubehere (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Valeria Picco (OSPDH, Universidad de Barcelona)
María Alexandra Acosta (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Ivonne Ortuño (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Gemma Ubasart (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Silvia Cabezas (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Javier Velilla (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Julen Arzuaga (Observatorio Vasco de Derechos Humanos Behatokia)
David Fernández (Coordinadora catalana per a la Prevenció de la Tortura)
Jorge del Cura (Centro de Documentación contra la tortura)
Coordinadora estatal para la Prevención de la Tortura

Colaboradores

Josep García Borés Espí (OSPDH, Universidad de Barcelona)
Marc Álvarez (OSPDH, Universidad de Barcelona)

ÍNDICE

ABREVIATURAS EMPLEADAS

PREFACIOS

Eric Sottas (Organización Mundial contra la tortura)	
Luigi Ferrajoli (Universidad de Roma III)	

PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. Justificación y objetivo general de la investigación	
2. Contexto de la investigación	
2.1. El Proyecto de la Comisión Europea “CHALLENGE. The changing landscape of European liberty and security”	
2.2. El Proyecto del Ministerio de Educación y Ciencia del Estado español “Desafíos que plantea para España la creación de un sistema penitenciario europeo”	
3. Concreción de la investigación	
3.1. Objetivos específicos	
3.2. Procedimiento y metodología	
3.3. Algunas precisiones	
3.4. Descripción de los contenidos	
4. Menciones y agradecimientos	

PARTE I

EL CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO INTERNACIONAL

CAPÍTULO 1

El derecho internacional de los derechos humanos.	
Las obligaciones contraídas por los Estados, en especial, el español.	
Iñaki Rivera Beiras (OSPDH, Universidad de Barcelona)	

CAPÍTULO 2

El contexto internacional del último quinquenio.	
Los derechos humanos y la tortura. Ricardo Gascón (OSPDH, Universidad de Barcelona)	

PARTE II

EL UNIVERSO JURÍDICO Y EL ALOJAMIENTO DE LA TORTURA

CAPÍTULO 3

Privación de libertad y derechos fundamentales. Ignacio Muñagorri (Universidad del País Vasco)	
--	--

CAPÍTULO 4

La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura. Guillermo Portilla (Universidad de Jaén)

CAPÍTULO 5

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Patricia Faraldo (Universidad de A Coruña)

CAPÍTULO 6

La Circular 21/96: análisis normativo y valorativo del “régimen penitenciario” FIES. Luis Rodríguez y Mónica Zapico (Universidad de A Coruña)

PARTE III**LA TORTURA Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL****EN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD**

CAPÍTULO 7

Panorámica de la tortura y de las muertes bajo custodia en el Estado español: las denuncias en el último quinquenio. Jorge del Cura (Centro de Documentación contra la Tortura)

CAPÍTULO 8

Las condiciones de hacinamiento y la deficiente asistencia sanitaria en el ámbito de la privación de la libertad. Nicolás Laíno, Graciela Saldubehere y Valeria Picco (OSPDH, Universidad de Barcelona)

CAPÍTULO 9

La situación en el caso de los menores privados de su libertad. Normativa y condiciones. Francisca Cano (OSPDH, Universidad de Barcelona)

CAPÍTULO 10

La situación en el caso de los migrantes privados de su libertad. Normativa y condiciones. María Alexandra Acosta (OSPDH, Universidad de Barcelona)

CAPÍTULO 11

La situación en el caso de las mujeres privadas de su libertad. La llamada tortura sexual. Ivonne Ortuño (OSPDH, Universidad de Barcelona)

CAPÍTULO 12

La situación de las personas privadas de libertad en aplicación de la legislación antiterrorista. Julen Arzuaga (Observatorio Vasco de Derechos Humanos “Behatokia”)

CAPÍTULO 13

La situación de las personas detenidas por protestas u otras manifestaciones de disidencia política. Gemma Ubasart (OSPDH, Universidad de Barcelona); David Fernández (Coordinadora catalana per a la Prevenció de la Tortura)

CAPÍTULO 14

El discurso mediático en el tratamiento de la tortura en el Estado español. Silvia Cabezas y Javier Velilla (OSPDH, Universidad de Barcelona)

PARTE IV

CONCLUSIONES y DEMANDAS

CAPÍTULO 15

Conclusiones sobre la tortura y conclusiones sobre la impunidad
de la tortura (OSPDH; Universidad de Barcelona)

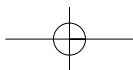
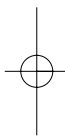
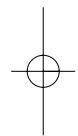
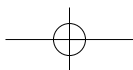
CAPÍTULO 16

Las demandas de los afectados. Coordinadora estatal para la Prevención de la Tortura.....

BIBLIOGRAFÍA, FUENTES PERIODÍSTICAS, WEB SITE

ANEXOS

Índices de sentencias y otras resoluciones judiciales citadas



Abreviaturas empleadas

Las abreviaturas más usuales empleadas en esta investigación son las siguientes:

AP: Audiencia Provincial.

Art./arts.: artículo/artículos.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución española.

CEDH: Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos.

CIE: Centro de Internamiento para Extranjeros (también para el plural).

CP: Código Penal.

EEUU: Estados Unidos de Norteamérica.

FCSE: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

FJ: Fundamento Jurídico.

Ibidem: en el mismo sitio.

JVP: Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (también para el plural).

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica.

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria.

LOPSC: Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

LORPM: Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Núm. ó N°/núms.: número/números.

ONG: Organización no Gubernamental (también para el plural).

ONU: Organización de Naciones Unidas.

Op. Cit.: obra citada.

OSPDH: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (Universidad de Barcelona).

RD: Real Decreto

RP: Reglamento Penitenciario.

SAP/SSAP: Sentencia/Sentencias de la Audiencia Provincial.

STC/SSTC: Sentencia/Sentencias del Tribunal Constitucional.

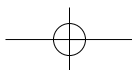
STS/SSTS: Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

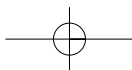
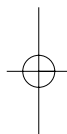
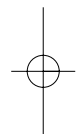
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

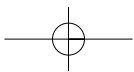
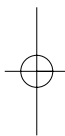
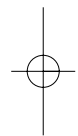
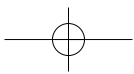
TS: Tribunal Supremo.

Vol./vols.: volumen/volúmenes.



PREFACIOS





La tortura: relativismos político, cultural y económico. El choque de las convicciones

ERIC SOTTAS

(Presidente de la Organización Mundial contra la Tortura)

A comienzos de la década de 1990, durante las reuniones preparatorias para la Cumbre de Viena sobre los derechos humanos, fueron reafirmadas sin ambigüedad las tres características fundamentales de los derechos humanos: su universalidad, su interdependencia y su indisociabilidad. Esta afirmación era indispensable en vista de las corrientes que intentaban presentar los derechos humanos como un conjunto de reglas creadas exclusivamente por las democracias industrializadas, e impuestas al resto del mundo sin tener en cuenta las diversidades culturales ni los valores fundamentales de cada civilización. ¿Cuál es la situación actual?

Los ataques terroristas de septiembre de 2001 provocaron un cuestionamiento y una relativización de la definición de la tortura y de la prohibición absoluta de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes en nombre de la seguridad de Estado. Esta relativización culminó con la puesta en marcha de políticas de lucha contra el terrorismo, en particular por parte de las democracias occidentales. El argumento político que envuelve la relativización de la prohibición absoluta de la tortura se funda en el hecho de que la prohibición dejaría de ser absoluta si llegase a convertirse en un peligro inaceptable para la sociedad. Asumiendo el riesgo de tal relativismo, no sólo las democracias occidentales cuestionan nuevamente uno de los fundamentos de toda política de promoción y de defensa de los derechos humanos, sino que, además, después de largos años, vuelven a lanzar el debate sobre el relativismo, incluido el cultural y el social.

De acuerdo a ello, la prohibición de la tortura puede ser discutida en lo sucesivo, no sólo a partir del problema de la seguridad del Estado o de los ciudadanos, sino también en función de los problemas sociales que atraviese tal o cual país, o de la percepción cultural que pueda tener tal o cual población más proclive a proteger los derechos colectivos que a afirmar que la tortura está prohibida en toda ocasión.

Relativismo político

El acento puesto recientemente en numerosos países occidentales sobre la necesidad de reforzar la seguridad y endurecer la lucha contra el terrorismo, condujo a prácticas que contradicen los principios fundamentales de los derechos humanos, lo cual tiende a ser aceptado por la opinión pública. Uno de los métodos utilizados por algunas de estas democracias consiste en “subcontratar” los casos de interrogatorios “severos” a países menos cuidadosos frente al respeto de los derechos humanos. Se ha demostrado ampliamente que una verdadera red de intercambio de prisioneros y de informaciones funcionaba como una actividad conocida bajo el nombre de “Rendition policy” (entregas extraordinarias). Estos hechos están consignados especialmente en el Informe del antiguo fiscal suizo, el Sr. Dick Marty, sobre las prisiones clandestinas en algunos países de Europa.

El corolario de la Rendition policy es la utilización de la información obtenida bajo la tortura o por medio de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por ello, las tentativas de relativizar la prohibición de apoyarse en confesiones obtenidas bajo tortura, no dejaron de aumentar desde 2001. La más conocida se desarrolló en Gran Bretaña en 2005, cuando el Gobierno inglés consideró que podía hacer uso de este tipo de informaciones procedentes de terceros países, en la medida en que aquellas eran vitales para la seguridad de su país. Oportunamente, la Cámara de los Lores puso fin a esa interpretación, basándose especialmente en el amicus curiae presentado por una coalición de organizaciones (ONG), entre ellas la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT).

En efecto, tan pronto como llegaron las primeras informaciones en este sentido, la OMCT reaccionó con fortaleza, particularmente a través de los miembros de su red, recordando sistemáticamente que todo sospechoso, aun si fuese responsable de actos terroristas, está protegido bien sea por los derechos humanos, o bien sea por el derecho humanitario, y que estas dos estructuras prohíben de manera absoluta el recurso a la tortura. La OMCT pidió a los estados que rechacen el tránsito, por su territorio, de los aviones que puedan transportar detenidos que luego serán interrogados sin las garantías previstas por los instrumentos internacionales, en terceros países, y espera vivamente que los Parlamentos de los países involucrados tomen las medidas legislativas necesarias para poner término a esta práctica, a la mayor brevedad posible. Asimismo, La OMCT considera que se debería impulsar una reflexión profunda que implique no sólo a juristas y filósofos, sino también a especialistas de los medios de comunicación así como a agentes sociales.

Relativismo cultural

La exclusividad de las fuentes culturales occidentales de los derechos humanos es regularmente invocada por ciertos dirigentes de países del Sur o de antiguos países socialistas, para denunciar con vehemencia el nuevo imperialismo de los derechos humanos, impuesto por la cultura occidental.

Durante los comités preparatorios para la Conferencia de Viena de 1993, varias delegaciones asiáticas y una muy pequeña minoría de delegaciones africanas discutieron la universalidad de los derechos humanos, aduciendo sus fundamentos filosóficos occidentales a menudo incompatibles con sus propios sistemas de referencia nacidos de una historia diferente. Según ellas, el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), reflejaría sólo una imposición normativa emanada de la hegemonía de las sociedades industriales europeas y americanas sobre el conjunto del planeta. Así, los derechos humanos serían sólo una expresión de este imperialismo, ya que imponen a otras naciones, reglas que les son a menudo desfavorables bajo el ángulo de su propio desarrollo, y que también contradicen valores fundamentales de sus culturas.

Mucho antes del siglo XVI, y de manera aún más evidente desde el movimiento colonizador que siguió a los grandes descubrimientos, las sociedades europeas y luego las americanas, modelaron el mundo según sus intereses y de acuerdo a ideales que no coincidían con aquellos de los pueblos sometidos. Pero ¿podemos concluir por ello que el sistema de derechos humanos internacionalmente en vigor refleja únicamente los criterios occidentales, con el pretexto de que fueron pensadores europeos quienes definieron, en gran medida, los principios que lo sustentan? ¿Es legítimo pensar que por tal motivo, este sistema no puede aspirar a la universalidad, sino que debe ser visto como un instrumento de promoción al servicio de una minoría que procura controlar al resto del planeta? Si esta afirmación del carácter puramente relativo de los derechos humanos a menudo sirve para justificar las viola-

ciones perpetradas sistemáticamente por regímenes totalitarios, también es cierto que es rechazada por las ONG locales y la inmensa mayoría de los intelectuales de esos mismos países que, proclaman sin reserva el carácter universal del único sistema normativo susceptible de proteger a las poblaciones contra las exacciones y la arbitrariedad. La lucha por el respeto de los derechos humanos, aunque no se inscribe en la misma filosofía, es una constante histórica palpable en el seno de toda sociedad.

Es necesario un debate sobre la instrumentalización del espacio cultural (religioso y filosófico), tanto por los gobiernos occidentales que justifican algunas de sus acciones en nombre de una pretendida defensa de los derechos humanos, como también por los líderes que agitan la bandera de la religión para rechazar todo valor occidental y algunos derechos fundamentales, intentando así justificar ante su población las exacciones que aquellas reprobaban.

Los derechos humanos son universales y no existen particularismos culturales susceptibles de cuestionar este principio. Hay que seguir luchando y repetir con voz alta y fuerte que los derechos humanos no son un concepto occidental, válido solamente para los países del Norte! La conferencia de la ONU en Viena, en 1993 [que finalizó con la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, con sede en Ginebra] reiteró solemnemente el carácter universal de los derechos humanos. Es un logro que todos debemos defender

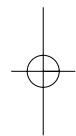
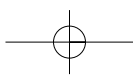
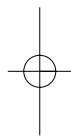
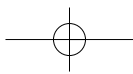
Relativismo económico

A semejanza del argumento de la seguridad del Estado, ciertos países utilizan las nociones de desarrollo, de industrialización nacional y de crecimiento, para enmascarar y perpetrar violaciones masivas de los derechos humanos. China y Myanmar para citar sólo dos ejemplos, no cesan de violar los derechos individuales y colectivos de su población en nombre del desarrollo económico de la nación.

Por otra parte, desde la caída del Muro de Berlín y la debacle de los ex estados del bloque del este, algunos replantean el debate sobre el respeto de los derechos civiles y políticos a partir del requisito de una “buena salud” económica como corolario del respeto de los derechos de la persona humana. Asistimos así al surgimiento de un relativismo económico, cuyo principal argumento es la utilización indebida del derecho al desarrollo.

Es importante reflexionar, con una nueva mirada, sobre las consecuencias de esas violaciones de los derechos humanos estimuladas por el sistema económico internacional que considera la competencia como motor del desarrollo.

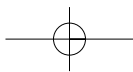
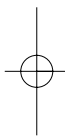
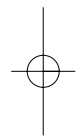
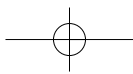
En conclusión, debemos reafirmar la indisociabilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta situación de relativización de la prohibición de la tortura que se plantea a nivel mundial tiene su propio reflejo en la situación concreta del Estado español. También en este ámbito geográfico, tal y como se desarrolla en la laboriosa investigación que aquí se presenta y debido principalmente a circunstancias de índole política y social, las autoridades minimizan la gravedad y el impacto del fenómeno de la tortura y la violencia institucional y justifican y glorifican el sistema que la ampara. Esta situación es una de las emergencias que deben enfrentar las autoridades españolas, en consonancia con las recomendaciones ampliamente repetidas por organizaciones e instituciones internacionales de reconocido prestigio. Este informe, publicado tras tres años de investigación coordinada por el *Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona* servirá, sin duda, para remarcar los puntos de preocupación e incidir en las medidas a adoptar para que la prohibición de la tortura sea absoluta e imperativa.



???

LUIGI FERRAJOLI
(Universidad de Roma III)

PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN



I. Justificación y objetivo general de la investigación

En los meses previos al verano de 2007, algunas televisiones, periódicos y videos que circularon por Internet, mostraron las imágenes de agentes de la Policía autonómica de Cataluña (Mossos d'Esquadra) apaleando a detenidos en la Comisaría de Les Corts de la ciudad de Barcelona. Primero se mostró a un hombre como víctima de tales malos tratos, posteriormente se pudo ver cómo a una mujer semidesnuda y esposada se la abofeteaba por parte de otras agentes; más tarde se conocieron otros casos similares ocurridos con anterioridad a los citados. Las reacciones no se hicieron esperar: los Sindicatos de la citada Policía organizaron una gran manifestación pidiendo el cese del Consejero de Interior (quien había ordenado la instalación de cámaras en una Comisaría sospechada hacía tiempo), algunos partidos políticos y medios de comunicación se apresuraron a decir que el comportamiento de los agentes policiales era proporcionado, otros agentes sociales y personas individuales aludieron a la impericia de una Policía aún joven. Se escucharon muchas palabras (*impacto, estupefacción, incredulidad, exageración, hecho aislado y similares*). Estas y otras reacciones seguramente se inscriben en el terreno de la banalización actual de la violencia institucional que, especialmente, se perpetra en los “lugares invisibles” del Estado, en las dependencias de las diversas formas de la privación de la libertad. Pero lo que ha resultado indudable, más allá de los eufemismos antes citados, es que unas cámaras de video (es decir, unos “ojos” que miran y registran lo sucedido) revelaron lo que parecía hasta entonces —para algunos— imposible: también aquí, y ahora, se producen tratos crueles, inhumanos o degradantes. Claro que también se cuestionó el hecho mismo de que se hicieran públicas tales imágenes; para algunos era preferible que esas cosas se “arreglasen en casa”.

En los últimos años, esa misma sociedad había podido contemplar en las pantallas televisivas de sus hogares, las imágenes de malos tratos a detenidos y presos en cárceles y sitios *lejanos*: Abu Graib, Guantánamo ... La diferencia era evidente: en efecto, se trataba de lugares *lejanos*. Asimismo, la sociedad europea ha podido tener noticia, también en los pasados años, de la existencia de cárceles secretas (en Europa y fuera de ella), de vuelos clandestinos que trasladaron personas secuestradas en el espacio aéreo de las democracias europeas, de sub-contrataciones de la tortura en terceros países no muy respetuosos de los derechos humanos, etc. ¿Qué representa todo ello?

En realidad, como es ampliamente sabido, la tortura, los malos tratos y otras formas de violencia institucional constituyen una práctica sumamente antigua que siempre ha acechado y habitado (cierto que en grados muy diversos) en el universo de la privación de la libertad, particularmente en sus modalidades de aislamiento. No estudiaremos aquí la cantidad de estudios que al respecto existen sobre la tortura en la Edad Media, en el Antiguo Régimen (baste citar por todos el examen pionero de Tomás y Valiente sobre ello), o en la Modernidad. Pero estas solas menciones ponen de manifiesto la existencia y la persistencia de una lacra que no ha podido ser erradicada.

Tras la barbarie del Holocausto y de la segunda Guerra Mundial, Europa re-edificó sus bases políticas sobre el respeto a los derechos humanos como base fundamental de las nuevas democracias de post-guerra. No puede entenderse la aspiración o modelo garantista, sin la consideración del “universo concentracionario” y del Holocausto. Como señaló Adorno (parafraseando a Kant), *Auschwitz* edificó un nuevo imperativo categórico y, sólo a través de semejante imperatividad, la historia europea recuperó las bases de una Modernidad que había abandonado en su enajenación autoritaria. El “garantismo”, como traducción penal del “constitucionalismo social” de la segunda post-guerra mundial, trajo jurídicamente un grito que atravesó la humanidad en 1945: el del “¡Nunca Más!”. Recobrada la paz, recuperadas las bases de la Modernidad ilustrada, el “modelo” garantista se convirtió en la aspiración de los estados sociales y democráticos de derecho que iniciaron así sus operaciones reformistas bajo el firmamento de un derecho internacional de los derechos humanos. No por casualidad, las Constituciones italiana y alemana inauguraron el aludido constitucionalismo. Exactamente treinta años después, La Constitución Española siguió aquella senda mas, para entonces, los fundamentos mismos de aquella forma-Estado comenzaban a tambalearse.

Sin embargo, ha sido en los últimos años cuando las garantías penales (en especial en el ámbito de la privación de libertad) han comenzado a ser seriamente cuestionadas, reformadas y, en ocasiones, derogadas. En el Estado español, en la última década, las principales leyes que sustentan todo el Sistema Penal (Códigos penales, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Penitenciaria, Ley de Responsabilidad penal del menor, Leyes de extranjería, Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras), han sufrido más de veinte reformas legislativas de un profundo signo restrictivo (desde el punto de vista de vista garantista). La población encarcelada se ha visto más que duplicada; España se halla a la cabeza en el índice de población encarcelada de la Unión Europea (147 presos por cada 100.000 habitantes, a la fecha de escribir esta Presentación); la situación de hacinamiento y masificación es la más grave que se vive en los treinta años de democracia y, en un contexto semejante, aquel “garantismo penal” que se mencionó, de muy tardía implantación en España, no parece que goce de muy buena salud.

La presente investigación pretende examinar, como luego se explicará con mucho más detalle, el universo de la tortura, los malos tratos y otras formas de violencia institucional en las distintas modalidades de la privación de la libertad en el Estado español. Como se verá, tras tres años de trabajo, y gracias a las colaboraciones de numerosos académicos, profesionales del Derecho y miembros de organizaciones de derechos humanos, todos ellos de numerosos lugares del Estado español, el presente Informe recoge una voluminosa cantidad de información que se refiere al nivel de respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad en España. Centros penitenciarios, centros de reclusión de menores, comisarías de las distintas policías, centros de internamiento para migrantes en situación irregular (privados de libertad aunque no hayan delinquido), zonas de espera aeroportuarias y otras formas de reclusión han sido aquí examinadas a través de los numerosos datos e informaciones que se irán citando en cada caso.

Como he señalado, las precisiones, metodología, miembros del consorcio investigador, actores nacionales e internacionales, fases del trabajo y objetivos de la investigación, se detallarán en las páginas sucesivas. Baste por el momento, entonces, agradecer a quienes han confiado en la coordinación del todo el trabajo que le ha correspondido al *Observatori del Sistema penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona*.

Iñaki Rivera Beiras

Barcelona, septiembre de 2007

2. Contexto de la investigación

El Informe sobre PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS. *La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español* reúne el trabajo que ha sido posible llevar a cabo en el marco de dos Proyectos de Investigación, uno europeo y el otro nacional, que han constituido el marco oficial de la investigación desarrollada. A continuación, brevemente, ambos proyectos serán descritos.

2.1 El Proyecto de la Comisión Europea “*CHALLENGE. The changing landscape of European liberty and security*” (Contract CITI-CT-2004-506255, aprobado por el VI Programa Marco de la ce)

CHALLENGE is an “integrated project” financed by the Sixth Framework Research Programme (Theme 6.1.1 of Priority 7, (Citizens and Governance in a Knowledge based society”) of the Directorate-General for Research of the European Commission. Its runs over a period of five years starting from 1st June. 2004.

The reseach project aims at developing adequate conceptual, substantive and policy tools to enable a knowledge-based society to better understand security issues in an enlarging Europe, while at the same time provideng a framework for policy responses to future security crisis. The project places itself in the perspective of European integration and addresses the critical issue of institutional restructuring and new forms of power in the area of security. It will create an OBSERVATORY charged with the analysis and evaluation of the changing relationship between liberty and security in Europe.

CHALLENGE es un “macro-proyecto” europeo en el que participa un consorcio integrado por veintinueve universidades e institutos de investigación de toda la Unión Europea, que consiste en dieciséis paquetes de trabajos distribuidos en cinco fases, con una duración de cinco años. Este proyecto pretende fomentar una mayor sensibilidad y responsabilidad en la toma de decisiones relacionadas con las nuevas políticas de seguridad, con objeto de minimizar el grado en que éstas puedan socavar las libertades, los derechos humanos y la cohesión social en una Europa en proceso de ampliación.

El principal objetivo será ayudar a que la nueva estructura de seguridad que se construye en Europa comience, en su punto de partida, con el respeto a las libertades civiles y los derechos humanos, en una situación especialmente delicada tras los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre en los EEUU.

Con este fin se ha creado un Observatorio interdisciplinario, bajo la dirección del coordinador del proyecto científico, que se encargará de realizar un análisis y una evaluación de las relaciones cambiantes entre seguridad, estabilidad y libertad, en una Europa ampliada, que respete y defienda los valores de la democracia. Con ello se buscará:

- Entender y medir la fusión existente entre seguridad interna y externa, así como detectar y evaluar cualquier cambio que se produzca en Europa en la relación entre libertad y seguridad, especialmente en la medida en que ello suponga la introducción de excepciones que amenacen las libertades civiles en nombre de la seguridad, los asuntos exteriores, la estabilidad y/o la necesidad.
- Facilitar la valoración de las relaciones, cambiantes en el tiempo, entre seguridad y libertad, en los campos más susceptibles de verse afectados, así como observar la actuación de las instituciones encargadas de la seguridad (policía, servicios de inteligencia y otras agencias privadas).
- Fomentar el desarrollo de una red interdisciplinaria de estudiosos que abarque varias regiones europeas.
- Agrupar dicha red en un Proyecto Integrado centrado en los estados de excepción, como prácticas y regímenes antiliberales, donde el respeto por los derechos humanos constituye un objeto de estudio de primer orden.

La Universidad de Barcelona, a través del OSPDH, interviene en un paquete de trabajo que, bajo el título de *“La Excepcionalidad y su Impacto en las Relaciones Europeo-Mediterráneas”*, tiene como objetivos:

- a) analizar el impacto que las políticas excepcionales tienen sobre la seguridad y las libertades de los ciudadanos europeos;
- b) estudiar, asimismo, hasta qué punto los estados europeos están vulnerando la libertad y seguridad de los ciudadanos cuando usan las políticas de emergencia.

Como es sabido, este fenómeno se ha agudizado sustancialmente desde el 11 de septiembre de 2001. Después de esa fecha, hemos asistido a un drástico endurecimiento de la legislación sobre los inmigrantes irregulares, y también sobre el terrorismo nacional e internacional, permitiéndonos observar una unificación de ambos fenómenos. Los llamados inmigrantes y los terroristas constituyen paradigmáticamente las nuevas subjetividades que aparecen, en esta situación, como los nuevos “enemigos” del orden internacional, lo cual podría llevar a la justificación de una transformación del modelo penal liberal, e incluso del derecho en general.

Conocer el nivel de respeto efectivo de los derechos humanos en el ámbito de las distintas formas de privación de libertad, así como los mecanismos de prevención y sanción de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se convierte así en una prioridad que será examinada en el presente Informe. Éste, titulado como *PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS. LA TORTURA Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN EL ESTADO ESPAÑOL*, presenta los resultados de la investigación desarrollada durante los últimos tres años.

Aún es preciso presentar al conjunto de Universidades e Institutos de investigación de la Unión Europea que constituyen el Consorcio internacional del proyecto europeo. Posteriormente, se presen-

tará el Consorcio nacional que ha participado directamente en el mismo.

El proyecto *CALLENGE* está compuesto por las siguientes Universidades e Institutos de investigación europeos:

Centre for European Policy Studies, CEPS, Belgium.	Joanna Apap y Sergio Carrera
Centre d'Etudes et de Recherches Internationales, CERI, France.	Didier Bigo
King's College London, Department of War Studies, UK.	Vivienne Jabri
Keele University, School of Politics, International Relations and the Environment, UK.	Rob Walter
University of Copenhagen/PRIO, Department of Political Science, Denmark.	Ole Waever y Peter Burgess
European Association for Research on Transformation – EART, Germany.	Peter Lock
University of Leeds, Jean Monnet European Centre of Excellence, UK.	Juliet Lodge
University of Genoa, Disa-Uinge, Department of Anthropological Sciences, Italy.	Alessandro Dal Lago y Salvatore Palidda
Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, Spain.	Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras
University of Szeged, Hungarian Academy of Sciences, Hungary.	Judit Tóth
Groupe de Sociologie des Religions et de la Laïcité, GSRL, France.	Jocelyne Cesari
University of Caen, France.	Michalis Lianos
National Capodistrian University of Athens, Department of International Studies, European law Research Centre, Greece.	Nikolas Scandamis
University of Utrecht —Instituut voor Staats— en Bestuursrecht Faculteit Rechtsgeleerdheid, The Netherlands.	L.F.M. Besselink y A. Woltjer
University of Nijmegen, Centre for Migration Law, The Netherlands.	Elsbeth Guid
Stefan Batory Foundation, Poland	Jakub Boratynski
Foundation for International Studies, Malta.	Leslie Agius
European Institute, Bulgaria.	Angelina Tchordadjyska
London School of Economics and Political Science, European Foreign Policy Unit at the Department of International Relations, UK.	Karen Smith
University of Cologne, Forschungsinstitut für Politische Wissenschaft und Europäische Fragen, Germany.	Wolfgang Wessels
Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universitat Autònoma de Barcelona, Spain.	Esther Barbé

2.2 El Proyecto del Ministerio de Educación y Ciencia del Estado español “Desafíos que plantea para España la creación de un espacio penitenciario europeo” (SEJ2004-01152)

El proyecto del OSPDH *Desafíos para el sistema penitenciario español que plantea la creación de un espacio penitenciario europeo*, fue aprobado en 2004, por el Ministerio de Educación y Ciencia (núm. de referencia: SEJ2004-01152) con una duración de tres años, por lo que tiene prevista su finalización hacia mediados del mes de diciembre de 2007.

En un primer momento, el objetivo principal del proyecto era el de establecer una posible comparativa entre la realidad jurídico-penitenciaria española en contraste con las realidades en ese mismo

ámbito apreciables en la Unión Europea. No obstante, las experiencias acumuladas a lo largo de la investigación han dado como resultado que, sin menoscabo del objetivo principal mencionado, se haya producido una ampliación de los resultados esperados en un inicio. Partiendo del respeto hacia los compromisos asumidos en el momento inicial del proyecto (tanto en las hipótesis, las finalidades, así como en la metodología, etc.), lo cierto es que la comparativa a la que se ha aludido se optó finalmente por no circunscribirla a los ámbitos español y europeo, sino que se consideró como ineludible tener en cuenta como elemento de análisis y comparación la influencia mundial ejercida por las prácticas y reformas legislativas en materia penitenciaria de los Estados Unidos de América.

Asimismo, no sólo se han tenido en cuenta los centros penitenciarios para la elaboración de dicha comparativa, sino que ha resultado inevitable incluir en la investigación otros ámbitos de privación de libertad como, entre otros, las comisarías de policía, los centros de reforma de menores y los centros para emigrantes no documentados.

De forma sintética, se incluyen a continuación los diferentes logros del proyecto, así como el estado actual del mismo:

- Ha sido concluida la fase de investigación.
- Los datos obtenidos de todas las investigaciones sectoriales han sido sistematizados y analizados.
- Los días 14 y 15 de diciembre de 2006 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el Encuentro Internacional *Excepcionalismo y Derechos Humanos*, donde finalmente se pusieron en común los logros del proyecto asumidos hasta ese momento y se concretó la elaboración conjunta de diversos documentos que se adjuntarán al Informe Final que verá la luz en diciembre de 2007.
- Se ha efectuado la validación científica y formal de los documentos producidos por cada una de las aportaciones sectoriales.
- Se han consensuado los requisitos a cumplimentar para lograr la visualización del proyecto: presentación pública y publicación.
- Se han reforzado los contactos entre los sectores participantes en el proyecto para darle continuidad al mismo en años sucesivos como herramienta válida en usos de evaluación y prospectiva en diversos ámbitos, como el académico y, también, el que incluye a todas las instituciones que conforman el Sistema Penal.

3. Concreción de la investigación

Conocer el nivel de respeto efectivo de los derechos humanos y los mecanismos de prevención y sanción de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, es la meta que pretende asumir la investigación que se presenta. La misma pretende, primero, señalar una serie de Indicadores de las situaciones objeto de análisis y, segundo, formular unas Recomendaciones tendentes a la implementación de fórmulas, políticas públicas y mecanismos para prevenir y sancionar dichas prácticas en las instituciones de segregación del Estado español.

Inscrito, como ya se ha dicho, en el seno de los proyectos europeo y estatal, el punto de partida formal de la presente investigación se sitúa en el marco de las decisiones adoptadas en el *Encuentro estatal sobre Privación de Libertad y Derechos Humanos*, celebrado entre diversas Universidades, Corporaciones profesionales (Colegios de Abogados) y organizaciones sociales de numerosas Comunidades Autónomas del Estado español, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el mes de septiembre de 2004, a instancias del OSPDH de la misma Universidad.

3.1. Objetivos específicos

En dicho Encuentro se propuso la constitución de un Consorcio de Equipos de investigación integrado por diversas instituciones públicas y no gubernamentales del Estado español, así como la concreción de un Plan de Trabajo idóneo para dotar de contenido a los ejes temáticos principales que constituyen el núcleo del proyecto de investigación. Estos, que pueden considerarse como objetivos más específicos del Informe son, sin perjuicio de cuanto luego se detallará, los siguientes:

- Elaborar una “radiografía” de las zonas que actualmente conforman la privación de libertad en el Estado español (Cárceles, Centros de menores, Centros de Internamiento de Extranjeros, Zonas aeroportuarias y Establecimientos policiales).
- Precisar, como se hará un poco más adelante, ¿qué casos y qué tipo de tortura o tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes investigamos?
- Recoger en el presente Informe el importante esfuerzo de aquellas organizaciones que trabajan en la visualización de estas formas de violencia institucional a través de la elaboración de “banco de datos” sobre la tortura.
- Examinar cómo se articula la prohibición de la tortura en el contexto internacional y en España a través de su análisis normativo y jurisprudencial.
- Describir los llamados ritos de impunidad que rodean a la tortura.
- Investigar algunas situaciones estructurales tales como la asistencia sanitaria y la higiene en las

cárceles y el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (durante la privación de la libertad).

- Tratar la específica situación de aquellas categorías sociales especialmente vulneradas por esta problemática tales como mujeres, jóvenes, migrantes y personas bajo aplicación de legislaciones de emergencia.
- Conocer los discursos mediáticos que tratan el fenómeno de la tortura.
- Contextualizar este fenómeno en el marco del contexto internacional del último quinquenio.
- Recoger las demandas de los afectados y de las víctimas de malos tratos y torturas (personas privadas de libertad, familiares, organizaciones sociales, profesionales y abogados).
- Elaborar algunas conclusiones y recomendaciones.

3.2. Procedimiento, consorcio investigador y metodología empleada

Tras la celebración del aludido Encuentro, una vez elaborado el Plan de Trabajo que debía orientar las diversas fases temporales de la investigación, se constituyó el Consorcio de los equipos que habían de llevar adelante el trabajo coordinado por el OSPDH. Este Consorcio ha sido integrado, citando ahora tan sólo a las Instituciones y organizaciones (y dejando para cada apartado la mención de la autoría en cada caso):

- Desde Galicia: las Universidades de A Coruña y de Vigo; el Colegio de Abogados de Ourense, y la Asociación Esculca.
- Desde Euskadi: el Instituto de Criminología y el Departamento de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco y la Asociación Salhaketa de apoyo a presos/as sociales.
- Desde Aragón: el Colegio de Abogados de Zaragoza y la Asociación de Seguimiento y Apoyo a Presos/as de Aragón (ASAPA).
- Desde Madrid: la Universidad Complutense; el Centro de Documentación contra la Tortura, la Coordinadora de Barrios y la Asociación Apoyo;
- Desde Andalucía: la Universidad de Jaén y la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía.
- Desde Cataluña: la Coordinadora catalana per a la Prevenció de la Tortura y el OSPDH de la Universidad de Barcelona.

Asimismo, un actor internacional que participó en el Proyecto, como se señalará unas líneas más abajo, es el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa.

Mención aparte requiere la colaboración que el aludido Consorcio ha tenido con algunos Poderes Públicos que poseen competencias en los ámbitos que se analizarán (Ministerio del Interior y Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, así como sus *Ombudsmen* respectivos, Defensoría del Pueblo y Síndic de Greuges de Cataluña, y ámbitos jurisdiccionales y del Ministerio Público, cuyos datos también han sido en algunas ocasiones, remitidos, en otras, obtenidos y siempre interpretados en la investigación).

Según lo expuesto, el equipo de investigación diseñó una metodología adecuada para asumir los objetivos generales y específicos de la investigación. Dicha metodología se ha centrado, en una primera etapa, en el desarrollo de una investigación de tipo documental compleja; ésta, según la definición tradicional, permite confeccionar nuevos documentos, incluyendo listados bibliográficos, que permiten determinar, exponer, investigar, comparar y criticar un tema o asunto concretos a través del análisis.

sis de las fuentes de información tenidas en cuenta para su elaboración (GARCÍA FERRANDO, IBÁÑEZ Y ALVIRA, 1990). Una vez que esta etapa se hallaba lo suficientemente avanzada, se procedió a iniciar la investigación empírica (GARCÍA FERRANDO, 1979; Mayntz, Holm y Hübner, 1996), en el sentido de que tras el análisis de la profusa documentación conseguida se pasó a contrastarla con los estudios de caso a los que se tuvo acceso y que ejemplifican el estado de la cuestión en lo concerniente a la tortura y otros tratos inhumanos, crueles o degradantes.

Cada miembro del Consorcio aportó en su momento, según las directrices y el cronograma especificados en el Plan de Trabajo acordado, la información que halló más adecuada para la cumplimentar los ejes temáticos de la investigación según las precisiones temporales, espaciales, conceptuales y subjetivas necesarias y que serán expuestas enseguida. En definitiva, se partió de la compilación y posterior análisis de la compleja documentación disponible sobre la temática de la privación de libertad y los derechos humanos, primero aquella enmarcada en un punto de vista panorámico y después la más específica, para finalmente atender a la realidad cotidiana de aquellas personas que se hallan privadas de libertad.

Las líneas de la investigación, según la metodología descrita, pueden definirse por sus intenciones últimas como argumentativa, por un lado, e informativa, por el otro. La primera pretende demostrar, en la temática que aborda, la existencia de escenarios indeseables en los ámbitos normativo, jurisprudencial y empírico; también expone las consecuencias, plantea preguntas y, tanto a lo largo de los resultados por escrito de la investigación como en las conclusiones que plantea, propone soluciones. Se puede decir, sin cortapisas, que la presente investigación no intenta en ningún momento encubrir que toma partido por la defensa de los derechos humanos de aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad.

No obstante lo dicho, la asunción por parte de la totalidad de los miembros del Consorcio de una perspectiva crítica a la hora de afrontar el estudio de la problemática, la segunda línea de investigación pretende al mismo tiempo adecuarse a una determinación expositiva, es decir, informativa. Ello se ha logrado gracias a la concienzuda verificación, en varias etapas, de la confiabilidad de las fuentes consultadas y utilizadas así como de los datos obtenidos, todo ello como pasos previos para seleccionar la información relevante para la presente investigación y organización posterior de la misma.

Desde el punto de vista que considera que la metodología se ocupa de la legitimidad de los procedimientos mediante los cuales se realizan las observaciones, la recogida de material y la verificación de todo ello, cabe añadir que las técnicas empleadas han sido diversas y en todo momento consensuadas por los miembros del Consorcio, en general, y por los autores del presente Informe, en particular. Todos ellos han contribuido con su trabajo al uso y constantes revisiones y perfeccionamiento de las mismas, al tiempo que se han nutrido de ellas para la elaboración de sus aportaciones.

Las técnicas aludidas permitieron contrastar en todo momento los datos obtenidos, al tiempo que sirvieron para evitar al máximo posible las repeticiones discursivas de cada una de las aportaciones de los autores. Efectivamente, se diseñaron bases de datos ofimáticas específicas para las fuentes bibliográficas y las provenientes de la prensa escrita, también para las fuentes legislativas y judiciales, así como para la sistematización de los estudios de caso, los cuales tan profusamente son utilizados a lo largo del Informe. Otro recurso importante para la verificación y el contraste de los datos acumulados consistió en la realización de entrevistas semi-estructuradas o abiertas con personas implicadas en la temática de la Investigación (juristas, miembros de ONG, personal médico, periodistas, colectivos ciudadanos, víctimas de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes —hayan denunciado o no los hechos ante las autoridades—, etc.).

La metodología aquí apuntada, así como las técnicas que la han puesto a prueba, han servido, por un lado, para que la Investigación haya alcanzado un alto grado de confiabilidad en cuanto al contraste de la formidable cantidad de información obtenida y, por el otro, para que dicha información haya sido convenientemente sistematizada y analizada y avale la solidez de las conclusiones que se exponen tanto a lo largo del Informe como en el capítulo concreto que se centra en la exposición de las mismas.

3.3. Algunas precisiones de la investigación desarrollada

3.3.1. Precisiones conceptuales

Como punto de partida, resultará esencial delimitar conceptualmente lo que se debe entender —a los fines de esta investigación— por “torturas” y “otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Ello requerirá considerar, por un lado, lo que respecto a tales nociones nos dicen los Tratados o Declaraciones Internacionales que regulan la materia y, por el otro, la interpretación y delimitación que de los mismos se ha venido realizando a nivel jurisprudencial, tanto en el ámbito estatal (Tribunal Constitucional), como europeo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

En lo que a la “tortura” concierne, le atribuiremos el mismo significado que le otorga el art. 1 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (ONU: 1984), como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales [...] con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión; de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido; de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras; o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”; y que haya sido cometida “por un funcionario público; u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”.

Más allá de las críticas dirigidas contra la definición,¹ lo cierto es que el alcance del concepto resulta claro y preciso. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se ha de delimitar el sentido de las palabras “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, máxime si nos referimos a aquéllos en un ámbito tan peculiar como el de la ejecución de las penas privativas de libertad. Definir el contenido de estos términos no es una cuestión que aquí resulte menor, pues a lo largo de este estudio incluiremos una gran cantidad de situaciones violatorias de los derechos humanos, que no estarán consideradas en tanto torturas, sino en tanto “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

El TEDH se pronunció en reiteradas oportunidades procurando delimitar el alcance de los términos contenidos en el art. 3² del Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos (ONU: 1950). Balaguer Santamaría, analizando las definiciones del Tribunal, concluye en que el elemento diferenciador entre las torturas y los tratos inhumanos o degradantes es la intensidad de los sufrimientos que se producen, requiriendo la tortura un nivel especial en el dolor infligido (1992: 114-115).

En la sentencia “Tyrer”, el TEDH señaló que lo que interesa a los efectos de conceptualizar a una pena como “degradante”, es que la humillación se produzca, no por la mera condena, sino por la forma en la cual ésta se ejecuta, apreciación que será forzosamente relativa y que dependerá del conjunto de cir-

¹ Tales críticas se desarrollarán en el capítulo citado en la nota anterior.

² “Artículo 3: Prohibición de la tortura: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

cunstancias del caso y especialmente de la naturaleza y el contexto de la pena, así como de la manera en que ésta se ejecute (Balaguer Santamaría, 1992: 115-116).

Concluye el citado autor —con relación a la interpretación que del art. 3 CEDH ha hecho el TEDH— en que se ha de entender como trato degradante aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad capaces de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. La práctica de tratos inhumanos incluye aquéllos que producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia. En las torturas se incluyen aquellos tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles, constituyendo éstos una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes (1992: 11).

Otorgando a los términos esta inteligencia, las páginas que siguen, pues, no sólo aspiran a constituir una denuncia de las situaciones más burdas y deliberadas —que desde luego las hay—, tales como azotes o reprimendas aplicadas por quienes están a cargo de su custodia en los centros en los que están detenidos, sino que se conferirá, asimismo, una singular relevancia a otras circunstancias que, habiéndose convertido en verdaderos rasgos estructurales de tales centros en el Estado español, pocas veces suelen ser consideradas como “penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, cuando en verdad no asiste motivo válido para no hacerlo. Debemos tener en cuenta que si asumimos que las carencias en materia de salud y planes de prevención en estos ámbitos constituyen tratos crueles o inhumanos, o si afirmamos que la superpoblación y hacinamiento carcelarios pueden también representar análogas violaciones —tal como lo sostuvo el mismo TEDH en reciente pronunciamiento—, el panorama se ensanchará notablemente y la magnitud del preocupante fenómeno *sub examine* aumentará considerablemente, alcanzando cifras más que alarmantes.

3.3.2. Precisiones temporales

El presente estudio procura realizar una descripción, en un período que va del año 2001 y hasta finales de 2006, de las condiciones que imperan en los diferentes centros de privación de libertad de España, comprendiendo dentro de éstos no sólo los centros penitenciarios, sino todos los ámbitos en los que ésta tiene lugar —que precisaremos detalladamente en el siguiente apartado—. La finalidad es evidenciar y denunciar la existencia, en tales espacios, de serias violaciones a los derechos fundamentales de quienes allí están alojados.

El corte temporal, que abarca un lapso de algo más de cinco años, toma 2001 como inicio, pues a partir de los atentados del 11-S en los Estados Unidos, se anunciaron y pusieron en práctica desde el gobierno español (al igual que en muchos otros países), un gran número de nuevas medidas de carácter represivo y sancionador, todo ello bajo el *slogan* de la “guerra contra el terrorismo”, y que supusieron un encarnizado embate contra la “inmigración ilegal”, considerando la lucha contra ésta como un refuerzo de la lucha antiterrorista.

Todo esto implicó un masivo aumento del ámbito de la privación de libertad en el Estado español —y por ende un notable deterioro en las condiciones de habitabilidad de los centros en los que ésta tiene lugar—, así como un consecuente debilitamiento de los derechos y garantías de los que allí se encuentran retenidos.

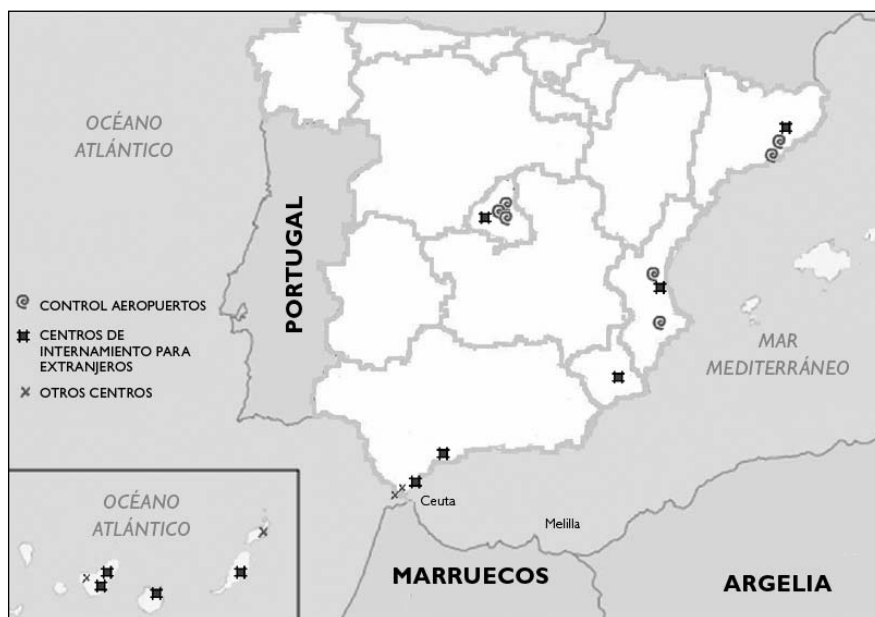
3.3.3. Precisiones espaciales. Geo-referenciación: equipo de investigación del OSPDH (Universidad de Barcelona)

La privación de la libertad a que se refiere el presente Informe, respecto del Estado español, y durante el período temporal reseñado (2001-2006), alude a las siguientes instituciones:

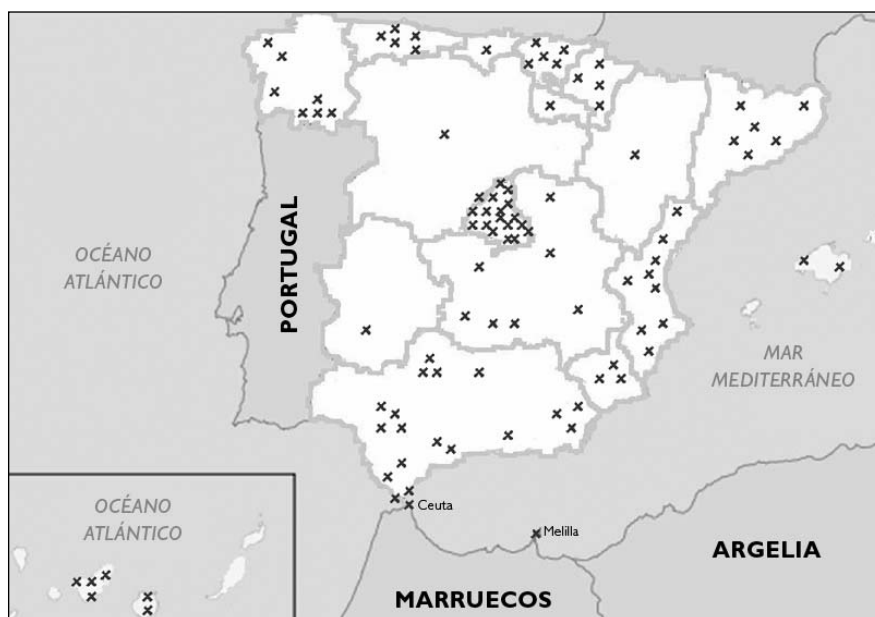
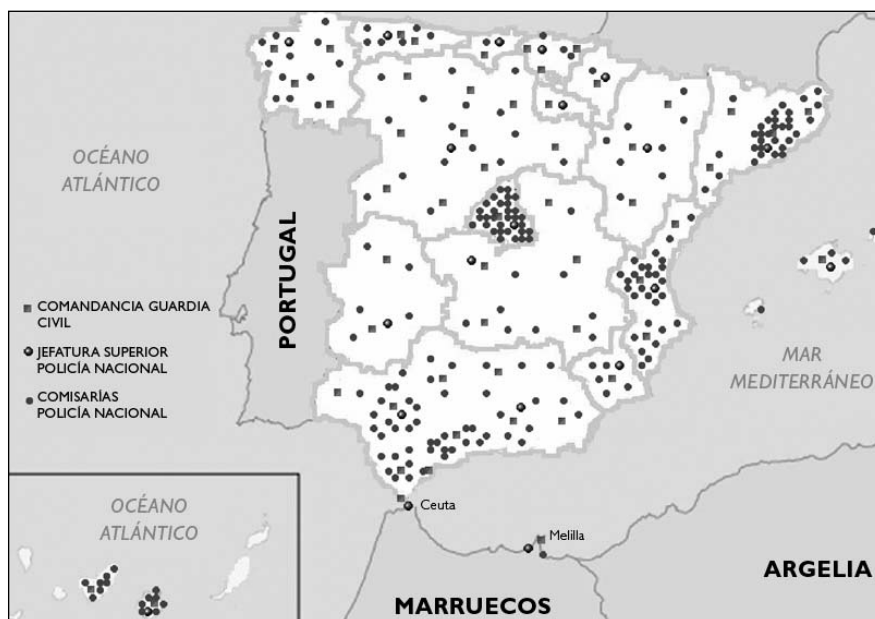
- Centros penitenciarios;
- Centros de reclusión de menores de edad;
- Centros de Internamiento de personas extranjeras;
- Comisarías de Policía(s), aunque se harán referencias constantes a los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad existentes en el Estado español (Cuerpo nacional de Policía, Guardia Civil, Policías Locales, Mossos d'Esquadra, Ertzaintza);
- Lugares de frontera (también en estaciones o en aeropuertos) donde las personas declaradas inadmisibles esperan ser repatriadas al país de procedencia;
- Lugares de tratamiento sanitario obligatorio y
- Hospitales psiquiátricos u otros lugares de recuperación —involuntario— para las personas.

Para entender definitivamente de qué privación de libertad hablamos al realizar una investigación como la presente, conviene recordar las expresiones del Presidente del Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, Mauro Palma, cuando indicaba qué comprende exactamente el llamado “área de la privación de la libertad” en el presente, en Europa (2006):

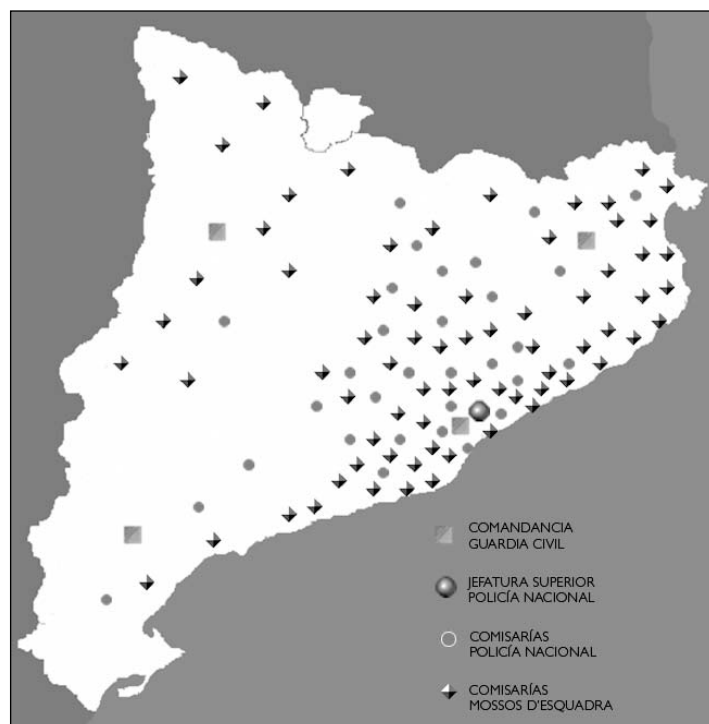
“El área de la privación de la libertad es más extensa de cuanto se piensa. Aquella comprende sobretudo la cárcel, que es el lugar al cual nos lleva inmediatamente la idea misma de privación de libertad; un lugar todavía y adondequiera escasamente transparente, a pesar que muchos ordenamientos nacionales prevean la posibilidad de acceso a él de personas que tengan un rol institucional. Pero el área de la privación de libertad no se restringe sólo en la cárcel. Hablamos aquí de privación de la libertad cada vez que un sujeto es retenido en un lugar por parte de una autoridad pública —y por lo tanto no es libre de dejarlo voluntariamente— independientemente del hecho que tal lugar sea formalmente definido y provisto como celda u otro lugar de posible alojamiento (el furgón que acompaña a una persona a comisaría es ya lugar de privación de la libertad). Las garantías de tutela de los derechos fundamentales de una persona privada de la libertad se disparan desde el primer momento de tal privación. En particular, la notificación a terceros de la privación de libertad ocurrida, el acceso al abogado y a un posible control médico, deben ser garantizadas desde el primer momento y no, como en más de una ocasión algunos países han intentado afirmar, sólo desde el momento de la formalización de la privación de la libertad”.

CÁRCELES³**CENTROS Y CONTROL DE MIGRANTES**

³ Diseño gráfico: María Acosta (OSPDH, Universidad de Barcelona).

CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD PARA MENORES**GUARDIA CIVIL Y POLICÍA NACIONAL**

CUERPOS DE SEGURIDAD CATALUNYA



CUERPOS DE SEGURIDAD EUSKADI



3.3.4. Precisiones subjetivas

Tal y como se verá gráficamente en los cuadros que se presentarán en el Capítulo 7 de la PARTE III del este Informe, elaborados por el Centro de Documentación contra la Tortura, las personas que han venido presentando denuncias por diversos tipos de malos tratos entre los años 2001 a 2006, pertenecen a un amplio espectro social. En efecto, de la detallada información gráfica que allí se presentará, semejante deducción halla su asiento en el hecho que las víctimas de semejantes tratos no presentan un perfil determinado sino que pertenecen a diversos estratos sociales (jóvenes y adultos, nacionales y migrantes, trabajadores y miembros de colectivos diversos).

Como podrá comprobarse entonces fácilmente, nadie escapa potencialmente a la eventualidad de sufrir algún tipo de violencia institucional como las que aquí se examinarán.

Si ello alude a la situación de las víctimas, en un sentido similar otro tanto puede decirse acerca de los victimarios. Considerando la cualidad de funcionario público (o asimilado) que requiere la consideración del delito de torturas, podrá comprobarse que las denuncias se dirigen contra todo tipo de CFSE o de sus Autonomías, Centros penitenciarios, de menores, zonas aeroportuarias y otras áreas de la privación de libertad que ya fueron anteriormente consideradas. Si a ello se une que la localización geográfica de las denuncias abarca la práctica totalidad del territorio del Estado español, fácilmente podrá constatar que las mismas abarcan un espectro especialmente significativo y, por consecuencia, muy preocupante.

Desde un punto meramente cuantitativo, la cifra de algo más de 700 denuncias anuales por torturas y/o malos tratos que se vienen constatando en los últimos años (a los que se refiere la presente investigación), supone un total que oscila en torno a las entre 3.500 y 4.000 denuncias en el último quinquenio. Unos números que deben tomarse en seria consideración pues, por sí solos, están hablando de la existencia de un fenómeno que no es aislado y esporádico, sino extendido subjetiva y territorialmente (como en los últimos años ha señalado, textualmente, algún Relator especial de la ONU, cuyas valoraciones se examinarán más adelante). Si ello es de por sí especialmente significativo, cabe todavía preguntarse: ¿esas cifras reflejan, realmente, la magnitud del fenómeno de la tortura y de otras formas de violencia institucional en el Estado español? Veamos.

Por descontado, ello constituye un dato significativo a considerar. No obstante semejante magnitud, la presente investigación reflejará que, en realidad, semejantes cifras no suponen ni más ni menos que la cara más “visible” de un fenómeno que está aún más extendido de lo que estos números pudieran revelar. Esto requiere una explicación.

En efecto, los datos aportados por el Centro de Documentación contra la Tortura reflejan lo que pueden reflejar, esto es, las denuncias que dicho Centro ha podido conocer como consecuencia de las noticias y casos que recibe de organizaciones sociales, de particulares, de Corporaciones profesionales y del tratamiento que el Centro realiza sobre Memorias de autoridades e instituciones públicas. Pero es evidente que dichas cifras no reflejan, en sentido inverso, las que no ha podido conocer. ¿Qué se quiere decir con ello? Sencillamente que en esas cifras no constan:

- los casos de malos tratos o torturas que, efectivamente producidos, no han llegado a conocimiento del Centro de Documentación citado por diversas razones;
- los casos de malos tratos o torturas que, efectivamente producidos, no han sido denunciados por sus víctimas por innumerables razones que más adelante se examinarán con detenimiento

(imposibilidad de la denuncia, miedo a su interposición, resignación de las víctimas, una suerte de “socialización” en la introyección de la violencia institucional, entre otras) y que por ello quedan en la sombra.

Asimismo, las cifras del Centro de Documentación contra la Tortura se refieren a los episodios de violencia física que, ya sean catalogados como tortura o malos tratos, implican siempre algún tipo de intencionalidad específica en la causa del daño. Dicho en sentido contrario, esas cifras no revelan —no podrían hacerlo— aquellas otras situaciones que han sido significadas por la Jurisprudencia y por la Doctrina como constitutivas de tratos o penas inhumanas o degradantes y que, en no pocas ocasiones, no requieren de una intencionalidad subjetiva específica, sino que son producto o consecuencia de situaciones objetivas y estructurales.

Aludimos con ello (y en los capítulos respectivos se examinarán a la vista de pronunciamientos judiciales) a situaciones, por ejemplo, de sobrepoblación carcelaria o hacinamiento. Esta situación, por sí misma, y con independencia de cualquier dolo específico, ha sido considerada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como violatoria de la prohibición de que nadie sea sometido a penas inhumanas o degradantes, cualificación de la pena a la que se puede llegar por las condiciones materiales en las que su cumplimiento se verifique, con independencia de cualquier intencionalidad subjetiva específica.

En un sentido similar (aunque con otras consideraciones que también se examinarán en su sede), otro tanto ocurre con aquellas situaciones de mala praxis médica, carencia, ausencia o insuficiencia de tratamientos sanitarios a personas privadas de libertad que, sin necesidad de la concurrencia de una intencionalidad específica en el mal tratamiento de los pacientes privados de libertad, se vulnera también la aludida prohibición debido a situaciones de imprudencia, carencia estructural de medios o similares. Y otros ejemplos similares pueden también considerarse.

Por todo ello, si se considera —en su conjunto— la disposición/prohibición de que “nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, no cabe duda acerca de que existe una auténtica cifra negra en esta materia que aunque no quede reflejada en los registros correspondientes, se produce igualmente en la cotidianeidad de la privación de libertad. Mostrar estas situaciones constituye el sentido fundamental de la presente investigación, la cual, partiendo de los datos contruidos por el Centro de Documentación contra la Tortura, quiere poner de manifiesto que, en realidad, semejantes datos sólo reflejan *una parte* de un fenómeno mucho más extendido.

Estas precisiones, que aquí calificamos como “subjetivas”, son imprescindibles para leer los datos gráficos que se suministrarán, llamando la atención sobre la forma en que los mismos deberán ser interpretados.

3.4 Descripción de los contenidos

Recientes investigaciones solventes han mostrado su preocupación por las vulneraciones de las normativas (tanto nacionales cuanto internacionales) que, en relación con la prevención, denuncia y sanción de la tortura, se han constatado fehacientemente en el ámbito de las distintas agencias del Sistema Penal del Estado español. En efecto, cabe citar aquí la preocupación mostrada por el último Informe emitido por el Comité contra la Tortura de la ONU (el cual puede consultarse en <http://www.unhchr.ch>) que señala la existencia de estas prácticas en el interior de instituciones penitenciarias, policiales y de internamiento de extranjeros. También deben ser recordados los últimos *Reports* de Amnistía Interna-

cional (<http://www.amnesty.org>) y de Human Rights Watch, que destacan una inquietud semejante.

Por lo que se refiere a similares constataciones de Instituciones nacionales, los Informes emitidos por el Defensor del Pueblo (y demás *Ombudsmen* de las Comunidades Autónomas), por el OSPDH de la Universidad de Barcelona (cfr. www.ub.es/OSPDH), o por diversas ONG y movimientos sociales, así como las visitas e Informes del Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (cfr. <http://www.cpt.coe.int>), suponen también fuentes documentales de igual relevancia.

Asimismo, y muy especialmente, tal y como ha señalado el último Relator especial de la Organización de las Naciones Unidas en su visita al Estado español, la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes por parte de la ONU, contempla no sólo el establecimiento de un mecanismo internacional independiente, sino también de mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura en el plano interno” (Conclusión 73 del Informe de 6 de febrero de 2004). El Protocolo Facultativo aludido por el Relator Especial de la ONU para España ha sido recientemente firmado por el Estado español y, en consecuencia, el mismo otorga un marco aún más idóneo para el desarrollo del presente proyecto de investigación.

La reciente publicación por parte del Gobierno español de los dos Informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, tras sus dos visitas al Estado español (de 2003 y 2005), así como las dos respuestas del Gobierno a los mismo, han sido aquí también recogidas y comentadas en los Capítulos que más se han visto afectados por las Recomendaciones de tales Informes. También ello, entonces, constituye otro marco referencial de primer orden para el trabajo presentado.

Todo ello justifica plenamente la realización de una investigación que determine, como luego se detallará, las principales problemáticas, los indicadores y las recomendaciones que en esta materia urge detectar en aras a una plena y efectiva promoción de los derechos humanos en el interior de las instituciones de segregación.

La presente investigación se ha desarrollado desde un paradigma propio de la Sociología Jurídico-penal, esto es, aquel que distingue distintos momentos de actuación del derecho, como los siguientes:

- El que es propio del Sistema Penal *estático* y los ámbitos normativos: en la presente investigación, el derecho a vida y a la integridad física, cuando se refiere al ámbito de personas privadas de su libertad, tiene su correlativo en la prohibición de que nadie sea sometido a torturas, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se exprese en el sentido “positivo” (como derecho subjetivo), o lo haga en el “negativo” (como prohibición a los Poderes públicos), ambas situaciones encuentran su reconocimiento normativo en diversos instrumentos internacionales y nacionales. Entre los primeros, cabe señalar lo dispuesto en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1957), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 1976), la Convención contra la Tortura (de 1984) y el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (de 1988), todos ellos dentro del marco de la ONU, o el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (de 1950) o las Reglas Penitenciarias Europeas (de 2006), en el marco europeo. Sin embargo, como se verá, pese a la existencia de todo ese Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el propio universo jurídico presenta zonas y espacios de negación de las garantías desde los cuales se puede estar alojando, o puede estar acechando, la posibilidad misma de producción de la tortura. Aquel reconocimiento, y estos pliegues, serán objeto de particular atención.

- El que se refiere al Sistema penal *dinámico* y a los ámbitos jurisprudenciales: en efecto, además de ese primer nivel —normativo— respecto a los “derechos/prohibición” aludidos, existe una extensa jurisprudencia que ha analizado el alcance, configuración y límites de los mismos. En lo que se refiere al Estado español, también su Tribunal Constitucional posee hasta la fecha una acreditada jurisprudencia al respecto, como asimismo ocurre en el caso de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todo ello revela la existencia de un vastísimo material jurisdiccional al que, en forma de Sentencias, será especialmente analizado en el presente proyecto. Con ello se acabará de presentar la compleja arquitectura jurídica de la tortura y de otras formas de violencia institucional que es imprescindible abordar.
- Pero, asimismo, resulta imprescindible la consideración de los ámbitos empíricos (de la realidad del Sistema Penal): más allá de los dos niveles de actuación del derecho antes mencionados (el de la producción normativa y el de su interpretación judicial), existe un importante material documental que ha sido elaborado como consecuencia de solventes investigaciones acerca de las distintas realidades penitenciarias. Como se ha señalado antes, los Informes de prestigiosas instituciones, ONG, Universidades, Colegios de Abogados, *Ombudsmen* y similares, serán aquí especialmente relevantes. Y ello, claro está, sin perjuicio de las propias investigaciones empíricas que este proyecto implementará.

Los tres ámbitos mencionados (normativo, jurisprudencial y empírico), habrán de ser analizados examinando las fuentes documentales y los datos obtenidos que surjan de las estrategias metodológicas, que fueron expuestas anteriormente. Como resulta de lo señalado, ello traza unos especiales escenarios para una investigación socio-jurídica como la presente. Podemos señalar así la existencia de, al menos, algunas preocupaciones comunes de las que parte este Informe. Como ha quedado señalado, es evidente que existe entonces todo un *corpus* (normativo, jurisprudencial, documental y discursivo) que sirve de trasfondo a la investigación cuyo desarrollo se proyecta. La necesidad de promover el respeto efectivo por los derechos humanos en el interior de las instituciones de reclusión, constituye la común preocupación de las diversas instituciones del Consorcio investigador y demás actores involucrados. Pero, asimismo, esta investigación pretende señalar todo un conjunto de recomendaciones y propuestas para la implementación de políticas públicas para la prevención y sanción de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en las agencias del Sistema Penal del Estado español, que albergan personas privadas de libertad (presos, detenidos, internados en Centros de Internamiento de Extranjeros...).

4. Menciones y agradecimientos

Asimismo, hemos de destacar muy especialmente que el aludido Consorcio investigador ha contado con la presencia y soporte de destacadas personalidades e instituciones internacionales en la materia analizada. Aludimos con ello, primero, al apoyo constante del actual Presidente del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (CPT del Consejo de Europa). En efecto, el Sr. Mauro Palma ha participado desde el primer Encuentro señalando que, ya en septiembre de 2004, dio inicio a la presente investigación.

En segundo lugar, agradecemos la presencia del Sr. Theo van Boven, ex relator especial de la ONU para España en materia de Torturas quien asistió a otro Encuentro estatal organizado por la Coordi-

nadora para la Prevención de la Tortura, celebrado a principios de 2006 en el Colegio de Abogados de Barcelona para aportar sus recomendaciones.

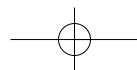
En tercer lugar, queremos expresar nuestro reconocimiento a Victoria Kuhn, Claudia Gerez y Mark Thomson, de la *Association pour la Prevention de la torture* (Ginebra, Suiza) por sus aportes y consejos técnicos en especial en lo que hace referencia al conocimiento e interpretación de las disposiciones contenidas en el Protocolo Facultativo (de 2002) a la Convención contra la Tortura de la ONU (de 1984).

En cuarto lugar, agradecemos al Sr. Eric Sottas, Presidente de la Organización Mundial contra la tortura (OMCT) por su presencia en Barcelona en las Jornadas organizadas por el OSPDH en diciembre de 2006, por las valiosas aportaciones conceptuales, normativas y jurisprudenciales en torno a la diferenciación entre la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

También a Eric Sottas, como a Luigi Ferrajoli (de la Universidad de Roma III) y a Emilio Ginés (representante español ante el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura), les agradecemos muchísimo por aceptar prologar nuestro trabajo.

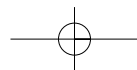
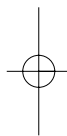
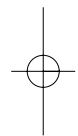
A los compañeros Josep García Borés y Marc Álvarez les agradecemos enormemente las tantas horas de revisión de todos los textos que finalmente componen el presente Informe.

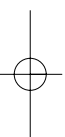
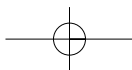
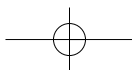
Finalmente, pero de modo especialmente destacado, queremos mencionar y agradecer a la *Coordinadora para la Prevención de la Tortura del Estado español* no sólo por sus valiosísimas contribuciones (que irán siendo citadas a lo largo del presente Informe), sino por la generosidad en la remisión de sus datos e investigaciones propias que han sido utilizadas en esta investigación. El trabajo con las organizaciones sociales de los afectados por la tortura y otras formas de violencia institucional no sólo ha sido gratificante; definitivamente, se pone de manifiesto que es imprescindible.



PARTE I

**CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO
INTERNACIONAL**





CAPÍTULO I

El derecho internacional de los derechos humanos. Las obligaciones contraídas por los Estados, en especial, el español

I. El surgimiento de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En este capítulo se examinará la creación del llamado derecho internacional de los derechos humanos, en general y, en particular, las incidencias que el mismo ha tenido para España en materia de tortura y tratos degradantes. La vigencia de un universo respetuoso de los derechos humanos, como ya se indicó, constituyó el firmamento sobre el cual se inició la reconstrucción europea tras la segunda Guerra Mundial. En el siguiente capítulo se analizará la caída de un sistema garantista que parece estar produciéndose actualmente, como consecuencia de la “guerra global contra el terrorismo” desatada en el último quinquenio. Vamos, pues, por partes.

Una vez proclamada la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en cuyo art. 5 se estableció la prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes); y al carecer la misma de fuerza obligatoria para los estados —además de no contar, con un sistema de protección internacional que asegurase su cumplimiento—, la Asamblea General de las Naciones Unidas intentó la adopción de diversos Pactos Internacionales para paliar las carencias y dificultades señaladas.⁴

Tan solo el 19 de diciembre de 1966 se promulgaron —no sin esfuerzo— dos Pactos Internacionales: el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos. Pero en realidad, tal y como Morenilla Rodríguez apunta, “el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos no entró en vigor hasta el 3 de enero de 1976 y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hasta el 23 de marzo de 1976, luego de conseguir ambos las treinta y cinco ratificaciones que para su entrada en vigor requerían los arts. 49 y 91, respectivamente” (1988: 17).

En cada uno de estos Pactos Internacionales se estableció un sistema de protección distinto y en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se añadió un Protocolo Facultativo por el cual los estados parte en el Pacto que lo deseen, reconocen la competencia del Comité de Derechos Humanos (único órgano de control), destinado a examinar denuncias de individuos que estimen vulnerados los derechos que el Pacto les reconoce. Como afirma Morenilla Rodríguez: “el sistema de protección universal de los derechos humanos instituido por las Naciones Unidas adolece de un grave defecto de complejidad y de falta de concreción derivado de las dificultades políticas ya aludidas (se

⁴ En este sentido, Fernández Rozas manifiesta que “en todos los supuestos en que se ha planteado una violación de los derechos humanos en relación con la paz y la seguridad internacional, ha aparecido el eterno límite de la acción de las Naciones Unidas: el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados” (1976).

refiere aquí al progresivo empeoramiento de las relaciones entre los antiguos Aliados y a la escisión del mundo en bloques antagónicos), que exigen fórmulas laxas en la definición de derechos y, sobre todo, unos medios de control con tales requisitos que los hacen ineficaces y que son siempre ‘facultativos’, o sea que un Estado puede aceptar el Convenio protector sin aceptar el mecanismo de control internacional que hace posible esa difusa protección” (ibídem).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se analizará seguidamente haciendo mención de las disposiciones que directamente puedan afectar a la situación de las personas privadas de su libertad.

Dentro de este marco internacional, relativo a las Naciones Unidas (ONU) —y al margen de los dos Pactos Internacionales ya señalados— se han ido elaborando una serie de Convenios sobre aspectos concretos dentro de este Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como el Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio (de 9 de diciembre de 1948), la Convención sobre el estatuto de los refugiados (de 28 de julio de 1951), el Convenio sobre los derechos políticos de la mujer (de 20 de diciembre de 1952), la Convención complementaria del Convenio sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 (de 7 de septiembre de 1956), las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (de 31 de julio de 1957), la Declaración sobre derechos del niño (de 1959), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (de 21 de diciembre de 1965), la Convención internacional contra la toma de rehenes (de 17 de diciembre de 1979), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (de 18 de diciembre de 1979), o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (de 10 de diciembre de 1984). A ellos habría que añadir los textos internacionales de carácter laboral y educativo, tales como los Convenios 45 (de 21 de junio de 1935), 87 (de 9 de julio de 1948), 98 (de 1 de julio de 1949), 138 (de 26 de junio de 1973), o el 151 (de 27 de junio de 1978), todos ellos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como, asimismo, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (de 14 de diciembre de 1960).

Baste, por el momento, esta mera enunciación de normas internacionales generales. Quedarían por analizar multitud de cuestiones en torno a las mismas: los procesos e ideologías que estuvieron en la base de su elaboración, el valor jurídico de las normas internacionales, los mecanismos de protección de las mismas, etc.⁵

Por último, señalar que este Derecho Internacional de los Derechos Humanos tuvo posteriormente un desarrollo “regional”. Así, en el caso de América, la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó varios documentos importantes en materia de derechos humanos: la Carta de Bogotá, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, el Pacto de San José de Costa Rica y la Carta interamericana de garantías sociales. La Convención americana sobre derechos humanos fue aprobada en 1969 y entró en vigor en 1978, creando dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Amnistía Internacional, 1983). En el caso de África, los Jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana (OUA) decidieron

⁵ Para un exhaustivo análisis en torno a las cuestiones que acaban de mencionarse y de los derechos fundamentales reconocidos en las normas internacionales que se han enumerado, puede consultarse la obra de PECES BARBA, 1980.

la redacción, en 1979, de una “Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos”. Por lo que respecta al caso europeo, me remito a lo que se expondrá posteriormente cuando se analice esta materia en profundidad.

2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1977)

2.1. Derechos fundamentales reconocidos

A continuación, se expondrán someramente algunos de los aspectos más importantes del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos que atañen a la privación de libertad. En primer lugar, y por lo que respecta a la vigencia de este Pacto en España, se ha de señalar que el mismo fue publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977 formando, pues, parte del ordenamiento jurídico español.

Para los fines de la presente investigación, interesa destacar aquí los siguientes derechos y libertades fundamentales reconocidos en este Pacto Internacional:

2.1.1. El derecho a la vida

Se halla consagrado en el art. 6 al señalarse que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”. A continuación, se dispone que “este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

El núm. 2 del art. 6 establece, en referencia a aquellos países “que no hayan abolido la pena capital”, que sólo podrá imponerse ésta por los delitos más graves y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse la infracción penal (en aplicación del principio de legalidad).

El párrafo 4 de este artículo reconoce el derecho de todo condenado a muerte de solicitar el indulto o la conmutación de la pena, medidas que, “podrán ser concedidas en todos los casos”. Se prohíbe, en todo caso, la pena capital para menores de dieciocho años y mujeres embarazadas (art. 6.5).

2.1.2. Prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

Esta garantía fundamental se consagra en el art. 7 del Pacto Internacional. La utilización de los términos “nadie será sometido a...”, no tiene ninguna limitación ni restricción posteriores; se reconoce, pues, para todas las personas. Y se añade, finalmente, que “en particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, en claro recordatorio y/o advertencia a los crímenes del nazismo.

3. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos, Crueles o Degradantes (1984).

El 10 de diciembre de 1984 (Día de los Derechos Humanos) la ONU adoptó la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, prohibiéndose su práctica en todo momento y lugar.⁶

En cuanto a la privación punitiva de la libertad se refiere, la prohibición de torturas y demás tratos inhumanos o degradantes se contiene, asimismo, en la Regla 31 de las Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, tanto de Ginebra (ONU, 1955) como las de Estrasburgo (Consejo de Europa, 1973) y, asimismo, la Regla 37 de las Penitenciarias Europeas (Recomendación núm. R (87) 3).

Por lo que a España se refiere se ha de señalar que, una vez que las Cortes Generales concedieron la autorización prevista en el art. 94.1 CE, el Estado aprobó y ratificó la Convención de la ONU que fue publicada en el BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987. A partir de ese momento, pasó a formar parte del ordenamiento jurídico interno.

3.1. Definición internacional de la tortura.

El art. 1.1 define qué ha de entenderse —“a los efectos de la presente Convención”— por el término tortura. En ese sentido pueden señalarse, separadamente, los distintos supuestos que pueden dar lugar a este delito: “se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales”. Y este enunciado, de carácter general, se concreta luego al exigirse una intencionalidad específica que puede ser:

- a) “con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión”;
- b) “de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido”;
- c) “de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras”;
- d) “por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.

Es requisito indispensable para poder tipificar tales actos como constitutivos del delito de tortura, cierta cualidad específica que se exige del autor. En efecto —y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá a propósito del sujeto activo-, éste ha de ser:

- a) “un funcionario público”; u
- b) “otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”.

⁶ Como precedentes inmediatos a la Convención, pueden señalarse con De La Cuesta Arzamendi los siguientes: el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (de 10 de diciembre de 1948); los textos internacionales enmarcados en el llamado derecho bélico (que ya se han sido citados); el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 19 de diciembre de 1966); el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (de 4 de noviembre de 1950) que será analizado con posterioridad; el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de 22 de noviembre de 1969); el art. 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (de 27 de junio de 1981) (1990: 10).

3.2. Examen de las características del delito de tortura

Por todo lo dicho, diversos autores señalan como rasgos característicos de esta tipificación internacional del delito de tortura, los siguientes:

- a) Delito pluriofensivo: pues, “desde la perspectiva del bien jurídico protegido la tortura se presenta, en primer lugar, como un delito pluriofensivo, en cuanto ataque a una pluralidad de bienes dignos de tutela penal” (op. cit.: 25). Bienes jurídicos que, para De La Cuesta ARZAMENDI, son la “integridad personal física y mental”; la “vida”; la “dignidad humana”; el “honor” (op. cit.: 25-26). También analiza este autor la tortura de “abuso de poder” (op. cit.: 29) por parte del Estado señalando que es este concepto el que ayuda a una completa caracterización del delito por lo cual “sólo cabe hablar propiamente de tortura respecto de detenidos o privados de libertad” sea ésta legítima o no (op. cit.: 31).
- b) Delito especial: el autor citado extrae esta característica de la cualidad que ha de concurrir en el sujeto activo de la conducta. En efecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI afirma que “para la Convención contra la Tortura, ésta no puede cometerse por cualquiera, sino, en principio, sólo por un círculo reducido y delimitado de posibles autores: los funcionarios y demás personas que ejercen funciones públicas” (op. cit.: 33). Esta limitación de los posibles autores ha sido objeto de diversas críticas que, fundamentalmente, se lamentan de la restricción que supone la apuntada delimitación internacional. Estas críticas señalan que la tortura ha sido practicada por otras personas (distintas a las señaladas por la Convención de la ONU), tales como médicos, militares, escuadrones secretos, fuerzas para-policiales, etc. (Del Toro 1980: 265 y ss.). Frente a estas críticas, De La Cuesta Arzamendi señala que las mismas “no son de recibo” en el caso de la tortura, pues la condición de funcionario público, en sentido amplio, “es inherente a la historia semántica de la tortura” (op. cit.: 34). Para este autor, las torturas que puedan infligir miembros de bandas para-militares se hayan igualmente contempladas en la Convención de la ONU. Esta conclusión la extrae de las obligaciones que se imponen a los estados parte, en el sentido de intervenir también en estos supuestos (tipificando penalmente estas conductas) pues, de lo contrario, se incurriría en “tolerancia” (op. cit.: 35). Señala este autor, que para tales conductas “basta o debería bastar el ordenamiento jurídico interno, sin que se dé, en consecuencia, laguna legal alguna” (op. cit.: 35). Pese a ello, afirma por último, que las torturas que se produzcan en el marco de “situaciones revolucionarias o golpes de estado” no están contempladas en la Convención de la ONU y de ello se derivaría “su imposible calificación internacional como tortura” (op. cit.: 35).
- c) Delito de resultado: este resultado consiste en infligir a una persona “dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales”. Se critica que los dolores o sufrimientos hayan de ser “graves”. Este término, que es el que serviría para distinguir la tortura de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, es difuso y puede prestarse a arbitrariedades (De La Cuesta Arzamendi, op. cit.: 39). Además, la Convención de la ONU no establece claramente la distinción entre esas conductas, lo cual es criticado por el autor aquí citado (op. cit.: 45).⁷

⁷ Tras expresar estas críticas, el autor analiza la doctrina elaborada por los organismos internacionales encargados de la tutela de los derechos fundamentales. Principalmente, se estudia el trabajo llevado a cabo por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (al que posteriormente se hará referencia) y la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo. Respecto a esta última se analizará, más adelante, en profundidad, cuando se estudien aquellas resoluciones que afecten a derechos fundamentales y garantías en la privación punitiva de la libertad.

- d) Delito doloso: ello se deriva de “la exigencia de que los graves sufrimientos físicos o mentales se causen intencionadamente” (op. cit.: 58) lo cual excluye su comisión por imprudencia. Para De La Cuesta Arzamendi, a pesar que la referencia a la “intención” comprendería cualquier tipo de dolo, “dudosa es la aceptación de dolo eventual” (op. cit.: 59).
- e) Delito de tendencia: se refiere al hecho de que la Convención de la ONU, además de las notas que anteriormente se han señalado, estipula que la tortura, para ser tal, ha de perseguir una “serie de fines o metas a alcanzar a través de la causación de los dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales” (op. cit.: 59-60). Se refiere, pues, a lo que Bustos Ramírez define como “intención trascendente” (1986). Estos “fines” serían:
1. obtener una información o una confesión, del torturado o de un tercero;
 2. castigarle por un acto que —él u otra persona— haya cometido, o se sospeche que ha cometido;
 3. intimidarle a él o a otras personas.
- La delimitación de estos “fines” específicos para la tortura ha sido criticada por perjudicial (e innecesaria), pues por ejemplo, puede dejar fuera del concepto de tortura, el más puro sadismo (Villán Durán 1985: 377 y ss.). Esta crítica no es aceptada por De La Cuesta Arzamendi “pues llevaría a una confusión de conductas que no son dignas del mismo desvalor” (op. cit.: 62). Se ha de señalar que, además de los tres “fines” específicos que se han indicado, la Convención agrega “por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.
- f) Comisión por omisión: De La Cuesta Arzamendi extrae esta posibilidad porque, de una parte, nada impide en la definición que esta forma de comisión no pueda constituir tortura. Por otra parte, es el propio texto del art. 1 el que contempla la causación de torturas con el “consentimiento o aquiescencia” del funcionario (op. cit.: 66).
- g) Tentativa: también se contempla en el art. 4, obligando a los estados a que castiguen penalmente “toda tentativa de cometer tortura”.
- h) Complicidad o participación: la obligación a los Estados, señalada en el punto anterior, también comprende a la “complicidad o participación” (art. 4). Tal y como señala De La Cuesta Arzamendi, la Convención no contempla el encubrimiento aunque, para este autor, de los trabajos preparatorios se desprende la voluntad de su inclusión (op. cit.: 67).
- i) Obediencia debida: el art. 2.3 establece que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.
- j) Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: se discute, por la Doctrina, si ciertas circunstancias tales como la alevosía o el ensañamiento son inherentes a la tortura, o por el contrario, la agravan. Con muchos matices, De La Cuesta Arzamendi se inclina por entender que tales circunstancias son inherentes al delito. Ello lo deduce de la distinción entre tratos crueles y tortura (op. cit.: 70).

3.3. Obligaciones impuestas a los estados parte.

El art. 2, apartados 1 y 2, contiene unas disposiciones de carácter obligatorio para los estados parte en la Convención. En este sentido, y como obligaciones de carácter interno, se ordena que los mismos han de adoptar “medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. Y además, se agrega

que tales medidas no podrán suspenderse jamás, ni por “circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública”. Por último, el apartado 3 del art. 2 no admite la obediencia debida como causa de justificación de la tortura, tal y como ya se señaló anteriormente.

Y continuando con los mandatos que la Convención establece a los estados parte en la misma, se disponen a continuación una serie de estipulaciones que pueden resumirse del modo siguiente:

- a)* prohibición de expulsión, devolución o extradición de una persona a un Estado cuando se sospeche que aquélla pueda ser sometida a tortura (art. 3);
- b)* obligación de tipificar en las legislaciones nacionales, tanto el delito de tortura como, asimismo, las diversas formas de participación (complicidad) o ejecución (tentativa) (art. 4);
- c)* obligación de instituir la jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en aeronaves o buques matriculados en algún Estado Parte en la Convención (art. 5.1.a); cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado (art. 5.1.b); o cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado (art. 5.1.c);
- d)* obligación de detener a los responsables de este delito, o de tomar “otras medidas para asegurar su presencia” con el fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición (art. 6.1), con todas las garantías penales y procesales a que tiene derecho el presunto responsable;
- e)* obligación de examinar y revisar, periódicamente, las normas, instrucciones y métodos de interrogatorio y disposiciones relativas a la custodia y tratamiento de personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión (art. 11);
- f)* obligación de garantizar los derechos de queja y recurso de quienes se considere víctimas de torturas (art. 13), con las garantías suficientes de que no sean maltratados o intimidados (lo cual se hace extensivo a los testigos);
- g)* obligación de reconocer el derecho a una reparación e indemnización a las víctimas de torturas.

Por lo que se refiere a las obligaciones de carácter internacional que el Convenio impone a los estados parte pueden citarse, como más relevantes, las siguientes:

- a)* obligación de no conceder la extradición, expulsión o devolución de personas cuando existan fundadas razones de que puedan ser sometidas a tortura (art. 3);
- b)* obligación de que el Estado se declare competente para el enjuiciamiento de actos de tortura si estos se cometen en su territorio por sus propios nacionales o contra éstos (en este último caso, sólo si lo consideran oportuno) o cuando el presunto culpable sea hallado en el propio territorio (art. 5). En este supuesto el Estado está obligado a perseguirlo y conceder la extradición (art. 7) y asimismo, debe proceder a su detención, investigación y, también, ha de comunicar los hechos para su enjuiciamiento a los estados competentes (art. 6);
- c)* obligación, entre los Estados, de prestarse mutuo auxilio (art. 9) para agilizar los procedimientos de extradición (art. 8).

3.4. Mecanismos de protección y aplicación.

La Convención ha creado un “Comité contra la Tortura” constituido por diez miembros que ejercerán sus funciones a título personal, durante cuatro años. El Comité se reunió por primera vez en abril de 1988 en Ginebra. Los estados deben presentar informes ante el Comité (en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Convención y cada cuatro años o siempre que el Comité los solicite), acerca de las medidas adoptadas por los estados partes. Estos informes son analizados por el Comité, el cual puede efectuar comentarios sobre su contenido que, a su vez, pueden ser contestados por el Estado. También es misión del Comité, investigar los datos fiables acerca de la práctica sistemática de la tortura en el territorio de un Estado Parte. Los resultados de la investigación pueden ser publicados en el informe anual que el Comité presenta a los estados parte y a la Asamblea General de la ONU, previa consulta al Estado interesado.

En cuanto a las vías de acceso por los estados y los particulares al Comité, éste pone a disposición —en el primer caso— sus “buenos oficios” para alcanzar una “solución amistosa” creando, incluso, una “comisión especial de conciliación”. Si las reclamaciones provienen de particulares es necesario que ningún otro procedimiento de investigación esté pendiente y el agotamiento previo de todas las vías internas (salvo que éstas se prolonguen “injustificadamente”). En ambos casos, el proceso finalizará con la emisión del parecer del Comité al Estado y al particular interesado.

Se han formulado diversas críticas a este mecanismo de aplicación. Principalmente, se cuestiona la timidez del sistema instaurado (la sola emisión de informes y, como mucho, su publicación en el informe anual). DE LA CUESTA ARZAMENDI afirma que “mucho más eficaz y adecuado parece, en este sentido, el sistema propuesto por el Proyecto de Protocolo Alternativo de origen suizo presentado por Costa Rica, a través del cual se dotaría al Comité antitortura de la capacidad de realización de visitas periódicas, sin previo aviso, a los establecimientos y lugares de detención de los países miembros, con pleno derecho a entrevistarse con todos los detenidos y sus familiares, amigos y abogados...” (op. cit.: 21). Enseguida se abordará exhaustivamente este mecanismo.

Si bien es cierto que el art. 20.3 de la Convención menciona la posibilidad de efectuar “una visita a su territorio”, ésta habrá de hacerse “de acuerdo con ese Estado Parte” y sólo en caso de “práctica sistemática” de la tortura. Las diferencias entre ambos textos son notorias.⁸

4. El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura (2002).

La Asamblea General de la ONU adoptó, el 18 de diciembre de 2002, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El objetivo de este instrumento es prevenir la tortura y malos tratos mediante un sistema de visitas regulares a los lugares de detención llevadas a cabo por órganos independientes de carácter internacional y nacional.

Como se observa, el Protocolo establece un sistema de visitas regulares a lugares de detención efectuadas por mecanismos de expertos independientes a nivel nacional e internacional que actuarán de manera complementaria. Al ratificar o adherir al protocolo, los estados parte aceptan que estos entes

⁸ La Convención Europea para la prevención de la tortura y castigos o tratos inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 de junio de 1987), ha constituido un Comité Europeo (en Estrasburgo) el 13 de noviembre de 1989 con facultades para realizar visitas a personas privadas de su libertad “con miras a reforzar, cuando proceda, su protección contra la tortura y los castigos o tratos inhumanos o degradantes”.

efectúen, sin previo aviso, visitas a cualquier lugar de detención. Las novedades más importantes residen en el establecimiento de dos mecanismos diversos:

- Un Subcomité internacional. En efecto, se crea por esta vía un nuevo órgano internacional: el “Subcomité” del Comité contra la Tortura. Este organismo, constituido inicialmente por un equipo multidisciplinario de diez expertos independientes, deberá realizar visitas regulares a lugares de detención en todos los estados partes.
- Mecanismos nacionales de prevención. Una vez entrado en vigor el Protocolo, y al año de haber ratificado o adherido al mismo, los estados parte deberán crear o designar uno o varios mecanismos nacionales facultados para realizar visitas a lugares de detención. El texto no especifica el tipo de mecanismo por el cual las comisiones de derechos humanos, asociaciones u organismos no gubernamentales, podrán ser designados para cumplir con esta función. Eso sí, los estados parte deben asegurar que estos entes nacionales funcionen sin interferencia alguna de las autoridades estatales.

Es evidente la profunda importancia de estos nuevos instrumentos de lucha contra la tortura. Tanto el organismo internacional como los nacionales, deberán llevar a cabo visitas regulares a cualquier lugar de privación de libertad y podrán entrevistarse en privado con cualquier persona allí detenida. Como recientemente ha señalado la Association pour la Prevention de la Torture, “La experiencia ha demostrado que las visitas a lugares de detención son uno de los medios más efectivos para prevenir la tortura [...]. Por un lado, las visitas tienen carácter disuasivo y, por otro, permiten a expertos independientes examinar en forma directa el trato brindado a las personas privadas de libertad” (2005).

Más adelante, en el apartado de esta investigación dedicado a las demandas de los afectados, se retomará ampliamente la cuestión relativa a la implementación en el Estado español de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura previstos en el comentado Protocolo Facultativo (y se consignarán las propuestas que provienen en tal sentido de los organismos de derechos humanos del Estado español y de Cataluña). Por el momento, el Protocolo facultativo y sus principales innovaciones, ha sido mencionado aquí dentro del catálogo de las normas internacionales dedicadas a la lucha contra la tortura.

5. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950).

El día 4 de noviembre de 1950 se firmó, por quince democracias europeas, el CEDH que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Este documento, si bien fue elaborado en la línea de protección de los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de 1948, limitó dicha tutela a aquellos derechos que encontraban menores dificultades para una eficaz protección internacional (MORENILLA RODRÍGUEZ, *ibídem*).⁹

⁹ Para un análisis profundo en torno a los numerosos aspectos que plantea el CEDH pueden consultarse —además de la ya citada obra de MORENILLA RODRÍGUEZ— las de: BANDRÉS SANCHÉZ-CRUZAT (1983), GARCÍA MORILLO (1985), FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (1988) o la Monografía de Civitas dirigida por LÓPEZ PINA (1991), en la cual se reseñan numerosas contribuciones de los más prestigiosos especialistas europeos en esta materia.

La gran novedad que introdujo este Convenio consistía en que, desde ese momento, se permitía que los particulares que se considerasen víctimas de una violación de los derechos reconocidos, quedasen legitimados para acudir a la Comisión que el documento establecía. Ello supuso una novedad sin precedentes en el derecho internacional. En efecto, hasta ese momento era el Estado —y nunca los particulares— el único “sujeto de derecho internacional”. Como afirma MORENILLA RODRÍGUEZ, “era siempre el Estado el que asumía la representación y defensa del individuo y, por ello, en caso de ser denunciado no podía ser defensor y acusado al mismo tiempo” (1988: 20).

A partir del CEDH, cualquier persona puede dirigirse ante los organismos que el mismo ha creado directamente aunque, claro está, dicha legitimación queda supeditada a una “Declaración” expresa del Estado Parte.

Al revestir la forma jurídica de un Tratado Internacional, bien directamente, o bien mediante una ley especial de incorporación, el CEDH pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno siendo de aplicación directa por las autoridades —y órganos jurisdiccionales— en los países miembros. De este modo, se convierte en una garantía internacional de protección de determinados derechos fundamentales mediante la asunción, por los estados parte en el Tratado Internacional, de unas obligaciones que pueden ser exigidas, no sólo por los estados contratantes, sino por los particulares, convirtiéndose en una “garantía colectiva” complementaria, y no sustitutiva, de la obligación de protección que incumbe a todo Estado de derecho, condición indispensable para ser admitido como miembro en el Consejo de Europa (MORENILLA RODRÍGUEZ 1988: 20).

Por lo que se refiere a la vigencia del CEDH en España, es preciso señalar que fue ratificado por instrumento de 26 de Septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre del mismo año). Posteriormente, España ha ratificado el Protocolo II (que atribuye al TEDH la competencia necesaria para dar dictámenes consultivos, mediante instrumento de 18 de Marzo de 1982 —BOE de 11 de mayo del mismo año—) y el Protocolo VI (sobre abolición de la pena de muerte, por instrumento de 20 de Diciembre de 1984 —BOE de 17 de abril de 1985—).

Todo ello supone que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 96.1 CE, las estipulaciones del Convenio han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español, pudiendo cualquier persona, invocar sus disposiciones ante los tribunales y autoridades administrativas directamente. Y de acuerdo a lo establecido en el art. 10.2 CE, ésta ha elevado al CEDH —y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, a la categoría de fuente primaria de interpretación de la Constitución en materia de derechos humanos.

Por cuanto se refiere a la prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, cabe señalar que este derecho fundamental se regula en el art. 3 CEDH y está destinado a todas las personas, sin exclusión (de ahí la utilización de las palabras “nadie podrá ser sometido a...”). La concreción de estos vocablos, en especial de la palabra “tortura”, se encuentra en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos, o Degradantes, ya analizada anteriormente.

No existe limitación alguna con respecto al derecho fundamental de no ser sometido a tortura. Mayores problemas se plantean cuando se han de precisar las palabras “penas o tratos inhumanos o degradante”, especialmente, en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad (piénsese, por ejemplo, en los llamados regímenes cerrados, celdas de castigo o aislamiento, etc.).

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse repetidas veces sobre esta garantía en cuanto atañe al ámbito penitenciario. La principal tarea emprendida por el Tribunal ha consistido en concretar el alcance de cada uno de los términos establecidos en el art. 3 CEDH.¹⁰

Como señala BALAGUER SANTAMARÍA, “de las definiciones del Tribunal (se refiere al TEDH) se desprende que es la intensidad de los sufrimientos que se producen, el elemento diferenciador entre las torturas y los tratos comentados (inhumanos o degradantes), pareciendo exigir un nivel especial en el dolor que caracteriza a la tortura” (1992: 114-115).

Señala el TEDH que “el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no prevé ninguna excepción, en lo cual contrasta con la mayoría de los preceptos del Convenio” (Sentencia de 18 de Enero de 1978 —asunto IRLANDA contra REINO UNIDO—).

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse nuevamente en torno a este tema, más concretamente en la delimitación de los conceptos “pena inhumana” y “pena degradante”, emitiendo su parecer en la Sentencia de 25 de Abril de 1978 —asunto TYRER—. ¹¹ En esta resolución se señala que una persona puede ser humillada por el hecho de su condena, pero que lo que interesa a los efectos de conceptuar a una pena como “degradante” es que la humillación se produzca, no por la mera condena, sino por la forma en la cual ésta se ejecuta. Analizando esta Sentencia, BALAGUER SANTAMARÍA señala que “para que una pena sea degradante e infrinja el art. 3, la humillación o el envilecimiento que implica tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse en cualquier caso del elemento normal de humillación que contiene toda pena. Tal apreciación, reconoce el Tribunal, es forzosamente relativa y depende del conjunto de circunstancias del caso y especialmente de la naturaleza y el contexto de la pena, así como de la manera en que se ejecute” (1992: 115-116).

En efecto, señala el TEDH que “sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario y casi inevitablemente tiene una naturaleza degradante en el sentido del artículo 3. Hay que complementar la interpretación del texto de que se trata. Al prohibir expresamente las penas ‘inhumanas’ y ‘degradantes’, el artículo 3 supone además su distinción de las penas en general. Entiende el Tribunal que para que una pena sea ‘degradante’ e infrinja el artículo 3, la humillación o el envilecimiento que implica tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación que se ha mencionado en el párrafo anterior”.

Concluyó el TEDH, en esta Sentencia, señalando que después de examinar el conjunto de las circunstancias, llega a la conclusión que se sometió al demandante a una pena en la cual el factor de la humillación, alcanzaba el nivel inherente al concepto de “pena degradante”. ¹²

¹⁰ El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse en relación al art. 3 CEDH en su Sentencia de Junio de 1971 —asunto DE WILDE, OOMS y VERSYP— pero en aquella ocasión no definió los conceptos de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes. La concreción de tales términos no se efectuó, por parte del TEDH, hasta el pronunciamiento de 18 de enero de 1978 —asunto IRLANDA contra REINO UNIDO— que se analizará en este apartado.

¹¹ Este caso fue motivado por el señor Anthony M. Tyrer, ciudadano del Reino Unido y residente en la Isla de Man, quien al haber agredido a otro alumno de su escuela fue condenado a tres azotes con vara de abedul (*birch*) lo que fue ejecutado en presencia de su padre y de un médico mientras dos agentes de la policía le sujetaban y un tercero materializaba el castigo.

¹² Añade asimismo el TEDH —respecto de la oposición de la parte demandada consistente en alegar el art. 61, apartados 1 y 3 CEDH— que “el problema que hay que resolver consiste, pues, en que si existen en la Isla de Man necesidades locales en el sentido del artículo 63.3 de tal naturaleza que la pena objeto de la acusación, a pesar de sus características degradantes, no haya infringido el artículo 3. El Tribunal advierte, ante todo, que el ‘General Attorney’ de la Isla de Man ha hablado más bien de circunstancias y situaciones que de necesidades. Las convicciones, indudablemente sinceras, de los miembros de la población local indican, hasta determinado punto, que en la Isla se consideran los castigos judiciales corporales como un medio necesario de disuasión y de defensa del orden. Sin embargo, el artículo 63.3 pide algo más que sea aplicable: se requiere la prueba manifiesta y decisiva de una necesidad; ahora bien el Tribunal no puede entender que las convicciones y la opinión pública local proporcionen intrínsecamente semejante prueba”.

A modo de síntesis, puede afirmarse con BALAGUER SANTAMARÍA que, de acuerdo a las resoluciones del TEDH en relación a la interpretación del art. 3 CEDH,¹³ se ha de entender como trato degradante aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad capaces de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. La práctica de tratos inhumanos incluye aquéllos que producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia. En las torturas se incluyen aquellos tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles constituyendo, la tortura, una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes (1992: 114).

6. La prohibición de la tortura en el Estado español.

Precisiones jurisprudenciales.

Dispone el art. 15 CE, tras garantizar el derecho de “todos” a la vida y a la integridad física y moral, que “en ningún caso” puede alguien “ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. La delimitación del significado de estas prohibiciones ha constituido una tarea muchas veces abordada por el TC en situaciones diversas. Se mencionarán a continuación algunas de ellas, tales como ciertas prohibiciones de comunicaciones, los aislamientos en celdas o las huelgas de hambre en las cárceles.

La STC 65/1986 de 22 de Mayo, indicó al respecto que la negativa a permitir visitas íntimas no implica, por ello, la sumisión a tratos inhumanos o degradantes, por no “acarrear sufrimientos de una especial intensidad, o provocar una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena [...]. La privación de libertad, como preso o como penado, es sin duda un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual”.

Sobre el aislamiento en celdas, en el sentido de si las mismas pueden constituir un trato inhumano o degradante, la STC 2/1987 de 21 de enero, señaló que “no cabe duda que cierto tipo de aislamientos en celdas “negras”, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios. De ahí las restricciones que la Ley y el Reglamento Penitenciario establecen para la aceptación, residual, de este tipo de sanción”.

Destaca el TC que, según el art. 42 LOGP, el aislamiento en principio “no podrá exceder de catorce días” (aunque con posible incremento en la mitad de su máximo en los casos de repetición de la infracción) y además, en caso de acumulación de sanciones de este tipo, no podrá excederse de cuarenta y dos días consecutivos. Además, sólo será de aplicación “en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste, reiterada y gravemente, altere la normal convivencia en el centro”.

Continúa la sentencia indicando que su ejecución se somete también a condiciones muy estrictas: “la celda ha de ser de análogas características a las restantes del establecimiento normalmente en el com-

¹³ También el TEDH volvió a pronunciarse acerca de las disposiciones contenidas en el art. 3 CEDH, en su Sentencia de 2 de Marzo de 1987 —asunto WEEKS—. Se analizó en esta resolución si la propia existencia de la pena perpetua podía suponer una violación del art. 3 CEDH. Nuevamente el TEDH señaló que valoraciones semejantes no pueden efectuarse de modo general sino que ha de analizarse cada supuesto y las circunstancias que rodean al mismo. En atención a esas consideraciones previas, el Tribunal señaló que “si se tiene en cuenta la edad del señor Weeks a la sazón y las circunstancias del delito, si no fuera por las razones específicas contenidas en el fallo, suscitaría serias dudas la compatibilidad de la pena impuesta con el art. 3 del Convenio que prohíbe las penas inhumanas”.

partimento que habitualmente ocupe el interno; se cumplirá con informe y vigilancia médica; se suspenderá en caso de enfermedad; no se aplica a las madres gestantes; el recluso disfrutará de una hora de paseo en solitario; puede recibir una visita semanal; y sólo se le limita la posibilidad de recibir paquetes del exterior, y de adquirir ciertos artículos del economato (art. 43 de Ley General Penitenciaria)”.

Se reconoce posteriormente que esta regulación legal restrictiva supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que están a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos y por otro lado, que esta sanción se reduce a una confinación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, debiendo permitirse al interno llevar una vida regular y tan sólo permitiendo que se le pueda privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio, etc.) abiertos a los demás reclusos. “La Comisión de Estrasburgo en bastantes casos ha tenido ocasión de examinar quejas relativas a este tipo de confinamiento aislado, y su posible colisión con el art. 3 del Convenio de Roma. De acuerdo a la Comisión el confinamiento solitario, debido a exigencias razonables, no constituye, de por sí, un tratamiento inhumano o degradante, sólo cuando por las condiciones (alimentación, mobiliario, dimensiones de la celda), circunstancias (de acceso a biblioteca, periódicos, comunicaciones, radio, control médico) y duración, se llegue a un nivel inaceptable de severidad, y si ha dicho que un confinamiento prolongado solitario es indeseable, ello ha sido en supuestos en los que la extremada duración de tal confinamiento superaba, mucho más allá, el máximo legal previsto de cuarenta y dos días en nuestra legislación penitenciaria. No es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del art. 3 del Convenio de Roma (decisión Adm. Com. Ap. 8.395/1978, de 16 de Diciembre de 1981)”.

Por otro lado se admite que el art. 25.3 CE prescribe, ciertamente, que la “Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad”, pero se establece que esta prevención constitucional no puede dejar de ponerse en relación, para comprenderla rectamente, con el contenido del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 de la misma Constitución, reconocido también en el art. 5.1 del Convenio de Roma, que preservan el común *status libertatis* que corresponde, frente a los poderes públicos, a todos los ciudadanos.

Aclara el TC que tal *status*, sin embargo, queda modificado en el seno de una situación especial de sujeción como la presente, de manera tal que, en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que quedan sometidos los internos no queda limitado por un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio, según claramente se deriva de lo dispuesto en el apartado 2 del citado art. 25 CE. “La libertad, que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena, fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental que aquí se invoca. Así lo ha reconocido también la Comisión de Estrasburgo cuando ha afirmado que las condiciones normales de la vida en prisión “no constituyen una privación de libertad con independencia de la libertad de acción de que el prisionero pueda gozar dentro de la prisión. De este modo las medidas disciplinarias aplicables contra el que está cumpliendo una Sentencia no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, porque tales medidas son tan sólo modificaciones de su detención legal” por lo que tales medidas “no están cubiertas por los términos del art. 5.1” (Dec. Adm. Com. Ap. 7.754/1977, de 9 de mayo de 1977)”.

Concluye el TC señalando que, al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un “cambio en las condiciones de su prisión”; como ha dicho ya su propia doctrina, “no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial”.

En otra ocasión, la STC 120/1990, de 27 de Junio volvió a tratar la problemática relativa a la tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, luego de haberse producido resoluciones jurisdiccionales contradictorias dictadas por los órganos encargados de ejercer el control judicial sobre el modo en el cual han de cumplirse las penas privativas de libertad.¹⁴

En esta oportunidad, el TC tuvo que analizar cómo han de interpretarse, en un supuesto como éste, los derechos fundamentales consagrados en los arts. 16.1 y 17.1 CE (derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto y derecho a la libertad) con lo dispuesto en el art. 15 CE (derecho a la vida).

Comienza por señalar el TC que “debemos destacar de manera expresa que la intervención médica forzosa, por los valores humanos que en ella se implican, constituye un tema de excepcional importancia que irradia sus efectos a distintos sectores del ordenamiento jurídico, especialmente al constitucional y al penal, y trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que están en juego concepciones distintas del sentimiento de la vida humana”.

Añade posteriormente que se ha de determinar, desde la perspectiva de los citados derechos fundamentales, la licitud constitucional de una resolución judicial que ordena a la Administración penitenciaria dar asistencia médica obligatoria y en especial, alimentar, incluso contra su voluntad, a los reclusos cuando, como consecuencia de la huelga de hambre que siguen, se vea en peligro su vida, aunque excluyendo en todo caso la alimentación por vía bucal mientras se mantengan conscientes. “Con

¹⁴ La prolongada huelga de hambre mantenida por los numerosos reclusos de los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO), motivó el traslado de varios internos a unidades hospitalarias debido al empeoramiento que experimentaba su salud. Debido a su total negativa a recibir alimento alguno hasta que se atendieran sus reivindicaciones (consistentes en ser reagrupados en una cárcel, en contra de la “política de dispersión penitenciaria” llevada a cabo por el Gobierno en materia de terrorismo), se planteó el problema sobre si era lícito alimentarles forzosamente por médicos en contra de la voluntad de los huelguistas. Frente a ello, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria autorizó que “se les dé tratamiento médico necesario aún en contra de su voluntad”. Al solicitar la Dirección del Centro Penitenciario de Preventivos de Madrid-2 un pronunciamiento del Juzgado de Vigilancia núm. 2 de Madrid sobre cómo debía actuarse en ese supuesto (puesto que varios de los reclusos huelguistas habían sido trasladados a esa cárcel), este Juzgado dictó una Providencia en la cual, tras ponerse de manifiesto que el art. 3 LOGP obliga a la Administración penitenciaria a velar por la vida, integridad y salud de los internos, se ponía de relieve que —tal y como también menciona el mismo artículo— ese mandato había de ejecutarse “respetando la personalidad humana de los propios reclusos en prisión”. En consecuencia, la titular de dicho Juzgado resolvió que, a los reclusos, “se les deberá informar de la situación clínica en la que se encuentran e intentar el dicho tratamiento, pero si su voluntad lo rechaza no se podrá utilizar fuerza física, dado que en mi criterio ésta atenta contra la dignidad de la persona. Si perdieran la conciencia se deberá en ese momento hacer todo lo posible para salvar la vida de los afectados”. Contra esta resolución el Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y de apelación. Tras desestimar el primero y admitirse a trámite el segundo, la AP de Madrid, con un voto discrepante, estimó el recurso de apelación declarando el “derecho-deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica [...], a aquellos reclusos en huelga de hambre una vez que la vida de éstos corra peligro [...], y sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto persista su estado de determinarse libre y conscientemente”. Contra ello, la abogada de los reclusos interpuso recurso de amparo basándose en que el Estado debe garantizar el “valor superior de la libertad en cuanto autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias a las que los recurrentes en ningún momento han renunciado [...]”. En el marco de un Estado social y democrático de derecho ha de respetarse a todo ciudadano su personal código de opiniones, creencias, valores y objetivos vitales de que se trate [...]. Interferir coactivamente en su actitud frente a su propia vida [...], implicaría negar al hombre todo poder configurador de su vida y su muerte”. Finalmente, el TC desestimó el recurso de amparo presentado, también con votos particulares.

esa huelga de hambre reivindicativa y su oposición a recibir asistencia médica, los miembros del grupo en cuestión colocan a la Administración ante la alternativa de revocar la medida administrativa contra la cual dirigen su protesta o presenciar pasivamente su muerte, planteando así un conflicto que esencialmente se produce entre el supuesto derecho de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad hasta el extremo, incluso, de ocasionar su propia muerte, sin injerencia alguna, y al deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia [...], conflicto que se proyecta no sólo en relación con el derecho a la vida, sino también sobre otros derechos fundamentales”.

Haciendo referencia a la relación de sujeción especial entre Administración y reclusos (“concepto de por sí impreciso”), el TC indica que ella ha de ser siempre entendida en un sentido reductivo, compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales. Dicha relación, añade el TC, “origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo”.

En relación con ello, la STC 137/1990 de 19 de Julio señaló que no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, “en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes” y, entre ellas, las que se establezcan en la LOGP, la cual regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios:

“Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, cuya titularidad corresponde también a la población reclusa en los términos del art. 25.2.º de la Constitución, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre las que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres”.

Volviendo a la STC 120/1990 de 27 de Junio, el TC analizó el tema relativo a las torturas y tratos inhumanos o degradantes (FJ núm. 9) y señaló que el propio art. 15 CE la prohíbe, “pero esta prohibición no puede estimarse que haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre”.

Tras recordar la definición que del término tortura contiene la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, y citar algunas sentencias del TEDH (que han sido analizadas en páginas anteriores), la sentencia reitera su doctrina relativa a que, para apreciar si existen tratos inhumanos o degradantes, es necesario que “éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envejecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condena.” Ya anunciamos, en las precisiones conceptuales de este Informe, esta importantísima delimitación que ahora se examina con más detenimiento.

En base a ello, el TC estima que en modo alguno puede calificarse de tortura o tratos inhumanos o degradantes, la autorización de una intervención médica que, como la impugnada por los recurrentes, no está en sí misma ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, “sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo”.

Se añade a continuación, frente a la alegación de los recurrentes la cual señalaba que “independientemente de que intenten alargarles la vida con la alimentación forzosa, les están ocasionando unas lesiones irreversibles”, que en esta intervención médica ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación o indignidad: “Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio, lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante”.

Concluye el TC aclarando que el hecho de que la alimentación forzosa, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes, no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte: “ambos hipotéticos reproches han de ser sin embargo también desechados, el primero de ellos, porque ya la resolución impugnada excluye expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla y el segundo, porque el propósito de la medida no es el de provocar el sufrimiento, sino el de prolongar la vida”.¹⁵

¹⁵ De modo similar, la STC 137/1990 de 19 de Julio, destacó que tampoco puede estimarse que la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes del art. 15 CE haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre. “Como ya señalamos en la Sentencia de 27 de Junio, ‘tortura’ y ‘tratos inhumanos o degradantes’ son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. Y con este sentido aparecen reflejadas, según detallamos en aquel pronunciamiento, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York de 10 de diciembre de 1984 (art. 1) y en la jurisprudencia del T.E.D.H., a propósito del art. 3 C.E.D.H. (casos Irlanda contra Reino Unido, Tyrer, Campbell y Cosans, y Soering), así como en las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, adoptadas por Resolución (73) 5, de 19 de Enero de 1963, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 31), y, en fin, en el art. 6 L.O.P.J.”. Por ello, y también con referencia al medio carcelario, el Tribunal Constitucional tiene dicho que, para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes, es necesario que “éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condena” (STC 65/1986, f.j. 4; 89/1987, f.j. 2), daño implícito en la misma que está excluido del concepto de tortura (art. 1.1 in fine de la Convención contra la tortura cit., de 1984). “Pues bien, de acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de ‘tortura’ o ‘tratos inhumanos o degradantes’, con el sentido que esos términos revisten en el art. 15 C.E., la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación o indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante. El hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes, no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda tener como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte. En este sentido, apuntamos en nuestra Sentencia de 27 de Junio que el empleo de la alimentación por vía oral ‘podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla’, del mismo modo que podría serlo la utilización de cualquier otro medio en la que acertase a descubrirse como fin preferente la causación de padecimiento o, al menos, el completo arrumbamiento de la evitación de la muerte. Ambos posibles reproches deben desecharse, sin embargo, en el presente caso. El último de ellos, por cuanto el propósito de las medidas atacadas no es el de provocar sufrimiento, sino la vida”.

Frente al sentir mayoritario del TC, el Magistrado Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer —en su voto particular— afirma que aunque la alimentación forzosa persiga evidentemente un objetivo humanitario, de salvaguarda de la vida y la salud, tal objetivo sólo puede realizarse si se trata de una medida transitoria, “puesto que si se prorroga indefinidamente, en la medida en que permanezca la situación de huelga de hambre, no garantiza la realización de ese objetivo y provoca un alargamiento innecesario de la degradación física y psíquica de la persona implicada, mantenida artificialmente en vida en condiciones tan precarias que pueden llegar a ser inhumanas. Por ello, la solución adoptada por la resolución impugnada, no puede mantenerse indefinidamente sin colocar a la persona en una situación degradante y contraria a su dignidad humana”. En sentido similar se expresó el Magistrado Leguina Villa, en su voto particular.

El tema de las huelgas de hambre en prisión ha vuelto a ser tratado no hace mucho tiempo por una jurisprudencia de menor rango, a raíz del denominado “caso De Juana Chaos”. Como es conocido, dicho recluso (perteneciente a ETA) fue condenado el pasado año 2006 a la pena de doce años de prisión por delitos de amenazas vertidos, según Sentencia de la Audiencia Nacional, en unos artículos periodísticos. El citado preso (que ya había extinguido una condena anterior por veinticinco asesinatos y en ese momento llevaba veinte años de prisión) inició una huelga de hambre en protesta contra dicha condena que ha tenido episodios de alimentación forzosa e interrupción de la misma en diversas ocasiones. Tras advertir los médicos del grave estado de salud como consecuencia de la inanición y el posible riesgo de muerte, el Ministerio Fiscal instó su prisión atenuada (domiciliaria), su defensa la libertad provisional y la acusación el mantenimiento en prisión con alimentación forzosa. El Pleno de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvió, el 25 de enero de 2007, “mantener la situación de prisión provisional comunicada y sin fianza de JOSÉ IGNACIO DE JUANA CHAOS, debiéndose de adoptar por el Centro Hospitalario donde actualmente se encuentra ingresado la administración de la terapéutica adecuada al caso, incluida la alimentación forzosa”.

Dicha resolución se basó en dos argumentos centrales, por lo demás conocidos en esta temática, como ya se ha visto en las páginas anteriores. El primero alude a que la situación terminal de enfermedad en el recluso ha sido buscada por él mismo. En efecto, la resolución señala que “la prisión atenuada está prevista para otro tipo de supuestos distintos del actual: bien cuando aparece una enfermedad sobrevenida (por ejemplo, tumor terminal), bien cuando se produce una agravación general del estado de salud del interno (por ejemplo, toxicómanos con sida). Pero ninguno de tales supuestos es el del caso en que es el preso quien, precisamente, por su propia voluntad (estando informado en todo momento —y así se acordó en las diversas resoluciones citadas— de su situación y los posibles peligros que para su vida y/o integridad física se generan por su voluntaria actitud de continuar con la huelga de hambre), se ha puesto en tal situación de peligro; esto es, se trata de una autopuesta en peligro libre y voluntaria. Y ante tal actitud, siendo una decisión del interesado, DE JUANA CHAOS, único responsable de su puesta en peligro, planteándose un conflicto de intereses, debe decaer su voluntad ante la posición de garante de las Administración.”

El segundo argumento empleado por la citada resolución de la Audiencia Nacional, recoge la antigua doctrina de las relaciones especiales de sujeción, la cual ahora es útil para la devaluación de los derechos fundamentales de los presos. En tal sentido, la resolución afirma que: “[...] los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad —sea por cumplimiento de condena, sea por prisión preventiva (como es del caso que nos ocupa)— pueden ser objeto de limitaciones al existir una relación de especial sujeción entre el interno y la Administración que origina un entramado de derechos

y deberes recíprocos, entre los que destaca el esencial deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del interno con el consiguiente deber de adoptar las medidas necesarias para protegerlos, imponiendo limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de aquel interno que, por el riesgo de su vida en que voluntariamente se han colocado, precisen de tal protección, acordándose la alimentación forzosa del preso ante su actitud de huelga de hambre.”

Más allá del caso en concreto comentado, el cual ha tenido otras derivaciones e incidencias que escapan al contenido de este Capítulo,¹⁶ como se puede ya constatar, el vaciamiento del contenido material de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad ha sido siempre fundamentado en atención a esta categoría doctrinal, la cual, por ello, merece de un análisis más detenido para conocer los orígenes, empleos y cuestionamientos a los que ha sido sometida.

7. La doctrina de las relaciones de sujeción especial como fundamento jurisprudencial para la devaluación de los derechos de las personas privadas de libertad.

GARRIDO FALLA señala que la doctrina de las relaciones de sujeción especial (RSE) traducen una antigua institución propia del derecho administrativo “que designa el contenido de lo que se conoce como policía administrativa” (1983: 161 y ss.), esto es, “aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos”.¹⁷

En efecto, la doctrina de las RSE tiene su origen, al menos desde el punto de vista terminológico, hacia mediados del pasado siglo. Destaca LASAGABASTER que, como concepto jurídico, estuvo especialmente ligado a una determinada forma política, en un período de transición “donde se solapaban el principio monárquico y la soberanía popular” (1994: 26). Precisa este autor que el término “relaciones de sujeción especial” no es aceptado unánimemente, resaltando que, en su origen histórico, la doctrina alemana utilizaba la expresión de relaciones de poder especial.¹⁸ Aquí se utilizará la primera de las expresiones citadas —RSE— por ser, literalmente, la terminología empleada por el TC español.

La doctrina ha establecido que las potestades de supremacía pueden ser generales o especiales. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, las primeras sujetan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de títulos concretos. Las segundas sólo son ejercitables sobre quienes están en una situación organizativa determinada de subordinación derivada de un título concreto¹⁹ (1989: 443).

¹⁶ Incidencias que han pasado por acontecimientos muy diversos que van desde todo tipo de pronunciamientos políticos a su orden de reingreso posterior a la cárcel, pasando por la inspección del propio Presidente del CPT del Consejo de Europa para interesarse por su salud.

¹⁷ En cuanto a la aparición de las RSE, GARRIDO FALLA señala que a partir de la aparición de la forma-Estado de derecho, la “situación de sumisión de los particulares al Estado” ha experimentado profundos cambios entre los cuales se halla la aparición de “relaciones especiales de poder” (1983: 162 y ss.).

¹⁸ Expresión ésta que utilizan, entre otros, QUERALT (1992: 33 y ss.), GARRIDO FALLA (1987, vol. II: 121) ó SANTAMARÍA PASTOR (1988: 869-870). Destaca LASAGABASTER que también se utilizan denominaciones tales como “relaciones vitales especiales”, “estatuto especial” o “vinculación especial jurídico-pública”, expresiones que, en cierto sentido, podrían encontrar su origen en la teoría de los status de Jellinek.

¹⁹ Sobre los funcionarios o los usuarios de los servicios públicos o los concesionarios o contratistas.

Junto a esa genérica situación general de supremacía en que la Administración se encuentra “y de la que se deriva correlativamente una situación de sumisión de los administrados” (GARRIDO FALLA 1983: 170), han ido surgiendo “especiales relaciones de poder” que este autor ejemplifica con los casos de funcionarios públicos, o del alumno de una escuela pública o Universidad del Estado, o del enfermo que es atendido en un Hospital público, etc. En estos casos, agrega GARRIDO FALLA, el administrado se encuentra sometido no sólo a los reglamentos generales de la policía administrativa, sino también a las normas que rigen en concreto en el Organismo (determinado Cuerpo de Funcionarios) o establecimiento público (Universidad, hospital) al que pertenece.

En cuanto a la ejecución de penas privativas de libertad, MAPELLI CAFFAREN (1994) recuerda que, desde hace tiempo, el TC había hecho uso de la categoría de las RSE y también, la mayoría de penitenciaristas españoles se habían mostrado a favor de dicha teoría,²⁰ tal vez, como indica DÍES RIPO-LLÉS (1986), sin ser completamente conscientes del carácter profundamente restrictivo de los derechos fundamentales de los reclusos que ello provocaría. Indican estos autores que también los administrativistas habían dado por válida la aplicación de la doctrina de las RSE en el ámbito penitenciario. A diferencia de lo sucedido en Alemania, donde ha resultado una categoría conceptual fuertemente criticada (cfr. RIVERA BEIRAS 2006), en España parecía así incuestionable que el ámbito propio del régimen y tratamiento penitenciario constituía una clarísima RSE.

MAPELLI CAFFAREN lo dice claramente: “la situación no puede menos que calificarse de paradójica pues en el país germano la jurisprudencia forzó una reforma legal para impedir que los tribunales pudieran seguir esgrimiendo la referida teoría, en tanto que en nuestro país los tribunales no parece que se hayan dado por enterados de que existe una ley —la primera Ley Orgánica tras la Constitución— cuyos principios resultan desde todo punto de vista contrarios a la teoría de las relaciones especiales de sujeción” (1994: 6).

Asimismo, BACIGALUPO también compara la situación alemana con la que se verificó en España. En tal sentido, destaca que, entre nosotros, “se da una reducida protección del principio de legalidad y de la exigencia de reserva de ley” (1991: 28) debido a que nuestro TC admite una “zona” en las llamadas RSE en la que “aquellos principios, prácticamente, no rigen” (ibídem). A ello se debe añadir, concluye finalmente Bacigalupo, que las RSE tienen en la jurisprudencia española una “extensión inusitada” que va mucho más allá de aquellos límites que les reconoció la teoría. Evidentemente, las opiniones de estos autores se refieren principalmente a la jurisprudencia del TC en materia penitenciaria.

Las primeras sentencias del TC a que se alude son las de 21 de 1987 y 27 de Junio de 1990. La primera de ellas resolvió un recurso de amparo que fue interpuesto por un recluso internado en el Centro penitenciario de Basauri (en Euskadi) contra un Acuerdo de la Junta de Régimen y Administración de aquel establecimiento por el cual se sancionaba, por un lado, con catorce días de aislamiento en celda (motivado por la comisión de una falta calificada como “muy grave”) y por otro lado, con doce días más de aislamiento en celda (por otra falta). El recurrente indicaba que los derechos constitucionales de cuya lesión solicitaba el amparo, eran los derechos a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (al no haberse motivado la no admisión de pruebas por él solicitadas y por haberse practicado otras sin que él estuviese presente); el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE; el dere-

²⁰ En tal sentido, BUENO ARÚS (1981), GARCÍA VALDÉS (1980), GARRIDO GUZMÁN (1983), GONZÁLEZ VICENTE (1988) o ALONSO DE ESCAMILLA (1990).

cho a la asistencia letrada (art. 24.2 CE); el derecho a un proceso público (art. 24.2 CE); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa del art. 24.2 CE (pues no se le permitió al recluso expresarse en euskera); el principio de legalidad del art. 25.1 CE (debido a que las faltas estaban tipificadas tan sólo en el RP y no, por tanto, en una Ley); el derecho a la reeducación y reinserción social del art. 25.2 CE, el cual se estimaba lesionado por la existencia de un aislamiento en celdas de veintiséis días de duración y la proscripción a la Administración para la imposición directa o indirecta de sanciones que puedan suponer privación de libertad del art. 25.3 CE.

Señala MAPELLI CAFFAREN que, precisamente esta sentencia, se aproxima mucho a la formulación originaria de la doctrina de las RSE: “Comienza por negar algo que constitucionalmente parece insostenible: que el contenido del art. 25.2 CE no confiere un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. Semejante afirmación sólo deja lugar a una lectura del referido precepto: el art. 25.2, pierde su fuerza vinculante” (1994: 24). Añade el citado autor que, lejos de ser éste un elemento dinámico, se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, “se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico” (*ibidem*).

Hacia ya años que la doctrina venía sosteniendo que la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad, al encontrarse entre los derechos fundamentales en la Constitución, traducían una voluntad del constituyente que traspasaba la mera voluntad “declarativa” de semejante orientación y en lugar de tratarse de una simple formalidad, dicha voluntad apuntaba al reconocimiento de un verdadero derecho subjetivo del penado que obligase a la Administración a través de los tribunales de justicia (MAPELLI CAFFAREN, 1983).

Por otra parte, como segunda consecuencia grave de la sentencia comentada, ha de hacerse referencia al *status libertatis* del penado. Dicha resolución afirma que “la libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de la condena”. En otro momento, dicha resolución, señala asimismo que “al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción (se refiere a las de aislamiento), como una privación de libertad sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión”.

Para MAPELLI CAFFAREN, semejante afirmación no sólo desconoce el sentido del derecho a la libertad ambulatoria, sino que se sitúa en una concepción de la teoría de la pena contraria a los modernos postulados resocializadores (1994: 25). En tal sentido, el mencionado autor cita a Jellinek —a quien atribuye la paternidad de la doctrina de las RSE— para quien, ese *status libertatis* constituía el núcleo de los derechos fundamentales inherentes a toda persona (PÉREZ LUÑO, 1984). En consecuencia, señala MAPELLI CAFFAREN que “no se puede, pues, ‘perder legítimamente’ el referido *status*, ni siquiera puede perderse una de sus manifestaciones concretas: la libertad personal ambulatoria” (*ibidem*).

Indica este autor que, de tales consideraciones, se deriva necesariamente una conclusión a la que no quiso llegar el Alto Tribunal: que la sanción de aislamiento en celda conculca manifiestamente el art. 25.3 CE (referido a la proscripción a la Administración para la imposición directa o indirecta de sanciones que puedan suponer privación de libertad). Ello se deduce de la constatación que la sanción de aislamiento en celda “implica directamente” privación de libertad y entonces, si ello se acepta, habrá de concluirse necesariamente que una sanción de tal tipo sólo puede ser impuesta judicialmente. “Ni el carácter excepcional que le otorga la LOGP,²¹ ni que sea judicialmente aprobada por el juez de Vig-

²¹ El art. 42.3 LOGP indica que “la sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifiesta una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del centro”.

lancia cuando exceda de catorce días²² (art. 76.2 d/LOGP) son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad” (ibídem).

En otro orden de cuestiones, merece ser mencionado el problema relativo al principio de legalidad en la ejecución penitenciaria. El TC comienza señalando que “una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones (alude a las RSE), no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado”. Pero, más adelante, precisa que todo ello queda salvado si el interno dispone de “información suficiente sobre las normas jurídicas” y que éstas se formulen “con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que se puedan derivar de una determinada conducta”.

Objeta MAPELLI CAFFAREN que no basta que una norma jurídica permita “prever razonablemente” las consecuencias de una conducta infractora pues, los derechos fundamentales, se hallan amparados por el principio de “reserva absoluta de ley” por lo que ha de sustraerse a la Administración su capacidad reguladora en tal sentido. “El sistema penitenciario sancionador descansa fundamentalmente en el Reglamento, en donde se describen las conductas infractoras y la sanción correspondiente. Tal sólo se reserva a la ley el catálogo de sanciones” (1994: 26). Por ello, concluye, no se entiende cómo el TC da por buena esta situación que vulneraría el principio de reserva de ley. Además, ha de tenerse en cuenta que el Reglamento Penitenciario no es tan “preciso” en esta materia.²³ En efecto, a veces se persiguen conductas por afectar a una determinada “moral” y en otras ocasiones, se presentan fórmulas imprecisas que permiten castigarlo todo.²⁴

MAPELLI CAFFAREN opina al respecto que “en ésta como en posteriores ocasiones, ha perdido (el TC) la oportunidad de exigir un cumplimiento más riguroso con los principios y exigencias constitucionales en el sistema de sanciones penitenciarias. No se trata de negar la posibilidad de que la Administración penitenciaria disponga de un régimen disciplinario, pero éste no se deriva de ninguna relación de sujeción específica sino del cumplimiento de un fallo condenatorio; cumplimiento que ha de ejecutarse de acuerdo con los principios resocializadores” (1994: 27-28).

Es importante destacar la apreciación que el citado autor efectúa en torno a la “ambigüedad” de ciertas expresiones constitucionales. Ello procede de la observación que, el TC pretende deducir del propio texto del art. 25.2 CE la existencia de una RSE. Conviene recordar que allí se afirma que el condenado gozará de todos los derechos fundamentales “a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”. El sentido de la pena introduce un “cierto punto de confusión” en el texto constitucional. Es un término “ambiguo” que podría entenderse como “significado” (lo cual equivaldría a privación de libertad) o como “fin” (y entonces se estaría refiriendo a la reeducación y reinserción social). Mappelli Caffarena se inclina por esta segunda posibilidad.

²² Es conocido que una práctica de la Administración penitenciaria consistió en burlar esta garantía (se alude al límite de los catorce días de esta sanción, pasados los cuales, la misma requiere aprobación del JVP). Ello ha sido muchas veces realizado bajo el ardid de transformar el conjunto de sanciones que superen ese tope, de modo tal que ninguna de ellas sobrepase el límite de los catorce días. En este sentido, es importante destacar que el TC consideró que ello vulnera el efectivo control jurisdiccional y, en este punto, reconoció al recurrente su derecho a la tutela judicial efectiva.

²³ Se habla en presente pues, conviene recordarlo, el nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, ha declarado vigentes precisamente los artículos del antiguo Reglamento que tipifican las faltas disciplinarias.

²⁴ Se alude al art. 110.f) donde se castiga “cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia”, no estando comprendida entre las anteriores faltas.

Finalmente, el mencionado autor indica que no puede aceptarse en esta materia la vigencia de la categoría de las RSE. Frente a la opinión expresada por otro sector doctrinal que, aunque con matices, admite la vigencia de esta categoría restrictiva, siempre y cuando se mantenga limitada su eficacia al texto legal (cfr. por todos LUZÓN PEÑA 1987: 49).

Cabe recordar, para terminar este apartado, que pese a que uno de los problemas con que siempre se encontró la doctrina de las RSE consistió en su imposibilidad de definición exacta (LASAGABASTER 1994, BACIGALUPO 1991, QUERALT 1992 o MAPELLI CAFFAREN 1994) y que también el Tribunal Constitucional tuvo que reconocer que se trata “de un concepto de por sí impreciso”, no por ello dejó de emplearse en numerosas ocasiones para servir de fundamento legitimador de, al menos:

- a) las restricciones a los derechos fundamentales de los reclusos;
- b) el “ablandamiento” del principio de legalidad en sede ejecutivo-penal-penitenciaria; y
- c) el debilitamiento del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

En las Conclusiones que se presentan al final del Informe, relativas a la tortura y a la impunidad de la tortura, convendrá recordar la examinada categoría doctrinal, la cual va dibujando un amplio espacio o zona de no derecho, en la cual puedan producirse aquellas situaciones que constituyen aquí el objeto de estudio central del trabajo.

Pero ahora, una vez examinado aquí aquel universo propio del garantismo penal y del derecho internacional de los derechos humanos, será oportuno detenerse a analizar la situación internacional de los últimos años que parece estar anunciando la caída, precisamente, de aquel universo respetuoso.

CAPÍTULO 2

El contexto internacional del último quinquenio. Los derechos humanos y la tortura

1. El despliegue global de la “guerra contra el terror”.

Dos grandes fenómenos de escala y repercusión planetaria están marcando en gran medida el devenir de estos primeros años del nuevo milenio en el contexto actual de globalización neoliberal hegemónica: por un lado estamos hablando del (intento de) control y gestión de los flujos migratorios —tratados en el Capítulo 10 de este estudio en el caso español, pero que obviamente tienen una dimensión global— y, por el otro, de la “guerra global contra el terrorismo” que desde el 11 de septiembre de 2001 se ha encumbrado y presentado como el principal problema y reto mundial. Ambas reacciones son muestra paradigmática del tratamiento que hace Occidente de la alteridad, ya sea entendida como el *otro* “extranjero” —migrante sin recursos, por supuesto— ya sea como el *otro* “violento” —porque los violentos siempre son los otros, *nosotros* en todo caso reaccionamos contra esa violencia—. En la actualidad estamos asistiendo a la confusión, superposición y expansión de sus lógicas, discursos y prácticas, en lo que constituye una verdadera gestión penal y de excepción de esa alteridad que convierte a los migrantes llamados “ilegales” en “cuasi-personas” al no reconocérsele ciertos derechos y a los sospechosos de terrorismo en “no-personas” a través de la aplicación de legislaciones de emergencia y el llamado “derecho penal del enemigo”. El presente capítulo se centrará en la segunda de estas reacciones —el *otro* como “enemigo”, como “no-persona” —.

Frecuentemente es el “Acontecimiento”, ese acontecimiento con mayúsculas, el que visibiliza un conflicto. En este caso, el acontecimiento adopta la forma de 11-S. Ese 11 de septiembre de 2001 ciertamente el mundo cambió. Suele situarse el inicio de las dinámicas que nos ocupan en el presente capítulo —más adelante veremos como tal afirmación es cuanto menos discutible—²⁵ en estos trágicos atentados sufridos en suelo norteamericano. Por primera vez desde Pearl Harbour EEUU fue atacado dentro de sus fronteras nacionales (con la diferencia que esta vez el ataque no fue llevado a cabo por un ejército regular de una potencia extranjera sino por una red terrorista internacional). Muchas vidas

²⁵ Como se apuntará más adelante, la utilización de las legislaciones de excepción ha sido una constante histórica desde el nacimiento del Estado liberal tras las revoluciones norteamericana, francesa e inglesa (AGAMBEN, 2004). Éste derecho especial, diferente del derecho penal común, fue concebido y aplicado en coyunturas de problemas de gobernabilidad por parte del Estado. En épocas recientes destacan las legislaciones especiales surgidas como reacción a diferentes grupos anarquistas a finales del siglo XIX y principios del XX o todavía en época más cercana en la década de los 70-80 en Europa Occidental, en un contexto de contrarrevolución simbólica neoliberal y conservadora, con la inauguración de lo que el profesor Bergalli (1988) denominó “cultura de la emergencia”, que cristalizó, entre otras cosas, en el ámbito legislativo sustantivo a través del surgimiento de las llamadas leyes antiterroristas, en el ámbito de la legislación procesal permitiendo la incomunicación o restringiendo garantías procesales, en la creación de jurisdicciones y tribunales especiales para el enjuiciamiento de los delitos terroristas, en el ámbito penitenciario en las cárceles de máxima seguridad, las políticas de dispersión o en la configuración de sofisticados sistemas de aislamiento carcelario (OSPDH, 2005).

inocentes se apagaron aquella mañana. Más de tres mil. Los muertos, el sufrimiento y la desesperación ya no aparecían lejanos, televisivamente lejanos²⁶ como dirá Baudrillard (1991), las víctimas no hablaban extraños dialectos, no vestían ropas diferentes, no estaban en un remoto desierto, en un campo de refugiados de la franja de Gaza o en una selva centroamericana o del sudeste asiático, sino en el corazón mismo de Manhattan. El sistema-mundo, consciente de su trascendencia, tembló ante aquellos acontecimientos conmocionado ante el *shock* provocado por el ataque múltiple, por la dimensión de su horror y por contra quien iba dirigido. Resulta pavoroso comprobar, y esta tragedia es un macabro ejemplo, cómo la indiferencia moral aumenta dramática y proporcionalmente con la distancia —física y cultural— dando lugar a una verdadera asimetría del valor de la vida.

Y esta era una de las características principales de la nueva etapa que se abría: el conflicto que tradicionalmente —en casi toda la era moderna— había sido exportado por las potencias occidentales a la periferia del sistema, desde la colonización a la Guerra fría, cambia con el 11-S de sentido. El conflicto pasaba de este modo de la convulsa periferia al centro.

En el ámbito del discurso hegemónico lanzado desde EEUU, los trágicos hechos fueron presentados mayoritariamente en el discurso político y en los *media* (a través de la monopolización del acontecimiento, de su sentido y su significado) de tal modo que parecería como si tales brutales atentados surgieran de un “vacío social”, como si el mal en estado puro, que toma esta vez la forma de “fundamentalismo islámico”, hubiera emergido de la nada para golpear los cimientos de la democracia y la libertad encarnados en dos enormes rascacielos. Esta representación discursiva de la realidad que o bien exorciza el conflicto o lo radicaliza convirtiéndolo en “choque de civilizaciones”, genera una falacia en la cual los EEUU se nos presenta como un gigante dormido que ha despertado tras los ataques terroristas a las torres gemelas. Una imagen reconfortante. La convulsión provocada (lo emotivo a veces supera a lo racional en la exigencia de la inmediatez) hizo que análisis profundos y rigurosos de variables sociológicas e históricas fueran tildadas en ocasiones de “tibias” contra los violentos, cuando no simple y llanamente de “apología”. Poco o nada importó en este contexto atender a las variables de producción social de esa violencia a sus condiciones de posibilidad y de reproducción. Los atentados, de este modo, o bien fueron despojados en el discurso oficial y dominante de cualquier tipo de contextualización y de análisis de los procesos históricos, o bien, en el otro extremo, eran interpretados peligrosamente en clave étnica o religiosa. En ambos casos, no estaban insertos en relaciones de poder a escala planetaria ni atendían a formas de dominación y de desigualdad, esta “amnesia consciente” no recordaba tampoco o trataba de (hacer) olvidar que el monstruo que se hallaba tras los atentados de Nueva York y el Pentágono fue adiestrado y financiado por la CIA años antes para luchar contra los infieles rusos en Afganistán (1979-1989) entre otras turbias cuestiones.²⁷

²⁶ Resulta aparentemente paradójica la manera cómo la televisión, por un lado, acerca el acontecimiento introduciéndolo mediante imágenes y discursos a millones de hogares y, por el otro, lo aleja en la medida que lo convierte de real en virtual.

²⁷ En 1979, tras la invasión soviética de Afganistán, EEUU a través de sus servicios secretos lanzó una operación encubierta para desestabilizar el gobierno impuesto por Moscú. Ésta consistió en el envío de fondos, armamento e instrucción por parte de agentes de la CIA a los *muyahidines* a través de países aliados de EEUU en la zona, como los regímenes de Arabia Saudí o el Pakistán. Entre esos *muyahidines* encargados de desatar una *jihad* global contra la Unión Soviética se encontraba Osama Bin Laden —un fanático multimillonario saudí *wahhabí*. Tras la expulsión soviética de Afganistán, sin embargo, la maquinaria ya había sido puesta en marcha y continuó operando en toda Asia Central. Las cosas se empezaron a torcer cuando ese aliado en la zona llamado Osama Bin Laden y el grupo que logró formar, reclamaron la expulsión de todos los “infieles” en tierras islámicas, incluidos los norteamericanos en su país, Arabia Saudí, que desde finales de la Segunda Guerra Mundial mantenía unas relaciones privilegiadas con la superpotencia —basada sobre todo en la elemental fórmula de protección a cambio de petróleo barato—.

Pero al final, pese a todo y lamentablemente, como sostiene Dal Lago (2005) “la violencia y la guerra no son derivaciones de un poder legítimo, sino condiciones de ejercicio normal del poder en la escena internacional” (DAL LAGO, 2005:53).

Por su parte, la política sabe rentabilizar, cuando conviene, el miedo, el sufrimiento y la muerte, y lo cierto es que una de las cualidades del “enemigo” es que posee una gran capacidad de generar cohesión social.²⁸ Tras los macabros atentados del 11 de septiembre todo lo demás pasó a un segundo plano, incluida la fractura social que vivía EEUU después del controvertido resultado electoral que dio finalmente la victoria al partido republicano en las ajustadas y polémicas elecciones presidenciales de 2000, en las que George W. Bush salió elegido gracias a un margen mínimo de votos en el Estado de Florida y un fallo de la Corte Suprema que dejó fuera de la Casa Blanca al demócrata Al Gore. La nueva coyuntura que se abría a partir de los sangrientos ataques exigiría unidad, como no se cansó de repetir el nuevo presidente. El mundo también arrojó a EEUU. Desde ese momento, la seguridad nacional, la “guerra contra el terrorismo” y la retórica marcial nuclearizaron la política interior y exterior estadounidense dando lugar a “la expansión más fuerte de la autoridad ejecutiva desde la guerra fría en los EEUU” (ÁLVAREZ CONDE, E y GONZÁLEZ, H, 2006:3).

En materia de política exterior, la administración republicana, haciendo valer su condición de superpotencia, hizo del unilateralismo y de la supeditación del Derecho Internacional a sus intereses geoestratégicos y a los de la “guerra contra el terrorismo” —a veces extrañamente coincidentes y entendidos siempre según sus parámetros— la nota dominante del período post-11/S. En este sentido, el abordaje policial y militar ha primado sobre el abordaje político. Conceptos como el de “guerra preventiva”, “daño colateral”, “asesinato selectivo”, “bombas inteligentes”, “eje del mal”, etc. empezaron a circular con cotidiana normalidad. En cuanto a la definición del período, primero —todavía muy en caliente— la administración norteamericana utilizó el término de “cruzada” para definir la nueva etapa que se abría ante los atentados del 11-S. Su desafortunada elección hacía muy complicada la implicación de sus aliados del mundo islámico en la zona, por lo que rápidamente se procedió a revisarlo. Los dos términos escogidos posteriormente (“justicia infinita”, que proyecta una imagen de divinidad autoproclamada, y “libertad duradera”) dan cuenta cuanto menos de una cosa esencial: la lucha va a ser larga, parecen estarnos diciendo. La elección/utilización de esta terminología por parte de la administración Bush es ejemplificadora del cariz que han tomado los acontecimientos después de la puesta en marcha de esta “política criminal de la guerra”. La excepcionalidad por tanto, parecían advertirnos, tenía intención de convertirse en regla.

Los gobiernos de todo el mundo también reaccionaron de manera casi inmediata al nuevo contexto. Con una definición ambigua, problemática, muy amplia y no consensuada a nivel internacional de lo que se entiende por “terrorismo”, algunos de ellos lo utilizaron para poner cerco a su disidencia interior. La especial coyuntura, la conmoción y la alarma social reverberada por los *media* daba “casi” carta blanca a las medidas para erradicar la amenaza terrorista en cualquiera de sus formas.

²⁸ Retrocediendo cien años, podemos ver cómo el rostro del “enemigo interior” va cambiando pero la esencia siempre es la misma: anarquismo de finales del XIX y principios del XX, todas las categorías sociales que no entraban dentro de los parámetros del “Gran plan” de la Alemania nacionalsocialista, “revisionistas”, “capitalistas” y “burgueses” en la URSS estalinista, en la China de Mao o en la Camboya de Pol Pot, comunismo en la década de los 50 en EEUU, los “elementos subversivos” en las dictaduras del Cono Sur de América Latina, los grupos armados de carácter nacionalista y/o de extrema izquierda sobre todo en la década de los 70 en Europa Occidental: IRA, ETA, Rote Armee Fraktion (RAF), Action Directe o las Brigadas Rojas, etc.

De este modo, tanto el terrorismo como las políticas criminales en materia antiterrorista se globalizarían en un proceso que algunos han denominado como de “globalización armada”. Del mismo modo que este “nuevo terrorismo” puede operar en cualquier punto del globo coordinándose en tiempo real mediante las nuevas tecnologías, también asistimos a un despliegue a nivel planetario de toda una suerte de legislación especial incluida —y asumida, a menudo de manera muy entusiasta— en los códigos penales de los diferentes países en un tiempo record, así como a la construcción de todo un entramado de instituciones, organizaciones, acuerdos de cooperación en materia policial, judicial y militar, etc.

Los principios garantistas, las libertades y los derechos humanos, fruto y recompensa de largas luchas sociales y orgullo de Occidente, son sacrificados en este proceso de un bandazo en el altar de la Seguridad. Muchos de los distintos instrumentos normativos adoptados en esta “lucha contra el terror” afectan/vulneran, como se ha venido denunciando desde las más variadas posiciones, a derechos fundamentales como la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, el secreto de las comunicaciones telefónicas o por internet, la intimidad, el estatus jurídico de los extranjeros residentes en sus territorios y un largo etcétera. Como se desprende de los trabajos de Alessandro Baratta: hemos pasado de la demanda de la seguridad de los derechos a la demanda del derecho a la seguridad.

El sociólogo alemán Ulrich Beck (2001) nos dirá que “El terrorismo transnacional ha abierto también un nuevo capítulo en la sociedad del riesgo mundial. Hay que distinguir claramente entre el atentado en sí mismo y la amenaza terrorista que el mismo universaliza. Lo decisivo no es el riesgo, sino la percepción del mismo. Lo que los hombres temen que sea real es real en sus consecuencias. [...] La amenaza terrorista percibida y políticamente instrumentalizada provoca las demandas de seguridad que anulan la libertad y la democracia, es decir, precisamente eso que hace superior a la modernidad.”

En este contexto se disuelven las fronteras y se desdibujan las categorías: seguridad interior/exterior, delito/guerra, guerra/paz, policía/ejército (el ejército realiza funciones policiales y la policía se militariza), ciudadano/enemigo, disidencia/terrorismo, normalidad/excepcionalidad, etc.

El “enemigo” al que se le ha declarado la guerra, en este caso, hijo de una alteridad violenta, es conceptualizado como un enemigo difuso, que genera una alarma no-localizada pero constante, que al mismo tiempo está dentro y fuera, que aparece y desaparece entre la multitud. En estas circunstancias, se ha impuesto en los círculos occidentales la teoría de la “guerra asimétrica” como respuesta lógica del “enemigo” ante la superioridad económica, tecnológica y militar occidental. Ésta supone “el abandono de la guerra convencional y también de la guerrilla tradicional (cuyo modelo puede ser considerado la guerra del pueblo teorizada y practicada entre los años 1950 y 1970 por el general vietnamita Giap) por ser demasiado costosa en términos humanos. La respuesta asimétrica consistiría sobre todo en formas de guerra reticular (*netwar*), en las que pequeñas células terroristas, autónomas y carentes de estructura centralizada, intentan atacar los centros neurálgicos de occidente y de los EEUU según la conocida regla estratégica del ‘enjambre’ (*swarming*) que se mueve por separado para atacar conjuntamente.” (DAL LAGO, 2005:39). Ante esta nueva situación el discurso dominante, entre otras medidas, aboga como respuesta a la amenaza terrorista al manejo de la información entendida como la materia prima más importante en un contexto en el que la seguridad física total es imposible. Ello implica la utilización de las nuevas tecnologías de la información²⁹ y del uso intensivo y expansivo de

²⁹ Un ejemplo de ello es ECHELON, la mayor red de espionaje e interceptación de comunicaciones electrónicas de la historia —radio, satélite, teléfono, fax, internet...—. La red Echelon se creó a principios de la década de los 70 y fue ampliada enormemente entre 1975 y 1995. Dirigida por la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) norteamericana y el británico Cuartel General de Comunicaciones Gubernamentales (GCHQ), en ella participan Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Echelon cuenta con unos supercomputadores espe-

los servicios secretos y de información —cada vez con más fondos, cada vez con más medios— con el peligro del alto grado de discrecionalidad que ello puede provocar si no se establecen los adecuados controles democráticos.

La guerra es inoculada así en las sociedades civiles occidentales desde arriba y desde afuera. Se nos impone de esta manera un estado de excepción permanente, de alerta generalizada, de libertad vigilada, de sospecha constante que se instala como patrón social normal de actuación. Una palabra dominará sobre las demás en este período: Seguridad. ¿Seguridad para quién?, preguntará Matthews (2003). “El primado de la seguridad (si asumimos este escenario en estos términos) significa en última instancia la militarización del control social, la gestión en términos *militares* o incluso bélicos de las ‘amenazas’ a las sociedades occidentales que provienen del exterior (infiltraciones terroristas) o del interior (células terroristas durmientes). La militarización del control comporta principalmente dos consecuencias: la primera es que ciertas categorías de seres humanos, por ser sospechosas de connivencia con el enemigo, son despojadas de las garantías jurídicas normales sobre las cuales occidente ha construido su propia representación de cuna del derecho [...]. La segunda consecuencia es la creación de un grupo de acusación virtual y real de estos grupos humanos, en particular los inmigrantes, considerados proclives a acoger la propaganda de los enemigos de occidente debido a su ‘naturaleza’ social irregular.” (DAL LAGO, 2005:30). Al hilo también de este peligroso proceso de estigmatización y etiquetamiento, el antropólogo Marc Augé sostendrá que “se ha pretendido crear una minoría étnica y religiosa (y religiosa en la medida en que es étnica) susceptible de ser etiquetada, de ser caracterizada, hecho que de inmediato ha complicado la identificación de sus representantes, como si, de entrada, esa actitud no fuera la creación de aquellos que hoy en día pretenden comprenderla y discutir con ella.” (AUGÉ, 2002).

Otro de los muchos mitos que operan en este contexto es aquel que sostiene que toda la reacción en materia de política criminal para hacer frente al terrorismo por parte de los estados es un fenómeno nuevo desplegado por primera vez atendiendo a los retos específicos de este “nuevo terrorismo”. Da la sensación, escuchando la retórica que nos habla de la necesidad vital de nuestras sociedades democráticas occidentales de adoptar toda esta batería de medidas especiales que recortan las libertades individuales y ponen cuanto menos en entredicho muchos derechos humanos fundamentales, que dicha reacción es algo excepcional, puntual y que atiende a una coyuntura especial, de emergencia, cuya respuesta hace necesaria ciertos sacrificios personales y colectivos. Sin embargo, pese a ciertas especificidades de este “nuevo terrorismo” lo cierto es que la excepcionalidad o emergencia penal, más allá de ser algo coyuntu-

ciales, denominados “Diccionario”, que son capaces de almacenar un amplio banco de datos sobre objetivos específicos partiendo de un nombre, una dirección, un número telefónico u otros criterios seleccionados. Cuando un satélite detecta una comunicación que puede ser interesante, el mensaje se selecciona y se envía a una determinada carpeta en los centros especializados de la NSA y del GCHQ. Allí, un agente lo lee y le da el curso que corresponda, siempre con copia a la NSA. Según algunas fuentes, el sistema dispone de 120 estaciones fijas y satélites geoestacionarios. Éstos podrían filtrar más del 90 % del tráfico de internet. Las antenas de Echelon pueden captar ondas electromagnéticas y transmitirlos a un lugar central para su procesamiento. Se recogen los mensajes aleatoriamente y se procesan mediante los diversos filtros buscando palabras clave. Este procedimiento se denomina “Control estratégico de las telecomunicaciones” (<http://altavoz.nodo50.org/echelon2000.htm>, <http://es.wikipedia.org/wiki/ECHELON>). Otro caso es el de CARNIVORE, el software utilizado por el FBI para el rastreo de datos en internet. Este software se instala en los proveedores de acceso a internet y, tras una petición proveniente de una instancia judicial, rastrea todo lo que un usuario hace durante su conexión a Internet. En teoría tiene capacidad para discernir comunicaciones legales de ilegales. El cómo realiza este análisis y cuál es su infraestructura y alcance real, es algo que permanece secreto, pero teniendo la misma procedencia que ECHELON (los EEUU) y perteneciendo a una agencia estatal (FBI), al igual que ECHELON (NSA), no sería descabellado el pensar que ambas agencias intercambien, o compartan, toda o parte de la información obtenida (<http://es.wikipedia.org/wiki/Carnivore>).

ral, se ha instalado, desde hace mucho tiempo, en el corazón mismo del Derecho. (AGAMBEN, 2004; SERRANO-PIEDRECASAS, 1988; RIVERA BEIRAS, 2005; FERRAJOLI, 1998; entre otros).

El 11-S y la consiguiente “guerra contra el terrorismo” también han supuesto una reordenación de las alianzas entre países. Estados antes no presentes en la agenda norteamericana entran de este modo en la escena internacional como aliados en una constantemente cambiante coalición internacional contra el terrorismo capitaneada por EEUU. Países como Omán, Filipinas, Uzbekistán y Tayikistán, con escaso respeto por los derechos humanos, con historiales de torturas, represión de la oposición política y los medios de comunicación, etc., como denuncian Human Right Watch, son recompensados por su apoyo en la lucha contra el terrorismo con paquetes de ayuda militar, que incluyen entregas de equipos de defensa, armamento, apoyo financiero y entrenamiento militar.³⁰

Otras situaciones problemáticas con los derechos humanos son las de, por ejemplo, Rusia con el caso chechenio o las derivadas del conflicto árabe-israelí. Según el Informe Mundial de Human Rights Watch de 2006 otros muchos países —Uzbekistán, Rusia y China entre ellos— usaron la “guerra contra el terrorismo” para atacar a sus oponentes políticos, estigmatizándolos como “terroristas islámicos.” A ellos deberíamos añadirles el reciente caso de Somalia. En otros informes, en este caso de Amnistía Internacional, se denuncian además las graves situaciones referentes a la práctica de la tortura en países como Marruecos, Arabia Saudí, Egipto, Pakistán, Colombia o Kuwait,³¹ entre otros. Human Rights Watch (también) documentó la existencia de graves abusos al margen de esta lucha contra el terrorismo. Por ejemplo, en mayo, el gobierno de Uzbekistán masacró a cientos de manifestantes en Andijan, el gobierno de Sudán consolidó su “limpieza étnica” en Darfur, Sudán occidental, y persistentes atrocidades fueron reportadas en la República Democrática del Congo y en Chechenia. Una severa represión continuó en Burma, Corea del Norte, Turkmenistán, y en el Tibet y Xinjiang en China, mientras Siria y Vietnam mantuvieron fuertes restricciones sobre la sociedad civil y Zimbabwe condujo desalojos forzados masivos, motivados políticamente. La lista, tristemente sería mucho más larga.

1.2. “Guerra contra el terror” y derecho penal del enemigo.

Estamos asistiendo a la expansión global del “derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*) teorizado por Günther Jakobs (2006) cuyos antecedentes podemos encontrarlos en autores como Carl Schmitt³² o Edmund Mezger.³³ Nos interesa pararnos aquí un momento porque este “derecho penal del enemi-

³⁰ http://hrw.org/spanish/press/2002/EEUU_ayudamilitar.html

³¹ <http://www.es.amnesty.org/tortura/informate/otros-paises/>, http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Mas_alla_de EEUU.pdf y http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Informe_Pakistan.pdf

³² El jurista alemán Carl Schmitt (1888-1985), fue profesor en la Universidad de Berlín desde 1934. Su doctrina jurídica acerca del Estado se ha señalado como uno de los elementos ideológicos sobre los que se fundó el nacionalsocialismo, al que se adhirió en 1933. Dirigió una crítica constante hacia las instituciones y los principios democráticos durante la República de Weimar, cuya estabilidad contribuyó a socavar. Según su teoría, el poder real se descubre en la situación de excepción, según quién conserve la capacidad de decisión, y no de acuerdo con la atribución constitucional de poderes. También criticó el individualismo subyacente a la democracia, al considerar que el pueblo era propiamente masa, que adquiría una identidad por adhesión a un líder carismático, y por enfrentamiento al “enemigo”, categoría fundamental en la constitución de un pueblo y que se establecía por decisión arbitraria del líder. Entre las obras en que desarrolló su doctrina, destacan *La dictadura* (1921), *Teología política* (1922) y *Estado, movimiento, pueblo* (1933).

³³ Edmund Mezger es conocido como uno de los máximos representantes de la dogmática jurídico-penal alemana del siglo XX pero también como uno de los juristas y criminólogos más importantes del régimen nacionalsocialista, al servicio del cual puso su saber, su prestigio y su poder (Muñoz Conde, 2003).

go” se ha convertido en la forma hegemónica de “lucha legislativa” contra el terrorismo en casi todo el mundo. Éste se basa en una visión dicotómica de la sociedad que distingue entre “amigos” y “enemigos” o, en este caso, entre “ciudadanos” y “enemigos”. Dependiendo de la condición que se le atribuya al sujeto —ciudadano o enemigo— se le aplicará un derecho penal u otro. Este *otro* Derecho penal consiste, básicamente, en una legislación de excepción en la que se flexibiliza, e incluso suprimen, las garantías jurídico-penales consagradas en un Estado de derecho respecto de algunos individuos que son despojados de su condición de ciudadano: los llamados “enemigos”. O lo que es lo mismo, se crea un sistema jurídico paralelo que permite indagar, interrogar, procesar y condenar a los sospechosos de terrorismo sin las garantías legales del sistema ordinario. Este derecho penal especial opera de manera paralela al derecho penal del ciudadano —aunque con su continua expansión acabe por confundirse o incluso solaparse con éste— ganando más importancia al tiempo que se instala peligrosamente en el sentido común penal.

De manera sintética podríamos decir que el derecho penal del enemigo “se caracteriza por tratarse de una intervención anticipada —tanto en la definición material del comportamiento desviado como en el procedimiento jurídico establecido para la averiguación de la infracción-, desproporcionada e “inocuidadora”, frente al sujeto que, negando reiteradamente el Derecho, persiste en su comportamiento asocial y sobre quien, por tanto, ya no existe una expectativa seria, con efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal conforme a derechos y deberes. El ‘enemigo’ deja así de ser persona (ciudadano) y pasa a ser un individuo y, para la sociedad, una fuente de peligro.” (MIRO LLINARES, 2006:135-136).

Dicho con otras palabras, el derecho penal del enemigo supone:³⁴

- La anticipación máxima de la tutela penal: se produce un adelantamiento de las barreras punitivas hasta casi la penalización de los “actos internos”, criminalizándose conductas previas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, justificando este castigo en la falta de seguridad cognitiva que se supone en quienes se consideran “enemigos”.
- El quebrantamiento del principio de proporcionalidad que se produce en numerosos supuestos relacionados con los delitos cometidos por los presuntos “enemigos”. Así, se castigan de la misma forma los actos preparatorios y de participación que los hechos consumados y de autoría, la imposición de penas inhumanas y degradantes y la creación de circunstancias agravantes fundamentadas en la pertenencia a un grupo terrorista castigadas con penas desorbitadas sin tener en cuenta los hechos delictivos que efectivamente se lleven a cabo.
- Y, por ultimo, la minimización de las garantías procesales incluso de aquellos derechos fundamentales relacionados con el proceso penal, en aras de mejorar la eficacia policial y judicial. Así, se han alargado los plazos de detención sin puesta a disposición judicial, la pérdida de garantías procesales en la entrada y registro domiciliario o la práctica de interrogatorios sin asistencia letrada, entre otras muchas actuaciones.

³⁴ Ver CHAZARRA QUINTO, M^a A. “La lucha contra el terrorismo versus el respeto a los derechos fundamentales: la política criminal española tras los macroatentados terroristas” en <http://www.derechopenalonline.com/>

Miró Llinares, en su análisis (2006), recuerda que el mismo Günther Jakobs reconoce que este Derecho penal del enemigo supone una pérdida de confianza del Estado en el ciudadano basada en un peligro potencial —real o figurado—. Para Jakobs, “ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la —*sit venia verbo*— neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas”. De esta manera, el derecho penal del enemigo crea la distinción entre “ciudadanos” y “enemigos” equiparando estos últimos a “no-personas”, no-personas que al haber abandonado de manera continuada —y se presupone que sin intención de regresar— el Derecho, legitiman de este modo un control y una acción punitiva más agresiva consistente en la suspensión de ciertas garantías y derechos consagrados —sólo aplicables a personas/ciudadanos—.

Dentro de este paradigma, además del concepto de “enemigo”, resultan centrales otros como el de “necesidad” o el de “peligro”: se neutraliza/se vuelve inocuo al “enemigo” debido a/legitimado por el estado de necesidad provocado por la fuente de peligro que éste supone. Ni que decir tiene que los tres conceptos: “enemigo”, “necesidad” y “peligro” son definidos según los patrones que marca el Estado en su defensa frente a los riesgos que supone un entorno —según su visión— cada vez menos controlable o, utilizando la terminología de Jakobs, debido a la “falta de seguridad cognitiva” que el “enemigo” genera.

Como apunta Chachuan (2006) “Podemos decir que los enemigos (hoy, terroristas, narcotraficantes y, en general, la criminalidad organizada), al ser considerados no-ciudadanos son vida desnuda, el *Homo sacer* de Agamben. Así, al ser despojados del estatuto jurídico, son incluidos en el ordenamiento jurídico a través de su exclusión: se les excluye del derecho penal de los ‘ciudadanos’, pero son incluidos en el ordenamiento jurídico, a través de la legislación especial de excepción del Derecho penal del enemigo”.

Toda esta situación supone finalmente la supeditación del Derecho a la Razón de Estado: el Derecho, las reglas del juego democrático, pueden suspenderse si el estado de necesidad así lo requiere.

Este *otro* derecho penal sin duda no es un fenómeno nuevo, como nos recuerda Giorgio Agamben (2004), éste ha sido utilizado históricamente por el Estado liberal desde su creación; sin embargo, la novedad de la situación actual radica en que “la excepcionalidad del Derecho penal del enemigo no tiene una vocación de transitoriedad sino de permanencia, dado que, de forma distinta a lo que ocurre con el Derecho de excepción, que acepta su carácter excepcional y debe buscar la vuelta a la normalidad, el sistema de Derecho penal de enemigos implica la admisión, como propia situación de partida, de la existencia de una diferencia de base entre ciudadanos y enemigos” (MIRÓ LLINARES, 2006:158). Efectivamente, “La alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia como justificación política de las reglas del juego que en el Estado de derecho disciplinan la función penal. A fuerza de desconocer la excepcionalidad de la creación de este derecho especial, la excepción ha desbancado a la regla, contagiando con sus esquemas sustancialistas y subjetivistas todo el sistema de justicia penal” (RIVERA BEIRAS, 2005:391 y FERRAJOLI, 1998:807-816). De este modo, “La emergencia no se presenta más como medida excepcional de garantía para el sistema o de recarga en caso de necesidad, sino como alimento constante e imprescindible del mismo.” (BERGALLI, 1998).

2. Cultura de la impunidad y “guerra contra el terror”.

En este contexto de “guerra contra el terrorismo” y legitimadas por ésta, se han dado otras prácticas y situaciones a nivel internacional que vulneran gravemente los derechos humanos y que fomentan una “cultura de la impunidad”; entre ellas:

2.1. Creación por parte de EEUU de un sistema de cárceles secretas y espacios de reclusión militares y/o en zonas de no-derecho.

Estados Unidos gestiona oficialmente alrededor de 25 centros de detención en Afganistán y otros 17 en Iraq, en lo que constituye un verdadero universo concentracionario de excepción. Dentro de este laberinto inquisitorial se hallan más de 50.000 personas producto de las intervenciones militares en ambos países.³⁵ A ellos debemos añadirles lo que diversas organizaciones han denunciado: la existencia de una red secreta de prisiones administradas por Washington y diseminadas por varios continentes en lo que Amnistía Internacional considera como un “turbio sistema de capturas, transferencias y detenciones secretas que EEUU ha desarrollado para la “guerra contra el terror”.”³⁶ Según *The Washington Post*, en esta “constelación mundial de centros de detención” creados en nombre de la lucha contra el terrorismo hay más de 9.000 presos.” (LA TORRE, 2005:88).

Según Amnistía Internacional, miles de detenidos permanecen bajo custodia estadounidense en Iraq [...] centenares más se encuentran bajo custodia de EEUU en Afganistán detenidos sin juicio y en régimen de prácticamente total incomunicación. [...] Además, Estados Unidos mantiene a un número indeterminado de detenidos bajo custodia secreta en régimen de incomunicación en lugares desconocidos y en condiciones desconocidas, en casos que pueden constituir “desaparición”.³⁷

Dentro de este sistema penitenciario militar estadounidense el ejemplo más conocido y paradigmático es el centro de detención situado en la base naval de Guantánamo en Cuba, que se ha convertido en el terrible símbolo de la “lucha contra el terrorismo”: el 11 de enero de 2002 entró el primer detenido en sus instalaciones proveniente de Afganistán. Desde ese día, por sus instalaciones pasarían cerca de 775 prisioneros.³⁸ En abril de 2002, los detenidos allí alojados fueron trasladados desde las pequeñas jaulas de tela metálica y alambre del campamento provisional de Camp X-Ray a los confines de Camp Delta, donde en su mayoría están encerrados en celdas aun más pequeñas, a veces las 24 horas del día y con muy poco tiempo para hacer ejercicio en el exterior. Muchos de los prisioneros fueron capturados durante el conflicto de Afganistán, otros han sido detenidos en distintos lugares del mundo y entregados a las autoridades norteamericanas. Estas personas, como denuncian organizaciones como Amnistía Internacional “continúan recluidas en un agujero jurídico, en un limbo legal sin precedentes, sin acceso en muchos casos a un tribunal ni un abogado y sin visitas de sus familiares [...] Los detenidos han sido privados de los derechos que consagra el derecho internacional y recluidos en

³⁵ Datos de Amnistía Internacional “ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Negación de la dignidad humana: Tortura y rendición de cuentas en la “guerra contra el terrorismo” —

³⁶ Ver Amnistía Internacional “Estados Unidos de América. Fuera del Radar: vuelos secretos a la tortura y la ‘desaparición’”.

³⁷ Ver Documentación de Amnistía Internacional “Estados Unidos de América. Más allá de Guantánamo: la búsqueda constante de un poder ejecutivo sin límites”.

³⁸ BBC 11 de enero de 2007.

condiciones que podrían equivaler a trato cruel, inhumano o degradante. Han sido además sometidos a graves sufrimientos psicológicos”. Actualmente se encuentran en sus instalaciones unas 500 personas detenidas de unos 35 países.³⁹

2.2. Detenciones “de excepción” y “desapariciones forzadas”.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define la desaparición forzada de personas, que califica de crimen de lesa humanidad, como: “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Se desconoce el número exacto de personas que se hallan en esta situación. Las escasas informaciones que se tienen de estas prácticas llevadas a cabo por los servicios de inteligencia estadounidenses provienen de personas que han sido puestas en libertad tras períodos de detención que en algunos casos han sido de varios años. Según los testimonios de estas personas, “se hacían tremendos esfuerzos para que los detenidos no supieran donde estaban: no les dejaban mirar al exterior, quitaban las etiquetas de los alimentos, etc. de manera que durante meses [...] no supieron si era de día o de noche, si llovía o hacía sol o si en algún momento se acabaría su tormento de interminables días mirando a las blancas paredes o sometidos a interrogatorio.”⁴⁰

Según el testimonio de algunos de los “desaparecidos”:⁴¹ un hilo musical reproducía música occidental en las celdas las 24 horas del día, de manera que resultaba imposible concentrarse para leer, rezar o dormir lo necesario. [...] En ningún momento tuvieron contacto con otros detenidos. No oían el ruido de las otras celdas debido al volumen de la música [...] los guardias e interrogadores iban completamente tapados.

2.3. Regímenes de detención draconianos fuera de todo control jurisdiccional.

Desde que saltó a la luz pública las condiciones de vida y las atrocidades cometidas en cárceles como Guantánamo o Abu Ghraib resulta muy difícil negar la evidencia de lo inhumano del régimen de detención a los que se tiene sometidos a los sospechosos de esta “caza de brujas global”:

“La fotografía de un joven desnudo capturado en Afganistán, con los ojos vendados, esposado y con grilletes y atado con cinta adhesiva industrial a una camilla. Imágenes de detenidos encapuchados sujetos al piso de un avión militar para ser trasladados desde Afganistán hasta el otro extremo del mundo. Fotografías de detenidos enjaulados en la base naval estadounidense en Cuba, arrodillados delante de unos soldados, con grilletes, esposados, con el rostro cubierto y los ojos vendados. Imágenes en televisión de detenidos vestidos de color naranja, con grilletes en los pies, caminando hacia la sala de interrogatorios, o llevados hasta ahí en camillas con ruedas. Un detenido iraquí encapuchado sentado en la arena, rodeado de alambre de espino, que aprieta contra su pecho a su hijo de cuatro

³⁹ Ver Documentación de Amnistía Internacional “Detenidos de Guantánamo: cuatro años sin justicia”.

⁴⁰ Amnistía Internacional “Estados Unidos de América. Fuera del Radar: vuelos secretos a la tortura y la “desaparición”.

⁴¹ Amnistía Internacional “Estados Unidos, Jordania y Yemen. Tortura y detención secreta: Testimonio de los “desaparecidos” en el contexto de la “guerra contra el terror”.

años. Y las fotos de Abu Ghraib: un detenido encapuchado, haciendo equilibrios encima de una caja, con los brazos extendidos y cables colgando de las manos con la amenaza de la tortura eléctrica; un hombre desnudo encogido de terror contra los barrotes de una celda mientras unos soldados lo amenazan con unos perros que gruñen; y soldados sonrientes, aparentemente seguros de su impunidad, junto a detenidos obligados a adoptar posturas sexualmente humillantes. Los Estados Unidos de América y el mundo recordarán durante muchos años estas y otras imágenes, iconos de la actuación de un gobierno que ha optado por negar a los derechos humanos su importancia fundamental.”⁴²

2.4. Utilización sistemática de la tortura.

Ciertamente la tortura, como técnica de infligir dolor a un semejante, hunde sus perversas raíces en la noche de los tiempos de la historia. Como toda técnica, evoluciona y se perfecciona, tiene sus ritos y sus lenguajes, sus formas y sus espacios, sus perpetradores y sus destinatarios. Esta “guerra contra el terror” ha traído su propio repertorio culminación de un largo proceso de maduración. Los tratos vejatorios, la vulneración sistemática de los derechos humanos y la tortura no son, por tanto, un “efecto colateral” propio de *esta* “guerra contra el terrorismo” y del contexto actual, ni tampoco son algo coyuntural, aislado, circunscrito a ciertos ámbitos o espacios o producto de la desviación de unas cuantas “manzanas podridas” fuera de control, como ha querido presentarse, sino que, como apunta Naomi Klein para el caso de la superpotencia, desgraciadamente han sido “una parte esencial para la política exterior estadounidense desde la guerra del Vietnam” (KLEIN, 2006). Un claro ejemplo de ello fue la tristemente conocida como Escuela de las Américas (School of Americas, SOA) entre 1946 y 1984, inicialmente ubicada en la zona norteamericana del Canal de Panamá y posteriormente trasladada a Fort Benning (Georgia). Esta siniestra institución educativa que se concentró en la acción antiinsurreccional y anticomunista y que sentó las bases de la denominada *Doctrina de la Seguridad Nacional* (DSN) adiestró a los mayores torturadores de América Latina. Entre sus tristemente famosos alumnos encontramos a los generales golpistas argentinos Viola y Videla, los dictadores Somoza (Nicaragua), Pinochet (Chile), Stroessner (Paraguay), Bánzer (Bolivia), Melgar Castro (Honduras) o Carlos Humberto Romero (El Salvador). La “Escuela” puede considerarse de este modo uno de los embriones de los actuales escándalos de tortura en Abu Ghraib y Guantánamo. Como apunta Naomi Klein: “de acuerdo con los manuales de entrenamiento desclasificados, los estudiantes de la SOA (militares y oficiales de policía de todo el hemisferio) se entrenaban en muchas de las mismas técnicas de interrogatorio forzado que desde entonces han viajado a Abu Ghraib y Guantánamo: detenciones a primera hora de la mañana para maximizar la conmoción, encapuchamiento y vendado de ojos inmediato, desnudez forzada, privación sensorial, saturación sensorial, manipulación del sueño y la comida, humillación, temperaturas extremas, aislamiento, posiciones forzadas, etc.”.⁴³ La preocupación se amplifica si tenemos en cuenta que actualmente la Escuela de las Américas se denomina Instituto de Cooperación para la Seguridad Hemisférica (*Western Hemisphere Institute for Security Cooperation*, WHINSEC) y es sólo una pequeña parte de una amplísima y compleja red de programas estadounidenses de formación de fuer-

⁴² Ver Documentación de Amnistía Internacional “ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Negación de la dignidad humana. Tortura y rendición de cuentas en la ‘guerra contra el terrorismo’”.

⁴³ *Op. Cit.*

zas militares y policiales extranjeras. Existen en la actualidad aproximadamente 275 academias e instalaciones militares de este tipo que ofrecen más de 4.000 cursos, lo que supone que EEUU proporciona cada año formación sobre técnicas de combate y doctrina policial y militar estadounidense a un mínimo de 100.000 policías y militares extranjeros procedentes de más de 150 países.⁴⁴

Otro ejemplo es el Manual de torturas de la CIA, conocido con el nombre en clave KUBARK⁴⁵ que fue redactado en 1963. Este tratado sobre el sufrimiento humano se desclasificó en 1997, a merced del Acta de Libertad de Información lo que ha permitido que saliese a la luz pública. En él, se detallaban una serie de protocolos y técnicas a utilizar con los prisioneros para la obtención de información. “El manual en cuestión no es el único texto de estas características que se conoce. En 1983, la CIA publicó otro documento similar, aunque con un título más cínico: ‘Manual de entrenamiento para la explotación de los recursos humanos’. En éste se recomendaba, bajo el epígrafe de Protocolos para el trato con los prisioneros infligir o amenazar con el dolor, privación de comida y sueño, mantener a los sujetos en posiciones incómodas durante prolongados períodos de tiempo, así como atarlos desnudos y mantenerlos con los ojos vendados o, a ser posible, en total estado de aislamiento”.

Sin embargo, algo sí que ha cambiado en esta nueva coyuntura internacional: “Otras administraciones mantuvieron tácticamente sus ‘operaciones negras’ en secreto; se sancionaron los crímenes, pero se practicaron en la sombra, denunciados y condenados oficialmente. La administración Bush ha roto este acuerdo: tras el 11 de septiembre, demandó el derecho a torturar sin vergüenza, legitimado por nuevas definiciones y nuevas leyes.” (KLEIN, 2006). De este modo “Bush hace que nadie niegue las torturas con credibilidad.”

Como sostiene una investigación del diario *Newsweek* del 17 de mayo de 2004,⁴⁶ “Hubo un antes y un después del 11/9”, según Cofer Black, jefe de la unidad de contraterrorismo de la CIA hasta noviembre de 2004 al Congreso estadounidense en 2002. ‘Después del 11-9 nos quitamos los guantes’. Muchos estadounidenses se emocionaron con la retórica marcial en esos momentos y aceptaron que no se podía combatir a Al-Qaeda de acuerdo con las reglas tradicionales. Pero sólo ahora estamos conociendo qué, precisamente, significaba eso de *quitarse los guantes*”.

“Los comandantes de Guantánamo lamentaban que usando los ‘métodos convencionales’ no lograban sacar suficiente información a los presos y, esencialmente, preguntaban hasta dónde podían llegar con métodos más ‘expeditivos’ sin preocuparse por las consecuencias legales. El informe legal, con fecha de marzo de 2003 y comisionado por el Departamento de Defensa sugirió, según revela el *Wall Street Journal* en la edición europea de 7 de junio de 2004, la forma de eludir los textos fundamentales internacionales y americanos que vetan la tortura: la convención de 1994 y la Ley federal (‘Estatuto sobre la tortura’) que extiende estos principios fuera de los territorios de los EEUU: La primera vía era la de los poderes presidenciales atribuidos con la *Patriot Act*, donde el presidente, en la lucha contra el terrorismo, puede, siendo comandante en jefe, suspender las garantías constitucionales a su discreción. Por consiguiente, ni el presidente ni quien actúa bajo su instrucción podrá ser procesado por la violación de las leyes contra la tortura. La segunda es que en el caso de que fueran acusados pueden invocar de todas formas ‘la necesidad’, ‘la buena fe’ o ‘la autodefensa’ entendida como ‘la prevención de posibles ataques a los Estados Unidos’. En la versión definitiva del informe, aproba-

⁴⁴ Ver Amnistía Internacional “Poder inigualable, principios incumplidos” en www.amnistiainternacional.org/publica/eeuu3/infosu.pdf

⁴⁵ Se puede acceder al documento completo en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB27/01-01.htm> o en <http://www.mindcontrolforums.com/kubark.htm>, también más información p.e. en www.redtercermundo.org.uy/revista_del_sur Num. 155-156 septiembre/octubre 2004.

⁴⁶ Recogida en http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_notas=16449&tabla=primera

da el 16 de abril por el secretario de defensa Donald Rumsfeld, también se añade una lista de ‘técnicas de interrogatorio’. Las mismas que después se han utilizado en Iraq.” (LA TORRE, 2005:85).

Así, primero, (el presidente George W. Bush) firmó una orden secreta para conceder nuevos poderes a la CIA. El decreto autorizó a la agencia instalar una serie de centros de detención secretos fuera de Estados Unidos, así como a interrogar a los presos con una dureza sin precedentes. Luego, Washington negoció con gobiernos extranjeros la inmunidad no sólo para personal del gobierno, sino de contratistas. La administración empezó asimismo a entregar a detenidos a gobiernos extranjeros que podrían interrogarlos con métodos más agresivos, según dijo al Congreso el director de la CIA, George Tenet. Ya en 2003 se desarrolló en Guantánamo una “directriz de 72 puntos de tensión y coacción” para interrogatorios. Las consecuencias, en forma de escenas de la degradación humana, han dado la vuelta al mundo.

Y mientras en Guantánamo los interrogadores afinaban sus técnicas, en el verano de 2003 la insurgencia se multiplicaba en Iraq. Rumsfeld estaba impaciente con la inteligencia obtenida en ese país, la cual no estaba obteniendo los frutos deseados. El secretario destacó que en Guantánamo sí que se estaba obteniendo información útil y valiosa, por lo que instruyó a su subsecretario de Inteligencia, Steve Cambone, para que enviara a Iraq al comandante de Guantánamo, Geoffrey Miller, para que éste revisara los procedimientos de interrogatorio.

De este modo, en territorio iraquí Abu Ghraib se convertiría en el otro gran escenario de la iconografía de la tortura. “En la era de Saddam Husein, Abu Ghraib, situada a treinta kilómetros al oeste de Bagdad, era una de las prisiones más tristemente célebres del mundo por sus torturas, sus ejecuciones semanales y sus infames condiciones de vida. Unos cincuenta mil hombres y mujeres (imposible dar la cifra exacta) llegaron a estar encerrados en un mismo momento en Abu Ghraib, en celdas de tres metros y medio de lado que eran poco más que pocilgas.” (HERSH, 2005:57). Tras la invasión, Abu Ghraib se convirtió en una prisión militar estadounidense. A diferencia de Guantánamo, la mayoría de los prisioneros —en otoño de 2003 eran ya varios millares, incluyendo mujeres y adolescentes— eran civiles, muchos de ellos apresados en redadas militares y en puntos de control de carreteras. Había tres categorías: delincuentes comunes, sospechosos de “crímenes contra la coalición” y un pequeño número de presuntos “valiosos” líderes de la insurgencia” (*ibid.*).

“Según la declaración en la BBC de la ex comandante de la cárcel de Abu Ghraib, Janis Karpinsky, la misión de Miller y del grupo que él adiestró, los llamados “219 tigres” y que a Miller le gusta definir como los *magical people*, fue la de enseñar las “técnicas de interrogatorio” usadas en Guantánamo y sugerir que el control de la cárcel pasara directamente a manos de los servicios secretos que se encargarían de gestionar los interrogatorios. Esto último se cumplió con la Ordenanza de 19 de Noviembre de 2003, firmada por el general Ricardo Sánchez, entonces jefe de las fuerzas de la coalición en Iraq. Entre los métodos de interrogatorio que el general Geoffrey Miller sugirió —la privación del sueño, la exposición extrema al calor y al frío, la obligación de mantener posiciones corporales incómodas durante largos períodos de tiempo—, se le dio particular importancia a la humillación sexual, basándose en la idea de que los árabes son especialmente vulnerables a la misma.”⁴⁷ (LA TORRE, 2005:84).

⁴⁷ “La idea de que los árabes son particularmente vulnerables a las humillaciones sexuales se había convertido en tema de conversación entre los conservadores de Washington partidarios de la guerra en los meses anteriores a la invasión. Un libro que se citaba con frecuencia era *The arab mind (la mentalidad árabe)*, un ensayo sobre la cultura y la psicología árabes publicado en 1973 por Raphael Patai, antropólogo cultural que enseñó, entre otras universidades, en Columbia y Princeton, fallecido en 1996. El libro incluye un capítulo de veinticinco páginas sobre los árabes y el sexo, donde se describe el sexo como un tabú revestido de vergüenza y represión. (...) El libro de Patai, (...) era la Biblia de los neoconservadores sobre la conducta árabe. (...) En sus conversaciones dos temas destacaban: Uno, que los árabes solo comprenden la fuerza, y dos, que su punto débil es la vergüenza y la humillación.” (HERSH, 2005:81-82).

Tras las denuncias de prácticas sistemáticas de tratos crueles, inhumanos o degradantes hacia los detenidos bajo el régimen militar penitenciario estadounidense y después de la filtración a los medios de comunicación de algunas de las aberrantes escenas que se vivieron tras los muros de estas prisiones militares, el gobierno norteamericano inició una serie de investigaciones. Según Seymour Hersh (2005), el ejército estadounidense elaboró varios informes internos sobre la situación del sistema penitenciario militar acuciado por las filtraciones e imágenes aparecidas sobre el trato inhumano inflingido a las personas presas en sus Centros de reclusión. Entre ellos destacan dos: el de Donald Ryder, general de división y el de Antonio M. Taguba, también general del ejército norteamericano. En las conclusiones del informe de Ryder, entregadas el 5 de noviembre de 2003, el autor sostenía que había aspectos relativos a derechos humanos, adiestramiento y recursos humanos que requerían atención inmediata. Expresaba a sí mismo seria preocupación por la connivencia existente entre la policía militar asignada a vigilar a los prisioneros y los equipos de inteligencia que los interrogaban. El reglamento del ejército limita las actividades de inteligencia por parte de la PM a una recopilación de datos pasiva. Pero en Abu Ghraib había ocurrido algo más. Según Hersh, habían existido presiones por parte de la inteligencia para que la Policía Militar encargada de la custodia de los detenidos facilitara la condiciones para los interrogatorios, es decir, colaborara en la quiebra de la voluntad de los presos antes de los mismos.

El segundo de los informes fue el informe Taguba, en palabras de Hersh, “un descarnado estudio sobre la mala actuación colectiva y el fracaso de la cúpula del ejército. Según su descripción de Abu Ghraib, el reglamento militar y la Convención de Ginebra eran violados rutinariamente, y la tutela de los prisioneros quedaba en manos de las unidades de inteligencia militar y de los civiles contratados.” (HERSH, 2005:92). “A finales de febrero de 2004, el general de división Antonio M. Taguba completaba (dicho) informe de 53 páginas de carácter interno [...]. Sus conclusiones sobre los fallos del sistema penitenciario militar fueron inequívocas. Concretamente, Taguba descubrió que entre octubre y diciembre de 2003 hubo en Abu Ghraib numerosos casos de “malos tratos flagrantes, gratuitos e incluso sádicos”. Los abusos sistemáticos contra los detenidos, informaba Taguba, eran perpetrados por soldados de la 372ª Compañía de la Policía militar, así como por miembros de los servicios de inteligencia.” (HERSH, 2005:58-59). Entre las “técnicas” utilizadas enumeraba las siguientes:

“Romper lámparas de destellos y verter el líquido fosfórico sobre los detenidos; derramar agua fría sobre reclusos desnudos; golpearlos con palos de escoba y sillas; amenazar a los varones con la violación; permitir que un policía militar le cosiera la herida a un herido tras ser arrojado contra la pared de su celda; sodomizar a un detenido con una lámpara de destellos y quizá con un palo de escoba; utilizar perros adiestrados para asustar e intimidar a los reclusos amenazándolos con ser atacados, y en un caso concreto haciendo morder a uno de ellos.”

Para Taguba, el asignar el mando de Abu Ghraib a los agentes de la inteligencia militar, las recomendaciones de Miller y los cambios en la estrategia de Sánchez desempeñaron sin duda un papel central en los abusos cometidos en dicha prisión.

Pese a toda la polvareda levantada, más de un año después de que estallara el escándalo de las torturas de Abu Ghraib, y a medida que seguían aumentando las pruebas de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de las fuerzas estadounidenses en la “guerra contra el terror”, sólo algún soldado u oficial de bajo rango estadounidense ha sido acusado de “crímenes de guerra” o

“tortura” en virtud de las leyes de Estados Unidos.⁴⁸ En más del 70% de las acciones oficiales anunciadas en respuesta a denuncias fundamentadas de abusos, el castigo ha sido administrativo o no judicial.”⁴⁹ Además, “los miembros del gobierno, que desde el principio han afirmado que Estados Unidos trata a todos los detenidos con humanidad y que los abusos han sido obra de unos pocos soldados con conductas aberrantes, han quedado libres de toda investigación independiente.”⁵⁰

En septiembre de 2006, Manfred Nowak, Relator Especial de la ONU en materia de torturas afirmaba ante el Consejo de Derechos Humanos que la tortura en Iraq “se ha escapado de las manos. Tenemos grupos terroristas, militares, policías, milicias. También hay personas que son secuestradas, torturadas seriamente y finalmente asesinadas. [...] No sólo la tortura del gobierno. Existen muchos otros métodos brutales de tortura implementados por milicias privadas”, indicó. En el informe que elaboró cita evidencias preocupantes de torturas, detenciones ilegales, el aumento de las milicias sectarias y escuadrones de la muerte, y un incremento de matanzas de mujeres.⁵¹ De acuerdo con el mismo, los cadáveres en la morgue de Bagdad, la capital, “suelen tener marcas de torturas severas”. Las víctimas provienen de prisiones controladas por las fuerzas multinacionales dirigidas por Estados Unidos, así como de los ministerios iraquíes del Interior y Defensa, y de milicias privadas, dice el documento. Los métodos más brutales los utilizan estas milicias, le dijo Nowak a la prensa. El informe también señala que, debido a la frecuente violencia sectaria, muchos de los cadáveres hallados “tienen indicios de que las víctimas fueron torturadas brutalmente antes de su ejecución extrajudicial”.⁵²

Los abusos tampoco se han circunscrito únicamente a Iraq o Guantánamo. Numerosas personas recluidas en las bases aéreas estadounidenses de Bagram y Kandahar (Afganistán) afirman haber sido sometidas a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes bajo la custodia de Estados Unidos,⁵³ por no hablar de aquellos que se hallan en situación de “desaparición”, recluidos en alguna parte de la constelación penitenciaria secreta de los EEUU.

El 19 de mayo de 2006 el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas formuló una serie de recomendaciones a EEUU sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas por este país en virtud de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes entre las cuales se insta a la administración estadounidense a: cerrar el centro de detención de la bahía de Guantánamo y garantizar que las personas allí transferidas no sean enviadas a países en los que corran el riesgo de sufrir más abusos; asegurar que ninguna persona es recluida en centros de detención secretos —el Comité concluyó que las “desapariciones” constituyen por sí mismas una violación de la Convención—; detener la entrega extraordinaria de sospechosos, ya que esta práctica viola la obligación de no devolución (*non-refoulement*), por la cual no debe transferirse a personas a lugares en los que corran el riesgo de sufrir tortura; aplicar la Convención en todas las zonas que están bajo el control efectivo de Estados Unidos haciendo hincapié en que la Convención es de aplicación tanto en tiempos de gue-

⁴⁸ Por ejemplo, encontramos los casos de la soldado Lynndie England condenada a 3 años por el escándalo de Abu Ghraib, el de Michael Smith a 6 meses, el de Jeremy Sivits a un año o el del cabo Charles Graner a 10 años, la pena más alta impuesta, por hechos ocurridos en la misma prisión sin que las responsabilidades alcanzaran más arriba. (ver www.elpais.com, del 28 de septiembre de 2005).

⁴⁹ Ver Documentación de Amnistía Internacional “Estados Unidos de América. Más allá de Guantánamo: la búsqueda constante de un poder ejecutivo sin límites”.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ <http://www.clarin.com/diario/2006/09/21/um/m-01275739.htm>

⁵² http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/international/newsid_5368000/5368954.stm

⁵³ Ver Documentación de Amnistía Internacional “Estados Unidos — Brutalidad y crueldad sistemáticas: crímenes de guerra en Abu Ghraib”.

rra como de paz y, finalmente, garantizar que todos los responsables de actos de tortura u otros malos tratos rindan cuentas de sus actos y reciban el castigo adecuado.

2.5. Deslocalización de la tortura

El Derecho Internacional prohíbe la entrega o traslado obligado de cualquier persona, independientemente de sus status o el crimen que se le impute, a un país donde pueda correr el riesgo de sufrir tortura o malos tratos. Pese a ello, esta práctica se ha convertido en un instrumento más de EEUU en la “guerra contra el terror”. Según informes de distintos organismos de defensa de los derechos humanos así como del Consejo de Europa y del Parlamento europeo queda probado que EEUU a través de las denominadas “entregas extraordinarias” ha transferido detenidos de esta “guerra contra el terror” a terceros países —con historiales de escaso respeto por los derechos humanos— para que sean interrogados en un intento de eludir la legislación estadounidense e internacional sobre el trato a los prisioneros así como otras responsabilidades que se derivan de ella.

2.6. Tercerización de la guerra

La tercerización de la guerra supone el empleo por parte del gobierno de Estados Unidos de empresas militares privadas en sus misiones en el extranjero. Según el Informe de 2006 de Amnistía Internacional, Estados Unidos se ha transformado en un líder mundial en lo que se refiere a evitar la imputabilidad de las violaciones de derechos humanos. Un ejemplo es la dependencia del gobierno de Estados Unidos de utilizar empresas militares privadas, que ha ayudado a crear zonas virtualmente carentes de reglas, permitido por la bandera de Estados Unidos y su poder militar. Como sostuvo Larry Cox, director ejecutivo de AIUSA: “En los negocios, la tercerización puede aumentar la eficiencia, pero en la guerra tercerizar significa facilitar la impunidad. La conducta ilegal de los contratistas y la renuncia del gobierno de EEUU a llevarlos ante la justicia está ensombreciendo aún más la reputación de este país en el exterior, perjudicando la imagen de las tropas estadounidenses y alimentando el sentimiento antinorteamericano. Estos resultados constituyen un alarmante rendimiento de la inversión de los contribuyentes norteamericanos, superior a los mil millones de dólares y socavan lo que queda de la autoridad moral de EEUU en el exterior. Se están utilizando inquietudes legítimas con respecto al terrorismo para justificar lo injustificable”, afirmó Cox. [...] En su apuro por entregarse a la guerra y con poco aviso, el gobierno de EEUU ha tercerizado contratos por miles de millones de dólares a empresas privadas, dejando en manos de civiles algunas de las funciones más esenciales y delicadas de la guerra, incluso la protección de convoyes que transportan provisiones, la vigilancia de prisioneros y la realización y traducción de interrogatorios. Pese a los escasos requisitos que existen en cuanto a la denuncia de delitos, han surgido testimonios que implican a civiles que trabajan para el gobierno de EEUU en el maltrato de civiles iraquíes y afganos, lo que incluye cientos de incidentes de fusilamiento de civiles iraquíes y la participación en el escándalo por los actos de tortura cometidos en Abu Ghraib. Actualmente, las empresas privadas que desempeñan labores militares operan en una zona virtualmente carente de reglas, ya que están exentos de la aplicación de las leyes iraquíes por orden de la Autoridad Provisional de Coalición y quedan fuera de la cadena del mando militar.

2.7. Existencia de “entregas extraordinarias”.

Las “entregas extraordinarias” llevadas a cabo por EEUU “consisten en el traslado de personas de un país a otro al margen de todo procedimiento legal y administrativo. En el marco de la ‘guerra contra el terror’, normalmente esta práctica ha sido iniciada por EEUU y llevada a cabo por con la colaboración, la complicidad o la aquiescencia de otros gobiernos. Su objetivo es mantener a los detenidos lejos de toda supervisión judicial que pudiera dificultar el interrogatorio y la recopilación de información”.⁵⁴ A través de este programa de entregas extraordinarias se han trasladado detenidos a Guantánamo, a centros de detención en Iraq y Afganistán, a terceros países amigos con escaso respeto por los derechos humanos como Egipto, Jordania o Siria o bien a “lugares negros” —o cárceles secretas— administrados por la Agencia Central de Información estadounidense (CIA) en distintos lugares del globo. Según Amnistía Internacional en su Informe Anual de 2006, “varios estados europeos podían estar implicados en (estas) transferencias ilegales y secretas de personas —conocidas como “entregas extraordinarias”— realizadas por Estados Unidos a países donde la tortura era práctica habitual o a bases militares y lugares secretos de todo el mundo donde quedaban bajo custodia estadounidense.

En este sentido, tanto el Consejo de Europa como el Parlamento Europeo emprendieron sendas investigaciones sobre la existencia de centros secretos de detención de la Agencia Central de Información de Estados Unidos (CIA) en Europa así como de aviones fletados por dicha agencia que entraban y salían del espacio europeo, a través de instalaciones aeroportuarias de diversos países de la Unión Europea y que al parecer, habían sido utilizados en secuestros y transferencias ilegales de detenidos.⁵⁵ En el primero de esos informes, el informe que el Consejo de Europa encargó al fiscal suizo Dick Marty acerca de dichas “transferencias extrajudiciales” se constataba la existencia de una verdadera “telaraña” tejida para realizar traslados ilegales de supuestos terroristas realizados por los servicios de inteligencia estadounidense a través de aeropuertos o espacio aéreo europeo entre los años 2002 y 2005. El informe señalaba la implicación de 14 países europeos.⁵⁶ Asimismo, a través del documento se desprendía que “los gobiernos europeos estaban probablemente al tanto de la existencia de dichos vuelos “secretos”. El informe advertía de la existencia de “actos de tortura y violación severa de la dignidad de los detenidos mediante la administración de tratamientos inhumanos o degradantes (que) están teniendo lugar fuera del territorio nacional, y más allá de la autoridad de los servicios nacionales de inteligencia”.

En la presentación del documento ante el órgano europeo Marty afirmó que: “Hay gente en Europa que fue secuestrada, privada de su libertad, transferida a un número de países, sin derechos ni asistencia. Varias de estas personas están detenidas en centros, campos, en Afganistán, Guantánamo, sin ninguna protección legal fuera de cualquier sistema legal. [...] Otros individuos que fueron plagiados en Europa han sido ‘cedidos’ a países donde sabemos muy bien que serían objeto de tratamientos inaceptables”, añadió.⁵⁷ Desde el Parlamento Europeo, a raíz del informe de Marty, el presidente de la comisión temporal que investiga el caso, Carlos Coelho, afirmó que ahora la existencia de actividades

⁵⁴ ver Amnistía Internacional “Estados Unidos de América. Fuera del Radar: vuelos secretos a la tortura y la ‘desaparición’”.

⁵⁵ Ver también Amnistía Internacional “Europa y Asia central. Perspectiva general 2005”.

⁵⁶ www.elmundo.es 15 de junio de 2006.

⁵⁷ <http://news.bbc.co.uk> 24 de enero de 2006.

de la CIA en Europa ha sido “corroborada y probada”, y añadió que la complicidad entre Estados Unidos y Europa “puede haber sido mayor” de lo que se podría pensar en un principio.⁵⁸ El 27 de junio de 2006 el Consejo de Europa aprobó una resolución que insta a los estados Europeos a adoptar medidas para poner fin a la práctica de las entregas y las detenciones secretas dirigidas por EEUU.

Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó el 14 de febrero de 2007 por una mayoría de más de un centenar de votos (382 votos a favor, 256 en contra y 74 abstenciones) una resolución no vinculante sobre el segundo de esos informes, al frente del cual se encontraba el socialista italiano Giovanni Claudio Fava. “El documento, aprobado el 23 de enero de 2007 por la comisión que ha investigado las actividades de la agencia estadounidense confirmaba que EEUU ha empleado sistemáticamente un programa de ‘entregas extraordinarias’ —detención y encarcelamiento extrajudicial de sospechosos de terrorismo— tras el 11 de septiembre de 2001. Recoge al menos 1.245 vuelos operados por la CIA en aeropuertos de la UE, cita una decena de casos en que las víctimas han sido ciudadanos europeos o residentes en la UE y considera ‘inverosímil’ que ciertos gobiernos de la Unión no estuviesen al tanto. Sin embargo, para propiciar un respaldo mayoritario en el pleno, Fava aceptó suavizar o retirar los reproches particulares que se hacían a las autoridades de Alemania, Polonia y Rumanía. Así, se aseguró el beneplácito de los socialistas alemanes al retirar la mención al posible conocimiento que el anterior Gobierno de Gerhard Schroeder tuvo del secuestro del alemán Jaled El Masri y la detención en Guantánamo del turco Murat Kurnaz. Finalmente también se aceptó la fórmula que señala que ‘hasta el momento no hay evidencias que demuestren una implicación directa del Gobierno alemán’ en estos casos. Fava también admitió rebajar de tono la expresión de las dudas sobre la existencia o no de cárceles secretas en Polonia y Rumanía, que amenazaban con provocar el rechazo de las delegaciones de eurodiputados de estos países. Además, aceptó que el texto final ya no contemplara expresamente la posibilidad de sancionar sobre la base del artículo 7 del Tratado de la UE a aquellos estados miembros que hayan violado los derechos y libertades fundamentales de la UE al cooperar con las acciones estadounidenses.”⁵⁹ Dicho informe y la aprobación de la resolución pese a todo han supuesto la culminación de un año de investigaciones sobre las graves acusaciones de que la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos mantuvo retenidos en secreto a sospechosos de terrorismo en Europa y los trasladó a algunos a países donde se practica la tortura. El artículo adoptado señala que el Parlamento Europeo condena las entregas extrajudiciales o “rendiciones extraordinarias” como “un instrumento ilegal utilizado por Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo”. Condena, además, la aceptación y ocultación de la práctica, en varias ocasiones, por los servicios secretos y autoridades gubernamentales de algunos países europeos.⁶⁰

Por la vía judicial también se han emprendido acciones a raíz de los escándalos de los vuelos “secretos”. Así, la fiscalía de la ciudad bávara de Munich el 31 de enero de 2007 dictó una orden de detención contra 13 supuestos miembros de la Central de Inteligencia de Estados Unidos (CIA) presuntamente implicados en el secuestro del ciudadano alemán de origen libanés Jaled El Masri. A dichos agentes se les acusa de un delito de “secuestro y grave lesión corporal”.⁶¹ Medio mes más tarde sería

⁵⁸ www.abc.es 27 de junio de 2006.

⁵⁹ www.ElPaís.com 14 de febrero de 2007.

⁶⁰ www.ElMundo.es 14 de febrero de 2007.

⁶¹ El Masri fue detenido, según su propio testimonio, el 31 de diciembre de 2003 al entrar en Macedonia por la policía de ese país y unas semanas después entregado a agentes de la CIA. Los agentes, según Masri, le trasladaron a una cárcel de Afganistán, donde pasó cinco meses y fue torturado hasta ser liberado en Albania, el 28 de mayo de 2004. Su caso forma parte del sumario relacionado con los vuelos secretos de la CIA, que está siendo objeto de investigación en el Parlamento alemán (www.elpais.com, 31 de enero de 2007).

una juez italiana la que ordenara que 26 agentes de la CIA y cinco miembros de los servicios secretos italianos fueran sometidos a juicio por el presunto secuestro en 2003 del clérigo musulmán Osama Mustafá Hassan Nars en una calle de Milán.

2.8. Creación de comisiones militares para juzgar presuntos terroristas extranjeros.

El 28 de septiembre de 2006 el Senado norteamericano aprobó finalmente la Ley de Comisiones Militares que será aplicable a los considerados como “combatientes enemigos ilegales extranjeros”. Dicha polémica y regresiva ley con la que se prosigue la construcción de toda una estructura legal ajena al Derecho Internacional, aprueba la creación de tribunales militares capaces de juzgar un número cada vez más amplio de situaciones, permite la detención indefinida sin cargos de los “sospechosos de terrorismo” así como también limita la aplicación de la Convención de Ginebra a dichas personas. Además, la citada ley:⁶²

- Deja a los tribunales estadounidenses sin jurisdicción para ver o estudiar recursos de hábeas corpus que impugnen la legalidad o las condiciones de detención de cualquier persona que permanezca recluida bajo control estadounidense en calidad de “combatiente enemigo”. La revisión judicial de casos se vería gravemente limitada. La ley se aplicaría con carácter retroactivo, y en consecuencia podría dar lugar a que los tribunales rechazasen los más de 200 recursos pendientes presentados en nombre de personas detenidas en Guantánamo.
- Prohíbe a las personas invocar los Convenios de Ginebra o sus protocolos como fuente de derechos en cualquier acción de cualquier tribunal estadounidense.
- Faculta al poder ejecutivo para convocar comisiones militares destinadas a juzgar a “combatientes enemigos ilegales extranjeros”, según éste lo establezca en virtud de una definición peligrosamente amplia, en juicios que otorgarían a las personas extranjeras así catalogadas un estándar de justicia inferior al disfrutado por ciudadanos y ciudadanas de Estados Unidos acusados de los mismos delitos. Con ello se violaría la prohibición de aplicar de forma discriminatoria el derecho a un juicio justo.
- Permite que civiles capturados en entornos alejados de cualquier campo de batalla sean juzgados por una comisión militar y no por tribunales de lo civil, contraviniendo así las normas y el derecho jurisprudencial internacionales.
- Crea comisiones militares cuya imparcialidad, independencia y competencia podrían ponerse en tela de juicio debido a las funciones amplias que el Ejecutivo, sobre todo la Secretaría de Defensa, desempeñaría en sus procedimientos y en el nombramiento de jueces y autoridades militares como miembros de las comisiones.
- Permite, y con ello infringe el derecho internacional, el uso de pruebas extraídas mediante tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o como consecuencia de “atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes o degradantes”, tal como están definidos por el derecho internacional.

⁶² Ver Amnistía Internacional “ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA La Ley de Comisiones Militares de 2006 convierte la mala política del Ejecutivo en mala legislación nacional”.

- Permite el uso de pruebas confidenciales contra un acusado, sin que a éste le asista necesariamente el derecho a cuestionar “fuentes, métodos o actividades” empleados por el gobierno para conseguirlas. Este factor resulta especialmente preocupante a la luz del alto grado de confidencialidad y las justificaciones basadas en la seguridad nacional empleadas por la administración en la “guerra contra el terror” que han sido objeto de muchas críticas, incluso del Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos. A Amnistía Internacional le preocupa que la administración haya podido recurrir a la confidencialidad en determinadas ocasiones para impedir que se investiguen de forma independiente violaciones de derechos humanos.
- Faculta a las comisiones militares para dictar condenas a muerte, en contravención de las normas internacionales que sólo permiten la pena capital después de juicios que ofrezcan “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”. La autoridad encargada de otorgar indultos es el presidente. El presidente Bush ha encabezado una serie de comentarios públicos oficiales sobre la presunta culpabilidad de las personas detenidas y ha sido el encargado de supervisar un sistema que sistemáticamente deniega los derechos de éstas.
- Limita el derecho de los detenidos acusados a estar representados por un abogado de su elección.
- No ofrece ninguna garantía de que los juicios se lleven a cabo en un período de tiempo razonable.
- Permite al poder ejecutivo establecer quién es “combatiente enemigo” en virtud de cualquier “tribunal competente” creado por el poder ejecutivo, y aprobar los Tribunales de Revisión del Estatuto de Combatiente, procedimiento administrativo totalmente inadecuado que se ha empleado en Guantánamo para revisar las detenciones de forma individual.
- Limita el alcance de la Ley sobre Crímenes de Guerra al no penalizar de forma expresa los actos que constituyan “atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes” prohibidos en virtud del Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Amnistía Internacional cree que, de forma sistemática, Estados Unidos no ha respetado la dignidad humana de las personas detenidas en la “guerra contra el terror”.
- Prohíbe a los tribunales estadounidenses el uso del “derecho extranjero o internacional” en relación con la Ley sobre Crímenes de Guerra para tomar sus decisiones. El presidente está facultado para “interpretar el significado y la aplicación de los Convenios de Ginebra”. Durante el mandato del presidente Bush, Estados Unidos ha demostrado hacer caso omiso de forma selectiva a los Convenios de Ginebra y a la prohibición absoluta de infligir tortura u otros malos tratos.
- Aprueba el “paradigma bélico” del gobierno estadounidense, en virtud del cual Estados Unidos ha aplicado las leyes de la guerra de forma selectiva y ha rechazado el derecho internacional en materia de derechos humanos. La legislación antedataría la “guerra contra el terror” a una fecha anterior al 11 de septiembre de 2001 para poder juzgar a personas ante comisiones militares por “crímenes de guerra” cometidos antes de esa fecha.

3. eeuu y la *Patriot Act*

Sin embargo, el gran instrumento normativo de esta “guerra contra el terror” sacado a adelante por el ejecutivo estadounidense ha sido la conocida como *Patriot Act* aprobada inmediatamente después del 11/S.

Fue el 26 de octubre de 2001 cuando el presidente de EEUU George W. Bush firmó la susodicha ley denominada *USA-Patriot Act* [*“Uniting and Strengthening by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism”* —*“Uniendo y fortaleciendo por medio de proveer las apropiadas herramientas para interceptar y obstruir el terrorismo”*] que vendría a reforzar al ejecutivo frente a los otros dos poderes —judicial y legislativo— así como a recortar considerablemente las libertades públicas y civiles dentro del territorio norteamericano. La ley, diseñada como elemento legal sustentador de la denominada “guerra contra el terrorismo”, contiene numerosas provisiones y enmiendas a leyes y disposiciones vigentes que según expertos en derecho y representantes de organizaciones de derechos civiles norteamericanas son anticonstitucionales y constituyen un grave obstáculo para el desarrollo de las actividades asociativas además de suponer un ataque contra las libertades civiles dentro y fuera de EEUU, bajo el pretexto de garantizar la “seguridad nacional”.

Dicha ley, similar en sus disposiciones y espíritu a la Ley McCarthy-Walter, vigente en EEUU durante los años cincuenta en tiempos de la Guerra fría y la lucha contra el comunismo, amplía la definición de “actividad terrorista” hasta el punto de incluir en la misma actividades no violentas opuestas a la política exterior norteamericana. La ley es un ataque directo contra derechos fundamentales como el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión.

A continuación se ponen algunos ejemplos prácticos de lo que supone la *Patriot Act*.⁶³

- La *USA Patriot Act* (en adelante USAPA) le permite a los cuerpos de seguridad conducir registros y allanamientos secretos “entrar y mirar a hurtadillas” en domicilios particulares. Los investigadores pueden entrar en su casa u oficina, tomar fotografías y requisar artículos sin informarle que una orden fue expedida —si acaso lo fue—.
- La USAPA le da a los oficiales de la ley un amplio acceso a cualquier tipo de archivos —educacionales, médicos, financieros, comerciales, bibliotecarios, etc.) sin causa probable que un crimen fue cometido. También les prohíbe a los poseedores de esta información, tales como los bibliotecarios, bajo la amenaza de encarcelamiento, revelar que ellos produjeron esos archivos.
- La USAPA amplía el significado oficial de terrorismo, por lo cual muchos grupos domésticos que participan en ciertos tipos de desobediencia civil se pueden encontrar clasificados como terroristas.
- La USAPA le permite al gobierno vigilar el tráfico de Internet y las comunicaciones por correo electrónico de cualquier proveedor de servicio de Internet, sin causa probable, obteniendo detalladamente la información de la “ruta” tal como la dirección de la red.
- La USAPA le permite al gobierno apoderarse de los bienes de un individuo u organización sin aviso previo o una audiencia si sostiene que han participado o están programando un acto de “terrorismo doméstico”. Bajo esta ley, el gobierno puede efectivamente poner una organización en bancarrota si no están de acuerdo con ellos.
- La USAPA permite (la recopilación de) una vasta colección de información sobre los ciudadanos de EEUU, la cual será colectada y compartida con la CIA sin la adecuada vigilancia judicial u otras salvaguardas.

⁶³ En <http://www.aclu.org>

- La USAPA permite indefinidamente el encarcelamiento de inmigrantes y otros que no son ciudadanos, sin que el gobierno tenga que demostrar que son realmente terroristas.
- La USAPA cambia la naturaleza de las órdenes para la interceptación de las líneas telefónicas requiriendo que los jueces aprueben la interceptación sin tener conocimiento de quien es el que va a ser interceptado o en donde se va a localizar.

4. La construcción de la Europa Fortaleza⁶⁴

Compartiendo escenario con la “guerra contra el terror” se está desplegando a nivel de la Unión Europea los llamados segundo y tercer pilar del Tratado de Maastricht, es decir, aquellos que se refieren por un lado a la política exterior y seguridad común y por el otro a la cooperación policial y judicial en materia penal. La intención es crear un espacio securitario y judicial común a nivel de toda la Unión Europea.

Esta parte de la construcción europea —cuyo antecedente podemos encontrarlo en los Acuerdos de Trevi (1976)— fue puesta en marcha con el Acuerdo de Schengen, firmado inicialmente por Francia, Alemania y los países del Benelux en 1985. Al aplicar el Acuerdo, el Convenio de Schengen de 1990, con su entrada en vigor en 1995, se suprimieron las fronteras interiores de los estados signatarios y se creó un “espacio Schengen” con una única frontera exterior. Esta cooperación intergubernamental se amplió a trece estados miembros en 1997 — Italia firmó los Acuerdos el 27 de noviembre de 1990, España y Portugal, el 25 de junio de 1991, Grecia, el 6 de noviembre de 1992, Austria, el 28 de abril de 1995 y Dinamarca, Finlandia y Suecia, el 19 de diciembre de 1996— con ocasión de la firma del Tratado de Ámsterdam. Gracias a este Tratado, las decisiones adoptadas desde 1985 por los miembros del espacio Schengen así como las estructuras de trabajo creadas se incorporaron al acervo de la Unión Europea a partir del 1 de mayo de 1999.

Entre las principales medidas cabe mencionar:

- la abolición de los controles en las fronteras comunes y la realización de estos controles en las fronteras exteriores;
- la definición común de las condiciones de paso a través de las fronteras exteriores y normas y modalidades uniformes de control de estas personas en dichas fronteras;
- la separación en las terminales y en los puertos entre los viajeros que circulan en el ámbito de Schengen y los procedentes del exterior de la zona;
- la armonización de las condiciones de entrada y visados para las cortas estancias;
- la coordinación entre administraciones para supervisar las fronteras (funcionarios de conexión, armonización de las instrucciones y la formación impartida al personal);
- la definición del papel de los transportistas en la lucha contra la inmigración clandestina;
- la obligación de declaración para todo nacional de terceros países que circula de un país a otro;
- la definición de normas relativas a la responsabilidad de las solicitudes de asilo (Convenio de Dublín), sustituido en 2003 por otro reglamento (Reglamento Dublín II);

⁶⁴ Este sub-apartado se ha realizado con la información extraída del artículo de Zulueta (2002), de http://europa.eu/scadplus/scad_es.htm y de la página oficial de Europol, <http://www.europol.europa.eu>, entre otros.

- la instauración de un derecho de observación y persecución transfronteriza para los agentes de policía de los estados miembros del espacio Schengen;
 - el refuerzo de la cooperación judicial a través de un sistema de extradición más rápido y una mejor transmisión de la ejecución de sentencias penales;
- la creación del Sistema de Información Schengen (SIS).

4.1. SIS

El SIS —Sistema de Información Schengen— es un sistema de información que conecta todos los estados que aplican el Convenio de Schengen y las autoridades competentes en cada uno de esos Estados. Las autoridades nacionales policiales, aduaneras y de control fronterizo de los estados Schengen utilizan el SIS para efectuar controles policiales y aduaneros a personas y objetos mediante un procedimiento de búsqueda automatizada. El Convenio de Schengen especifica las categorías de información que pueden conservarse en el SIS:

1. Personas buscadas para su detención a efectos de extradición.
2. Personas a las que se denegó su entrada en el espacio Schengen.
3. Personas desaparecidas o personas que deben protegerse.
4. Personas buscadas por autoridades judiciales en relación con investigaciones penales.
5. Personas que deben estar sometidas a vigilancia discreta o a un control específico.

El SIS está compuesto por partes nacionales (N.SIS), a las que pueden consultar las autoridades encargadas de los controles fronterizos, aduaneros y policiales, y una parte central (C.SIS) ubicada en Estrasburgo. Para introducir información en el sistema, los funcionarios nacionales deben enviar previamente la información a la autoridad nacional encargada de su parte nacional del SIS (autoridades conocidas como oficinas SIRENE).

Debido a las ampliaciones de la UE, al endurecimiento de la lucha contra el terrorismo y a la entrada en funcionamiento de nuevas instituciones como EUROPOL y EUROJUST se ha tratado de hacer más eficiente al sistema dando lugar al SIS II.

4.2. EUROPOL

La cooperación policial oficial entre representantes de los estados miembros comenzó en 1976 con la creación de los Grupos de Trabajo denominados Grupos TREVI. Esta cooperación se centraba en el terrorismo, así como en los problemas de organización y formación de los servicios policiales. En 1989 los Grupos de Trabajo eran cuatro (terrorismo, cooperación policial, delincuencia organizada, libre circulación de personas), patrocinados por un grupo de altos funcionarios encargado de preparar las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministros. Este sistema prefiguró la estructura intergubernamental establecida por el Tratado de Maastricht y por los acuerdos de Schengen.

Sin embargo, no será hasta el Tratado de Maastricht (1992) la primera vez que se haga referencia a la futura Europol.

El 26 de julio de 1995 se crea la Oficina Europea de Policía, denominada “Europol”, establecida en La Haya, Países Bajos. Europol, dotada de personalidad jurídica, tendrá por misión “mejorar la efi-

cia y la cooperación de los servicios competentes de los estados miembros, con el fin de prevenir y luchar eficazmente contra la delincuencia organizada internacional”. Europol es una oficina de policía criminal intergubernamental que facilita el intercambio de información entre las policías nacionales en materia de estupeficientes, terrorismo, crimen internacional y pedofilia, con competencia en los 25 estados de la UE.

El papel de Europol consiste en garantizar una cooperación eficaz entre los estados miembros. No tiene poderes ejecutivos, como los servicios de policía de los estados miembros. No puede ni detener a individuos, ni registrar domicilios. Europol está encargada, por tanto, de facilitar el intercambio de información, analizarla y coordinar las operaciones entre los estados miembros. En el marco de la cooperación policial entre los estados miembros, Europol:

- facilita el intercambio de información entre los estados miembros;
- reúne y analiza la información y los datos;
- comunica a los servicios competentes de los estados miembros, por medio de las unidades nacionales, la información que les concierne, y les informa inmediatamente cuando se haya constatado una relación o vínculo entre actos delictivos;
- facilita las investigaciones en los estados miembros;
- gestiona la recopilación de información informatizada;
- asiste a los estados miembros en la formación de los miembros de las autoridades competentes;
- facilita apoyo técnico entre los estados miembros;
- constituye el punto de contacto en materia de represión de la falsificación del euro.

Europol actúa cuando uno o dos estados miembros se ven afectados por una forma grave de delincuencia organizada internacional. Ello engloba ámbitos cada vez más numerosos, como:

- la prevención y la lucha contra el terrorismo;
- el tráfico de drogas;
- el tráfico de seres humanos;
- las redes de inmigración clandestina;
- el tráfico ilícito de materias radiactivas y nucleares;
- el tráfico de vehículos robados;
- la lucha contra la acuñación de monedas falsas y la falsificación de medios de pago;
- el blanqueo de dinero (excepto infracciones primarias).

Cada Estado miembro creará o designará una Unidad Nacional Europol (UNE), que será el único órgano de enlace entre Europol y los servicios nacionales competentes. Dicha unidad enviará a Europol al menos a un funcionario de enlace, encargado de representar sus intereses ante la institución. Los jefes de las unidades nacionales se reunirán periódicamente. La unidad nacional se ocupará, entre otras cosas, de:

- proporcionar a Europol la información y los datos necesarios para cumplir su misión y, en particular, garantizar la alimentación del sistema de información de Europol;
- responder a y enviar solicitudes de información a Europol;

- difundir a los servicios competentes la información suministrada por Europol.

Europol cuenta, para el desempeño de sus funciones, con un sistema informatizado de recopilación de información. Éste no podrá en ningún caso conectarse con otros sistemas de tratamiento automatizados, aparte de los de las unidades nacionales. La unidad nacional será responsable de las medidas de seguridad aplicables en las instalaciones de tratamiento de datos y del control para la conservación y la supresión de los ficheros. El sistema consta de tres elementos: el sistema de información informatizado, los ficheros de trabajo y el sistema de índices.

Europol únicamente podrá almacenar, modificar y utilizar los datos necesarios para el desempeño de sus funciones en un sistema de información informatizado. Los datos relativos a las infracciones conexas no figurarán en el sistema. Los datos se referirán a las personas sospechosas de haber cometido una infracción o que hayan sido condenadas por una infracción con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro, o que sean sospechosas de haber participado en una infracción que sea competencia de Europol. El sistema contemplará también los datos relativos a las personas con respecto a las cuales ciertos hechos graves justifiquen, desde el punto de vista del Derecho nacional, la presunción de que cometerán infracciones que son competencia de Europol. Los datos personales podrán incluir solamente las siguientes indicaciones:

- los apellidos y el nombre y, en su caso, el alias o el apodo;
- la fecha y el lugar de nacimiento;
- la nacionalidad;
- el sexo;
- otros elementos que permitan establecer la identidad, como las señas físicas particulares, objetivas e inalterables.

Además, en el sistema de información figurarán los datos siguientes:

- las infracciones, los hechos de que se le acusa con las fechas y los lugares;
- los medios utilizados o que puedan ser utilizados;
- los servicios que tratan el caso y sus números de expediente;
- la sospecha de pertenencia a una organización criminal;
- las condenas, en la medida en que se refieran a infracciones que son competencia de Europol;
- la mención de Europol o de la unidad nacional que haya introducido los datos.

El sistema de información será accesible a las unidades nacionales, a los funcionarios de enlace, al director y a los directores adjuntos, así como a los agentes de Europol debidamente habilitados. Los servicios competentes designados por los estados miembros tendrán acceso limitado a este sistema de información. Sólo podrá obtenerse más información por medio de la unidad nacional, y sólo la unidad que introdujo los datos está autorizada a modificarlos, rectificarlos o borrarlos.

Europol podrá almacenar, modificar, y utilizar en otros ficheros ("ficheros de trabajo") datos relativos a las infracciones que son de su competencia, incluidos los datos relativos a las infracciones conexas. Los ficheros, destinados al análisis en apoyo de una investigación criminal, afectarán a los datos de:

- las personas sospechosas de haber cometido una infracción o que hayan sido condenadas por una infracción con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro o que sean sospechosas de haber participado en una infracción que sea competencia de Europol;
- las personas con respecto a las cuales ciertos hechos graves justifiquen, desde el punto de vista del Derecho nacional, la presunción de que cometerán infracciones que son competencia de Europol;
- los posibles testigos en investigaciones sobre infracciones o actuaciones penales;
- las víctimas de una infracción determinada o las personas que puedan ser víctimas;
- las personas que sirvan de contacto o de acompañantes;
- las personas que puedan proporcionar información sobre las infracciones en cuestión.

Los datos no podrán almacenarse en un fichero más de tres años. No obstante, antes de que concluya ese plazo, Europol comprobará la necesidad de su conservación desde el punto de vista de la finalidad del fichero. El director de Europol podrá decidir, en su caso, conservar los datos durante un nuevo período de tres años.

4.3. Eurojust

La Oficina de Cooperación Judicial Europea (Eurojust) tiene por misión la coordinación eficaz entre las autoridades nacionales encargadas de las actuaciones judiciales y la aportación de ayuda a las investigaciones relativas a los asuntos de delincuencia organizada.

Eurojust no es solamente un centro de documentación e información que colabora con las autoridades nacionales de una manera abstracta sino que Eurojust se asocia a investigaciones concretas, reconociéndosele la capacidad de coordinar activamente los asuntos. Además desarrolla un papel de intermediario entre las autoridades nacionales con el fin de poner de relieve las relaciones existentes entre los asuntos y las investigaciones realizadas por distintas autoridades.

Eurojust se encarga de otros temas como:

- la puesta en común de competencias y experiencias así como el establecimiento de contactos personales y directos con la red judicial europea o las autoridades nacionales competentes;
- la formulación de dictámenes y recomendaciones formales a las autoridades nacionales;
- la formulación de solicitudes de información vinculantes para las autoridades nacionales;
- la consulta de los registros nacionales de condenas y procedimientos;
- la consulta de los expedientes de asuntos penales que impliquen a dos o más estados miembros;
- la colaboración activa con Europol;
- el mantenimiento de relaciones con las autoridades competentes de los países candidatos a la adhesión a la Unión Europea.

Eurojust completa y apoya la acción de Europol:

- emitiendo dictámenes jurídicos sobre cuestiones judiciales;
- coordinando la actividad de las autoridades nacionales encargadas de las actuaciones judiciales.

Con el fin de cooperar eficazmente, Eurojust tiene acceso a las bases de datos de Europol.

4.4. Euroorden

La euroorden u orden europea de busca y captura supone la supresión de los procedimientos formales de extradición entre los países miembros de la Unión Europea. El Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001 —tan solo 10 días después de los atentados del 11-S— llegó al acuerdo que fue reiterado en Gante el 19 de octubre de 2001. Una vez aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo de Laeken, el 6 de diciembre, las medidas marco relativas al embargo de bienes y a la orden común de detención y entrega, la “euroorden” debe ser incluida en las legislaciones nacionales de los estados miembros en un período de cuatro años. En Laeken, además se homologó el concepto de terrorismo, se estableció la cooperación entre cuerpos especializados y se adoptó la nueva reglamentación para la congelación financiera establecida por la ONU en su resolución 1373 de su Consejo de Seguridad.

El Consejo Europeo de Tampere invitó a los estados miembros a convertir el principio del reconocimiento mutuo en la “piedra angular” de un verdadero espacio judicial europeo. La orden de detención europea propuesta por la Comisión tuvo por objeto sustituir al sistema actual de extradición imponiendo a cada autoridad judicial nacional (autoridad judicial de ejecución) reconocer, *ipso facto*, y con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por la autoridad judicial de otro Estado miembro (autoridad judicial de emisión).

Existe una lista de treinta infracciones que dan lugar a la entrega de personas buscadas sobre la base de una orden de entrega europea recogidas en el anexo del Convenio Europol. El plazo máximo de ejecución de la entrega es de 60 días.

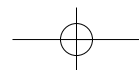
Generalmente la autoridad de emisión comunicará la orden de detención europea directamente a la autoridad judicial de ejecución. La colaboración con el SIS y con Interpol está prevista. Si la autoridad del Estado miembro de ejecución no es conocida, la red judicial europea prestará su asistencia al Estado miembro de emisión.

Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas coercitivas necesarias y proporcionadas contra una persona buscada. Cuando la persona buscada sea detenida, tendrá derecho a ser informada del contenido de la orden así como de contar con la asistencia de un abogado y un intérprete. En cualquier caso, la autoridad de ejecución tendrá derecho a decidir mantener a la persona en detención o a ponerla en libertad pero bajo determinadas condiciones.

Para concluir, y antes de comenzar a exponer la investigación sobre torturas en España, conviene recordar una obviedad: la tortura no es un patrimonio español sino por desgracia un problema global. Conviene contrastar las dos exposiciones que hasta ahora se han hecho. En efecto, en el Capítulo anterior se efectuó un análisis acerca de la creación del llamado derecho internacional de los derechos humanos, en general y, en particular, de las incidencias que el mismo ha tenido para España en materia de tortura y tratos degradantes. Cuanto ahora se ha visto en el presente Capítulo parece poner de manifiesto que estamos asistiendo a la caída de aquel sistema garantista como consecuencia de la “guerra global contra el terrorismo” desatada en el último quinquenio.

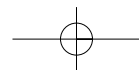
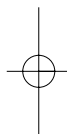
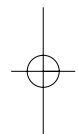
El panorámico repaso realizado en este capítulo nos devuelve inevitablemente de nuevo donde empezó. A nadie ya se le escapa que una de las características principales de la globalización es que el mundo es cada vez más interdependiente, que se han relativizado las dimensiones de tiempo y espacio y que todo lo global impacta en lo local y viceversa. Por todo ello, no podemos dejar de atender al

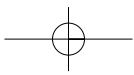
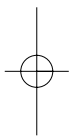
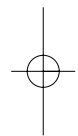
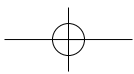
riesgo que puede llegar a suponer una progresiva expansión y radicalización de este paradigma de “política criminal de la guerra” y su discurso del “enemigo” que pueda llegar a normalizar, banalizar o naturalizar una práctica tan despiadada como es la tortura: que haga que se mire con condescendencia, que se tolere, que se oculte, que se niegue o que se premie, que se fomente o que se aplauda.



PARTE 2

**EL UNIVERSO JURÍDICO
Y EL ALOJAMIENTO DE LA TORTURA**





CAPÍTULO 3

Privación de libertad y derechos fundamentales**I. Introducción**

El “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura”, Theo Van Boven, sobre su visita a España (5 a 10 de octubre de 2003)” (Naciones Unidas, 2004) recoge entre sus Recomendaciones algunas de las siguientes:

66. Como la detención incomunicada crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel o degradante o incluso tortura, el régimen de incomunicación deberá suprimirse.
67. Se deberá garantizar con rapidez y eficacia a todas las personas detenidas por las fuerzas de seguridad: a) el derecho de acceso a un abogado, incluido el derecho a consultar al abogado en privado; b) el derecho a ser examinado por un médico de su elección, en la inteligencia de que ese examen podría hacerse en presencia de un médico forense designado por el Estado; y c) el derecho a informar a sus familiares del hecho y del lugar de la detención.
68. Todo interrogatorio deberá comenzar con la identificación de las personas presentes. Los interrogatorios deberían ser grabados, preferiblemente en cintas de video y en la grabación se debería incluir la identidad de todos los presentes. A este respecto se deberá prohibir expresamente cubrir los ojos con vendas o la cabeza con capuchas.
73. Se invita asimismo al gobierno a que ratifique en fecha próxima el protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura y Otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que no sólo contempla el establecimiento de un mecanismo internacional independiente sino también de mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura en el plano interno. El Relator Especial considera que estos mecanismos internos independientes de control e inspección son una herramienta adicional importante para impedir y suprimir la tortura y los malos tratos [...]”.

Como puede verse, en las anteriores Recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas se le otorga una relevancia especial a la incomunicación durante la detención en cuanto favorecedora e incluso constitutiva de tortura. Asimismo, en las Recomendaciones se reconoce la obligación de garantizar a las personas detenidas una serie de derechos como el de acceso a un abogado y el derecho a consultar con él privadamente, el de ser examinado por un médico de su elección, aún con la presencia del médico forense, o el derecho del detenido a que se informe a sus familiares del hecho y del lugar de la detención, derechos, todos ellos, que en las previsiones legales españolas son afectados negativamente o incluso excluidos en los supuestos de incomunicación.

Por otra parte, el “Informe 2004” de Amnistía Internacional destaca la “Ausencia de avances en la cuestión de la tortura” al haberse desatendido por las autoridades españolas las Recomendaciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (CPT) tras su visita en julio de 2001. Entre dichas Recomendaciones desatendidas se recogían: el derecho de acceso a un abogado desde el primer momento de la detención, el derecho a comunicar la detención a una tercera persona y el derecho a ser reconocido por un médico de su elección y la creación de un organismo independiente que diera curso a las denuncias contra los organismos encargados de hacer cumplir la ley. Amnistía Internacional, en el citado Informe 2004, expresa también que “lejos de ponerse a estudiar la forma de aplicar las recomendaciones formuladas hacía tiempo por el CPT y por otros organismos internacionales a fin de mejorar las salvaguardas para la protección de los detenidos aumentaron a más del doble la duración máxima de la detención en régimen de incomunicación para determinadas personas” (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2004, 374) en referencia a la entrada en vigor de la reforma de la LECrim por LO 13/2003 de 24 de Octubre en materia de prisión provisional.

En el “Informe 2005” Amnistía Internacional recuerda el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas y recoge una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de noviembre 2004 en la que, si bien el Tribunal resuelve que España no había violado el Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a las alegaciones de tortura, afirmó que el Tribunal había visto dificultada su labor por carecer de información detallada y por el largo tiempo transcurrido desde los hechos. En particular, recoge Amnistía Internacional, “El Tribunal decidió que España había violado el art. 3 del convenio al no llevar a cabo una investigación exhaustiva y efectiva sobre las denuncias. El Tribunal afirmó que no se había dado a los demandantes una oportunidad razonable de probar los hechos que denunciaban. Uno de los problemas fue que los informes médicos no habían sido redactados con suficiente detalle.” (Amnistía Internacional, 2005, 172).

En relación a los menores, y sin perjuicio de cuanto se tratará específicamente en el capítulo 9 del presente trabajo, el citado Informe 2005 señala que se había producido un incremento de las denuncias de malos tratos a menores tanto en centros de detención como bajo custodia policial. En concreto, recoge dos casos de malos tratos sufridos bajo custodia policial en los que no se informó a los padres de la detención. Respecto a las prisiones, Amnistía Internacional afirma haber recibido diversos informes de muertes violentas, tortura y malos tratos en distintos centros penitenciarios, muchos de ellos con un alto índice de hacinamiento y recoge las conclusiones en septiembre de 2004 del fiscal jefe de la AP de Lugo sobre las agresiones, orinar sobre su cuerpo, golpes hasta la pérdida de conocimiento y los insultos de índole racista a un preso marroquí por parte del jefe de los servicios médicos y dos funcionarios en la cárcel de Monterroso en septiembre de 2002 (Amnistía Internacional, 2005, 172 y 173). En agosto de 2005, además de la muerte de un agricultor en el cuartel de la Guardia Civil en el municipio de Roquetas (Almería) en la que se producen agresiones de nueve guardias civiles al fallecido, se recoge en la prensa el aplazamiento, por un tribunal londinense, de la decisión de entrega a España de un sospechoso de participar en los atentados del 11-M al haber presentado su abogado un informe de Human Rights Watch sobre “supuestos malos tratos en España durante el período de incomunicación” (*El País*, 16-08-05, p. 18).

En el “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura” se recoge también una referencia al “Protocolo para la coordinación de la asistencia a personas detenidas en régimen de incomunicación” adoptado por el Gobierno Vasco en el año 2003 y que contempla la coordinación de actividades

de la Policía Autónoma Vasca, el servicio Vasco de Salud y el Instituto Médico Forense Vasco en relación con los detenidos. Se incluyen en el mencionado Protocolo una serie de medidas, a modo de garantías adicionales, como exámenes médico-forenses más exhaustivos con análisis de sangre y orina si el detenido los solicita, el establecimiento de una línea telefónica las 24 horas del día para informar, a su solicitud, a los familiares de los detenidos incomunicados del hecho y lugar de la detención, las condiciones de salud del detenido y una relación de objetos personales que se pueden entregar al detenido. También se les informa del momento en que termina la incomunicación y el detenido es puesto a disposición judicial. El viernes 30 de septiembre de 2005, el Consejero de Interior del Gobierno Vasco, en comparecencia ante la Comisión de Interior del Parlamento Vasco, informó de la instalación, en esta legislatura, de cámaras de video en los calabozos de los detenidos en régimen de incomunicación y en las salas de interrogatorio para mejor garantizar los derechos fundamentales de los detenidos.

Podríamos seguir mencionando Informes similares. Pero por todo lo anteriormente expuesto, y de cara al estudio de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en situaciones de privación de libertad, será obligado el análisis normativo de los supuestos de incomunicación durante la privación de libertad. Para ello, en primer lugar se relacionarán las referencias legales (CE, LECrim, LORPM y LOPSC), que serán analizadas en un segundo momento, tanto en relación a la detención preventiva y la diligencia de identificación, como la prisión provisional y la medida de internamiento cautelar en el caso de los menores. Como el objeto de estudio se centra, como se ha reiterado, no sólo en relación a la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes sino en el más amplio ámbito de la “privación de libertad y los derechos fundamentales”, se tratarán los diversos supuestos indicados de privación de libertad desde la vigencia del conjunto de los derechos fundamentales que deben ser garantizados a quienes se encuentren en dichas situaciones.

2. Detención Preventiva

2.1. Derechos del detenido

La expresa referencia a la detención preventiva en el art. 17 CE debe ser entendida como uno de los supuestos integrables en el inciso segundo del art. 17.1 CE, supuesto de privación de libertad, y, por tanto, como un supuesto excepcional al derecho fundamental de toda persona a la libertad garantizado en el inciso primero del mismo art. 17.1 CE. Así, el análisis de la detención preventiva, y de las medidas restrictivas que en relación con ella puedan tomarse, como la incomunicación o la ampliación del plazo de duración, deberá partir, desde una perspectiva constitucional, del derecho fundamental a la libertad que la detención preventiva viene a negar, y del derecho fundamental a la seguridad, esto es, como un supuesto excepcional al derecho fundamental a la libertad garantizado constitucionalmente. Podrá comprobarse que la citada excepcionalidad que la detención preventiva supone, puede ir acumulando excepciones añadidas si en relación con ella se establece la incomunicación de la persona detenida, con la consiguiente restricción o vaciamiento de los derechos de los que es titular durante la detención, situación de incomunicación que puede prolongarse en el tiempo, desbordando el plazo máximo absoluto de las setenta y dos horas recogido en el art. 17.2 CE, según las previsiones de la LECrim y en desarrollo del art. 55.2 CE. La cuestión a plantear consistirá en comprobar si en tales situaciones excepcionales y de excepcionalidad acumulada durante la privación de libertad que la detención preventiva supone, se garantizan materialmente los derechos fundamentales de las personas detenidas.

Atendiendo a los derechos fundamentales a la libertad y a la seguridad del apartado primero del art. 17 CE, si la libertad de los ciudadanos, ha señalado la STC de 29 de Mayo de 2000 “es la regla general y no la excepción”, la detención preventiva se caracterizará como excepcionalidad al ser precisamente una privación de la libertad (Asencio Mellado, 2004:28). Siguiendo al autor citado, la seguridad, “en el sentido del art. 17.1 CE es un concepto que atiende a la libertad personal e individual y que viene a proteger a los ciudadanos tanto de restricciones ilegales, cuanto de privaciones amparadas en normas que excedan los requisitos constitucionales por infringir la regla superior de la proporcionalidad y su manifestación expresa de excepcionalidad. El derecho a la seguridad tiende a la evitación de toda injerencia en el derecho a la libertad que lo restrinja al margen de la Constitución y de las normas de desarrollo. Se dirige a evitar la arbitrariedad derivada de una actuación ilícita, pero también la del poder legislativo que no goza de plena libertad en el desarrollo negativo de un derecho” (Asencio Mellado, 2004, 29). Esta comunicación íntima entre ambos derechos fundamentales, a la libertad y a la seguridad, en el art. 17 CE, deberá llevar en una interpretación estricta al rechazo de privaciones de libertad ajenas al art. 17 CE, opinión ésta no coincidente, como luego se verá, con la defendida por el TC.

La previsión constitucional exige que el supuesto excepcional, la privación de libertad que conlleva la detención preventiva, deberá someterse a lo que el propio art. 17 CE establece y a los casos y a la forma previstos en la ley, en razón de la exigencia de legalidad que asimismo exige que la ley de desarrollo a que se refiere sea orgánica, arts. 53.1 y 81 CE. Exige también que su duración no supere “el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”, art. 17.2 CE. Se establece así que la detención preventiva se caracteriza también por su limitación temporal, limitación que debe nuclearse en base al criterio del tiempo más breve posible y, en todo caso, no podrá ser superior a setenta y dos horas. La STC 224/2000 de 25 de Noviembre califica estos límites de duración de “relativo” o “variable”, el estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y de “máximo absoluto” el de las setenta y dos horas “computadas desde el inicio de la detención que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales (STC 86/1996, de 21 de Mayo)”. En el supuesto de no coincidencia de ambos plazos, continúa la STC citada, “tendrá preferencia aquél que resulte más beneficioso para el detenido [...] En atención a tales plazos, la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto [...] sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspaasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 224/1998, de 24 de Noviembre)”. En cualquier caso, la interpretación de los términos de la duración de la detención preventiva deberá realizarse en el conjunto de los derechos que le asisten el detenido, esto es, en el conjunto de los diversos contenidos del art. 17 CE.

Establecidos en el art. 17 CE estos límites a la duración de la detención preventiva, el art. 55.2 CE ubicado en el Capítulo Quinto y no en el Capítulo Segundo del Título Primero en el que se encuentra el art. 17, ubicación sistemática con relevancia constitucional como se sabe, recoge un supuesto extraordinario o excepcional por el que “una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser sus-

pendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Continuando en el art. 17.3 CE, recoge este artículo como derechos que asisten a las personas privadas de libertad durante la detención preventiva, esto es, como límites de la excepcionalidad, los de “ser informada de forma inmediata y de modo que le resulte 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 en los términos que la ley establezca”. En relación con la garantía a ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, la STC 271/1997 establece su finalidad en “asegurar la situación de quien privado de libertad, se encuentra en la eventualidad de quedar sometido a un proceso, procurando así la norma constitucional que la situación de sujeción que la norma implica no produzca en ningún caso la indefensión del afectado”. Doctrinalmente se ha entendido como una “ineludible consecuencia derivada del derecho de libertad personal que se proclama en el art. 17.1 de la Constitución, y ello por cuanto si nadie puede ser privado de libertad, salvo que concurren las posibles situaciones que se amparan constitucionalmente, cuando estas puedan concurrir es evidente que el privado de libertad debe saber por qué se le ha privado de ese derecho fundamental.” (Barona Vilar, 2004, pp. 62 y 63). Respecto al derecho a no declarar del detenido, paralelo con el derecho a “no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable” del art. 24 CE para la persona ya procesada durante el juicio oral, supone la libertad de no declarar, el derecho de callar, de guardar silencio, de no contestar a alguna de las preguntas que se le hagan e incluso de mentir, en cuanto garantía frente a posibles coerciones ilegítimas. La garantía de la asistencia del abogado al detenido en las diligencias policiales como garantía del derecho a la libertad en el art. 17.3 CE, corre también paralela a la garantía a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. El art. 17.3 CE establece que se garantiza dicho derecho “en los términos que la ley establezca”, de modo que se verá al tratar más adelante su desarrollo y el contenido dado en la LECrim, si bien puede adelantarse que en dicha norma se regula también, (art. 527 LECrim) la posibilidad de no ejercer este derecho plenamente, cuando el detenido se encuentre en situación de incomunicación. Por último, el apartado cuarto del art. 17 CE contempla, en un primer momento, el derecho al control judicial de la situación de privación de libertad, por medio del procedimiento de *habeas corpus*, de quien entienda que tal privación, su detención, es ilegal. Integrado en el propio art. 17 CE se configura también como una garantía específica del derecho a la libertad (Barona Vilar, 2004, 84 y ss.). En un segundo momento, este apartado cuarto del art. 17 CE recoge la exigencia constitucional de determinar el plazo máximo de duración de la prisión provisional, entendiéndose así la prisión provisional como otro supuesto excepcional al derecho fundamental a la libertad. Esta exigencia constitucional se sustenta, como se ha planteado más arriba, en el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad personal.

La LECrim, a través de diversas reformas, ha venido recogiendo la mayoría de los desarrollos de las previsiones constitucionales anteriormente relacionadas respecto a la detención preventiva, si bien ordenándose con una cierta confusión al regularse en el Capítulo IV del Título VI tanto la detención preventiva como la prisión provisional. Tras recogerse en el Capítulo II del Título VI los supuestos en los que “cualquier persona puede detener” (art. 490 LECrim), el art. 492 recoge aquellos en los que la “Autoridad o agente de la policía judicial tendrá obligación de detener” y, en todo caso, el art. 520.1 obliga a que la detención ocasione el menor perjuicio posible al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio, y en su segundo párrafo, en el primer inciso, reproduce la primera parte del art. 17.2 CE, tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclare-

cimiento de los hechos, continuando en el inciso segundo recogiendo el plazo máximo de las setenta y dos horas para la puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial. El art. 520.2 LECrim, reproduce los derechos reconocidos en el art. 17.3 CE a toda persona detenida a ser informada de manera comprensible e inmediata de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente, a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen o a manifestar que sólo declararán ante el juez (art. 520.2.a LECrim), derecho a no declarar contra sí mismo y derecho a no confesarse culpable (art. 520.2.b LECrim), derecho a designar abogado o a que se le designe de oficio 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 (art. 520.2.c LECrim), derecho a poner 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 (art. 520.2.d LECrim), derecho a ser asistido gratuitamente por un interprete (art. 520.2.e LECrim), derecho a ser reconocido por un médico forense o sus sustituto legal o por el que, en su caso, ejerza o deba ejercer tales funciones (art. 520.2.f LECrim).

En relación con el derecho a la elección de abogado, el apartado cuarto del mismo art. 520 LECrim obliga a la autoridad judicial y a los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido a abstenerse de recomendarlo. Por otra parte, la presencia de abogado en las diligencias de declaración y en todo reconocimiento de identidad se configura como irrenunciable con la salvedad, recogida en el art. 520.5 LECrim, de que “la detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. La asistencia de abogado se concreta, art. 520.6.a) LECrim en “solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en el párrafo f) “derechos que, en todo caso, le corresponden al detenido desde el momento de la detención pues obligan a la autoridad bajo cuya custodia se encuentre a que, en relación al de la información, deba realizarse de “forma inmediata” sin esperar por tanto a que el abogado lo solicite. Esta inmediatez cabe extenderla al reconocimiento médico como garantía de la integridad de la persona detenida. La segunda concreción de la asistencia letrada, art. 520.6.b) LECrim consiste “en solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiese practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica”. Por último, el art. 520.6.c) continúa concretando el contenido de la asistencia letrada en “entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido”. Presencia así del abogado durante las diligencias e intervención posterior a las mismas en relación a los términos del acta y a la entrevista reservada con los detenidos.

2.2. Los derechos del detenido y su ausencia. “Restricciones” y “suspensiones” de los derechos del detenido. Prolongación de la detención. Incomunicación.

El ejercicio de los derechos anteriormente expuestos, recogidos en el art. 520 LECrim, que delimitan la detención preventiva puede, a su vez, limitarse e incluso anularse en relación con alguno de esos derechos, por la vía del art. 527 LECrim como consecuencia de la declaración de incomunicación. Tal medida de incomunicación podrá solicitarse en determinados supuestos en los que el límite máximo de las setenta y dos horas de la detención puede prolongarse “el tiempo necesario para los fines inves-

tigadores hasta un límite máximo de cuarenta y ocho horas” (art. 520.bis.1 LECrim). Puede recordarse lo expuesto en la Introducción respecto al Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la detención incomunicada como favorecedora de la práctica de la tortura, y las recomendaciones de garantizar la entrevista privada del abogado con el detenido, el derecho a informar a los familiares del hecho y lugar de la detención el derecho a ser examinado por un médico de su elección. Recomendaciones que se proponen por el relator en evitación de la tortura o los malos tratos. Desde el derecho fundamental a la libertad, la prolongación del tiempo máximo de duración hasta cinco días y la incomunicación del detenido durante el mismo plazo de tiempo con las restricciones de derechos que conlleva, suponen, como se ha comentado al inicio, añadir condiciones de excepcionalidad a la ya de por sí excepcionalidad que la detención preventiva supone respecto a la libertad.

El apartado primero del art. 520.bis LECrim delimita los casos y la forma en que puede prolongarse la detención preventiva al señalar que “Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada la prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada”. En relación con estos nuevos plazos, en el caso de prolongación de la detención, cabe interpretar, como se ha hecho con el art. 17.2 CE, un límite máximo absoluto, consistente en las “otras cuarenta y ocho horas” que no tiene que agotarse si no es “necesario para los fines investigadores”. En todo caso, como se ha comentado anteriormente, será preciso interpretar estos plazos de duración en el conjunto de los derechos del detenido del art. 17 CE, como por ejemplo, en relación al derecho a no declarar. A su vez, el art. 384.bis LECrim al que remite expresamente el artículo anteriormente citado recoge, en un ámbito procesal distinto, que “firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido” a “persona integrada o relacionada con banda armada o individuos terroristas o rebeldes”, y ello a efectos de la suspensión automática en el ejercicio de la función o cargo público que ostente durante la situación de prisión. Esta prolongación del tiempo máximo de la detención preventiva encuentra su previsión constitucional, como anteriormente se ha visto, en el art. 55.2 CE, dentro del Capítulo Quinto, “De las suspensiones de los derechos y las libertades” del Título Primero “De los derechos y deberes fundamentales”. Cabe insistir en los contenidos de este precepto que delimita la suspensión de los derechos reconocidos en el art. 17.2 CE, entre otros, “de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario [...] para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

El art. 520.bis.2 LECrim prevé, a su vez, que una vez detenida una persona por los supuestos del art. 384.bis LECrim, por el que, como se ha visto, se le puede prolongar la detención hasta cinco días, se puede solicitar del juez que decreta la incomunicación durante ese tiempo. El juez deberá pronunciarse, motivadamente, en el plazo de veinticuatro horas, si bien la STC 199/1987 establece que la “incomunicación por parte de la autoridad gubernativa ha de ser objeto de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente”. En todo caso, desde el momento en que se solicite la incomunicación, el detenido quedará incomunicado “sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el juez hubiere dictado la resolución”. Se establece así el automatismo de la incomunicación desde el momento de la solicitud policial, de modo

previo, por tanto, al pronunciamiento judicial o, dicho de otro modo, sin previa resolución judicial hasta que ésta se produzca.

El apartado tercero del art. 520.bis LECrim, contempla el control judicial de la detención: “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”.

El art. 527 LECrim, al que expresamente se remite el art. 520.bis.2, recoge las consecuencias negativas para los derechos del detenido que la incomunicación conlleva. En concreto, señala “a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio”, esto es, no será designado libremente por el detenido que es el derecho del que es titular por el art. 520.2.c). La siguiente suspensión de derechos consiste, “b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2” del art. 520, en relación al derecho del detenido a poner en conocimiento del familiar o persona que desee tanto el hecho como el lugar de la detención en que en cada momento se encuentre. El apartado c) del art. 527 contempla que “Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su abogado prevista en el apartado c) del número 6”, del art. 520, esto es, que en caso de incomunicación queda suspendida la entrevista reservada del Abogado con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que el Abogado haya intervenido. No hay duda que suspensiones de derechos del detenido afectan directa y negativamente al derecho del detenido a que la detención “deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido [...] en su persona, reputación y patrimonio” del art. 520.1 LECrim.

En relación con los menores y todo lo concerniente a la LO 5/2000 de 12 de Enero de la Responsabilidad Penal de los Menores, así como a las sucesivas reformas de dicha Ley, remitimos a los lectores de este Informe a los capítulos 14 y 17 del mismo, en los que se analiza y comenta.

2.3. Comentarios

Art. 55.2 CE. Prolongación de la detención. Incomunicación del detenido.

Desde finales de los años 70 e inicios de los 80 del siglo pasado (BANDRES, 1982; CASTELLS, 1982; GIMBERNAT, 1982, 1993 GOMEZ BENITEZ, 1982; LAMARCA, 1985; MESTRE, 1987; MUÑAGORRI, 1982, 1983 y 1985; PORTILLA, 1995.) se ha venido produciendo la normativa relativa a los derechos de los detenidos, sus restricciones y vaciamientos. Desde aquellas fechas han sido muchas y reiteradas las opiniones críticas sobre dicha normativa al caracterizarla de excepcional y favorecedora de la tortura y los malos tratos causados a las personas detenidas. Comprobar que tales críticas coinciden con las recogidas en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas de 2003, al que se ha hecho mención en la Introducción, provoca una extraordinaria indignación y sitúa en un primer plano la gravísima responsabilidad política de los poderes del Estado por la práctica de la tortura. Ante ello, la cuestión tantas veces recurrente de si tal práctica se produce de manera aislada, esporádica o, de modo frecuente, permanente, deja de ser una cuestión meramente cuantitativa o de responsabilidad exclusivamente individual y remite al subsistema de justicia penal, manifestación de voluntad política institucional, como objeto nuclear de análisis para averiguar si tal subsistema, en el conjunto de sus mecanismos internos y aún conteniendo expresamente la ilegalidad de la tortura y en la complejidad de su *tempus* político, encierra la posibilidad de dicha práctica o se construye decididamente para impedirla.

En relación con el art. 55.2 CE desarrollado por LO 11/1980 de 11 de Diciembre, cuya derogación fue solicitada en el pleno del Congreso de los Diputados de 23 de junio de 1981 por L. M. BAN-

DRES (1982, 47), GIMBERNAT ha planteado su inconstitucionalidad. Rechazando que dicho precepto encuentre su paralelo en la Ley Fundamental de Bonn y constatando la garantía del art. 15 CE de no ser sometido a tortura y la del art. 24 CE de no ser obligado a declarar contra sí mismo, paralela, como se ha indicado, a la de guardar silencio o no declarar durante la detención del art. 17.3 CE, entiende que lo que se prohíbe desde estos preceptos constitucionales es la promulgación de normas que favorezcan la tortura y que dificulten el derecho que todo ciudadano tiene a no declarar. A partir de estos presupuestos, cuestiona la prolongación de la detención, hasta diez días en aquel momento, plazo declarado posteriormente inconstitucional por STC 199/1987, entre otras razones por entender que tal ampliación podría vulnerar el derecho de toda persona detenida a ser conducida sin dilación ante la autoridad judicial recogido en el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 y en el 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y por reconocer como excesiva la prorroga de siete días al entenderla como una penosidad adicional y una coacción moral añadida no justificable por las necesarias exigencias de las averiguaciones. Tal prolongación, ahora a dos días más, que puede darse en régimen de incomunicación, entiende el autor que se presenta como causa principal de la violación de los derechos humanos de los sospechosos de terrorismo según los datos del Informe especial para España de Amnistía Internacional de 1980. Al poner en peligro, el art. 55.2 CE y la ley que lo desarrolla, los derechos garantizados en los arts. 15 y 24 CE, contradiciendo el espíritu que los informa, plantea el autor el problema de la inconstitucionalidad de un precepto también constitucional, resolviéndolo a favor de aquellos preceptos que tienen un rango superior. El rango superior les corresponde a los arts. 15 y 24 CE susceptibles de fundamentar un recurso de amparo, no así el art. 55.2 CE, y además porque mientras el art. 55.2 CE puede ser reformado por mayoría de tres quintas partes de cada una de las Cámaras, la modificación de los arts. 15 y 24 exigen la mayoría de dos tercios, la disolución de las Cámaras y, a continuación, que las nuevas Cámaras ratifiquen la decisión anterior con la misma mayoría de dos tercios y que tal decisión sea confirmada en referéndum (GIMBERNAT, 1982, 96 y 97).

LAMARCA (1985), en su amplio y minucioso estudio sobre el art. 55.2 CE y la normativa que lo desarrolla, coincide con GIMBERNAT en el rechazo de la fundamentación de esta norma en la Ley Fundamental de Bonn y cuestiona asimismo su constitucionalidad. Atendiendo a los contenidos del art. 55.2 CE, “suspensión” de los derechos reconocidos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3 CE, de “forma individual” y “para personas determinadas”, señala que si un derecho fundamental como el de la libertad personal es “suspendido permanentemente”, ya no existe tal suspensión, pierde el carácter excepcional, extraordinario o transitorio, además de que tal “suspensión permanente” no se aplica de “forma individual” ni para “personas determinadas” sino de manera general. (LAMARCA, 1985, 359-444).

La autora insiste en que lo que debe caracterizar la “suspensión” es que “se presente como un estado transitorio, excepcional, y que, si es preciso, deba ratificarse cada cierto tiempo; la necesidad de esa ratificación hace patente y recuerda que los poderes excepcionales no son originarios sino derivados, que no son normales sino extraordinarios. Porque, como dice FISCHBACH, desde el momento en que el dictador tiene derecho a serlo, ocupa un puesto comparable al del soberano” (LAMARCA, 1985, 367).

Cabe adelantar ahora que el análisis crítico que acaba de exponerse del art. 55.2 CE, una norma constitucional negando derechos constitucionales fundamentales, “curioso Estado de derecho que se defiende mediante la puesta en marcha de un riguroso proceso de autodestrucción” (ANDRES IBÁÑEZ, 1982, 22), permite remitir esta normativa de excepción normalizada, de vaciamiento constitucional desde la Constitución, a la interpretación autoritaria de C. Schmitt que “circunscribe el ámbito de lo

político a la situación de excepción, [...] el soberano puede decidir sobre la situación de excepción preservando al Estado [...] aún en detrimento del Derecho positivo. En la situación política, la dialéctica conflictiva amigo y enemigo reclama de suyo una decisión estrictamente política. La decisión soberana ‘cierra’ la situación de conflicto excepcional (‘soberano es quien decide sobre el caso de excepción’) [...] da término al conflicto disfuncional para el orden y tiene el poder de establecer un orden concreto nuevo normalizado a través del Derecho” (MORENEO, 2004, XII y XIII).

El pensamiento de C. Schmitt ha sido comentado por AGAMBEN al analizar la lógica, la paradoja de la soberanía. “Si soberano es, en efecto, aquél a quien el orden jurídico reconoce el poder de proclamar el estado de excepción y de suspender, de este modo, la validez del orden jurídico mismo, entonces ‘cae’, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él (C. Schmitt I, 1998, 37). [...] El soberano, al tener el poder legal de suspender la validez de la ley se sitúa legalmente fuera de ella. Y esto significa que la paradoja de la soberanía puede formularse de esta forma: ‘La ley esta fuera de sí misma’ o bien: ‘Yo, el soberano que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley’.” (AGAMBEN, 1998, 27). Se comentarán al final estas referencias en relación a la ausencia, al vaciamiento de derechos fundamentales constitucionales que se produce en y desde la misma Constitución, en su desarrollo normativo y en la práctica institucional.

Sobre otro de los contenidos del art. 55.2 CE que debe abrazar la “suspensión” de derechos fundamentales, “la necesaria intervención judicial”, si bien el art. 520.bis.1 LECrim exige que debe solicitarse la “prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención”, disponiendo el juez de veinticuatro horas para autorizarla o no, dado que se trata de detenciones en razón de actuaciones de “bandas armadas o elementos terroristas” (art. 55.2 CE) y que la competencia judicial corresponde a una jurisdicción central, los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y no al juez del lugar, es fácil comprender que lo que realmente sucede es que sea la policía, y no la autoridad judicial, la que inicialmente define y decide que se trata de “actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas”, decidiendo con ello la competencia judicial de la Audiencia Nacional.

Se produce así “un claro desplazamiento de atribuciones de poder desde la administración de justicia al ejecutivo. Facultades siempre indiscutiblemente judiciales están dejando de serlo, y no de la manera coyuntural y aislada que en ciertos casos se pretende, sino con un alarmante criterio de generalidad” (ANDRES IBAÑEZ, 1982, 22), sin que las atribuciones judiciales del control de la detención recogidas en el art. 520.bis.3 LECrim, “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 este”, permitan “al juez recuperar su falta de iniciativa, salir de su depresiva pasividad” (ANDRES IBAÑEZ, 1982, 23). La construcción así de un tiempo-espacio “policial autónomo” en los procedimientos suspensivos de derechos fundamentales, que de nuevo surgirá al tratar la cuestión de la incomunicación, ha sido calificada como “manifiesta pauperización de la intervención judicial [...] extraordinaria potenciación de la presencia policial en la lógica del proceso haciendo de la intervención de la policía no un momento cautelar en relación con el modelo de la coerción jurisdiccional sino una manifestación autónoma de coerción administrativa de la libertad” convirtiendo la intervención policial en una sanción intimidatorio anticipada (MAGISTRATURA DEMOCRATICA, 1980, MUÑAGORRI, 1983, 154), que lleva a afirmar a LAMARCA que “no existe un eficaz control judicial”, (1985, 400), intervención judicial “muy mermada” en la expresión de GOMEZ BENITEZ (1982, 63). El traslado de los detenidos, en momentos posteriores cercanos al de la detención, a

dependencias policiales de Madrid, ciudad en la que tienen su sede los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, no evitan las críticas que se han expuesto a la falta de iniciativa judicial e incrementan la distancia del detenido con su medio familiar y social y la opacidad de la detención, a la vez que dificultan el procedimiento de *habeas corpus*.

En relación con la Audiencia Nacional puede recordarse que, creada en 1977, fue calificada de “nueva jurisdicción especial, nacida por vía Decreto-ley y con el fin de monopolizar el conocimiento de cierto tipo de delitos bien significativos”, que suponía por “razones de pretendida eficacia técnica la negación efectiva de los principios de juez natural y de inmediación [...] una jurisdicción centralizada, extraña siempre al lugar de los hechos” que ponía de relieve “una clara desconfianza en la jurisdicción ordinaria y el deseo de sustraer a su conocimiento supuestos que, por su incidencia, carácter o ámbito pudieran afectar a intereses que al fin y al cabo están en la base del sistema socioeconómico” (ANDRES IBAÑEZ, 1981, 20-21).

Esta última referencia en relación a sus atribuciones sobre supuestos especialmente relevantes de delincuencia económica. En sentido similar, PEREZ MARIÑO (1981, 226-227) señalaba que “no parece discutible que la Audiencia nacional supone una Jurisdicción especial que [...] asegura la persecución de determinados tipos delictivos a través del preponderante papel del fiscal [...] implica la no sujeción al juez Natural [...] supone un reforzamiento indudable de un centralismo jurisdiccional”. MESTRE (1987, 95-101) ha rechazado el carácter de jurisdicción especial de la Audiencia Nacional en razón de que “con un criterio formal, la regulación de sus competencias se realiza en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, norma posterior a la creación de la Audiencia Nacional, y porque “con un criterio de fondo, la independencia e imparcialidad del juzgador hace imposible que a su través la administración pueda aplicar interesadamente el Derecho”, concluyendo que es un “tribunal ordinario, predeterminado por la ley, que juzga siempre en instancia y nunca en vía de recurso, salvo de sus propios Jueces Centrales de instrucción y que enjuicia, en lo penal, hechos constitutivos de delito común, conforme a Leyes procesales comunes, sin especialidad alguna por la naturaleza del propio Tribunal, rigiéndose en su aspecto orgánico por las normas vigentes para las Audiencias Provinciales [...] no supone la creación de una jurisdicción política o unos tribunales de excepción ya que estos nuevos órganos siguen siendo [...] ‘ese juez ordinario predeterminado por la Ley’ al que se refiere el artículo 24 de la Constitución”.

En relación con esto último, puede señalarse que no sólo se satisface el mandato constitucional de ‘predeterminación’ con la mera existencia previa de una ley que establezca cuál sea este juez, sino que se debe determinar en base a criterios objetivos y no en base a elecciones discrecionales puesto que si no, se priva al concepto de juez ordinario de cualquier rasgo específico, terminando por ser natural u ordinario cualquier juez preconstituido (NEPPI MODONA, 1978). En todo caso, el papel sustancialmente político representado por las instituciones judiciales se hace aún más evidente en el caso de los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional (MUÑAGORRI, 1983, 160) y su “centralidad” se caracteriza, entre otros rasgos, por la privación de competencia del juez del lugar. Esta lejanía o falta de inmediatez añade dificultades al derecho a la defensa, finalizado incluso el período de comunicación que ahora se verá.

Más allá de cuestiones puramente formales u orgánicas, el proceso mismo, ha señalado GREVI (1982, 268), el funcionamiento de sus institutos, su propia existencia anticipada al resultado del juicio, afecta a la vida asociada, al proceso se le pueden transferir, incluso reforzadas, finalidades de defensa social o de orden público, comenta NOBILI (1977, 81 y ss) para quién el proceso es un momento

central del “ciclo de producción” del derecho, momento primario de la experiencia jurídica, momento que puede, a su vez, articularse a través de procedimientos delicadísimos en los que están en discusión no tanto específicos delitos sino, por así decirlo, la misma trama lógica de la ley, su “constitución” política y cultural (CACCIARI, 1982, 167) y, en este sentido, puede ser un apreciado objeto de conformación, dirección o control desde otros poderes del Estado, como por ejemplo, en el sentido de transformar instrumentos de garantías cautelares, de instrucción, para que desarrollen funciones intimidatorias, de presión, sobre el individuo y la sociedad (MUÑAGORRI, 1983, 151). En particular, la ausencia o restricción de la inmediación judicial (LAMARCA, 1989, 980) afecta negativamente al procedimiento de *habeas corpus* y con ello a la efectividad de la tutela judicial. Caracterizado este procedimiento por la puesta a disposición judicial del ilegalmente detenido y la inmediatez de la misma, sin embargo dado que el juez a cuya disposición ha de ser puesta la persona detenida de forma inmediata no es el propio del lugar sino el juez Central de Instrucción, el examen y la verificación de las circunstancias de la privación de libertad no tiene lugar de forma inmediata al poderse dilatar la puesta a disposición judicial dado el caso de alejamiento geográfico del juez competente, lejanía que a su vez puede condicionar otros elementos del procedimiento como la posibilidad de iniciarlo mediante comparecencia personal del solicitante, la obligación de la autoridad de comunicar al juez inmediatamente la solicitud de la persona privada de libertad, o la exigencia de que el juez oiga a la persona privada de libertad antes de dictar resolución (ECHEVERRIA, 1993, 77-78).

Si el desarrollo del art. 55.2 CE ha llevado a lo anteriormente expuesto, la situación de incomunicación prevista como excepcionalidad añadida a la prolongación de la detención, incrementa los problemas ya indicados en relación con los derechos de los detenidos y el favorecimiento de la comisión de la tortura. El procedimiento para resolver sobre la incomunicación, policial inicialmente, judicial con posterioridad, y con automatismo de la incomunicación desde la solicitud policial (art. 520.bis.2 LECrim) y la negación de los derechos del detenido mientras dure la incomunicación, en la previsión preceptiva del art. 527 LECrim, configuran la ausencia de garantías del detenido.

Puede reiterarse, en primer lugar, lo ya señalado más arriba. La detención prolongada durante cinco días y en régimen de incomunicación, contradice frontalmente el contenido del primer párrafo del art. 520.1 LECrim, al incrementar de manera intensa los perjuicios que se causan al detenido. En segundo lugar, como se ha indicado, el procedimiento que regula la incomunicación prevé que una vez solicitada al juez por la policía “el detenido quedará en todo caso incomunicado [...] hasta que el juez hubiera dictado la resolución pertinente”, que deberá realizar en un máximo de veinticuatro horas después de la solicitud, de manera que se refuerza no sólo la iniciativa policial en perjuicio de la judicial sino que incluso a la espera de la resolución judicial se da ya la incomunicación por decisión estrictamente policial, y ello sin que el art. 55.2 CE habilite al legislador ordinario a encomendar a la autoridad gubernativa la decisión de la incomunicación sin la previa resolución judicial (ECHEVERRIA, 1995, 107). Y en tercer lugar, el abogado será nombrado de oficio, el detenido 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 cada momento, dirigiéndose, en el caso de extranjeros, la comunicación negada, a la Oficina Consular de su país, y tampoco tendrá derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado al término de la diligencia de declaración o identificación en que éste haya intervenido.

Estas tres últimas anulaciones de derechos que se dan en sede policial durante la detención incomunicada y prolongada, son previstas en el art. 527 LECrim de manera imperativa, privando al juez de la posible ponderación, en cada caso, sobre la anulación de los derechos de los detenidos. En todo

caso, ni la prolongación de la detención, art. 55.2 CE y 520.bis LECrim, ni la situación de incomunicación, art. 520.bis y 527 LECrim, deberían afectar a derechos del detenido como los del art. 15 CE, derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso pueda ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad ideológica, no pudiendo ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia, del art. 16,1 y 2 CE, el del art. 17.4 CE, derecho a un procedimiento de *habeas corpus* para la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, el derecho a la presencia de abogado en las diligencias de declaración y de reconocimiento de identidad, art. 520.2 c) LECrim, el derecho a ser asistido gratuitamente por un interprete, art. 520.2.e) LECrim, el derecho a ser reconocido por un médico forense, art. 520.2 d), los del art. 18 CE, derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, los del art. 24.1 CE y los del art. 24.2 CE, derecho a la defensa y asistencia letrada, a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia. El problema, como se está viendo, se plantea en relación a la posible contaminación que las medidas excepcionales-normalizadas producen en el conjunto del subsistema de justicia penal y, en particular, en estos derechos.

Los motivos atribuidos a la incomunicación, tanto de la detención preventiva como de la prisión provisional, art. 509.1 LECrim, son los de “evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”. Su duración, art. 509.2 LECrim, será del “tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior” y, en todo caso, “no podrá extenderse más allá de cinco días” para la detención preventiva. Se sigue un doble criterio similar al de la duración de la detención preventiva comunicada con un plazo relativo en razón de la investigación, “el tiempo estrictamente necesario” para evitar los motivos que normativamente la justifican, y un plazo máximo absoluto de cinco días que en el caso de la prisión provisional, como más tarde se comentará, se podrá prorrogar cinco días más, ampliable, a su vez, a tres días.

Atendiendo en particular a las consecuencias negativas que para los derechos del detenido tiene la ampliación del plazo de detención y el régimen de incomunicación, sobre la prolongación hasta cinco días cabe comentar, en primer lugar, que se refiere en sentido estricto al llamado plazo máximo absoluto, las 72 horas, del segundo inciso del art. 17.2 CE, pero no al plazo del tiempo “estrictamente necesario”, o relativo, del primer inciso que como se ha comentado se impone sobre el máximo absoluto. En segundo lugar, la prolongación de la detención en situación de incomunicación se ha denunciado doctrinalmente y por diversas voces sociales como favorecedora de la práctica de la tortura. GIMBERNAT propone volver a fijar el plazo máximo de la detención en las veinticuatro horas de la LECrim, art. 496, porque “como siguen denunciando las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, es el actual plazo de los cinco días el principal responsable de que en España se sigan produciendo torturas en las dependencias policiales” (1993,4). Cabe recordar que si bien el plazo de 24 horas se recoge en la LECrim desde sus orígenes en el siglo XIX, 14 de septiembre de 1882, la Constitución de la segunda República de 1931 también recogía ese plazo para la detención preventiva en su art. 29: “Nadie podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de detención”. El antecedente del plazo de las setenta y dos horas de la Constitución de 1978, se encuentra en la legislación franquista, concretamente en el art. 18 del Fuero de los Españoles. A su vez, la prolongación incomunicada de la detención ha sido cuestionada desde el derecho constitucional a “no decla-

rar” del art. 17.3 CE. BANDRÉS (1981,47) señala que “el derecho a callar [...] no puede ser derogado temporalmente ni siquiera en estado de excepción y mientras esté en vigor no habrá quien nos convenza de que quien no haya declarado voluntariamente en los tres primeros días no lo hará voluntariamente en los siete siguientes días que la ley autoriza. Y si declara, declarará contra su voluntad y lo hará porque la sola prolongación de su detención incomunicada, además de los posibles malos tratos que la situación permite, constituirán para el detenido los sufrimientos físicos o mentales que define como tortura la Declaración de Naciones unidas de 9 de diciembre de 1975”.

En sentido similar, señala GIMBERNAT que si la “Constitución garantiza el derecho a no declarar (art. 17.3) entonces carece de sentido confesable prolongar más de 1 día la privación gubernativa de libertad cuando a lo más a lo que esta facultada la Policía es simplemente a tomar nota de que el sospechoso se acoge a su prerrogativa constitucional” (1993,4). LAMARCA (1985, 404) recuerda que el detenido, aún con la detención prolongada e incomunicada, disfruta de los derechos del art. 520 LECrim a “guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen o a manifestar que sólo declarará ante el juez, [...] al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable” y plantea que “si lo que se pretende es evitar toda comunicación del detenido con sus posibles cómplices, ello puede ser detenido por el juez al decretar la prisión; si por el contrario, se pretende obligar al detenido a efectuar cualquier clase de declaración se está, cuando menos, vulnerando la Constitución en su artículo 17.3, así como la LECrim, lo que genera responsabilidad criminal”. Ante la manifestación por el detenido de su derecho a callar, que incluso puede reiterarse desde el primer momento de la detención, la prolongación de la privación de libertad, incluso sin necesidad de agotar las setenta y dos horas y en mucho mayor grado si estas se superan, contradiciendo la inmediata puesta a disposición judicial, supone en principio una conducta eminentemente coactiva, vulneradora del art. 17.3 CE. sin ningún soporte constitucional, en la que los criterios de eficacia policial dominan sobre los derechos constitucionales, constituyendo un supuesto delictivo contra las garantías constitucionales del detenido.

Así, ha señalado PORTILLA (1997, 773-774) que “un plazo de detención que supere la inmediatez de la entrega del detenido a la autoridad judicial se reduce a aquellos supuestos en los que hay que realizar la diligencia de prevención consistente en invitar al detenido a firmar el atestado. El plazo, por lo tanto, debe ser el estrictamente necesario para el traslado del detenido ante el juez, más, y sólo en los casos en que así suceda, el tiempo que se invierte en invitar a firmar el atestado al detenido, ya que si se niega a declarar, la entrega ha de ser inmediata. En este sentido, considero que el plazo de veinticuatro horas es el límite máximo del que disponen en la actualidad los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ya que la propia regulación procesal de sus funciones imposibilitan una extensión del mismo, al quedar reducidas al tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones consistentes en la toma de declaración, siempre que el detenido acepte. En definitiva, si el funcionario infringe la obligación procesal de comunicar— dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención—, la práctica de la misma al juez incurrirá en el delito de detención ilegal. Si realiza la comunicación pero no entrega de inmediato al detenido a la autoridad judicial, tras firmar aquél el atestado policial, incurrirá también en el delito de detención ilegal aunque no supere el plazo de las veinticuatro horas debido a la obligación constitucional de que el plazo sea el *estrictamente necesario*”.

El régimen de incomunicación durante la privación de libertad prolongada ha añadido nuevas censuras a las anteriormente vistas al ir directamente contra el ejercicio del derecho a la defensa. En relación a la negación de la libre designación de abogado y su designación de oficio, he comentado que

“el derecho a designar un abogado de confianza es una de las primeras manifestaciones del derecho a la defensa, mientras su supresión y la designación de oficio es una mera apariencia del mencionado derecho. Lo que en el fondo se pretende no es ya disciplinar al posible defensor crítico controlando su táctica (KRAUS, 1978, 809) sino excluirlo, [...] lo que no solo presagia el fin de la libre defensa de los procedimientos políticos (SCHMINK-GUSTAVUS, 1982, 49), sino el intento de negar como política la presencia del detenido” (MUÑAGORRI, 1983, 157) produciéndose, de alguna manera, en estos ámbitos de excepcionalidad una “expropiación de lo político, una monopolización de lo político simplemente en quien incomunica, en quien procesa o en quien detiene” (MUÑAGORRI, 1983, 157).

Esta afirmación entiendo que se confirma y agudiza con la supresión, durante la incomunicación, del derecho del detenido a entrevistarse reservadamente con el abogado tras las diligencias en que haya intervenido y del derecho a comunicar a la persona a quien desee del hecho y del lugar de la detención que convierten al detenido en un sujeto socialmente silenciado, ausente, socialmente inexistente, sólo presente para la relación institucional de manifiesta dependencia, en una sucesión de tiempos y espacios incomunicados socialmente, articulados inquisitorialmente a la búsqueda de la culpa, a la obtención de la “verdad”, que diría Foucault (MUÑAGORRI, 1983, 153). PORTILLA (1997, 789-790), considerando que “del análisis de la actual legislación se desprende que la incomunicación de asistencia letrada es inconstitucional [...] puesto que incluso el apartado primero del art. 55 de la Constitución, cuando establece que los derechos de los arts. 17 y 18 pueden ser suspendidos, exceptúa el apartado tercero del art. 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción” y entiende que la no elección libre de abogado representa una infracción del derecho de defensa y, por tanto, de los arts. 17.3, 24 y 55.2 de la Constitución, pues reduce la función de letrado a las facultades de reclamación de diligencias y a la mera repetición de los derechos. Esto, unido a la imposibilidad de comunicar al familiar o cualquier persona el hecho de la detención y, lo que es peor, el lugar de la custodia, evidencia una dudosa política de investigación que favorece, sin lugar a dudas, la práctica de la tortura. En relación con estas suspensiones contaminantes y expansivas de los derechos del detenido que tienden a normalizar lo que inicialmente se presenta como excepción, al final de este apartado se expondrá y comentará la STC 199/1987 ya aludida.

Jurisprudencia constitucional

La constitucionalidad de la prolongación del plazo de la detención preventiva que exige la “necesaria intervención judicial”, art. 55.2 CE, con la consiguiente suspensión de derechos, se planteó ante el TC por sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por los Parlamento Catalán y Vasco contra la LO 9/1984. En STC 199/1987 el TC se pronunció por la aplicación del llamado “principio de concordancia práctica”, por el que se pretende hacer compatible la suspensión de los derechos, por una parte, y la intervención judicial, por otra, de modo que no se sacrifique enteramente ninguno de los contenidos del art. 55.2 CE (ECHEVERRÍA, 1993, 99). En la STC citada, reconociendo que una mayor efectividad de la intervención judicial supondría que ésta precediese a la puesta en práctica de la suspensión, sin embargo, entiende el TC, ello no excluye que la efectividad misma de la suspensión requiera una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la sucesiva intervención judicial. Como se ha visto, en la actualidad normativamente la prolongación de la detención está prevista en el art. 520.bis LECrim, “siempre que solicitada tal prorroga mediante comunicación dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el juez en las veinticuatro horas

siguientes”. También el TC se pronunció en esta Sentencia 199/1987 sobre la situación de incomunicación y especialmente sobre la posibilidad de que la misma se adoptase inicialmente por la autoridad gubernativa y no por la autoridad judicial. Reconociendo el TC que el art. 55.2 CE no ha habilitado al legislador orgánico para suprimir la intervención judicial en este caso, entiende que “dada la propia naturaleza de la medida y su finalidad de no perjudicar el éxito de la instrucción, ha de entenderse que la ordenación inmediata de la incomunicación puede realizarla la autoridad gubernativa, pero ello no excluye ni impide el que la decisión definitiva al respecto haya de adoptarse por un órgano judicial”, en un curioso razonamiento en el que el criterio de eficacia sacrifica derechos del detenido. Como se ha visto, la previsión legal, en el art. 520.2.bis LECrim, para los delitos de terrorismo consiste en que “Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse al juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación el detenido quedará en todo caso incomunicado”, de manera que la excepcional supresión de derechos del detenido que supone la incomunicación se dará por decisión de la autoridad gubernativa “solicitante”, hasta la resolución de la autoridad judicial “autorizante” que, más que autorizar, confirma una decisión gubernativa previa.

También en relación a la incomunicación y especialmente respecto a la privación del derecho del detenido incomunicado a nombrar un abogado de su confianza y a entrevistarse reservadamente con él, se había pronunciado ya el TC en STC 196/1987 ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada. En dicha Sentencia, el TC declaró tales medidas conformes a la Constitución al entender que “Teniendo en cuenta que la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, los cuales son bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la Constitución y, por tanto, constitucionalmente protegidos, la limitación establecida en el art. 527 a) de la LECrim encuentra justificación en la protección de dichos bienes que, al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el art. 17.3 de la Constitución, proceda a su conciliación impidiendo la modalidad de libre elección de abogado”. Dicha Sentencia recibió dos votos particulares en contra de la decisión mayoritaria. El primero de ellos de los magistrados Vega Benayas y Díez-Picazo Ponce de León manifiesta su disconformidad al entender que la intervención del abogado puede ser determinante para el detenido en las primeras horas de la detención, que son las más necesitadas de apoyo moral y técnico que sólo puede prestarlo el abogado en quien el detenido confíe. En segundo lugar, la disconformidad procede al considerar desequilibrada la valoración de los bienes constitucionales que realiza el voto mayoritario al hacer primar la seguridad sobre la libertad en la elección del abogado y en tercer lugar al criticar que una medida excepcional como la incomunicación se convierta en norma general. El segundo voto particular de los magistrados Begue Cantón, Latorre Segura y Leguina Villa, es en gran parte coincidente con la argumentación del anterior. En él se manifiesta la disconformidad con la ponderación que el voto mayoritario realiza entre un derecho fundamental y otros bienes constitucionales más genéricos, se cuestiona que la eficacia que pueda alcanzarse de la asistencia técnica, el apoyo moral y la ayuda profesional en los primeros momentos o días de la detención sea igual o equivalente si la realiza un abogado de confianza del detenido o un abogado desconocido que ha sido designado para el detenido. Por último, tampoco coinciden en el carácter generalizable de la incomunicación y, en particular, rechazan que en todos los casos de detención incomunicada haya riesgos de ilícita concertación con el abogado libremente elegido, admitiendo este riesgo excepcional en detenciones por hechos relativos al crimen organizado pero no en los demás casos en que la medida de designación de oficio del abogado la consideran manifiestamente desproporcionada.

Como se ha recogido en el párrafo anterior, en el razonamiento del voto mayoritario de la STC 196/1987 se hacen primar determinados bienes constitucionales, la “paz social”, art. 10.1 *in fine*, del preámbulo del Título I, y la “seguridad ciudadana”, art. 104.1, del Título IV CE, “Del Gobierno y de la Administración”, sobre el contenido de un derecho fundamental, art. 17.3 CE de la Sección primera del Capítulo Segundo del Título I. Precisamente, lo que se garantiza en el art. 10.1 es “la dignidad, 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” como soportes esenciales de la “paz social”. Dicho de otro modo, la “paz social” se constituye en bien constitucional, y no en derecho fundamental, en tanto en cuanto se garanticen sus presupuestos, especialmente los del núcleo de los derechos personales, dignidad y libre desarrollo de la personalidad desde los que se proyectan los derechos inviolables que les son inherentes y en la medida de la conjunción de los derechos fundamentales y su reconocimiento formal y material. Ésta es la base y contenido de la “paz social” que carece de autonomía como bien constitucional al margen de los mismos, o que no se alcanzará si la restricción excepcional del núcleo de los derechos fundamentales se generaliza. Por otra parte, la “seguridad ciudadana” se presenta en el art. 104.1 CE como “misión” de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a continuación y de manera diferenciada de la protección del “libre ejercicio de los derechos y las libertades”, sin que tal modalidad de seguridad, la “ciudadana”, prevalezca en el orden constitucional sobre la “seguridad personal”, íntimamente unida a la libertad. De manera que sin un firme apoyo constitucional dado que el art. 55.2 CE no afecta al art. 17.3 CE que ni siquiera es afectado en casos de estado de excepción, art. 55.1 CE, y a través de la medida de la incomunicación del detenido cuya previsión en el art. 509 LECrim es generalizable a todas las detenciones, en relación con el art. 527 LECrim y la consiguiente suspensión de derechos, con dicha medida de incomunicación se conforma un sistema excepcional generalizado para la suspensión de los derechos del detenido, agravado aún más para los supuestos del art. 520.bis LECrim.

En STC 7/2004 se resuelve un recurso de amparo por el que se impugnan sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional por delitos relacionados con banda armada y en que los recurrentes denuncian la vulneración de los derechos a la integridad física y moral, art. 15 CE, en relación con la presencia de torturas, y a la asistencia letrada, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, art. 24 CE, en relación con la obtención de declaraciones autoinculpatorias o inculpativas para otros en régimen de incomunicación y bajo tortura, la designación de abogado de oficio y las declaraciones ante el juez instructor viciadas por torturas.

En sus Fundamentos Jurídicos, la STC 7/2004 recoge los razonamientos de la ya citada STC 196/1987, así como de otras SSTC y AATC posteriores a aquélla. En su Fundamento Jurídico 4º, la incomunicación se entiende como “algo más que un grado de intensidad en la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de esta situación de incomunicación para los derechos del ciudadano y, en concreto, las limitaciones del derecho de asistencia letrada (art. 17.3 CE), la adecuación a la Constitución de las resoluciones judiciales que la autorizan han de analizarse desde la perspectiva de un especial rigor”, extendiéndose, a continuación, en reiterar los requisitos exigibles para alcanzar ese “especial rigor”: “las resoluciones que acuerden la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de bienes, valores y derechos en juego que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige (ATC 155/1999, de 14 de Junio, Fundamento Jurídico 4º) [...] es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que permiten afirmar [...] la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (por todas SSTC 557/1996, de 28 de Marzo; 161/1997, de 2 de Octubre;

61/1998, de 17 de Marzo y 49/1999, de 5 de Abril). Será necesario, asimismo, que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida... y el sujeto afectado por esta... es un prius lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999 de 4 de Abril, Fundamento Jurídico 8º; 166/1999, de 27 de Septiembre, Fundamento Jurídico 8º).

Recuerda esta STC que “la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión (STC 196/1987, Fundamento Jurídico 7º y ATC 155/1999)... la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto (STC 196/1987, Fundamento Jurídico 7º y ATC 155/1999, Fundamento Jurídico 4º)” (STC 7/2004, FJ 4º).

En el FJ 5º.a) de la STC 7/2004 se recogen los hechos de las detenciones y las solicitudes de la autoridad gubernativa, primero de incomunicación del mismo día de la detención y, en segundo lugar, de la prórroga de la detención del día siguiente a la detención. En relación con la incomunicación expresamente se recoge: “Tras las detenciones, se solicita por fax al Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional la confirmación de la incomunicación [...] acompañando a las solicitudes informes en los que se hace constar las circunstancias de la detención, así como la presunta implicación de los detenidos en actividades de la banda terrorista ETA”. Se recoge también la referencia a los Autos en los que se decreta la incomunicación solicitada, con la siguiente “fundamentación”: “A la vista de las razones expuestas por la Autoridad Gubernativa, atendiendo a la necesidad de una más completa investigación de los hechos de conformidad con lo que disponen los artículos 506, 520, 520 bis y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. En relación con la solicitud por parte de la policía de la prórroga de la detención, en base a la afirmación sobre la pertenencia o integración en organización terrorista de algunos detenidos a los que se añade la imputación de determinados delitos, por una parte y “de otros delitos” indeterminados, por otra, y de imputación del delito de colaboración a otros detenidos, se recoge la motivación del Auto, de la misma fecha de la solicitud, en el que se autoriza la prórroga de la detención hasta un plazo máximo de cuarenta y ocho horas “habida cuenta que la prolongación de detención ha sido propuesta dentro del plazo legal y las razones de necesidad de tal medida para la más completa investigación de los hechos, se estima justificada de conformidad con el artículo 520 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. En el FJ 5º.b) se recoge una nueva solicitud de “confirmación de la incomunicación” de un detenido motivada “por sus presuntas implicaciones en actividades a favor de la banda terrorista ETA (m)” ante la cual “A solicitud del Fiscal, se interesa la ampliación de datos sobre los motivos de la detención, lo que realiza la Guardia Civil ese mismo día, haciendo constar que al detenido [...] se le imputa militancia en un comando legal de apoyo al comando de liberados [...] según las declaraciones de los detenidos [...] sin que en ese momento hubiera constancia de que el juez conocía la existencia de torturas en las dependencias policiales”.

Reconoce el TC en el FJ 5º.c) que los Autos impugnados confirmando la incomunicación y autorizando la prórroga de la detención cuarenta y ocho horas más “se remiten expresamente a las razones expuestas por la autoridad gubernativa, haciéndolas suyas, de forma que el contenido de los informes policiales debe entenderse incorporado al texto de los Autos. Esta técnica de motivación por remisión,

según reiterada jurisprudencia —por todas SSTC 127/2000 de 16 de Marzo, Fundamento Jurídico 3º.c); 5/2002 de 14 de Enero, Fundamento Jurídico 2º— no resulta contraria a las exigencias constitucionales de motivación de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales. A la vista de lo cual cabe afirmar que las resoluciones judiciales examinadas, integradas con las solicitudes gubernativas a las que expresamente se remiten, no obstante su parquedad, responden al canon constitucionalmente exigible pues explicitan tanto el presupuesto de la medidas y su procedencia por razón de los hechos investigados (delitos de terrorismo); los indicios a partir de los cuales se deduce la conexión con tales hechos de las personas sometidas a incomunicación a partir de las diligencias de investigación realizadas (detención y registro) a las que se alude expresamente en las solicitudes gubernativas, y la necesidad estricta de tal medida para conseguir la más completa investigación de los hechos”. Finaliza el Fundamento Jurídico 5º.c) de la STC 7/2004 añadiendo “como hiciéramos en STC 127/2000 de 16 de Mayo, Fundamento Jurídico 3º.c) que nos encontramos ante delitos de terrorismo, que son precisamente los supuestos para los que el legislador ha previsto las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención (art. 520 bis LECrim), realizando de este modo una previa ponderación de la necesidad de la incomunicación en estos casos, que exige de un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la medida para alcanzar la finalidad que la legitima ya que esta 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 conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas”.

Recordando lo ya dicho sobre el contenido del art. 17.2 CE en relación a la duración de la detención preventiva y los requisitos recogidos en el art. 55.2 CE para la suspensión del art. 17.2 CE, “de forma individual y con la necesaria intervención judicial”, así como lo comentado respecto al art. 17.3 CE, la no obligación de declarar y la garantía de la asistencia letrada y las restricciones de esta última en caso de incomunicación, art. 527 LECrim, agravadas en los supuestos del art. 520.bis LECrim, pueden comentarse los contenidos anteriormente expuestos de la STC 7/2004 de 9 de Febrero. En primer lugar, la constatación de la existencia de torturas durante la detención, tal como se ha visto recoge la STC 7/2004, permite pensar que la previsión contemplada en el art. 520.bis.3 de la LECrim de 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 este” no se ha mostrado eficaz para prevenir la tortura, cuestión ésta que no se plantea en la STC que se comenta, si bien es cierto que tampoco se alude a ella por los recurrentes en amparo. Puede recordarse lo recogido en el apartado 38 del Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura (NACIONES UNIDAS, 2004, 10):

“En este contexto, el Relator Especial comparte la preocupación expresada por el Comité Europeo contra la Tortura en el sentido de que las personas mantenidas en régimen de incomunicación cuyo período de detención se prolonga más allá de las 72 horas hasta un máximo de cinco días no hayan sido visitadas por el juez, antes de la decisión de prorrogar el período de detención, y hace suyas su recomendación de que las personas mantenidas en régimen de incomunicación sean sistemáticamente llevadas ante el juez competente o, si la persona está detenida fuera de Madrid, ante el juez instructor del distrito en que la persona está detenida —antes de adoptar la decisión de prolongar el período de detención más allá de las 72 horas”.

En segundo lugar, las “fundamentaciones” que, hemos visto, se recogen en los Autos del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional en los que se “confirma” la incomunicación y se autoriza la prórroga de la detención se caracterizan, además de por la “parquedad”, por ser meramente formales. Su contenido se reduce a remitirse a “las razones expuestas por la Autoridad Gubernativa, atendiendo a una más completa investigación de los hechos” y a citar los artículos correspondientes de la LECrim, en los supuestos de incomunicación, y a constatar, en el caso de la prolongación de la detención que la solicitud se realiza dentro del plazo legal “habida cuenta [...] de las razones de necesidad de tal medida para la más completa investigación de los hechos”, haciéndose expresa referencia al art. 520.bis LECrim, esto es, a los delitos de terrorismo.

Es manifiesta la ausencia de motivación en la así llamada “fundamentación” de los respectivos Autos a pesar de la expresa exigencia de motivación judicial que se recoge en los arts. 509.3 y 520.bis.2 LECrim para la incomunicación y en el art. 520.bis.1 LECrim para la prórroga de la detención. La STC 7/2004 recurre ante ello a la técnica de la “motivación por remisión” o “*per relationem*”, que ha sido considerada doctrinalmente como una de las “patologías” de la motivación, un supuesto de omisión sustancial de la motivación que se da cuando “el juez no elabora una justificación autónoma *ad hoc* sino que remite a las razones contenidas en otra sentencia” (IGARTUA, 2003, 204-205). En este caso, no es otra cosa que las razones policiales de las solicitudes de incomunicación y prórroga que se confirman por la autoridad judicial con una respuesta meramente formal e incorporándolas a los Autos.

Pero al margen de la alteración de responsabilidades jurídico políticas que supone y, entiendo que al margen también del desprecio al rigor de ponderación exigible cuando se trata de suspensiones y restricciones de derechos y a la dejación que supone, no deja de ser un eufemismo cuando la llamada “motivación” en las solicitudes de la autoridad gubernativa es la que se recoge en el Fundamento Jurídico 5º.a), “JRRG, miembro liberado del comando [...] presunto autor del asesinato [...] y otras acciones terroristas. PUG [...] miembro liberado del comando [...] y antiguo colaborador del comando [...] al que se le imputa su participación en el asesinato [...] y otras acciones terroristas [...]. A los detenidos [...] se les presume miembros de un comando legal de apoyo” junto a los datos sobre la detención y registro. Como se ve, por una parte se afirman determinados hechos delictivos de pertenencia, por otra se “presumen” y por último se “imputan” otros incluso de manera indeterminada.

En tercer lugar, la STC 7/2004 que se comenta, añade que “nos encontramos ante delitos de terrorismo que son precisamente los supuestos para los que el legislador ha previsto las situaciones de incomunicación y prórroga de la detención (art. 520 bis LECrim), realizando de este modo una previa ponderación de la necesidad de la incomunicación en estos casos, que exige de un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la medida para alcanzar la finalidad que la legitima ya que esta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación” (FJ 5º.c). Debe señalarse que la “previa ponderación” que realiza el legislador sobre la incomunicación y la prolongación de la detención en los supuestos de terrorismo no lleva, ni desde la Constitución ni desde la LECrim, a un automatismo de la incomunicación ni de la prolongación de la detención en los casos de terrorismo. El art. 520.bis.1 LECrim contempla, potestativamente, que “podrá prolongarse en estos casos el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas”, que la solicitud de la prórroga debe realizarse “mediante comunicación motivada” y que tanto la autorización como la denegación “se adoptarán en resolución motivada”. Para la incomunicación, el art. 520.bis.2 señala, también potestativamente, que “podrá solicitarse del juez que decreta su incomunicación, el cual deberá

pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas”, si bien establece, como se ha visto, que “solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado [...] hasta que el juez hubiere dictado la resolución pertinente”, pero, en todo caso, tal incomunicación, hasta la motivada confirmación judicial, debe realizarse “sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527”.

Por otra parte, el art. 55.2 CE exige que la suspensión de los derechos reconocidos en el art. 17.2 CE se realice de “forma individual”, exigencia que no se armoniza con las referencias contenidas en la STC 7/2004 a que la necesidad de la incomunicación “pueda afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación”. De manera que ni el constituyente ni el legislador ordinario han eximido, ni a la autoridad gubernativa ni a la judicial, de un razonamiento motivado en profundidad e individualizado sobre la necesidad de la medida de incomunicación ni sobre la prolongación de la detención en los supuestos de detenciones por terrorismo, en tanto en cuanto suponen la suspensión de derechos. Las afirmaciones que acaban de verse de la STC 7/2004 avalan más una práctica indeseable de cierto automatismo con ausencia de motivación y control judicial en las suspensiones de derechos y en las restricciones a la libertad en las detenciones en casos de terrorismo, que la potenciación del derecho a la libertad y las garantías durante la detención.

3. La diligencia de identificación y otros supuestos de privación de libertad sin las garantías del art. 17 ce.

La LO 1/1992 de 21 de Febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana recoge entre las “Actuaciones para el mantenimiento y restablecimiento de la Seguridad Ciudadana” de su capítulo III, las previstas en el art. 20 “1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomienden la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2. De no lograrse la identificación por cualquier medio y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción administrativa, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible. 3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquellas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estarán en todo momento a disposición en la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias al Ministerio Fiscal. 4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

En la Exposición de Motivos de la LOPSC el legislador entiende que con el requerimiento de identificación y, en su caso, con el traslado a dependencias policiales a los solos efectos de la identificación

“no se altera el régimen vigente del instituto en la detención que sólo podría seguir produciéndose cuando se trate de un sospechoso de haber cometido un delito y no por la imposibilidad de identificación que tendrían las consecuencias que para tales infracciones derivan del código penal vigente”. A pesar de estas consideraciones, el art. 20 de la LOPSC y otros de sus preceptos fueron objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad 1.045/1992, 1.279/1992 y 1.314/1992 interpuestos, respectivamente por noventa y un diputados al Congreso, por el Parlamento en las Islas Baleares y por la Junta General del Principado en Asturias, y de dos cuestiones de inconstitucionalidad, 2.810/1992 y 1372/1993 planteadas la primera por la AP de Madrid y la segunda por la AP de Sevilla.

La inconstitucionalidad del art. 20.2 de la LOPSC en relación con los arts. 17 y 53.1 de la CE se plantea por los noventa y un diputados del Congreso al precepto al entender que “consagra una figura inédita en nuestro ordenamiento jurídico (llamada por la doctrina ‘retención policial’)” contraria a los preceptos constitucionales citados. El art. 17.1 CE declara, en su inciso primero que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”, no siendo una y otra bienes jurídicos diferenciados, sino dos tratos de un mismo derecho. La situación resultante del goce de ese derecho a la libertad es, ante todo, un hecho, una realidad fáctica y, como tal, un valor absoluto como hecho de la realidad.

Se invoca, dicho esto, la STC 98/1986 de la que resulta que la detención es algo fáctico y que no hay zonas intermedias entre detención y libertad. Pues bien, la situación de una persona que se ve obligada a acompañar a los agentes policiales a una dependencia oficial no puede considerarse sino como “detención”. Es cierto que el TC ha admitido que una privación de libertad momentánea (para la práctica de la llamada “prueba de alcoholemia”) no constituye detención (STC 103/1985 y 107/1985), pero aquí estamos ante un supuesto diferente, pues tal prueba tiene su origen en una relación de supremacía especial regulada por normas de policía de tráfico, lo que no concurre en el supuesto del impugnado art. 20.2. En segundo lugar es evidente que la diligencia de identificación y los fines a que esta se orienta, puede suponer la incriminación del diligenciado [...] se plantea en el recurso la cuestión de si la persona sujeta a la obligación dispuesta en el art. 20.2 goza, en los términos de la Ley, de las debidas garantías. A este respecto, la STC 98/1986, reseña, también, el sistema de garantías establecido en el art. 17.1 CE, garantías que no recoge el precepto impugnado: al detenido, pues, le asisten todos los derechos; al “retenido” ninguno, para que haya lugar a la detención ex art. 20.2 es preciso que la misma se practique para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción. Pues bien, si para proceder a la detención para identificación es necesaria una previa sospecha de criminalidad y hay, por tanto, *notitia criminis*, propiamente no hay detención para identificación, sino una detención ordinaria. Por tanto, el requerimiento para “acompañar” a las dependencias no puede interpretarse sino como pura y clara detención, para lo que es exigible todo el régimen de garantías que la Constitución establece. Al no respetar tales garantías, el art. 20.2 es inconstitucional. Esta inconstitucionalidad es igualmente predicable en el caso de que la detención se realice para “sancionar una infracción”, pues si la obligación legal de “acompañar” al policía supone restricción de libertad y la supone— resulta que la Administración, para castigar una infracción, esta excediéndose de las facultades que le otorga el art. 25.3 CE”. En similares términos, insistiéndose en la presencia de todas las garantías del art. 17 CE al ser privado de libertad, se plantean los recursos del Parlamento de las Islas Baleares y la Junta General del Principado de Asturias, dirigiéndose las cuestiones de inconstitucionalidad a la vulneración de los arts. 18.2 y 25.1 CE, la de la AP de Madrid y 18.2 y 93, la de la AP de Sevilla.

El TC, en el FJ 4 de la STC 341/1993, entiende, en primer lugar, que la personación del requerido en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 LOPSC no responde a una decisión o voluntad

propia sino que significa acompañar a la policía por orden suya, y cuya desatención podrá dar lugar a responsabilidad penal. “La actitud del requerido que acata la orden policial expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes) pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17. 1 de la Constitución”. En segundo lugar, reconoce que la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone, por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible) una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia estamos, pues, ante uno de “los casos” a que se refiere el art. 17.1 CE.

En relación con las personas a las que se les puede requerir el desplazamiento hasta dependencias policiales, el TC reconoce “que la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas, supuesto en el que la gravosidad de la medida impondría un juicio de inconstitucionalidad, por desproporcionalidad manifiesta”, sino que, “la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonablemente y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal [...] o aquellas, igualmente no identificables que hallan incurrido ya en una infracción administrativa” (F. J. 5). Respeto a la vigencia de las garantías del art. 17.2 CE sobre la duración, “estrictamente necesaria para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, de la privación de libertad, y del art. 17.3 sobre los derechos del detenido a ser informado de modo comprensible y de manera inmediata de sus derechos, el derecho a no declarar y la asistencia de abogado, el TC considera que “la medida prevista en el art. 20.2 no puede calificarse de indefinida o de ilimitada en cuanto a su duración. Prescribe este precepto que las diligencias de identificación en dependencias judiciales no se podrán prolongar más allá del tiempo imprescindible [...] precisión que implica un mandato del legislador de que la diligencia de identificación se realice de manera inmediata y sin dilación alguna.” (F. J 6 A)).

Respecto a las garantías del art. 17.3 CE a ser informado de sus derechos y de las razones de tal requerimiento, es cosa que apenas requiere ser argumentada, aunque la Ley (que exige que consten en el Libro-Registro los “motivos” de las diligencias practicadas) nada dice de modo expreso sobre esta información, inexcusable para que el afectado sepa a qué atenerse. No cabe derivar de este silencio, sin embargo, una permisón legal —que sería contraria a la Constitución— del requerimiento por entero inmotivado o carente de toda información al afectado, sino que es, más bien el íntegro contenido de este art. 20 el que supone implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados” (F. J 6, B)). Respecto a las demás garantías del art. 17.3 CE, exclusión de toda obligación a declarar y aseguramiento de la asistencia letrada en las diligencias policiales, el TC establece que “hallan su preferente razón de ser en el supuesto de la detención preventiva, por lo que no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos. Así es, en efecto, pues la advertencia al afectado sobre su derecho a no declarar no tiene sentido cuando —como aquí ocurre— la norma no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación [...]. No resulta inexcusable, en el mismo sentido que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de Abogado, garantía esta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser

sometido (STC. 196/1987, f. y 2.). Ninguna de estas garantías constitucionales— recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado— son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación que vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los ‘datos personales’ a los que se refiere el repetido art. 9.3 LOPSC”. (F. J 6. c). Por último, en lo anteriormente dicho en relación con la constitucionalidad del art. 20.2 LOPSC, el TC descarta, también, “que lo dispuesto en el art. 20.2 de la LOPSC, resulte contrario a lo prevenido en el art. 25.3 de la Constitución”, a la vez que “conduce a excluir las tachas de inconstitucionalidad opuestas frente al art. 20.2 de la LOPSC.” (F. J 6. C)).

La privación de libertad contemplada en el art. 20.2 LOPSC sin necesidad, como se ha visto, de justificar por la existencia, o indicios, de un delito o falta, al ser considerada no constitutiva de detención por el TC, se configura como una privación de libertad en la que el privado de ella no goza de las garantías del art. 17 CE. PORTILLA (1997) ha señalado que esta previsión de la LOPSC representa “un proceso involutivo de recorte de las garantías a la libertad personal, ya que esta legislación aumenta las competencias policiales creando un espacio temporal indeterminado para practicar la diligencia de identificación, sin las garantías constitucionales de personas que no son sospechosas de haber cometido un ilícito penal. Esto favorece la lesión no sólo de las garantías de la libertad y seguridad, sino de otros bienes esenciales a los que desampara como la integridad física o incluso la misma vida”. Con la LOPSC, que recoge, a mi entender, una pretendida confusa y errónea relevancia de la llamada “seguridad ciudadana” a la que atribuye una entidad similar o incluso supervisar a la seguridad personal del art. 17 CE y con ello capacidad para restringir derechos fundamentales como el de la libertad y seguridad, y en particular con su art. 20, se formaliza, como han señalado ANDRÉS IBÁÑEZ (1995) y PORTILLA (1995, 1997), el paso definitivo para la legalización de la llamada “retención policial” o privación de libertad por parte de la policía que no es entendida como detención. A pesar de la STC 8/1986 de 10 de Julio, que califica como detención cualquier situación en que alguien se vea impedido u obstaculizado de hecho para actuar libremente, para hacer uso de su libertad, la Providencia del TC de 26 de Noviembre de 1990, se dicta en razón del “interés policial”, como ha recogido ANDRÉS IBÁÑEZ (1995).

El propio art. 20.1 LOPSC, que no fue cuestionado en su constitucionalidad siendo un modelo de inseguridad para los ciudadanos con su extraordinaria indeterminación que sustenta la arbitrariedad policial señalada, entroniza la mera sospecha como cobertura para la retención a la que se acumula el cacheo, como por otra parte se comprueba en la lectura de los atestados policiales, con sucesivas degradaciones normativas, denuncias y acusación de formato estándar, reiteraciones de la inicial sospecha, esquematismos y automatismos procesales, transformándose el proceso penal “en un simple apéndice de la política de orden público [...] en poco más que un otro-instrumento policial” (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1995). En todo caso, la denunciada “involución” que la LOPSC representa, la degradación normativa de los derechos fundamentales al justificar restricciones a la libertad para hacer responder por una “infracción administrativa” que rompe la proporcionalidad exigible, la consideración de la libertad como obstáculo, los derechos fundamentales como impedimentos, remite de nuevo a la “razón de Estado”, comunicándose los usos normativos del “terrorismo” y de la “seguridad ciudadana” en una especie de hermanamiento antigarantista (MUÑAGORRI, 1995).

Se mencionarán a continuación algunas referencias jurisprudenciales de supuestos que, comportando privación o restricción de libertad, no son amparadas por el régimen de garantías del art. 17 CE. BARONA VILAR (2004), recoge supuestos en que si bien su vinculación a una investigación penal puede estar presente, “no así”, señala, “pueden ser tildados de cautelares”. Así, el “acceder a una explo-

ración radiológica en el aeropuerto no es condición ineludible para entender aplicable la exigencia constitucional de la instrucción de derechos a que se refiere el art. 17.3 en relación con el 120 LECrim". Así, la STS 1416/2001 de 26 de Noviembre "[...] al haber accedido a ella de forma voluntaria, no integraba ni imputación de delito, ni detención, por lo que no era obligada la instrucción de sus derechos, ni el nombramiento de abogado al requerido para la exploración [...] no se transgredió el ap. 3º del art. 17 de la CE [...]". En el mismo sentido, la STS 2036/2000 de 31 Octubre destaca: "En efecto, esta Sala tiene dicho que el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos —en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo— no es por sí misma una detención, ni comporta necesariamente que previamente se haya practicado. Se trata de un control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza —como en este caso— voluntariamente a instancia de los Agentes que solicitan del pasajero ser examinado, prestándose éste voluntariamente a la comprobación interesada, no entrañaría limitación o restricción forzosa de la libre deambulación, propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el conductor a quien se ordena parar para someterse a la prueba de alcoholemia. Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la orden dada por el Agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida.". En relación con el cacheo, se cita la STS 432/2001 de 16 de Marzo: "[...] el cacheo, no es una diligencia de detención de la persona cacheada. Se trata de una restricción de la libertad de menor intensidad y escasa duración en el tiempo, justificada por su finalidad, que ha de practicarse con moderación y con el máximo respeto a la persona cacheada y sólo cuando sea necesario y hasta donde lo sea en aras de tal finalidad de obtener los instrumentos o los efectos de una actividad delictiva, que por todo ello no se encuentra sometida a los requisitos constitucionales y procesales necesarios en tal diligencia de privación de libertad propiamente dicha (la detención). Las normas de la CE (arts. 17.2 y 3) y de la LECrim (art. 520) no son aplicables a estas medidas que sólo afectan al derecho fundamental a la libertad personal en grado menor".

Estas sentencias no ocultan la pauperización a la que el intérprete somete al derecho fundamental a la libertad, tanto si se trata de libertad de movimiento como si se refiere a la libertad para decidir, atribuyendo una libre voluntad al someterse a los requerimientos policiales pues, ya se ha visto, puede darse una voluntad, la de no resistirse o no negarse a los requerimientos policiales, pero no necesariamente una voluntad libre, la del art. 17.1 CE, cuando media coacción. Igualmente paupérrima es la comprensión del derecho sobre el propio cuerpo en una situación, añadida, de privación de libertad y todo ello agravado, aún más, en su justificación en razón de los fines policiales pretendidos.

También PORTILLA (1997), recoge diversa jurisprudencia en relación con la privación de libertad-detención del TS y del TC anterior y posterior a la STC 34/1993 de 18 de Noviembre, comentando que durante los años precedentes a la aparición de la LO 1/1992 de 21 de Febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), se desarrollaban dos interpretaciones opuestas sobre la práctica de la privación de libertad efectuada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Una de las interpretaciones defendía que entre la detención como privación de libertad y la libertad no caben formas intermedias. Ello no imposibilitaba la realización de identificaciones, cacheos o controles policiales que podían realizarse con consentimiento del ciudadano o sin él. En este segundo caso, el funcionario podía proceder a la realización de cualquiera de estas medidas siempre que estuviera en la creencia de que la persona afectada había podido participar en la comisión de un delito o falta de este modo, tal restricción de la libertad hasta la aparición de la LOPSC sólo podrá ser una detención y en

consecuencia, el funcionario, debía respetar en el ejercicio de esa medida las garantías del art. 17 CE. No se admitía por tanto “ninguna otra restricción en la libertad debido a la ausencia de proporcionalidad entre la negativa a la identificación tras la comisión de una infracción administrativa o (i) por cualquiera otra causa no delictiva y la privación de libertad”. La otra tesis demandaba la construcción de figuras de carácter procesal-penal sin configuración legal hasta 1992 que permitieran al funcionario restringir la libertad del ciudadano sin recurrir a las garantías constitucionales para los presuntos autores de infracciones administrativas o de cualquier ciudadano, por el simple hecho de serlo, sin que sea sospechoso de haber cometido infracción alguna. Si bien con anterioridad a la LOPSC el Ordenamiento no permitía tales actuaciones salvo en el marco de la detención y reproducidas siempre a la sospecha racional de la comisión de delitos o faltas, recoge, sin embargo, algunos supuestos que justifican algunas de estas actuaciones ilegales. Así, la consideración de lícito del “simple control policial superficial” sin indicios delictivos y sin garantías constitucionales, en la ST de la AP de Palma de Mallorca de 19, Septiembre, 1995 en base a la providencia del TC de 28 de Enero de 1991 que entiende que ser “parado” en la calle para ser identificado no puede calificarse técnicamente de detención, ya que sólo afecta a la privación provisional de libertad por la presunta comisión de un ilícito penal. Por ello se interpreta que las garantías del art. 17.3 CE no son aplicables a los controles de policía que tienen por finalidad una prueba orientativa de alcoholemia acordada sin indicios previos de infracción penal para la “comprobación por los agentes del orden público de la identificación o estado de los infractores”. En otras ocasiones el elemento relevante para calificar la licitud de la diligencia no ha sido la racionalidad de la sospecha *ex ante*, sino la confirmación *ex post* de los indicios irracionales (STS de 15 de Abril de 1993).

De manera distinta a la posición anterior, otra línea jurisprudencial entendió que eran detenciones ilegales aquellos cacheos y retenciones con fines de identificación que se practicaban sin las garantías del art. 17 CE (STS a 20 Octubre de 1987). En sentido similar, STS de 27 de Junio de 1992, STS 28 de Mayo 1993, STS 3 de Noviembre de 1992 y STS de 25 de Septiembre de 1993. El planteamiento defendido en estas sentencias no fue compartido por diversas providencias del TC (de 26 de Noviembre de 1990, de 21 de Enero de 1991 y de 28 de Enero de 1991) con origen en la interpretación del TC en materia de control de alcoholemia de la STC 1975/1985. En todas ellas se destaca que “el derecho a la libertad y como contrapartida el no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación pues aún cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los arts. 11 y 12 de la Ley 2/1986, de 13 de Marzo”. En la providencia de 28 de Enero de 1991 se manifiesta incluso que “está momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una privación de libertad ni atenta contra su derecho a la libre circulación que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir con el fin que persiguen.”.

Como ya se ha comentado, entiende PORTILLA (1997) que a partir de la STC de 18 de Noviembre de 1993, tras la LOPSC, con la presencia de resoluciones jurisprudenciales posteriores contrarias a la línea del TC, (STS de 29 de Enero de 1994, STS de 15 de Noviembre 1994) se admite generalmen-

te la retención con el fin de proceder a la identificación del presunto autor de la comisión de una infracción administrativa”, que el “proceso involutivo de resorte a las garantías a la libertad personal” se muestra en la “eliminación de la asistencia letrada” al privado de libertad, y que todo dependerá “de la más o menos extensa interpretación del concepto de sospecha”, fundada su racionalidad, tantas veces, en hechos posteriores, lo que, en todo caso, remite a la utilización policial de la categoría de “peligroso”, cuando no al “arbitrario y caprichoso deseo del policía” (ST AP de Sevilla de 16 de Febrero de 1995) de identificar a un ciudadano y/o de trasladarlo a las dependencias policiales.

4. La prisión provisional.

4.1. Características formal y material de la prisión sin condena.

El concepto “cautelar” de la prisión provisional queda expresamente conformando en el CP. El art. 34 CP establece que: “No se reputarán penas: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”. A su vez, el art. 58.1 del mismo CP prevé que “El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación de libertad fue acordada”. En los apartados 2 y 3 del mismo art. 58 CP se prevé el abono del tiempo de la prisión provisional en “causa distinta de la que se decretó [...] de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal” (art. 58.2 CP), siempre que dicha prisión provisional, sufrida en otra causa, “sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.” (art. 58.3 CP).

Con las anteriores previsiones legales, por una parte, se rechaza la confusión jurídica entre la “prisión provisional” y la “pena de prisión” pero, por otra, se reconoce lo que la prisión provisional supone materialmente de grave privación de libertad para quien la padece, equiparable a la pena de prisión, razón por la que precisamente se impone el abono del tiempo pasado en tal privación de libertad a efectos del cumplimiento de la pena. Esta identidad práctica que hace de la prisión provisional un cumplimiento anticipado de la pena de prisión, posteriormente abonado a los efectos del cumplimiento punitivo, ha sido reconocida por el TC que se refiere a la “ semejanza sustancial” entre ambos supuestos de prisión, la provisional y la impuesta por la sentencia condenatoria, afirmando que “se trata de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculcado, aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad y el alcance de la misma en uno u otro caso.” (SSTC 32/1987 128/1995).

La LECrim de 14 de Septiembre de 1882 ha sufrido numerosas modificaciones en relación a la prisión provisional, también desde la vigencia de la Constitución de 1978, siendo las últimas las procedentes de la LO 13/2003 de 24 de Octubre y de la LO 15/2003 de 25 de Noviembre. Se inscriben estas últimas reformas, cronológica y político-criminalmente, en el “paquete” de contrarreformas penales de 2003, abundando también estas modificaciones de la prisión provisional en el continuo incremento punitivo y en el protagonismo atribuido a la prisión, en este caso, de manera perversa con la potenciación de la prisión sin condena. Como se irá viendo, esta “reforma” de la prisión provisional se articula en perjuicio de las garantías a la libertad y a la seguridad personal, a la presunción de inocencia y, por tanto, a un proceso amparado por ellas. Y se ha entendido, en relación con la LO 13/2003

que “la reforma en su desarrollo concreto, es de difícil o imposible admisibilidad constitucional toda vez que ni la excepcionalidad es real, siendo la prisión provisional la única o la principal medida cautelar ni la proporcionalidad goza de respaldo legal, en tanto la privación de libertad se justifica en fines que exceden de los consustanciales a las medidas cautelares, aproximándose peligrosamente a las medidas de seguridad y a la pura y simple anticipación de la pena, en tanto se le atribuyen funciones típicas de esta última.” (ASENCIO MELLADO, 2005, 1587).

En su Exposición de Motivos la LO 13/2003 recoge la necesidad de adecuación de la prisión provisional al texto constitucional especialmente a partir de la STC 47/2000 que cuestionó la constitucionalidad de los arts. 503 y 504 de la LECrim. El recurso de amparo que dio lugar a la STC citada argumentaba que las resoluciones judiciales recurridas carecían de suficiente fundamentación para decidir la privación de libertad vulnerando los arts. 17 y 24 CE. Para analizar si se daba tal deficiencia el TC pasó a analizar si el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 503 y 504 de la LECrim era suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales y entendió que la “comparación entre los requisitos dimanantes del art. 17 de CE [...] y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos (arts. 503 y 504) permiten acordar la prisión, pone de manifiesto *prima facie* que la ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuales son los fines constitucionalmente legítimos que permitan acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución motivada”. Comprobada así por el TC “que las resoluciones impugnadas no expresaban juicio de ponderación alguno entre el derecho a la libertad personal y los fines que constitucionalmente legitiman su limitación”, como ha señalado DIAZ MARTINEZ (2004:1602), entendió que tanto las resoluciones judiciales recurridas como los arts. 503 y 504 LECrim vulneraban el art. 17 CE, por lo que el propio TC planteó la cuestión de inconstitucionalidad de dichos preceptos en base al art. 55.2 de la LO del TC.

La LO 13/2003 de 24 de Octubre modificó los arts. 502 a 511 del Capítulo III, De la prisión provisional, del Título VI, de la evitación, de la detención y de la prisión provisional, del libro II de la LECrim. A su vez, la LO 15/2003 en su Disposición Final Primera introdujo nuevas modificaciones de los arts. 503, 504, 509 y 510 de la LECrim. Antes de exponer y comentar sus contenidos en relación con los derechos fundamentales del “provisionalmente” privado de libertad en prisión, conviene unos comentarios previos a partir de esa caracterización atribuida de “provisional”. Como ha destacado ANDRÉS IBÁÑEZ (1996, 16), a pesar de su tratamiento como medida cautelar, por el que se le atribuye un carácter secundario en el proceso con un sentido instrumental para su normal desarrollo, “desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad puesto que no sólo cumple fines procesales sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata”; o, en expresión de JORGE BARREIRO (2004, 38): “los que son realmente provisionales son los datos inculpativos en los que se apoya la prisión cautelar y no ésta que se muestra definitivamente penalizadora”. Estas consideraciones remiten a una cuestión metodológica previa, e insistir en ella entiendo que permite una mejor comprensión de la nuclear contradicción que encierra el tratamiento y la aplicación de la prisión provisional, también advertida por ANDRÉS IBÁÑEZ (1996, 44): “ni el texto fundamental, ningún texto fundamental, podrá clausurar el horizonte axiológico, cerrando la puerta a la crítica del orden positivo desde una perspectiva externa, ni tampoco impedir que esta se filtre como factor de conflicto en el momento explicativo, complicándolo extraordinariamente”. En realidad, ninguna “forma”, “título” o “ficción jurídica”, ninguna formalizada o formalmente atribuida función, ni ningún uso equívoco de las palabras puede encubrir y menos hacer inexistente la materialidad prácti-

ca de la realidad humana a la que se refiere, la prisión en este caso, si bien permitirá la coexistencia de significados diversos, el que se oculta tras lo atribuido y el que se pretende con lo atribuido, con tensiones, contradicciones y recíprocas afirmaciones. En particular, en relación con la prisión provisional se ha destacado que acoge una mezcla de finalidades, unas específicas de su significado cautelar, siempre que sean necesarias y excepcionales, como la de evitar la fuga del imputado, asegurar el éxito de la instrucción e impedir la ocultación de futuros medios de prueba, y otras de naturaleza extraprocesal, como la de evitar la reiteración delictiva y disminuir las posibles sensaciones sociales de inseguridad que provocan las presuntas conductas delictivas, y que “esta mixtura de fines propiamente procesales y ajenos al proceso [...] viene a evidenciar la conflictividad y la contrariedad interna de la Institución [...] al expresar de forma diáfana la pugna entre, por un lado, los valores y derechos que ostenta el imputado como persona presuntamente inocente y, por otra, la demanda social de seguridad ante la comisión de ciertos hechos delictivos sobre los que se exige una declaración de justicia inmediata.” (JORGE BARREIRO, 2004, 38).

4.2. Presupuestos cautelares y/o punitivos para su imposición.

Entre las características “que la prisión provisional ha de cumplir en todo caso para adecuarse a los postulados de nuestra Constitución”, la Exposición de Motivos de la LO 13/2003 destaca “las que imponen mayores exigencias”, como son la excepcionalidad y la proporcionalidad. El carácter excepcional que configura la prisión provisional como un supuesto especialmente extraordinario de privación de libertad, se reconoce unido al principio de libertad y de proporcionalidad y a las exigencias limitadoras de necesidad y subsidiariedad en el art. 502 LECrim al establecer que la prisión provisional “solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria y de conformidad con los artículos siguientes y cuando no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines.” (Art. 502.2 LECrim). Sin embargo, como se irá viendo a lo largo de la exposición y comentarios al articulado, dicha caracterización fundamental “encuentra escaso refrendo en la normativa reguladora” (ASENCIO MELLADO, 2005, 1586), no llega a materializarse en la regulación de la prisión provisional, “pues tanto la reducción de plazos para acordar la medida y sus generosas excepciones como la amplitud, indeterminación y falta de idoneidad de algunos de los fines que prevé para justificarla enmagrecer notablemente el principio de excepcionalidad.” (JORGE BARREIRO, 2004, 39). Como ha señalado FARALDO (2003, I, 636; 2003, II, 116), el hecho de que “casi la cuarta parte de los internos en establecimientos penitenciarios se encuentre en espera de una sentencia definitiva es ciertamente demostrativo de que la prisión provisional es una medida cautelar excepcional en el plano teórico pero absolutamente ordinaria en la práctica cotidiana de la instrucción penal.”. En relación con el principio de proporcionalidad de la prisión provisional respecto al derecho fundamental que limita y a los fines que pretende, se reconoce al exigirse en el momento de adopción de la medida que se atienda la “repercusión que pueda tener en el imputado” (art. 502.3), considerando tanto sus circunstancias como el hecho y la pena que pudiera imponerse. Se contemplará también su efectiva vigencia a partir de la amplitud que la norma acoge para la adopción de esta medida.

Atendiendo a su regulación, el art. 503 de la LECrim recoge en su apartado 1 los requisitos necesarios para adoptar la prisión provisional, “la prisión sólo podrá decretarse cuando concurren los siguientes requisitos” que va agrupando en tres subapartados, refiriéndose el tercero a los “fines” que debe perseguir la prisión provisional. El apartado 2 del artículo 503 amplía los presupuestos al establecer que

“también podrá acordarse la prisión provisional...”, acogiendo supuestos que no exigen la concurrencia de los tres grupos de requisitos del apartado 1. El precepto contiene presupuestos de la prisión provisional que están alejados de su naturaleza cautelar respondiendo a finalidades sancionadoras penales, así como tampoco se corresponden por su amplitud a su caracterización excepcional, de modo que la regla o el derecho fundamental que la prisión provisional limita, la libertad, y junto a él el derecho fundamental a la presunción de inocencia, va siendo vulnerado ante supuestos que, como se irá viendo, van degradando la entidad de los requisitos con la consiguiente desprotección de la libertad personal.

El art. 503.1.1ª recoge las exigencias de que “conste la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviera antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso”. El segundo párrafo de este precepto remite a las “reglas especiales para la aplicación de las penas”, arts. 73 a 79 CP para el supuesto de que sean varios los hechos imputados. El requisito inicial de la existencia de hecho o hechos que presenten caracteres de delito, que dado el momento procesal remite a un juicio de mera probabilidad y no de certeza (FARALDO, 2003 I, 637; 2003 II, 117), así como el límite señalado de la pena con sus excepciones, la recogida en el art. 503 LECrim, deberán concurrir con los otros requisitos necesarios del art. 503.1 como son “que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión”.

El límite de una pena igual o superior a dos años de prisión introducido por la LO 13/2003 ha supuesto la ampliación de las posibilidades para acordar la prisión provisional en relación con la regulación anterior que lo establecía en tres años, ampliación que se incrementa a su vez con la excepción, ya indicada, del art. 503.1.1º LECrim, que permite rebajar el límite a una “pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviera antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delitos dolosos”.

Esta reducción del límite que ha supuesto la reforma, con la correlativa ampliación de las posibilidades de aplicación a partir de la mitad inferior de una pena “menos grave” (art. 33.3.a) CP), contradice los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y excepcionalidad (JORGE BARREIRO, 2004, 41) y se ha entendido “excesivamente severo” y que “generaliza irresponsablemente las posibilidades de aplicación de la medida” (LANDROVE, 2004, 1557). Aún siendo la pena de dos años excesivamente corta, lo que supone que para la prisión provisional no se requieran indicios de un delito “grave”, castigado con pena superior a cinco años (arts. 13.1 y 33.2.a) CP), la posibilidad, añadida como excepción, de adoptar la prisión provisional ante supuestos que en el caso de confirmarse su carácter delictivo conllevaran penas inferiores si el imputado tuviera “antecedentes penales no cancelados, ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso” convierte la prisión provisional en una sanción penal adelantada en base a comportamientos anteriores y sancionados, atendiéndose así al criterio de la peligrosidad construido a partir de los antecedentes como manifestación del “Derecho Penal de Autor” no de hecho que lleva a anticipar la privación de libertad (FARALDO, 2003 I, 638; 2003, II, 119). Supone instrumentalizar la prisión provisional para fines punitivos con finalidad preventivo especial y también como una manifestación autoritaria propia de la llamada prevención integración, estableciendo una presunción de incumplimiento de las obligaciones procesales como presupuesto de la medida *contra libertatem*. Conviene recordar que la pena de prisión inferior a dos años tiene su límite mínimo en tres meses de prisión y puede interpretarse que esta reducción del límite de 2 años de la pena de prisión en razón de los antecedentes penales, coincide con el incremento del recur-

so a la prisión como elemento nuclear de las contrarreformas penales realizadas durante el año 2003, que han priorizado las respuestas punitivas a la “seguridad”, y no precisamente la personal, en detrimento de la libertad, y no precisamente la personal, en detrimento de la libertad, y el incremento punitivo de delitos de escasa gravedad.

La excepción comentada al límite de la pena igual o superior a dos años en razón de los antecedentes penales no cancelados no es la única que el art. 503 LECrim contiene. En el conjunto de este precepto, el art. 503.1.3 recoge el tercer requisito necesario para la adopción de la prisión provisional consistente en que, con su adopción, se persigan determinados fines que el precepto relaciona. En la determinación de dichos fines, el legislador ha procedido a añadir tres nuevas excepciones al límite de dos años. La primera en el art. 503.1.3.º.a) cuando en relación a la finalidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso si pueden preverse riesgos de fuga se recoge que “procederá acordar por esta causa” (se refiere al riesgo de fuga), la prisión provisional de la persona imputada “cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será de aplicable el límite que respecto a la pena establece el ordinal 1º de este apartado”. En relación con esta excepción en razón de la existencia de al menos dos requisitorias en los dos años anteriores debe destacarse en este caso que la adopción de la prisión provisional no será potestativa como señala el encabezamiento del art. 503.1, “solo podrá decretarse”, sino preceptiva, “procederá acordar”, excepcionalidad acumulada de dudosa constitucionalidad como luego se comentará. La segunda excepción añadida al límite de los dos años de pena se encuentra en el art. 503.3.º.c) que recoge el fin de “Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 del Código Penal. En estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado”.

La tercera excepción se recoge en el art. 503.2 en el inciso segundo de su tercer párrafo: “No obstante el límite previsto en el ordinal 1º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos y circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el implicado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.”. Antes de comentar estos supuestos “excepcionales”, puede ya comprobarse que el “requisito” del límite de la pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años”, aún siendo un límite destacadamente bajo, como se ha insistido, recibe en el conjunto del art. 503 tales excepciones que le inhabilitan como regla general.

Comentando estos supuestos excepcionales al límite de la pena, en relación a la finalidad recogida en el art. 503.1.3.a) LECrim de “asegurar la presencia del imputado cuando pueda inferirse un riesgo de fuga”, el legislador ha establecido la imposición preceptiva de la prisión provisional si han concurrido al menos dos incomparecencias a llamamientos judiciales en los dos años anteriores. A pesar de la literalidad entiendo que el legislador no puede imponer un automatismo en la adopción de la prisión provisional pues dicho automatismo atacaría frontalmente al art. 24 CE. En este sentido, ASENCIO MELLADO (2005, 1588) ha entendido que “con seguridad los tribunales harán caso omiso de este mandato legal ya que a pesar de la voluntad expresamente manifestada por la ley de establecer una presunción legal de los órganos judiciales, respetando la Constitución, habrán de adoptar la resolución valorando en cada caso los elementos valorativos que sean precedentes”. Por tanto, más allá de la literalidad del precepto, habrá que atender todas las circunstancias del caso en particular no pudiéndose

excluir la debida ponderación judicial (JORGE BARREIRO, 2004, 45) que deberá atender asimismo, en este caso, si las incomparecencias anteriores junto con los demás elementos del hecho actual permiten motivar razonablemente la imposición excepcional de la prisión provisional ante un hecho que, en su caso, supondría una pena inferior a 2 años, en razón del riesgo de fuga del presunto autor. Así, el juicio de ponderación deberá valorar conjuntamente todos los elementos recogidos en el párrafo segundo del art. 503.1.3º.a), la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pueda imponerse, la situación personal del imputado y sus ámbitos familiar, laboral y económico, así como la inminencia del juicio oral, relativizándose en relación con la finalidad pretendida, la evitación de una posible fuga, y en razón de la excepcionalidad que supone la privación de libertad, sin pervertir la medida por razones ajenas de prevención general que a veces se alcanza de forma rutinaria y con cierto automatismo en atención a los antecedentes del presunto autor (JORGE BARREIRO, 2004, 48).

La finalidad de evitar nuevos delitos como requisito para la adopción de la prisión provisional se encuentra, por una parte en el art. 503.1.3º.c), cuando el riesgo de comisión puede recaer sobre bienes en la propia víctima del delito que se instruye, haciendo una especial mención a las del art. 173.2 CP, esto es las víctimas de la llamada violencia doméstica, y por otra en el art. 503.2, en un apartado distinto del precepto al de los fines recogidos en el art. 503.1.3º. Esta segunda referencia de da de forma abierta o genérica, “para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos” sin que tenga ser el posible hecho delictivo con el procedimiento que se tramita. En ambos casos se establece la excepción al límite de los dos años de la pena imponible, justificándose para el segundo “cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporta la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad” (art. 503.2 LECrim). En estos casos, señala JORGE BARREIRO “se encauza la prisión provisional hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad, asimilándose a ambas al no fundamentarse sólo en el hecho de que el acusado haya aparentemente delinquido, sino también en la evitación de que cometa nuevos delitos mientras se tramita el procedimiento.” (JORGE BARREIRO, 2004, 47).

En particular, en relación con lo previsto en el art. 503.2, aunque el legislador no ha recogido ninguna diferencia más allá del “también podrá adaptarse la prisión provisional” y en distinto apartado, esta finalidad se ha manifestado que otorga a la prisión provisional el sentido de una “medida de seguridad predelictual” (FARALDO 2003 I, 642; 2003 II, 123), en lo que coincide JORGE BARREIRO pues no concurre una condena previa en la que pueda apoyarse el juicio de peligrosidad predelictual, y además se trataría de una medida de seguridad predelictual privativa de libertad, “de aislamiento en cuanto se aparta del cuerpo social al imputado sin que se le aplique tratamiento rehabilitador alguno.” (JORGE BARREIRO, 2004, 47 y 48). Por otra parte, el legislador, como han señalado DIAZ MARTINEZ y JORGE BARREIRO, no ha atendido la jurisprudencia del TC y del TEDH, que aún admitiendo como finalidad de la prisión provisional la evitación de la reiteración delictiva, su apreciación se da en un plano diferente y de manera distinta a las otras finalidades como el riesgo de fuga o la ocultación de pruebas, tal como hace el TC en SSTC 128/1995 y 22/2004 (JORGE BARREIRO, 2004, 47), o exigiendo una “naturaleza común entre el hecho delictivo presuntamente cometido y el que se pretende evitar, o que tanto uno como otro sean graves o de la misma gravedad de los que autorizan con carácter general la prisión provisional y que el imputado tenga suficiente grado de experiencia y capacidad para facilitar la repetición de los actos delictivos (Sentencias del TEDH 26, de Enero, 1993, caso W contra

Suiza; 28 Marzo, 1990, caso B contra Austria; 16 de Julio, 1971, caso Ringeisen; 10, Noviembre, 1969, caso Matznetter).” (DÍAZ MARTINEZ, 2004, T605).

A lo anterior hay que añadir la excepción al límite de los dos años de la pena a imponer atendiendo a que de los “antecedentes y demás datos y circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad” (art. 503.2 LECrim). Una vez más, la posibilidad de aplicar la prisión provisional ante hechos con penas inferiores a 2 años se sustenta en presunciones que son, a su vez, presunciones sucesivamente acumuladas, pues la de que participa, sin precisar de qué manera, en alguna forma organizada en comisiones delictivas, o que sus “actividades delictivas”, no comprobadas, las realiza con “habitualidad” tampoco probada. La aplicación de la prisión provisional en base a tales presunciones supone un adelantamiento extraordinario de la privación de libertad de imposible conciliación con su atribuida naturaleza cautelar. Con esta medida, en estas condiciones, la prisión provisional y el procedimiento penal en la que se adopta, se instrumentalizan como momentos de reafirmación punitiva autoritaria, la prisión provisional como pena adelantada, sin hecho probado ni por tanto responsabilidad, el proceso como momento de activación punitiva en base a la sospecha. Ello se integra en la legislación punitiva en base a la sospecha; ello se integra en la legislación que se está comentando, en estrategias político-criminales, en el conjunto de las últimas reformas penales que, como ya se ha apuntado, con el recurso a los “antecedentes” o a la indeterminada “habitualidad” van reforzando un derecho penal de autor construido sobre la sospecha atribuida en muchos casos a hechos no especialmente graves de población excedente. Ello, por otra parte, permite ir manteniendo e incrementando el extraordinariamente manipulable recurso a la “alarma social”, sin necesidad, ahora, de recogerlo expresamente en la norma, recurso también alimentado por la “criminalidad organizada”. La prisión provisional así instrumentalizada se pone también al servicio del clientelismo, que va más allá de las coyunturas electorales, en una estrategia de opinión de Estado *versus* “opinión pública”, que ante las dificultades de gobernabilidad o de proyectar soluciones a los problemas sociales, recurre a políticas de seguridad generadoras de inseguridad para incrementarlas sucesivamente (PEGORARO, 2004; MUÑAGORRI 2005 I y II).

La otra modalidad de la finalidad de evitación de futuros comportamientos delictivos va referida, como se ha visto, a evitar ataques a bienes jurídicos de la víctima y especialmente en relación a las personas a que se refiere el art. 173.2 CP, víctimas de la así llamada “violencia doméstica”. Esta previsión del art. 503.1.3º.c) LECrim puede ser también objeto de los comentarios anteriores. En este caso, de nuevo, se instrumentaliza la prisión provisional para finalidades político-criminales atribuidas a la pena. El objeto declarado de protección de bienes de la víctima no exige violentar la libertad del presunto agresor ante posibles ataques futuros. Como se ha señalado doctrinalmente, “no cabe duda que con respecto a la comisión de posibles delitos contra la víctima, al constar singularizados los bienes jurídicos en riesgo, sería más razonable acudir a medidas meramente restrictivas de la libertad del imputado y a la protección policial de los bienes amenazados que a la privación drástica de la libertad de aquél.” (JORGE BARREIRO, 2004, 48). Tampoco la especial referencia a las víctimas del art. 173.2 puede contemplarse al margen del contexto político-criminal de las reformas del CP del año 2003, lo que puede comprobarse a partir del hecho de que tal previsión del art. 503.1.3º.c) vino a suponer una ampliación de los supuestos de adopción de la prisión provisional en relación con la violencia doméstica tal como se había modificado unos meses la LECrim por Ley 27/2003 de 31 de Julio reguladora de la Orden de Protección a las víctimas de violencia doméstica, como ahora se verá.

La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (Ley 27/2003, de 31 de Julio) introdujo en la LECrim la previsión de conferir a “la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo” (art. 544 ter 5 LECrim). El citado apartado 1 del mismo art. 544 ter establece que el “juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que existiendo indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal resuelta una situación objetiva de riesgo para la víctima”. En relación a la referencia en el art. 544 ter 5. a “las medidas cautelares de orden [...] penal contempladoras en este artículo” el apartado 6 del referido art. 544 ter recoge que “podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal”. A su vez, el art. 544.bis LECrim recoge la posibilidad de aplicar la prisión, en los términos del art. 503, en caso de incumplimiento por el imputado de determinadas medidas cautelares, prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias, otra entidad local o comunidad autónoma, impuestas cuando sean estrictamente necesarias para la protección de las víctimas. Como puede comprobarse, la previsión recogida en el art. 503.1.3.c), artículo procedente de una reforma posterior a la que introdujo el art. 544 ter, la introducida por las LO 13/2003 de 24 de Octubre y 15/2003 de 25 de Noviembre, no requiere para la imposición de la prisión provisional ni el cumplimiento de las medidas del art. 544.bis, ni que estemos ante uno de los delitos relacionados en el art. 544 ter 1, ni que se de una situación objetiva de riesgo para la víctima, sino solamente que se imponga con la finalidad de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente si se trata de algunas a las que se refiere el art. 173.2 CP y además se podrá imponer sin el límite de los dos años de pena imponible, de manera que se “amplía indiscriminadamente, [...] en cualquier caso en el que se presuma, genéricamente, que el imputado pueda cometer un delito, de cualquier gravedad, que atente contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente si está relacionado con el imputado, aún cuando no es necesario, como tampoco lo es atender a otros criterios de los que poder deducir un peligro concreto y fundado de aumentar los efectos del delito presuntamente cometido [...] indicios suficientes que permitan concluir la capacidad del imputado para incurrir en tales conductas [...], lo que resulta incompatible con el derecho fundamental a la libertad.” (DÍAZ MARTÍNEZ, 2004, 1606). Cabe reiterar que otras previsiones no sólo no se acomodan a los criterios de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad, como se ha comentado, sino que estas últimas reformas de la prisión provisional mantienen e incrementan los criterios para la aplicación de la prisión provisional de manera desmesurada. El recurso a los criterios limitadores para su imposición, procedentes de su naturaleza cautelar, se utilizan de manera fraudulenta en la Exposición de Motivos de la LO 13/2003 de 24 de Octubre, sin que se correspondan, sino todo lo contrario, con el texto normativo en el que se atribuye a la prisión provisional funciones manifiestamente punitivas, como se ha comentado.

4.3. Duración de la prisión sin condena

Tanto la duración de la “prisión provisional” como los criterios que la permiten se recogen el art. 504 LECrim, con el presupuesto, en su apartado 1, de que “durará el tiempo imprescindible para alcanzar los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”, criterio-límite para cuya vigencia no se recogen, como se verá, las necesarias previsiones. Con dicho

precepto se desarrolla formalmente el mandato del último inciso del art. 17.4 CE, “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”, estableciéndose así límites máximos de cumplimiento de la prisión sin condena. Como podrá comprobarse, el someterse la duración a los fines anteriormente comentados que, como se ha dicho, imponen en numerosos casos una perversión del carácter cautelar de la medida, supone que este desarrollo legislativo del art. 17.4 CE, no responda al contenido esencial del propio art. 17 CE al degradar el derecho fundamental a la libertad a través de la transformación de hecho de una medida cautelar en una pena de prisión adelantada.

El art. 504 LECrim establece en los fines que se pretenden con la prisión provisional y en la gravedad de la pena imponible los criterios para su duración. Cuando tenga por objeto evitar el riesgo de fuga (art. 503.1.3º.a)) o evitar la comisión de nuevos delitos, ya sea actuando contra bienes jurídicos de la víctima (art. 503.1.3º.c), o realizando cualquier otro hecho delictivo contra cualquier otra persona (art. 503.2), la duración “no podrá exceder de un año si el delito tuviese señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años” (art. 504.2). Sin embargo, estos límites de uno o dos años podrán prorrogarse “cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos” se podrá, “en los términos previstos en el artículo 505”, por una sola vez, hasta dos años más si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad superior a tres años o hasta seis meses si la pena fuese igual o inferior a tres años. El último párrafo del art. 504.2, establece, a su vez, otro supuesto de prórroga para el caso en que fuese condenado el imputado, pudiendo, en ese caso, prorrogarse la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta cuando la sentencia hubiere sido recurrida. En este último supuesto, obviamente la pena impuesta no puede ser entendida como la pena definitiva.

Son numerosas las opiniones doctrinales que consideran excesivos los plazos en base a diversas consideraciones. Si la pena que acaba imponiéndose se sitúa en la banda inferior del marco punitivo se podría alcanzar una duración de la prisión provisional superior a la mitad de la pena definitiva, destaca JORGE BARREIRO (2005, 44), quien también destaca que con prisiones provisionales superiores a la mitad de la pena imponible se hubiera cumplido el tiempo suficiente para una calificación en tercer grado y, con más razón, cabe añadir, en segundo grado que permite en algunos supuestos, salidas externas por razones de tratamiento que se verán impedidos si de la prisión provisional se trata. El límite de cuatro años también es considerado excesivo por LANDROVE (2004, 1554) y FARALDO (2003 I, 646 y 647) que destaca, a su vez, la mayor gravedad del régimen de cumplimiento de la prisión provisional.

En todo caso, si excesivo es el plazo previsto en el art. 504, el problema se agrava cuando tal duración se vincula con la gravedad de la pena a imponer, lo que, una vez más, plantea esta medida como un cumplimiento punitivo adelantado, sin condena, sustituyendo la presunción de inocencia por una presunción de culpabilidad. En las previsiones del art. 504 LECrim se ha visto como se equiparan, de cara a la duración de la prisión provisional, tanto el “riesgo de fuga” como la “evitación de delitos” art. 504.2 en relación con art. 503.1.3º.a) y c) y 503.2 y, sin embargo, cuando la prisión provisional se acuerda para evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas en los casos en que exista, además, un peligro fundado y concreto para ello, (art. 503.1.3º.b)), esto es, una razón eminentemente cautelar, la duración no podrá superar los seis meses (art. 504.3). Como ha señalado ASENCIO MELLADO (2005, 1593 Y 1594), “una auténtica excepcionalidad que debe siempre basarse en el respeto al derecho a la presunción de inocencia exige a partir de principios que, aunque asumidos, no son compatibles con el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que, la prolongación de la prisión pro-

visional, sin razones de naturaleza procesal suficientes pero basadas en el axioma de la gravedad de la pena que justifica una privación de libertad mayor, se deslinda peligrosamente por el terreno de la anticipación de la pena.” (ASENCIO MELLADO, 2005, 1594).

4.4. La prisión sin condena incomunicada.

La adopción de la prisión provisional que, como se está viendo, desborda los criterios de excepcionalidad y proporcionalidad en relación con el derecho fundamental a la libertad y a la presunción de inocencia se podrá acordar “excepcionalmente incomunicada” (art. 509 LECrim), “para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos” (art. 509.1). Continúa el apartado 2 del mismo precepto limitando la “incomunicación [...] al tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días.” (art. 509.2 LECrim).

Puede comprobarse que las diversas causas de la “incomunicación” son coincidentes con las de la prisión provisional genérica, con o sin incomunicación, cuando sin embargo, el que la prisión provisional sea incomunicada conlleva importantes restricciones de los derechos del privado de libertad en esa situación. En primer lugar, la excepcionalidad que se le atribuye debe ser una excepcionalidad añadida a la excepcionalidad que ya supone la prisión provisional; sin embargo, las previsiones para la incomunicación no añaden requisitos a los de la prisión provisional.

La evitación de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia es coincidente a la evitación de riesgo de fuga del art. 503.1.3º.c). La ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, ya se encuentra entre las razones de la prisión provisional, y la posible comisión de nuevos hechos delictivos, de manera genérica, abierta e inconcreta, coincide con una de las finalidades de la prisión provisional, recogida en el art. 503.2. De manera que las previsiones recogidas en el art. 509 para acordar el régimen de incomunicación no recogen ninguna razón específica más allá de las genéricas de la prisión provisional cuando, sin embargo, la incomunicación conlleva un incremento de restricciones de derechos del privado de libertad, como son los previstos en el art. 527, comentados al tratar la detención incomunicada. Este precepto, puede recordarse, establece que el detenido o preso mientras se encuentre incomunicado carecerá del derecho a disponer de abogado de confianza, designándosele uno de oficio. También será privado del derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado al término de la práctica de la diligencia en que haya intervenido y tampoco tendrá derecho a que se ponga en conocimiento de familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se encuentre en cada momento. Por otra parte, el que la “incomunicación” deba derivar el tiempo “estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el párrafo anterior” (art. 509.2), tampoco supone ninguna mera exigencia añadida para poder justificar la incomunicación, dada la excepcionalidad, en todo caso, de la prisión provisional dirigida a la evitación de esos peligros sin necesidad de incomunicación. De este modo, el incremento de la privación de derechos del privado de libertad en prisión sin condena que supone la prisión provisional incomunicada que puede alcanzar los trece días, si se suma a la detención incomunicada (cinco días de detención más otros cinco de prisión preventiva, prorrogables otros tres días), carece absolutamente de específica motivación legal a pesar del incremento de privaciones de derechos que conlleva.

Además de esta primera referencia en el art. 509 LECrim a la prisión provisional incomunicada, el art. 509.2 añade que “en los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante en estos mismos casos, el juez o Tribunal que conozca la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aún después de haber sido puesto en comunicación siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciere méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días”.

El apartado 3 del art. 509 exige la motivación de la incomunicación y, en su caso, de sus prorrogas, y el art. 510.4 recoge el derecho de la persona incomunicada en prisión provisional que lo solicite “a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el juez o Tribunal competente para conocer de los hechos”.

Como se recordará, la referencia en el art. 509.2 al art. 384.bis, igual que la contemplada en el art. 520.bis para prolongar la detención preventiva de los tres días otras cuarenta y ocho, remite a los delitos cometidos por “persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”.

En estos casos, y en los casos de delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, hechos aún no demostrados, para la prisión, supuesto no recogido en el art. 520.bis para la detención preventiva, se le podrá añadir la prisión provisional incomunicada por otros cinco días más, prorrogables, a su vez, tres días, una privación de libertad incomunicada durante trece días, cinco días de detención preventiva y ocho días más en prisión provisional.

En relación con lo anterior, los comentarios realizados en el subapartado II.2 “Los derechos del detenido y su ausencia. ‘Restricciones’ y ‘suspensiones’ de los derechos del detenido. Prolongación de la detención. Incomunicación” del apartado II, “La detención preventiva”, son plenamente aplicables, si bien deben ser cumplidos al tratarse, en este momento, de la prisión provisional o prisión sin condena y no de la detención preventiva, y al poder abarcar supuestos de presunción delictiva no alcanzables por la detención preventiva prolongada e incomunicada se le sumarán las que ha merecido la prisión provisional que en el supuesto que se decreta incomunicada supone una privación extrema de los derechos del privado de libertad que puede prolongarse durante trece días. Encuentra aquí sentido la afirmación contenida en el “Informe del Relator Especial...”, tan reiteradamente citado, de que la privación de libertad incomunicada no sólo “crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura”, sino que “puede constituir una forma de trato cruel o degradante o incluso tortura”, como se ha citado al inicio de este Informe. No de otra forma puede calificarse la privación de libertad a lo largo de dieciocho días, durante los que se desbordan los límites de la excepcionalidad, desnudándose la cobertura de garantías del privado de libertad que, desgarantizado o despersonalizado, es convertido en mero objeto o instrumento de las diversas instancias estatales que sobre él intervienen, especialmente las del poder ejecutivo que dirige y controla, más allá del control judicial, el tiempo-espacio del privado de libertad en el que quien lo padece se encuentra prácticamente inerme y aislado. El criterio de “eficacia” de la investigación, convertido en criterio rector dominante en base a los objetivos de los órganos investigadores, articula el recurso punitivo de las medidas cautelares como castigo adelantado al servicio de un permanentemente ampliable objetivo investigador del Estado al que incorpora un contenido de castigo adelantado con pretensiones preventivo generales y preventivo especiales. La “razón fáctica” domina en las relaciones entre Estado y privado de libertad en una peculiar relación,

no tanto entre dos partes sujetas al derecho sino entre quien decide sobre el derecho y el *subiectus* despojado del derecho.

La prórroga o segundo plazo de cinco días ampliable a otros tres que sigue tras la prorrogada detención alcanza aquí no solo, en la previsión del art. 384.bis, a la “persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”, sino también a “otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o unas personas.” (art. 509.2). Puede recordarse, y ello también sirve para la detención preventiva prolongada e incomunicada, la expansión de los delitos de terrorismo en el ámbito legislativo y también los intentos expansivos en la intervención judicial penal de la Audiencia Nacional. En el ámbito normativo las conductas de “pertenencia”, “actuación al servicio de” y la “realización de cualquier acto de colaboración”, vienen acompañados en el CP de las realizadas por los que “sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista”, en razón de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública o la de contribuir a estos fines con conductas coactivas graves, incorporándose la figura del “terrorista individual” para la que se prescindía de la exigencia objetiva organizativa.

En el ámbito judicial, la interpretación expansiva de los tipos penales y la utilización como pena adelantada de las medidas cautelares del art. 129 CP han llevado a violentar derechos fundamentales, como el derecho a recibir información y la libertad de expresión, con el cierre de medios informativos sin condena previa, decidido en un Auto sobre “entrada y registro” y sin audiencia previa, o como el derecho de asociación, derecho constitucional reforzado al tratarse de la del asociacionismo político. Los procedimientos judiciales, en sede de Audiencia Nacional, con numerosos imputados, a modo de acusaciones expansivo-apologéticas del terrorismo, con la incorporación de la imputación de la “integración directa”, extiende la calificación de integración o colaboración a diversos ámbitos de la actividad social. Ello ha llevado a que los criterios de excepción que deben regir estas medidas excepcionales se hayan ido expandiendo y normalizando con la consecuencia de la banalización de las supresiones de los derechos fundamentales, rebajándose las exigencias del debido control judicial. La ampliación incomunicada de la prisión provisional a “otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o unas personas”, incrementa el campo de aplicación de la excepcionalidad hacia supuestos caracterizados en la previsión normativa por su imprecisión (FARALDO, 2003 I, 644, 645), pues sólo en apariencia parecen dirigidos a la “criminalidad organizada” cuando puede en ellas tratarse de dos personas o un número muy reducido que hace impensable la necesaria estructura organizativa. Con ello, sin embargo, se posibilita un mayor e impreciso incremento de la prisión provisional incomunicada, de manera que no sólo se incrementa la excepcionalidad frente a la libertad sino también frente a la seguridad jurídica.

Como ya se ha indicado, tratándose de la prisión provisional, el caso de la incomunicación no sólo se traduce en una prisión sin condena, en un adelantamiento de la pena de prisión, sino que lleva al privado de libertad a la mayor severidad penitenciaria con la privación de los derechos que se han señalado, incrementándose su indefensión, aislamiento y vulnerabilidad. Ello ha sido atendido en noviembre pasado en el Informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa que hace referencia a las cárceles, junto a la emigración y la violencia doméstica, como uno de los “sectores de riesgo” para los derechos humanos y, en particular, recomienda revisar el régimen de incomunicación de los detenidos, que puede llegar hasta los 13 días, y que el incomunicado pueda entrevistarse en privado al menos una vez con su abogado para decirle si ha sido objeto de malos tratos (*El País*, 10-11-05).

5. Exasperación punitiva y expropiación del lenguaje.

Tras las exposiciones y comentarios anteriores, puede retomarse una cuestión planteada en el apartado 2. 3. en relación a las críticas que desde los inicios de los años 80 se han venido haciendo en relación a las previsiones legales sobre los “derechos de los detenidos, sus restricciones y vaciamientos”. Después de lo expuesto entiendo que la expresión “El marco legal de la tortura” utilizada por GIMBERNAT en 1993, como se ha citado, mantiene una plena actualidad, incrementada su gravedad por el tiempo que ha pasado desde entonces durante el que no sólo no se han corregido las razones que la motivaron sino que el desarrollo del subsistema penal, tanto en el ámbito sustantivo, en el procesal penal y en el penológico, ha incrementado el desprecio a la libertad y la violencia institucional en plasmas políticas-criminales especialmente regresivas y autoritarias. Como ha señalado PORTILLA, “creer que la erradicación de la tortura y de cualesquiera actos que lesionan, vejan, o humillan al ser humano pasa por la creación de un título independiente o de un bien jurídico autónomo es un síntoma de ingenuidad nada deseable, ya que tiende a olvidar la verdadera causa de la violencia estatal — la existencia de una legitimación procesal penal que a través de la vía de la excepcionalidad posibilita la tortura-. La violencia física y psíquica ejercida, básicamente por representantes del Estado contra ciudadanos indefensos durante períodos de aislamiento-reclusión, detención, siguen siendo frecuentes [...] la existencia como se ha dicho, de una legislación que facilite la práctica de estas actuaciones violentas, las sanciones meramente simbólicas, en general, la escasa prevención general de tales comportamientos [...] favorecen la continuación de esta técnica...” (PORTILLA, 1996, 268 y 269).

El recurso a la excepción ha llevado, en opinión de FERRAJOLI (1984, 257 a 277), a tres ámbitos de “perversiones sustancialistas” del subsistema penal. La primera, inducida por la lógica del amigo/enemigo, se refiere a la configuración de la desviación punible y se expresa en una acentuada personalización del derecho penal de la emergencia que es bastante más un derecho penal de reo, o de autor, que un derecho penal de delito o del hecho. Se configura tendencialmente como un delito de *status* más que como delito de acción o de hecho identificable con pruebas referidas a la subjetividad subversiva o sustancialmente antijurídica del autor. Este modelo de una antijuridicidad sustancial, antes que formal o convencional, se corresponde con una vieja concepción autoritaria: la concepción ontológica —ética o naturalista— del delito como mal *quia peccatum* y no sólo *quia prohibitum* y la idea de que se debe castigar no por lo que se ha hecho sino por lo que se es. Paralelamente a esta distorsión subjetivista y sustancialista del delito, la segunda pervisión se encuentra en una concepción también sustancialista de la verdad procesal con la preferencia en el proceso por métodos de tipo inquisitorial. El esquema del amigo/enemigo propio de la razón de Estado opera en doble sentido. En la conformación del proceso como un momento de lucha contra la criminalidad terrorista y organizada, proceso ya no informativo sino ofensivo, y, en segundo lugar, en la alteración del objeto procesal. Si el presupuesto de la pena está formado más que por hechos delictivos por la sustancial personalidad terrorista de su autor, el proceso decae inevitablemente de la comprobación empírica de la acusación a técnica de inquisición sobre la persona. La tercera alteración sustancialista y represiva se refiere a la pena. Por una parte la pena es conminada y expiada antes de la condena bajo la forma de cárcel preventiva, confundiendo proceso y pena. Por otra parte, han venido a menos los caracteres de igualdad, abstracción, certeza y predeterminación legal, propias de la pena privativa de libertad en su modelo liberal. Cárceles especiales, regímenes especiales y diferenciados, tratamientos personalizados, clasificaciones por grados de peligrosidad han modelado hoy la pena sobre la singular personalidad del con-

denado y más frecuente del imputado: ya sea por la prioridad que han asumido las funciones correccionales de la prevención especial, ya sea, sobre todo, porque también el tratamiento penal ha estado sometido a la lógica del amigo/enemigo que busca la severidad de la pena graduada sobre el grado de irreductibilidad o arrepentimiento de cada detenido.

El comentario de Ferrajoli que se ha expuesto no sólo mantiene su vigencia en relación a la conformación actual del subsistema penal sino que ha incrementado su alcance más allá de las referencias al terrorismo o a la criminalidad organizada. Los demás Capítulos son muestra de ello, pero también numerosas reformas realizadas durante el año 2003 en el CP, la LECrim y la legislación penitenciaria española, se incardinan también en los comentarios del autor italiano, como se verá en los otros y trabajos que se presentan en este Informe, alcanzando otros ámbitos de la intervención institucional penal.

En particular, en relación con las mencionadas reformas, se han incrementado estos rasgos regresivos, inquisitoriales, tanto en el derecho penal sustantivo como en el procesal penal, el proceso-castigo en la pervisión de las medidas cautelares para negar derechos fundamentales individuales y libertades públicas, como en la pena, especialmente con el incremento en extensión y en intensidad del castigo carcelario, y en la reiteración de la prisión sin condena, la “prisión provisional” como pena anticipada. Junto a ello se han expandido los criterios de excepcionalidad punitiva a otras formas delictivas procedentes de la marginalidad y la exclusión social en una estrategia político-criminal de incremento del control punitivo en relación a formas de microcriminalidad procedentes de la población excedente, a la que se responde con la violencia punitiva complementaria a la violencia desigualitaria del sistema social. Creada la pobreza y la exclusión, éstas son presentadas como violencia latente, presente o futura, real o potencial, en el lenguaje de la seguridad, del riesgo o del peligro por tanto, en el lenguaje del miedo, con el que se construye un imaginario social alarmista de categorías o grupos de sujetos con el que, a la vez, se pretende justificar los extraordinarios controles excepcionales que tienden a desbordar los límites formales que se aplican sobre esos grupos.

Es la criminalidad de la pobreza, la de los “nuevos pobres”, los “demonios internos”, los “fantasmas amenazantes” de la sociedad de consumo seducida por el mercado, la del no integrado en los circuitos del consumo al que hay que “degradar” y “suprimir” al no alcanzar su integración al ser excluidos del mercado (BAUMAN, 2000, 113 a 117, DE GIORGI, 2005, 143 y 153. MUÑAGORRI, 2005, 1999 a 2001), sujetos extraños, ajenos, conformados por la dinámica de amigo/enemigo (EGUILUZ, 2005, 62). Es en este contexto en el que están comprendidas las previsiones legales que se han comentado respecto a determinados supuestos “excepcionales” de privación libertad y la vigencia-ausencia en ellos de los derechos fundamentales. Es en este contexto en el que la estrategia amigo/enemigo, centrada hasta hace poco alrededor del terrorismo, concentrándose alrededor de él la exasperación punitiva inquisitorial del derecho y del proceso penal así como de la prisión, con la ausencia de derechos durante la incomunicación prolongada, ha ido expandiéndose.

Una caracterización común a las tres privaciones de derechos que conlleva la incomunicación es la privación al privado de libertad e incomunicado de su propio lenguaje, también de su propio silencio, la prohibición de comunicarse, desde él, con el mundo social en que vive y la prohibición frente al callar. Se le prohíbe nombrar, designar a su abogado de confianza, se le prohíbe entrevistarse, hablar, con el abogado que se le ha designado después de las diligencias, se le prohíbe comunicar, decir, a sus familiares o personas que desee el hecho y el lugar de la detención, prohibiciones que se prolongarán en la prisión provisional sin condena, en el conjunto del tiempo incomunicado y prolongado, de tres a cinco días de detención, más cinco días aún prorrogables otros cinco, más tres finalmente de inco-

municación en prisión: dieciocho días así de aislamiento coercitivo, de violencia. El derecho a no declarar, la libre decisión a no hablar, a no contestar, tiende a desvanecerse en la prolongada e incomunicada detención.

Durante este tiempo de privación, de libertad y de otros derechos, el lenguaje del incomunicado, del exceptuado, es remitido autoritariamente al lenguaje impropio, extraño, de la ya no-persona, es desplazado al territorio de dominio de quien priva de libertad, de quien ya ha decidido sobre la exclusión de los derechos, al territorio de quien ya ha prescindido de la presunción de inocencia y afirmado la responsabilidad presumida aún sin condena, *pre-delictum* o *ultra-delictum*. El incomunicado es desplazado al lenguaje impuesto en un tiempo no ya o no sólo informativo, sino decisorio y ofensivo, como se ha comentado más arriba, tiempo ya de castigo, de inocencia pervertida en castigo por quien puede hacerlo. Dice BENJAMÍN (1999, 34) que sólo “la esfera del lenguaje” permite el entendimiento, el acuerdo, la no utilización de la violencia. Cuando el lenguaje propio es excluido, al mismo tiempo que se excluye la libertad durante un tiempo que se prorroga e incrementa, confirmando e incrementando, en cada momento, el castigo ya decidido, excepcionalmente decidido, el único lenguaje que permanece entre quien priva de libertad y el privado de ella está dominado por la violencia, ya no es el lenguaje de la comunicación, sino que es violencia, lenguaje impropio impuesto, “aplicación de la fuerza a un ser que le niega toda individualidad al aprehenderlo como elemento de cálculo.” (LEVINAS, 2001, 78, 79). El sujeto expropiado de su propio lenguaje, in-comunicado, aislado, desgarrantizado, exceptuado, es objeto, instrumento, como se ha dicho, de quien ya ha decidido, negativamente decidido, sobre su libertad y sus derechos, objeto, como se ha reiterado, de la razón instrumental, de la razón de Estado entendida como un “conjunto de técnicas cuyo objetivo es la conservación política, conservación de la autoridad y la producción de la disciplina, aseguramiento de la obediencia” (MARESCA, 2005, 99) o, como dice AGAMBEN (2000, 106), la razón de Estado, “definida sin disimulos por Botero como la noticia de los medios adecuados para fundar, conservar y ampliar el dominio sobre los pueblos”. Y todo esto sucede, también y especialmente, en el proceso penal, siendo desde el propio derecho desde donde se niega el derecho, y en el no derecho surge la violencia como una fuerza estabilizadora y conservadora del propio derecho (RESTA, 2001, 38-42).

El propio contexto prolongado en el tiempo sobre el cuerpo del privado de libertad, el cuerpo aprisionado en la privación de derechos, en ausencia de su propio lenguaje que, decía, desplaza al incomunicado al territorio y al lenguaje del dominio de quien le ha sometido al no-derecho, excluye su lenguaje y a la vez parece obligarle a la palabra, a conseguir que el laberinto inquisitorial alcance que el imputado diga su propia culpa, se convierta, al autodeclararse culpable en “verdad viviente”, como ha señalado CACCIARI. Siguiendo a Foucault, destaca CACCIARI la paradoja de que la instrucción penal es una maquina que puede producir la verdad en ausencia del acusado y aunque en estricto derecho no haya necesidad tiende necesariamente a la confesión (CACCIARI, 1982, 167).

Por lo que se ha expuesto, son numerosas las diversas manifestaciones de degradación de la libertad insitas en el propio Sistema Penal: la iniciativa policial; el automatismo de las decisiones negativas para los derechos del privado de libertad (tanto por la policía como por los órganos judiciales); la perversión del procedimiento transformado en momento de castigo; la incomunicación prolongada; la subjetivización en razón de un derecho penal de autor e inquisitorial; la puesta en práctica de un espacio-tiempo de privación especialmente autoritario; el protagonismo instrumentalizador del castigo carcelario; o la instrumentalización del privado de derechos para atender problemas de gobernabilidad política.

tica y servir al espectáculo de la política institucional. Estos rasgos, que están *dentro* del Sistema Penal, caracterizan un procedimiento inquisitorial en el que no sólo o no tanto se persiguen actos dañosos al sistema sino que se pone en discusión la propia trama lógica de la ley, su “constitución política y cultural”, como ha señalado CACCIARI (1982, 167): “Todo ello puede ir unido a las más variadas garantías formales, pero queda el hecho de que la cultura jurídica, *iusta propria principia*, no parece poder resolver estas contradicciones. En su tejido se enredan estos remolinos que periódicamente amenazan con trastornar totalmente su estructura. Lo irrefutable es que el proceso llega a reflejar simbólicamente lo irrefutable del sistema que defiende. En estos contextos, la tortura está ‘*naturalmente*’ al acecho.”.

CAPÍTULO 4

La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciara que le sirve de cobertura**I. Introducción**

Creer que la erradicación de la tortura y de cualesquiera actos que lesionan, vejan o humillan al ser humano pasa por la creación de un título independiente en el CP o de un bien jurídico autónomo es un síntoma de ingenuidad nada deseable, ya que tiende a olvidar la verdadera causa de la violencia estatal —la existencia de una legislación procesal-penal que, a través de la vía de la excepcionalidad, posibilita la tortura—. La violencia física y psíquica ejercida, básicamente, por representantes del Estado contra ciudadanos indefensos durante períodos de aislamiento —reclusión, detención— sigue siendo frecuente. La escasa formación de algunos miembros de las FCSE, la naturaleza militar de la Guardia civil, la existencia, como se ha dicho, de una legislación que facilita la práctica de estas actuaciones violentas, las sanciones meramente simbólicas y, en general, la escasa persecución judicial de tales comportamientos, como tendremos ocasión de comprobar, favorecen la continuación de esta técnica que, por otra parte, es consustancial a los estados autoritarios y generalizada en los de derecho.

Para comprender alguno de los sucesos más notables, por lamentables, que han ocurrido en nuestro país en estos últimos años —los casos Almería, Arregui, el “Nani”, Zabalza, Lasa y Zabala, el GAL, etc.—, es preciso recordar la legislación que ha hecho posible que la tortura se practicara con cierta habitualidad.

Como se ha visto en el capítulo anterior, el art. 55.2 CE permite que una LO pueda suspender los derechos del plazo de detención del art. 17.2 y la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de los apartados 2 y 3 del art. 18 CE, respecto a aquellas personas que presuntamente se hallen vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. En desarrollo de este precepto, se aprobó la LO 11/1980 de 1 de Diciembre de 1980. A su amparo, se registraron 3.205 detenciones bajo condiciones de incomunicación entre diciembre de 1980 y marzo de 1983. En 1.470 casos se amplió la detención policial hasta diez días. La mayoría de los detenidos eran sospechosos de pertenecer a Euskadi Ta Askatasuna (ETA), el diez por ciento restante eran presuntos miembros de grupos armados de derechas y más de mil eran delincuentes comunes (Amnistía Internacional, pp. 185 y ss.). Una vez derogada esta ley, se aprobó la LO 9/1984, de 26 de diciembre.

Esta última ley —también derogada— (parte de su articulado fue declarado inconstitucional por STC de 16 de Diciembre de 1987) introdujo sustanciales modificaciones en el régimen general de la detención preventiva. Cambios que afectaban fundamentalmente a dos de los derechos esenciales del detenido: el plazo de entrega a la autoridad judicial del presunto terrorista y el del período y las condiciones de incomunicación. A esto hay que sumar las excepciones que en materia de incomunicación plantea el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), esto es, que el incomunicado no

puede designar libremente al abogado, no tiene 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, tampoco tendrá derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio al término de la práctica de la diligencia en que hubieren intervenido. A todo esto hay que agregar que tanto la LECrim como la Ley de Habeas Corpus establecen la excepción consistente en que el presunto terrorista no tiene derecho al juez natural del lugar de comisión del delito, sino que tales competencias se atribuyen a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional, con base en la presunción de cierta connivencia o respaldo entre aquellos jueces y los presuntos terroristas, filosofía que, por otro lado, no representa ninguna novedad.

Todo ello ha contribuido a la delineación de un modelo de emergencia generalizado carente de las más elementales garantías. Concretamente, el plazo de entrega del detenido —se estudiará más adelante— a la autoridad judicial no puede superar las setenta y dos horas en los supuestos de detención preventiva; pues bien, cuando se trate de presuntos terroristas, la entrega podía aplazarse hasta diez días para cumplir “fines investigadores” (art. 13 de la LO 9/1984, de 26 de Diciembre).

Hoy, la situación no es mucho mejor, pues se permite aplazar la entrega del detenido hasta cinco días (art. 520.bis LECrim).⁶⁵ Esta prolongación del plazo de entrega del detenido a la autoridad judicial carece de significación procesal porque no existe necesidad de mantener la detención cuando el presunto terrorista se niega a declarar o, por el contrario, realice la declaración y firme voluntariamente el atestado. Prorrogar la duración de la detención en la estancia policial podría, sin embargo, obedecer a otros motivos distintos de los “fines investigadores”, para los que, según la LECrim, no están facultados los agentes de la autoridad. Sobre los peligros relativos —durante esa fase de privación de libertad— al desarrollo de medidas como los interrogatorios permanentes, malos tratos, torturas, etc., ARROYO ZAPATERO considera que es una consecuencia de la consagración del espacio autónomo policial y, refiriéndose específicamente a la práctica de la tortura, este autor manifiesta que “lo que a este respecto se discute no es su existencia, sino tan sólo su frecuencia y extensión, y el problema radica en que el mismo factor que determina y favorece su existencia— la autonomía del espacio policial— dificulta hasta la general posibilidad de comprobación de su realidad efectiva” (p. 207). Asimismo, GÓMEZ BENÍTEZ indica “que en este contexto legislativo, la prolongación de la detención, excluida la tortura, sólo podría explicarse como una pretensión, en todo caso, coactiva” (p. 63; también, LAMARCA PÉREZ, pp. 405 y ss).

En síntesis, estamos asistiendo, de modo flagrante, a una insostenible degradación de las garantías del proceso penal que vaticina la confirmación de un derecho procesal-penal ilegítimo. Un ejemplo de este proceso involutivo se manifiesta en la práctica de la incomunicación en aquellos supuestos en los que se presume que el detenido ha participado en delitos cometidos por bandas armadas o que se trata de un terrorista o rebelde, en estos casos se puede solicitar del juez que decreta su incomunicación, debiendo éste pronunciarse en un plazo de veinticuatro horas. En este sentido, en la STS de 22

⁶⁵ En efecto, todo detenido como presunto partícipe en algunos de los delitos de integración o relación con bandas armadas o individuos, terroristas o rebeldes, será puesto a disposición judicial en las setenta y dos horas siguientes a la detención. Pero tal detención puede prolongarse el tiempo necesario para fines investigadores hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas siempre que solicitada tal prórroga dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el juez en las veinticuatro horas siguientes.

de Mayo de 1991 se reconoce que el juez es “plenamente libre para acordar o no la incomunicación de un detenido, siempre, eso sí, que cumpla con los requisitos que la ley le impone...”.⁶⁶

Por consiguiente, la incomunicación significa aislar al detenido, preso o sentenciado ante el temor de que éste pueda interferir en las diligencias practicadas en la averiguación del delito, que pueda ponerse en contacto con otras personas sospechosas de estar implicadas en el delito que se averigua, sustraerse a la acción de la justicia, destruir pruebas o cometer nuevos delitos, entre otras razones. Con tal fin, los afectados por la medida de incomunicación no disponen ni de las medidas procesales de tratamiento ni de las garantías generales de los detenidos o presos —art. 520 y arts. 522 a 526-.

Como se observa, el modelo general de garantías se ve restringido en los supuestos en los que se produce la incomunicación, en ese estado no se puede elegir libremente abogado ya que es designado de oficio, tampoco se tiene derecho a comunicar al familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se encuentre, y, además, no puede entrevistarse con su abogado al término de la práctica de la diligencia en que hubiera intervenido —arts. 527 y 520-. (Cfr. el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece el derecho general a la libre designación. Sentencia del Tribunal Supremo — STS— de 17 de Junio de 1993. Asimismo, el TC ha declarado válida esta modalidad de “asistencia” letrada. STC 196/ de 11 de Diciembre de 1987 y 199/ de 16 de Diciembre de 1987. Ver también, SSTs de 27 de Junio de 1994, 24 de Marzo de 1995 y 26 de Abril de 1995). Además, se amplían los plazos, ya de por sí excepcionales y de difícil justificación (que pueden llegar a amparar la práctica de la tortura), sobre incomunicación al conceder al juez o Tribunal la posibilidad de acordar la detención o prisión incomunicadas hasta diez y trece días,⁶⁷ aunque, en principio, según indica el art. 509 LECrim, la incomunicación de los detenidos o presos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por regla general deba durar más de cinco días.

Ahora bien, una vez decretada la incomunicación, ésta debe llevarse a cabo sin perjuicio del derecho de defensa (art. 520.bis). Pues si bien es cierto que el art. 527 LECrim, impide al incomunicado

⁶⁶ La STC 7/2004, de 9 de Febrero de 2004, establece que “las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige (ATC 155/1999, de 14 de Junio, FJ 4). De manera que es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que permiten afirmar la ponderación judicial efectiva de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (S STC 55/1996, de 28 de Marzo 161/1997, de 2 de Octubre; 61/1998, de 17 de Marzo, y 49/1999, de 5 de Abril). Será necesario, asimismo, que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues la conexión ‘entre la causa justificativa de la limitación pretendida —la averiguación del delito— y el sujeto afectado por ésta —aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él— es un prius lógico del juicio de proporcionalidad’ (SSTC 49/1999, de 4 de Abril, FJ 8 y 166/1999, de 27 de Septiembre, FJ 8). A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que... la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que ‘el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión’ (STC 196/1987, FJ 7; ATC 155/1999, FJ 4). De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede ‘hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto’ (STC 196/1987, FJ 7 ATC 155/1999, FJ 4)”.

⁶⁷ Si bien la incomunicación no puede extenderse más allá de cinco días, cuando la acción afecte a actividades propias de la delincuencia organizada, se admite la prórroga de otros cinco días. Excepcionalmente el juez puede decretar una segunda incomunicación que no podrá ser superior a tres días. Cfr. art. 509 LECrim. Al respecto, la Human Rights Watch ha denunciado en su informe anual la violación de determinados derechos humanos por el Gobierno español al incomunicar y privarle de asistencia letrada durante más de 13 días a supuestos islamistas radicales (*El País*, 27 de enero de 2005, p. 22).

designar libremente al abogado,⁶⁸ el detenido no puede ser privado del derecho a la asistencia letrada durante el período de incomunicación, pese a las limitaciones que establecen los arts. 384 y 523 *in fine* LECrim al afirmar que “la comunicación con el abogado defensor no podrá impedírsele mientras estuviera en comunicación”, o la considerable restricción de tal derecho en el art. 527.

Del análisis de la actual legislación se desprende que la incomunicación de asistencia letrada durante ese período sería siempre inconstitucional (Circular de la Fiscalía General del Estado de 5 de Septiembre de 1983 y 17 de Enero de 1983), puesto que incluso el apartado primero del art. 55 CE, cuando establece que los derechos de los arts. 17 y 18... pueden ser suspendidos, exceptúa el apartado tercero del art. 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

La suspensión de las garantías procesales —plazo de detención, incomunicación— es, sin lugar a dudas, la fuente principal de la práctica de la tortura. Ante esta realidad, los tribunales españoles, en general, tampoco han reaccionado, ni siquiera cuando contaban con pruebas médicas, pudiendo afirmarse que la persecución y sanción de la tortura en nuestro país es una mera anécdota. Por fin, cuando se demuestra la existencia de la tortura o de los malos tratos, entonces se imponen sanciones ínfimas; bien es cierto, que en este caso la responsabilidad no es del poder judicial sino del legislativo.

Un estudio evolutivo de la doctrina jurisprudencial sobre la tortura puede ser revelador al respecto. Lo normal durante la fase 1980-1985 es encontrarse con presumibles casos de torturas sin condena. Así ocurre en la STS de 16 de Mayo de 1983 (Caso Almería), en la que ni siquiera llegó a plantearse la existencia de torturas, calificando el hecho como homicidio atenuado por la existencia de las eximentes incompletas de cumplimiento de un deber y obediencia debida. Absolutoria fue también la

⁶⁸ Respecto a la vulneración de los derechos a la defensa y a la asistencia letrada por un letrado de su libre elección, durante la incomunicación, la STS, 918/2004, de 16 de Julio de 2004, recuerda cómo la excepción de la asistencia libre de abogado para casos de terrorismo es una medida constitucional que superó el control de constitucionalidad en las SSTC 199/1987 de 16 de Diciembre, y la 196/1987 de 11 de Diciembre, STC 46/88, de 21 de Marzo y STS, 1041/97 de 4 de Julio y 532/03 de 19 de Mayo. Se expresa en el mismo sentido, la STC 7/2004, de 9 de Febrero de 2004, que establece la legitimidad constitucional del art. 527 apartado a) LECrim en la STC 196/1987, de 11 de Diciembre, estableciendo, en primer lugar, que el derecho a la asistencia letrada tiene una doble proyección constitucional, reconociendo nuestra Constitución, por una parte en el art. 17.3 CE el derecho del “‘detenido’ en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las SSTC 21/1981, de 15 de Junio y 48/1982, de 5 de Julio, y, por tanto, en relación con el ‘acusado’ o ‘imputado’” (fj 4). Por tanto, y frente a lo alegado por los recurrentes, el derecho fundamental en cuestión en el momento de la detención es el consagrado en el art. 17.3 CE y no el que corresponde al acusado en el proceso penal. De esa doble consagración constitucional hemos derivado un distinto contenido esencial del derecho en cada uno de los supuestos, sin que quepa afirmar que la confianza del detenido en el abogado que le asiste en su detención (que integra lo que hemos denominado contenido normal del derecho), forme parte del contenido esencial del derecho fundamental. “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 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 Letrado de libre designación” (STC 196/1987, de 11 de Diciembre, fj 5). No obstante, también hemos declarado que la privación de la posibilidad de libre elección de abogado y su consiguiente nombramiento imperativo de oficio, “constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen” (fj 5 de la citada STC 196/1987), concluyendo que la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones legales previstas en la Ley y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre designación de abogado, que no le impide proceder a ella una vez cesada la incomunicación, “no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada”. Del mismo modo, la STS, 1.105/1998, de 3 de Octubre de 1998 en recurso de casación núm.: 559/1998, interpreta que tal medida, debe quedar reducida a supuestos excepcionales y limitada estrictamente en cuanto a su duración temporal, por lo que tiene que alzarse en todo caso cuando la investigación haya avanzado hacia fases, en las que no sólo ya no es posible la incomunicación sino que es imprescindible la asistencia de letrado de libre elección.

sentencia de la Sección Quinta de la AP de Madrid sobre el caso ARREGUI, al estimar el Tribunal que todo lo relativo a los interrogatorios y custodia estaba envuelto en una nebulosa.

A partir de 1985 comienza a sancionarse, en mayor medida, este tipo de prácticas (STS de 19 de Junio de 1985, la Sentencia de la Sección Cuarta de la AP de Madrid de 3 de Septiembre de 1988 y, posteriormente, la STS de 25 de Junio de 1990), condenan a varios policías implicados en lo que se denominó “mafia policial” por los delitos de falsedad, torturas en la persona de Santiago Corella “El Nani”, detención ilegal con desaparición forzada, tres delitos de detenciones ilegales simples y dos delitos de privación de los derechos cívicos.

Otra sentencia en la que se condena por tortura ha sido la STS de 23 de Abril de 1990. En la misma se explica cómo varios guardias civiles propinaron al detenido, que se encontraba incomunicado y en la fase de prórroga del plazo legal de detención, bofetadas, golpes y puñetazos en el vientre. Asimismo, en la STS de 10 de Marzo de 1992, se aprecia el delito de tortura en un supuesto en el que un funcionario de policía trató a la víctima desde el principio “desdeñosamente continuando después con golpes y bofetadas hasta llegar a arrancarle un mechón de pelos antes de esposarle...” (STS de 26 de Diciembre de 1994). Por su parte, en la STS de 5 de Junio de 1995 se relata cómo cinco de los seis detenidos fueron sometidos a condiciones vejatorias e intimidantes calificadas como torturas —brazos en alto contra la pared, sin poderlos bajar, con amenazas e insultos degradantes-, dándose golpes a dos de ellos y negándose la asistencia médica solicitada por un tercero. Recientemente, en una interesante SAP de Vizcaya de 5 de Abril de 1995, se condenó por torturas al instructor y secretario del atestado durante el cual se conectaron al detenido —al que se había aplicado la Ley de 1 de Diciembre de 1980, por la que permaneció durante ocho días incomunicado— electrodos en la espalda y en la cabeza en los tres primeros días que estuvo en la comisaría, lo que le produjo pequeñas equimosis diseminadas por el canal vertebral a la altura de la región dorsal que tardaron en curar menos de 15 días.

Resumiendo, la mayoría de supuestos que se denuncian como torturas no suelen sancionarse. Los motivos son diferentes: en unos casos, debido a la falta del elemento intencional (STS de 18 de Mayo de 1993), en otros, por la ausencia de pruebas o porque las lesiones que aparecen se consideran autolesiones o se afirma que se produjeron en el instante de la detención a causa de la resistencia que oponen los detenidos.

De esta forma, la SAP de Vizcaya de 28 de Marzo de 1994 niega la existencia de las torturas alegadas por los detenidos que, entre otras, denunciaban golpes con listín telefónico o libro en la cabeza, golpes con puños en el pecho, bolsa de plástico, flexiones, golpes en la cabeza con tubo metálico, golpes en los testículos, en la frente, en el oído, etc. Aquí se llega a reconocer la existencia de los golpes, pero se justifica como medio legal en la práctica de la detención. Concluye la sentencia advirtiendo que este tipo de denuncias obedecen a “la estrategia de imputar sistemáticamente su práctica por los efectos desmoralizadores y de desgaste que su alegación pueda provocar, tanto en los colectivos interesados como en la sociedad en general”.

Es curiosa la SAP de Vizcaya de 18 de Abril de 1995, en la que se reconoce sólo la existencia de tortura en el detenido por dos lesiones en el abdomen y pómulo derecho y equimosis en el pómulo derecho, causadas durante su detención en las dependencias de la Jefatura Superior de Policía de Bilbao. En cambio, niega que el resto de lesiones obedecieran a la actuación policial. Así, interpreta que el detenido —sospechoso de pertenecer a los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO)— (al que se aplicó la legislación antiterrorista de 1980) se autolesionó con un trozo de baldosa que partió con los dientes y no se puede demostrar ni el simulacro de ahorcamiento ni las corrien-

tes eléctricas aplicadas al cuello. En esta misma línea, la STS de 22 de Septiembre de 1995 tampoco admite la existencia de torturas porque no se puede comprobar la comisión de alguna de las infracciones, ni el interrogatorio intimidatorio o violentamente contrario a la voluntad de la supuesta víctima. Se insiste en que no se puede condenar al tener dudas sobre el momento en el que se producen las lesiones —fractura de la costilla y dedos marcados—, si fue durante el interrogatorio o en el desarrollo de la detención. Además, no confía en la declaración de los testigos ni en los informes médicos al no ser coincidentes (en el mismo sentido, la SAP de Granada de 6 de Abril de 1995, que niega la existencia de torturas debido a que “concurren y existen motivos y causas suficientes para albergar serias y fundadas dudas sobre la credibilidad de aquellos testigos y sobre la verosimilitud de los hechos; también, STS de 17 de Abril de 1996).

2. Análisis de la legislación internacional sobre torturas y otros tratos inhumanos y degradantes.

Completando cuanto se vio en el Capítulo 1 del presente Informe, cabe señalar que el legislador español suele remitirse a esta legislación para complementar el contenido de los delitos sobre torturas y otros tratos inhumanos y degradantes. Además, hay que tener en cuenta que el art. 10.2 CE establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España”. Sin duda, es de gran interés conocer cuál es la interpretación que realiza la legislación internacional, si es que lo hace, sobre tal concepto y cuál es el contenido que otorga a la tortura y a los tratos inhumanos y degradantes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el art. 5 señala que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. De un modo similar, se expresan el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 3 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales, y el art. 5.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que añade como novedad que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. También se pronuncia al respecto el art. 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ya citado.

Posteriormente, el 9 de noviembre de 1975, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta, por resolución R/3452 (XXX), la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. En su art. 1 se dice: “1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionadamente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. 2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 por su Resolución A/39/46 (en vigor desde el 26 de junio de 1987), en su art. 1, interpreta por tortura “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá

por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Finalmente, en la esfera regional, existen dos convenciones específicas contra la tortura: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985, y el Convenio Europeo para la Prevención de la tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 26 de noviembre de 1987. En este estudio nos interesa sobremanera el art. 2 de la Convención Interamericana que dice “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”. “No están comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

3. Legislación penal sobre torturas, tratos inhumanos y rigor innecesario

3.1. El delito de tortura cometida por funcionario público. Artículo 174 cp

Art. 174:

1. “Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.
2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

3.2. Otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos (tratos inhumanos)

Art. 175: “La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años”.

3.3. Delito de omisión de los funcionarios con relación a la práctica por terceros de torturas y otros actos contra la integridad moral. Art. 176 cp

Art. 176: “Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”.

3.4. El delito de trato degradante. Artículo 173 cp.

Art. 173. 1.º “El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

3.5 Regla concursal

Art. 177 CP: “Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley”.

El Título VII del CP contiene algunos de los delitos que afectan a la integridad moral de las personas. Allí aparecen los delitos de tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes que difieren entre sí en función de criterios basados en la cualidad del sujeto activo, finalidad perseguida o gravedad de los comportamientos. De acuerdo con esos principios, el legislador distingue entre el delito de tortura cometido por autoridad o funcionario público (art. 174); otros atentados a la integridad moral diferentes al delito de tortura (tratos inhumanos) cometidos por autoridad o funcionarios públicos (art. 175); la infracción del deber de garante de la autoridad o funcionario que no impide la práctica de las torturas y otros actos contra la integridad moral (art. 176) y, finalmente, el delito de trato degradante cometido por particulares (art. 173).

De todas las figuras delictivas mencionadas, sólo el delito de tortura aparecía en el CP anterior integrado en el Título II, relativo a la Seguridad interior del Estado, como un delito cometido por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Ahora, de ser un delito contra el Estado ha pasado a convertirse en una más de las infracciones contra la integridad moral del Título VII, ubicada entre otros Títulos que protegen bienes jurídicos de carácter personal, como los delitos contra la libertad y los delitos contra la libertad sexual. Como puede observarse, el CP de 1995 ha modificado sustancialmente la estructura de estos delitos, creando un bien jurídico autó-

nomo —integridad moral-, y sancionando por vez primera, como delitos específicos, los tratos inhumanos y degradantes. En efecto, el espacio que ahora cubren estos tipos penales antes era ocupado por los delitos o faltas de lesiones, los ataques a la libertad de decisión, libertad sexual, injurias, vejaciones, etc., pudiendo llegarse a sanciones de carácter meramente simbólico. No debe olvidarse que quizá ese haya sido el motivo determinante para configurar estos delitos de forma autónoma.

Resulta evidente que el legislador ha deseado que la integridad moral tenga una expresa protección como categoría autónoma y, pese a su extrema imprecisión, que se convierta en la clave para aglutinar todos aquellos comportamientos que la vulneran.

Como ya he insinuado, no es nada fácil llegar a una concreción del significado de la “integridad moral”; en un intento de aproximación a tal concepto, la CE nos sirve de poca ayuda ya que el art. 15, aunque lo recoge al indicar que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]”, no llega a sintetizar el contenido de tal derecho.

Bien es cierto que la jurisprudencia del TC pretende suplir esa laguna perfilando tal concepto, al subrayar que el art. 15 CE garantiza “el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (STC 120/1990, de 27 de Junio). Algún constitucionalista, siguiendo la pauta marcada por este Tribunal, definió la integridad moral como “el derecho de la persona a no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos” (GARCÍA MORILLO, p. 144). Ahora bien, este último planteamiento —que deja sin concretar el concepto— puede desembocar, además, en la confusión de identificar el derecho a la “integridad moral” con los derechos de la libertad de formación de la voluntad.

No obstante, pese a la carencia anunciada, la tesis que identifica el derecho a la inviolabilidad de la persona con el concepto de integridad moral, se ha reproducido en diversas sentencias (STC 137/1990, de 19 de Julio (FJ núm. 6). Sorprendentemente, desde ese punto de partida, en esta última sentencia se estimó, contradiciéndose, que no se atentaba contra la inviolabilidad personal y, por ende, a la integridad moral de unos reclusos de los GRAPO —en huelga de hambre— a los que se alimentó forzosamente, pues entendió que hay que cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un Centro Penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y su salud aunque sea contra su voluntad.

Del mismo modo, olvidando el concepto de inviolabilidad personal que deriva de la integridad moral, en otra sentencia se afirmó que la orden de un funcionario de prisiones obligando a un recluso a desnudarse completamente ante aquél y a realizar flexiones durante el registro que le fue efectuado después de una comunicación especial, “ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el artículo 15 CE” (STC núm. 57/1994, de 28 de Febrero, FJ núm. 4B). Sin embargo, se afirma que tal medida, si bien no vulnera la integridad moral, no es conforme con el derecho a la intimidad personal contenido en el art. 18.1 CE en atención a los medios utilizados para su práctica, puesto que no se acreditó que existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptarlas (Ibíd. FJ núms. 6 y 7).

Como puede verse, ese primer intento de la jurisprudencia constitucional de definir la integridad moral como inviolabilidad personal resultaba insuficiente ya que seguía siendo un término demasiado ambiguo. Esto explica que el Tribunal Supremo haya intentado definirlo más precisamente: en esa dirección, apoyándose en el art. 15 CE, se concibe la integridad moral como “un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto” (STS de 3 de Octubre de 2001). En coherencia con un bien jurídico derivado de la dignidad humana en la citada sentencia se sanciona a unos funcionarios por obligar a la víctima, —colocando la pistola, previamente montada, en su nuca— a exhibirse sin pantalones, en presencia de otras personas. Asimismo, otras sentencias (STS de 20 de Julio de 2004; STS de 6 de Abril de 2000, STS 819/2002, de 8 de Mayo de 2002) se decantan por vincular el concepto de integridad moral con todas las facetas de la personalidad, como la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano. Se llega a afirmar que la integridad moral es una categoría conceptual propia, un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, integridad física, libertad, etc., sin que quepa confundir la integridad moral con el derecho fundamental a la misma (STS de 2 de Noviembre de 2004). Sin duda, esta reciente línea jurisprudencial parece asumir el concepto de integridad moral sustentado en el art. 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos cuando dice: “toda persona tiene derecho a la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su *status* jurídico. Todas las formas de explotación y degradación del hombre especialmente la esclavitud, el tráfico de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante serán prohibidos”.

De lo expuesto se desprende que el debate sobre el bien jurídico “integridad moral” difiere, en consecuencia, del que se mantuvo con relación al delito de torturas en el CP de 1973. Recuérdese la ubicación de la tortura como un delito contra la seguridad interior del Estado, en la sección dedicada a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes. En aquel momento, debido a su asiento como delito contra el Estado, la doctrina se debatía en torno a diferentes alternativas relativas al bien jurídico: para un sector doctrinal, eran las garantías constitucionales reconocidas al privado de libertad (BUSTOS RAMÍREZ, J, p. 487); para otros era “la propia existencia y consistencia del Estado de derecho” (QUERALT, J, p. 776); en otros casos se hacía hincapié en el abuso de poder de los funcionarios respecto a los particulares lo que supone “para todo el cuerpo social la frustración de su expectativa de que aquéllos que están a su servicio se comporten de acuerdo con la legalidad constitucional vigente” (MAQUEDA ABREU, p. 450). Sin embargo, ya en aquella época surgieron opiniones divergentes que acentuaban, no tanto el prevalimiento de la función pública y la defraudación de las expectativas generales por parte de los funcionarios sino la lesión de los valores de la personalidad. En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI sugirió que el objeto de protección se centraba en “las garantías personales más básicas, reconocidas por la CE (vida, incolumidad personal, libertad), en cuanto plasmación de los valores constitucionales “humanidad” y “dignidad” (pp. 122 y ss). Más específicamente, otros autores matizaron que era la dignidad humana, que acoge en su seno valores como la libertad, la seguridad, la integridad, la salud, la idea de humanidad, la incolumidad personal, el bienestar (BARQUÍN SANZ, pp. 230 y ss; aunque posteriormente cambiaría de opinión al considerar que el bien jurídico era la integridad moral, 1999, pp. 272 y ss).

Tras la aparición del CP de 1995, la discusión difiere notablemente. La estructura de estos delitos, ubicados entre los delitos contra la libertad y los delitos contra la libertad sexual, la autonomía del Título VII —“De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”— favorecen la idea de que estamos ante un bien jurídico independiente de otros como la vida, la integridad física, la salud, libertad, el honor, etc. Sin duda, las tesis que abogan por la autonomía del bien tutelado se ven reforzadas, por la inclusión en el art. 177 de una regla concursal que permite la sanción por separado cuando, además del ataque a la integridad moral, se produce la lesión de otros bienes jurídicos como la integridad física o psíquica, el honor u otros bienes de carácter personal, etc. (RODRIGUEZ MESA, pp. 144-145).

Asumida la emancipación del bien jurídico, ahora la discusión se centra, como vimos al inicio de este epígrafe, en especificar el contenido del concepto “integridad moral”. También a día de hoy hay tesis para todos los gustos: desde los que interpretan, siguiendo la estela inicial del TC, que el valor tutelado es la inviolabilidad de la persona concebida como el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre, siendo, en definitiva, la indemnidad personal y su incolumidad el bien jurídico protegido (CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, pp.894-895; también, GARCÍA ARÁN/LÓPEZ GARRIDO, p. 105); otras, admitiendo que se trata de un derecho autónomo e independiente, lo plantean como una manifestación de los aspectos esenciales de la dignidad humana y lo circunscriben al sustrato material de la inviolabilidad del espíritu (PÉREZ MACHÍO, p. 162); mientras, en la dirección que vincula integridad moral y dignidad, otros autores sustentan que, aunque es un concepto directamente relacionado con la dignidad humana que se distingue de ésta al disponer de un ámbito material, es un concepto que hay que delimitar desde la idea de personalidad (VARGAS REBOLLO, pp. 230-240); finalmente, desde la defensa de la autonomía, se ha llegado incluso a definir el bien jurídico como el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos, humillaciones vejatorias o envilecedoras (MUÑOZ SÁNCHEZ, p. 50).

En conclusión, del análisis del art. 15 CE, de la jurisprudencia del TC y de los debates parlamentarios, puede desprenderse que el concepto de “integridad moral” siempre está vinculado a la “integridad psíquica” y a la “salud física y mental” en el contexto de los derechos la personalidad, vinculados al sujeto por el hecho de serlo: ideología, moralidad, libertad de elección, etc. Por esta razón, no resulta admisible la reducción de la integridad moral al concepto de incolumidad, pues éste abarca sendas formas de integridad, ni al concepto de inviolabilidad personal, ya que también incluye los ataques a la integridad física. Es evidente que el legislador ha pretendido otra cosa, ha intentado crear un bien autónomo desligado de las lesiones de la integridad física y psíquica, independiente de los delitos contra la vida y la libertad, de los delitos contra el honor, de los delitos relativos a la discriminación. Desde luego, creo que lo ha conseguido, pero, eso sí, a través de la inseguridad jurídica que se deriva de una tremenda indefinición.

Tras esta primera conclusión, también puede aseverarse que el bien jurídico protegido en el delito de trato degradante (art. 173) no coincide exactamente con el de la tortura (art. 174) y los tratos inhumanos (art. 175). En efecto, mientras en el trato degradante se viola exclusivamente la integridad moral, por el contrario, en los supuestos de violencia física o psíquica, o en los casos de humillación o vejación efectuados por representantes del Estado contra ciudadanos indefensos durante períodos de aislamiento —reclusión, detención (piénsese que los derechos fundamentales pueden verse substancialmente restringidos en esos períodos de privación de libertad), no sólo se quebranta la integridad moral sino que el delito se convierte en pluriofensivo y, junto a la protección de aquel valor, se sanciona el prevalimiento del cargo del funcionario que afecta a derechos fundamentales de la persona pri-

vada de libertad (VARGAS REBOLLO, R, p. 269; aunque algunos autores restringen aún más el bien jurídico en el delito de torturas a la infracción de las garantías constitucionales y el ejercicio incorrecto de la función pública: DIAZ PITA, pp. 80 y ss; MUÑOZ CONDE, F, pp. 183 y 184; PÉREZ ALONSO, p. 169.). El motivo de la especial agravación está condicionado por la defraudación de las expectativas generadas por funcionarios públicos que tienen el deber de velar por la seguridad e integridad de las personas custodiadas y que, lejos de cumplir con ese mandato legal, se sirven del cargo para transgredir garantías esenciales del sujeto. Es innegable entonces que la víctima también puede ser humillada por un particular, pero es más grave el comportamiento del funcionario que aprovecha la situación de indefensión que le permite el escenario de privación de libertad para lograr la humillación del interno, preso o detenido. En resumen, para que el abuso de poder pueda cualificar —agravando el hecho— es imprescindible que el prevalimiento de la situación conlleve el ejercicio de los medios necesarios para infringir las garantías constitucionales del privado de libertad; por lo tanto, cuando se ejerza utilizando las ventajas que el cargo le ofrece.

Al existir tres modalidades distintas de ataques a la integridad moral hay que aclarar si se trata de un delito de torturas o, por el contrario, de un delito de tratos inhumanos o degradantes.

El delito de trato degradante —art. 173— es un delito común y, en consecuencia, cualquiera puede ostentar la condición de sujeto activo —también el funcionario público—, pero no es menos cierto que sólo puede cometer esa clase de delitos el funcionario público que no abuse del cargo que ostenta. Por el contrario, la exigencia de abuso de poder, de un prevalimiento por parte del funcionario, es un elemento constitutivo del delito de torturas del 174 que no se da en el trato degradante. En una dirección distinta a la expuesta en el texto, la STS de 14 de Noviembre de 2003 aplicó trato degradante del art. 173 CP a dos policías que, abusando de su cargo, obligaron a la víctima —tras negarse ésta a ser identificada— a desnudarse y hacer flexiones en dependencias policiales.

No sólo concurre esa razón (abuso de poder por parte de los funcionarios) para descartar la presencia del delito de trato degradante; además existen otras diferencias con el delito de torturas del 174 que convierten en incompatibles a ambas figuras. Unas diferencias que han sido reiteradamente expuestas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en sentencias de 25 de febrero de 1982 y 28 de enero de 1978. En opinión de este Tribunal, el trato degradante implica quizás una conducta desde la habitualidad, una conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad, aunque siempre vulneradoras de la dignidad porque suponen en todo caso una situación de menosprecio y humillación de la víctima. Por el contrario, la tortura suele suponer una conducta más intensa (SSTS de 22 de Septiembre de 1995 y de 10 de Marzo de 1992). Sin embargo, no parece que el CP español se haya decantado por esta tesis de la habitualidad o una mayor intensidad en la tortura para distinguir entre trato degradante y tortura. Ahora bien, sí opta por la valoración individual de la entidad de la humillación, aunque se trate de un acto aislado. No sólo se exige la realización de un trato degradante, sino que se produzca además una afección grave de la integridad moral (que produzca en el sujeto pasivo un sentimiento grande de humillación: MUÑOZ CONDE, F. p. 186). De esto se deduce que la práctica de un trato degradante que no afecte gravemente a la integridad moral no podrá sancionarse por el 173, sino como un delito de injurias, coacciones, discriminación, a través de la falta del art. 620.2, etc., a diferencia del delito de torturas, que admite la posibilidad de comportamientos no graves (STS, de 8 de Mayo de 2002). Ahora bien, cómo distinguimos el delito de torturas —art. 174— del de trato inhumano —art. 175—.

El delito de tratos inhumanos del art. 175 (de otra opinión, VARGAS REBOLLO al decantarse por ubicar los tratos inhumanos en el delito de tratos degradantes del 173, p. 247; MUÑOZ CONDE, como

torturas menos graves, p. 195) recoge aquellos atentados contra la integridad moral que no sean ni torturas —art. 174— ni tratos degradantes —art. 173—. Este precepto es, como vemos, subsidiario del art. 174, esto es, se aplica siempre que se atente a la integridad moral en supuestos no previstos en el art. 174 (STS de 20 de Julio de 2004; SSTs 15 de Mayo de 2001, 16 de Abril de 2003 y 5 de Julio de 2003; SAP de Granada, núm. 30/2006 de 20 de Enero, entre otras). Por el contrario, no asumen la subordinación del art. 175 a la falta de requisitos del 174, sino que se interpreta que ostenta una naturaleza menos grave e independiente nunca residual respecto al 174 (STS de 29 de Noviembre de 2004; SAP Madrid de 24 de Noviembre de 2005).

En el delito de torturas del art. 174 no sólo se exige que se apliquen técnicas que puedan afectar a la integridad moral, sino que se lleven a cabo con determinados elementos subjetivos: la finalidad de obtener una confesión, una información o con el deseo de castigarle o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación. De esta forma se siguen los criterios enunciados en la Declaración y en la Convención de Naciones Unidas, que exigen unos fines determinados que se concretan en la intención de obtener de la víctima, o de un tercero, informaciones o confesiones, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o bien intimidar o coaccionar a la víctima o a otros (tortura oblicua). A ello hay que añadir la reforma que la Convención de Naciones Unidas introdujo en el art. 1.1, la tortura “basada en cualquier tipo de discriminación”, una finalidad que, tras la reforma del CP en 2003, ha sido asumida por el art. 174 del CP español.

En resumen, el art. 175 entrará en juego cuando el funcionario actúa por un móvil distinto al de obtener una confesión, una información o castigar a la víctima, o por cualquier razón basada en la discriminación (piénsese, por ejemplo, en un funcionario sádico que, con el único objetivo de divertirse, atenta contra la integridad moral del detenido sin otro fin que la misma vejación o denigración —“tortura gratuita”—). Esto es, los tratos inhumanos, crueles o degradantes, no exigen la presencia de un elemento subjetivo. Por tanto, en el supuesto de que no existan o no puedan demostrarse esas intenciones (por ejemplo, el sujeto sólo quiere vengarse), el hecho no merecería la calificación de tortura del art. 174 sino que se sancionaría a través del art. 175, que no exige tal finalidad, y, en consecuencia, el hecho quedaría castigado con una pena inferior (STS de 18 de Mayo de 1993). Es más, a veces, el TS admite la concurrencia del elemento teleológico o tendencioso —ánimo de castigo— de la misma estructura de los hechos (STS 1391, de 26 de Noviembre de 2004, FJ sexto). Esto nos conduce necesariamente a la confirmación de la presencia de un delito de torturas y no de tratos inhumanos o degradantes.

Por cierto, no parece comprensible que la ausencia de estos elementos subjetivos en el delito del art. 175 pueda justificar una disminución de la pena tan apreciable como la que se opera en este precepto respecto al delito de tortura (MORENO LÓPEZ, p. 242). En alguna sentencia se ha llegado a restringir la aplicación del 175 sólo a los supuestos en los que —con finalidades distintas al 174— se produzca una conducta arbitraria de agresión —siempre que no cause lesión— que provoque la humillación de la víctima (STS de 2 de Noviembre de 2004, SAP Cádiz de 23 de Junio de 2003).

Como ya se ha expuesto, el delito de torturas se encuentra regulado en el art. 174 y se trata de un delito especial en el que exclusivamente pueden ser sujetos activos la autoridad o los funcionarios públicos de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores.

En la descripción de la conducta típica del delito de torturas el legislador se ha inspirado en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que recoge la conducta consistente en infligir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.

No obstante, el legislador español ha intentado, sin conseguirlo, concretar más los medios a través de los cuales se puede provocar el sufrimiento. Así, se sanciona como conducta típica el someter a una persona a condiciones o procedimientos que en función de diversos elementos —naturaleza, duración y, por analogía, cualquier otra circunstancia— pueda atentar contra su integridad moral. Pueden incluirse, en este apartado, los simulacros de ejecución, los interrogatorios que por su duración o intensidad provoquen en el detenido cansancio y desesperación, las técnicas de privación de sueño, de la visión, de higiene, las amenazas contra él o terceros —familiares, amigos—, el obligar al detenido a desnudarse, a masturbarse públicamente, etc.

El concepto de integridad moral aparece definido parcialmente en el texto de este artículo al especificarse como infracciones del mismo los sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, finalizando con la cláusula analógica “o que de cualquier otro modo atenten a la integridad moral”.

Se trata, por otra parte, de un delito de resultado ya que se hace depender la punición de la existencia del sufrimiento y, además, la mayor o menor gravedad de la pena también está condicionada por la gravedad del atentado. Se pierde, de este modo, una gran oportunidad pues se podía haber hecho depender la sanción exclusivamente del desvalor de la acción, es decir, de la utilización de métodos que pueden afectar a la integridad moral del privado de libertad sin condicionarse a la existencia o no de un sufrimiento efectivo, bastaría entonces con demostrar que el funcionario ha empleado una técnica que genere un peligro concreto para la integridad moral de la persona privada de libertad (STS de 5 de Junio de 1995).

En consecuencia, el legislador no ha seguido los criterios de la Convención Interamericana, que elimina el requisito de la gravedad en los sufrimientos provocados e incluso la necesidad de la existencia del sufrimiento mismo, bastando que el acto suponga la aplicación de un método que tienda a —aunque no lo consiga— anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la víctima. Por el contrario, ha emulado al resto de declaraciones internacionales, más estrictas, que regulan la tortura como la modalidad más grave de los atentados contra la integridad física y moral del ciudadano (STC 120/1990, de 27 de Junio) que, en relación con la “tortura” y los “tratos inhumanos o degradantes”, manifiesta que se trata de “nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (STC 137/1990 de 19 de Julio y STC de 28 de Febrero de 1994).

De esta manera, se convierte en una exigencia de estos textos internacionales la necesidad de la existencia de un sufrimiento físico o psíquico en la víctima para que un acto sea calificado como tortura, o como trato o pena cruel, inhumana o degradante. Además, es el nivel de gravedad del sufrimiento de la víctima el criterio utilizado para distinguir entre tales comportamientos, siendo, en una escala figurada, la tortura el comportamiento más grave y los tratos degradantes los más leves. En esa tarea de distinción de comportamientos, la Comisión Europea de Derechos Humanos mantuvo que debía distinguirse entre los actos prohibidos por el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y ciertas “brutalidades” consideradas “normales”, como las “bofetadas” o “golpes dados con la mano sobre la cabeza o la cara” (CEDH, *Première Affaire Grecque* —Rc 3321, 3322, 3323, 3344/67 du Danemark, de la Norvège, de la suède et des Pays Bas contre la Grèce—, *Annuaire de la C.E.D.H.*, 1969, Vol. 12, p. 186). Esta postura también ha sido defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso “Irlanda contra Reino Unido” de 18 de enero de 1978 (A.P. núm. 23. 1987, pp.

1099 y ss), que no consideró la existencia de torturas en un supuesto en el que se aplicaron a los detenidos cinco técnicas que los obligaban a mantenerse de pie contra la pared durante algunas horas en una postura de tensión (el peso del cuerpo descansando sobre los dedos apoyados sobre la cabeza en el muro, los miembros inferiores muy separados y los pies hacia atrás, cabeza encapuchada con un saco excepto en los interrogatorios, sometimiento a ruidos constantes consistentes en un silbido fortísimo, privación del sueño y privación parcial de alimentos sólidos y líquidos). Frente a la valoración defendida por la Comisión, que aquí había calificado dichas prácticas como una técnica de tortura, aprecia el Tribunal en los hechos invocados la existencia de tratos inhumanos o degradantes, pero no de tortura, diferenciándose ambos conceptos en que en esta última conlleva un mayor grado de sufrimiento. En un sentido similar, aunque esta vez en relación a los tratos inhumanos o degradantes, se manifiesta el TC español (STC 120/1990 de 27 de Junio) cuando, a propósito del ámbito carcelario, afirma que para apreciar la existencia de estos comportamientos es necesario que “éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la condena” (S STC 65/1986; 137/1990, de 19 de Julio).

Respecto al apartado segundo del art. 174 entiendo que este precepto debe reunir los mismos elementos subjetivos y objetivos requeridos por el apartado primero (VARGAS REBOLLO, R, p. 276; MUÑOZ SÁNCHEZ, J, p. 163; TAMARIT SUMALLA, J., p. 917).

Ahora bien, el art. 174 prevé dos supuestos de tortura en función del grado de gravedad del atentado: la tortura grave y la que no lo es (en este último supuesto, VARGAS REBOLLO considera que uno de los posibles resultados, las vejaciones injustas de carácter leve, no son punibles salvo que dieran lugar a un atentado a la integridad moral del 175, p. 272). De esa forma, la tortura grave se sanciona con la pena de prisión de dos a seis años y, la que no es grave, con una pena de prisión de uno a tres años. Serán los jueces los que, en función de determinadas circunstancias, valoren la gravedad de la tortura. En ambos casos se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

Antes de tomar una decisión sobre la gravedad del comportamiento hay que recordar los criterios que sirven para evaluar la gravedad del sufrimiento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ese ámbito, la gravedad depende de un conjunto de circunstancias, en concreto, de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, edad, estado de salud de la víctima, etc. De las sentencias analizadas se desprende que suele identificarse gravedad e intensidad —Sentencias del TEDH de 25 Abril de 1978 (Asunto Tyrer), 25 de Febrero de 1982 (Asunto Campbell y Cosans), 7 de Julio de 1989 (Asunto Soering), 20 de marzo de 1991 (Asunto Cruz Varas)-. Es decir, se valora la repercusión en la víctima del método utilizado, no la acción en sí misma. De este modo, en el caso Campbell y Cosans, el Tribunal niega la existencia de torturas y de tratos degradantes en un supuesto en el que “no se ha demostrado que los alumnos de una escuela en la que se emplean castigos corporales sean, debido al mero peligro de que se les impongan, humillados o envilecidos a los ojos de los demás hasta el grado exigido o cualquier otro”. Asimismo, la Sentencia del TC de 28 de Febrero de 1994, expone que “para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso” (FJ 3.B).

En la gradación del atentado también podemos utilizar, sólo a efectos comparativos, cómo se ha determinado la gravedad en los casos de atentado a la integridad moral del art. 175. En esos supuestos, el Tribunal Supremo ha graduado la gravedad del atentado en función de criterios como la dura-

ción de la detención, la exhibición de una pistola, las vejaciones sufridas en el interior del vehículo en el que se traslada el detenido a comisaría, etc. (STS de 20 de Julio de 2004). De ese modo, se ha considerado como un ataque a la integridad moral no grave el hecho de golpear en la espalda y tirar del pelo al detenido cuando éste se encontraba esposado (STS, 2004 de 29 de Noviembre); u obligar a un detenido a realizar flexiones desnudo (SAP de Barcelona, 27 de Octubre de 1999). Sin embargo, el mismo comportamiento —el detenido se vio forzado a ejecutar flexiones desnudo sobre el suelo— fue considerado un trato degradante del 173 pese a que los funcionarios actuaron en el ejercicio de sus funciones en el interior de la comisaría (SAP de Guipúzcoa de 23 de Abril de 2001). La AP de Madrid llega a afirmar que sería grave en los supuestos de violencia física contra el detenido y no grave cuando la vejación fuese moral o verbal (SAP Madrid, 28 de Junio de 2001).

Por otra parte, hay que recordar la regla concursal del art. 177, que impide la aplicación normal de las reglas generales del concurso de delitos. Por esta razón, cuando la agresión constituya dos o más infracciones (afección de la integridad moral y lesiones, en el que también podrían incluirse las amenazas pues la referencia al concepto de bienes por el 177 debe abarcar a bienes personales y, en este caso, los ataques a la libertad afectaría a bienes personalísimos: VARGAS REBOLLO, p. 296; MUÑOZ SÁNCHEZ, p. 202) habrá que recurrir al concurso real de delitos (aunque no puede descartarse el ideal: MUÑOZ SÁNCHEZ, p. 202). Este precepto, al sancionar de forma separada el atentado a la integridad moral y otros resultados, intenta otorgar valor autónomo a los delitos contra la integridad moral.

Finalmente, el art. 176 prevé un supuesto de comisión por omisión en el que expresa la infracción del deber de garante que corresponde a la autoridad y a los funcionarios que tienen bajo su custodia al detenido o preso. Esta función de garante derivaba del Decreto de 17 de Julio de 1975 que aprobó el Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa que, en su art. 186, declara que los funcionarios son responsables de la buena realización de los servicios a su cargo. En la actualidad, el art. 5.3.b) de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSE), impone a los funcionarios el deber de velar por la vida, integridad y salud de las personas que están detenidas o bajo su custodia y respetar su honor y dignidad. Por su parte, el art. 4.2.a) del Reglamento Penitenciario, 190/1996, de 9 de Febrero, establece el derecho del interno a que la Administración vele por sus vidas, integridad, salud, sin que pueda ser sometido a torturas, malos tratos —palabra u obra— o rigor innecesario. Asimismo, en tales preceptos se contempla el deber de impedir cualquier práctica abusiva que entrañe violencia física o moral. Por esta razón, suele sancionarse a las personas que, faltando a los deberes del cargo, permitan dolosamente a otras identificadas o no, la ejecución de esos hechos. Se trata de sancionar a aquellas personas que tienen función de garantes basada en la obligación de conocer lo que sucede en la investigación y de impedir cualquier vulneración de los derechos fundamentales reconocidos legalmente (SAP de Madrid, 2001, de 28 de Junio, en la que se aplica el art. 176 a dos funcionarios de policía que no evitan el maltrato al que era sometido uno de los detenidos por parte de un compañero). Frente a esta tesis se opone una línea jurisprudencial que para aplicar la cláusula del 176 exige la existencia de una cierta supremacía, es decir que el que omite el comportamiento sea un superior jerárquico respecto a un subordinado (STS de 16 de Abril de 2003, FJ Quinto). Argumento que se sustenta básicamente en el término “permitiere” que, según la sentencia citada denota una posición implícita de superioridad y no de mera omisión. En mi opinión, por el contrario, la posición de garante no depende de la jerarquía ostentada sino que surge para todos aquellos funcionarios que tienen bajo su tutela a un detenido, interno o preso, sea cual sea su cualificación y posición jerárquica siempre que su intervención pudiera evitar o cuando menos dificultar la producción del resultado

(en la dirección del texto, VARGAS REBOLLO, p.290; MUÑOZ SÁNCHEZ, p. 178). En caso contrario hablaríamos de la responsabilidad por delitos de omisión propia (en el mismo sentido, SAP de Granada, núm. 30/2006 de 20 de Enero).

3.6. El delito de rigor innecesario contra reclusos o internos.

Art. 533. “El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

La persona que ha sido privada de libertad en centros penitenciarios o de menores sólo debe ver limitados aquellos derechos que la Constitución y legislación que la desarrolla prevén, sin que quepa una reducción de tales garantías añadida ilícitamente a la establecida por la Ley.

Con este precepto se pretende garantizar la protección de los internos en esos centros frente a la realización de comportamientos comisivos u omisivos ilícitos efectuados por los que, en ese momento, son garantes de su vida, salud e integridad. Se sanciona la realización de conductas o la omisión de prestaciones llevadas a cabo sin respetar el procedimiento garantístico, sancionador disciplinario previsto en la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre ni en el RP aprobado por RD 190/1996, de 9 de Febrero. Se pretende, en resumen, que los encargados de la custodia de las citadas personas respeten escrupulosamente el mandato constitucional del art. 25.2 CE al establecer que “[...] El condenado a pena de prisión que estuviese 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 todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad...”. Asimismo, los funcionarios deben respetar el sistema de garantías y el disciplinario establecido en la Ley y el Reglamento penitenciario sin que puedan excederse en la omisión o aplicación de medidas —privaciones, sanciones o uso de rigor innecesario— no previstas legalmente.

El bien jurídico protegido es el conjunto de garantías constitucionales del privado de libertad que posibilita la reintegración social efectiva de éste en el marco de un absoluto respeto a su vida, integridad, libertad y dignidad. Al ser, estos últimos, valores tutelados en otros tipos del CP, el precepto que comentamos entrará siempre en concurso con tales infracciones (SSTS de 5 de Julio de 1985; 5 de Noviembre de 1990).

La conducta que se sanciona puede consistir en la aplicación de sanciones no reglamentarias, la privación de un bien al que el interno tenga derecho —impedir utilizar o ejercer los derechos y facultades de los reclusos— o la utilización de medidas coactivas no previstas en otros preceptos del CP que signifiquen un exceso ilícito en la aplicación del Régimen penitenciario (el empleo de una dureza desproporcionada con la citada normativa). Pero creo que el problema radica, no tanto en los excesos que permitirían la aplicación de los correspondientes tipos penales, sino en el “rigor necesario”, es decir, en la legalización de privaciones de ciertos derechos fundamentales de los internos con la excusa del mantenimiento del buen orden del centro. Con arreglo a ese criterio, parece realmente excesivo imponer sanciones de aislamiento por atentar contra la decencia pública. De hecho, con el régimen de sanciones existentes en la actualidad, no se está cumpliendo con el mandato del TC que exige que el aislamiento sea una medida excepcional pues afecta al derecho a la libertad proclamado en el art. 17 CE

(Cfr. SSTC 74/1985, 297/1993, 97/ 1995, 129/1995, 195/1995, 119/1996). En esta última sentencia se afirma que, “en el aislamiento prolongado se suprimen de modo evidente otras manifestaciones remanentes de la citada libertad: el penado sometido a un régimen de vida regido en su casi totalidad por el aislamiento ve restringida su ya extraordinariamente limitada esfera vital a un ámbito aún más reducido” (FJ Segundo). Por esta razón, se dice, la sanción de aislamiento debe tener una cobertura legal, en caso contrario, daría lugar al delito del art. 533. Al respecto, un supuesto de aislamiento ilícito se produjo en el Establecimiento penitenciario de Logroño que aplicó una medida de aislamiento de 22 horas diarias con base en una Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 2 de Agosto de 1981 para internos clasificados en primer grado de tratamiento o preventivos.

En este sentido, el art. 42 LOGP establece que “los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley”. Cumpliendo este mandato, el Reglamento Penitenciario prevé, por la realización de faltas muy graves, sanciones que pueden consistir en el aislamiento en celda de seis a catorce días de duración siempre que se evidencie agresividad o violencia o cuando se altere de forma reiterada y grave la normal convivencia del Centro. El aislamiento puede llegar a ser de hasta siete fines de semana.⁶⁹ Por la realización de faltas graves pueden imponerse medidas de aislamiento de hasta cinco días, privación de permisos de salida por tiempo igual o inferior a dos meses, limitación de comunicaciones orales durante un mes o privación de paseos y actos recreativos desde tres días hasta un mes como máximo.⁷⁰ Por faltas leves, se puede llegar a privar de paseos y actos recreativos de hasta tres días o a amonestar al interno⁷¹ (Cfr. arts 233, 234 y 235 del Reglamento Penitenciario de 1996). La imposición de cualquier otra sanción no prevista en el Reglamento daría lugar al delito de imposición de sanciones indebidas del art. 533. De esta forma, incurre en este delito el funcionario que aísla en una celda “negra” o “ciega”, carente de luz, ventilación y sin las mínimas condiciones que exige el respeto por el ser humano (STS de 26 de Octubre de 1989).

En la STC 127/1996, de 9 de Julio, se concede el amparo en un supuesto en el que el solicitante fue sancionado a tres fines de semana de aislamiento en celda por realizar una falta grave. La falta consistió en dirigir una carta al juez de Vigilancia penitenciaria en la que se decía que “las medidas de observación no eran más que una justificación para encubrir las fechorías de la Junta Fascista del Centro”. Este escrito fue intervenido ilegalmente por el mencionado Centro. El TC, tras recordar que la justicia no se detiene en la puerta de las prisiones —STEDH, en el caso Campbell y Fell (29 de junio

⁶⁹ El artículo 108 del Reglamento Penitenciario de 1981, que subsiste en estos supuestos, establece la tipología de las faltas. Son muy graves: participar en motines, plantos o desórdenes públicos o su instigación; agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del Establecimiento; agredir a otros internos; la resistencia activa y grave al cumplimiento de las órdenes recibidas de autoridad o funcionario; intentar o consumir la evasión; inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del Establecimiento o las pertenencias de otras personas; la divulgación de noticias o datos falsos, con la intención de menoscabar la seguridad del Establecimiento; atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia.

⁷⁰ El artículo 109 del Reglamento de 1981 establece las faltas graves: calumniar; injuriar; insultar y faltar gravemente al respeto y consideración debidos a las autoridades, funcionarios, etc.; desobedecer las órdenes recibidas de autoridades o funcionarios; instigar a otros reclusos a motines, plantos o desórdenes; insultar a otros reclusos o maltratarlos de obra; inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales, etc. cuando se ocasionan por negligencia temeraria; introducir; hacer salir o poseer objetos prohibidos por las normas de régimen interno; organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar no permitidos; datos falsos con intención de menoscabo; embriaguez.

⁷¹ El artículo 110 del Reglamento de 1981 dice que son faltas leves: faltar levemente a la consideración debida a las autoridades o funcionarios; desobediencia que no altere la vida regimental, reclamaciones sin hacer uso de los cauces establecidos; hacer uso abusivo y perjudicial de objetos no prohibidos por las normas de régimen interior; causar daños por imprudencia simple; cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de deberes y obligaciones del interno, produzca alteración de la vida regimental y en la ordenada convivencia.

de 1984)— sostiene que las garantías adquieren especial relevancia en las sanciones disciplinarias impuestas porque, “es claro que la situación de sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales (Cfr. SSTC 97/1995). En el caso comentado, se considera que existió una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en los arts. 18.3 y 25.2 CE al intervenir la correspondencia del penado con el juez de Vigilancia. De este modo, al haberse obtenido la prueba sin autorización se consideró incorrecta la aplicación de la medida disciplinaria.

En definitiva, las facultades disciplinarias de la Administración penitenciaria vienen siempre limitadas por los derechos fundamentales de los internos (Cfr. STC 35/1996, de 11 de Marzo). Cualquier medida disciplinaria que vulnere tales garantías integrará el delito que se está analizando.

Sin embargo, nuestros tribunales —salvo excepciones: SSTs de 26 de Octubre de 1989, 5 de Noviembre de 1990 o de 6 de Junio de 1877, en la que se consideró que constituía este delito el hecho de obligar al alcaide de la prisión a un preso a llevar grillos en los pies, atados los brazos por detrás y con unas gallinas colgadas en los hombros— no son proclives a aplicar este precepto (SSTs de 23 de Noviembre de 1989; 31 de Enero de 1990).

Por lo que respecta al empleo de rigor innecesario, el art. 45 LOGP dispone que en el desempeño de funciones de vigilancia no pueden emplearse armas de fuego y sólo deben utilizarse medios coercitivos con el objeto de impedir actos de evasión o de violencia de los internos, para evitar daños a los internos a sí mismos, a otras personas o cosas y, finalmente, para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio del cargo. En cualquier caso, debe informarse inmediatamente al Director del Centro y éste al juez de Vigilancia Penitenciaria.

Cualquier exceso en el uso de tales medios dará lugar al delito del art. 533. No lo ha interpretado así, sin embargo, la AP de Sevilla, que, en julio de 1996, absolvió a los cinco jefes de prisiones a los que se acusaba de actuar con rigor innecesario con trece presos peligrosos en la cárcel de Sevilla II. La citada Audiencia ha interpretado acorde a derecho la aplicación durante más de un mes a estos reclusos del aislamiento provisional, esposamiento —incluso en las duchas-, retirada de las ropas, y limitación de los productos del economato y de horas de patio. Por su parte, la escandalosa por indigna y reaccionaria STS 285/1998, de 2 de marzo de 1998, en recurso de casación 2791/1996 dispuso que “el artículo 533 del Código actual, supone, de acuerdo con la Sentencia de 5 de Julio de 1985, usar con los reclusos un rigor innecesario, como lo es la dureza y severidad desproporcionada con la normativa del régimen penitenciario, por lo que es imprescindible, para poderse apreciar la figura delictiva, que ésta severidad, dureza o rigor esté en conexión con la actividad desarrollada por los reclusos, lo que significa, una vez más dentro de la proporcionalidad, que el rigor devendrá en innecesario cuando el funcionario sea consciente de que las medidas acordadas son excesivas, innecesarias, desproporcionadas e injustas por cuanto que la actividad o conducta de los reclusos, dentro de la normalidad, no las hacía precisas. Medidas que, tampoco puede olvidarse, afectaban a trece reclusos de entre una población de mil quinientos”.⁷²

⁷² El Tribunal Supremo concluye que no hubo rigor innecesario pues “usar de ‘rigor innecesario’” se refiere “a la aplicación de medidas cuya severidad no resulte necesaria para el Derecho, en relación a la proporcionalidad de los bienes jurídicos a defender antes expuesta o al respeto de las normas penitenciarias, si eso es así, repítese, no se ha consumado tal delito, porque el trágico historial reseñado justificaba las restricciones que no implicaron la ausencia de la asistencia más elemental. Las facultades que la Ley y el Reglamento conceden a los funcionarios y las obligaciones de los reclusos, en un todo para la mejor convivencia del colectivo, avalan unas decisiones en las que lo que hay que examinar es si hubo, o no, un plus agravatorio en las medidas que había necesidad de adoptar (ver Sentencia de 2 de Febrero de 1996)”.

El uso de rigor innecesario entrará en concurso con el delito que corresponda por el bien jurídico afectado —integridad, dignidad, etc.—. También puede plantearse un concurso de normas con el delito de torturas del art. 174 CP. Sin embargo, existen diferencias entre ambos preceptos —174 y 533—. En primer lugar, el elemento subjetivo del tipo que se exige en el art. 174 no se requiere en el delito del 533. Además, el delito de tortura exige la producción de un resultado que provoque el sufrimiento de la víctima, en el art. 533 se sanciona la puesta en práctica de métodos que impliquen un rigor innecesario para mantener el régimen disciplinario (STS de 5 de Julio de 1985). Finalmente, el círculo de sujetos activos del delito del art. 533 —funcionarios de prisiones y de centros de corrección— y sujetos pasivos —no cualquier privado de libertad, sino reclusos o internos— es más reducido que el del delito de tortura. No obstante, hay que reconocer la dificultad para establecer las diferencias entre ambos preceptos. Al respecto, la STC de 28 de Febrero de 1994 consideró que la orden de un funcionario de prisiones que obligó a un recluso a desnudarse completamente ante aquél y a realizar flexiones durante el registro que le fue efectuado después de una comunicación especial, “ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el artículo 15 de la Constitución española” (FJ núm. 4B). Sin embargo, se afirma que tal medida no es conforme con la garantía a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 CE en atención a los medios utilizados para su práctica puesto que no se acreditó que existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptarlas (FJ núms. 6 y 7). Al tenor de esta sentencia se trataría de un supuesto de uso de rigor innecesario y no de torturas.

4. Restricciones ilegales de la libertad y de las garantías del detenido, preso y sentenciado en el Código Penal de 1995 —art. 530—

De este último precepto sólo se analiza el incumplimiento por parte del funcionario del plazo de detención y su polémica interpretación.

La conducta típica prevista en el art. 530 consiste en acordar, practicar o prolongar tal privación de libertad, infringiendo el plazo o las demás garantías constitucionales. En relación con el plazo de la detención preventiva hay que especificar que se trata de una de las garantías del detenido reconocida por el art. 17.2 CE. Este precepto establece que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

A su vez, el art. 520.1 LECrim, dispone que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la ley y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

Si comparamos el tenor del art. 17.2 CE con el del art. 520.1 LECrim, se deduce que la única diferencia estriba en la expresión “dentro de los plazos establecidos en la presente ley”, que aparece en este último y que aumenta las dudas existentes sobre la —ya de por sí— confusa normativa referente al plazo de la detención preventiva.

La cuestión reside en que, si bien el art. 17.2 establece el plazo de setenta y dos horas como el máximo tiempo del que disponen los agentes de la autoridad para entregar el detenido al juez o dejar-

lo en libertad, en el resto del ordenamiento jurídico existen plazos menores; la duda, pues, gira en torno a si el plazo previsto por la Constitución establece o no un límite máximo que no puede ser superado por ninguna otra norma.

Una conclusión definitiva sobre el problema del plazo de detención depende directamente de la interpretación que se adopte en torno al contenido del art. 520.2 LECrim y del art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. En este sentido, el art. 5.3 del Convenio establece que “el detenido, sin dilación, debe ser entregado a la autoridad judicial o puesto en libertad”; el problema reside, por tanto, en la interpretación de los términos que hacen referencia a la inmediatez de la entrega, que no son otros que *aussisot* y *promptly* —traducidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la doctrina como “inmediatamente” o “sin dilación” (Vid. las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguientes: 12 de julio de 1977 —r. 7412/76-; 27 de junio de 1968 —Affaire Wewmhoff— 10 de noviembre de 1969 —Affaire Stömüller-, —Affaire Matznetter-, 4 de diciembre de 1979 —Affaire Schieseer-, 26 de octubre de 1984 —caso McGiff-, 2 de octubre de 1984 —caso Skoogstrom-, 3 de junio de 1985 —caso Vallón-). La doctrina ha interpretado tales términos en el sentido de inmediatez (Cfr. SPERDUTI, pp. 865 a 868; LEVASSEUR, pp. 139 a 152; LIÑAN NOGUERAS, pp. 4552. Conseil de L’Europe; Dossier sur les droits de l’homme. p. 13; GRAVEN, p. 712; VELU; p. 200).

Así, se ha venido aceptando como plazos que cumplían el criterio de “inmediatez” exigido legalmente, períodos de detención que oscilaban entre los tres y los quince días. La diferencia entre el planteamiento doctrinal y el jurisprudencial radica en que, mientras la doctrina interpreta la “inmediatez” como un período breve en el tiempo, que no debe superar los tres días, la jurisprudencia, por el contrario, ha llegado a defender el plazo de catorce días como válido (caso SCHIESSER de 4 de Diciembre de 1979). Así, se ha considerado como plazo razonable para la entrega del detenido al juez el de hasta 7 días. De este modo, en el caso SKOOGSTROM de 2 de Octubre de 1984, se afirmaba que “sobre si el plazo de siete días se ajusta al concepto de ‘sin dilación’, la cuestión debe de responderse teniendo en cuenta las premisas legales, jurídicamente vinculantes para todos los países que hubiesen ratificado el convenio. En una interpretación inicial referente a Holanda (núm. 2894/66), la Comisión consideró aceptable un plazo de 4 días en procedimientos criminales. Posteriormente, en una demanda contra Bélgica, se aceptó un período de 5 días, aunque sólo en circunstancias excepcionales para procesados penales (4960/71)”.

En conclusión, si bien la jurisprudencia rechaza la existencia de plazos desorbitados —caso MCGOFF de 26 de Octubre de 1984— al considerar que el plazo de quince días no puede considerarse incurso en el sentido prescrito en el mencionado precepto), sí acepta, por el contrario, que la entrega a la autoridad judicial se realice en los siete días siguientes a la detención. Vid. sentencias de 2 de Octubre de 1984 ya mencionado; la de 26 de Octubre de 1984, caso MCGOFF; la de 3 de Junio de 1985, caso Vallon; y la de 22 de Mayo de 1984, caso de Jont, Baljet y Van Den Brink; en este último se mantiene que “La Comisión, sin fijar definitivamente el límite exacto, entiende que los plazos de siete o más días desde el arresto no pueden considerarse compatibles con el concepto de rapidez previsto en el artículo 5.3, ni aún teniendo en cuenta las especialidades de la condición militar y las consecuencias de esta en la situación de los miembros de las Fuerzas armadas”. De lo que se desprende que, al margen de lo que decida de cada una de las legislaciones internas, existe un período de tiempo permitido por tal Tribunal que alcanza los siete días de duración, para que se efectúe la entrega del detenido a la autoridad judicial, sin que se infrinja el artículo 5.3 del Convenio”.

Sin embargo, en líneas generales, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo se caracteriza por fijar el plazo del 5.3 en un período de tiempo no superior a los cuatro días, rechazando y declarando no conforme al Convenio los plazos de seis, siete y once días. De este modo, el Tribunal y la Comisión han considerado incompatibles con el criterio de “inmediatez” períodos de detención de siete días —Skoogström contra Suecia, informe de la Comisión de 15 de julio de 1983, Serie B, núm.68, p. 37, aptdo. 89— de ocho y doce días —Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Duinhof y Duijf de 22 de Mayo de 1984, Serie A, núm. 79, p.18, aptdo. 41— de siete, once y seis días —Sentencia De Jong, Baljet y Van Den Brink— de once, doce y catorce días —Sentencia Van Der Sluijs, Zuiderveld y Klappe de 22 de mayo de 1984, Serie A, 78, p. 20, aptdo. 49-. Asimismo, la Comisión ha considerado que los plazos de tres y cuatro días son compatibles con aquel precepto.

Los criterios defendidos tanto por el Tribunal como por la Comisión en torno al límite máximo de detención policial no son aplicables a nuestra legislación ya que en esta materia es menos restrictiva que el Convenio. En consecuencia, cualquier detención que supere el tiempo estrictamente necesario para efectuar las diligencias preliminares que la LECrim reconoce a los agentes de la autoridad será ilícita aunque no supere el plazo de cuatro días defendido por aquellas instituciones al interpretar el art. 5.3 del Convenio.

En conclusión, parece que si bien se ha intentado proteger la existencia de plazos menores, al reconocerlos en el mismo párrafo segundo del art. 520, y hacerlos depender al mismo tiempo del de 72 horas, los convierte en impracticables, por lo que sería más conveniente volver a la regulación tradicional del aptdo. 2 del art. 17 CE, pues de ese modo, al establecerse un plazo y no un término, quedarían en vigor todas las normas que favorezcan los derechos del detenido, mediante la existencia de plazos menores.

Si, como hemos visto, el plazo de detención ha sido históricamente el tiempo estrictamente necesario para efectuar el traslado del detenido ante la autoridad judicial, tras la reforma introducida por el Fuero de los españoles ampliándolo a 72 horas, es preciso determinar si, además de esa conducción, la policía es competente para ejercer otras misiones que justifiquen la ampliación del plazo. Ahora bien, no interesa tanto conocer todas las diligencias que debe efectuar la policía judicial, como las que, exclusivamente, debe llevar a cabo antes de la entrega del detenido al juez, y en este sentido, como afirma GIMENO SENDRA, la autoridad gubernativa no tiene derecho a detener a una persona durante las 72 horas, sino sólo a mantenerla bajo su custodia el tiempo necesario para realizar las diligencias de prevención (p. 490).

En este sentido, las diligencias que la LECrim reconoce como obligatorias son dos: el reconocimiento de identidad y la declaración del detenido. Al mismo tiempo, el funcionario debe, una vez practicada la detención, comunicar de inmediato la realización de la medida precautelar al juez o al ministerio fiscal, sin que en ningún caso tal comunicación pueda superar el plazo de 24 horas. En segundo lugar, la policía judicial no debe realizar ninguna otra diligencia en el supuesto en el que se presentara en el lugar de la detención las autoridades anteriormente mencionadas, y, finalmente, sólo está capacitada para invitar al detenido a firmar el atestado, que como sabemos no tiene otro valor que el de mera denuncia.

De lo expuesto se desprende que los funcionarios de la policía judicial deben comunicar en el plazo máximo de 24 horas la práctica de la detención a la autoridad judicial, ya que, de lo contrario, incurrirían en el delito de detención ilegal. Una vez realizada la comunicación pueden ocurrir dos cosas, o que sea el propio juez el que, presentándose en el lugar de la detención, continúe el desarro-

llo de las diligencias pertinentes, o que, por el contrario, no acuda y sea la policía judicial la que practique las diligencias se reducen a invitar al detenido a firmar la declaración. Ahora bien, puede suceder que el detenido, en función del derecho que le conceden tanto la Constitución como la LECrim, se niegue a efectuar declaración alguna, en cuyo caso la policía no puede hacer otra cosa que trasladarlo de inmediato a la autoridad judicial.

En consecuencia, un plazo de detención que supere la inmediatez de la entrega del detenido a la autoridad judicial, se reduce a aquellos supuestos en los que hay que realizar la diligencia de prevención consistente en invitar al detenido a firmar el atestado. El plazo, por lo tanto, debe ser el estrictamente necesario para el traslado del detenido ante el juez, más y, sólo en los casos en que así suceda, el tiempo que se invierta en invitar a firmar el atestado al detenido, ya que si se niega a declarar, la entrega debe ser inmediata. En este sentido, considero que el plazo de 24 horas, es el límite máximo del que disponen en la actualidad los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ya que la propia regulación procesal de sus funciones imposibilitan una extensión del mismo, al quedar reducidas al tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones consistentes en la toma de declaración, siempre que el detenido acepte.

En definitiva, si el funcionario infringe la obligación procesal de comunicar —dentro de las 24 horas siguientes a la detención, la práctica de la misma al juez, incurrirá en el delito de detención ilegal. Si realiza la comunicación pero no entrega de inmediato al detenido a la autoridad judicial, tras firmar aquél el atestado policial, incurrirá también en el delito de detención ilegal aunque no supere el plazo de 24 horas debido a la obligación constitucional de que el plazo sea el estrictamente necesario, sin que quepa agotarlo si ello no es necesario. Asimismo, cometería este delito en aquellos supuestos en los que la detención fuese superior al plazo de 72 horas o en el caso de que el detenido se niegue a efectuar declaración alguna.

Además de la garantía a la entrega en un determinado plazo, el resto de derechos del ciudadano ante la privación de libertad se encuentra regulado en el art. 17 CE. La protección constitucional se reduce a estos derechos básicos: el derecho ya mencionado a un determinado plazo de detención, el derecho a la información inmediata al detenido de las razones de su detención: la asistencia letrada, el derecho a instar un procedimiento de *habeas corpus* y el derecho a un proceso sin dilación indebida.

Posteriormente, éstos fueron desarrollados por la Ley 14/1983, de 12 de Diciembre y la Ley 6/1984, de 24 de mayo, sobre procedimiento de *habeas Corpus* dando lugar a las siguientes garantías: derecho a la limitación en el plazo de entrega del detenido a la autoridad judicial; derecho a la información inmediata de las razones de la detención y de los derechos que le asisten, entre los que se encuentran el derecho a guardar silencio, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; el derecho a designar abogado; a que se ponga la detención en conocimiento del familiar; el derecho a ser reconocido por un médico forense; el derecho a la asistencia del abogado; a instar el procedimiento de *habeas corpus*; a que se identifique el funcionario en el momento de la detención; a escribir a los funcionarios del orden judicial y el derecho a una reparación por la práctica de una detención ilegal.

La infracción de cualquiera de estas garantías durante la fase de privación de libertad daría lugar al tipo penal del art. 530.

Puede darse un conflicto aparente de normas entre el art. 530 y el art. 537, sobre todo cuando se practique una detención basada en un supuesto especial no delictivo —LO sobre Protección y Seguridad Ciudadana, Ley de Extranjería, controles de alcoholemia, etc.— sin respetar las garantías constitucionales o legales. En estos casos, ni se trata de una privación de libertad que tiene como origen un

delito —art. 530— ni se realiza fuera de los casos previstos por las leyes —art. 167-. En definitiva, no puede aplicarse el art. 530, puesto que exige que haya causa por delito, ni el art. 167 pues exige que se realice la privación de libertad fuera de los supuestos legales y, en el caso que se analiza, son supuestos previstos legalmente.

Frente a la tesis de la impunidad sustentada por CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC, entiendo que en esos supuestos es de aplicación el art. 537 siempre que se vulnere la garantía consistente en la información de los derechos y la razón de la privación de libertad.

Surge realmente el concurso de normas con el art. 537 cuando la garantía vulnerada sea el derecho a la asistencia letrada, la información de los derechos o la explicación de la razón de la privación de libertad. En estos casos el art. 537 es la norma preferente.

El delito de infracción de las garantías constitucionales cometido por funcionario en el desarrollo de una privación de libertad sí admite la modalidad imprudente como dispone el art. 532.

5. Restricciones de la libertad en España derivadas de la legislación procesal-penal y administrativa. Análisis de la evolución jurisprudencial

Durante los años precedentes a la aparición de la LO 1/1992, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), se desarrollaron en nuestro país dos teorías opuestas respecto a las prácticas de privación de libertad efectuadas por las FCSE. Una de las teorías defendía que entre la detención como privación de la libertad y la libertad no caben formas intermedias. Tal afirmación en ningún caso suponía la imposibilidad de la realización de identificaciones, cacheos, o controles policiales. Por el contrario, dichas técnicas de prevención podían llevarse a efecto bien con el consentimiento del ciudadano o sin su aceptación. Si esto último acontece, es decir, si se produce su negativa, el funcionario podía proceder a la realización de cualquiera de esas medidas siempre que estuviera en la creencia de que la persona afectada ha podido participar en la comisión de un delito o falta. Tal restricción de la libertad hasta la aparición de la LOPSC sólo tenía un nombre —detención— y, en consecuencia, el funcionario debía respetar en el ejercicio de esa medida cautelar todas las garantías que prevé el art. 17 CE.

Al identificarse cualquier restricción de la libertad con la detención, ello supone, inevitablemente, la necesidad de extender las garantías mencionadas a todas aquellas técnicas en las que se limita, cualquiera que fuera el plazo, la libertad de movimientos del ciudadano. Técnicas que, insisto, sólo encontraban justificación cuando el funcionario actuaba en la creencia racional, objetiva y motivada de que su utilización era imprescindible en la prevención o descubrimiento de un delito o falta. Nuestro ordenamiento jurídico no admitía ninguna otra restricción de la libertad debido a la ausencia de proporcionalidad entre la negativa a la identificación tras la comisión de una infracción administrativa o por cualquier otra causa no delictiva y la privación de libertad. Contra esta tesis se demandaba, fundamentalmente desde sectores policiales, la construcción de figuras de carácter procesal-penal, sin configuración legal hasta 1992, que permitieran al funcionario restringir la libertad del ciudadano sin tener que recurrir a las garantías constitucionales. Ya que la detención por delitos y faltas estaban reguladas legalmente, es de suponer que lo que se estaba exigiendo era la privación de libertad sin garantías constitucionales de los presuntos autores de infracciones administrativas o de cualquier ciudadano, por el simple hecho de serlo, sin que sea sospechoso de haber cometido infracción alguna.

Pues bien, como ha quedado expuesto, antes de la aparición de la LOPSC, nuestro ordenamiento no permitía tales actuaciones, salvo en el marco de la detención y reducidas siempre a la sospe-

cha racional de la comisión de delitos o faltas. Sin embargo, a veces, se han justificado algunas de estas actuaciones ilegales. Así, por ejemplo, el “simple control policial superficial” sin indicios delictivos y sin las garantías constitucionales se ha considerado lícito (SAP de Palma de Mallorca de 19 de septiembre de 1991). Utiliza como base de su argumentación la providencia del TC de 28 de Enero de 1991: el hecho de ser “parados” en la calle para ser identificados, no puede calificarse técnicamente como “detención”. Se considera que en estos casos no hay detención ya que ésta sólo afecta a la privación provisional de la libertad por la presunta comisión de un ilícito penal. Por esta razón, se interpreta que las garantías del art. 17.3 CE no son aplicables a los controles de policía que tienen por finalidad la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia acordada sin indicios previos de infracción penal para “la comprobación por los agentes del orden público de la identidad o estado de los infractores”).

Asimismo, en otras ocasiones parece que lo importante en la calificación de licitud de la diligencia no ha sido la racionalidad de la sospecha *ex ante* sino la confirmación *ex post* de los indicios irracionales. (STS de 15 de abril de 1993). De este modo, se sostuvo que, “la conducta de la policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrarle una cantidad relativamente importante de heroína, supone una actuación lícita y legítima como lo es la prueba de esta forma obtenida”. En fin, puede afirmarse que en estos supuestos se amparaban judicialmente actuaciones policíacas irregulares no recogidas en la legislación procesal penal.

Como alternativa a la anterior posición, afortunadamente, y como no podía ser de otro modo, una determinada línea jurisprudencial consideró que, en primer lugar, eran detenciones y, en segundo lugar, ilegales aquellos cacheos y retenciones con fines de identificación que se practicaban sin las garantías del art. 17 CE (Cfr. STS de 20 de octubre de 1987 (R. 526/1985)). En esta sentencia se califica como detención ilegal la privación de libertad por hechos que, como máximo, podían ser constitutivos de falta sin que se dieran, además, los requisitos exigidos por el art. 495 LECrim. En un sentido similar, la STS de 27 de Junio de 1992 (Cfr. (R.A.J.P. 1951/90)). consideró que la negativa a la identificación tras haber tirado una cáscara de plátano al suelo no justificaba la privación de libertad y, en consecuencia, la detención es ilegal. Continúan esta misma tendencia otras sentencias como la de 6 de Noviembre de 1991 (R.A.J.P.a/191) de la AP de Zaragoza. En ella se consideró ilegal la detención de dos africanos a los que, tras pedirle la identificación y comprobar los documentos que avalaban su estancia y empleo laboral en territorio nacional, se les privó de libertad. Tal sentencia es confirmada posteriormente por la STS de 28 de mayo de 1993 *Rvta. La Ley*. 13.206.

Por otra parte, la SAP de Palma de Mallorca de 15 de octubre de 1991, estimó ilegal la detención de un sujeto que fue requerido para subir a un vehículo policial. Posteriormente, se efectuó un breve recorrido hasta lograr que, por radio, se comunicara la verificación de identidad —aun conociendo su domicilio— y la carencia de requisitorias vigentes; ya desde la comisaría se le obligó a desplazarse en coche furgón hasta la sede central de la policía municipal y es en ese lugar donde, al fin, se le devuelve la libertad ambulatoria. Todo ello, sin levantar atestado alguno y sin instrucción de derechos como simple incidencia de identificación.

El Tribunal Supremo, llegó a considerar que la “simple retención obligada, si es perceptible, se ha de identificar con la detención”. Otra postura que avala la posición defendida en el texto es la de la STS de 3 de noviembre de 1992 R.A.8879. En este supuesto consideró ilegal el “llevar a una persona contra su voluntad a las dependencias de la policía municipal en donde estuvo retenida cerca de una hora, diciéndosele después sin más, que podía marcharse”.

En igual sentido, la STS de 25 de septiembre de 1993, consideró ilegal la detención de una persona a la que se le solicitó la identificación debido a que infundió sospechas su actitud de darse la vuelta ante la llegada del coche patrulla. El ciudadano les mostró el carné de conducir y la cartilla de la Seguridad Social. Pese a identificarse por tales medios, le condujeron a comisaría, cacheándole previamente, y lo introdujeron en el vehículo policial por su parte trasera, colocándole las esposas. La detención duró una hora.

El planteamiento defendido en estas sentencias no fue, sin embargo, compartido por la Sala Segunda del TC que, en tres providencias dictadas en torno al tema de las diligencias de identificación y cacheo, defendió la tesis según la cual la detención y, por tanto, la inmovilización del ciudadano no sospechoso de haber participado en la comisión de un delito durante el tiempo imprescindible para la práctica de dichas actuaciones, no representa una privación de libertad y, al mismo tiempo, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía (Providencias de la Sala Segunda del TC de 26 de Noviembre de 1990 ante el recurso 2252/90 contra sentencia de la Sección Tercera de la AP de Sevilla, de fecha 18 de Junio de 1990, por la que se condena al recurrente, como autor de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas.; de 21 de Enero de 1991 ante el recurso 2262/90 contra SAP de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas.; de 28 de enero de 1991 ante el recurso 2260/90 contra SAP de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas.).

En todas ellas se subraya que “el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los arts. 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo”. Asimismo, en la Providencia de 28 de enero de 1991, se manifiesta que “esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una “privación de libertad” ni atenta contra su derecho a la libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen”).

Las citadas providencias tienen su origen en la línea jurisprudencial del TC en materia de control de alcoholemia; en efecto, la STC 197/1985, de 7 de octubre, considera que no se encuentra en la situación de detenido, “quién, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado... Sólo, en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo en el examen pericial practicado, puede hablarse de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el número 1 del art. 340 bis, a) del C.P [...]”. Igualmente se expresa la STC 22/1988, de 18 de Febrero.

De un modo semejante, la sentencia 30/1962, de 27 de marzo, del TC italiano subrayó que las inspecciones personales constituían prestaciones impuestas y no restricciones físicas a la libertad.

Asimismo, la STS 28 de octubre de 1993, defiende que las identificaciones y cacheos no son privaciones de libertad.

En contra de lo expuesto en las citadas sentencias, entiendo que existe privación de libertad —detención— desde el instante en que el ciudadano no consiente la práctica de la prueba, se den o no motivos bastantes de criminalidad; no es necesario, por consiguiente, esperar al resultado del control para afirmar el estado de detención, durante el cual es preceptiva la información y cumplimiento de las garantías del art. 17 CE).

Según este planteamiento, el ciudadano puede verse obligado a aceptar tales medidas sin que sobre él recaigan indicios racionales de comisión de un delito o falta ya que así —se dice en tales providencias— lo disponen los arts. 11 y 12 LOFCSE.

Esta tesis, en mi opinión, se contradice con la línea iniciada por el propio TC en la sentencia de 10 de julio de 1986 sobre la ilegalidad de la práctica de la “retención”, según la cual hay que entender que sólo es lícita la privación de libertad que responde a los criterios establecidos en los arts. 492 y 495 LECrim. Es preciso reconocer que otra STC de 19 de Diciembre de 1985 núm. 178 parece otorgar viabilidad a la detención sin indicios de delito, ya que, en relación a la figura del arresto del quebrado, mantuvo que “[...] ni sólo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad” (FJ Tercero). Ahora bien, en esta misma sentencia se indica que tal privación de libertad exige “una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación” (FJ Tercero). Asimismo, conculca el art. 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; en efecto, la detención de un no sospechoso, es decir, de un ciudadano sobre el que no recaen motivos razonables de haber cometido una infracción o participado en una acción ilícita —delito o falta— es contraria al art. 5.1.c) del Convenio, ya que este precepto sólo justifica la detención de aquél sobre el que recae o concurre una base objetiva de la que se desprenda su posible participación en el hecho delictivo. Así lo reconoce el TEDH en la sentencia *Lawless* de 1 de Julio de 1961 al indicar que “sólo se puede detener a una persona cuando existan indicios racionales de la necesidad de impedirle que cometa una infracción... para ponerla a disposición de la autoridad judicial competente” (Serie A, núm. 3, pp. 51 y 52, aptdo. 14). Del mismo modo, en la sentencia de 29 de Noviembre de 1988 —caso *BROGAN* y otros-, pese a que en tal supuesto llegue a la conclusión de que no se ha violado el artículo 5.1, al indicar la necesidad de que la privación de libertad se fundamente en la razonable sospecha de que se había cometido una infracción en el sentido del art. 5.1.c); además señala que dicho precepto exige, igualmente, que la finalidad de la detención y su mantenimiento como preventiva sea la de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial competente (FJ III. BJC 116, pp. 91 y ss.).

En relación a esta última sentencia, existe un voto, en parte discrepante, del juez Pinheiro Farinha al entender también violado el artículo 5.1 del Convenio. En efecto, este juez entiende que “se detuvo a los demandantes por las necesidades de la investigación y para reunir medios de prueba, y no “para ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente”. Asimismo, continúa, “no me parece conforme con el Convenio que un agente de policía detenga a una persona por razonables sospechas de estar o de haber estado implicada en la comisión, preparación o instigación de actos terroristas y que no tenga que responder ante la autoridad judicial para que se pueda fiscalizar si hubo motivos razonables para sospechar”.

En la misma línea, existe un voto particular disidente de los jueces Walsh y Carrillo Salcedo que entienden que en tal supuesto se violó el artículo 5.1 del Convenio. El motivo de tal oposición radica en que interpretan que “las detenciones se efectuaron en el caso de autos con el propósito de interrogar a los detenidos en un momento en que no existía ninguna prueba para acusarles. No se consiguieron tales pruebas y hubo de ponerles en libertad”. De este modo, entienden que “el Convenio incorpora la presunción de inocencia y consagra así uno de los derechos fundamentales: la protección del individuo contra la injerencia arbitraria del Estado en su derecho a la libertad. Las circunstancias de la detención inicial y de la preventiva en los casos de auto no eran compatibles con este derecho y, en nuestra opinión, se violó, por tanto, el artículo 5.1; finalmente señalan que “el Convenio no permite una detención para un interrogatorio con la esperanza de conseguir la suficiente información que justifique la acusación”.

Igualmente, la detención basada en sospechas no delictivas no concuerda con el artículo 19 del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal. Este precepto exige que la detención de una persona sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de su participación en un delito. Pese a esta afirmación, en el caso Guzzardi, el TEDH entendía que la medida restrictiva de la libertad —como consecuencia de la aplicación de criterios de prevención general— podía extenderse a aquella persona o categoría de personas que aparentan la peligrosidad por su tendencia permanente a la delincuencia (TEDH, caso Guzzardi de 6 de noviembre de 1980); y aunque el Tribunal no concreta la forma en que se manifiesta la intención de transgredir la ley, la jurisprudencia de la Comisión viene exigiendo de modo reiterado la comisión previa de una infracción delictiva (Req. núm. 1602/62 *Annuaire* 1964, p. 169; req. núm. 3001/66, *Recueil* núm. 26, p. 55).

Ahora bien, si es cierto que la Comisión ha rechazado que la detención de un no sospechoso sea acorde con el artículo 5.1.c) del Convenio, en el caso *Mc Veigh, O’neill y Evans contra Reino Unido*, entendió que esta clase de detenciones estaban justificadas en virtud del artículo 5.1. b), que admite la detención de un individuo para garantizar el cumplimiento de una obligación prevista por la ley. En el caso *Mc Veigh, O’neill y Evans contra Reino Unido* la Comisión interpretó que no conculca el artículo 5.1.b) del Convenio la detención practicada en ejercicio de la legislación antiterrorista —durante cuarenta y cinco horas— de aquellas personas sobre las que no recaían sospechas delictivas (Req. núm. 8022/77, 8025/77 D. y R. núm. 25, p. 15). Así, mantiene la Comisión que un control de identidad respeta el principio de la libertad personal siempre que el ciudadano requerido rehúse tal verificación o cuando el funcionario dude sobre la autenticidad de las señas de identidad que se le ofrecen, en tales supuestos la detención se justifica como medio para garantizar la ejecución de la obligación. Además, como consecuencia de que la exigencia de entrega inmediata del detenido a la autoridad judicial sólo abarca el apartado c) del número 1 del artículo 5, la Comisión interpreta que tal garantía no se exige en los supuestos de control de identidad del artículo 5.1,b), por lo que justifica —como en caso *Mc VEIGH* y otros contra Reino Unido— una detención de cuarenta y cinco horas.

Regresando ahora a las providencias del TC antes citadas, es preciso indicar que éstas fundamentan la “legalidad” de las diligencias de identificación y cacheo de ciudadanos no sospechosos en los arts. 11 y 12 de la LOFCSE; sin embargo, curiosamente, a tenor de aquellos preceptos, los funcionarios no se encuentran facultados para practicar detenciones al efecto de proceder a la identificación de esa clase de personas sino, todo lo contrario, sólo son competentes para la prevención de delitos y para la práctica de la detención de los que participen en su comisión.

Por todo ello, hay que llegar a la conclusión de que cualquier clase de privación de libertad — identificación o cacheo no realizada voluntariamente— que se efectúe infringiendo los preceptos aludidos será ilegal y, en consecuencia, dará lugar al delito de detención ilegal practicada por funcionario público.

Del mismo modo, la solicitud de identificación debe basarse en la creencia racional y bastante del funcionario de que la persona a la que se solicita los datos personales ha participado en la comisión de un delito o falta, pudiendo negarse el ciudadano al procedimiento de identificación siempre que el funcionario no motive la solicitud.

El Agente, en aquellos supuestos en los que el ciudadano se identifique, pese a la comisión de una falta, sólo podrá tomar nota del nombre, apellidos y demás circunstancias para la averiguación e identificación del mismo. Igualmente, en el caso de que no llegara a identificarse pero tuviere domicilio, tampoco sería posible la detención, que exclusivamente podría efectuarse en el supuesto de negarse a la identificación, no tener domicilio conocido o no pagar la fianza proporcional a la falta cometida que imponga el funcionario. La ilegalidad de la detención por la comisión de faltas sin las garantías del artículo 495 LECrim es un criterio defendido en diversas sentencias del Tribunal Supremo; así, en la de 20 de Octubre de 1987 se señala que “y es sabido —y los agentes de la Autoridad no pueden ignorarlo que no se puede detener por simples faltas, art. 495 de la L.E.Cr salvo que concurran las circunstancias que allí se concretan, en el caso enjuiciado no era de aplicación, pues aquélla tenía un establecimiento abierto al público, y domicilio conocido; por ello su actuación no puede estar justificada por el ejercicio del cargo, al poner de manifiesto la arbitrariedad e improcedencia de tal medida”; por su parte, en la STS de 11 de Octubre de 1988, se establece que no es lícita la detención llevada a cabo por una falta de desobediencia del art. 570.5 CP; de un modo semejante, se expresa la STS de 12 de Noviembre de 1988; R. 6943.

La situación anterior a la entrada en vigor de la LOPSC era, pues, muy clara: no existían facultades legales de identificación, cacheo o control al margen de la detención. Es decir, sólo eran factibles estas intervenciones interpretándolas como detenciones y con las garantías del art. 17 CE. En caso contrario, se estaría en la esfera típica del delito de detención ilegal.

Éste era el estado de la cuestión hasta que aparece la LO 1/1992, de 21 de Febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

En esta Ley, el art. 20 incorpora la figura de la “retención” al indicar que “Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomienda la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañaren a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”.

A este y otros preceptos de la citada Ley se presentaron diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por noventa y un Diputados al Congreso, el Parlamento de las Islas Baleares y la Junta General del Principado de Asturias y las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las Audiencias Provinciales de Madrid y Sevilla.

El TC, en Sentencia de 18 de noviembre de 1993, tras declarar la constitucionalidad de este precepto y rompiendo, como se ha visto, con una línea irregular precedente del propio Tribunal que entendía que tales técnicas eran sometimientos no ilegítimos desde la perspectiva constitucional y, por tanto, no tenían la consideración de privación de libertad, reconoce ahora —regresando al planteamiento de la STC de 10 de julio de 1986— que la detención con fines de identificación es una privación de libertad, tanto en los casos de personas —no identificables— que se hallen en disposición de cometer un ilícito penal como de aquéllas que hayan incurrido en una infracción administrativa.

La STC reconoce tácitamente que la LOPSC crea una nueva figura de privación de libertad: la detención de autores de infracciones administrativas que no son identificables. Apoyan la constitucionalidad de esta figura en el artículo 5.1 del Convenio de Roma que admite la privación de libertad para el cumplimiento de una obligación. Algo ciertamente discutible, puesto que no existe obligación legal de identificación salvo cuando el funcionario cumpla con fines de prevención de ilícitos penales.

Se considera que el acompañamiento es una medida de identificación que puede evaluarse como privación de libertad. Ahora bien, se dice que esa privación de libertad no tiene la consideración de una detención preventiva y, por tanto, no reúne las garantías del art. 17 CE.

Tal privación de libertad con fines de identificación sólo puede afectar, según el TC, a personas no identificables que hayan incurrido en una infracción administrativa. Dentro de este ámbito, en cuanto a las garantías aplicables a la identificación de autores de infracciones administrativas, el TC sólo admite la garantía consistente en la explicación de las razones de la diligencia de identificación. En cuanto al plazo, el TC interpreta que la diligencia prevista en el art. 20.2 LOPSC no es indefinida o ilimitada en su duración ya que se utiliza la expresión “tiempo imprescindible”, por lo que tal diligencia debe practicarse de manera inmediata y sin dilación alguna. Considera, además, que no son aplicables el resto de las garantías del art. 17 CE, así, la información sobre el derecho a no declarar, la asistencia letrada, el poder instar un procedimiento de *habeas corpus*, sólo tienen sentido en la detención preventiva. De este modo, se afirma que no se debe informar sobre el derecho a no declarar ya que no se puede interrogar más que sobre datos de la personalidad. Tampoco resulta inexcusable que la identificación se lleve a cabo en presencia de abogado.

Finalmente, se argumenta que el art. 25.3 CE, que prohíbe la imposición de sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad, no se ve afectado por el art. 20.2 LOPSC porque no tiene sentido sancionador sino de estricta identificación personal.

En conclusión, la tesis defendida en esta sentencia se basa en la consideración de que la restricción de libertad con fines de identificación es una privación de libertad pero no una detención preventiva. En consecuencia, el detenido en tales circunstancias no goza de todas las garantías que impone el art. 17 CE.

En definitiva, la “privación de libertad” de infractores administrativos y de no sospechosos no cuenta con más garantía que la información de la razón de la restricción de la libertad mientras que a la detención por delitos y faltas acompañan todas las garantías del art. 17 CE.

De lo que se trata es de analizar la admisibilidad de que en un Estado democrático sea factible practicar restricciones de la libertad sin motivos o con un fundamento diferente a la existencia real de un delito o falta.

Así, se ha llegado a afirmar que una detención practicada por sospechas, aun cuando el funcionario reconoce que fue por casualidad, no es una detención ilegal (STS de 15 de Noviembre de 1994; se trata de un supuesto en el que la policía detuvo a unos jóvenes que se encontraban en un vehículo esta-

cionado junto a las proximidades de un bar conocido como lugar de tráfico y consumición de estupefacientes. “Entendemos que tal conjunto de circunstancias justificaba el que los agentes de la autoridad que allí se encontraban precisamente para prevenir y perseguir el tráfico de drogas, llegaran a pensar razonablemente que quienes estaban dentro del vehículo pudieran ser vendedores de alguna sustancia estupefacientes, por lo que les mandaron salir encontrando sobre el asiento del conductor... las mencionadas cuatro papelines de heroína.”). Es curioso que el TS, pese a reconocer que uno de los policías asumió en el acto del juicio que la detención se había producido por causalidad, insista en la existencia de sospechas basándose exclusivamente en tres factores: que eran jóvenes, que se encontraban en el interior de un vehículo y que se encontraban en la puerta de un *discobar*. Concluye, afirmando que no existió detención ilegal y que, en consecuencia, no puede tacharse de ilegítima la prueba obtenida mediante tal detención y el consiguiente registro del vehículo en el que se encontró la droga.

En la línea del TC, se considera que el cacheo no es una detención personal (STS de 2 de Diciembre de 1994). Por esta razón, el desnudar al detenido para encontrar droga y no informarle de sus derechos no da lugar a la detención ilegal. También suele afirmarse que “El derecho a la libertad no ha sido conculcado por una diligencia policial de cacheo, aunque ello suponga la inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica que en este caso, por ser una mujer la sospechosa, hubo de ser realizada necesariamente en las dependencias policiales... próximas al lugar de la detención” (STS de 23 de Diciembre de 1994). Una sentencia importante porque resume la discusión y opta por los espacios diferenciados entre la libertad y la privación de libertad, es la STS de 1 de Febrero de 1995. En la misma se justifica la detención en función de la consecución del objetivo final no de la confirmación de la sospecha. Es decir, volvemos a encontrarnos con restricciones de libertad efectuadas no para demostrar la sospecha inicial —que no existe— sino con carácter aleatorio, en una pura labor de muestreo entre personas de “estatus peligroso”. Así, se consideró lícita la privación de libertad que practicaron dos funcionarios de policía de paisano, sin justificación objetiva alguna, procediendo a continuación a registrar la vestimenta. Como consecuencia de tal registro se hallaron pocos gramos de droga tóxica y 16.000 ptas.

En este caso, la policía ni ofreció explicación alguna de la causa de la detención ni tenía base razonable para pensar en la comisión de un ilícito penal. En esta sentencia se afirma que “la actuación policial, en el inicio mismo de sus diligencias, debe estar presidida por la máxima cautela, armonizando los deberes gravitantes sobre los agentes tendientes a la prevención e investigación de los delitos... con el respeto a la libertad de las personas sólo sujetas a aquellas inmovilizaciones indispensables para la adecuada identificación y sucinto control que desvanezcan cualquier duda sobre su posible implicación en un hecho delictivo...”. Continúa la citada sentencia indicando que “la detención propia cierra el cerco de la libertad de movimiento del individuo y da paso de inmediato, entre otras medidas, a la básica de información de los derechos que le asisten... De ahí que la jurisprudencia más actual venga dejando fuera de toda equiparación con la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la Constitución, supuestos tales como retenciones por causa de identificación, cacheos ocasionales, controles preventivos, desplazamientos a dependencias policiales para ciertas diligencias, etc., todo ello en relación con el trato personal prodigado, actitud de los investigados y duración de la diligencia”. Se citan como apoyo de esta tesis las SSTs de 15 de Abril de 1993 y 20 de diciembre de 1993 que, inspiradas en la STC 20/1985 de 7 de octubre, sustentan que la proporcionalidad es el eje definidor de lo permisible entre la investigación y la dignidad de la persona. En la misma línea, cita las sentencias de 26 de marzo de 1993, 15 de abril de 1993, 20 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1994, 15 de

noviembre de 1994. Basándose en estos datos se afirma que el cacheo a que se sometió al acusado fue legítimo y, desde luego, la detención subsiguiente, una vez comprobada la tenencia de estupefaciente, en la cantidad y forma en que la llevaba consigo, perfectamente ajustada al ordenamiento legal. En el mismo sentido, se manifiesta la STS de 1 de febrero de 1995 (R. 846/94) que considera lícita la restricción de la libertad practicada por funcionarios al infundirle sospechas el vehículo en el que viajaban los acusados: “por ese motivo les invitaron a parar y se procedió al registro del mismo sin que existiera reticencia alguna. Allí descubrieron el doble fondo en el que se ocultaba el hachís, que se acompañaba de ajos y café esparcido y cerrado con silicona... cuando fueron esposados y detenidos siéndole leídos sus derechos”. Se dice que no hay atentado a la libertad ya que las diligencias antecedentes fueron realizadas con su aquiescencia, sin oposición alguna.

Del mismo modo, la STS de 29 de junio de 1995, considera como detención lícita la parada de un vehículo para la identificación de sus ocupantes ya que la actuación policial fue necesaria, racional y proporcional. Las sospechas se fundamentan en que los ocupantes del vehículo tenían antecedentes —circunstancia que curiosamente no se conocía antes de la parada— y se encontraban en una actitud “harto recelosa” (el entrecomillado pertenece al texto). Cfr. SSTs de 31 de enero y 14 de febrero de 1994, que se utilizan como precedentes. Se dice que el hallazgo de las drogas en el pie del asiento del automóvil denota el buen fundamento de sus sospechas.

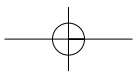
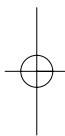
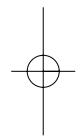
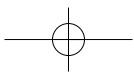
En otras ocasiones, se convierte en lícita la privación de libertad bajo el argumento de que el ciudadano aceptó voluntariamente el acompañamiento policial a comisaría. Este es el caso de la STS de 30 de noviembre de 1995. Ya que al aceptar la menor acudir al Centro policial por presunta posesión de drogas, aquella no tenía por qué ser informada de sus derechos ni a la asistencia letrada ni a que se comunicara a sus familiares la razón de la restricción de libertad. Esta sentencia incorpora, como puede contemplarse, un peligroso precedente: el de la ¿renuncia? del ciudadano a derechos fundamentales frente al Estado.

Rompiendo con esta preocupante involución respecto a las garantías constitucionales, otras sentencias —esta vez de Audiencias Provinciales— mantienen una línea más correcta. Así, la SAP de Alicante de 17 de febrero de 1995, considera ilícita la actuación de la Guardia Civil, que no se limitó a las diligencias de identificación de un ciudadano que se encontraba en un bar tomando una consumición sin dinero, identificación que efectivamente se logra, sino que procede a la detención y traslado a las dependencias del puesto de la Guardia Civil. Después de obtener la identificación, y proceder a su cacheo, sin que se justifique esta actuación, ni conste el motivo del cacheo, es cuando se encuentra una tarjeta del Hostal Portugal de Alicante, de la que deriva la investigación y ocupación de cocaína. Se dice, con razón, que es posible la detención por sospechas de que se está cometiendo un delito, pero en ningún caso la LOPSC permite interrogar o investigar a la persona sobre más que los extremos que afectan estrictamente a su detención. Por lo que la detención y posterior cacheo, sin una cobertura justificativa de su actuación, como sería la racional creencia de cometer un delito, es ilegal. Esta sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Javier Prieto Lozano que indica que las sospechas han de ser razonables y los profesionales disponen para ello de una formación y praxis específica con las que adquieren unas reglas de experiencia que les permiten valorar importantes datos y circunstancias que para el común de las personas pueden parecer intrascendentes, pasando el raciocinio para el experto con frecuencia, del dato a la conclusión de un silogismo directo no siempre fácil de expresar y en segundo término que “toda sospecha que diligencias ulteriores revelan como acertada, debe de considerarse fundada pues no hay mayor fundamentación que la evidencia” (el subrayado no pertenece al

texto). Es claro pues que las sospechas que en el presente caso abrigaron los agentes policiales y que les llevaron a la práctica de los indicados cacheos, y sobre todo el practicado en la persona del procesado podrían ser calificadas, y dado el resultado obtenido, como racionales.

En una posición similar se desenvuelve la SAP de Sevilla de 16 de febrero de 1995, al considerar que la retención para la práctica de una prueba de alcoholemia, o la retención en la vía pública a efectos de identificación no constituyen detención *strictu sensu*, más cuando un ciudadano se le coge por los brazos por dos agentes policiales, se le introduce en un vehículo policial y se le traslada a las dependencias policiales, tal actuación no puede ser entendida sino como detención (Cfr. sentencia citada). En el caso concreto, el ciudadano mostró un documento que acreditaba la titularidad del ciclomotor y solicitó la identificación del policía. "Ninguna justificación tenía la detención, más allá del arbitrario y caprichoso deseo del policía local de trasladarlo a las dependencias policiales".

Ésta es la situación actual de la jurisprudencia sobre las restricciones temporales de la libertad. Como se observa, tras la aparición de la LOPSC se admite generalmente la "retención" con el fin de proceder a la identificación del presunto autor de la comisión de una infracción administrativa.



CAPÍTULO 5

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las**I. Determinaciones previas**

El día 2 de julio de 2003 entró en vigor la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, al día siguiente de su publicación en el BOE. Su confesado propósito, según la Exposición de Motivos, es “perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respecto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución. Pero además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad”. A continuación, se analizarán los medios se han dispuesto para lograr una mayor eficacia en esa lucha contra la criminalidad, centrada en “las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad”: la modificación del límite máximo absoluto de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años, y la creación de obstáculos para que determinados delincuentes accedan al tercer grado y a la libertad condicional, lo que puede suponer que esos cuarenta años lo sean de cumplimiento efectivo, esto es, sin permisos y sin acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. Y, como veremos, para llegar a este objetivo lo que se ha hecho es debilitar los principios de seguridad jurídica y de igualdad.

La presencia activa de una organización terrorista en nuestro país ha llevado a que, desde hace años, se sitúe en el centro de la discusión político-criminal la cuestión acerca de cuáles son las medidas penales más efectivas para hacerle frente. De hecho, ésta no es la primera reforma que experimenta el CP de 1995 en materia de delitos de terrorismo.

Basta citar la LO 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el CP y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que da nueva redacción a los arts. 170 y 514 CP, así como al art. 790.1 LECrim; la LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM), en relación con los delitos de terrorismo, que modifica los arts. 40, 266, 346, 351, 504, 505, 577, 578 y 579 CP; o la LO 20/2003, de 27 de diciembre, de modificación de la LO del Poder Judicial y del CP, que introduce los arts. 506.bis, 521.bis y 576.bis CP, claramente pensados para hacer frente a la actitud adoptada por el Gobierno vasco a raíz de la ilegalización de Batasuna, derogados por la LO 2/2005, de 22 de junio, sin que llegaran a ser aplicados una sola vez.

Al hilo de estas reformas en materia de terrorismo, que en España suscitan un apoyo mayoritario entre la opinión pública y los partidos políticos de implantación nacional, tanto los proyectos de

modificación de la legislación procesal y penal actualmente en tramitación, como las reformas procesales y penales ya en vigor y la reforma penal que es objeto de este comentario aprovechan para meter en el mismo saco del terrorismo la delincuencia organizada y los delitos graves, lo que pone de manifiesto la capacidad expansiva de este subsistema penal de excepción. También se ha de tener presente que la reforma que se comenta se enmarca en la “guerra” contra el terrorismo emprendida por Occidente tras el ataque contra las Torres gemelas de Nueva York de 11 de septiembre de 2001, ataque que ha dado lugar a una reacción mayoritariamente de signo *pro securitate y contra libertatem* en el seno de los estados y de las sociedades que se han sentido afectadas. En este marco no han faltado voces a favor de aplicar el derecho de guerra en la lucha contra el terrorismo, lo que no significa tanto “civilizar” el Derecho penal, como se quiere presentar interesadamente (vid. en este sentido SCHNEIDER 499 ss), cuanto desinformalizarlo y despojarlo de garantías y principios que dificultan el castigo de este tipo de criminalidad.

Y es que la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en el CP parecen ser notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada.

Pues bien, el objetivo de este apartado es analizar si la reforma del CP español operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, se orienta hacia la creación de un subsistema penal de emergencia para terroristas y delincuentes organizados, que se pueda encuadrar dentro del llamado Derecho penal del enemigo. Si lo único que con ella se pretende es la inocuización de cierto tipo de delincuentes, saltándose a la torera toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, y hacer un guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas, cuando no creadas, por los medios de comunicación, habremos de llegar a la conclusión de que no es legítima ni defendible desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Por el contrario, si con ella se pretenden y se pueden alcanzar fines preventivos únicamente hemos de comprobar que se respetan otros principios que garantizan la racionalidad de las sanciones, y en particular los de humanidad y proporcionalidad de las penas.

Por tanto, mejor que proceder a un análisis desde parámetros constitucionales, que se suele revelar poco fructífero dado el nivel de abstracción y ambigüedad de las normas constitucionales, parece más interesante determinar si las medidas que se han introducido contribuirán a la prevención del delito. Avancemos que “en el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas ‘endógenas’ muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión” (Cancio Meliá 90).

2. Las reformas sustantivas en la duración y ejecución de la pena privativa de libertad.

Las reformas sustantivas en la ejecución de la pena privativa de libertad operadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, que afectan a la duración máxima de la pena de prisión y a las condiciones para obtener permisos de salida y para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, se incardinan en la tendencia a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho penal de enemigos para el terrorismo y la delincuencia organizada. Como veremos a continuación, es un Derecho carente de legitimidad que

además no sirve para nada en términos preventivos, salvo que confundamos prevención con retribución o con inocuización, que es “el fin que tiñe por completo la reforma que propone el Gobierno. Precisamente, la propia denominación como ‘Código Penal de la seguridad’ alude a ella” (Roca Agapito 1-3). En efecto, existe una apariencia de que la intervención penal va en verdad a producir efectos, y efectos legítimos para la salvaguarda de bienes jurídicos, pero en realidad no es así (Díaz Pita/Faraldo Cabana 127). Esto es lo criticable. Y lo es por constituir un engaño a la ciudadanía, amparado en el espíritu de venganza que la anima ante la impotencia que se experimenta frente a los atentados terroristas, y en el miedo. La eficacia es la única posible legitimación que puede alegar a su favor el Derecho penal de enemigos, de forma que si se comprueba en la práctica que no tiene efectos preventivos de ningún tipo no queda sino rechazarlo tajantemente (Dencker 266).

En primer lugar, la LO 7/2003, de 30 de junio, aumenta el límite máximo de duración de la pena privativa de libertad en el concurso real de delitos, o “aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo” (art. 76.2 CP). Ese límite pasa de treinta a cuarenta años “cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años” (art. 76.1.c) CP), y “cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años” (art. 76.1.d) CP). Estamos prácticamente ante una prisión perpetua (Maqueda Abreu 9) que puede infringir la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE.

Ya sobre el límite de los treinta años anterior a la reforma se habían pronunciado críticamente numerosos autores (cfr. Cuerda Riezu 855, que lo califica de desmesurado; o González Rus 998, que lo considera difícilmente compatible con la necesaria orientación de las penas a la reinserción social).

La STC 91/2000, de 30 de marzo, vino a decir que la calificación de una pena como inhumana o degradante no está determinada exclusivamente por la duración, sino que debe analizarse el contenido material que depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, de forma que únicamente si el cumplimiento de la pena impuesta supone o acarrea sufrimientos de especial intensidad o provoca una humillación o envilecimiento que alcance un nivel determinado, superior al que suele aparejar la simple imposición de una condena, cabría hablar de penas inhumanas o degradantes. Criterios recogidos en otras resoluciones del mismo Tribunal, como la STC 65/1986, de 22 de mayo (FJ 4º), y del TEDH, como las sentencias del TEDH de 25 de abril de 1978, caso Tyrer contra Reino Unido, y 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido, entre otras. Algún autor afirma que, a la vista de esta jurisprudencia, “la elevación de las penas establecidas en la ley que se comenta no podría considerarse con el calificativo de ‘inhumana o degradante’” (González Pastor 1020). Esta posición ha sido sostenida también por el Consejo General del Poder Judicial (Consejo 23-29). Sin embargo, no convence. La elevación del límite máximo sumada a la imposibilidad o dificultad extrema para ciertos colectivos de delincuentes de acceder al tercer grado y a la libertad condicional y de obtener permisos de salida supone un cambio fundamental en el contenido material de la pena de prisión. Ciertamente existen algunos correctivos, como la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados mayores de setenta años o enfermos muy graves con padecimientos incurables que reúnan los requisitos contemplados en los arts. 90 y 91 CP, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras partes, pero debe tenerse en cuenta que se trata de medidas potestativas para el juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que limita su eficacia.

Por otra parte, no olvidemos que, de todas formas, antes de la reforma ya era posible que un sujeto con varias condenas por hechos sin conexión, que no se juzgaron ni podían juzgarse en un solo procedimiento, cumpliera penas que superaban los límites previstos en el art. 76 CP para casos de concurso real o de hechos que, por su conexión o por el momento de su comisión, podían haberse enjuiciado en un solo procedimiento. Y nadie puso el grito en el cielo, en parte porque si se aplicaran los límites en todo caso estaríamos dando carta blanca para delinquir a los condenados que ya hubieran llegado a un límite máximo, pues sabrían que no podrían cumplir otra condena, lo cual sin duda destruiría el efecto preventivo de las penas.

Este aumento de la duración de la pena de prisión en el concurso real de delitos es una manifestación más del incremento en las actitudes punitivistas del legislador y de la ciudadanía que se aprecia en los últimos años no ya sólo en España, sino en todos los países occidentales.

Es difícil resumir las causas de este fenómeno. Sería demasiado simple atribuirlo al tratamiento de la criminalidad por parte de los medios de información, porque si bien la prensa suele reclamar expresamente sanciones más severas, o una aplicación más severa de la ley por parte de los Tribunales de Justicia, esa exigencia coincide normalmente con las convicciones ya existentes en la ciudadanía, que se limita a reforzar (Kury, 286).

En segundo lugar, se reforma el art. 36 CP para introducir el llamado “período de seguridad” en caso de condenas superiores a cinco años de privación de libertad, de forma que “cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”.

El límite de cinco años se cuenta respecto de la pena efectivamente impuesta en la sentencia condenatoria, y no de la pena prevista en abstracto para el delito de que se trate, lo que no significa que se trate en todo caso de delitos graves, puesto que una condena superior a cinco años puede deberse a que la suma de las penas en un concurso real de delitos menos graves supere esa cifra.

La introducción del período de seguridad había sido solicitada en España a raíz del escándalo producido por la inmediata clasificación en tercer grado de ciertos políticos condenados por el caso GAL y de delincuentes peligrosos que reincidieron. Rompe el modelo diseñado en la LOGP, que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato al tercer grado.

El art. 36.2 CP deroga parcialmente de forma tácita preceptos de la LOGP que no se han modificado para coordinarlos con el CP, en particular el art. 73.2 LOGP, que establece que “siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores”. Por su parte, el art. 72.4 LOGP declara que “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. El Consejo General del Poder Judicial propuso la modificación expresa de estos artículos para evitar contradicciones, pero su sugerencia no fue aceptada por el legislador (CONSEJO 38-39).

La nueva regulación tiene antecedentes en nuestro Ordenamiento. En efecto, ya desde antes de la reforma operada por la LO 7/2003 exige el Reglamento Penitenciario (RP) de 1996 el cumplimiento de una cuarta parte de la condena para acceder al tercer grado, norma general que presenta tres excepciones: 1ª) no es necesario en caso de condenas de hasta un año de duración, pues en estos casos la clasificación en tercer grado podía producirse inmediatamente tras el ingreso, según se deduce del art. 103.7, 8 y 9

RP; 2ª) el art. 104.4 RP permite que los penados que sean enfermos muy graves con padecimientos incurables sean clasificados en tercer grado “por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”; 3ª) tampoco es necesario esperar cuando haya transcurrido el tiempo suficiente para obtener un adecuado conocimiento del penado y por su personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, la duración de la pena, el medio social al que retorna, los recursos, facilidades y dificultades existentes y el momento, se pueda entender que la medida tendría efectos positivos para el buen éxito del tratamiento (art. 104.3 RP). Sólo ha sido implícitamente modificado el art. 104.3 RP por contradecir lo dispuesto en el art. 36 CP, ya que alude a internos que no tengan extinguida la cuarta parte de la condena o condenas, sin distinguir según la duración de la condena siempre que sea superior a un año, y ahora, tratándose de condenas superiores a cinco años, no se admite que el penado pueda pasar al tercer grado hasta que cumpla la mitad, aunque se le conozca bien y concurran, favorablemente calificadas, las variables que intervienen en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2 RP. Los demás apartados y preceptos se refieren a penados con condenas de hasta un año, por lo que no se ven afectados por la modificación del CP, que alude a penados con condenas superiores a cinco años, y a enfermos muy graves con padecimientos incurables, que siguen constituyendo una excepción a la aplicación del régimen general.

Por tanto, tratándose de condenas inferiores a cinco años pero superiores a uno la regla general es que el condenado no pueda ser clasificado en tercer grado hasta haber cumplido al menos una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto, y tratándose de condenas superiores a cinco años ha de haber cumplido al menos la mitad. El Consejo General del Poder Judicial justifica la reforma con argumentos basados en la prevención general positiva o integradora (CONSEJO 39-41), sin tener en cuenta que en la fase de ejecución de la pena deben primar las consideraciones de prevención especial.

A continuación el art. 36.2 segundo párrafo recoge una excepción a la aplicación del período de seguridad, y una excepción a la excepción: “El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador... podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”. Debemos entender por régimen general de cumplimiento la regulación del Reglamento Penitenciario, que prevé no conceder el tercer grado en condenas superiores a un año si no se ha cumplido una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto. Se hace necesario para acceder a ese régimen general que el reo haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 LOGP para considerar que ha observado buena conducta y existe respecto de él un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

El art. 72 LOGP también ha sido modificado en esta reforma, introduciéndose un nuevo apartado con la siguiente redacción: “5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del CP.

Esta regulación constituye una muestra más del interés que el legislador español está tomando en la satisfacción de los intereses de las víctimas, junto con la exigencia de pago de la responsabilidad civil para obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, contenida en el art. 81.3 CP, la necesidad de tener en cuenta del esfuerzo por reparar el daño causado a la hora de proceder a la sustitución de las penas privativas de libertad, como establece el art. 88.1 CP, o las causas de levantamiento y atenuación de la pena previstas tanto en la parte general como en la especial del CP. Sin duda el pago de la responsabilidad civil, enmarcado en la reparación de los daños causados por el delito, puede tener efectos preventivo generales y preventivo especiales, por lo que no resulta descabellado asociarlo al juicio de peligrosidad que se realiza a la hora de efectuar el pronóstico de reinserción social.

En efecto, la reparación del perjuicio causado contribuye a la reafirmación del ordenamiento jurídico poniendo de manifiesto, además, una menor necesidad de pena, e incluso en ocasiones la total ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, en particular cuando obedece a un móvil de arrepentimiento o de reconciliación con el Derecho, si bien la valoración positiva de los móviles no es necesaria para afirmar la voluntariedad. La reparación obliga al autor a enfrentarse con su víctima, que deja de ser un sujeto abstracto y anónimo, lo que puede dar lugar a una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización (ROXIN 152-153). Por otra parte, siempre desde el punto de vista de la prevención especial, son evidentes los efectos positivos que supone la reparación para el delincuente, desde el momento que le permite evitar las consecuencias negativas que derivan de una estancia más o menos prolongada en prisión (Bustos/Larrauri 25; Maier 37; Silva Sánchez 352). Desde el punto de vista de la prevención general, la comunidad entiende que no se trate igual a quien delinque y no paga la responsabilidad civil que a quien delinque y repara. Debe puntualizarse que aunque no se prevé el caso de que el condenado sea insolvente, como sí sucede en el art. 81.3 CP al regular la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, es obvio que esta circunstancia, debidamente acreditada, no puede ser obstáculo para acceder al régimen general.

Un apunte al margen: es obvio que esta exigencia de pago de la responsabilidad civil derivada del delito para acceder al tercer grado va a afectar de modo decisivo a determinados delincuentes, como los que cometen delitos económicos (contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra la propiedad intelectual) o contra los derechos de los trabajadores (Maqueda Abreu, 9).

Esta posibilidad de aplicar el régimen general de cumplimiento existe únicamente “cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales”. En estos casos no sólo no existe excepción alguna al período de seguridad, sino que “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario... requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfac-

ción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades” (apartado 6 del art. 72 LOGP, introducido por la LO 7/2003).

Esta regulación parece estar inspirada en el art. 4.bis de la Ley Penitenciaria italiana, que impide la aplicación de medidas alternativas a la prisión para los “irreductibles” por el mero hecho de la falta de colaboración, además de permitir, cuando se den “graves motivos de orden y de seguridad pública”, suspender la aplicación del tratamiento, “lo que, por otro lado, no significa que la adopción de formas de cárcel dura, según los parámetros de la teoría de la pena —retribución o prevención negativa— que ya con la Reforma penitenciaria de 1975 se creía haber abandonado” (Moccia 23).

Al respecto conviene destacar, en primer lugar, que también los terroristas y delincuentes organizados deben pagar la responsabilidad civil que les corresponda como condición necesaria, que no suficiente, para conseguir el informe favorable de reinserción social.

En segundo lugar, en lo que respecta a la demostración inequívoca de haber abandonado los fines y los medios terroristas, se produce la vinculación de la progresión de grado a una opción político-ideológica, como es el rechazo de la violencia y de la pertenencia al grupo terrorista, que parte del entendimiento de que la delincuencia terrorista está estrechamente ligada a la asunción de una determinada ideología, de forma que, una vez rechazada ésta, el sujeto ya no es peligroso. Se premia esa opción ideológica, como demuestra el hecho de que no sólo hayan de rechazar los medios terroristas, básicamente el empleo de la violencia, sino también los fines, que pueden ser perfectamente legítimos y defendibles en el marco de un Estado de derecho siempre que se utilicen medios no violentos, como la independencia de una parte del territorio nacional.

Parece que no interesan tanto los hechos realizados como que el sujeto siga o no siendo un terrorista. “Dotar de relevancia penal a las opiniones políticas del acusado y... exigir un diagnóstico sobre su conciencia, contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos” (Ferrajoli [1987] 271). Y aunque puede alegarse que, en efecto, es relevante para efectuar el pronóstico de reinserción el que el sujeto esté desvinculado de la banda o el grupo terrorista y haya abandonado los fines y los medios terroristas, lo cierto es que las tasas de reincidencia de condenados a penas graves por delitos de terrorismo que no se han desvinculado formalmente de la banda es muy baja, por no decir inexistente. Por lo demás, la acreditación de la desvinculación puede hacerse por cualquier medio, como se desprende de la fórmula utilizada, “lo que podrá acreditarse”, que deja abierta la posibilidad de emplear medios distintos de los citados a título de ejemplo (Renart García 166-168).

En tercer lugar, además de desvincularse de la asociación u organización el condenado ha de colaborar activamente con la Administración de Justicia. Y, por cierto, lo que se le exige que haga, impedir la

producción de otros delitos, la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, etc., parece escasamente compatible con el hecho de que se trata de requisitos para el acceso al tercer grado, es decir, que el condenado ya ha cumplido la mitad de su condena, con lo que es dudoso que pueda suministrar información actualizada y relevante. A lo que se añade que con ello se prima la delación, que siempre se ha considerado un acto moralmente reprochable, y que supone una inversión de la carga de la prueba para el delatado, además de estimular las acusaciones falsas que persiguen únicamente el fin de obtener el beneficio. A ello se añade que la delación sólo es factible en muchas ocasiones para los cabecillas que conocen datos, no para los demás, es decir, se beneficia a quien más sabe, lo que no parece lógico. No faltan sin embargo los argumentos a favor de este tipo de medidas en el ámbito de la ejecución de las penas, ya que puede ser una solución coherente con las exigencias de un Derecho penal preventivo orientado a la reinserción social y a la evitación de futuros delitos. Estamos ante preceptos orientados a la lucha antiterrorista que pretenden favorecer la colaboración en la averiguación de los hechos y de los culpables y la evitación de futuras actuaciones delictivas.

En cuarto lugar, los requisitos del art. 76.2 LOGP para la clasificación en tercer grado de terroristas y delincuentes organizados coinciden completamente con los que prevé el art. 90.1 CP con carácter general para acceder a la libertad condicional, lo que es muestra no sólo de la precipitación del legislador, que le lleva a no coordinar el texto de dos artículos que se modifican en la misma reforma, sino también de la existencia de un derecho excepcional con requisitos más gravosos para cierta clase de delincuentes.

Se modifica el art. 78 CP para conseguir el cumplimiento íntegro de la pena de prisión en ciertos casos que la redacción anterior no abarcaba. Vayamos por partes. En primer lugar, se amplían los supuestos en que el cálculo debe basarse en la totalidad de las penas impuestas: si antes se mencionaban los beneficios penitenciarios y la libertad condicional, ahora se añaden los permisos de salida y la clasificación en tercer grado.

La inclusión de los permisos de salida se ha querido justificar diciendo que España “no puede seguir siendo el único país de la Unión Europea en el que al día siguiente de entrar en prisión se pueden conceder permisos penitenciarios a quien está condenado... por delitos muy graves”, en boca del Ministro de Justicia recogidas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria núm. 232, 6 de marzo de 2003, p. 11858, afirmación que es manifiestamente incorrecta, puesto que la concesión de un permiso ordinario de salida requiere no sólo un informe previo del equipo técnico y la no observación de mala conducta, lo que ya por sí solo supone el transcurso de un cierto lapso temporal, sino la extinción de la cuarta parte de la condena (arts. 47.2 LOGP y 154 RP).

En segundo lugar, sigue siendo potestativo para el juez o tribunal sentenciador “acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias” “si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas” (art. 78.1 CP). Ahora bien, este acuerdo se convierte en preceptivo “en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas”. Esto significa que siempre que el reo resulte condenado a más de 50, 60 u 80 años, según los casos, y por aplicación de los límites legales contemplados en el art. 76 CP sólo pueda cumplir respectivamente 25, 30 ó 40 años, será obligatorio para el juez o tribunal realizar el cómputo para

los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional atendiendo a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, y no al límite máximo de cumplimiento efectivo. Esta regulación supone que en algunos casos el condenado no llegará a disfrutar ni de beneficios penitenciarios, ni de permisos, por no hablar del tercer grado o de la libertad condicional, puesto que llegará antes al límite máximo de años que puede cumplir (25, 30 ó 40 según los casos) que a la mitad de la condena impuesta, que puede ser de cientos de años.

El art. 78 CP sólo es aplicable a los concursos reales de delitos y a los casos en que las penas se han impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo, como claramente se desprende de su dicción literal: “si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76...”.

Con el cumplimiento íntegro de las penas nos encontramos “ante una posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz “cara a la galería”. Y ello por varias razones: en primer lugar, no es cierto que la mayor duración en la ejecución de la pena tenga, en general, un efecto intimidatorio real. En segundo lugar, impide cualquier política penitenciaria al tener que prescindir de su arma más eficaz: el acortamiento de la duración de la pena y la aplicación de beneficios a cambio de un buen comportamiento y del respeto al orden público dentro del establecimiento penitenciario. Y, sobre todo, impide de manera absoluta dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución” (Carbonell Mateu, 17).

Teniendo en cuenta que esta regulación puede resultar manifiestamente desproporcionada en algún caso, la ley permite que “el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento” (art. 78.3 CP), esto es, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran nuevamente al límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable. Esta posibilidad incluida en el precepto “no altera las críticas acerca de su naturaleza híbrida, desafortunada e innecesaria, que siguen plenamente vigentes; en efecto, por un lado, pretende conciliar principios irreconciliables mediante una forzada técnica hermenéutica; por otro, su calidad de prescindible se desprende de la propia experiencia: el sujeto que mantiene intacta su peligrosidad, que sostiene una actitud abiertamente inadaptada, que no sólo no reconoce sus delitos sino que se vanagloria de los mismos, no accederá al 3º grado penitenciario ni, en consecuencia, disfrutará de libertad condicional porque no cumplirá los requisitos generales del art. 90 del CP” (Renart García, 110).

De esta excepción se exceptúan, valga la redundancia, los delitos de terrorismo contemplados en los arts. 571 a 580 CP y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, en cuyo caso “la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena” (art. 78.3 CP). Puede comprobarse aquí el afán retribucionista del legislador, que pretende que tanto los terroristas como los integrantes de organizaciones criminales que se encuentren en la situación contemplada en el art. 78 CP pasen en primer o segundo grado penitenciario el mayor tiempo posible, todo el de la condena si son peligrosos y cuatro quintas partes si no lo son y su pronóstico de reinserción es favorable, lo que a mi juicio resulta manifiestamente desproporcionado. Al respecto ha de señalarse además que si bien se intentó delimitar los delitos de terrorismo, no puede decirse lo mismo acerca de los deli-

tos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Pues, en efecto, ¿qué delitos se cometen en el seno de organizaciones criminales? ¿Sólo los de asociación ilícita? ¿Cualquier delito que contemple una agravante por organización (en España los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, blanqueo de capitales, defraudación tributaria, contra la Seguridad Social, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tráfico de drogas y precursores y tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, así como el contrabando)? ¿Cualquier delito en cuya comisión se compruebe de hecho la existencia de una organización, aunque el CP no contemple una agravante específica por este motivo? Como puede observarse, la indefinición, y por tanto la inseguridad jurídica, es extrema, como reconoce el Consejo General del Poder Judicial (Consejo 33).

Y en materia de libertad condicional se insiste en la misma línea, ya que aunque se mantienen sin modificaciones dos de los requisitos generales para su obtención, el encontrarse en tercer grado de tratamiento penitenciario y que se hayan extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta, se puntualiza respecto del tercero, consistente en que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que “no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, declaración que resulta redundante, puesto que ya se establece como requisito para acceder al tercer grado el pago de la responsabilidad civil, y si no se está en tercer grado no se puede acceder a la libertad condicional. Y a los terroristas y delincuentes organizados se les vuelve a imponer la misma condición de estar desvinculado de la actividad criminal que ya se prevé en la legislación penitenciaria para acceder al tercer grado. El desajuste y la superposición de requisitos no puede ser mayor: para acceder al tercer grado deben haber pagado la responsabilidad civil y estar desvinculados de la actividad criminal, exactamente lo mismo que para acceder a la libertad condicional, para lo cual es necesario que estén en el tercer grado.

El requisito general conforme al cual han de haberse extinguido las tres cuartas partes de la condena para obtener la libertad condicional puede sustituirse por la extinción de dos tercios, siempre que el sujeto merezca el beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91.1 CP). Pues bien, esta excepción no es aplicable a terroristas y delincuentes organizados, a los que tampoco es posible acceder al adelantamiento de la libertad condicional que prevé el art. 91.2 CP: “A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”. “Ninguna otra justificación que no sea el puro retribucionismo puede fundamentar la exclusión de los colectivos referenciados de la posibilidad de acceder a la libertad condicional de un modo anticipado” (Renart García 189). No otros son los motivos que llevan al legislador a imponer esta forma agravada de ejecución de las penas privativas de libertad sólo a terroristas y delincuentes organizados, porque en mi opinión no hay otra razón para meter en el mismo saco a estas

dos categorías de delincuentes que el intento de enmascarar que se crea una legislación especial para terroristas. Es prueba de que sólo se piensa en los terroristas el que el art. 90.1 CP, al puntualizar cuándo se entiende que hay pronóstico de reinserción social mencione los fines y medios de la actividad “terrorista”, la comisión de otros delitos “por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista”, responsables “de delitos terroristas”, etc., olvidándose de la delincuencia organizada común.

Con el fin de cerrar el sistema así diseñado se introducen dos nuevos apartados en el art. 93 CP, los núms. 2 y 3, que regulan la revocación de la libertad condicional concedida a terroristas: “2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo..., el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en dicho período de libertad condicional el condenado delinquire, inobservare las reglas de conducta o incumpliere las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda. 3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”. En el caso de estos delincuentes se añade una causa de revocación a las ya previstas con carácter general para el resto de la población carcelaria, y es el incumplimiento de las condiciones que les permitieron el acceso a la libertad condicional, alusión que no puede sino referirse a la desvinculación respecto del grupo terrorista. Dándose cualquiera de las tres causas de revocación, la consecuencia es que el penado reingresa en prisión “con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional”, previsión que de nuevo pone de manifiesto el puro retribucionismo que se practica respecto de estos delincuentes, sin que se tenga presente si en efecto están desvinculados o no del grupo terrorista, si únicamente incumplieron una de las condiciones impuestas por el juez, si el incumplimiento tiene explicación, se ha producido una sola vez o es reiterado, etc., etc.

3. Las reformas procesales en materia de ejecución de la pena de prisión

Se añade un nuevo apartado quinto a la Disposición adicional quinta de la LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, con el fin de que “cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión”. Con él se quiere hacer frente a la indignación popular que ha provocado la concesión del tercer grado o de la libertad condicional a terroristas no arrepentidos y a delincuentes peligrosos, pese a la oposición del Ministerio Fiscal, pues el recurso que éste pudiera presentar no tenía efectos suspensivos y no impedía, por tanto, la excarcelación. Con el fin de que la situación no se eternice, el segundo párrafo añade que “los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente”.

No me parece que deba suscitar problemas esta cuestión. El Consejo General del Poder Judicial ha declarado que “no hay óbice constitucional para que la resolución que decreta la excarcelación anticipada del penado como consecuencia de una progresión de grado puesta en tela de juicio en el recurso de apelación, no sea de ejecución inmediata con el solo dictado de la resolución recurrida” (50-51). Falta por ver si en verdad se va a garantizar la rapidez en la tramitación del citado recurso de apelación.

4. ¿Efectos retroactivos de la reforma?

De acuerdo con la Disposición transitoria única de la LO 7/2003, “lo dispuesto conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena”.

Esta disposición plantea el problema de si las condiciones y circunstancias de la ejecución de la pena forman parte de su contenido hasta el punto de poder afirmarse que un cambio desfavorable al reo, como el que se ha producido, no puede ser aplicado a condenados que cumplen sentencia por hechos delictivos anteriores a su entrada en vigor o en virtud de condena anterior a su entrada en vigor por impedirlo el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales recogido en el art. 9.3 CE.

El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables se relaciona con los conceptos de delito, culpabilidad y pena, y con el principio de legalidad. El efecto retroactivo no sólo haría perder a la conminación penal abstracta su función preventiva, sino que lesionaría la seguridad jurídica de los ciudadanos, desde el momento en que éstos no podrían actuar con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, viéndose sorprendidos *a posteriori* por una norma que no podían conocer en el momento de la acción, porque no existía.

Pues bien, se ha defendido que la Disposición transitoria que nos ocupa no supone retroactividad, sino retrospección, y que además no es restrictiva de derechos, porque eso supondría que existe previamente un derecho y no una mera expectativa.

El Consejo General del Poder Judicial, basándose en la jurisprudencia del TC, habla de retrospección o retroactividad impropia para referirse a aquellas disposiciones legales que con posterioridad “pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas”, frente a la retroactividad auténtica, que supondría “anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley”, concluyendo que en el primer caso “la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico”, mientras que en el segundo “la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio” (51 ss). Esta apelación al bien común no supone ni más ni menos que sustituir la razón jurídica por la razón de Estado, aceptar un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no de carácter jurídico sino político, no subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías sino supraordenado a ella (Ferrajoli, 808). Es incongruente afirmar la estricta y absoluta prohibición de retroactividad para después admitir algunas limitaciones, pues ¿cómo puede algo ser absoluto pero limitado, estar dotado de carácter absoluto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse? Los principios pierden su valor cuando se flexibilizan o, en caso necesario, se apartan: dejan de ser principios. Y aun cuando aceptáramos que la prohibición de retroactividad deba admitir excepciones en supuestos extremos, lo cierto es que no nos encontramos ante uno de esos casos límite. El “bien común” al que alude el Consejo no es más que el afán punitivista de ciertos sectores socia-

les voceado y exacerbado por los medios de comunicación y por el legislador. Y lo mismo cabe decir, en caso de que se trate de retrospcción y no de retroactividad, de la ponderación de bienes que según el Consejo ha de llevarse a cabo caso por caso, teniendo en cuenta la seguridad jurídica y los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico.

La distinción entre retroactividad y retrospcción es artificial. Lo que resulta decisivo es determinar si el delincuente que ha sido condenado a pena de prisión tiene derecho a que se le aplique el régimen penitenciario existente en el momento de la comisión del hecho delictivo o de la condena, y no uno desfavorable para él que entre en vigor en un momento posterior.

Cuando entró en vigor el CP de 1995 se suprimió el beneficio de la redención de penas por el trabajo, lo que supuso una modificación que afectó al modo de ejecución de la pena. Sin embargo, se siguió aplicando a todos aquellos delincuentes con condena anterior a la entrada en vigor del CP de 1995 aunque en dicha fecha no lo estuvieran disfrutando, sea porque estaban en prisión provisional, sea porque se encontraban en primer grado y no podían acceder a él, sea porque en aquel momento no cumplían los requisitos pero después sí.

De esta forma, aunque el preso aún no haya accedido al tercer grado o a la libertad condicional tiene derecho, y no una mera expectativa, a que no se modifique en sentido desfavorable el régimen penitenciario que se le aplica, pues si con él tenía derecho a que no se le mantuviera en un grado inferior cuando por su evolución merecía la progresión es obvio que el cambio operado, que atiende estrictamente al tiempo de condena cumplido, al menos hasta que transcurra la mitad de la condena, le afecta de forma desfavorable, violando su derecho a la seguridad jurídica y a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales. Lo mismo puede decirse de los nuevos y más estrictos requisitos para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. La ley penal más favorable al reo debe ser ultractiva respecto de la más desfavorable si es más antigua que ésta.

En conclusión, la reforma debe aplicarse a condenas futuras por delitos futuros y a condenas futuras por delitos pasados, pero no a condenas pasadas. Lamentablemente no es esto lo que está sucediendo en la práctica.

En fin, nos encontramos ante un retorno a posiciones puramente retribucionistas, que se limitan a una exasperación de la gravedad de las penas y de las condiciones de su ejecución que recuerdan la posición mantenida por Binding, representante cualificado de una concepción de la pena desprovista de todo fin preventivo, o, desde otra perspectiva, por Von Liszt, partidario de la inocuización de los reincidentes mediante privación de libertad de duración indefinida, en relación con los delincuentes habituales o incorregibles, a principios del siglo XX. Desde entonces se ha vivido el esplendor del principio de resocialización, que llevó a su constitucionalización en el art. 25.2 CE, y su abandono, más o menos soterrado pero cada vez más evidente, en el CP y en la normativa penitenciaria. Para combatir una forma de delincuencia de las características del terrorismo, que supone un ataque a las bases del sistema democrático, se opta por supeditar los principios garantistas del Derecho penal contemporáneo a la efectividad de la intervención penal, de suerte que la excepcionalidad se justifica por la “defensa del Estado de derecho” o de la democracia. Sin embargo, el Estado de derecho no es un fin sino un medio y no puede defenderse mediante su negación.

La situación que estamos viviendo no es un fenómeno nacional, ni siquiera europeo. Están cambiando las reglas de juego. El “bien común”, la razón de Estado, identificada con la conservación y el acrecentamiento de su potencia, tienden a convertirse en el fin primario e incondicionado de la acción

de gobierno. El “enemigo” ha de ser suprimido en aras del interés general, sin reparar en el respeto a los principios que informan el Estado de derecho. Frente a ello hemos de reafirmarnos en que “la razón jurídica del Estado de derecho... no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas —si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas— no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los *medios*, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el *fin* no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono” (Ferrajoli [1995] 830).

CAPÍTULO 6

La Circular 21/96: análisis normativo y valorativo del “régimen penitenciario” FIES (Fichero de Internos de Especial Seguimiento)

I. Análisis normativo de la Circular FIES

I.1. Concepto, surgimiento y características de FIES- I CD

En la teoría, el FIES constituye un fichero de datos de diferentes presos o internos en el cual han sido incluidos por ser extremadamente peligrosos según Instituciones Penitenciarias, o por haber cometido una particular y concreta actividad delictiva considerada de especial gravedad. Las siglas FIES corresponden directamente a “Fichero de Internos de Especial Seguimiento” y la referencia a “-1 CD” lo es a uno de los cinco grupos en los que se divide dicho fichero que corresponde a los denominados “internos de Control Directo (CD)” y en los que se incluyen a aquellos internos que son considerados especialmente conflictivos y peligrosos y que han protagonizado o inducido la realización de alteraciones de tipo regimental muy graves que pusiesen en peligro la vida o la integridad física de los funcionarios, autoridades o personal ajeno a la institución penitenciaria. Sin embargo, más allá de lo que una simple referencia a un *fichero* pueda parecer, el FIES supone, tal y como se dejará constancia a lo largo de esta exposición, un régimen penitenciario encubierto, es decir, la implantación de unas normas o reglas de conducta sobre los presos en él incluidos de las cuales muchas de ellas son más duras y restrictivas de derechos que las reglas de régimen cerrado o de departamentos especiales recogidas legalmente en la LOGP de 1979 y en el vigente RP de 1996 (Moreno / Zamoro, 1999, p. 163 y Aymerich, 1997, p. 90).

Antes de cualquier análisis sobre el contenido y características del denominado FIES-1 CD, es necesario efectuar una breve exposición, en sentido global, de la evolución histórico-normativa de los FIES para determinar, entonces, cuál fue el momento de gestación del subgrupo que constituye el objeto de nuestro estudio.

Los FIES fueron creados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP). La primera referencia expresa que normativamente se hizo del término FIES se remonta a la Circular de 6 de Marzo de 1991 sobre creación de FIES RE y NA, referido a reclusos muy peligrosos, régimen especial y narcotraficantes. No obstante, la circular suponía la ampliación a estos reclusos de un sistema de control, consistente en la cumplimentación de fichas de seguimiento, creado dos años antes para los internos por delitos de terrorismo a través de la Circular de 13 de Noviembre de 1989 sobre remisión de datos de internos de bandas armadas. Además de las disposiciones referentes a los datos que debían incluir las fichas de internos, la mencionada circular del año 1991 ya establecía la intervención de las comunicaciones de los presos clasificados en primer grado. Pero aún en el mismo año, se sucedió la aparición de otras circulares referentes a los FIES como fueron la Circular de 28 de Mayo sobre medidas de vigilancia y seguridad especiales para internos FIES, la de 13 de Septiembre sobre normas de

aplicación a internos FIES-RE cuando sean trasladados por razones judiciales, cumplimiento de condena, regimentales, etc., y la de 2 de agosto sobre normas comunes tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento con aplicación del art. 10 LOGP. Todas estas circulares establecían restricciones importantes de derechos (dos horas de patio diarias en grupos de dos internos, cacheo antes y después de cada salida de la celda, requisa diaria, obligación de situarse al fondo de la celda ante la presencia del funcionario en la salida de cada interno de la celda..., tal y como señala la última de las circulares citadas para los que considera reclusos más peligrosos o en “primera fase”) por lo que fueron criticadas con dureza ya que “desarrollaban el primer grado mucho más allá de lo que establecían la Ley y el Reglamento Penitenciario, con lo cual se estaba creando un nuevo grado de clasificación fuera de la cobertura legal necesaria y en todo caso una cárcel dentro de la cárcel.” (Cervelló, 2001, p. 135).

Este momento de promulgación de circulares coincidió con una serie de sucesos violentos con reclusos en diferentes prisiones estatales en forma de motines e intentos de fuga que provocaron que las normas de las circulares se aplicaran de una forma más contundente y con carácter más restrictivo, lo que desembocó en nuevas críticas, doctrinales y jurisprudenciales, a dicho sistema penitenciario y en el procesamiento, sin éxito condenatorio, de varios funcionarios de prisiones (SAP de Sevilla de 16 de Junio de 1996 y STS de 2 de Marzo de 1998 (RJ 1998//1759)). Ante este universo crítico, la DGIP dictó la Circular de 28 de Febrero de 1995, en la cual se hizo por primera vez alusión al grupo FIES-1 CD (Control Directo) y que, en algo más de un año, fue refundida, junto con todas las circulares promulgadas con referencia al régimen FIES, en la actual Circular 21/96, de 16 de diciembre de 1996, en la que se sigue haciendo mención al grupo FIES-1 CD. Con la promulgación de esta Circular se vino a cumplir con el mandato impuesto por la disposición transitoria cuarta del RP del año 1996 que instaba a proceder a la refundición, armonización y adecuación de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas por la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios en materia —en palabras de la Circular 21/96— de régimen y seguridad, con el objeto de coordinar y completar las normas de control y prevención establecidas en el mismo (Brandariz, 2002, p. 23 y 24, Cervelló, 2001, p. 133 a 137, Moreno / Zamoro, 1999, p. 163 a 165 y Fernández Arévalo, 1994, p. 326 a 328). Por tanto, la regulación del FIES se ha ido desarrollando desde su nacimiento hasta la actualidad a través del instrumento jurídico de la Circular lo que ya de entrada, al recoger disposiciones referentes a derechos y libertades, choca con el principio de legalidad al carecer del rango necesario para regular tales materias —cuestión que se analizará más adelante—.

La Circular cataloga de forma expresa al FIES como una “base de datos de carácter administrativo” creada y gestionada por la DGIP, en la que, como tal, su función consiste en la obtención de datos sobre determinados presos considerados como potencialmente desestabilizadores del orden y la seguridad de los establecimientos penitenciarios (Brandariz, 2002, p. 25). Su intención, por tanto, es la de disponer de una amplia información que se localice de forma ágil y segura sobre dichos internos, referente a su situación penal, procesal y penitenciaria, que permita conocerlos mejor para efectuar un control más adecuado frente a posibles actitudes delictivas o potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario sin que, en ningún caso, como expresamente recoge la Circular, la inclusión del interno en el fichero “prejuzgue su clasificación, vede el derecho al tratamiento de los internos, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquél que reglamentariamente le venga determinado”.

Sin embargo, lejos de simplificarse o limitarse a dicha función recopiladora de datos de presos de carácter peligroso en aras a un mejor seguimiento de su estancia en prisión, a lo que no creo que se pueda objetar nada en contra (Fernández Arévalo, 1994, p. 329), el FIES supone la aplicación a los internos en

él incluidos de una serie de normas o reglas de conducta relacionadas con lo que constituye su día a día en prisión. Este carácter normativo se puede apreciar con la sola lectura del índice de la Circular 21/96. En su número 1A se recogen unas “normas de seguridad relativas a internos incluidos en el fichero de internos de especial seguimiento (FIES)”, en el que se incluyen, entre otras, reglas relativas a solicitudes para consultas médicas externas o sobre la remisión de documentos intervenidos y comunicaciones. Además, la Circular recoge otras normas destinadas a los internos en departamentos especiales o en centros o módulos de régimen cerrado (número 1B1) y otras para el “control de internos considerados conflictivos y/o peligrosos” (núm. 1B2), siendo también de aplicación para algunos de los internos incluidos en FIES.

Por todo ello, no se puede negar la doble naturaleza de FIES: a) como fichero de control y seguimiento basado en la recopilación de datos de determinados internos y b) como régimen penitenciario, podría considerarse “encubierto”, aplicable a los reclusos en él incluidos.

1.2. Sujetos incluidos en el subgrupo FIES-I (CD) y en fies en sentido genérico: relación con los sujetos descritos en la legislación penitenciaria.

La base de datos del FIES se estructura en cinco grupos en los que son incluidos diferentes tipos internos. Dicha clasificación responde principalmente a la comisión de algún delito concreto de especial repercusión social aunque también se clasifica en referencia a otras características o factores de los internos como su especial peligrosidad o su pertenencia a bandas armadas. Los cinco grupos FIES son:

- 1º) FIES-1 CD (Control Directo), en el que se incluyen todos aquellos internos especialmente conflictivos y peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la institución penitenciaria tanto dentro como fuera del Centro con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos.
- 2º) FIES-2 NA (Narcotraficantes), en el que se incluyen todos aquellos internos, presos o penados, presuntos o autores de delitos de narcotráfico u otros delitos íntimamente ligados a éstos, como el blanqueo de dinero o la evasión de divisas, cometidos por grupos organizados, y aquellos que, según las fuerzas de seguridad, colaboren con o apoyen a estos grupos.
- 3º) FIES-3 BA (Bandas Armadas), en el que se incluyen todos aquellos internos vinculados a bandas armadas o grupos terroristas y aquellos que, según las fuerzas de seguridad, colaboren con o apoyen a estos grupos.
- 4º) FIES-4 FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de Instituciones Penitenciarias), en el que se incluyen los internos que pertenecen o han pertenecido a alguno de estos colectivos profesionales.
- 5º) FIES-5 CE (Características Especiales), en el que son incluidos varios tipos de reclusos: temporalmente, aquellos que evolucionen de forma muy positiva en el colectivo CD (Control Directo); internos vinculados a la delincuencia común internacional; autores o presuntos responsables de delitos contra la libertad sexual que hayan sido extraordinariamente violentos y que hayan provocado una importante alarma social y finalmente los reclusos ingresados por negarse a realizar el servicio militar o la prestación social sustitutoria.

Como se puede apreciar, el último grupo de reclusos citado en el colectivo FIES-5 CE ya no tiene sentido alguno, toda vez que la acción descrita ha dejado de ser constitutiva de delito. Además, el

grupo FIES-4 FS responde a una finalidad completamente diferente que la que inspira el resto de grupos, ya que lejos de reunir a internos especialmente peligrosos o que han cometido delitos de enorme o alarmante peligro, en él se incluye a unos internos que van a recibir un trato diferenciado y apartado del resto de reclusos por temor a que sufran represalias por su pasado o presente profesional.

Sin duda alguna, el subgrupo FIES-1 CD, al cual se circunscribe de forma especial el presente trabajo, es el grupo con más trascendencia, pues en él se incluye al conjunto de internos conflictivos y de carácter complicado o considerado extremadamente peligroso, que son los que en la práctica reciben con toda dureza el conjunto de normas de conducta y régimen de vida que incluye la Circular. El grupo de internos descrito que se incluye en el FIES-1 CD coincide con el destinatario de la modalidad de vida en departamentos especiales del régimen cerrado descrito en el RP.

Como aclara este reglamento en su artículo 74, el régimen cerrado, el más restrictivo y limitador de derechos fundamentales de los tres regímenes legalmente establecidos, será de aplicación a los penados clasificados en primer grado por su “peligrosidad” extrema o por su manifiesta “inadaptación” a los otros regímenes comunes (ordinario y abierto) apreciadas, tal y como requiere el art. 10.1 LOGP, por causas objetivas y en resolución motivada. El carácter restrictivo de sus normas y las estrictas reglas de conducta y organización, que convierten a dicho régimen en excepcional, deberían exigir el establecimiento de unos términos, referentes a su ámbito subjetivo de acción, menos indeterminados que los utilizados (“peligrosidad” e “inadaptación”) (AYMERICH, 1997, p. 89 y Muñagorri, 1991, P.223). Por ello, consideramos que habrá que atender de forma especial a que la peligrosidad sea realmente “extrema” y, además, “criminal”, y que la inadaptación sea “grave, permanente y manifiesta” (CERVELLÓ, 2001, p. 122, RÍOS MARTÍN, 2002, p. 53 y PÉREZ CEPEDA, 2001, p. 202), es decir, que tenga una importante continuidad en el tiempo y que ponga de manifiesto, con base en datos objetivos y probados, que el interno es incapaz de desenvolverse en un régimen de convivencia ordenada y de acatar sus normas regimentales, lo que se manifestará en la contumacia en la comisión de faltas regimentales muy graves y graves (RODRÍGUEZ ALONSO, 2003, p. 193 y 194). Con referencia a la “peligrosidad” de las personas, ésta deberá comprobarse a través de un estudio personalizado, objetivo y riguroso, del Equipo Técnico que centre su atención, no únicamente en los delitos cometidos por el interno previamente en el exterior o en la reiteración de los mismos (lo que sí podrá servir de indicio), sino en que de no tomarse la medida existiría un previsible e inmediato conflicto contra la convivencia, la vida o la integridad de las personas, conflicto que ha de ser de especial e intensa gravedad ya que existen otros mecanismos para solucionar el conflicto violento como el aislamiento provisional (RÍOS MARTÍN, 2002, p. 52).

En los arts. 89 a 95 se recogen las normas por las que va a estar regida la vida en prisión de estos reclusos sometidos al régimen cerrado. En ellos se prevé una doble modalidad de vida dentro de dicho régimen (art. 91). Por un lado, la modalidad de vida en módulos o centros cerrados (regulada en el art. 94), destinada a aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes y, por otro, la modalidad de vida en departamentos especiales, más estricta y restrictiva (regulada en el art. 93), a cuyas normas se van a someter “aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los establecimientos y en los que se evidencie una peligrosidad extrema”. Como se puede apreciar, la descripción de estos internos coincide prácticamente con la de los internos incluidos en FIES-1 CD. Se diferencian en la referencia a la peligrosidad que en la Circular se recoge como una característica de la personalidad de los internos

y en el RP como una característica de la actividad concreta que constituye la alteración regimental realizada por aquéllos. Otra diferencia estriba en que la Circular precisa que cuando la alteración ponga en peligro la vida o la integridad de un sujeto fuera del Centro Penitenciario, lo será “con ocasión de traslados, diligencias u otros motivos”, mención que no efectúa el RP, lo que aclara que para la clasificación en FIES-1 CD sólo se tendrán en consideración las alteraciones efectuadas por sujetos que ya tienen la condición de preso y no las efectuadas con anterioridad al ingreso en prisión. Tal conclusión también se debe extraer, aunque no se recoja de forma expresa, del contenido del art. 91.3 RP cuando exige para aquella modalidad de vida, de forma acumulativa: a) ser penado clasificado en primer grado; b) protagonizar o inducir una alteración regimental grave; c) que ponga en peligro la vida o la integridad de los sujetos a los que hace mención y d) en la que se evidencie una peligrosidad extrema (ELÍAS ORTEGA, 1997, p. 123 y 124).

Lo cierto es que la Circular no muestra el adecuado y exigido rigor normativo cuando se refiere a un grupo de internos que prácticamente coincide con otro recogido en el RP pero sin hacerlo de forma exacta, lo que origina la duda sobre una equiparación entre ambos. Sin embargo, y a pesar de ello, no creo que tales diferencias impidan una consideración que establezca una plena identidad entre los internos descritos en los dos textos por lo que a ellos, es decir, a estos reclusos considerados extremadamente peligrosos y conflictivos, les será de aplicación un régimen penitenciario integrado por dos conjuntos normativos: las disposiciones reguladoras de la modalidad de vida en departamentos especiales del régimen cerrado (principalmente, art. 93 RP) y las normas reguladoras del FIES (BRANDARIZ, 2002, p. 11).

Con respecto al resto de los otros grupos FIES, lo cierto es que en ellos podrían ser incluidos tanto presos sometidos reglamentariamente al régimen cerrado en modalidad de vida en módulos o centros cerrados o incluso también internos sometidos al régimen ordinario. Dicha situación se daría, por ejemplo, en el caso de reclusos por narcotráfico o pertenecientes a bandas armadas que no hayan protagonizado o inducido la comisión de ninguna alteración regimental muy grave ni que hayan mostrado una manifiesta inadaptación a los regímenes ordinarios. De ello se deduce que no todos los internos incluidos en FIES están sujetos al régimen cerrado ni todos los internos sujetos a régimen cerrado están incluidos en FIES (FERNÁNDEZ ARÉVALO, 1994, p. 327).

1.3. Contenido normativo aplicable a los presos incluidos en el subgrupo FIES-I CD y al resto de reclusos de fies en sentido genérico.

Es momento, pues, de analizar y exponer el contenido de las disposiciones que establece la Circular 21/96 y que serán de aplicación a los sujetos reclusos mencionados en el punto anterior, aunque, como veremos, algunas de sus normas son de aplicación especial para algún concreto subgrupo de FIES. Sin embargo, antes de nada es necesario hacer mención a la francamente mala redacción de la Circular, la cual, tras preocuparse por clasificar a los internos en diferentes grupos FIES, a continuación no se ciñe a dicha clasificación a la hora de determinar los destinatarios de las normas y reglas de conducta que recoge. En más de una ocasión destina sus normas a grupos de internos definidos en la LOGP y en el RP (internos destinados en departamentos especiales o en centros o departamentos cerrados), por lo que se generan dudas con respecto a qué internos FIES van dirigidas.

Las primeras disposiciones recogidas en la Circular, de común aplicación a todos los subgrupos FIES, son las relativas al Fichero. Así, el alta y la baja de los internos en él se producirá por decisión de los Centros Directivos a la vista de los informes que posean de oficio o a propuesta de los responsables de los cen-

tros. Una vez fichados estos reclusos en los diferentes grupos se anotarán una serie de datos o informes referentes a éstos, que serán obtenidos por los Centros y transmitidos a la DGIP. Por lo tanto, entre ambos organismos se llevará a cabo la gestión del mantenimiento y la actualización del Fichero.

Con respecto a los datos susceptibles de recopilación, la Circular se refiere, en un primer momento, en sentido general, a los datos penales, procesales, penitenciarios, de filiación, de incidencias protagonizadas, sobre la actividad delictiva realizada y sobre las comunicaciones efectuadas con el exterior. Sin embargo, más adelante especifica con mayor concreción el contenido de estos datos, al exigir que se remitan a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria, y el mismo día en que se produzcan, los siguientes datos: 1. las propuestas de licenciamiento definitivo y acuerdos de conclusiones del expediente de libertad condicional; 2. las excarcelaciones para traslado a otro centro u hospital externo así como los ingresos procedentes por traslados tanto si son de tránsito como de destino definitivo; 3. las modificaciones en su situación penal y procesal como nuevas causas o cambios de procedimiento; 4. las modificaciones en su situación penitenciaria como el grado de clasificación o las posibles fechas de cumplimiento; 5. los acuerdos o resoluciones de los órganos de los centros que les afecten como las sanciones impuestas, su cancelación, destinos, recompensas o intervención de comunicaciones; 6. las comunicaciones con letrados indicando el nombre de los mismos; 7. los incidentes regimentales que hayan protagonizado o en los que se sospeche de su participación adjuntando parte de los funcionarios; 8. la participación en actividades programadas; 9. las solicitudes de permisos de salida con indicación del domicilio en el que residirá y 10. los autos u otras resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria o de las AP que resuelvan recursos o quejas interpuestas por los internos.

De forma especial, la Circular establece, para el caso del colectivo FIES-1 CD, la necesidad de remitir a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria una ficha de seguimiento semanal los lunes de cada semana, o el día siguiente si éste fuera festivo.

Una vez incorporadas todas estas disposiciones relativas a la gestión del fichero, la Circular comienza su labor normativa, comenzando por unas reglas regimentales, igualmente aplicables a todos los grupos FIES, relativas a las consultas médicas y a las comunicaciones de los reclusos.

Con respecto a las consultas médicas, si éstas se van a efectuar en el exterior del centro penitenciario o dentro de éste pero por facultativos ajenos a la institución, tendrán que ser solicitadas a la Subdirección General de Sanidad Penitenciaria con al menos siete días hábiles de antelación, lo que puede ser mucho tiempo si se trata de asunto de gravedad, con identificación precisa, además del nombre y apellidos y grupo FIES del interno y la fecha y la hora de la consulta, del centro sanitario o facultativo que va a realizar la consulta. Esta identificación también tendrá que efectuarse en caso de que la consulta médica sea interna, es decir, efectuada por un centro sanitario con el que previamente el establecimiento penitenciario tenga concertado un acuerdo para la realización de aquellas consultas.

En lo referente a las comunicaciones, la Circular prevé la posibilidad de que las comunicaciones hechas por o destinadas a los internos FIES sean intervenidas (abiertas y leídas o escuchadas). Los motivos alegados por la Circular para amparar tal intervención se ciñen de forma expresa a “razones de seguridad, interés de tratamiento y el buen orden del centro” y, además, la intervención deberá ser “motivada y justificada en atención a las circunstancias concretas concurrentes en el afectado y delimitada temporalmente, procediéndose a las revisiones pertinentes”. No se puede negar la crítica que merecen estos motivos de justificación de la intervención por su contenido tan amplio y abstracto que puede justificar casi cualquier intervención. Además, la puesta en relación de tales motivos (seguridad y buen orden) y la considerada, de forma expresa, peligrosidad y conflictividad de los internos incluidos en el colectivo FIES-1 CD obliga

a pensar que en la práctica la intervención de las comunicaciones para estos sujetos sea un hecho más normal que excepcional. Esta misma relación es la que determina el generalmente carácter indefinido de la intervención que se renovará mensual o trimestralmente (BRANDARIZ, 2002, p. 30).

En relación con las comunicaciones escritas, la Circular prevé la fotocopia legible (anverso y reverso del sobre incluidos) de las cartas, que serán enviadas semanalmente a la DGIP. Si en el plazo de quince días desde la fecha del registro de salida ésta no emite comunicación alguna sobre el contenido de ellas, se procederá a su entrega a los internos (en el caso de entrada) o a remitirlas a su destino (en el caso de salida). Esta medida provoca un retraso mínimo de entrega de las comunicaciones de quince días (BRANDARIZ, 2002, p. 30). Además, se insta a una remisión mensual de una relación por fechas de los remitentes y destinatarios de la correspondencia de entrada y salida, respectivamente.

Por lo que se refiere a las comunicaciones orales *vis a vis*, éstas serán grabadas en casetes o por cualquier otro medio y se enviarán a la DGIP el día siguiente, empaquetadas y con indicación de la fecha, nombre y DNI de los intervinientes y relación de parentesco que les une, instando igualmente a que se remita de forma mensual una relación de visitantes en la que aparezcan debidamente identificados. Las comunicaciones también podrán ser solicitadas por los presos pero deberán ser solicitadas previamente a la DGIP que resolverá sobre su realización o no sin que se establezca plazo para ello, lo que, sin duda, desampara al recluso solicitante.

Con respecto a la recepción de revistas, periódicos o libros por los reclusos, la Circular establece que todas aquellas publicaciones que carezcan de número de depósito legal o que, aun teniéndolo, atenten contra la seguridad del establecimiento, serán enviadas a la DGIP que será quien las devolverá, de nuevo sin establecer un plazo para ello, “con las indicaciones que estime correspondientes”; se entiende que con la libertad para decidir la entrega o no entrega de los escritos y en que condiciones. Si las publicaciones poseen el depósito legal y no atentan contra la seguridad del establecimiento, se entregarán a los reclusos pero se efectuará una relación mensual de los títulos y datos del mismo así como la identificación de su remitente y destinatario.

Como ya se ha ido dejando constancia en estas líneas, todas estas disposiciones serán de aplicación a todos los grupos FIES. Se encuentran recogidas en el núm. 1A de la Circular bajo el título de “Normas de seguridad relativas a internos incluidos en el fichero de internos de especial seguimiento (FIES)”. Sin embargo, la Circular establece otro conjunto de normas que serán de aplicación particular al grupo FIES-1 CD, grupo que constituye la materia de nuestro estudio. En ella se recogen una serie de normas previstas bajo el epígrafe de normas aplicables a los “internos destinados en departamentos especiales”. Después de haber equiparado con anterioridad, en lo que a su ámbito subjetivo de aplicación se refiere, a estos internos en departamentos especiales con los incluidos en el colectivo FIES-1 CD, debemos considerar aplicables a estos últimos, aunque desgraciadamente la Circular no lo establezca de forma expresa, las referidas normas de conducta, que vienen a completar y desarrollar las establecidas por el RP, en su art. 93, el cual regula la modalidad de vida en departamentos especiales.

Como líneas básicas regimentales de este artículo del reglamento, se encuentran las de la limitación del tiempo de salida diaria al patio a un mínimo de tres horas ampliable a tres horas más para la realización de actividades programadas, no pudiendo permanecer más de dos presos juntos o excepcionalmente un máximo de cinco en caso de actividades programadas. Además se prevén visitas periódicas de los servicios médicos a los internos y la realización diaria de registros de celdas y cacheos de internos con posibilidad de que éstos puedan consistir en desnudo integral en caso de sospecha de que el interno posea algún objeto prohibido. Todo el régimen interior sobre servicios de barbería, duchas,

limpieza, económatos y disposición de ropas, enseres, libros o aparatos de radio o televisión corresponderá al Consejo de Dirección. El art. 90.2 RP, establece que, con referencia al régimen cerrado —aplicable, pues, también a los departamentos especiales—, las penas se cumplirán en celdas individuales, se limitarán las actividades en común de los internos, se extremarán los sistemas de control y vigilancia aunque, como límite a la modalidad en departamentos especiales, en ningún caso “el régimen de vida para estos internos podrá establecer limitaciones reglamentales iguales o superiores a las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda”. Respecto a estos internos, los permisos de salida únicamente podrán ser de carácter “extraordinario”, por fallecimiento o enfermedad de persona allegada o por algún importante y comprobado motivo de análoga naturaleza, y siempre autorizados por el juez de Vigilancia Penitenciaria.

La Circular 21/96, con respecto a este grupo de internos, desarrolla estas normas y crea otras nuevas. Entre todas ellas merecen destacarse: 1. además de los cacheos y requisas diarias, éstos también se efectuarán tanto en la entrada como a la salida de los internos de sus celdas; 2. los reclusos deberán colocarse al fondo de las celdas y con las manos visibles siempre que un funcionario haga acto de presencia; 3. las salidas de los presos de sus celdas se harán en compañía de, al menos, dos funcionarios y sin que se coincida con la salida de otro recluso; 4. en la celda sólo se podrá tener ropa y enseres mínimos necesarios para el uso diario, que se irán cambiando tras un minucioso cacheo de lo entregado y recibido; 5. no se autorizará la adquisición de artículos de económatos que por su contenido o forma de envasado conlleven riesgo para la seguridad aun recogiendo la posibilidad de que el contenido se vacíe en envases inocuos y 6. la entrega de la comida a los internos se efectuará por un interno auxiliar, previamente cacheado a través del pasa-bandejas y sin abrir, en ningún caso, la puerta de seguridad, siendo todos los alimentos objeto de cacheo y registro por los funcionarios antes de la entrega.

Tal y como recoge el art. 95 RP, el traslado de un interno desde un establecimiento de régimen ordinario o abierto a un establecimiento de régimen cerrado debe efectuarse por resolución motivada (art. 10 LGP) que compete al Centro Directivo —DGIP—, previa propuesta razonada de la Junta de Tratamiento, acuerdo que se pondrá en conocimiento del JVP dentro de las 72 horas siguientes a su adopción, quien podrá revocar la resolución, tiempo en el que también tendrá que ser comunicado al interno con expresión de los recursos susceptibles de interposición ante aquel órgano judicial. Dentro del régimen cerrado, la asignación de las modalidades de vida (módulos cerrados o departamentos especiales) será acordada por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, y autorizada por el Centro Directivo (art. 92 RP). Sorprende el hecho de que dicho acuerdo autorizado no tenga que ponerse en conocimiento del JVP, ya que las dos modalidades de vida suponen la aplicación de unas normas sustancialmente diferentes en cuanto a su nivel restrictivo. En todo caso, esta asignación deberá revisarse en el plazo máximo de tres meses. Los factores de reasignación que establece el reglamento son: a) Interés por la participación y colaboración en las actividades programadas, b) Cancelación de sanciones o ausencia de las mismas durante períodos prolongados de tiempo y c) Una adecuada relación con los demás. Pero siendo francos, cómo se pueden establecer estos factores cuando van dirigidos a personas que:

- a) en la mayoría de los casos no disfrutaban de ningún tipo de actividad programada,
- b) son sancionados simplemente por quejarse o rebelarse ante el hecho de ser esposados, desnudados o sometidos a tratos violentos bajo la impunidad de sus agresores cuando
- c) la realidad es que pasan más de veintiuna horas aislados en sus celdas sin capacidad de relacionarse con más personas, ya que igualmente permanecen en soledad en sus salidas al patio, y sin

recibir ningún tipo de tratamiento. Ello desemboca a que, en la práctica, el único criterio de reasignación sea la existencia o ausencia de sanciones y a que, en la realidad, la gente esté sometida a la modalidad de vida en departamentos especiales y FIES-1 CD la escalofriante cifra de hasta tres, cuatro, cinco o más años de forma ininterrumpida (RÍOS MARTÍN, 2002, p. 64).

Además de estas disposiciones, la Circular recoge otras normas destinadas, expresamente, al “control de internos considerados conflictivos o peligrosos”. Lo cierto es que no se sabe con certeza a qué concretos internos se está haciendo referencia porque tal descripción no coincide con exactitud con la de ningún grupo FIES ni con ninguna modalidad de vida del régimen cerrado. Quizá deba pensarse que dichas normas se refieren, siempre que no se haga uso de una interpretación amplia de tales términos, a los internos incluidos en el grupo FIES-1 CD, ya que a éstos, más allá de haber sido protagonistas de alteraciones regimentales muy graves, se les define previamente como internos “especialmente conflictivos y peligrosos”. La cosa no está clara, y si no se requiere para la aplicación de tales normas aquellas alteraciones regimentales sino tan sólo esas cualidades personales, pueden abarcar como destinatarios a otros internos que, por ejemplo por reivindicativos, se les considere conflictivos, sea cual sea el régimen o modalidad de vida que disfruten. Ésta es una muestra más de la mala redacción de la Circular, que está llena de imprecisiones de esta índole. Entre estas normas, que para nada adolecen de contenido restrictivo, destacan la posibilidad de que se efectúen cambios periódicos de celda por razones de seguridad, que dos veces por semana se realicen cacheos y requisas de todas y cada una de las dependencias del centro y diariamente de aquellas que por la calidad de los internos que albergan o por ser puntos más vulnerables se considere necesario —con la realización del correspondiente parte; que se hagan rondas nocturnas de vigilancia en un intervalo no superior a una hora con parte de todo lo sucedido o apreciado y cacheos y registros de los internos que desarrollen actividades laborales u ocupacionales en talleres o locales destinados a fines similares a través de detector de metales a la entrada y salida o con la realización de cacheos integrales cuando las circunstancias lo aconsejen.

Por último, como disposiciones aplicables de forma exclusiva a FIES-1 CD, la Circular 21/96 recoge unas “normas de control para los traslados”, para lo cual se remite al art. 21 de la Instrucción 23/96 sobre control de conducciones de internos de 16 de Diciembre de 1996. El núm. 1 del citado artículo recoge una serie de “normas a tener en cuenta en las conducciones de internos incluidos en FIES CD”. A este respecto, se obliga a que previamente a la salida del centro de origen y al ingreso del centro de destino se efectúe un cacheo minucioso del interno en presencia del jefe de servicios. En caso de que como consecuencia de dichos cacheos se detectara que los internos pudieran ocultar en el interior de su cuerpo objetos prohibidos se solicitará la colaboración de aquellos para la expulsión e intervención de dicho objeto, siendo el interno, en caso contrario, conducido de forma esposada. Al ingreso del recluso en cualquier centro se procederá a un registro minucioso de la celda que vaya a ocupar. Además, se prevé una serie de comunicaciones o informaciones que se deberán efectuar con carácter previo al traslado por algún miembro de las instituciones penitenciarias: así el centro de origen advertirá al centro de destino o de tránsito en el que el interno pernocte sobre su peligrosidad, también a los funcionarios que se encarguen de la conducción del preso y también a los Juzgados o Audiencias correspondientes en los que eventualmente se deban practicar diligencias penales. En el núm. 2 del mencionado art. 21 de la Instrucción 23/96 se recogen similares referencias, aunque menos estrictas, a las advertencias sobre la peligrosidad de los reclusos que se deben efectuar a los funcionarios que de cualquier forma intervengan en el traslado o conducción cuando se trate de internos incluidos en FIES NA, BA y CE.

Por tanto, y a modo de resumen, a los internos considerados especialmente peligrosos y/o conflictivos integrantes del grupo FIES-1 CD les serán de aplicación, por un lado, las normas previstas en el RP referentes a régimen cerrado en sentido general y a la modalidad de vida en departamentos especiales (arts. 89 a 95) y, por otro, las normas de la Circular 21/96, entre las que se encuentran las normas relativas al fichero, consultas médicas, comunicaciones y traslados y conducciones —aunque en el caso de los traslados y conducciones con mención expresa al art. 21 de la Instrucción 23/96— (núm. 1A), las normas para los internos destinados en departamentos especiales (núm. 1B1A) y las específicas para el control de internos considerados conflictivos y/o peligrosos (núm. 1B2).

Sin embargo, la labor reguladora de la Circular 21/96 no se acaban aquí, ya que además de las previsiones aplicables a todos los colectivos FIES y las previstas para el grupo FIES-1 CD, se establecen otras disposiciones de especial aplicación a otros colectivos, como las “Normas de intervención con internos incluidos en el grupo de narcotraficantes” (grupo FIES-2 NA) (núm. 1A5), destinadas de forma particular para este tipo de presos, y las “Normas para internos destinados en centros o departamentos cerrados” (núm. 1B1B) que, siendo menos restrictivas que las previstas previamente para los internos en departamentos especiales, aunque algunas de contenido similar, serán de aplicación a muchos internos de diferentes grupos FIES NA, BA y CE a quienes reglamentariamente haya sido de aplicación el régimen cerrado con la modalidad de vida en módulos o centros cerrados.

Es, pues, esta exposición la que ilustra todo el conjunto normativo aplicable a los internos FIES-1 CD aunque, como se analizará a continuación, la realidad, a lo largo de los años, ha venido mostrando innumerables discordancias con dichas previsiones, que ya de por sí son restrictivas, tal y como han dejado patentes distintos informes sobre la realidad carcelaria española y los relatos de presos que han sido sometidos a los regímenes penitenciarios a los que se ha hecho referencia a lo largo de esta exposición y que aseguran haber sido víctimas de torturas, golpes y maltrato psicológico, todo ello efectuado bajo el amparo de un absoluto secretismo.

2. Análisis valorativo de la Circular fies

2.1. El principio de legalidad y jerarquía normativa, la garantía de ejecución penal y el control jurisdiccional de la ejecución de las sentencias

Como se ha podido ir vislumbrando a lo largo de la exposición, la Circular FIES, lejos de ser un mero fichero de carácter administrativo, supone una modificación en las condiciones de vida determinadas para los reclusos en la LOGP y en el RP, un régimen más restrictivo con los derechos y, en especial, con la dignidad de la persona.

Si bien la Circular 21/96 manifiesta su intención de ser una base de datos de carácter administrativo, es decir, una mera prolongación del expediente personal penitenciario “sin que en ningún caso prejuzgue su clasificación, vede el derecho al tratamiento de los internos, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente le venga determinado”, su contenido, así como su aplicación a lo largo de los años, vienen a contradecir esta declaración de intenciones. En este sentido, el fichero FIES modifica el *status libertatis* de la persona privada de libertad, lo que se concreta en un mayor endurecimiento de las condiciones de vida, y supone una diferenciación con los regímenes de vida previstos en la normativa penitenciaria. Se crea de esta forma un nuevo régimen de vida extralegal, en la medida en que no está previsto legal ni reglamentariamente. La Circular FIES vulne-

ra, de esta forma, el principio de legalidad, en concreto y en cuanto derivado del mismo, en lo que se refiere a la garantía de ejecución penal, ya no sólo por el hecho de que una circular cree un nuevo régimen de vida penitenciario, sino también porque éste es más gravoso para los derechos fundamentales.

El principio de legalidad exige, en virtud del art. 25.2 de la Constitución española (CE), que los derechos fundamentales de los condenados a una pena privativa de libertad sólo puedan verse limitados por la ley penitenciaria, lo que debiera ser entendido en sentido estricto, es decir, que cualquier limitación de aquellos derechos debe estar prevista en una norma con rango de ley. Si puede resultar discutible la posibilidad de regulación reglamentaria en esta materia, y se admite de forma mayoritaria por la doctrina dicha posibilidad de desarrollo reglamentario de las condiciones de ejecución de las penas privativas de libertad, queda sin embargo fuera de toda duda que la alteración y agravación de las condiciones de vida de los reclusos a través de una instrucción o circular —como es el caso— resulta inconstitucional por vulneración del principio de legalidad.

Las circulares e instrucciones producen efectos en el estricto ámbito interno de la Administración, como instrumentos para la regulación de sus relaciones interorgánicas que vienen presididas por el principio de jerarquía, configurándose como meros mandatos de los órganos de dirección a los órganos subordinados (Aymerich Cano, 1997, p. 96). Si bien existen debates en torno al alcance de las circulares e instrucciones como fuente formal de Derecho penitenciario, atribuyéndoles una naturaleza en ocasiones cuasirreglamentaria, parece claro que su eficacia *ad intra* impide que su contenido trascienda más allá de la mera autoordenación, lo que viene a justificar que sea innecesaria su publicación oficial, al carecer de cualquier efecto jurídico *ad extra*. Carecen de eficacia constitutiva debido a su inoponibilidad a los sujetos ajenos a la Administración, y de eficacia habilitante para crear potestades que influyan sobre la esfera jurídica de terceros, vinculando unilateralmente a la Administración que los dictó. Las circulares no pueden contradecir los principios en que se basa el ordenamiento constitucional —en concreto, en lo referido a la regulación del ejercicio y limitación de los derechos fundamentales— ni modificar la normativa legal de la cual derivan, ni su contenido puede afectar a la esfera jurídica de terceros no sometidos jerárquicamente a la Administración. El incumplimiento de estos requisitos supondría, ya no sólo una violación del principio de legalidad, sino también del principio de jerarquía normativa recogido en el art. 9.3 CE, pues órganos jerárquicamente insuficientes crean un régimen especial a través de instrumentos legalmente inferiores como son las circulares. La Circular FIES 21/96 se revela así como un reglamento encubierto, en tanto que afecta a los derechos fundamentales de los reclusos, regulando aspectos no previstos en la normativa sobre tratamiento y régimen penitenciario.

Somos conscientes, no obstante, de que se ha tratado de acudir a la “tesis de las relaciones de sujeción especial”, que será analizada en el capítulo siguiente, para justificar la intromisión en una materia que requiere las garantías y exigencias que proporciona la regulación a través de una ley. Esta tesis admite la creación de circulares como normas adecuadas para regular aspectos organizativos de la gestión penitenciaria, argumentando que ésta se ejerce sobre los reclusos, sujetos unidos con la Administración mediante una relación más intensa y especializada que el resto de ciudadanos.

La relación entre la Administración y los reclusos vendría a legitimar la vulneración de la reserva de ley exigida por el art. 25.2 CE. El pretexto de la utilización de la potestad de autoorganización de la Administración para operar sobre los propios sujetos administrados permitiría la creación de un nuevo régimen de vida, y con éste, una limitación de los derechos fundamentales de los reclusos. La doctrina de la especial sujeción supondría la creación de un espacio ajeno al control del derecho, una zona de impunidad administrativa ajena a cualquier control judicial y, en definitiva, una zona de “no

derecho”, lo que conceptuaría la actividad administrativa como una actividad ajena al modelo de Estado de derecho. Por todo ello, parece obvio que en el campo penitenciario no pueda tener cabida la utilización de la tesis de las relaciones de sujeción especial y, en este sentido, se inclina el art. 127.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC), que limita su posible ámbito de aplicación a los sujetos vinculados contractualmente con la Administración. A pesar de ello, la jurisprudencia mayoritaria venía a contradecir la obviedad, aceptando la relativización del principio de reserva de ley en aras a la valorización de las potestades de la Administración, derivadas de las relaciones de especial sujeción, contribuyendo de esta forma a la invalidación de los derechos fundamentales, para permitir a la Administración atender a sus objetivos de guarda y retención (SSTC 130/1995, de 11 de Septiembre; 170/1997, de 29 de Octubre). Una posición que ha empezado a reconducir hacia la reducción del campo de actuación de las teorías de especial sujeción en el ámbito penitenciario, conscientes de las consecuencias que de ella se derivan.

Del único modo que podría aceptarse esta doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario es a *sensu contrario* de su interpretación actual. Es decir, no como una justificación del incremento de las potestades administrativas, (pudiendo, de esta forma, entrar a disminuir la protección de los derechos fundamentales), sino como un aumento de su deber de velar por la vida, integridad y salud del recluso, dado que las relaciones entre éste y la Administración penitenciaria se ven intensificadas bajo un entramado de derechos y deberes recíprocos (Rivera Beiras, 1996, p. 274).

Las circulares se revelan así como un medio normativo inválido para la creación de lo que es un verdadero y propio régimen especial para los reclusos FIES, e ineficaz por ausencia de publicación oficial, lo cual implica su nulidad (art. 621.2 LRJAPyPAC). Bajo el aspecto formal de una circular se oculta una norma de carácter general, tanto por su contenido como por los efectos que produce, lo que implica la posibilidad de control de nulidad por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo (art. 51/62.2 LRJAPyPAC). Los Tribunales ordinarios se revelan incompetentes para declarar la exclusión de una ley del sistema legal, función que le corresponde al Tribunal Constitucional, aunque sí pueden considerar su inaplicación en un caso específico, amparándose en que los jueces no pueden aplicar normas contra la Constitución, la ley o los principios constitucionales, como el de jerarquía y legalidad normativa (Benito López, 2004, p. 48). Pero, en cambio, todos los jueces y Tribunales ordinarios ostentan el derecho a la comprobación de la constitucionalidad y la competencia de rechazo de cualquier norma de rango inferior a la ley o acto jurídico de cualquier otro orden que hayan de conocer en el proceso, inaplicándolos o declarándolos nulos, como debiera ocurrir con la Circular que nos ocupa.

Por lo demás, y aunque ha sido matizado por el TC para determinados casos (SSTC 77/1983 de 3 de octubre; 24/1984, de 23 de febrero), los órganos judiciales no están vinculados por disposiciones que carezcan de publicación oficial, lo que permite su inaplicación, tanto por su ilegalidad —por revelarse como un fraude a la reserva de ley— como por su ausencia de publicidad.

La existencia de esta Circular también ignora la garantía jurídico-procesal del control judicial de la ejecución de la sentencia, lo que se traduce en la necesaria autorización judicial a la hora de aplicar un régimen de vida penitenciario. Por su parte, el art. 25.2 CE establece que los derechos fundamentales de los reclusos sólo serán limitados en la medida que establezca la ley penitenciaria y el contenido del fallo. Es labor de los órganos judiciales, derivado de la garantía de la ejecución penal, realizar las limitaciones a los derechos amparándose en la ley, pero esta es, además, una función exclusiva de estos órganos. En este orden, el traslado de penados a departamentos de régimen cerrado debe hacerse dando cuenta al juez de vigilancia penitenciaria, expresando en la resolución la posibilidad de recur-

so ante el órgano judicial (art. 76.2.f LOGP) (Ríos Martín, 2002, p. 73). La Circular FIES 21/96, por el contrario, permite que el funcionariado penitenciario aplique un régimen de vida más severo que el establecido para los reclusos asignados a régimen cerrado (art. 10 LOGP), y tan sólo mediante la inclusión en un pretendido fichero, obviando de esta forma la incompetencia administrativa para esa labor, reservada constitucionalmente a los jueces y Tribunales, y sacrificándose así, la garantía de la judicialidad de la ejecución penal por un control meramente administrativo del modo de cumplimiento de las condenas privativas de libertad.

2.2. La afectación de los derechos fundamentales

La vulneración del principio de legalidad, entendido como la necesidad de que el modo de ejecución de las penas esté regulado sólo a través de la ley, en principio no prejuzga que las prácticas descritas en la Circular no pudiesen eventualmente contemplarse en posibles reformas de la legislación penitenciaria (Fernández Arévalo, 1994, p. 342). Pero como hemos dicho, la inclusión o no en el régimen FIES afecta no sólo a los principios de legalidad y jerarquía normativa, sino que provoca, con la deficiente regulación de las condiciones de vida de los reclusos, la crisis de los derechos humanos en el ámbito penitenciario. Al margen de la afectación particular a múltiples derechos (intimidación, igualdad, libre desarrollo de la personalidad...), la totalidad de la regulación del régimen de vida establecido por la Circular 21/96 afecta de modo generalizado a la dignidad de las personas protegida por el art. 15 CE y por los convenios internacionales. Aislamiento individual en celdas durante 23 horas, cacheos minuciosos con desnudo integral y flexiones, sometimiento periódico a rayos X, incomunicación absoluta con otros reclusos, rondas periódicas de vigilancia nocturna cada hora... son algunas de las medidas establecidas en la Circular que desconocen la prohibición de “en ningún caso” “ser sometidos a tortura ni penas ni a tratos inhumanos o degradantes” (art. 15 CE).

El contenido de este artículo se ha ido perfilando con la jurisprudencia del TC. En cuanto a la medida del aislamiento en celda, en la STC 2/1987, de 21 de enero, el TC la acepta como una sanción residual, concebida como una sanción temporal. La Comisión de Estrasburgo coincide con el TC en que el confinamiento, por sí sólo, no constituye un trato inhumano o degradante. Sólo cuando con las condiciones y circunstancias de su aplicación, así como en su ejecución y su duración, se llegue a un nivel inaceptable de severidad, se podría ver en esa sanción una infracción del art. 3 del Convenio de Roma (decisión Adm. AP. 8395/78, de 16 de diciembre 1981). Si bien ya es cuestionable que el confinamiento aislado no suponga un trato inhumano o degradante, aunque sea de duración limitada como sanción puntual dentro de las potestades disciplinarias de la administración penitenciaria, la Circular 21/96 generaliza el aislamiento hasta convertirlo en un sistema de vida normalizado. Su duración indefinida, las dimensiones reducidas de las celdas (siempre de carácter individual), la limitación del mobiliario y enseres personales a los estrictamente necesarios, la imposibilidad de contacto con otros reclusos, así como los registros diarios de las celdas, no parecen condiciones de vida que permitan su justificación como una medida meramente disciplinaria, y sí hacen del aislamiento en celda, recogido en la Circular 21/96, un trato cruel e inhumano de una penosidad extrema que degrada la naturaleza humana y, supone por tanto, una infracción del art. 3 del Convenio de Roma. Máxime si, al desarrollo del aislamiento bajo estas condiciones de sufrimiento intolerable, añadimos que esta situación se perpetúa a lo largo de los años debido a la implantación de políticas legislativas que caminan hacia el cumplimiento íntegro de las penas.

La dignidad humana no es la única garantía constitucional afectada por la regulación de la Circular FIES. El secreto de las comunicaciones, amparado por el art. 18.3 CE, sólo puede ser limitado por la ley penitenciaria o, en su caso, por resoluciones judiciales debidamente motivadas, sin que pueda ser justificada la intervención en las comunicaciones por otros cauces. Sin embargo, la Circular legítima, por razones de “seguridad, interés del tratamiento o buen orden del establecimiento”, la violación sistemática de la intimidad en las comunicaciones tanto escritas como orales, obviando así el mandato del 25.2 CE (ELÍAS ORTEGA, 1997, p. 127).

Por otra parte, la clasificación de los reclusos que realiza la Circular constituye la base para la aplicación de políticas penitenciarias de excepción. Si la inclusión en el colectivo FIES-4 (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de IIPP) supone una mejora en las condiciones de vida de estos reclusos —pues esta clasificación pretende la protección de este colectivo—, muy al contrario, con la inclusión en FIES-1 (Control Directo) o FIES-3 (Bandas Armadas) se persigue el control e inocuización de los reclusos (MORENO ARRARAS/ ZAMORO DURÁN, 1999, p. 165). Asimismo, como mecanismo para aumentar la arbitrariedad por parte de la Administración penitenciaria, a la hora de incluir a un recluso en régimen cerrado o departamentos especiales, la Circular FIES busca conscientemente que la ambigüedad rodee toda regulación. Esto supone ya una quiebra del principio de igualdad protegido por el art. 14 CE, pero, de forma más clara, la violación del principio se manifiesta en la existencia de estas diversas clasificaciones dentro de FIES, que permiten a la Administración penitenciaria mejorar o rebajar la calidad de vida de los reclusos de modo arbitrario.

Del mismo modo, las restricciones en las comunicaciones y visitas, el control y limitación permanente de las relaciones con otros reclusos, el control constante de todas y cada una de sus actividades, los cambios periódicos de celda, la limitación de los libros que pueden leer, la exposición permanente, con absoluta quiebra de la más mínima intimidad, o incluso la prohibición de tener un espejo en la celda, impidiendo incluso que tengan conciencia de sí mismos (MORENO ARRARAS/ ZAMORO DURÁN, 1999, p. 167), son medidas que imposibilitan el libre desarrollo de la personalidad, pues suponen la eliminación de la dimensión social y personal del recluso, provocando su desestructuración personal.

Finalmente, el régimen de aislamiento en el que se desarrollan estas condiciones de vida, así como el hecho de que no exista ningún tipo de control ni siquiera administrativo sobre las actuaciones de los funcionarios de prisiones, favorece los abusos y torturas, al crear una sensación de impunidad en sus autores (ELÍAS ORTEGA, 1997, p. 126). Desde esta perspectiva, debemos hacer referencia a los múltiples testimonios de los reclusos que describen los malos tratos físicos y psicológicos, inducciones al suicidio, humillaciones y vejaciones a los que son sometidos, así como a los informes de las asociaciones pro derechos humanos que avalan estos testimonios. Como es evidente, estas agresiones vulneran de forma directa el derecho a la integridad física y a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes, protegido en el art. 15 CE, y en concreto permiten apreciar la concurrencia del art. 174 CP que tipifica el delito de tortura. Pero a esta situación se une además la imposibilidad de que las denuncias sean atendidas, por la dificultad de reunir pruebas testificales; por la escasa eficacia probatoria de los informes médicos; por la reticencia de los propios reclusos a interponer la denuncia por miedo a posibles represalias de los funcionarios; y por el escepticismo y desconfianza en la actuación de la justicia, que forma parte del mismo sistema que permite que vivan en estas condiciones, lo que les ha llevado en muchos casos a otras vías desesperadas de protesta ante la inoperancia de los cauces legales (RÍOS MARTÍN, 2002, p. 153).

Al régimen de aislamiento, el abuso de poder que genera por parte de los funcionarios, las condiciones de vida infrahumanas donde se generaliza la crisis de los más elementales derechos fundamentales, y la indefensión de los reclusos ante esta situación, se suma el desconocimiento social de la realidad diaria de la cárcel (MORENO ARRARAS/ ZAMORO DURÁN, 1999, p. 154). La inmensa mayoría de los ciudadanos desconocen la existencia de la Circular FIES, tanto por la ausencia de publicación oficial, como sustancialmente por la existencia de un interés real de la Administración penitenciaria en que este régimen de vida sea desconocido, por lo que fomenta el secretismo alrededor de la Circular 21/96. Este desconocimiento social contribuye al aislamiento y potencia los abusos por parte de los funcionarios de prisiones, pues crece la sensación de impunidad, al entender que sus conductas escapan a todo control, ya no sólo judicial o administrativo, sino incluso al reproche social.

2.3. Reinserción y crisis del ideal resocializador.

La regulación que contiene la Circular 21/96 no sólo es criticable por su violación del principio de legalidad y su sistemática vulneración de múltiples derechos fundamentales, sino porque toda ella se revela incompatible con la búsqueda de la reeducación y reinserción social, fines mediatos a los que deben ser orientadas las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad por exigencia del art. 25.2 CE. Con esto no nos referimos a las finalidades de la pena de retribución o prevención general y especial, sino al principio infranqueable que impediría la exclusión a priori de la búsqueda de la posibilidad de reinserción (RÍOS MARTÍN, 2004, p. 530). En esta línea, el TC en el Auto 15/1984 determina que, si bien no existe un derecho fundamental a la reinserción y reeducación social (lo que resulta muy discutible), sí es un mandato orientador de la política penal y penitenciaria.

Pero, frente a esto, nos encontramos con Sentencias del Alto Tribunal que señalan que la reinserción no es el único objetivo de las penas privativas de libertad, y que no sería contraria a la Constitución la aplicación de una pena que no respondiese a una orientación resocializadora. En este mismo sentido se pronuncian los arts. 1 de la LOGP y del RP, que añaden una segunda finalidad: la retención y custodia de los detenidos, presos y penados. A la luz de esta jurisprudencia constitucional contradictoria, y atendiendo a las disposiciones de la LOGP y el RP, puede concluirse que, obviando el sentido del art. 25.2 CE, actualmente la función principal de la pena privativa de libertad no es la resocialización como fin exclusivo y excluyente. Esta orientación ha quedado subordinada a la búsqueda de la retención y la custodia. La retención y la custodia como medios para alcanzar el fin resocializador dejan de ser meros medios para convertirse en fin superior en sí mismos, abandonando de esta forma el intento de armonización entre los principios de seguridad, orden y disciplina, y la exigencia constitucional de la búsqueda de la resocialización.

Como máximo exponente del abandono del ideal resocializador encontramos la regulación contenida en la Circular FIES. Incluso entendiendo la resocialización desde una perspectiva más avanzada —como la minimización de los factores de desocialización inherentes a las penas privativas de libertad (BRANDARIZ GARCÍA, 2002, p. 40)—, la Circular FIES resulta completamente ineficaz para este fin, pues el régimen de aislamiento no sólo no consigue la reinserción, sino que potencia la desocialización. La vida en aislamiento, las condiciones en que este se desarrolla, así como los abusos que este régimen propicia, provocan no sólo trastornos físicos sino también, y así lo avalan numerosos estudios psicológicos, graves trastornos psíquicos en los reclusos. La pretensión de resocializar a base de aislar es un propósito semejante a la búsqueda de la cuadratura de un círculo (MORENO ARRARAS/ ZAMORO DURÁN, 1999, p. 154), ya que los términos aislar y reeducar se revelan antitéticos.

De la lectura de la Circular FIES, así como de las prácticas que su aplicación ha generado, parece más bien deducirse una búsqueda consciente de neutralización y desestructuración personal y una profundización del desarraigo y destrucción de la dimensión social de los reclusos como mecanismos para alcanzar el fin último de garantizar “el buen orden y la seguridad en el establecimiento”. El uso exclusivo de instrumentos de control, represión y castigo dirigido a disuadir a los reclusos de cualquier acto de protesta y reivindicación, y aumentar de esta forma la seguridad en el establecimiento penitenciario, no parece el mejor camino hacia la resocialización, sobre todo cuando lo que necesitarían (atendiendo a su consideración por la propia Administración penitenciaria como “especialmente peligrosos”) sería una mayor asistencia reinsertora y reeducadora. En palabras de Mapelli Caffarena, “un establecimiento de máxima seguridad, debería ser un establecimiento de máxima actividad resocializadora”, donde se elaborasen esquemas individualizados de tratamiento para tratar de modificar positivamente la conducta de estos reclusos. Al contrario, prevalecen las exigencias de régimen que prioriza la seguridad sobre el tratamiento individualizado. Se generaliza el sistema de “aislamiento-tratamiento” (SEGOBIA BERNABÉ, 2004, p. 570), que sustituye al tradicional “aislamiento-sanción” y a cualquier mínimo intento de resocialización a través de una verdadera acción reeducadora. Someter a un recluso a “tratamiento” de aislamiento, no tiene otro fin que el de su neutralización en aras a la búsqueda de mantenimiento del orden disciplinario interno dentro de las prisiones.

Toda la regulación de la Circular FIES es una de las consecuencias de la crisis del ideal resocializador, que ha caído bajo la preeminencia de las políticas estadounidenses de inocuización y segregación social, las cuales, dando primacía absoluta a la eficacia preventivo-especial de la pena —en la búsqueda de que el infractor no vuelva a cometer delitos—, lo apartan de la sociedad para evitar, de ese modo, su potencial peligrosidad. Aunque estas políticas de incapacitación como fin último de la pena no tienen la misma acogida mayoritaria en los países europeos continentales, las decisiones actuales, y la normativa reguladora del FIES es un buen ejemplo de ello, caminan hacia una política inocuizadora totalmente contradictoria con el ideal resocializador.

2.4. La cultura de emergencia y excepción, el control social y Estado de derecho

La crisis del modelo de resocialización —y la creación de la Circular FIES como máximo paradigma de esta crisis— no se ha producido exclusivamente por el avance de las nuevas estrategias estadounidenses de inocuización, sino que es una de las consecuencias de la preeminencia como criterio rector de la política criminal oficial de la denominada “cultura de emergencia y excepción” (RIVERA BEIRAS, 1999, p. 29 y ss.). La cultura de emergencia y excepción que nace con la crisis del Estado de Bienestar y su imposibilidad de proporcionar prestaciones económicas a la ciudadanía, hace surgir un nuevo modelo de Estado cuya renovada y reforzada pretensión es mantener el orden y dar seguridad, aquello que demanda la sociedad ante una creciente sensación de alarma e inseguridad. La legitimidad del Estado de la nueva sociedad del miedo se sustenta ahora en la aportación de una supuesta prestación de seguridad a la ciudadanía, produciéndose, así, la generalización de lo que se ha venido en denominar “Estado securitario” (BRANDARIZ GARCÍA, 2002, p. 49).

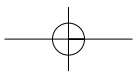
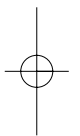
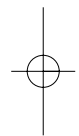
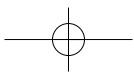
La repercusión de la nueva cultura de emergencia se aprecia en diferentes ámbitos y, de forma sustancial, ha influido en el proceso de creación y modificación de las normas penales en España. Sin ánimo de poner de manifiesto todas las manifestaciones que se derivan de la implantación de la cultura de emergencia en la política criminal oficial, podemos señalar, como ejemplos ilustradores de esta

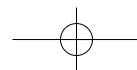
nueva realidad: el tránsito del CP de 1995 bautizado como de la “democracia”, a un nuevo CP fruto de las numerosas reformas operadas por la LO 7/2003 y la LO 11/2003, rebautizado como de la “seguridad”, o cómo en el ámbito penitenciario se ha sacrificado el pensamiento resocializador —bajo el pretexto de ser una “amarga necesidad”—, por medio de la inclusión de la Circular FIES, como arquetipo de norma de control y custodia neutralizadora.

En la nueva sociedad posdisciplinaria del riesgo, donde el control se ha extendido a todos los ámbitos sociales (DE GIORGI, 2000, *pássim*), en el mundo penitenciario como espacio primitivo de control social, esta vigilancia se ha intensificado, y los mecanismos disciplinarios se han endurecido. El nuevo Estado securitario se afana en la búsqueda de represión de las clases más marginales (y el mundo penitenciario es tristemente paradigma de marginalidad), pues su situación no se considera ya un problema de justicia e integración, sino un problema de control social (BRANDARIZ GARCÍA, 2002, p. 50). De este modo, el ideal rehabilitador es abandonado y sustituido por la amenaza y la intimidación, frutos de la nueva sociedad de control y generalización de la segregación selectiva, que sacrifica las garantías constitucionalmente reconocidas y los más elementales derechos fundamentales en la persecución de un espejismo de seguridad.

La “devaluación” de los derechos de las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios —si la comparamos con la tutela que poseen para estos mismos derechos los ciudadanos en libertad—, ha llevado a apuntar, que nos encontramos ante “derechos de segunda categoría”, para “ciudadanos de segunda categoría” (RIVERA BEIRAS, 1996, p. 262). Desde esta perspectiva, y a la vista de la afectación de los derechos de los reclusos sometidos a régimen FIES— más directa que para los reclusos en régimen ordinario, y donde además es inexistente el control judicial de esta decadente situación—, sólo podemos concluir que sus derechos se han convertido en “derechos de tercera categoría”, para “ciudadanos de tercera categoría”. Y este no es más que otro de los efectos del pensamiento segregador y neutralizador de la sociedad de control, que crea sus propias “subcategorías de personas”, las “no-personas”, —inmigrantes, terroristas, reclusos...—, a los que limita, o simplemente priva, de sus derechos y libertades.

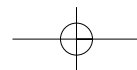
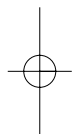
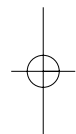
Pero resulta asimismo muy preocupante —además de la intensificación del control y vigilancia, de la disminución de los derechos y las garantías de los reclusos, y de la inexistencia de vigilancia judicial—, los múltiples intentos de justificación, no sólo por parte la doctrina, sino también por parte los órganos jurisdiccionales, de esta situación. Como ya se vio en Capítulos anteriores, en la aplicación e interpretación del derecho por parte de los Tribunales se ha contribuido a la devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos a través de la búsqueda de la justificación de las restricciones, mediante la aplicación de la “teoría de las relaciones de sujeción especial”, o por medio de la categoría de los “derechos de aplicación progresiva” (RIVERA BEIRAS, 1996, p. 281, y 1999, p. 39). El cumplimiento de los principios de seguridad, orden y disciplina en el interior de los establecimientos penitenciarios, no puede justificar la violación de los principios y derechos fundamentales. Se debe, por el contrario, tratar de mantener el equilibrio entre los fines preventivos de las penas y la protección de los derechos fundamentales, de forma que los mecanismos disciplinarios sean siempre necesarios y proporcionados, evitando de este modo, la situación de indefensión y privación de derechos en que nos encontramos con la existencia de la Circular FIES.

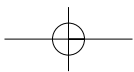
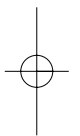
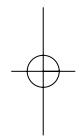
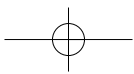




PARTE 3

**LA TORTURA EN LA PRIVACIÓN
DE LIBERTAD**





CAPÍTULO 7

Panorámica de la tortura y de las muertes bajo custodia en el Estado español: las denuncias en el último quinquenio

I. Cuantificación de las denuncias por torturas y malos tratos en el Estado español

Como se dijo al establecer las “precisiones subjetivas” de esta investigación, determinar el número de personas afectadas por las distintas prácticas de la tortura y los malos tratos en el Estado español es una cuestión difícil por diversos motivos, el más importante de los cuales es el hecho de que no todos los casos son denunciados judicial o socialmente. Esto hace que las vías a través de las cuales conocemos las denuncias sean incompletas, agrupándose en dos grandes bloques: los datos oficiales (extraídos de las memorias anuales de la Fiscalía General de Estado) y los datos aportados por los colectivos de denuncia, muchos de los cuales se agrupan desde diciembre de 2003 en la Coordinadora para la Prevención de la Tortura. Con los datos obtenidos de estas dos vías se puede concluir que en el primer lustro del siglo XXI hay constancia de al menos 2.944 denuncias, pudiéndose estimar que las denuncias superen las 3.600, lo que daría una media estimada de más de 700 denuncias anuales.

La tortura en el Estado español 2001-2005 (estimación de personas afectadas)

	2001	2002	2003	2004	2005	Total	Media anual
• Fiscalía G ^a del Estado (núm. de diligencias previas por torturas, tratos degradantes y omisión del deber de impedir torturas)	651	853	--	753	591	2.848	712
• Torturaren Aurkako Taldea (sólo Euskal Herria)	67	97	96	29	55	344	68
• Coordinadora para la Prevención de la Tortura (incluye TAT)	--	--	--	812	596	1.444	722
ESTIMACIÓN	+650	+850	+710	+810	+590	+3.610	+720

Nota: Para la estimación del año 2003 se toma la media anual de la fiscalía.

Leyenda: El dato tomado como base de la estimación anual aparece en las casillas marcadas en amarillo. Los valores estimados aparecen marcados en verde.

Pero los datos aquí aportados nos hablan de unos mínimos, que serían aquellos casos denunciados, la siguiente cuestión sería saber cuántos otros casos pueden haberse llegado a producir sin que se haya producido ningún tipo de denuncia posterior, o sin que la persona afectada se haya atrevido ni siquiera a hacer una denuncia o testimonio anónimos. El miedo a la denuncia viene muchas veces del miedo a las represalias: es muy habitual que la persona que, bien a título individual, bien a título colectivo, denuncie torturas, sea a su vez denunciada por difamación, sufra agravamiento en su situación penitenciaria o judicial, etc. Esto supone hablar de la principal dificultad que rodea

a estas situaciones y que no es otra que la impunidad, situación que específicamente se aborda al final del presente Informe.

Antes de proceder a la presentación de los cuadros que se exponen en las páginas sucesivas, aportados por el Centro de Documentación contra la Tortura, recordemos algunas de las precisiones subjetivas efectuadas al inicio de esta investigación. Desde un punto meramente cuantitativo, la cifra de algo más de 700 denuncias anuales por torturas y/o malos tratos que se vienen constatando en los últimos años (a los que se refiere la presente investigación), supone un total que oscila en torno a las entre 3.500 y 4000 denuncias en el último quinquenio. Unos números que deben tomarse en seria consideración pues, por sí solos, están hablando de la existencia de un fenómeno que no es aislado y esporádico, sino extendido subjetiva y territorialmente (como en los últimos años ha señalado, textualmente, algún Relator especial de la ONU, cuyas valoraciones se examinarán más adelante). Si ello es de por sí especialmente significativo, cabe todavía preguntarse: ¿esas cifras reflejan, realmente, la magnitud del fenómeno de la tortura y de otras formas de violencia institucional en el Estado español? Veamos.

Como señalamos al inicio de este Informe, ello constituye un dato significativo a considerar. No obstante semejante magnitud, la presente investigación reflejará que, en realidad, semejantes cifras no suponen ni más ni menos que la cara más “visible” de un fenómeno que está aún más extendido de lo que estos números pudieran revelar. En efecto, los datos aportados por el Centro de Documentación contra la Tortura reflejan lo que pueden reflejar, esto es, las denuncias que dicho Centro ha podido conocer como consecuencia de las noticias y casos que recibe de organizaciones sociales, de particulares, de Corporaciones profesionales y del tratamiento que el Centro realiza sobre Memorias de autoridades e instituciones públicas. Pero es evidente que dichas cifras no reflejan, en sentido inverso, las que no ha podido conocer. ¿Qué se quiere decir con ello? Sencillamente que en esas cifras no constan:

- los casos de malos tratos o torturas que, efectivamente producidos, no han llegado a conocimiento del Centro de Documentación citado por diversas razones;
- los casos de malos tratos o torturas que, efectivamente producidos, no han sido denunciados por sus víctimas por innumerables razones que más adelante se examinarán con detenimiento (imposibilidad de la denuncia, miedo a su interposición, resignación de las víctimas, una suerte de “socialización” en la introyección de la violencia institucional, entre otras) y que por ello quedan en la sombra.

Recordadas estas precisiones, pasemos a la aludida exposición.

La tortura en el Estado español, año 2001

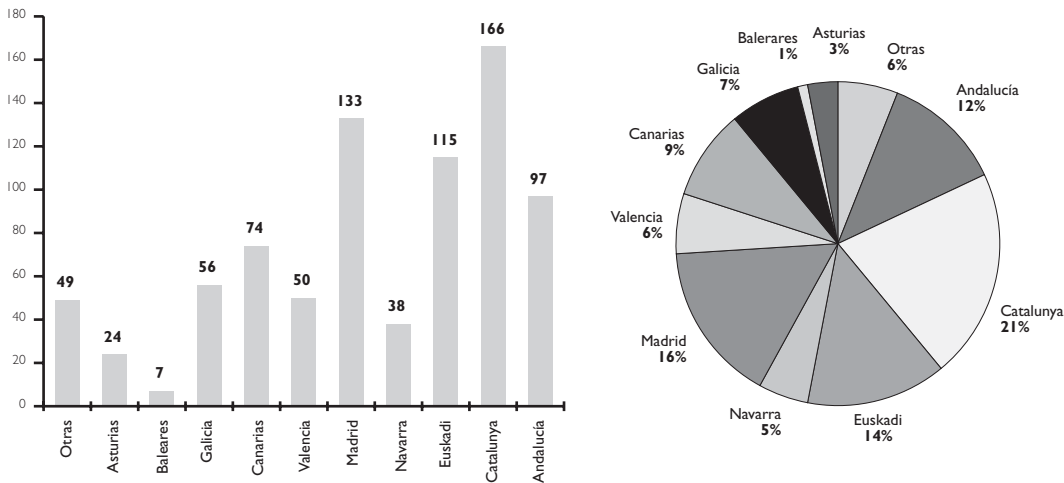
Distribución de las denuncias comunidades/nacionalidades

	Nº CASOS	Nº DTES
Totales	334	458

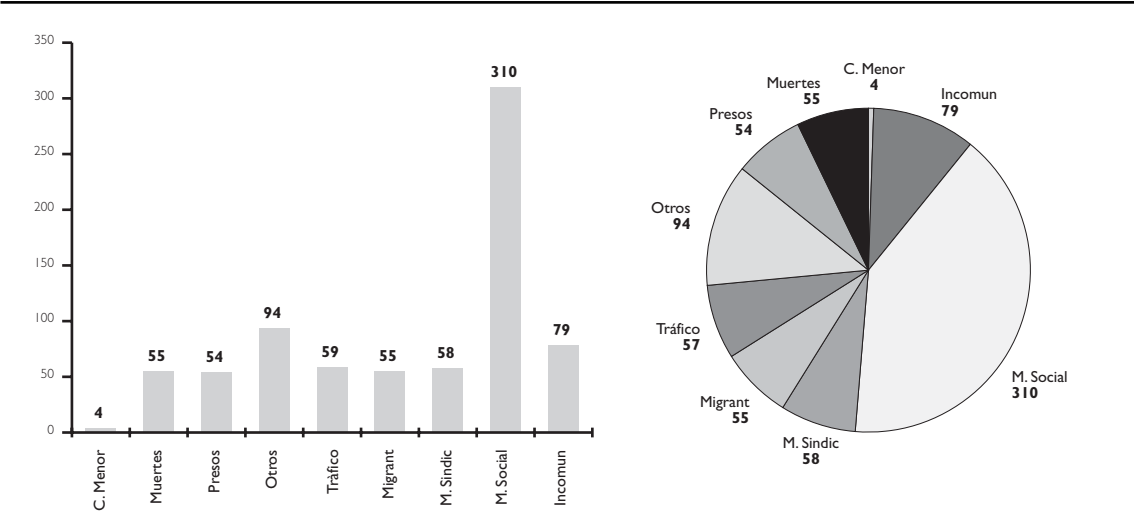
Comunidad/Nación	Nº CASOS	Nº DTES
Andalucía	60	97
Aragón	6	13
Asturias	12	24
Baleares	5	7
Canarias	12	74
Cantabria	1	3
Castilla-La Mancha	0	0
Castilla- León	12	14
Catalunya	46	166
Ceuta	1	1
Euskadi	39	115
Extremadura	4	4
Galicia	17	56
Madrid	80	133
Melilla	5	7
Murcia	6	7
Navarra	13	38
Valencia	35	50
La Rioja	0	0
Total	354	809

Algunas personas denunciaron haver sido agredidos en más de una comunidad (p.ej.: Euskadi y Madrid). Esto ha sucedido en 20 casos, con 51 denunciantes.

Distribución de las denuncias torturas/malos tratos



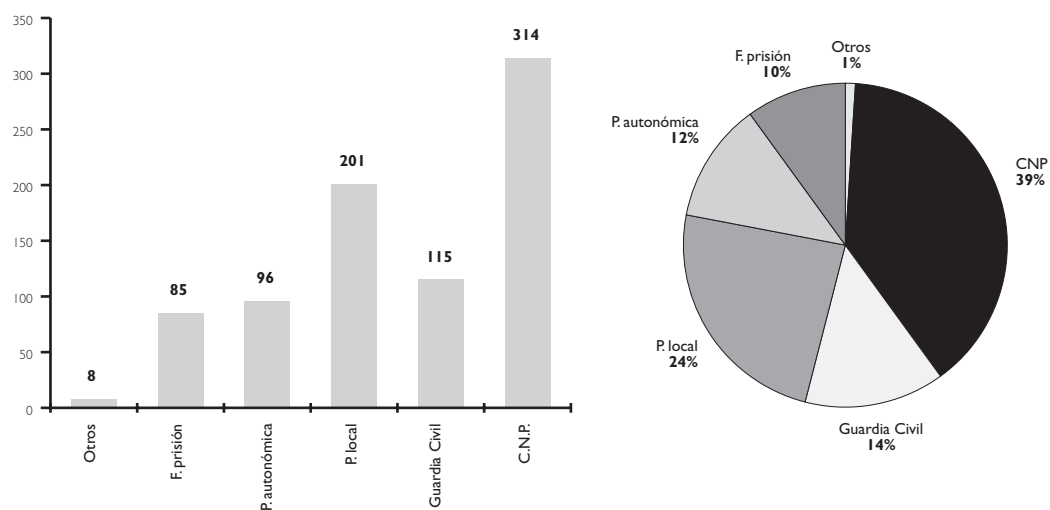
Los denunciantes de tortura y malos tratos



Comunidades-nacionalidades-denunciantes

Comunidad/Nación	CNP	GC	PL	PA	FP	OT	TOTAL
Andalucía	27	9	29	0	29	3	97
Aragón	1	0	12	0	0	0	13
Asturias	6	0	13	0	5	0	24
Baleares	4	0	1	0	2	0	7
Canarias	28	3	43	0	0	0	74
Cantabria	0	3	0	0	0	0	3
Castilla-La Mancha	0	0	0	0	0	0	0
Castilla- León	4	2	0	0	8	0	14
Catalunya	97	6	42	16	7	0	166
Ceuta	1	0	0	0	0	0	1
Euskadi	7	41	2	62	4	0	115
Extremadura	0	0	2	0	2	0	4
Galicia	28	1	3	18	4	0	56
Madrid	57	46	12	0	16	2	133
Melilla	1	0	3	0	0	3	7
Murcia	2	0	5	0	0	0	7
Navarra	32	2	4	0	0	0	38
Valencia	19	2	30	0	8	0	50
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	314	115	201	96	85	8	809

Algunas personas denunciaron haver sido golpeados por agentes de distintos cuerpos policiales.

Distribución según funcionarios denunciados**Relación denunciantes/denunciados**

	INCOM	MIGR.	M.SOC.	M.SIND.	C.MENOR	OTROS	PRESOS	TRÁFICO	MUERTE
CNP	19	27	185	31	0	27	1	5	11
Guardia Civil	50	2	9	0	0	8	1	2	3
P. local	0	22	74	2	0	50	0	48	7
ERTZ	10	0	41	7	0	2	0	2	0
M. d'esquadraq	0	1	1	0	0	6	0	2	1
O. P. Auto	0	0	0	18	0	1	0	0	0
F. prisión	0	2	0	0	0	0	52	0	33
OT	0	1	0	0	4	0	0	0	0
Total	79	55	310	58	4	94	54	59	55

DENUNCIANTES	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE (758)
Incomunicación	79	10,4
Migrantes	55	07,3
M. Sociales	310	40,9
M. Sindical	58	07,7
Centros de menores	4	00,5
Otros	94	12,4
Presos	54	07,1
Tráfico	59	07,8
Muertes	55	07,2

Comunidades / número denunciantes / grupo

Nac	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Andalucía	0	11	9	18	3	13	29	8	18
Aragón	0	5	0	0	0	5	0	7	0
Asturias	0	1	0	6	0	2	5	11	5
Baleares	0	1	1	3	0	0	2	0	2
Canarias	0	2	60	0	0	11	0	1	0
Cantabria	0	0	0	0	0	3	0	0	0
Castilla-La Mancha	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Castilla- León	1	3	0	1	0	1	8	0	3
Catalunya	9	8	114	0	0	22	7	5	7
Ceuta	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Euskadi	58	0	41	7	0	2	4	3	3
Extremadura	0	0	0	0	0	1	0	0	2
Galicia	0	0	25	20	0	2	4	5	0
Madrid	59	17	14	2	2	12	18	8	8
Melilla	0	1	0	0	3	1	0	2	0
Murcia	0	1	0	0	0	3	0	2	2
Navarra	3	3	28	0	0	4	0	0	0
Valencia	0	1	17	0	0	13	8	7	6
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0	0	0

P. catalanes	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Catalunya	9	8	114	0	0	22	7	5	7
C.Valenciana	0	1	17	0	0	13	8	7	6
Baleares	0	1	1	3	0	0	2	0	2
Total	9	10	132	3	0	35	17	12	15

Euskalerria	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
P.Vasco	58	0	41	7	0	2	4	3	3
Navarra	3	3	28	0	0	4	0	0	0
Total	61	3	69	7	0	6	4	3	3

Los totales reflejados en este cuadro pueden no coincidir con la suma: algunos casos pueden estar duplicados o triplicados.
(p. ej.: un migrante que hubiere muerto en prisión).

Muertes

Nac.	PRISIÓN	CNP	G.C.	P. LOCAL	P. AUTO.	MENOR	TOTAL
Andalucía	8	3	3	4	0	0	18
Aragón	0	0	0	0	0	0	0
Asturias	5	0	0	0	0	0	5
Baleares	2	0	0	0	0	0	2
Canarias	0	0	0	0	0	0	0
Cantabria	0	0	0	0	0	0	0
Castilla-La Mancha	0	0	0	0	0	0	0
Castilla- León	2	0	0	0	0	0	2
Catalunya	5	1	0	0	1	0	7
Ceuta	0	0	0	0	0	0	0
Euskadi	3	0	0	0	0	0	3
Extremadura	2	0	0	0	0	0	2
Galicia	0	0	0	0	0	0	0
Madrid	4	2	0	2	0	0	8
Melilla	0	0	0	0	0	0	0
Murcia	0	2	0	0	0	0	2
Navarra	0	0	0	0	0	0	0
Valencia	2	3	0	1	0	0	6
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	33	11	3	7	1	0	55

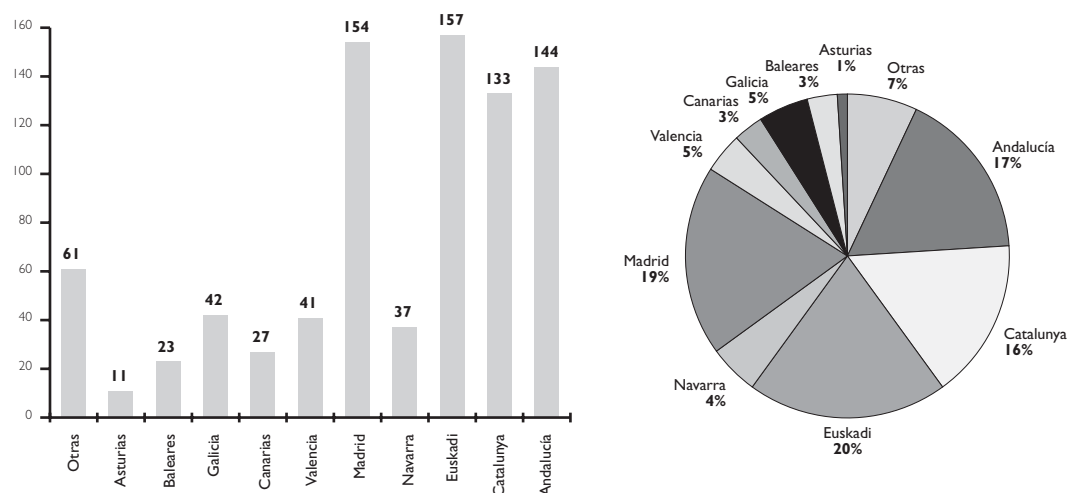
La tortura en el Estado español, año 2002

Distribución de las denuncias comunidades/nacionalidades

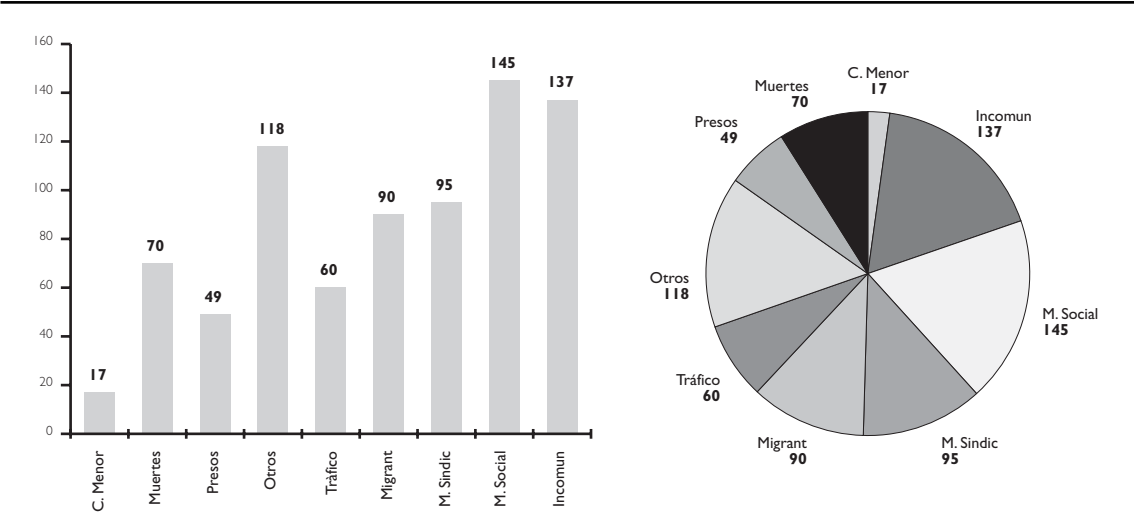
	Nº CASOS	Nº DTES
Totales	337	745
Comunidad/Nación	Nº CASOS	Nº DTES
Andalucía	85	144
Aragón	9	10
Asturias	10	11
Baleares	18	23
Canarias	10	27
Cantabria	2	3
Castilla-La Mancha	8	8
Castilla- León	10	22
Catalunya	59	133
Ceuta	1	1
Euskadi	59	157
Extremadura	5	6
Galicia	24	42
Madrid	64	154
Melilla	5	6
Murcia	4	5
Navarra	9	37
Valencia	24	41
La Rioja	0	0
Total	402	830

Algunas personas denunciaron haber sido agredidos en más de una comunidad (p.ej.: Euskadi y Madrid). Esto ha sucedido en 20 casos, con 51 denunciantes.

Distribución de las denuncias torturas/malos tratos



Los denunciantes de tortura y malos tratos

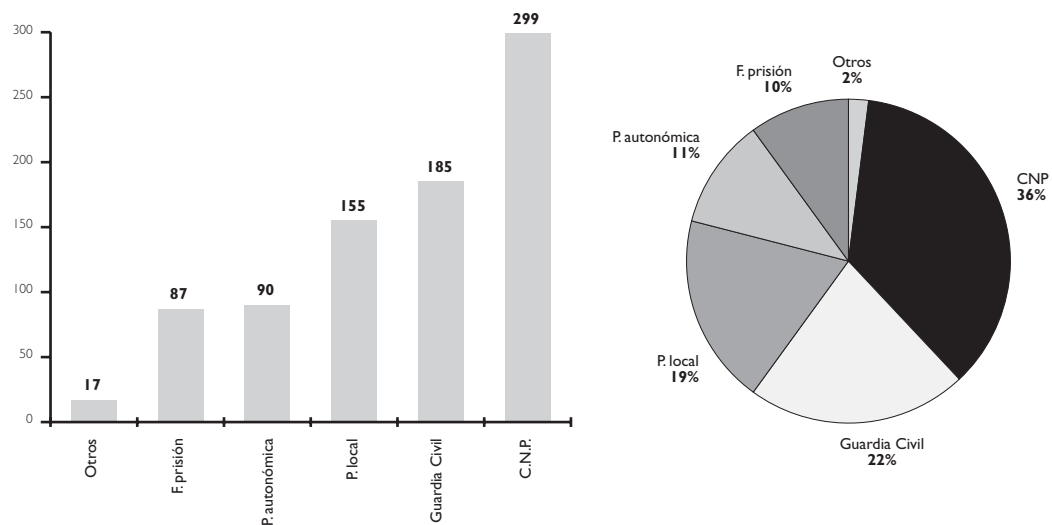


Comunidades-nacionalidades-denunciantes

Comunidad/Nación	CNP	GC	PL	PA	FP	OT	TOTAL
Andalucía	58	17	34	1	33	2	144
Aragón	1	1	4	0	4	0	10
Asturias	1	1	7	0	2	0	11
Baleares	7	2	12	0	2	0	23
Canarias	21	1	4	0	1	0	27
Cantabria	0	0	3	0	0	0	3
Castilla-La Mancha	1	2	3	0	2	0	8
Castilla- León	0	1	4	0	8	9	22
Catalunya	69	8	21	14	21	0	133
Ceuta	1	0	0	0	0	0	1
Euskadi	17	56	9	75	0	0	7
Extremadura	0	1	5	0	0	0	6
Galicia	27	2	10	0	6	0	45
Madrid	63	74	13	0	3	1	154
Melilla	1	1	0	0	0	4	6
Murcia	3	1	2	0	0	0	6
Navarra	6	13	18	0	0	0	37
Valencia	23	4	8	0	5	1	41
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	299	185	157	90	87	17	684

Algunas personas denunciaron haver sido golpeados por agentes de distintos cuerpos policiales.

Distribución según funcionarios denunciados



Relación denunciante/denunciados

	INCOM	MIGR.	M.SOC.	M.SIND.	C.MENOR	OTROS	PRESOS	TRÁFICO	MUERTE
CNP	24	44	90	79	0	45	0	3	22
Guardia Civil	75	1	10	13	0	9	1	3	5
P. local	0	40	8	0	0	56	0	53	5
ERTZ	38	0	32	1	0	3	0	1	0
M. d'esquadraq	0	4	5	2	0	4	0	0	0
O. P. Auto	0	0	0	0	0	1	0	0	0
F. prisión	0	1	0	0	0	0	48	0	38
OT	0	0	0	0	17	0	0	0	0
Total	137	90	145	95	17	118	49	60	70

DENUNCIANTES	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE (745)
Incomunicación	137	18,4
Migrantes	90	12,1
M. Sociales	145	19,5
M. Sindical	95	12,6
Centros de menores	17	02,3
Otros	118	15,8
Presos	49	06,6
Tráfico	60	08,1
Muertes	70	07,0

Comunidades / número denunciantes / grupo

Nac	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Andalucía	0	22	2	55	2	24	33	13	26
Aragón	0	2	0	0	0	0	4	4	6
Asturias	0	1	1	1	0	1	2	5	0
Baleares	0	7	0	0	0	12	2	1	3
Canarias	0	4	0	0	0	20	1	2	3
Cantabria	0	0	0	0	0	3	0	0	3
Castilla-La Mancha	0	0	0	1	0	2	2	2	3
Castilla- León	0	0	0	0	9	1	8	4	1
Catalunya	0	22	63	7	0	12	20	11	7
Ceuta	0	1	0	0	0	0	0	0	0
Euskadi	108	1	32	1	0	3	0	8	0
Extremadura	0	0	0	0	0	0	0	3	0
Galicia	0	2	18	3	0	9	5	0	1
Madrid	97	11	4	23	1	11	3	3	6
Melilla	0	2	0	0	4	0	0	0	0
Murcia	0	0	0	3	0	3	0	0	0
Navarra	0	16	8	0	0	3	0	2	0
Valencia	3	1	19	0	1	7	8	1	8
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0	0	0

P. catalanes	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Catalunya	0	22	63	7	0	12	20	11	7
C.Valenciana	3	1	19	0	1	7	8	1	8
Baleares	0	7	0	0	0	12	2	1	3
Total	3	30	82	7	1	31	30	13	19

Euskalerria	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
P.Vasco	108	1	32	1	0	3	0	8	0
Navarra	13	16	8	0	0	3	0	2	0
Total	121	17	40	1	0	6	0	10	0

Los totales reflejados en este cuadro pueden no coincidir con la suma: algunos casos pueden estar duplicados o triplicados.
(p. ej.: un migrante que hubiere muerto en prisión).

Muertes

Nac.	PRISIÓN	CNP	G.C.	P. LOCAL	P. AUTO.	MENOR	TOTAL
Andalucía	12	9	2	3	0	0	26
Aragón	4	1	1	0	0	0	6
Asturias	0	0	0	0	0	0	0
Baleares	2	0	0	1	0	0	3
Canarias	1	1	1	0	0	0	3
Cantabria	0	0	0	0	0	0	0
Castilla-La Mancha	2	0	1	0	0	0	3
Castilla- León	1	0	0	0	0	0	0
Catalunya	11	3	0	0	0	0	14
Ceuta	0	0	0	0	0	0	0
Euskadi	0	0	0	0	0	0	0
Extremadura	0	0	0	0	0	0	0
Galicia	0	1	0	0	0	0	1
Madrid	1	5	0	0	0	0	6
Melilla	0	0	0	0	0	0	0
Murcia	0	0	0	0	0	0	0
Navarra	0	0	0	0	0	0	0
Valencia	5	2	0	1	0	0	8
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	39	22	5	5	0	0	70

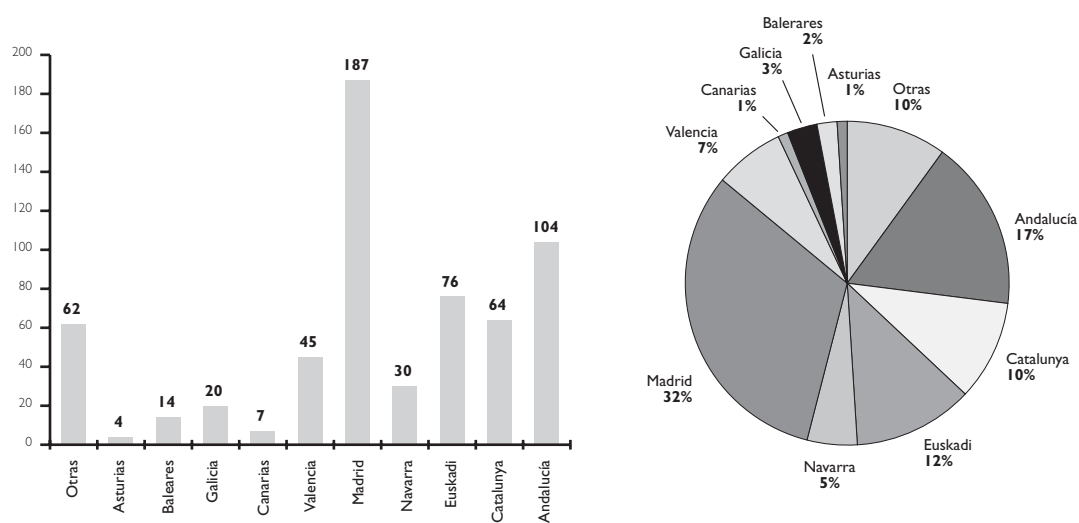
La tortura en el Estado español, año 2003

Distribución de las denuncias comunidades/nacionalidades

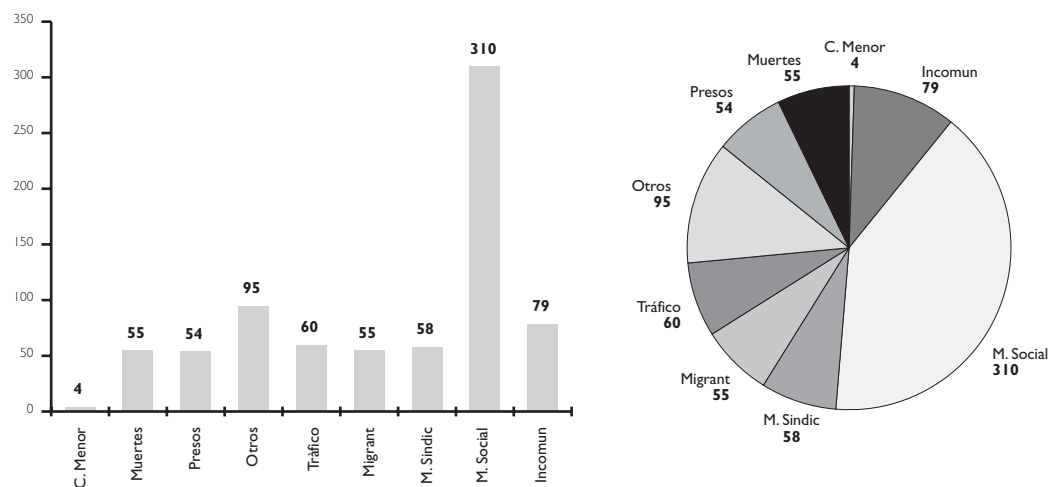
	Nº CASOS	Nº DTES
Totales	307	564
Comunidad/Nación	Nº CASOS	Nº DTES
Andalucía	67	104
Aragón	8	11
Asturias	3	4
Baleares	9	14
Canarias	7	7
Cantabria	4	5
Castilla-La Mancha	7	9
Castilla- León	7	12
Catalunya	45	54
Ceuta	4	10
Euskadi	44	76
Extremadura	3	3
Galicia	17	20
Madrid	54	188
Melilla	2	3
Murcia	9	9
Navarra	12	30
Valencia	28	44
La Rioja	0	0
Total	331	614

Algunas personas denunciaron haber sido agredidos en más de una comunidad (p.ej.: Euskadi y Madrid). Esto ha sucedido en 20 casos, con 51 denunciantes.

Distribución de las denuncias torturas/malos tratos



Los denunciantes de tortura y malos tratos

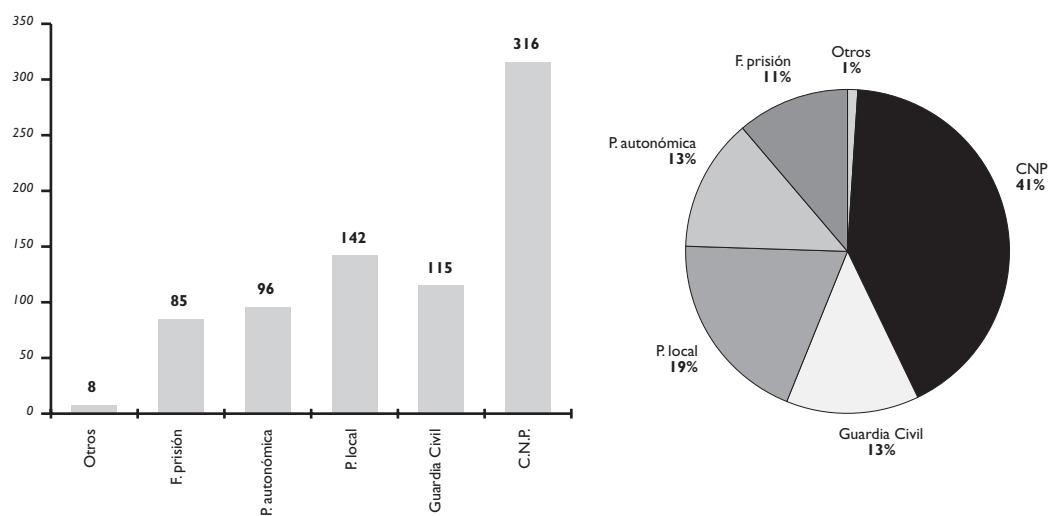


Comunidades-nacionalidades-denunciantes

Comunidad/Nación	CNP	GC	PL	PA	FP	OT	TOTAL
Andalucía	39	3	48	0	17	0	107
Aragón	6	0	1	0	4	0	11
Asturias	0	2	1	0	1	0	4
Baleares	1	2	11	0	0	0	14
Canarias	5	0	2	0	0	0	7
Cantabria	4	0	0	0	1	0	5
Castilla-La Mancha	4	2	0	0	1	0	7
Castilla- León	5	5	1	0	2	0	13
Catalunya	20	2	15	28	5	0	70
Ceuta	1	1	8	0	0	0	10
Euskadi	30	5	1	36	0	0	72
Extremadura	1	0	1	0	1	0	3
Galicia	8	4	3	0	5	0	20
Madrid	164	10	9	0	5	0	188
Melilla	0	0	3	0	0	0	3
Murcia	1	2	6	0	0	0	9
Navarra	20	3	0	2	0	0	25
Valencia	17	6	32	0	4	0	52
La Rioja	5	0	0	0	0	0	5
Total	331	47	142	66	46	0	632

Algunas personas denunciaron haber sido golpeados por agentes de distintos cuerpos policiales.

Distribución según funcionarios denunciados



Relación denunciantes/denunciados

	INCOM	MIGR.	M.SOC.	M.SIND.	C.MENOR	OTROS	PRESOS	TRÁFICO	MUERTE
CNP	57	16	158	29	0	23	0	2	14
Guardia Civil	8	6	5	5	0	6	2	7	10
P. local	0	23	28	7	0	41	0	42	5
ERTZ	20	0	9	0	0	4	0	1	3
M. d'esquadra	3	5	9	1	0	0	0	12	0
O. P. Auto	0	0	1	0	0	0	0	0	0
F. prisión	0	0	0	0	0	0	43	0	36
OT	0	0	0	0	1	0	0	0	0
Total	88	50	206	42	1	74	45	64	68

DENUNCIANTES	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE (564)
Incomunicación	88	15,7
Migrantes	50	08,9
M. Sociales	206	36,7
M. Sindical	42	07,5
Centros de menores	1	00,2
Otros	74	12,8
Presos	45	08,0
Tráfico	64	11,1
Muertes	88	15,7

Comunidades / número denunciantes / grupo

Nac	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Andalucía	0	4	11	31	0	17	17	22	17
Aragón	0	1	5	0	0	1	4	0	4
Asturias	0	0	0	0	0	1	1	1	1
Baleares	0	4	0	0	0	1	0	3	2
Canarias	0	1	1	0	0	3	0	2	1
Cantabria	0	1	0	0	0	3	1	0	1
Castilla-La Mancha	0	0	0	3	0	2	1	2	2
Castilla- León	0	0	4	5	0	1	2	0	2
Catalunya	8	14	17	0	1	0	4	7	9
Ceuta	0	8	0	0	0	2	0	0	1
Euskadi	59	0	9	0	0	4	0	1	3
Extremadura	0	0	0	0	0	2	1	0	1
Galicia	0	3	4	2	0	0	0	0	5
Madrid	50	7	111	0	0	10	7	0	7
Melilla	0	0	0	0	0	1	0	2	0
Murcia	0	2	1	0	0	2	0	2	3
Navarra	16	1	12	0	0	1	0	0	0
Valencia	2	4	19	0	0	0	0	1	9
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0	0	0

P. catalanes	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Catalunya	8	14	17	0	1	0	4	7	9
C.Valenciana	2	4	19	0	0	0	0	1	9
Baleares	0	4	0	0	0	1	0	3	2
Total	10	22	36	0	1	1	4	11	20

Euskalerria	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
P.Vasco	59	0	9	0	0	4	0	1	3
Navarra	16	1	12	0	0	1	0	0	0
Total	72	1	21	0	0	5	0	1	3

Los totales reflejados en este cuadro pueden no coincidir con la suma: algunos casos pueden estar duplicados o triplicados.
(p. ej.: un migrante que hubiere muerto en prisión).

Muertes

Nac.	PRISIÓN	CNP	G.C.	P. LOCAL	P. AUTO.	MENOR	TOTAL
Andalucía	13	4	0	0	0	0	17
Aragón	4	0	0	0	0	0	4
Asturias	1	0	0	0	0	0	1
Baleares	0	1	0	0	0	0	2
Canarias	0	1	0	0	0	0	1
Cantabria	1	0	0	0	0	0	1
Castilla-La Mancha	1	1	0	0	0	0	2
Castilla- León	2	0	0	0	0	0	2
Catalunya	3	1	0	0	4	1	9
Ceuta	0	0	1	0	0	0	1
Euskadi	0	0	0	0	3	0	3
Extremadura	1	0	0	0	0	0	1
Galicia	2	1	2	0	0	0	5
Madrid	0	3	3	1	0	0	7
Melilla	0	0	0	0	0	0	0
Murcia	0	0	1	2	0	0	3
Navarra	0	0	0	0	0	0	0
Valencia	4	1	3	1	0	0	9
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	32	13	10	4	7	1	68

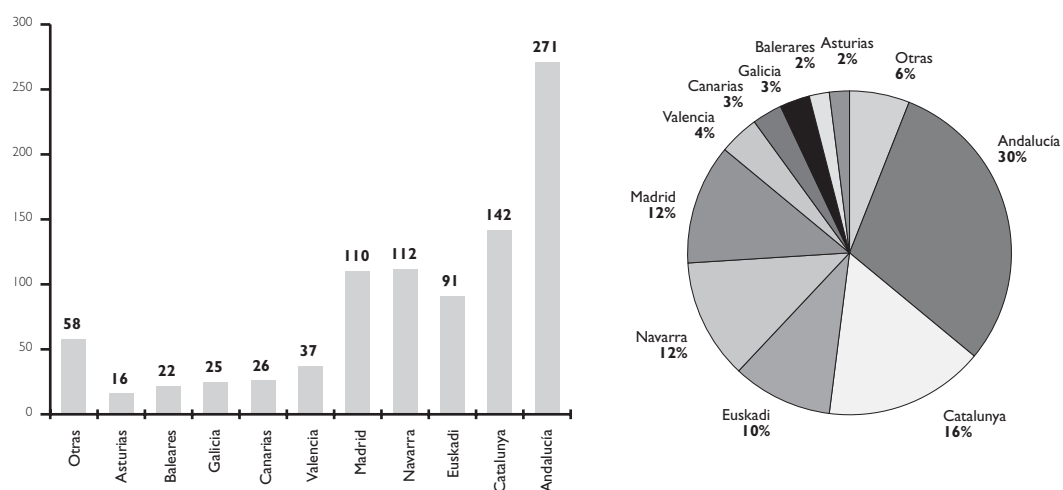
La tortura en el Estado español, año 2004

Distribución de las denuncias comunidades/nacionalidades

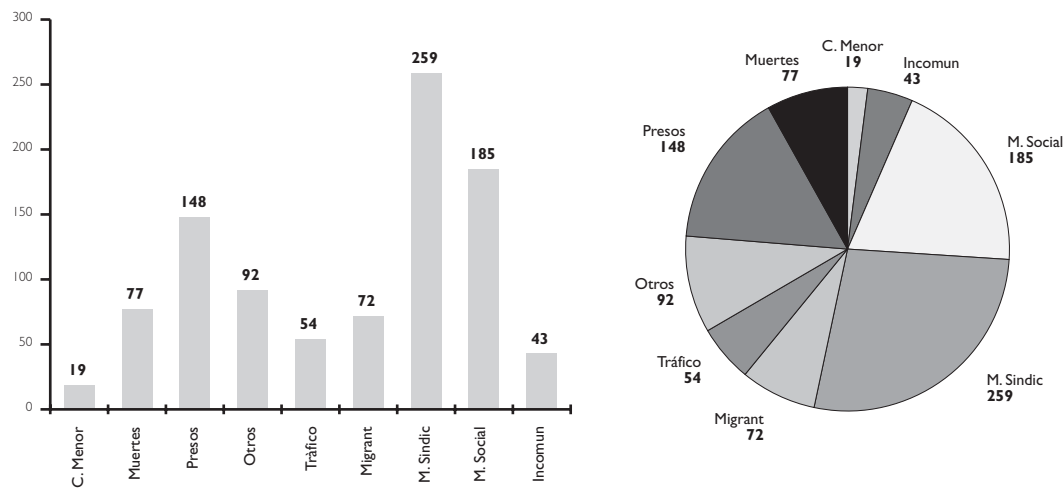
	Nº CASOS	Nº DTES
Totales	355	877
Comunidad/Nación	Nº CASOS	Nº DTES
Andalucía	87	271
Aragón	7	7
Asturias	7	16
Baleares	19	22
Canarias	17	26
Cantabria	4	4
Castilla-La Mancha	1	1
Castilla- León	15	17
Catalunya	50	142
Ceuta	5	5
Euskadi	29	91
Extremadura	5	6
Galicia	20	25
Madrid	55	110
Melilla	7	11
Murcia	4	6
Navarra	15	112
Valencia	31	37
La Rioja	1	1
Total	379	910

Algunas personas denunciaron haber sido agredidos en más de una comunidad (p.ej.: Euskadi y Madrid). Esto ha sucedido en 20 casos, con 51 denunciantes.

Distribución de las denuncias torturas/malos tratos



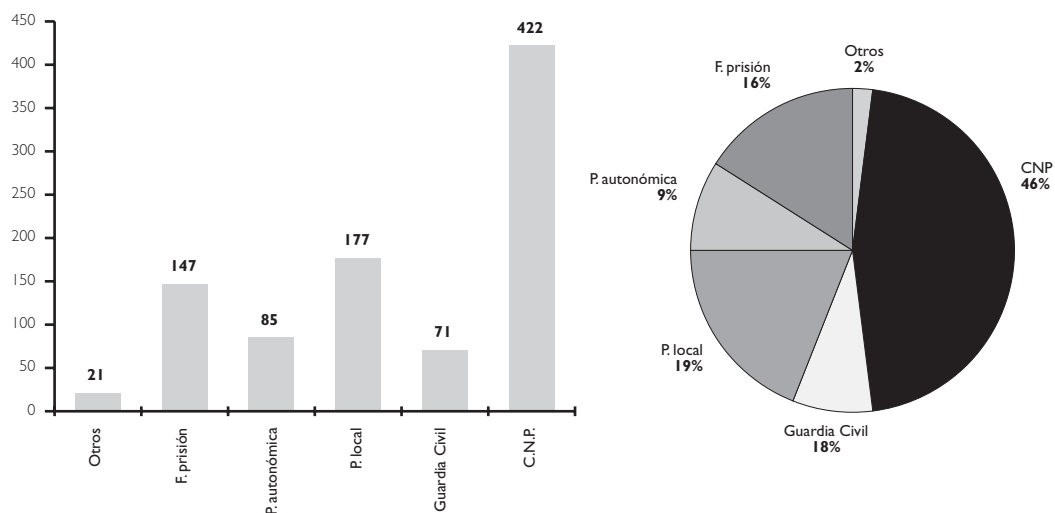
Los denunciantes de tortura y malos tratos



Comunidades-nacionalidades-denunciantes

Comunidad/Nación	CNP	GC	PL	PA	FP	OT	TOTAL
Andalucía	203	6	29	0	28	12	278
Aragón	0	0	1	0	6	0	7
Asturias	12	0	3	0	1	0	16
Baleares	4	1	13	0	3	1	22
Canarias	12	6	4	0	0	4	26
Cantabria	1	2	0	0	1	0	4
Castilla-La Mancha	0	0	1	0	0	0	1
Castilla- León	5	1	3	0	8	0	17
Catalunya	17	11	46	20	47	2	143
Ceuta	0	4	1	0	0	0	5
Euskadi	10	14	8	63	2	0	97
Extremadura	1	0	3	0	2	0	6
Galicia	2	2	6	1	13	1	25
Madrid	55	16	10	0	29	0	110
Melilla	6	3	1	0	0	1	11
Murcia	2	0	4	0	0	0	6
Navarra	83	2	25	1	0	0	111
Valencia	8	3	18	0	7	0	36
La Rioja	0	0	1	0	0	0	1
Total	421	71	177	85	147	21	922

Algunas personas denunciaron haver sido golpeados por agentes de distintos cuerpos policiales.

Distribución según funcionarios denunciados**Relación denunciantes/denunciados**

	INCOM	MIGR.	M.SOC.	M.SIND.	C.MENOR	OTROS	PRESOS	TRÁFICO	MUERTE
CNP	26	25	123	194	0	34	1	6	11
Guardia Civil	17	9	0	10	0	12	0	4	7
P. local	0	20	53	4	0	41	0	40	2
ERTZ	0	0	6	50	0	1	0	0	1
M. d'esquadra	0	12	3	0	0	4	0	3	3
O. P. Auto	0	0	0	1	0	0	0	1	0
F. prisión	0	4	0	0	0	0	147	0	51
OT	0	2	0	0	19	0	0	0	2
Total	43	72	206	259	19	92	148	54	77

DENUNCIANTES	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE (875)
Incomunicación	43	04,9
Migrantes	72	08,2
M. Sociales	185	21,1
M. Sindical	259	29,6
Centros de menores	19	02,2
Otros	92	10,5
Presos	148	16,9
Tráfico	54	06,2
Muertes	77	08,8

Comunidades / número denunciantes / grupo

Nac	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Andalucía	0	16	2	189	11	18	28	14	17
Aragón	0	0	0	0	0	0	6	1	6
Asturias	0	0	3	8		2	1	1	2
Baleares	0	11	0	0	1	5	3	4	5
Canarias	0	4	0	0	4	15	0	2	3
Cantabria	0	0	0	0	0	1	1	1	2
Castilla-La Mancha	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Castilla- León	2	0	2	0	0	4	9	0	4
Catalunya	0	18	52	10	1	9	46	10	9
Ceuta	0	3	0	0	0	0	0	1	2
Euskadi	24	1	12	51	0	1	2	1	3
Extremadura	0	1	0	0	0	0	3	1	4
Galicia	0	1	0	0	1	6	13	3	6
Madrid	42	3	19	0	0	12	29	5	2
Melilla	0	11	0	0	1	0	0	0	1
Murcia	0	0	0	0	0	4	0	2	0
Navarra	13	0	94	0	0	2	0	1	2
Valencia	1	3	2	0	0	14	8	7	8
La Rioja	0	0	0	0	0	1	0	0	0

P. catalanes	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Catalunya	0	18	52	10	1	9	46	10	9
C.Valenciana	1	3	2	0	0	14	8	7	8
Baleares	0	11	0	0	1	5	3	4	5
Total	1	32	54	10	2	28	57	21	22

Euskalerria	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
P.Vasco	24	1	12	51	0	1	2	1	3
Navarra	13	0	94	0	0	2	0	1	2
Total	37	1	106	51	0	3	2	2	5

Los totales reflejados en este cuadro pueden no coincidir con la suma: algunos casos pueden estar duplicados o triplicados.
(p. ej.: un migrante que hubiere muerto en prisión).

Muertes

Nac.	PRISIÓN	CNP	G.C.	P. LOCAL	P. AUTO.	MENOR	TOTAL
Andalucía	14	1	2	0	0	0	17
Aragón	6	0	0	0	0	0	6
Asturias	1	0	0	1	0	0	2
Baleares	3	1	0	0	0	1	5
Canarias	0	2	0	0	0	1	3
Cantabria	1	1	0	0	0	0	2
Castilla-La Mancha	0	0	0	1	0	0	1
Castilla- León	4	0	0	0	0	0	4
Catalunya	7	0	0	0	3	0	10
Ceuta	0	0	2	0	0	0	2
Euskadi	2	0	0	0	1	0	3
Extremadura	3	1	0	0	0	0	4
Galicia	5	0	1	0	0	0	6
Madrid	1	1	0	0	0	0	2
Melilla	0	1	0	0	0	0	1
Murcia	0	0	0	0	0	0	0
Navarra	0	1	1	0	0	0	2
Valencia	4	2	1	0	0	0	7
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	51	11	7	2	4	2	77

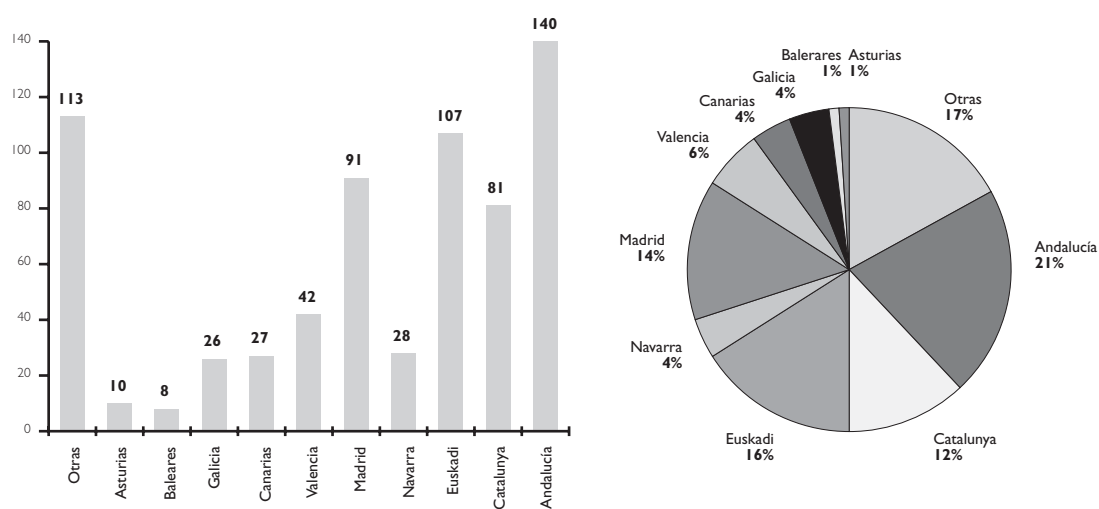
La tortura en el Estado español, año 2005

Distribución de las denuncias comunidades/nacionalidades

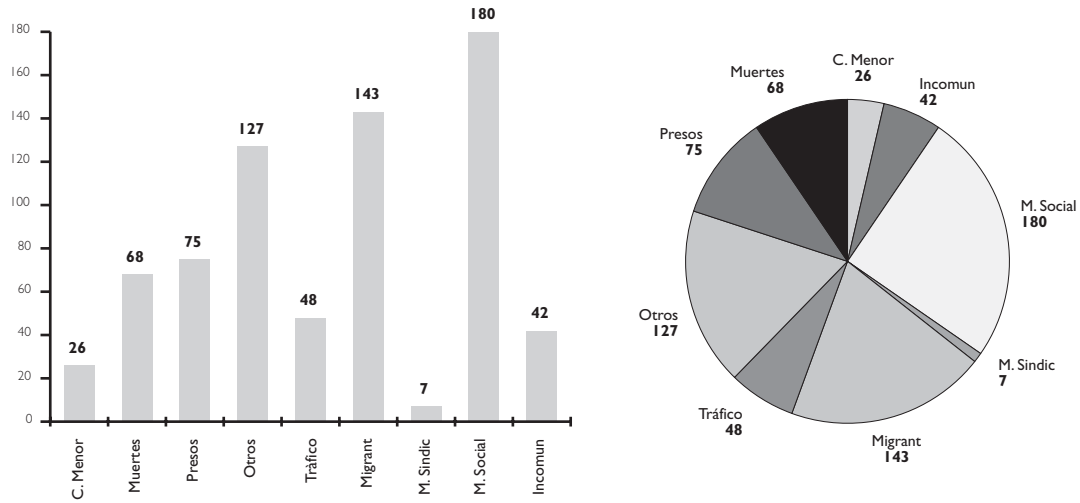
	Nº CASOS	Nº DTES
Totales	313	642
Comunidad/Nación	Nº CASOS	Nº DTES
Andalucía	57	140
Aragón	12	17
Asturias	9	10
Baleares	7	8
Canarias	16	27
Cantabria	1	1
Castilla-La Mancha	3	6
Castilla- León	15	35
Catalunya	38	81
Ceuta	3	7
Euskadi	47	107
Extremadura	6	8
Galicia	17	26
Madrid	58	91
Melilla	7	37
Murcia	6	12
Navarra	9	28
Valencia	21	42
La Rioja	0	0
Total	336	638

Algunas personas denunciaron haber sido agredidos en más de una comunidad (p.ej.: Euskadi y Madrid). Esto ha sucedido en 20 casos, con 51 denunciantes.

Distribución de las denuncias torturas/malos tratos



Los denunciantes de tortura y malos tratos

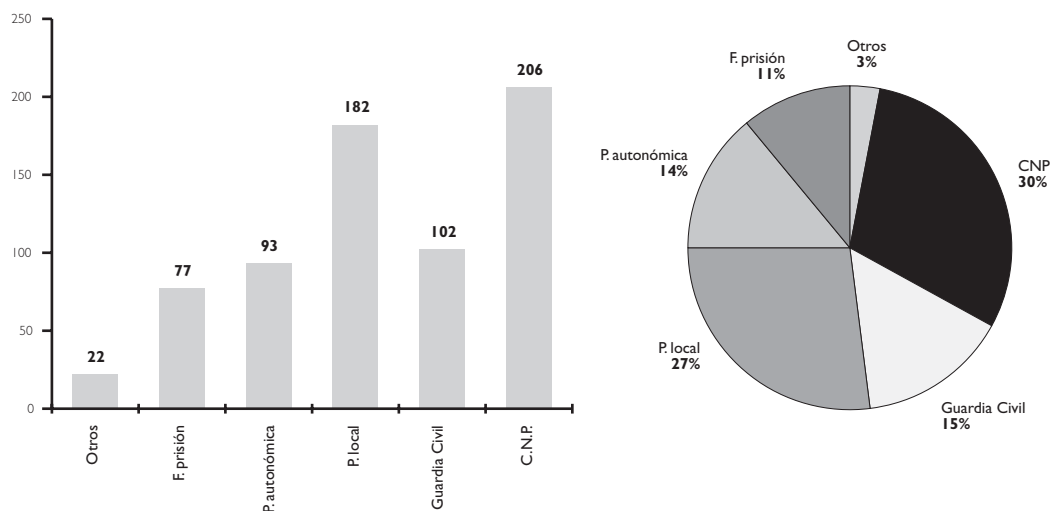


Comunidades-nacionalidades-denunciantes

Comunidad/Nación	CNP	GC	PL	PA	FP	OT	TOTAL
Andalucía	56	7	56	0	12	9	140
Aragón	1	1	0	0	15	0	17
Asturias	1	1	6	0	2	0	10
Baleares	3	1	3	0	1	0	8
Canarias	8	0	7	0	2	10	27
Cantabria	0	0	1	0	0	0	1
Castilla-La Mancha	5	0	1	0	0	0	6
Castilla- León	12	1	16	0	6	0	35
Catalunya	13	2	18	47	2	0	82
Ceuta	0	3	0	0	4	0	7
Euskadi	18	18	11	44	16	0	107
Extremadura	1	0	3	0	4	0	8
Galicia	8	5	9	0	4	0	26
Madrid	43	22	20	0	3	3	1
Melilla	0	37	0	0	0	0	37
Murcia	1	1	10	0	0	0	12
Navarra	22	0	3	2	1	0	28
Valencia	15	3	18	0	5	0	41
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	207	102	182	93	77	22	592

Algunas personas denunciaron haver sido golpeados por agentes de distintos cuerpos policiales.

Distribución según funcionarios denunciados



Relación denunciante/denunciados

	INCOM	MIGR.	M.SOC.	M.SIND.	C.MENOR	OTROS	PRESOS	TRÁFICO	MUERTE
CNP	20	57	58	1	0	33	2	10	12
Guardia Civil	21	40	2	0	0	13	0	4	4
P. local	0	33	45	3	0	78	0	29	5
ERTZ	1	0	37	3	0	1	0	0	2
M. d'esquadra	0	2	36	0	0	2	0	5	2
O. P. Auto	0	0	2	0	0	0	0	0	0
F. prisión	0	4	0	0	0	0	73	0	42
OT	0	6	0	0	26	0	0	0	1
Total	42	142	180	7	26	127	75	48	68

DENUNCIANTES	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE (642)
Incomunicación	42	06,5
Migrantes	142	22,1
M. Sociales	180	28,0
M. Sindical	7	01,1
Centros de menores	26	04,0
Otros	127	19,8
Presos	75	11,7
Tráfico	48	07,5
Muertes	68	10,6

Comunidades / número denunciantes / grupo

Nac	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Andalucía	0	36	20	0	9	49	13	12	14
Aragón	0	2	0	0	0	2	15	0	6
Asturias	0	0	3	0	0	0	2	4	2
Baleares	0	1	0	0	0	3	1	2	1
Canarias	0	2	0	0	10	12	2	0	4
Cantabria	0	1	0	0	0	0	0	0	0
Castilla-La Mancha	0	0	0	0	0	0	5	0	1
Castilla- León	0	0	22	0	0	6	5	0	7
Catalunya	2	14	44	0	0	11	2	6	8
Ceuta	0	7	0	0	4	0	0	0	0
Euskadi	36	4	45	3	0	1	16	2	9
Extremadura	0	0	0	0	0	2	5	1	2
Galicia	0	1	6	4	0	7	4	5	3
Madrid	40	23	8	0	3	12	3	4	4
Melilla	0	37	0	0	0	0	0	0	4
Murcia	0	2	6	0	0	1	0	3	0
Navarra	1	2	23	0	0	0	1	1	1
Valencia	3	8	3	0	0	15	5	6	5
La Rioja	0	0	0	0	0	1	0	0	0

P. catalanes	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Catalunya	2	14	44	0	0	11	2	6	8
C.Valenciana	3	8	3	0	0	15	5	6	5
Baleares	0	1	0	0	0	3	1	2	1
Total	5	23	47	0	0	29	8	14	14

Euskalerria	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
P.Vasco	36	4	45	3	0	1	16	2	9
Navarra	1	2	23	0	0	0	1	1	1
Total	37	6	68	3	0	1	17	3	10

Los totales reflejados en este cuadro pueden no coincidir con la suma: algunos casos pueden estar duplicados o triplicados.
(p. ej.: un migrante que hubiere muerto en prisión).

Muertes

Nac.	PRISIÓN	CNP	G.C.	P. LOCAL	P. AUTO.	MENOR	TOTAL
Andalucía	9	5	0	0	0	0	14
Aragón	6	0	0	0	0	0	6
Asturias	1	0	0	1	0	0	2
Baleares	1	0	0	0	0	0	1
Canarias	2	1	0	0	0	1	4
Cantabria	0	0	0	0	0	0	0
Castilla-La Mancha	1	0	0	0	0	0	1
Castilla- León	6	1	0	0	0	0	7
Catalunya	2	0	1	1	2	0	6
Ceuta	0	0	0	0	0	0	0
Euskadi	7	0	0	0	2	0	9
Extremadura	2	0	0	0	0	0	2
Galicia	3	0	0	0	0	0	3
Madrid	0	3	0	1	0	0	4
Melilla	0	0	4	0	0	0	4
Murcia	0	0	0	0	0	0	0
Navarra	1	0	0	0	0	0	1
Valencia	3	0	0	2	0	0	5
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	44	10	5	5	4	1	69

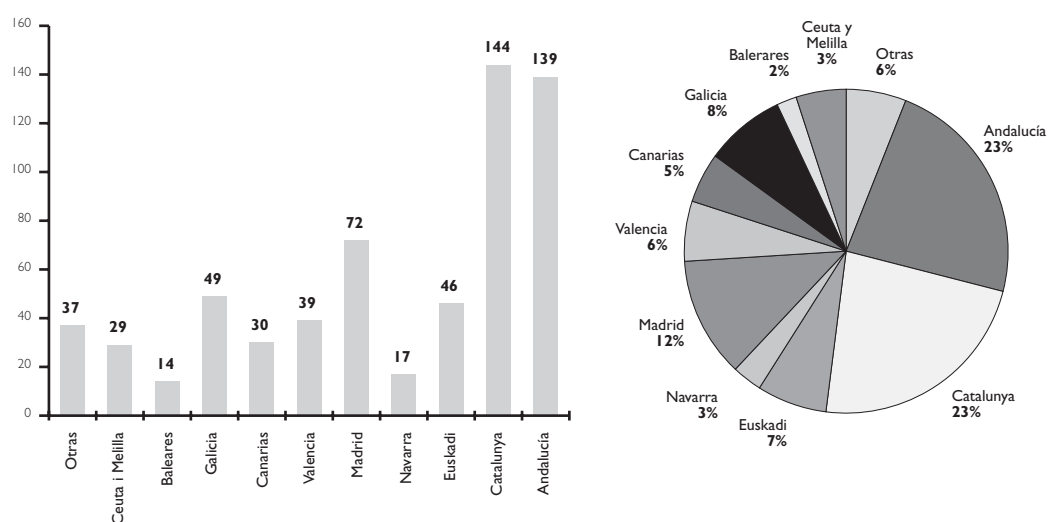
La tortura en el Estado español, año 2006

Distribución de las denuncias comunidades/nacionalidades

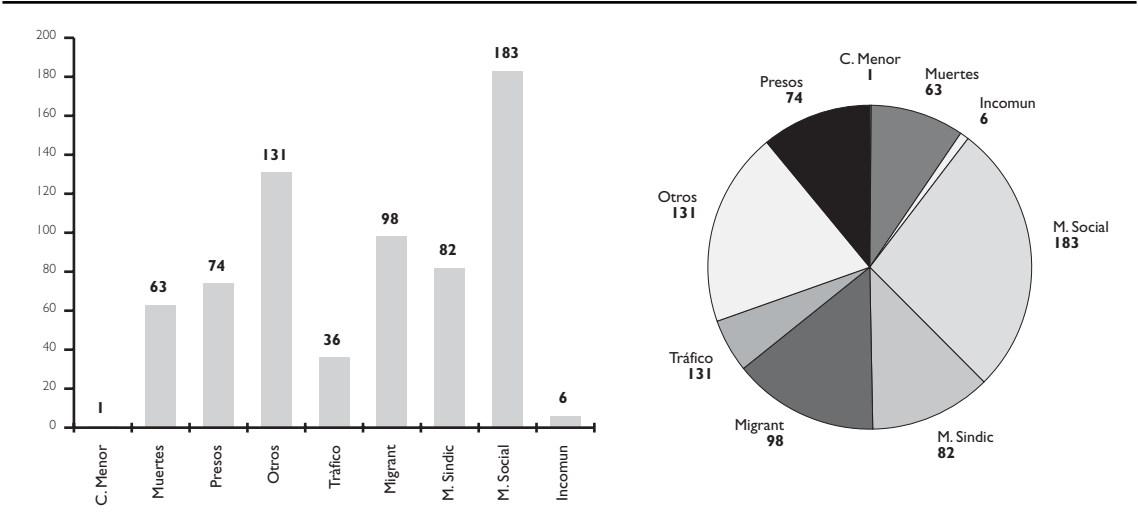
	Nº CASOS	Nº DTES
Totales	266	610
Comunidad/Nación	Nº CASOS	Nº DTES
Andalucía	55	139
Aragón	8	8
Asturias	4	5
Baleares	7	14
Canarias	12	30
Cantabria	2	2
Castilla-La Mancha	3	3
Castilla- León	11	13
Catalunya	62	144
Ceuta	3	11
Euskadi	21	46
Extremadura	3	3
Galicia	16	49
Madrid	27	72
Melilla	3	18
Murcia	3	3
Navarra	7	17
Valencia	23	39
La Rioja	0	0
Total	270	616

Algunas personas denunciaron haber sido agredidos en más de una comunidad (p.ej.: Euskadi y Madrid). Esto ha sucedido en 20 casos, con 51 denunciantes.

Distribución de las denuncias torturas/malos tratos



Los denunciantes de tortura y malos tratos

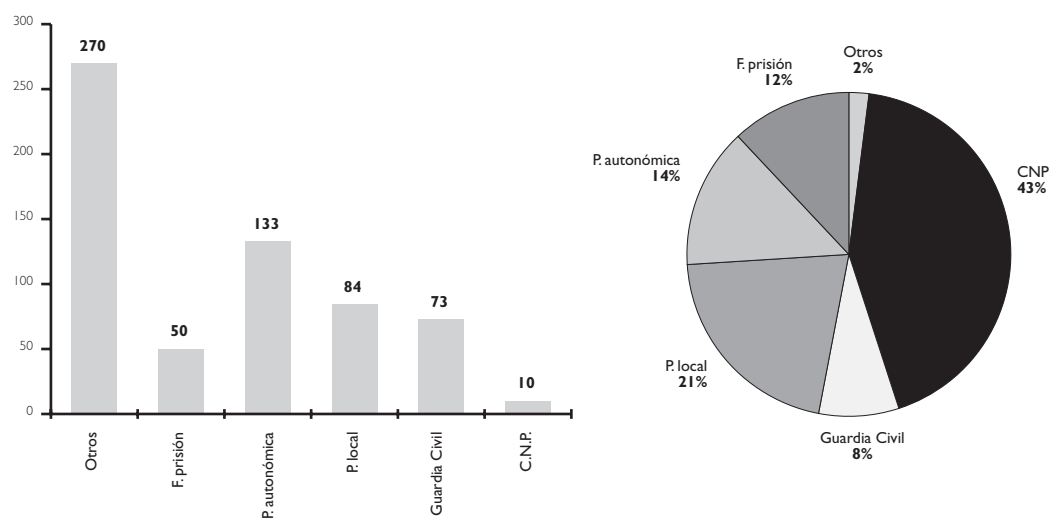


Comunidades-nacionalidades-denunciantes

Comunidad/Nación	CNP	GC	PL	PA	FP	OT	TOTAL
Andalucía	71	3	50	1	14	0	139
Aragón	2	0	0	0	6	0	8
Asturias	2	0	3	0	0	0	5
Baleares	1	9	4	0	0	0	14
Canarias	12	0	17	0	0	1	30
Cantabria	1	0	0	0	1	0	2
Castilla-La Mancha	0	1	0	0	2	0	3
Castilla- León	4	0	1	0	8	0	13
Catalunya	68	4	16	50	10	0	148
Ceuta	10	1	0	0	0	0	11
Euskadi	0	3	3	21	10	9	46
Extremadura	1	0	0	0	2	0	3
Galicia	27	2	7	0	13	0	49
Madrid	59	7	2	0	4	0	72
Melilla	6	12	0	0	0	0	18
Murcia	0	2	1	0	0	0	3
Navarra	1	1	2	12	1	0	17
Valencia	5	5	27	0	2	0	39
La Rioja	0	0	0	0	0	0	0
Total	270	50	133	84	73	10	620

Algunas personas denunciaron haver sido golpeados por agentes de distintos cuerpos policiales.

Distribución según funcionarios denunciados



Relación denunciantes/denunciados

	INCOM	MIGR.	M.SOC.	M.SIND.	C.MENOR	OTROS	PRESOS	TRÁFICO	MUERTE
CNP	0	34	110	74	0	38	0	5	6
Guardia Civil	6	14	10	0	0	5	1	3	11
P. local	0	42	16	7	0	58	0	27	8
ERTZ	0	1	18	0	0	2	0	0	0
M. d'esquadra	0	14	13	0	0	26	0	2	0
O. P. Auto	0	0	10	1	0	2	0	0	0
F. prisión	0	3	0	0	0	0	73	0	38
OT	0	1	9	0	1	0	0	0	0
Total	6	109	186	82	1	131	74	35	63

DENUNCIANTES	NÚMERO	% SOBRE EL TOTAL DE (610)
Incomunicación	6	01,0
Migrantes	109	17,9
M. Sociales	186	30,5
M. Sindical	82	13,4
Centros de menores	1	00,2
Otros	131	21,5
Presos	74	12,1
Tráfico	35	05,7
Muertes	63	10,3

Comunidades / número denunciantes / grupo

Nac	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Andalucía	0	21	6	51	0	38	14	6	16
Aragón	0	1	0	0	0	2	6	0	2
Asturias	0	0	0	0	0	2	0	1	2
Baleares	0	2	9	0	0	1	0	2	0
Canarias	0	3	4	0	1	23	0	0	2
Cantabria	0	0	0	0	0	0	1	1	1
Castilla-La Mancha	0	0	0	0	0	0	2	0	3
Castilla- León	0	1	0	4	0	1	8	0	6
Catalunya	3	23	73	0	0	34	10	7	3
Ceuta	0	2	0	0	0	0	0	9	1
Euskadi	3	2	27	0	0	5	10	0	6
Extremadura	0	0	0	0	0	1	2	0	2
Galicia	0	3	2	25	0	3	13	2	5
Madrid	6	8	49	2	0	1	5	0	1
Melilla	0	18	0	0	0	0	0	0	4
Murcia	0	1	0	0	0	0	0	2	2
Navarra	0	1	12	0	0	3	1	0	1
Valencia	0	12	1	0	0	17	2	6	6
La Rioja	0	0	0	0	0	1	0	0	0

P. catalanes	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
Catalunya	3	23	73	0	0	34	10	7	3
C.Valenciana	0	12	1	0	0	17	2	6	6
Baleares	0	2	9	0	0	1	0	2	0
Total	3	37	83	0	0	52	12	15	9

Euskalerria	INCOM.	MIGRANT.	M.SOCIAL	M.SIND.	MEN.	OTROS	PRES.	TRÁF.	MUERTES
P.Vasco	3	2	27	0	0	5	10	0	6
Navarra	0	1	12	0	0	3	1	0	1
Total	3	3	41	0	0	8	11	0	7

Los totales reflejados en este cuadro pueden no coincidir con la suma: algunos casos pueden estar duplicados o triplicados.
(p. ej.: un migrante que hubiere muerto en prisión).

Muertes

Nac.	PRISIÓN	CNP	G.C.	P. LOCAL	P. AUTO.	MENOR	TOTAL
Andalucía	10		3	3			16
Aragón	2						2
Asturias		1		1			2
Baleares							0
Canarias		2					2
Cantabria	1						1
Castilla-La Mancha	2		1				3
Castilla- León	6						6
Catalunya	2		1				3
Ceuta		1					1
Euskadi	6						6
Extremadura	2						2
Galicia	4			1			5
Madrid		1					1
Melilla			4				4
Murcia			2				2
Navarra	1						1
Valencia	2	1		3			6
La Rioja							0
Total	38	6	11	8	0	0	63

Tras la exposición de los gráficos que se ha presentado, parece incuestionable la existencia del fenómeno de la tortura, malos tratos y otras formas de violencia institucional en el Sistema penal del Estado español en el último quinquenio. Con las precisiones subjetivas que se realizaron, estas cifras, ahora estimadas en su cuantificación requieren de una tarea interpretativa.

Ella es la que se abordará en los Capítulos sucesivos del presente Informe.

CAPÍTULO 8

Las condiciones de hacinamiento y la deficiente asistencia sanitaria en el ámbito de la privación de la libertad

1. Introducción

Las páginas que siguen pretenden hacer un desarrollo de dos problemáticas que, si bien diferenciadas, se hallan una con otra conectadas al punto que nos permitiremos abordarlas conjuntamente.

En efecto, la privación del derecho fundamental a la integridad física y moral —comprensivo del más específico derecho a la salud— del que son víctimas quienes están sujetos a penas privativas de libertad en España, derivado de un deficiente sistema y prácticas en materia de sanidad penitenciaria, es una realidad que se ve exponencialmente potenciada a consecuencia de las severas condiciones de superpoblación y hacinamiento en que tales penas se cumplen.

En qué medida el *status quo* que en breve habremos de exponer, constituye o no una violación a las *Normas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos* y al *Derecho Internacional de los derechos humanos* —en particular en materia de torturas y tratos inhumanos y degradantes—, es algo que salta a la vista.

Se analizará, como punto de partida, la cuestión de la salud y en particular de la sanidad penitenciaria, partiendo de un breve análisis de ciertos conceptos básicos así como de las principales normas —nacionales e internacionales— que rigen en la materia. Se procurará, luego, exponer un panorama de las condiciones sanitarias que imperan en nuestras cárceles y de las problemáticas más preocupantes que ponen seriamente en riesgo la salud —y entonces la vida misma— de los prisonizados; y en qué sentido un buen número de profesionales de la salud han sido pasivos espectadores —si no activos colaboradores— frente a esta situación, volteando la mirada hacia otro lado como si nada estuviera sucediendo.

Ulteriormente se tratará lo referente a la superpoblación y hacinamiento, es decir, a las pésimas condiciones de (in)habitabilidad de las prisiones, a la luz de un reciente pronunciamiento del T.E.D.H. contra la Federación Rusa.

Por último, y a modo de conclusión, se trazarán ciertas relaciones elementales entre estas dos problemáticas, con el afán de demostrar hasta qué punto una y otra se condicionan y, sobre todo, se potencian mutuamente.

2. Derecho a la salud y sanidad penitenciaria

1. El derecho a la integridad física y moral

La Constitución Española (CE) consagra, en su artículo 15, el derecho de todo ser humano *a la vida y a la integridad física y moral*, así como la prohibición de someter a persona alguna a torturas, tratos inhumanos y degradantes.

Al margen de las críticas que el concepto utilizado por el texto constitucional pueda merecer, lo que se quiso, en definitiva, fue garantizar la integridad personal en el sentido de “incolumidad personal” (término éste más feliz, empleado por otras constituciones, como la alemana en su artículo 2.2), o bien como el “derecho a la intangibilidad individual” salvo expreso consentimiento (TCE, sentencia 120/1990, de 27 de junio).

El Tribunal Constitucional Español, en sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, sostuvo que se incluye —en el ámbito de protección de la integridad física— no sólo el derecho a la salud, sino también la prohibición de toda clase de intervenciones en el cuerpo que carezcan de consentimiento del titular. De tal forma que el riesgo o daño para la salud implica un riesgo o plus de afectación, pero no una condición excluyente para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

De lo que no cabe duda es que, sin perjuicio que la CE reconoce en su artículo 43 el específico derecho de protección de la salud, éste ya se encuentra supuesto en la previsión del artículo 15. En este sentido, ha tenido oportunidad de expresarlo el TCE en sentencia 35/1996, del 11 de marzo (fundamento jurídico 3), al indicar que el derecho a la salud o, mejor aun, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 de la CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño a la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 119/2001, de 14 de mayo, fundamento jurídico 6).

En consecuencia podríamos decir, siguiendo a Rodríguez Mourullo (Madrid, 1997: vol. 2), que de acuerdo a las interpretaciones realizadas por el TCE y el TEDH, el derecho a la integridad física y moral está integrado por una pluralidad de derechos, que básicamente son:

- a) el derecho a la integridad física, es decir, a no ser privado de algún miembro u órgano corporal,
- b) el derecho a la salud física y mental, esto es, a no someter a la persona a enfermedades que eliminan la salud,
- c) en tercer término, el derecho al bienestar corporal y psíquico, o sea el derecho a que no se le hagan padecer dolores o sufrimientos, y
- d) por último, comprende el derecho a la propia apariencia personal, es decir, el derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa.

La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), explicita de un modo muy detallado, en su artículo 10, los derechos que todos tienen con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias.

Resulta útil aclarar, a esta altura, que cuando aludimos al concepto de “salud”, lo hacemos en el sentido que lo ha venido entendiendo la OMS desde los tiempos de la II posguerra mundial, como “el estado de perfecto bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de lesión o enfermedad”.

Abonan toda esta normativa interna —y vienen a orientar la interpretación constitucional (artículo 10.2 CE)— un sustancial número de disposiciones internacionales, entre las que pueden citarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada por la Asamblea General de la ONU, reso-

lución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948) —artículo 25.1—,⁷³ el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 1966) —artículo 12.1—,⁷⁴ entre muchas otras.

2. El derecho a la integridad y a la salud de los reclusos

Lo hasta aquí expuesto resulta aplicable *a toda persona* (“Todos tienen derecho [...], versa el artículo 15 CE). No obstante, por si acaso, el artículo 25 de la Ley Fundamental estatuye, de un modo expreso, que toda persona condenada a pena de prisión gozará de los derechos fundamentales del Capítulo II de la CE, salvo los expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Tendrá derecho, asimismo, a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social [...] y al desarrollo integral de su personalidad.

Esta norma, en lo que aquí concierne, asume una singular importancia, pues es la única declaración positiva que reconoce plenamente que el recluso es titular de los derechos subjetivos al igual que los demás ciudadanos, derechos por cuya tutela los poderes públicos deberán velar. Debiera ser superflua una norma como la del artículo 25 CE, pues está claro que los derechos del Capítulo II se aplican a toda persona, más a la vista de la eterna tendencia a considerar a estos “otros” (los que están dentro, por oposición a los que estamos “fuera”) como no-sujetos, la aclaración que hace el texto constitucional no está de más.

Conforman asimismo el plexo normativo en materia de sanidad penitenciaria, la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 (LOGP), en particular su artículo 3, que dispone que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando los derechos e intereses jurídicos de los reclusos no afectados por la condena, estableciendo como principio básico el respeto a la personalidad humana de los internos [...], así como el deber que tiene la administración penitenciaria de velar por la vida, la integridad y la salud de los mismos.⁷⁵

Además, a todas las personas presas se les garantizará, sin excepción, una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población libre (artículo 208.1 R.P), siendo las normas de utilización de de servicios sanitarios iguales para todos, independientemente de la condición en que se accede a los mismos (artículos 3.2 y 16 de la Ley General de Sanidad 14/1986) (Ríos Martín, 1998: 225).

Un gran número de disposiciones y principios del Derecho Internacional de los derechos humanos vienen a enriquecer estas normas, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 22 y 25), a las más específicas “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” (adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de enero de 1973, reglas 22 a 25, “Servicios médicos”), y las “Normas penitenciarias europeas” (resolución 87.3 adoptada el 12 de agosto de 1987, artículos 26 a 32). Éstas últimas fueron reformuladas por la reciente Recomendación del Comité de

⁷³ Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar; y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

⁷⁴ Artículo 12.1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

⁷⁵ En idéntico sentido se expresa el Reglamento Penitenciario (RP), en sus artículos 3, y 4.2.h.

Ministros del Consejo de Europa del 11 de enero de 2006 (ver, en especial, parte I —artículos 1 a 9— “Principios Fundamentales”, y parte III —artículos 39 a 48— “Salud”), versión ésta última que fue resultado de un largo proceso iniciado en el año 2004, dirigido a actualizar y *aggiornar* las versiones anteriores a las condiciones y prioridades actuales.

El artículo 39 de esta nueva versión de las “Normas Penitenciarias Europeas” reafirma el deber de las autoridades penitenciarias de “proteger la salud de todos los detenidos allá donde se encuentren detenidos”. A su vez, se recomienda que los detenidos tengan acceso a los servicios de salud ofertados en el país sin ninguna discriminación basada en su situación jurídica (40.3); que los servicios médicos de la prisión se esfuercen en descubrir y tratar las enfermedades físicas y mentales, así como las carencias que sufran los detenidos (40.4), a cuyo fin cada detenido deberá beneficiarse de la misma asistencia médica, quirúrgica y psiquiátrica de las que se dispone en la “sociedad libre” (40.5).

3. Organización de la asistencia sanitaria en la prisión⁷⁶

La estructura del sistema de Sanidad Penitenciaria está prevista en los artículos 36 a 40 de la LOGP, y en los artículos 207 a 226 del RP, a lo que se suman los artículos 284, 286, 288 a 291 y 394 del RP de 1981, subsistentes por imperio de la Disposición Transitoria 3 del RP actual, y de gran relevancia por cuanto regulan detalladamente las funciones del psiquiatra y de los funcionarios del cuerpo facultativo de sanidad penitenciaria. Asimismo, un gran número de circulares e instrucciones viene a “completar” este catálogo normativo.

Siguiendo las antedichas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa (OSPDH:2003), el modelo de atención sanitaria dibujado por el Reglamento (RP) en su artículo 209 se inspira en “una concepción global del ser humano y en la atención integral de la salud, orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación” y, siguiendo los principios generales del modelo asistencial público, el penitenciario se estructura en dos modelos sanitarios: la *atención primaria* y la *atención especializada*.

La *atención primaria* en la prisión es responsabilidad del equipo sanitario del centro, formado, al menos, por un médico con conocimientos psiquiátricos (responsable de cuidar de la salud física y mental de los internos y de supervisar las condiciones de higiene y salubridad del centro), un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería (artículo 209.1 RP). Está prevista igualmente la presencia periódica de un psiquiatra y un médico odontólogo o estomatólogo, dada la especial prevalencia de estas enfermedades entre la población reclusa (OSPDH: 2003).

Dentro de las actividades se prevé la realización de una consulta médica diaria para dar respuesta a los problemas de salud menos graves de las personas presas. Los fines de semana y días festivos, las urgencias son atendidas por un equipo de guardia.

Durante las 24 horas siguientes al ingreso se prevé la realización a los internos de un reconocimiento médico (214.1 RP), orientado a determinar su estado de salud, detectar enfermedades transmisibles o hábitos tóxicos y completar las vacunaciones mínimas. Este reconocimiento consiste en una exploración física, un cuestionario, analíticas y vacunación de tétanos. El resultado del mismo, y de

⁷⁶ En este apartado, se ha aprovechado la investigación llevada a cabo por el OSPDH de la Universitat de Barcelona (OSPDH:2003), “Condicions de l’emprsonament a Catalunya”.

los sucesivos que se realicen, constará en la *historia clínica individual* que se abre a cada preso, que tendrá carácter confidencial (215.1 RP), siendo sólo accesible por personal autorizado y por la persona presa, que tendrá derecho, en cualquier caso, a ser informada de forma clara y comprensible sobre su estado de salud, así como a la expedición de los informes que soliciten (215.2 RP).

Por su parte, el artículo 213 RP prevé “*la existencia de un local destinado en enfermería, dotado de los medios materiales precisos para cubrir la asistencia médica general y con capacidad al número real de internos del centro*”.

La *atención secundaria* tendrá lugar cuando es requerida por el equipo de atención primaria, y consiste en la asistencia en las diferentes especialidades médicas, incluyendo la asistencia en régimen de hospitalización. Ésta se presta a través del Sistema Nacional de Salud, preferentemente en los propios centros penitenciarios, a fin de evitar la excarcelación (209.2.1 RP); pero de no ser ello factible, tendrá lugar en los centros especializados, ya sea en régimen ambulatorio o en régimen de hospitalización, en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario.

El traslado deberá ser autorizado por la autoridad judicial de quien dependan los detenidos o presos; más si existiesen razones de urgencia vital, a propuesta del médico del establecimiento, será el director quien autorice el traslado, dando cuenta ulteriormente a las autoridades mencionadas.

La LOGP admite la posibilidad, en su artículo 36, de que los internos puedan solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las instituciones penitenciarias, previa autorización del Centro Directivo que podrá limitar este derecho cuando razones de seguridad así lo aconsejen (212.3 RP).⁷⁷

En lo que hace a la higiene, el artículo 19.2 de la LOGP establece que tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los presos como aquéllas en las cuales se desarrolle la vida en común, tendrán que satisfacer las necesidades de higiene y estar acondicionadas de manera que el espacio, la ventilación, el agua, el alumbrado y la calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad.

Por razones de higiene, también se exige un “cuidadoso aseo personal”, a cuyo efecto la prisión facilitará gratuitamente los servicios y artículos de arreglo diario necesarios.

Por su parte, el RP, luego de delegar la regulación en materia de higiene a lo establecido desde el Centro Directivo, dedica sólo siete artículos de la sección 2ª Capítulo I Título IX, donde regula los lotes higiénicos que recibe el preso cuando ingresa (222 RP), la prohibición de introducir ciertos alimentos (223 RP), el servicio de lavandería (224 RP), y las desinfecciones periódicas del centro (artículo 225 RP).

En cuanto a la alimentación, el RP dispone que “la administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el médico, convenientemente preparada y que responda, en cantidad y en calidad, a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta el estado de salud del preso,

⁷⁷ De la norma se colige claramente que sólo se podrá restringir el ingreso de tales médicos cuando efectiva y probadamente la seguridad del centro o de los funcionarios que prestan servicios se viera comprometida. En otras palabras, sólo cuando los medios a disposición de la administración penitenciaria sean ineficaces para garantizar la seguridad de las visitas médicas a internos o cuando haya motivos acreditados de un abuso en el ejercicio del derecho (por falta de necesidad de la asistencia médica o exceso en la reclamación de ésta por la frecuencia o el número de profesionales), podría impedirse la visita de profesionales libremente elegidos por los internos. Si no concurre ninguna de estas circunstancias, la solicitud de un solo médico de confianza del interno no constituye ningún abuso de tal derecho. En este sentido, vid. Auto 2083/01, de 26 de octubre de 2001, JVP nº 3, Exp. 529/97. En idéntico sentido, Auto 443/02 de 15 de febrero de 2002, JVP nº 1, Exp. 774/00; y Auto 626/03, de 28 de marzo de 2003, JVP nº 1. (Valeije Álvarez).

la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas o religiosas” (artículo 21 LOGP, y 226.1 RP).

También se prevé que en los servicios alimenticios y en la confección de las raciones, se procurará la participación de los internos. Asimismo, se permite a los internos adquirir por su cuenta productos alimenticios y de consumo dentro de los límites reglamentariamente fijados. La venta de estos productos es gestionada directamente para la Administración Penitenciaria o para empresas concesionarias. Los precios los controlará la autoridad y, en ningún caso, podrán ser superiores a los establecidos en la localidad donde se encuentre el establecimiento. Los internos participarán también en el control de calidad y precios de los productos vendidos en el centro (artículo 24 LOGP).

Las Normas Penitenciarias Europeas (2006), traen asimismo recomendaciones en cuanto a la estructura del sistema de asistencia sanitaria en prisiones, los deberes del personal médico, y la salud mental (parte III).

También se recomienda que los servicios médicos administrados en la prisión se organicen en estrecha relación con la administración general de los servicios sanitarios de la colectividad local o del Estado, y que la política sanitaria en la prisión esté integrada en la política nacional de salud pública y ser compatible con ella.

En igual sentido, promoviendo la integración de la Sanidad Penitenciaria en el Sistema Nacional de Salud, se manifiestan la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (Preámbulo; Disposición Final 2ª y 3ª);⁷⁸ y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de “Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (Disposición adicional 6ª).⁷⁹

La SESP (Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria), por su parte, ha indicado que *“la única vía posible para conseguir la modernización y normalización completa de la Sanidad Penitenciaria, es su integración plena y total en las redes públicas del Sistema Nacional de Salud”* (SESP: 2006).

3. Sobre la situación sanitaria en las cárceles del Estado español

Hecha esta breve descripción de la normativa vigente en materia de sanidad penitenciaria, mencionaremos a continuación algunas de las problemáticas más relevantes que se verifican dentro de las instituciones de encierro. Según el informe del OSPDH del año 2003, las principales son: la deficiencia en la infraestructura de las enfermerías; la insuficiencia de médicos personales, sobre todo en algunas especialidades; las dificultades en la aplicación del instituto de la excarcelación por enfermedades incurables; la utilización de valoraciones regimentales y no médico-sanitarias en la elaboración de informes para la concesión de permisos; dificultades para obtener autorizaciones de salida por razones médicas; retrasos en las derivaciones de casos graves a causa de diagnósticos tardíos; irregularidades en la imple-

⁷⁸ Ley 14/1986, Disposición Final 2ª: “Hasta tanto los sistemas públicos de cobertura sanitaria no queden integrados en el Sistema Nacional de Salud, el Gobierno en el plazo de dieciocho meses contados a partir de la publicación de la presente Ley, procederá a la armonización y refundición de la asistencia sanitaria a los internos penitenciarios a que se refieren los artículos 3º y 4º de la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, Organización Penitenciaria, y disposiciones concordantes”, y Disposición Final 3ª: “El Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta conjunta de los Ministerios interesados dispondrá: a) la participación en el sistema nacional de salud de la sanidad Penitenciaria [...]”.

⁷⁹ Ley 16/2003 (B.O.E de 29 de mayo de 2003), Disposición Adicional 6ª: “Los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias serán transferidos a las comunidades autónomas para su plena integración en los correspondientes servicios autonómicos de salud. A tal efecto, en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta ley y mediante el correspondiente real decreto, se procederá a la integración de los servicios sanitarios penitenciarios en el Sistema Nacional de Salud, conforme al sistema de traspasos establecidos por los estatutos de autonomía”.

mentación de los programas de metadona e intercambio de jeringas; condiciones higiénicas deficientes; alimentación de baja calidad; entre otras problemáticas que demandan una urgente respuesta por parte del Estado español (OSPDH, 2003).

Por ejemplo, en el ámbito de Catalunya, la lentitud en la asistencia, tanto la primaria, a cargo de los centros, como la especializada, a cargo del Servicio Catalán de Salud, también resulta en ocasiones insuficiente, sobre todo a consecuencia de la lentitud de los trámites burocráticos (JUSTICIA Y PAZ, 2002:11).

Los tratamientos odontológicos —excepto las extracciones y urgencias— son de acceso difícil o imposible para los internos. Además, teniendo en cuenta que la asistencia por la red pública se reserva a los supuestos de mayor gravedad, en ocasiones se producen casos de diagnóstico tardío. Respecto del trato recibido por parte del personal médico, aunque el mismo es calificado mayoritariamente de correcto, se constataron casos en los que no es así, negándose en algunas oportunidades la asistencia médica por parte del equipo (JUSTICIA Y PAZ, *ibídem.*).

En relación con los permisos por salida médica, en numerosas oportunidades sólo se puede acceder al servicio de estos profesionales mediante traslados bajo custodia y, de forma reiterada, estas visitas son impedidas (JUSTICIA Y PAZ, *ibídem.*).

Otra deficiencia importante es la relativa a la asistencia psiquiátrica, que en conjunto resulta insuficiente si se tiene en cuenta la gran cantidad de población reclusa que sufre enfermedades mentales. La falta de personal sanitario, hace que los presos enfermos estén largas horas bajo la custodia del personal de vigilancia habitual, que no tiene la capacitación necesaria (JUSTICIA Y PAZ, *ibídem.*). Aun más grave resulta la ausencia casi absoluta de tratamiento psicológico específico en algunos centros penitenciarios, donde generalmente se suministran tan sólo tranquilizantes y sedantes (JUSTICIA Y PAZ, *ibídem.*).

Con respecto a la alimentación, se constataron numerosas quejas, que se refieren a la pésima calidad de la comida, a la baja cantidad en las raciones, a la escasa variación en la dieta, a la temperatura de la comida, y a los denominados “suplementos vitamínicos”, que pueden consistir en un cartón de leche o unas naranjas (OSPDH, 2003).

En lo atinente al binomio higiene-infraestructura, el estado de las instalaciones y la endémica e intencionada falta de equipamientos, constituyen la precariedad suficiente para aplicar penosidad, padecimiento, sufrimiento, en definitiva, tratos y penas inhumanos y degradantes, que vienen de la mano de la falta de mobiliario, de ventilación, de la existencia de humedad, de deficiente calefacción, de la suciedad de las paredes. Ejemplo de ello son las condiciones de las duchas, que en la mayoría de las prisiones se encuentran sin agua caliente y en pésimas condiciones higiénicas, al punto que no se sabe bien si son un sitio para asearse o para ensuciarse (OSPDH, *ibídem.*).

En relación con el acceso a un médico, los informes emitidos por el CPT, a raíz de las visitas efectuadas en los años 2003 y 2005 a diversos centros de privación de libertad existentes en el Estado español que dicho derecho fundamental no se encuentra plenamente garantizado (CPT: 2003).

En este orden, en el informe de 2003, el CPT hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas tendientes a reforzar el pleno respeto de la confidencialidad médica. Habida cuenta de ello, se recomienda que los exámenes médicos sobre personas detenidas deberán ser efectuados en privado y sin la presencia de autoridades policiales o penitenciarias, salvo que el facultativo solicite lo contrario en un caso determinado. Los resultados de cada examen habrán de ser registrados por escrito por parte del médico, y estar disponibles para consulta de la persona involucrada y del abogado.

A su vez, el Comité recomienda que se garantice a las personas incomunicadas el derecho a ser examinadas por un médico de su propia elección y a su costa (CPT, 2003). En este mismo sentido, la delegación del CPT estima pertinente la confección de un registro médico al momento de recibir a las personas detenidas en cada una de los centros penitenciarios.

Por otra parte, se insta al Gobierno para que adopte todas las medidas necesarias a efectos de asegurarles a los detenidos un permanente acceso a una atención sanitaria decente, incluso en horarios nocturnos. Asimismo se recomienda hacer una revisión de los tratamientos odontológicos brindados a los detenidos alojados en las prisiones de Villabona y Tenerife —visitadas por el CPT—. (CPT: 2003)

Otra observación importante se hace respecto de la asistencia psiquiátrica, la que deberá ser —significativamente— incrementada, reemplazándose a los oficiales de prisiones por staffs de enfermeros con un entrenamiento específico (CPT: 2003).

Con relación a los centros de privación de libertad para enfermos mentales visitados en 2003, el CPT sugiere la adopción de un estructurado programa terapéutico y de actividades de rehabilitación diarias, teniendo en cuenta las necesidades y capacidades individuales, e incluyendo propuestas educativas. En cuanto al personal profesional en el área de salud, se recomienda la revisión del staff permanente de dichos centros, debiendo incrementarse la cantidad de psiquiatras y psicólogos, así como la presencia de enfermeros en horarios nocturnos y fines de semana.

El Comité ha cuestionado duramente la falta de separación funcional e institucional entre los centros de privación de libertad para enfermos mentales y las prisiones, así como utilización de ciertas prácticas vejatorias como las de inmovilizar forzosamente a los pacientes. En este sentido, el CPT instó a las autoridades a desarrollar planes terapéuticos en el Centro Penitenciario Psiquiátrico de Alicante, con planes de tratamiento individual para todos los pacientes (CPT: 2003).

Cabe señalar que en el informe correspondiente a la visita de 2005, el CPT reitera alguna de estas cuestiones, refiriéndose particularmente a las deficiencias que, en materia sanitaria y alimentaria, son generadas a raíz de la sobrepoblación en los centros de internamiento de extranjeros (CPT: 2005).

Las prisiones del Estado Español presentan una deficiente atención sanitaria de los reclusos en la mayoría de los casos, conforme lo fuimos denunciando en los diferentes párrafos de este capítulo y tal como fuera apuntado en las recomendaciones efectuadas por el CPT en sus informes de los años 2003 y 2005 que hemos citado en distintas oportunidades a lo largo de este apartado.

Sin perjuicio de las problemáticas hasta aquí mencionadas, a continuación haremos —en virtud de la gravedad y gran implicancia que importan estas cuestiones— un desarrollo pormenorizado de la situación vivida por los presos drogodependientes, así como la de aquellos que se encuentran infectados por el HIV.

3.1. Situación carcelaria de los drogodependientes

Dentro del contexto europeo, España es uno de los países que más ha aumentado su población penitenciaria en los últimos años, encontrándose en la actualidad con una cifra superior a 64.000 personas encarceladas, de las cuáles más del 70 % son individuos que padecen o han padecido adicción a las drogas vía parenteral.

Esta situación es producto de la alta incidencia del consumo de heroína en España a partir de los años 70`, y su repercusión en la seguridad ciudadana, que culminó con una política contra las drogas esencialmente represiva y penalizadora. Esta política se trasladó a los modelos que sustentan, todavía,

la forma de control ejercida por la institución carcelaria, particularmente en relación con los internos en situación de drogodependencia.

En este sentido, hallamos un modelo penal que prohíbe las drogas, su producción, comercialización y distribución, extendiéndose la ilicitud a una cantidad importante de actividades que la rodean. Así, el enfoque jurídico y represivo del tema legitima a los policías, los jueces y las cárceles a ejercer un control hegemónico sobre las drogas.

El modelo penal vigente, articulado muchas veces con el modelo médico —en el enfoque abstencionista y de los tratamientos libres de drogas— no ha obtenido hasta el momento resultados favorables. Prueba de ello, es el incremento de los reclusos toxicómanos y el hecho de que dicho modelo cobra la salud y la vida de muchísimas de las personas que se encuentran privadas de libertad.

3. 2. El sometimiento a una pena que por sus condiciones de cumplimiento resulta inhumana o degradante

Dentro del ámbito del Estado español los artículos 36 y 37 de la LOGP, complementados por el Reglamento Penitenciario, constituyen las bases legales que regulan la materia y que deben ser atendidas por las instituciones penitenciarias a fin de ofrecer a cada interno el tipo de intervención más idóneo acorde a sus necesidades.⁸⁰ Así, el art. 115 del R.P. establece la posibilidad de conformar “*comunidades terapéuticas* con diferentes grupos de internos, que viven unidos bajo ciertas reglas y con una programación exhaustiva de sus actividades y ocupaciones con el objetivo de lograr una mejoría o rehabilitación personal y colectiva de sus integrantes.

A su vez los artículos 116 y 117 del RP prevén la existencia de “*programas de atención especializada*” que deberán ser implementados por el personal de la Administración Penitenciaria dentro del marco establecido por el Plan Nacional sobre Drogas, incluyendo muchas veces salidas a instituciones ubicadas en el exterior de la cárcel. Finalmente, el artículo 165 del RP legisla con relación a las “*unidades dependientes*” constituidas por viviendas ordinarias situadas fuera del establecimiento penitenciario destinadas a la rehabilitación de presos drogodependientes en tercer grado de cumplimiento de su condena.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el interno drogodependiente tiene derecho a participar en determinados programas de deshabituación, que deberían ser ofrecidos por el personal de la unidad carcelaria donde se encontrare alojado. No obstante ello, la situación actual de los presos evidencia que esas posibilidades son prácticamente inexistentes.

En efecto, la implementación de comunidades terapéuticas en el medio penitenciario ha sido —salvo algunas excepciones— absolutamente irregular. Esta deficiencia es, sin duda, el producto de la falta de programación exhaustiva de actividades, la escasa asistencia especializada de profesionales externos a la institución, así como el hecho de que la estructura interna de muchos centros penitenciarios orientados a la retención y custodia de reclusos no dispone de lugares independientes para desarrollar las actividades necesarias.

A ello se suma que los grupos de profesionales a cargo de los tratamientos pertenecen a la institución penitenciaria y no a una asociación exterior, lo cual provoca en los internos un sentimiento de desconfianza que se traduce en bajos niveles de éxito y altos índices de abandono de terapias.

⁸⁰ El art.37 de la LOGP establece que “para la prestación de la asistencia sanitaria todos los establecimientos estarán dotados: a) de una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de toxicómanos; b) de una unidad para enfermos contagiosos”.

Con relación a los programas de atención especializada, que comporten salidas a un centro de rehabilitación ubicado en el exterior de la cárcel, resultan ser muy pocos los presos beneficiados. Ello así, por cuanto dicho beneficio se halla limitado a aquellos internos de segundo grado que tuvieren un perfil de “baja peligrosidad social” y no ofrecieren riesgos de quebrantamiento de condena (extremo evaluado y utilizado como mecanismo de presión por los administradores del sistema penitenciario).

Actualmente las prisiones de todo el Estado Español presentan una población carcelaria compuesta por 64.369 individuos, de los cuales entre el 70% y el 80% tienen o tuvieron problemas con las drogas. Esto quiere decir que en las prisiones españolas se encuentran privadas de libertad alrededor de 48.000 personas que padecen esta clase de adicciones.⁸¹

Este porcentaje se compone por presos que ingresaron a la institución consumiendo algún tipo de estupefaciente o adquirieron la adicción dentro de la cárcel utilizando dicha sustancia —principalmente— para lograr evadirse de la violencia imperante en el medio referido⁸² (RÍOS MARTÍN; CABRERA CABRERA 1998:85-86).

Ahora bien, pecaríamos de ingenuos si pensáramos que los administradores del sistema judicial y carcelario desconocen esta realidad. Sin embargo, en vez de adoptar una conducta acorde a las demandas actuales, el consumo de drogas, así como las problemáticas vinculadas con su adicción, son utilizados como mecanismos de control por parte de funcionarios penitenciarios para amenazar y sancionar a los internos. Asimismo, debemos señalar la existencia de una red de comercio establecido en torno a las drogas, en la que tanto el personal penitenciario como algunos reclusos utilizan a otros internos para sus propios fines, como el ingreso de mercancías a la cárcel, y cuya negativa por supuesto les costaría cambios de celda, sanciones, amenazas, golpes, etcétera (RIOS MARTÍN, CABRERA CABRERA 1998: 86).⁸³

Por otra parte, si bien es cierto que existen programas de desintoxicación previstos en el Reglamento Penitenciario, no es menos cierto que en la actualidad su ejecución es escasa. En este sentido, no se han implementado, en general, programas de reducción de riesgos tales como “el intercambio de jeringuillas” ó “dispensa de metadona”. Por el contrario, los administradores del sistema continúan aferrados al modelo de abstinencia, en que están prohibidos tanto el uso de jeringas como el consumo de drogas dentro de la cárcel. Como excepción a esta situación, podemos mencionar el caso de Cataluña, en donde existen algunos centros penitenciarios —Can Brians y Quatre Camins— que tienen una dependencia específica para alojar drogodependientes y en donde el número de plazas es, sin embargo, insuficiente, restringiéndose el ingreso a quienes se encuentren en la fase final de cumplimiento de su condena. No puede olvidarse, en ese sentido, la lucha que durante más de una década promovieron diversos colectivos de apoyo a presos por la adopción de los programas de intercambio de jeringas (PIX) en Cataluña y que llegaron a la presentación de acciones judiciales para ello alegando, precisamente, el respeto por el derecho a la protección de la salud.

⁸¹ Fuente: “Informe Día Mundial de Lucha contra el SIDA”, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía; Federación Andaluza de Drogodependencias y SIDA ENLACE, 1 de Diciembre de 2006.

⁸² En este sentido, expresó un interno: “la droga es una forma de robarle días al juez”; “todo el mundo está deprimido y la gran mayoría se refugia en la droga —robar días al juez—. La monotonía diaria pesa como una losa, todos los días son como el anterior”.

⁸³ Así lo observamos en un testimonio: “...me esposaron al cangrejo de la celda durante dos días y me decían que hasta que no firmase una declaración conforme mi familia me introducía droga no me soltaban. No firmé, pero me ha costado un año puteadísimo”; “...un funcionario le dijo al jefe de servicios que yo estaba vendiendo droga y me echaron del destino y me metieron 3 semanas de celdas y yo no estaba vendiendo ni consumo”.

El tratamiento de las adicciones se reserva, en la mayoría de los casos, para la última etapa de encarcelamiento, en que se suele permitir al interno toxicómano salidas al exterior para iniciar contacto con servicios sanitarios y sociales. Durante el tiempo restante, los presos no reciben ningún tipo de atención, teniendo —por el contrario— a su disposición la droga que quieran consumir. En consecuencia, los presos se drogan en las peores condiciones, a escondidas, compartiendo jeringas, derivando ello en problemas de salud aún peores, como es el contagio y propagación del HIV, agente del SIDA, una de las causas principales de muerte en el interior de nuestras cárceles.

Otro de los problemas que observamos con relación al tratamiento de la drogadicción es la monopolización de su control por parte de las instituciones penitenciarias, con escasa o nula participación de los organismos médico-sanitarios. Esta situación acrecienta los márgenes de discrecionalidad de los funcionarios penitenciarios, auspiciando violaciones continuas a derechos fundamentales de los reclusos mediante prácticas indiscriminadas tales como controles de orina, que en ocasiones recaen sobre personas que jamás tuvieron problemas de adicción; requisas infundadas, sobre todo en los reingresos a la cárcel después de las salidas transitorias; y tergiversación de historias clínicas a fin de denegar permisos de salida; entre muchas otras prácticas que implican lisa y llanamente el sometimiento de las personas privadas de libertad a un trato cruel, inhumano y degradante.

A ello debemos agregar la escasez de médicos especializados, la restricción en la concesión de salidas al exterior para recibir atención adecuada, la baja tasa de excarcelación a presos incurables, y el elevado porcentaje de población reclusa con problemáticas de drogodependencia sin propuestas de programas de reducción de daños.

Estas problemáticas se traducen en la inobservancia de condiciones sanitarias mínimas y adecuadas a los estándares internacionales, haciendo de la cárcel un medio de contagio y una fábrica generadora de enfermedades graves que, en muchos casos, cobran la vida de los reclusos. En estas circunstancias, es urgente que se pongan en práctica programas de prevención en el interior de la cárcel, tales como la implementación de los denominados planes de “intercambio de jeringas” con agujas retráctiles, que evitan la reutilización de ellas o su empleo como un arma contra funcionarios o internos.⁸⁴

Asimismo es necesario adoptar “programas de metadona” racionales, para los internos con diagnósticos de drogadicción confirmados, a quienes se les suministra esta sustancia como sustitutivo de la heroína y la cocaína, a fin de reducir los riesgos de sobredosis y muerte en caso de mezcla con otras sustancias. Por último, entendemos que debería articularse la puesta en práctica de estos programas de atención a drogodependientes en el interior de la cárcel en forma conjunta con los tratamientos establecidos en el exterior, con el propósito de desprisionizar el tratamiento de la toxicomanía a efectos de que éste sea voluntario, libre y esencialmente terapéutico.

En relación a esta problemática cabe destacar que en el Informe realizado por el CPT, a raíz de la visita efectuada en 2003, se invitó a las autoridades españolas a considerar el desarrollo de programas específicos para el tratamiento de las mujeres drogodependientes privadas de libertad (CPT: 2003).

⁸⁴ En este sentido, la prueba piloto realizada en Basauri arrojó como resultado que el nivel de salud de los presos se incrementa, que no se dan nuevos casos de VIH, se utilizan menos jeringas y dichos elementos en ningún caso fueron utilizados como armas. (Valeije Álvarez).

3. 3. Situación de las personas infectadas con VIH

El SIDA se ha transformado, en los últimos años, en una enfermedad que afecta muy especialmente a las personas excluidas alojadas en los centros de detención. Es precisamente en este ámbito reducido donde el índice de infectados con el virus de VIH es superior a los porcentajes de personas que lo portan en el exterior. Una de las razones que explica el fenómeno es la convivencia de una gran cantidad de internos infectados en un ámbito reducido, favoreciendo la propagación de la enfermedad. Habiendo cuenta de ello, y retomando la cifra de 64.369 personas privadas de libertad en el Estado Español, observamos que 11.973 (casi un 20 %) son presos infectados con el virus de VIH, de los que 2.703 personas han desarrollado el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

Una de las causas que influyeron notoriamente en el aumento de la enfermedad, está constituida por la falta de implementación de planes de intercambios de jeringuillas, tal como mencionamos anteriormente respecto de los tratamientos de drogodependientes en las cárceles. Sin perjuicio que en la actualidad, prácticamente no se desarrollan las medidas de Salud Pública encomendadas a los profesionales sanitarios designados por el estado, ellas deberían ser puestas en práctica de forma absoluta en el territorio estatal guiándose por los parámetros de reducción de los daños. Dicha arbitrariedad hace que actualmente los presos ingresen en las prisiones y se infecten con el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), sin mucha dificultad, convirtiéndose a la brevedad en auténticos grupos de riesgo.

Ahora, si bien la droga es una de las puertas de entrada más rápidas para contraer el SIDA, lo cierto es que observamos también otras vías de transmisión que incrementaron el número de muertos en prisión, como las relaciones sexuales no seguras, debidas a la represión sexual en el medio penitenciario, que potencia la existencia de grupos de prostitución intrapenitenciaria y violaciones. Muchos otros contagios se han producido por las inoculaciones procedentes de tatuajes no seguros e intercambio de maquinillas de afeitar. En efecto, la desidia y los mecanismos prohibitivos implementados por el personal de las instituciones penitenciarias, se traducen en tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufren las personas privadas de libertad.

A su vez, nadie puede negar el entorno agresivo del medio carcelario, que sin duda incide en la aceleración de la enfermedad: la falta de medidas preventivas eficaces para evitar una nueva infección del virus, el contagio de la tuberculosis, hepatitis, la “convivencia obligada”, han aumentado el contagio del HIV, siendo los homosexuales y los usuarios de drogas vía parenteral las personas más afectadas.

Otro factor importante en los malos tratos padecidos por las personas privadas de libertad infectadas con el virus de VIH, lo conforma la atención médica deficiente brindada en el marco de una red sanitaria aislada y gestionada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que sujeta el accionar de los profesionales de la salud a los criterios regimentales y de seguridad propios de las instituciones, en vez de regirse por las normas propias del arte de curar correspondientes a las políticas públicas implementadas por el Ministerio de Salud. La atención médica, a su vez, es insuficiente: las prisiones del estado español cuentan en la actualidad con un médico por cada 162 internos y un enfermero cada 127 presos.⁸⁵

⁸⁵ Fuente: “Informe Día Mundial de Lucha contra el SIDA”, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía; Federación Andaluza de Drogodependencias y SIDA ENLACE, 1 de Diciembre de 2006.

Además, las cárceles carecen de una cantidad suficiente de médicos especializados, aparejando esto consecuencias nefastas para el caso de los presos más gravemente enfermos —entre los que destacan los enfermos de SIDA por su número y situación—, quienes son tratados como “ciudadanos de segunda”, y no como personas integrantes de un estado donde la salud pública está supuestamente garantizada a todos por igual. Más aún, las consultas externas que solicitan los presos enfermos se pierden —en su mayoría— debido a la falta de personal de custodia que los acompañe, habiendo llegado algunos internos a perder cinco o seis turnos seguidos equivalentes a dos años de espera.⁸⁶

En definitiva, las prácticas institucionales que obstaculizan la prevención y el tratamiento adecuado de los enfermos de SIDA, negándoles el derecho a recibir una atención médica con controles periódicos, el suministro de medicamentos, y las condiciones mínimas de habitabilidad de los centros en que se alojan, demuestran una ausencia de compromiso para reducir el contagio dentro de los mismos, derivando ello en un preocupante avance de la enfermedad.

Las drogas y las relaciones sexuales existen en las cárceles, aunque sean antirreglamentarias. Ignorar esta realidad sería una conducta necia, máxime aún cuando el SIDA continúa su expansión. Ante dicha situación, sólo cabe reducir los daños a la mínima expresión. Entonces, urge la realización de una adecuación de las normas administrativas pertinentes y un compromiso institucional proporcional a la gravedad del tema planteado.

3.4. Excarcelación por enfermedad terminal.

En España, como en otros países de Europa, existe el instituto de la “excarcelación anticipada”. En este sentido, el artículo 92 del Código Penal Español dispone que “...si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado en el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, en su caso, autorizar la libertad condicional...”.

En la práctica, dicho beneficio presenta un carácter discrecional y arbitrario. El conflicto básico que se plantea en relación con su otorgamiento reside en la determinación de cuál es el momento o estadio de la enfermedad en que las personas, con padecimientos terminales, deben ser liberadas. En el Estado Español se adoptó como criterio el “grado de autonomía funcional”, que está dado por la capacidad deambulatoria suprimida. Esta supuesta objetivación de un criterio médico genera numerosos problemas por cuanto no posee fundamento legal ni tampoco sanitario. La solución debería variar en cada caso, atendiendo a las particularidades de cada enfermo. Actualmente no existen demasiados pronunciamientos en relación con este instituto debido a la falta de interposición de recursos ya sea por la carencia de una defensa técnica o de los medios económicos adecuados.

Lo que resulta lamentable, es que muy usualmente se utilice este instituto no como un modo de garantizar al interno un mínimo de dignidad en los momentos finales de su vida, sino como un remedio urgente que se otorga cuando éstos se encuentran agonizando a fin que no se contabilice su deceso en las estadísticas de mortalidad carcelaria; con lo cual, a las cifras que se indiquen en el próximo apartado, habrá que sumar o al menos tener siempre presentes, las muchas otras personas que fallecen

⁸⁶ Fuente: “Informe Día Mundial de Lucha contra el SIDA”, ob. cit.

en libertad recientemente recobrada, consecuencia de enfermedades contraídas y desarrolladas con ausencia casi absoluta de tratamiento y medicamentos, durante su privación de libertad.

Estas dificultades, así como las dilaciones en la concesión de esta liberación anticipada, encubren una vez más el sometimiento de las personas privadas de libertad a un tratamiento cruel e inhumano, que desconoce el elemental derecho de toda persona a morir con dignidad. Ello exigiría, como mínimo, morir acompañado de las personas queridas y disfrutar de cierta calidad de vida antes de ese momento final.

3.5. La muerte en la cárcel

La gran cantidad de personas que mueren estando privadas de su libertad, constituye una realidad doblemente invisibilizada: por un lado, la propia Administración no la pone de manifiesto en toda su dimensión y, por otro lado, la opinión pública la desconoce.

En efecto, el tratamiento que otorga el Ministerio del Interior a una cuestión tan trascendental no refleja en toda su dimensión la magnitud del fenómeno, tal y como se revela por la publicación de ciertas estadísticas que, como se verá, no lo muestran en su auténtica dimensión. Ello puede comprobarse por la falta de contabilización de las cifras de los suicidios y de muertos en comisarías así como porque la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no incluye las personas que, estando presas, mueren en un Hospital o en su casa.

Pese a las numerosas denuncias efectuadas por distintos organismos internacionales, así como por diversas asociaciones locales que han procurado poner en evidencia la existencia de tal situación, puede señalarse que la opinión pública desconoce la frecuencia y las circunstancias dramáticas en que se muere en el interior de las cárceles (RIVERA BEIRAS, 2006: 811).

La muerte es, sin duda alguna, la consecuencia más drástica e irreversible derivada de la sistemática violación de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Acabar con la vida de una persona, o coaccionar a ésta para que voluntariamente acabe con su vida, es siempre un crimen, más cuando ello ocurre bajo los auspicios del propio Estado, no sólo se trata de un crimen sino de un flagrante incumplimiento de la normativa internacional de los derechos humanos que éste se ha comprometido a observar.

Esas muertes deberían ser “teóricamente imposibles” en un Estado que se define a sí mismo como “social y democrático de derecho” y que cuenta con una legislación en la que pretendidamente se “garantiza” el respeto y cuidado por los derechos de todos los individuos.

Sin embargo, durante los últimos años —de 2001 a 2006—, más de 1250 personas han muerto en la cárcel.⁸⁷ Entre las principales causas pueden mencionarse:

- enfermedades infectocontagiosas (principalmente SIDA),
- suicidio (ahorcamiento, asfixia o precipitación, entre otras),

⁸⁷ Los números surgen de los datos publicados en el informe de la Coordinadora Estatal de Solidaridad con las Personas Presas (CESPP), “Muertes bajo custodia en el Estado Español: 2001-2004” —www.apdha.org/participa/documentos/muertesbajocustodia05.pdf, y de los números suministrados por los informes de la Coordinadora Estatal para la Prevención de la Tortura (CPT) de los años 2005 y 2006, según los cuales —y a ellos remitimos— se han utilizado cifras oficiales para su elaboración; salvo el año 2006, cuya cifra oficial de muertes no había sido dada a conocer al momento de la elaboración del presente capítulo —mediados de mayo de 2007—, habien-

- sobredosis,
- violencia institucional,
- otras.

Para verlo esquemáticamente, las cifras estimativas del número de muertes que se han registrado cada año, son las siguientes,

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	TOTAL
TOTALES	215	215	224	217	265	115 ⁸⁸	1251

Fuente: www.prevençióntortura.org/informe2005/Informe2005.pdf

3.6. El personal médico como co-responsable

Habiéndose analizado y puesto en evidencia a lo largo del presente capítulo la inhumana situación en que se encuentran los privados de libertad en el Estado Español en lo que respecta a su salud, debido —esencialmente— a un deficiente Sistema de Sanidad Penitenciaria, dedicaremos al menos unas líneas para destacar —teniendo en cuenta las normas éticas vigentes en la materia— el pasivo rol de los profesionales de la salud en el mantenimiento del *status quo*.

En su Resolución 31/85 del 13 de Diciembre de 1976, la Asamblea General de la ONU invitaba a la Organización Mundial de la Salud a que preparase un anteproyecto de Código de Ética Médica referente a la protección de las personas sometidas a cualquier forma de arresto o prisión, contra la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

Ulteriormente, por Resolución 1981/27 del 6 de Mayo de 1981, el Consejo Económico y Social, alarmado por el hecho no infrecuente de la existencia de miembros del gremio médico u otro personal de la salud embarcado en actividades difíciles de reconciliar con la ética médica, y reconociendo que en el mundo se difunden cada vez más ampliamente actividades médicas significativas que son realizadas por trabajadores de la salud no graduados ni capacitados como médicos, tales como asistentes de médicos, paramédicos, fisioterapeutas y enfermeros, recomendó que la Asamblea General tomara medidas para dar fin al anteproyecto de Código de Ética Médica.

A su vez, en la Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial (XXIX Asamblea Médica Mundial, Tokio, octubre de 1975), se establecieron algunas pautas para los doctores en medicina, con-

do empleado el único dato constatado —115 muertes—, que son los casos llegados a conocimiento y corroborados por la Coordinadora Estatal para la Prevención de la Tortura, suministrados en su informe de dicho año.

La sumatoria que se desprende del cuadro supera los 1250, y aún debe tenerse en cuenta lo dicho anteriormente en cuanto al dato que se ha utilizado para 2006, máxime cuando la tendencia de los últimos años es al aumento, salvo un mínimo descenso en 2004, aunque siempre se ha mantenido por encima de las 200 muertes. Téngase en cuenta que tan sólo en la Generalitat de Catalunya, que sí ha dado a conocer la cifra correspondiente al 2006, el número informado asciende a los 51 muertos (<http://www.gencat.net/justicia/departament/publicacions/index.html#pdig>). Otros elementos que permiten afirmar, sin lugar a dudas, que el número de muertes ha sido superior a los 1250 a lo largo de estos seis años, es, como ya se ha dicho, la no contabilización en estas cifras de los suicidios ni de los muertos en comisarías y, por el otro, que Dirección General de Instituciones Penitenciarias no incluye las personas que, estando presas, mueren en un Hospital o en su casa, lo cual no debe ser considerado un dato menor; supuestos que sí incluye la Generalitat de Catalunya en sus estadísticas (si quitáramos estos casos, en Catalunya habrían muerto, en 2006, no 51 sino 15 personas).

⁸⁸ Téngase en cuenta, al leer este valor, lo dicho en la nota anterior.

cernientes a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes con referencia al arresto y a la prisión.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 7 de la Declaración adoptada en su Resolución 3452,⁸⁹ la Asamblea General de la ONU, por *Resolución 37/194* del 18 de diciembre de 1982, adoptó los Principios de Ética Médica pertinentes al papel que desempeña el personal de la salud, en particular los médicos, en la protección de los presos y arrestados, contra la tortura y cualquier otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante; instando a su vez a los gobiernos a dar a dichos principios una amplia difusión en la lengua oficial del estado, en particular entre las asociaciones médicas y paramédicas, y en las instituciones de detención o prisión.

El Principio 1 dispone que el personal de la salud, en particular los médicos encargados de prestar ayuda médica a los reclusos y arrestados, tienen el deber de proveerles protección para su salud física y mental, y un tratamiento para sus enfermedades, que sea de la misma calidad que el proporcionado a los pacientes “libres”; estableciendo ulteriormente (Principio 2) que la intervención activa o pasiva de los mismos, la participación, complicidad, incitación o intentos de aplicar torturas o infligir otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante, es una gran contravención a la ética médica, así como un agravio a los acuerdos internacionales vigentes.

Constituye asimismo una violación a la ética médica, la intervención del personal de la salud en una relación profesional con presos o detenidos, cuyo propósito no consista solamente en evaluar, proteger y mejorar su salud física y mental (Principio 3); la aplicación de sus conocimientos y aptitudes para asistir a los interrogatorios de los presos y detenidos de una manera que pueda afectar desfavorablemente la salud mental o física de los mismos (Principio 4.a); y la intervención en la aplicación de un trato o castigo que no esté de acuerdo con los convenios internacionales pertinentes (Principio 4.b).

Todos estos postulados tienen, según versa el Principio 6 del Anexo de la Resolución, un carácter inderogable, aun en circunstancias de emergencia pública.

Viendo la hasta aquí detalladamente descrita situación de las prisiones en lo que concierne a las prestaciones de salud, gran prevalencia y contagio de ciertas enfermedades, no cabe sino concluir que ha existido, en los últimos años, una indiferente omisión —y por ende complicidad— de una buena parte del personal médico, que sistemáticamente ha incumplido e incumple con estos principios éticos básicos.

Más allá de haberse organizado a través de determinadas instituciones,⁹⁰ pareciera que estas iniciativas muy poco han podido hacer en lo que a modificar esta realidad se refiere; pues aun habiendo parte del personal que ha alzado la voz contra las condiciones descritas, escasos resultados podrán conseguir cuando, otros tantos, se han mostrado muy funcionales al perverso funcionamiento del Sistema Penitenciario, y poco parece consternarles que su pasiva actitud se traduzca en padecimiento, enfermedad, dolor, y muerte para la población reclusa.

⁸⁹ La Resolución 3452, de 9 de Diciembre de 1975, en la cual la Asamblea General declaró que cualquier acto de tortura y de otro trato o castigo cruel, inhumano o degradante era un agravio a la dignidad humana, una negación de los propósitos de la carta de las Naciones Unidas y una violación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en su artículo 7 dispuso el deber de todo estado de asegurar que la perpetración de todos los actos de tortura, como están definidos en el Artículo 1 de esa Declaración, o la participación y complicidad en ellos, la incitación a realizarlos, o el intento de cometer torturas, serían delitos sujetos al Código Penal.

⁹⁰ Podría citarse quizá, como la más representativa, la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria (SESP) —www.sesp.es—, institución integrada por médicos y otros titulados en ramas sanitarias, que desarrollen o hayan desarrollado su labor en el campo de la Sanidad Penitenciaria, y que han estado bregando por la incorporación de la misma al Sistema Nacional de Salud. Cabe destacar que esta institución ha sido condecorada por la OMS, en reconocimiento de sus programas y actividades.

Mucho se ha proclamado, pero tanto queda por hacer por una buena parte de los profesionales de la salud, que habiendo sido a lo largo de la historia absolutamente funcionales a los vicios y corrup-telas del Sistema Penitenciario, han permitido, con su pasividad y omisión —aunque también muchas veces con su complicidad o acción directa— que miles de presos, reducidos a la condición de no-per-sonas; enfermen, padezcan, y mueran.

En este sentido resultan pertinentes las recomendaciones efectuadas por el Comité mediante las cuales se insta al Estado español a adoptar y poner en práctica en forma inmediata una política inte-gral para la prevención de los suicidios, especialmente en los Centros Penitenciarios Psiquiátricos de Alicante y Sevilla.

4. Superpoblación y Cárcel⁹¹

Las condiciones de detención en las cárceles de España, como en el resto de Europa son, actualmen-te, alarmantes. El encierro en condiciones de hacinamiento es un indicador en materia de tratos inhu-manos y degradantes y privación de libertad que, indudablemente, desde hace más de dos décadas viene condicionando de manera negativa el funcionamiento del sistema penal de la región, influyen-do dramáticamente sobre la totalidad de las funciones de las instituciones penitenciarias.

Se estima que hay actualmente no menos de 64.000 personas privadas de su libertad en cárceles y centros de detención en España, aunque el número de personas que pasan por estos lugares puede ser mucho mayor. Esa cifra se vuelve más significativa cuando es desagregada por género, raza y nacio-nalidad.

La situación es de suma gravedad pues la elevada densidad carcelaria reproduce violencia y obsta-culiza el normal desempeño de las funciones elementales en los sistemas penitenciarios, tales como la higiene, la alimentación, la salud, el descanso, el régimen de visitas y, también, de otras funciones que pasan a la categoría de prescindibles por la imposibilidad de desarrollarlas de manera satisfactoria tales como la recreación, la educación, el trabajo y las visitas íntimas. Asimismo, la superpoblación ocasio-na un incremento en la tensión del medio carcelario que deriva en constantes problemas de conviven-cia entre las personas que son obligadas a vivir en espacios —prácticamente— inhabitables.

El problema del hacinamiento comporta por un lado, un aspecto cuantitativo referido a la rela-ción entre población penitenciaria y capacidad edilicia o estructural y, por otro, un aspecto cualitati-vo relativo a la calidad de vida de las personas privadas de su libertad.

En este sentido, y a los efectos de este informe, entenderemos por superpoblación aquel exceso de personas privadas de libertad por sobre la capacidad de alojamiento oficialmente prevista, que se tra-duce en su sometimiento a un trato cruel, inhumano o degradante en los términos de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.⁹²

En este sentido, el alojamiento de personas en establecimientos carcelarios por sobre su capaci-dad es, por sí solo, un indicador de violación a la garantía de los reclusos de recibir un trato digno y

⁹¹ Parte de este informe fue realizado gracias a la colaboración de José Antonio Vázquez, Becario de la FPU, quien con su trabajo “Una aproximación a las condiciones determinantes de la superpoblación carcelaria en el Estado Español”, ha aportado datos, estadísticas actua-les y distintas reflexiones para la comprensión de la superpoblación carcelaria en los últimos años.

⁹² *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

condiciones de detención adecuadas. Esta violación acarrea consecuencias concretas de suma gravedad para las personas privadas de su libertad y tiene repercusiones, especialmente, drásticas para la ejecución de la penas.

No obstante ello, tan grave como está situación es la forma en que conviven con ella, sin reaccionar, una parte importante de los funcionarios políticos, administrativos y judiciales responsables del problema. El acostumbramiento y la desidia que convirtió a la superpoblación carcelaria en un dato más del paisaje carcelario cotidiano, es síntoma del deterioro progresivo de la cultura democrática de la sociedad española, en su conjunto.

Las deficiencias estructurales y funcionales del sistema penitenciario se traducen en el tratamiento inhumano, cruel y degradante de los detenidos y, en la inobservancia de normas básicas como las contenidas en el *Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* así como las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos* que, desde el año 1955 establecieron que “las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupadas más que por un solo recluso”.⁹³ Dicha situación se traduce en una flagrante violación a los compromisos internacionales asumidos por el Estado español.

En definitiva, el hacinamiento carcelario es una violación sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos. Resolver esta problemática es una exigencia ineludible e imperiosa en un Estado de derecho, como consecuencia necesaria de la obligación de éste de brindar condiciones carcelarias dignas y evitar que el encierro de convierta en una pena o trato cruel, inhumano o degradante.

Una de las causas más evidentes del exceso de personas alojadas en establecimientos carcelarios es la ausencia de una política criminal coherente, respetuosa de las garantías penales y procesales y, sobre todo, acorde con los recursos disponibles para sustentarla.

A partir de los años 80 se inicia un preocupante incremento del poder punitivo junto con un retroceso en la utilización de medidas alternativas al encarcelamiento que aumentaron de forma alarmante los índices de encarcelamiento primero, en Estados Unidos y luego también, en los países europeos. En España, el entrecruzamiento de las tendencias político criminales de la tolerancia creó, la emergencia o excepcionalidad así como la gestión penal de los riesgos fueron dibujando en las últimas tres décadas un preocupante panorama en el que la erosión de las principales garantías penales y procesales así como la criminalización de los sectores más desfavorecidos y de las minorías, ocupan un lugar privilegiado.

La afirmación retórica de muchos juristas de que las garantías constituyen un presupuesto mínimo y elemental en un estado social y democrático de derecho suele reproducirse miméticamente como un recurso tranquilizador que contrasta con una realidad en la que encarcelamiento masivo se ha convertido en el pilar exclusivo y excluyente para la solución de conflictos sociales y para sustentar cualquier campaña política.

En ese contexto, el constante aumento de la población reclusa no puede explicarse mediante el sencillo y usual argumento del incremento de la criminalidad o de las tasas de delito. Más bien debe buscarse en el aumento desmesurado de la duración de las condenas tanto a nivel legislativo como judicial, en

⁹³ *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos*. Aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de la Delincuencia, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C del 31 de julio de 1957 y 2076 del 13 de mayo de 1977.

la utilización del sistema penal con fines de disciplinarios para los pobres, en la criminalización de la alteridad, en la puesta en marcha de políticas represivas y antidemocráticas, en los intereses económicos derivados de la industria del control del delito así como en las demandas sociales que abogan por mayor seguridad a través del incremento de la represión y la persecución penal (Rivera Beiras, 2006).

Una muestra de esta tendencia son las reformas en la legislación penal, procesal y penitenciaria, aprobadas durante el año 2003 por el gobierno español. Esas reformas han significado el desembarco en España de toda una ideología neoconservadora en distintas áreas de las que, el derecho penal no fue la excepción. Precisamente esas reformas han tenido y tienen consecuencias drásticas en materia de superpoblación carcelaria. La elevación de los límites máximos de la pena de prisión, las dificultades y exigencias para progresar en los distintos grados de tratamiento penitenciario así como para acceder a la libertad condicional, las medidas para garantizar el cumplimiento efectivo de las condenas, la severidad en las reglas de determinación de la pena, la introducción de la multirreincidencia, la consagración de regímenes penitenciarios diferenciados, la introducción del régimen excepcional llamado período de seguridad, la utilización de la prisión preventiva como regla y no como una excepción, así como el endurecimiento en el tratamiento de ciertas faltas contra las personas o contra patrimonio son productos de una política “criminal”, absolutamente desinteresada de las consecuencias del colapso carcelario (OSPDH: 2005).

Decisiones políticas como las que acabamos de mencionar son las que desconocen que el problema del hacinamiento carcelario obedece, en primer lugar, a la excesiva dependencia del sistema de justicia penal para resolver conflictos sociales básicos y, en segundo lugar, a la utilización de las penas privativas de libertad como un recurso ilimitado que es utilizado en forma arbitraria y vindicativa.

Ese desinterés se concreta en soluciones transitorias que el poder político ofrece como remedio mágico en materia de superpoblación penitenciaria y que consisten en la construcción de más y mejores espacios de detención. Es que, habitualmente, se entiende que el hacinamiento obedece a la escasez de espacio y, en consecuencia, las soluciones siempre se concentran en la construcción de nuevos centros de detención.

En este sentido, el 18 de noviembre de 2005 el Consejo de Ministros aprobó el Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios que incluye la creación de 46 nuevas cárceles entre los años 2006 y 2012, con una inversión de más 1.647 millones de euros, cifra que se agrega a otros 1500 millones destinados a los mismos fines por el ejecutivo. Asimismo, este ambicioso plan supone la creación de once macrocárceles, buena parte de ellas en las zonas de mayor hacinamiento con infraestructuras obsoletas, esto es en Andalucía, Ceuta, Comunidad Valenciana, Fuerteventura, Gran Canaria, Guipúzcoa, Menorca, Murcia, Navarra, País Vasco y Soria.

El problema de este tipo de soluciones radica en su efectividad transitoria pues la construcción de cárceles únicamente soluciona las consecuencias del actual hacinamiento pero no nos garantiza una solución sostenida y consistente a largo plazo. Por el contrario sólo nos asegura, que en el futuro y, mientras no cambie la actual orientación de la política criminal, se construirán más y más cárceles.

En este sentido, se está jugando una carrera entre la Administración, que amplía el número de celdas disponibles, y el número de detenidos en aumento, sin que haya perspectivas cercanas de que las curvas se crucen. Ello, impide hacer cesar la violación de los derechos fundamentales y en particular a la vida e integridad de los presos, del personal de custodia y de terceros.

En esas circunstancias, la construcción de nuevos espacios de encierro como única respuesta al hacinamiento y superpoblación debe ser rechazada pues no constituyen medidas apropiadas y consistentes para garantizar condiciones de encarcelamiento dignas.

Por otra parte, más allá de la responsabilidad que les cabe a los poderes ejecutivo y legislativo respecto a la fijación de criterios político criminales que determinen estándares mínimos para las condiciones de detención y encarcelamiento, la responsabilidad del poder judicial en el incremento irracional y desmedido de la población reclusa no puede ser subestimada.

Incube al Poder Judicial velar por la concordancia entre las condiciones mínimas de encierro legalmente impuestas y el modelo de política criminal adoptado. Su tarea de control de las condiciones de encierro lo obliga a hacer respetar las garantías de los sujetos pasibles de la coerción penal estatal. Por eso su función es determinante para resolver el problema de la población carcelaria.

Sin embargo, aquella obligación no ha sido debidamente asumida por quienes representan al Poder Judicial. Las constantes violaciones al principio de excepcionalidad de la prisión preventiva que conllevan a la desnaturalización de la finalidad estrictamente procesal y cautelar de la medida, sumadas a la progresiva tendencia a un endurecimiento de la respuesta punitiva, que se evidencia en un incremento en el dictado de condenas de cumplimiento efectivo, así como la fijación de condenas cada vez más largas son muestras evidentes de la cuota de responsabilidad que le cabe al poder judicial en el asunto.

Ahora bien, uno de los problemas más serios que genera la superpoblación es el impacto que tiene el fenómeno del hacinamiento para la salud, la higiene y la alimentación de los reclusos. La incidencia de distintas enfermedades infectocontagiosas prevenibles así como el síndrome del VIH se disparan de manera dramática como consecuencia de la falta de una infraestructura adecuada y de las dificultades para el acceso a un diagnóstico preventivo y /o curativo.

Hace ya más de seis años que la Asociación Médica Mundial emitió una declaración que nos alertaba sobre la gravedad del tema: “...*el problema del deterioro sanitario en las cárceles es el resultado directo de las violaciones de derechos humanos que se dan en ellas. No puede resolverse en condiciones de superpoblación penitenciaria, falta de acceso a ejercicio, luz solar y a una dieta adecuada y mínima o nula atención médica de las personas presas. Se trata de una crisis, debido a que los problemas sanitarios emergentes, incluyendo los producidos por organismos multirresistentes al tratamiento se están extendiendo. Lo que urge, de manera casi desesperada, es un cambio en las condiciones de las prisiones y en la calidad de atención médica dispensa en ellas...*” (British Medical Journal, 1999: 319,1090).

La prevención de enfermedades así como su tratamiento no pueden ser asumidos o resueltos, en condiciones de hacinamiento, únicamente por las administraciones penitenciarias. Se trata de una cuestión de salud pública general. En consecuencia, la reducción de la población reclusa debe ocupar un lugar prioritario en la agenda de toda política racional en materia de administración de justicia así como de salud pública.⁹⁴

La situación de privación de libertad de cada una de las personas presas conlleva la responsabilidad del Estado de proporcionar una serie de tutelas que las personas en libertad se procuran por sí mismas, entre ellas la salud, la alimentación y la recreación. De manera que cuanto más se restrinjan los derechos de las personas privadas de libertad mayores son las obligaciones del Estado de asegurarles condiciones de alojamiento dignas así como el acceso a atención médica y alimentación adecuadas.

No obstante ello, la mayoría de los presos de España tienen que cumplir dos penas: la que les corresponde por su delito y la de malos tratos y vejámenes que reciben en las cárceles como consecuen-

⁹⁴ En este sentido la regla 22 de *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* señala que “los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación”.

cia de la imposibilidad de gozar de programas de salud, alimentación, recreo, capacitación y trabajo a raíz del exceso de población, la escasez de recursos y la falta de espacio.

En relación con este último aspecto, la violación de normas específicas que impiden el alojamiento de personas por sobre la capacidad real de los centros de detención agrava severamente la situación. Las previsiones contenidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria y en los artículos 13 y 14 del Reglamento Penitenciario Español referidas a la cantidad de internos que deben alojarse en las celdas son coincidentes en la obligación de asegurar condiciones de habitabilidad básicas y respetuosas del derecho a la intimidad.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el exceso de presos alojados en celdas que no garantizan un espacio mínimo de siete metros cuadrados por persona y en las que no existen condiciones elementales de limpieza y ventilación plantean un conflicto con las previsiones contenidas en el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (caso Kalashnikov vs. Rusia julio/2002).

En la actualidad las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas adoptadas en enero de este año aseguran el derecho a la intimidad de los reclusos y consagran el derecho fundamental de habitar una celda individual, reforzando de tal forma las previsiones que ya existían a interno sobre la materia. No obstante ello, dichas reglas no establecen recomendaciones sobre las dimensiones que deben tener las celdas y los metros cuadrados por internos en espacios comunes, cuestiones que resultan de suma importancia toda vez que las personas privadas de libertad hacen un uso muy intenso del escaso espacio del que disponen y en consecuencia necesitan de lugares en los que la luz, la ventilación, la privacidad así como la posibilidad de descansar y recrearse estén mínimamente garantizados con el objeto de salvaguardar la dignidad de los reclusos y prevenir su sometimiento a tratos humillantes y degradantes.

En este orden, corresponde señalar que en los ya mencionados informes elaborados por el CPT a raíz de las visitas realizadas por sendas delegaciones en los años 2003 y 2005, recientemente publicados por el gobierno español, el Comité Europeo recomienda a España el respeto de los tamaños de las celdas y los niveles de ocupación, de acuerdo a los estándares previsto por el mismo, prestando particular atención a la iluminación, ventilación e higiene en las celdas.

En uno de los informes se hace particular alusión a la situación de sobrepoblación alarmante existente en los centros de detención de largo plazo de Algeciras y El Matorral. El mismo informe, al referirse a "Condiciones Materiales", vuelve a llamar la atención respecto a la superpoblación, recomendando a las autoridades redoblar sus esfuerzos tendientes a equilibrar las plazas disponibles y los niveles de población reclusa, y particularmente, tomar las medidas necesarias para asegurar que las celdas de 7 m² nunca se utilicen para alojar a más de una persona, salvo en aquellos casos excepcionales en que no fuera aconsejable que el prisionero sea alojado en forma solitaria (CPT: 2003)

Asimismo, el CPT señaló con agudeza que los problemas de hacinamiento y superpoblación carcelaria no se revertirán mediante la puesta en marcha de programas de ampliación y mejora de la infraestructura carcelaria, sino fundamentalmente mediante reformas legislativas y jurisdiccionales tendientes a la implementación de alternativas al encarcelamiento (CPT: 2003), tales como la probation, la reparación a la víctima o el trabajo comunitario.

Por otra parte, en su informe del año 2005, el CPT recomienda adoptar las medidas apropiadas para poner fin al urgente y severo problema de sobrepoblación existente en los Centros de Internamiento Temporal de Extranjeros (CPT: 2005).

En conclusión, las cuestiones atinentes al encarcelamiento masivo de personas, son graves y exigen una respuesta urgente por parte del gobierno. Esta problemática debe ser excluida de las discusiones electoralistas y oportunistas, para pasar a ser pensada, de una vez por todas, en términos estratégicos de mediano y largo plazo. Es necesario que decidamos de una vez y para siempre que debemos superar esta decadencia institucional, esta inoperancia política, y la barbarie social que supone el fenómeno del hacinamiento carcelario.

Hay una maquina, que está en marcha, que demuele gente y que se alimenta vorazmente de los excluidos, de los que no cuentan para el mercado, pero esa máquina también nos demuele a nosotros y a nuestros hijos.

Anexo

Cuadro 1: Cifras de la población reclusa en España⁹⁵

AÑO 2006	64.021
AÑO 2005	61.265
AÑO 2004	59.425
AÑO 2003	56.108
AÑO 2002	51.863
AÑO 2001	47.571

Cuadro 2: Incremento de la población penitenciaria⁹⁶

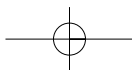
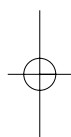
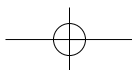
Período	numero de años	incremento
1990-2000	11	41,17%
2001-2006	6	34,58%

⁹⁵ Datos oficiales (Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior Español). El último valor (2006) se corresponde con los datos vigentes a la semana del 29/12 de dicho año, en los centros penitenciarios de adultos —hombres y mujeres— (excluidos los centros de menores, CIEs, y psiquiátricos), e incluyendo los presos en la Comunidad Autónoma de Catalunya (con excepción de cuatro presos en tránsito).

⁹⁶ Los cuadros 2 y 3 del Anexo han sido elaborados por los investigadores a partir de datos obtenidos en la misma fuente (Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior Español).

Cuadro 3: Evolución de la cifra de penados en establecimientos penitenciarios

Comunidades autónomas	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Incremento (2001-2006)
Andalucía	11.138	11.764	11.804	12.245	12.961	13.852	24,64%
Aragón	1.313	1.675	2.226	2.425	2.434	2.321	76,77%
Asturias	1.136	1.275	1.305	1.299	1.381	1.400	23,24%
Baleares	1.091	1.247	1.366	1.389	1.457	1.564	43,35%
Canarias	2.754	3.056	2.956	2.934	2.939	2.905	5,48%
Cantabria	625	635	663	720	779	569	-8,96%
Castilla la mancha	1.793	1.732	1.965	2.047	2.026	2.202	22,81%
Castilla león	4.066	4.782	5.838	6.480	6.496	6.961	71,20%
Cataluña	6.440	6.954	7.468	7.985	8.327	8.972	39,32%
Ceuta	286	269	247	303	242	287	0,35%
Extremadura	939	1.067	1.132	1.119	1.220	1.272	35,46%
Galicia	2.528	2.853	3.735	4.467	4.226	4.067	60,88%
La rioja	310	334	339	405	356	383	23,55%
Madrid	6.677	6.809	7.197	7.407	7.958	8.343	24,95%
Melilla	279	356	281	284	323	249	-10,75%
Murcia	730	663	707	796	842	887	20,14%
Navarra	167	207	227	164	218	214	28,14%
País Vasco	1.033	1.072	1.164	1.308	1.250	1.305	26,33%
Valencia	4.266	5.113	5.488	5.648	5.830	6.268	49,93%
Totales	47.571	51.863	56.108	59.425	61.265	64.021	34,58%



CAPÍTULO 9

La situación en el caso de los menores privados de su libertad. Normativa y condiciones

I. Introducción

La aprobación de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su entrada en vigor a partir del 13 de enero de 2001, fue percibida en general como si se tratase del final para la indefinición o confusión jurídica que caracterizaba el ámbito de la justicia de menores en el Estado español: con esta Ley, en España se pasa a intervenir sobre el menor infractor con medidas no represivas, sino preventivo-especiales, al tiempo que establece un procedimiento de carácter sancionador-educativo encastrado en el ordenamiento constitucional vigente desde 1978, todo ello orientado “hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.”⁹⁷ En definitiva, la ideología reeducadora del menor y del joven infractores, que persigue su responsabilización penal, es la preponderante actualmente en nuestro derecho minoril. Reeducción y responsabilización aparecen plasmadas en la Exposición de motivos, apartado II.7, de la Ley Penal del Menor: “La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.”

Sin embargo, seis años después, de hecho desde pocos meses después de su aprobación, la Ley 5/2000 recibió numerosas y profundas críticas desde los más diversos ámbitos: profesionales que propiamente abarcan el fenómeno, como el criminológico, el procesal o el de la intervención educativa,

⁹⁷ Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores 5/2000, Exposición de motivos I.5; en lo sucesivo se citará como Ley Penal del Menor (BOE, 13 de enero de 2000). Al referimos a partir de ahora a menores y jóvenes, lo hacemos según la definición que esta Ley le otorga a ambos términos en su artículo 1.4, es decir; “[...] se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a las mayores de dicha edad.” Con respecto a la noción de joven, la Ley Penal del Menor contempla la posibilidad, en los artículos 1.2 y 4, de aplicar el régimen atenuado que establece a un infractor menor de 21 años, aunque la implantación de tal posibilidad ha quedado suspendida hasta 2007. La edad a partir de la cual ya se exige la responsabilidad penal queda fijada en los 14 años, puesto que “[...] las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.” (Exposición de motivos I.4).

así como las expuestas desde la práctica totalidad de las comunidades autónomas españolas, a las que la Ley atribuye la iniciativa en la creación y la gestión de los centros de internamiento, así como la contratación de especialistas para el asesoramiento técnico en el procedimiento judicial de menores.

Dichas críticas se centran, por un lado, en la denuncia de la insuficiencia de medios materiales y humanos, achacando a la Ley 5/2000 que no ha sido llevada a la práctica en su totalidad y, por otro lado, en la consideración de la Ley como excesivamente suave y exigen su endurecimiento. Las primeras parten sobre todo de los profesionales más directamente relacionados con los menores infractores; las segundas, que abarcan un amplio espectro social escandalizado por ciertos crímenes brutales protagonizados por menores en los últimos años, parece ser son las que inspiran la última reforma aprobada por el Congreso de los Diputados. Como se verá, si la primera versión de la Ley 5/2000 fue criticada por no venir apoyada por los medios necesarios para su aplicación, la reciente reforma de 23 de noviembre de 2006 ya ha sido objeto de críticas porque, aunque ha endurecido la respuesta penal hacia el menor infractor, “supone un paso tímido en la dirección correcta”.⁹⁸

Desde la aprobación mediante referéndum de la Constitución española en 1978, debieron pasar trece años hasta que la STC 36/1991, de 14 de Febrero,⁹⁹ declarase anticonstitucional el artículo 15 del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948, regulador del procedimiento propio de la facultad reformadora.¹⁰⁰ Dicho artículo dice que “En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse.”.

El Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948 supuso la unificación de toda la legislación precedente sobre el tema. Las características fundamentales del procedimiento que contemplaba eran: ausencia de reglas procesales comunes, brevedad en la tramitación, secreto de las actuaciones, discrecionalidad del órgano decisor y la indeterminación de las medidas adoptadas. Desde que en noviembre de 1918 se aprobase la Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños de noviembre de 1918, los menores de dieciséis años quedaron al margen del CP y de la LECrim y fueron sometidos a unas medidas inspiradas en el correccionalismo y el positivismo. Para estas orientaciones penalistas, la sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada a la peligrosidad del criminal y no a la gravedad objetiva de la infracción. Es decir, todo individuo que ejecuta un hecho penado por la ley, considerado anormal, es responsable y deber ser objeto de una reacción social en función de su peligrosidad. Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal. La creencia en el libre albedrío del ser humano es una superchería, ya que su voluntad está constreñida por factores biológicos, psicológicos o sociales, a

⁹⁸ “Insuficiente Ley del Menor” (Editorial), ABC, 26/I I/2006.

⁹⁹ RTC 36/1991.

¹⁰⁰ La vetusta legislación de menores extendía su potestad tanto a la facultad de reforma como a la facultad de protección. La anulación de la segunda fue confirmada por la Ley Orgánica de 15 de Enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor; que modificó parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vid Guallart de Viala (2002) y Cea d’Ancona (1991), para una aproximación a la evolución de la antigua legislación de menores, y Trinidad Fernández (1996) para un análisis en profundidad desde un punto de vista histórico.

la investigación de los cuales debe dedicarse la criminología. El criminal será estudiado como un ser enfermo, como un esclavo de su herencia patológica (determinismo biológico), o impelido por procesos causales que está incapacitado para encauzar (determinismo social); la reacción contra él será no ya política, sino natural: “el cuerpo sano de la sociedad que reacciona contra la parte enferma” (Pavarini, 1983: 46). Así pues, “la reacción social cobra así un carácter terapéutico, una función curativa y no represiva. La pena es sustituida por las medidas orientadas a la prevención especial. Consecuencia de lo anterior es que dichas medidas ya no pueden tener como criterio de duración la proporcionalidad frente al daño cometido y la culpabilidad del sujeto, sino que su duración es tendencialmente indeterminada (‘hasta la curación del delincuente’).” (González Zorrilla, 1985: 118).

Se efectuó la modificación urgente y provisional del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948 mediante la LO 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, con la finalidad de introducir las garantías procesales mínimas, pero no se abordó ninguna reforma en profundidad de los aspectos sustantivos o de ejecución, aunque cabe destacar la inclusión de la suspensión del fallo o *probation* anglosajona, así como la importancia que concede a la reparación de la víctima; se trata de la llamada “reparación extrajudicial”, contemplada en el artículo 15.1.6.^a, el cual dispone que “Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se haya utilizado violencia o intimidación, a que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, el juez, a propuesta del Ministerio Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de las actuaciones.”. Igualmente, debe destacarse que esta ley justificó sus principios informadores en el “interés del menor”: el llamado principio garantista (existencia de un proceso acusatorio sin dilaciones indebidas, derecho a la asistencia de un abogado, a conocer la acusación y a la defensa, intervención del Ministerio Fiscal, derecho a no declarar contra sí mismo, etc.); el principio de intervención mínima, relacionado con el principio de oportunidad; principios de legalidad, tipicidad y de seguridad jurídica (entre otras cosas, establece un listado preciso de las medidas que se van a imponer y la duración de éstas, la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, así como la individualización, ampliación y diversificación de opciones e intervenciones según la personalidad del menor, su entorno social y el acto infractor cometido por él).

Con anterioridad, la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sustituyó los antiguos Tribunales Tutelares de Menores por los nuevos Juzgados de Menores, pero no consiguió la reforma de la legislación tutelar de menores en el término de un año, tal y como establecía en la disposición adicional primera, porque el proyecto no se llegó a presentar. La RTC 36/1991 tuvo su origen en varias cuestiones de inconstitucionalidad que fueron acumuladas por el Tribunal Constitucional y planteadas por jueces de menores de Barcelona, Madrid, Oviedo y Tarragona, que propusieron en vano la no adecuación a los preceptos constitucionales de la totalidad del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

El paso definitivo para la transformación de la legislación en esta materia fue la aprobación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El CP establece, en el art. 19, que “Los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor.”. El artículo 69 del Código Penal también establece que “Al mayor de 18 años y menor de 21 que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga.”. La entrada en vigor de estos dos artículos quedó condicionada, sin embargo, a la aprobación y

puesta en marcha cuatro años y medio después de la Ley anunciada, que se materializó con la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores,¹⁰¹ que derogaba la legislación tutelar de menores de 1948, en los apartados que todavía estaban vigentes, y la LO 4/1992, de 5 de Junio, reformadora de la anterior. Es decir, el nuevo CP, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, lo hizo “sin el complemento correlativo y necesario de la anunciada Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La situación no podía ser más singular, absurda y recusable.” (Gualart de Viala, 2002:34).

2. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores¹⁰²

La Ley 5/2000 nació sin ser precedida del correspondiente debate y consenso amplios, no solamente entre los profesionales del derecho, sino también entre las administraciones autonómicas y locales y las organizaciones ciudadanas, lo que ha derivado en el profundo desconocimiento que de la misma tiene el conjunto de la sociedad. De su sistemático incumplimiento se hizo hecho eco el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que en junio de 2003 hizo público un informe en el que valoraba la aplicación de la Ley en las diferentes comunidades autónomas; éste, en cuyas conclusiones se constataba la falta de plazas suficientes en régimen abierto y semiabierto en los centros de internamiento, la inexistencia de centros terapéuticos, la falta de educadores y equipos especializados (fundamentalmente trabajadores sociales y psicólogos profesionales para las medidas en medio abierto y equipos técnicos para los centros de internamiento), así como retrasos en el cumplimiento de las medidas, afirmaba que las carencias para aplicar la Ley se hacían evidentes en las “dilaciones durante el procedimiento”, “en las dificultades para que el juez de menores cumpla con la obligación de visitar los centros” y, también, en el riesgo de provocar “el desarraigo familiar y social del menor” sobre todo en aquellos casos en los que una comunidad autónoma debe recurrir a los centros de internamiento ubicados en otra.¹⁰³

Un año antes, el mismo CGPJ ya había hecho públicas las graves deficiencias de la nueva legislación de menores cuando transmitió al Gobierno:

“la ineludible necesidad’ de promulgar ‘cuanto antes’ el Reglamento de Desarrollo de la Ley del Menor ‘para evitar la actual falta de regulación de aspectos fundamentales, como es el régimen de las medidas de internamiento’, según un comunicado de prensa del organismo.

¹⁰¹ Reformada por la LO de 22 de Diciembre de 2000, de Modificación del Código Penal y de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y la LO de 22 de Diciembre de 2000, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. Con respecto al art. 69 del CP, vid. primera nota al pie de este capítulo.

¹⁰² Para un análisis exhaustivo de la Ley 5/2000, en lo concerniente a la medida de privación de libertad, vid. Puente Aba (2005).

¹⁰³ Fuentes: *Europa Press*, “El CGPJ denuncia graves carencias de medios para aplicar la Ley Penal del Menor”, 03/06/2003; *El País*, “La falta de medios impide aplicar con eficacia la Ley del Menor”, 04/06/2003. En su art. 7.1, la LORPM enumera las trece medidas susceptibles de ser impuestas a los menores: internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación y, finalmente, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor; o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Para una aproximación detallada al contenido de la LORPM pueden consultarse, entre otras obras, Dolz Lago (2000), Urbano/ De la Rosa (2001), Boldova Pasamar (2002) y Higuera Guimerá (2003).

- La comisión de seguimiento de la Ley del Menor, de la que forman parte cuatro jueces de menores y seis fiscales, señala que en el primer año de aplicación de la ley han surgido ‘discrepancias’ sobre la organización de la mediación entre el delincuente y la víctima, la responsabilidad civil o la tramitación del régimen disciplinario de los centros de internamiento.
- La comisión planea detectar los problemas procesales de la ley y buscar soluciones que puedan ser asumidas por todos los jueces y fiscales de menores, ‘no con carácter vinculante, pero sí a título orientativo, lo cual favorecería la aplicación uniforme de la ley en toda España’ y evitar interpretaciones dispares.
- El Consejo pone también de manifiesto las necesidades de ‘medios materiales y personales de los juzgados y fiscalías de menores’ y señala que por medio de la comisión de seguimiento, quiere contribuir, ‘al menos, a clarificar las cosas, constatando los problemas de insuficiente redacción o de redacción defectuosa de la ley, en su caso, sugiriendo una interpretación constructiva’.” (“El Poder Judicial reclama ‘cuanto antes’ el reglamento de la Ley del Menor”, *El País* 08/05/2002).

La Ley 5/2000 fue rápidamente modificada por la Ley 7/2000, que agravaba su aplicación en los delitos de terrorismo, homicidio, asesinato, violación u otro delito que se encontrase tipificado en el CP con pena igual o superior a los 15 años.¹⁰⁴ Posteriormente, se aprobó la Ley 9/2000 y la Ley 9/2002, ambas moratorias para la aplicación de la Ley para los jóvenes entre los 18 y 21 años hasta el 1 de enero de 2007.

3. Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

El RD 1774/2004 provocó no menos polémicas que la LO 5/2000. Tal es así, que puede hacerse una descripción del Reglamento siguiendo paso a paso los argumentos del recurso contencioso-administrativo que interpusieron contra el mismo ante el Tribunal Supremo la Coordinadora de Barrios para el seguimiento de Menores y Jóvenes y la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), solicitando la nulidad del Reglamento en su integridad, alegando la vulneración del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución y en el artículo 51 de la Ley 30/92:¹⁰⁵

- a) Vulneración del principio de jerarquía normativa, esto es arts. 9.3 CE y 51 de la Ley 30/1992, en el sentido de que el Reglamento no puede vulnerar el principio de jerarquía normativa ni regular materia que la Constitución reconocen como competencia de las Cortes Generales. La reserva de ley es una manifestación del principio de competencia.

¹⁰⁴ Para un análisis extenso de la Ley 7/2000, remitimos a la lectura del capítulo 19 de este Informe.

¹⁰⁵ La STS de 10 de Noviembre de 2006 desestimó el recurso. También lo hizo, STS de 16 noviembre, ante el recurso interpuesto por preSOS Galicia, que sostenía que el Reglamento abandona el interés del menor al priorizar la jurisdicción de adultos ante la duda sobre la edad del menor y acudir al modelo penitenciario de adultos.

- b) Presunción de minoridad, porque la regulación del art. 2.9 RD 1774/94¹⁰⁶ vulnera el principio general de presunción de minoridad por contravenir los principios de jerarquía normativa y reserva legal en materia de competencias de Jueces y Tribunales (arts. 9.3; 24.1 y 117.3 CE, y el art. 2 de la LORPM).
- c) Libre elección de abogado y derecho de defensa, porque la regulación del art. 41.6 del RD 1774/04¹⁰⁷ vulnera el derecho a la asistencia letrada por contravenir los arts. 24.1 y 2 CE y art. 56.2.i) de la LORPM.
- d) Aislamiento y separación de grupo. Los arts. 66 y 55 RD 1774/04¹⁰⁸ vulneran el derecho a la integridad personal y violan la prohibición de los malos tratos y torturas por contravenir las Reglas 66 y 67 de las Reglas de Beijing aprobadas por la Asamblea General de NU el 29 de Noviembre de 1.985; los arts. 37.c) y 40 de la Convención de los Derechos del Niño y los arts. 15 y 25.3 CE y art. 56.2 LORPM.
- e) Intervención de objetos personales, el art. 30.2.c) y d) vulnera el derecho a la dignidad de la persona y la intimidad (arts. 10.1 y 18 CE y 56.2.c) LORPM, y el principio de legalidad (art. 9.3 CE).
- f) Trabajo producto de los menores. A) El art. 53 del RD 1774/04 vulnera el derecho a la intimidad y a no revelar su condición de menores internos (art. 18 CE y 56.2c) LORPM. B) La remisión al RD 782/01 regulador de la Relación Laboral Especial de los Penados es contraria a la Ley de Acuerdo con la jerarquía normativa (art. 9.3 CE y 51 de la Ley 30/1992) y la reserva de ley (art. 23.2 de la Ley 50/97).
- g) Régimen disciplinario. El Capítulo IV del RD 1774/04, vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE y 60 y 44 LORPM) y el principio de proporcionalidad; la tipificación de las faltas vulnera las previsiones de la LRJAE y Pac (arts. 127 y 129)
- h) Permisos ordinarios de salida. El art. 45 del RD 1774/04 vulnera el principio de igualdad ante la ley, contraviniendo lo dispuesto en el art. 14 CE y el principio de resocialización del art. 55 LORPM.
- i) Medidas cautelares en el procedimiento sancionador. El art. 80 RD 1774/04 vulnera el principio de jerarquía normativa vulnerando lo dispuesto en los arts. 9.3 CE y 28 LORPM.
- j) Alejamiento del entorno familiar. La regulación del art. 35 vulnera el derecho a la intimidad familiar por contravenir lo dispuesto en los arts. 39.1 y 4 CE y 55 de la LORPM.
- k) Visitas. La regulación del art. 40.6 vulnera el derecho a comunicarse libremente con sus familiares (art. 50.6 LORPM y 18 CE).

¹⁰⁶ El art. 2.9 del Reglamento establece que cuando la policía judicial investigue a una persona como presunta autora de una infracción penal y dude de su minoría de edad, deberá poner a ésta a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar su identidad y edad por las reglas de la LECrim.

¹⁰⁷ El art. 41.6 del Reglamento dice: "En el momento de la visita, el abogado o el procurador presentarán al director del centro o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa el carné profesional que los acredite como tales, además de la designación o documento en el que consten como defensor o representante del menor en las causas que se sigan contra él o por las cuales estuviera internado. Las comunicaciones del menor con su abogado o procurador no podrán ser suspendidas, en ningún caso, por decisión administrativa. Solamente podrán ser suspendidas previa orden expresa de la autoridad judicial."

¹⁰⁸ El art. 55.1 del Reglamento establece que para evitar actos de violencia o lesiones de los menores a sí mismos o a otras personas, actos de fuga, daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia activa o pasiva a las instrucciones del personal del centro en el ejercicio legítimo de su cargo, este podrá utilizar los siguientes medios de contención (art. 55.2): la contención física personal, las defensas de goma, la sujeción mecánica y el aislamiento provisional. El art. 66 regula cuándo se impondrá la medida de separación ("por la comisión de faltas muy graves o faltas graves (...) en los casos en los que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del menor; o cuando éste, reiterada y gravemente, altere la normal convivencia en el centro.") y cómo ha de llevarse a cabo.

- l) Controles de comunicaciones escritas y paquetes. La regulación del art. 43.3 y 4 y del art. 44¹⁰⁹ vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones postales recogido en el art. 18.3 CE.
- m) Contenido del derecho de visitas. Los arts. 40, párrafos 1, 4 y 8 del art. 42.2¹¹⁰ contraviene el derecho del menor a comunicarse libremente con sus familiares (arts. 39.1 y 50.6 LORPM) vulnerando el art. 14 CE.

En definitiva, se aprecia con claridad el acercamiento legislativo entre el sistema penal de menores y el de adultos. Así, el nuevo Reglamento reproduce casi literalmente los preceptos del Reglamento Penitenciario de adultos, admite el uso de “defensas” por vigilantes privados (porras y esposas) y la sanción de “separación de grupo” (aislamiento en celdas). Pareciera que se pretende un mero endurecimiento del sistema penal para menores y no que la única variable que se tenga en cuenta a la hora de afrontar toda reforma legislativa es que éste sea cada vez más justo.

4. Ley Orgánica 8/2006, de 4 de Diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

El 23 de noviembre de 2006 el Pleno del Congreso aprobó el proyecto de ley de Responsabilidad Penal del Menor,¹¹¹ que excluyó de su ámbito de aplicación a los jóvenes de entre 18 y 21 años, punto al que se opusieron CiU, PNV, ICV y Grupo Mixto. Al Pleno asistió el ministro de Justicia, Juan Fernando López Aguilar, quien señaló su satisfacción porque la nueva ley dibuja una “clara línea divisoria” entre la mayoría de edad, al tiempo que apuesta por “la reeducación y resocialización” de los menores. El portavoz del PP, que votó en contra de la nueva Ley del Menor, indicó que uno de los problemas de la nueva normativa es que “no ataja la alarma que crea hoy el incremento de la delincuencia juvenil”.¹¹² Durante su intervención en el Pleno, el ministro de Justicia también defendió la utilidad de las modificaciones de la Ley “frente a las amenazas de un mundo inseguro y el crimen organizado” y destacó que éstas se han hecho “reflexivamente y sin ninguna concesión al populismo punitivo”, “con la intención de exaltar el interés supremo del menor para que en ningún caso pueda recibir peor tratamiento que el adulto ante el proceso penal ni las sanciones que de éste se deriven”.¹¹³

En líneas generales, las principales modificaciones introducidas por la Ley 8/2006 son las siguientes:

¹⁰⁹ En el art. 43.3 se establece que “La recepción de correspondencia dirigida a los menores internados se llevará a cabo previa comprobación de la identidad de quien la deposita. La correspondencia de entrada será entregada a su destinatario, quien la abrirá en presencia del personal del centro, con el único fin de controlar que su interior no contiene objetos o sustancias prohibidas”; y el 43.4 “Los menores deberán cerrar la correspondencia que envíen en presencia del personal designado por la dirección del centro, con la única finalidad de comprobar que no contiene objetos y sustancias prohibidos o que no les pertenecen legítimamente.”.

¹¹⁰ El art. 42.2. establece que el número mínimo de llamadas que podrán efectuar y costearán los menores serán dos por semana, con una duración mínima de 10 minutos.

¹¹¹ El Pleno votó el proyecto de ley con 185 votos a favor —contó con el apoyo de PSOE, CiU, ERC, PNV y BNG y CHA por parte del Grupo Mixto—, 136 en contra —postura que apoyaron el PP e ICV— y 2 abstenciones, de EA y Nafarroa Bai del Grupo Mixto.

¹¹² http://www.libertaddigital.com:83/php3/noticia.php3?fecha_edicion=2006-11-23&num_edicion=1459&cpn=1276293334&seccion=SOC_D

¹¹³ <http://www2.cga.es/es/contenidos/contenido.asp?iddoc=10511>

- Cárcel a los 18 o 21 años. Ha sido el punto más polémico de la reforma. Cuando un menor delincuente que esté internado en un centro cumpla 18 años, podrá ser trasladado a una cárcel de adultos. El cambio lo decidirá el juez si la conducta del menor “no responde a los objetivos propuestos en la sentencia”. Deberán ser oídos el abogado del menor y el fiscal. Cuando los menores internos cumplen 21 años, la regla general es que deben ser trasladados a la cárcel salvo que excepcionalmente el juez decida lo contrario.
- Delincuentes de 18 a 21. La Ley del Menor de 2000 recogía la posibilidad de ser aplicada a personas de 18 a 21 años siempre que hubieran cometido una falta o delito menos grave, no fueran reincidentes y sus circunstancias de edad y madurez lo aconsejaran. La idea era recuperar a los jóvenes que cometían un primer delito. Pero la entrada en vigor de este artículo fue sucesivamente aplazada y no ha llegado a ponerse en marcha. La reforma ha eliminado esta posibilidad después de un tortuoso camino parlamentario en el que aparecía y desaparecía. Ante las críticas de CiU y otros grupos, la portavoz del PSOE explicó ayer que, como los recursos son escasos, es mejor centrarse en los menores.
- Sanciones más duras. Se agravan en un año las medidas de internamiento para los delitos graves, muy graves o violentos. Si el menor ha cometido varias infracciones y una es especialmente grave, el límite máximo de internamiento será de 10 años (ahora son ocho) para los menores de 16 y 17 años y de seis años (ahora son cinco) para los de 14 y 15.
- Acoso escolar. Los jueces podrán imponer a los menores agresores una orden de alejamiento de la víctima y sus familiares, de su domicilio, centro docente o lugar de trabajo. Se trata de una medida con la que se pretende evitar que un menor acosador acuda a la escuela de la víctima.
- Bandas juveniles. Si el menor que delinque pertenece o actúa al servicio de una banda, organización o asociación, la ley permite que se le imponga una medida de internamiento de hasta tres años si tiene 14 ó 15 años y hasta de seis si tiene 16 ó 17, incluso aunque el delito cometido no sea grave ni violento. La idea es apartar a estos chicos de la banda a la que pertenecen.
- Acusación particular. Las víctimas o perjudicados por un delito cometido por un menor podrán personarse en el procedimiento tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral. En caso de que no lo deseen, tendrán derecho a que se les comuniquen todas las resoluciones que puedan afectar a sus intereses.
- Menores testigos de delitos. La reforma aprovecha para modificar también la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los menores testigos y víctimas de delitos no tendrán en ningún momento una confrontación visual con el acusado y se podrá usar la videoconferencia en su declaración. Hasta ahora, la ley facultaba pero no obligaba a los jueces a poner medios para evitar que los menores vieran a los inculpados.

Previamente a la aprobación de la Ley, algunas asociaciones de defensa de los derechos humanos calificaron de paso atrás la reforma al considerar que vulnera la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas.¹¹⁴ También lamentan que el proceso de reforma de la Ley no haya sido precedido

¹¹⁴ <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/la-reforma-de-la-ley-de-responsabilidad-penal-del-menor-vulnera-la-convencion-de-derechos-del-nino-d/>

de una evaluación pública y exhaustiva de los resultados de la actual norma, mediante la realización de un estudio sociojurídico de su desarrollo, su implantación y las consecuencias de la ejecución de las medidas, tal y como se estableció en el texto de la Ley 5/2000.

Con ocasión del debate que tuvo lugar en el Congreso sobre la Reforma de la Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor, Amnistía Internacional (AI) hizo un llamamiento a los diputados para que el “interés superior del menor” debía prevalecer en todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas, de acuerdo al art. 3 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Al respecto de la ley 8/2006, Amnistía Internacional realizó las siguientes peticiones para que el legislador las tuviese en cuenta a la hora de aprobar la reforma de la Ley 5/2000:¹¹⁵

- La reforma debe atender al principio del “interés superior del menor” y al criterio diferencial del derecho penal de menores respecto del tratamiento penal de personas adultas, tal como establece el Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas
- Debe respetarse el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño que establece la prisión en el caso de menores infractores como medida de último recurso y que sólo se debe imponer por el tiempo más breve posible. La organización recomienda que no se aumente la duración de las medidas de internamiento previstas en la legislación vigente y recuerda la recomendación del Comité de los Derechos del Niño para que el Estado fomente el uso de medidas alternativas a la privación de libertad.
- En relación con los menores acusados de “delitos de terrorismo” deben revisarse también, tal como ha recomendado el Comité de los Derechos del Niño¹¹⁶ en su último informe sobre España, la duración de las penas de prisión que se imponen a los menores acusados de estos delitos y ajustarse el período de detención preventiva a las disposiciones de la Ley 5/2000.
- El Gobierno español debe garantizar suficientes recursos, humanos y materiales, para el desarrollo efectivo de la nueva Ley, una recomendación que también hizo ya el Comité de Derechos del Niño respecto a la puesta en práctica de la norma actualmente en vigor.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Alude al Informe de Naciones Unidas *Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño. España* (Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño-30º período de sesiones, CRC/C/15/Add.185; 13 de junio de 2002. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1998.pdf>). Dicho Informe recomienda:

“Administración de la justicia de menores.

53. El Comité celebra la aprobación de la Ley Orgánica Nº 5/2000, de 12 de enero, sobre la responsabilidad penal de los menores y su carácter educativo, pero señala que harán falta más recursos humanos y económicos para aplicarla eficazmente. Además, señala con preocupación que la Ley Orgánica Nº 7/2000, relativa a los delitos de terrorismo, aumenta el período de detención preventiva y las penas de prisión para los menores acusados de terrorismo (hasta un máximo de diez años). El Comité también expresa inquietud por el hecho de que la privación de libertad no se utilice como último recurso, y por las condiciones de hacinamiento que existen en algunos centros de detención.

54. A la luz de los artículos 37 a 40 y de otras normas internacionales pertinentes, el Comité recomienda al Estado Parte que:

a) Asigne recursos humanos y económicos suficientes a fin de garantizar la plena aplicación de la Ley Orgánica Nº 5/2000;
 b) Ajuste el período de detención preventiva de los menores acusados de terrorismo a las disposiciones de la ley, y que revise la duración de las penas de prisión que se imponen a los menores acusados de terrorismo;
 c) Forme a los encargados de administrar la justicia de menores en el nuevo sistema de justicia de menores;
 d) Fomente el uso de medidas alternativas a la privación de libertad.” (Pág.11).

Actualmente, las críticas a la Ley 8/2006 se suceden. Para unos, supone un retroceso que no impedirá que los jóvenes sigan cometiendo delitos, al tiempo que se les niega a los menores el derecho a “reeducarse”; para otros, nace con la misma carencia, en cuanto a dotarla de una memoria económica, que su predecesora, lo que la condena a no ser enteramente desarrollada.

5. Vulneración de los derechos de los menores extranjeros no acompañados bajo tutela de los servicios de protección de menores¹¹⁷

En cuanto acceden al correspondiente Servicio de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma en la que son capturados, los menores extranjeros no acompañados experimentan una especial situación de indefensión. No son excepcionales los disturbios en los centros de acogida, en los que los jóvenes esperan el inicio del proceso de repatriación a sus países de origen, como el acontecido en 2005 en un centro catalán de menores: quince jóvenes marroquíes bajo tutela se rebelaron para reclamar mayor agilidad en los trámites de concesión de sus documentos.¹¹⁸

Numerosos colectivos y asociaciones preocupados por los derechos a la infancia han denunciado que el proceso de repatriación de los menores “no respeta los derechos fundamentales de los niños y en ocasiones pone en grave riesgo su integridad física menoscabando su dignidad y su derecho a la educación” (Coordinadora de Barrios, 2006). Efectivamente, atendiendo a la letra de las dos leyes que pautarían la situación legal de estos menores en España (la LO 4/2000 Reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y el Reglamento que desarrolla dicha Ley por RD 2393/04), los derechos que son vulnerados pueden enumerarse así:

- Derecho a ser oído. El art. 92.4 del Reglamento establece la obligación de la Administración General de Estado, a través de la Delegación del Gobierno, de oír al menor en el proceso de repatriación. Sin embargo, la realidad es que no se oye al menor y éste no sabe que se está tramitando su expediente de repatriación.
- Derecho a la tutela judicial efectiva. Ésta se deriva justamente de lo mencionado en el párrafo anterior: el menor no sólo desconoce que se han iniciado los trámites para su repatriación, sino que ignora su derecho a recurrir.
- Derecho a la asistencia letrada. Los menores no tienen acceso a asistencia letrada en ningún momento, ni siquiera durante su detención. Sólo tendrían letrado del turno de oficio si el procedimiento que se tramitara contra ellos fuera de carácter penal.
- Derecho a la integridad física. Vulnerando lo establecido en la LO 4/2000 y el Reglamento que la desarrolla, los servicios de protección no localizan a la familia del menor ni comunicar las gestiones realizadas a la entidad gubernativa. Es decir, los menores no son reagrupados con sus familias, sino que son conducidos a su país de origen, generalmente Marruecos, donde se les detiene y encarcela hasta que algún adulto se responsabiliza de ellos.

¹¹⁷ Este apartado basa gran parte de su contenido en el avance de un próximo Dossier que está siendo elaborado por la Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes (Madrid) y que nos ha hecho llegar con el título “A la Comisión para la Defensa de los Derechos de la Infancia. Resumen de la situación de vulnerabilidad de los menores inmigrantes bajo la tutela de los servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas del Estado español”.

¹¹⁸ OMS, J./MONREAL, À. “Motín sin víctimas en el centro de menores El Bosc”, *Què*, 27-01-2005.

Los siguientes casos ejemplificarían algunos supuestos de repatriaciones ilegales (Coordinadora de Barrios, 2006):

- B.E. menor de edad tutelado por la Comunidad Autónoma, con permiso de residencia y pasaporte. Ambos retenidos por la Policía Nacional. Una mañana cuando sale de su domicilio para asistir a su centro de estudios es detenido por la Policía para proceder a su repatriación. Engrilletado y conducido a la Comisaría. En el avión es advertido por un Policía que si se porta mal le encintarán con cinta de embalar. Un juzgado acuerda suspender la repatriación y dicta sentencia reconociendo que se han vulnerado los derechos del menor.
- H.A, menor de edad, tutelado por la Comunidad de Madrid, con permiso de residencia y pasaporte marroquí. Proviene de una familia desestructurada, Víctima de malos tratos en su infancia por parte de su padre. Es repatriado a su país donde ya no tiene familia: su padre está preso en una cárcel marroquí y su madre esta desaparecida, probablemente emigró ilegalmente a Alemania. Tras quedar abandonado en Marruecos regresa a España. Un juzgado ha reconocido que la repatriación fue ilegal.
- I.C. menor edad, tutelado por la Comunidad de Cantabria, con permiso de residencia y trabajo y pasaporte marroquí. Sus hermanos mayores residen en España legalmente. No se le comunica que existe una resolución de repatriación ni de la posibilidad de recurrir. Una noche se persona la policía en el centro le detienen y le trasladan al Aeropuerto de Madrid Barajas, a más de 400 km de su domicilio, sin permitirle avisar a sus hermanos ni a su abogado. El juzgado de lo contencioso acuerda paralizar la repatriación, comunicándolo verbalmente y por fax a los agentes encargados de su custodia pero haciendo caso omiso a la resolución judicial es repatriado.
- M.B. menor de edad: a pesar de llevar más de nueve meses en España no le tramitan ni conceden el permiso de residencia. Asimismo, le retiran su pasaporte marroquí por lo que permanece indocumentado. Una mañana es detenido, engrilletado y conducido a la Corsaria de Barajas. El Juzgado se niega valorar su caso denegándole el derecho a ser oído y la capacidad para comparecer en juicio. La Comunidad Autónoma, representante del menor se niega a comparecer en juicio en defensa de los intereses del menor.

Sin embargo, los ejemplos prácticas de vulneración de derechos no sólo se producen mientras se realizan los trámites de repatriación, sino que empiezan a producirse desde el mismo momento de la detención. Así, la policía se presenta de madrugada en los domicilios de los menores de madrugada y con una fotografía del menor cotejan su presencia en el domicilio. Los menores son detenidos y esposados con las manos a la espalda. En algún caso algún menor ha sido abofeteado por resistirse a ser detenido. Después es conducido a la comisaría del aeropuerto de Barajas, donde permanece detenido hasta su embarque en el avión.

En otras ocasiones los menores han sido detenidos en la puerta de sus escuelas, institutos o talleres donde acuden a formación reglada. Además, no se les permite recoger sus efectos personales, ni llamar a sus abogados, familiares o amigos. Tampoco se tienen en cuenta los informes sociales de los educadores del menor acerca de su inserción en España y de su integración personal y laboral, al tiempo que no existen informes sociales sobre la situación de la familia del menor en Marruecos: sobre su disposición a acoger al menor y sobre la posible existencia de factores de riesgo para los menores: maltrato, explotación, exclusión social, etc.

A los menores se les retira el pasaporte por parte de las autoridades administrativas, permaneciendo los menores indocumentados, lo que les hace objeto de continuas detenciones policiales a efectos de identificación. De hecho, a los menores de origen subsahariano, aun poseyendo documentación en regla que acredita su identidad y su minoría de edad, se les realizan dudosas pruebas oseométricas de determinación de la edad establecidas para la raza caucásica y si el rango supera los 18 años se le retira la tutela abocándolos a la calle.

En algunos supuestos en que los Jueces han acordado paralizar la repatriación de un menor por entender que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva se ha hecho caso omiso procediendo a la repatriación del menor, ignorando y desobedeciendo la resolución judicial. En ocasiones, los menores son abandonados en su país de origen a gran distancia de su localidad natal, sin medios económicos ni materiales para regresar con su familia.

6. Privación de libertad y derechos humanos de los menores en España

La percepción del menor, no sólo desde el punto de vista de un jurista, sino también de la ciudadanía en su conjunto, presenta dos vertientes que derivan en sendas exigencias de reformas legislativas: por un lado su papel como víctima del delito y, por el otro, como victimario. Centrándonos aquí en este segundo aspecto, planteamos como errónea la pregunta básica que se pretende responder por parte de los sectores directamente implicados en el fenómeno de la delincuencia infantil y juvenil, esto es, *qué podemos hacer*; ya que se trata de una inquisición instrumental que esconde unas respuestas que despliegan un repertorio de medidas penales y administrativas ya elaboradas que contribuyen a la criminalización de la infancia y de la juventud. No obstante, hay otra pregunta que sistemáticamente es eludida, *qué debemos hacer*, afirmamos aquí que por su poder disolvente de un falso debate que hace pasar como medidas innovadoras lo que no son sino marchitas providencias remozadas en falso siguiendo el dictado de la sociedad actual, que consume miedo y exige seguridad, protección para un fenómeno cuyas cifras reales no justifican de ninguna manera ni el pánico ni el escándalo que amplifican los medios de comunicación.¹¹⁹ Es decir, el problema tiene en España un alcance restringido y, sin embargo, sirve para introducir prácticas de normalización para un sector reducido de la sociedad que no ha sido convenientemente socializado según el ideal de un consenso normativo; al mismo tiempo, la respuesta penal a los menores y jóvenes infractores se ha constituido en una pieza esencial de la intrincada maquinaria que supone el control social, ya que el comportamiento antisocial como estereotipo acaba afectando a la juventud en su práctica totalidad “con la finalidad de convertirla en chivo expiatorio de las magnas contradicciones de la sociedad de consumo” (Barbero Santos, 1983: 19). Debatir sobre lo que debe o no hacerse implica ineludiblemente indagar en la racionalidad de las propuestas que, en la materia que nos ocupa, pasa en primer lugar por cuestionar la preponderancia del sistema penal, así como en estudiar las causas por las cuales la opinión pública hoy en día, como antaño, difícilmente distingue entre desviación, inadaptación y delincuencia, términos que en la antigua legislación de menores se conceptuaban como una misma cosa y que provocaban similares efectos jurídicos.

¹¹⁹ Según datos recabados por Amnistía Internacional, el número de menores detenidos en España disminuyó entre 2002 y 2005, así como la tasa de detenciones de los últimos cinco años, que ha pasado de 13,56 menores por cada mil a 13,06 menores por cada mil (<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/la-reforma-de-la-ley-de-responsabilidad-penal-del-menor-vulnera-la-conven-cion-de-derechos-del-nino-d/>).

“La aceptación de lo primero, que conduciría necesariamente a un diálogo de igual a igual entre ‘lo jurídico’ y otros discursos profesionales y colectivos ciudadanos que hoy se hayan a él subordinados o que ni tan siquiera son escuchados, y la clarificación de lo segundo son variables que deben ser despedidas definitivamente si lo que se pretende es actuar con convicción y con la ambición de lograr un amplio consenso social a la hora de afrontar los problemas de los jóvenes” (Cano, 2005: 326-327).

En la actualidad no existe una alternativa que haya pugnado por lograr el respaldo social conveniente para competir con la hegemonía del modelo de intervención institucional basado en la reeducación y la responsabilidad penal formalizado en la Ley Penal del Menor. La necesidad de educar se ha convertido en el gran argumento y también en el instrumento privilegiado para lograr la resocialización del menor infractor; sin embargo, parece que solamente los niños y los jóvenes precisen de la misma, lo que puede hacer sospechar que la ideología tutelar, al menos una parte de ella, no haya sido erradicada definitivamente, excepto sobre el papel, y prime todavía el castigo como finalidad. En palabras de Emilio Calatayud,¹²⁰ que alude a la Ley Penal del Menor:

“[...] No es demasiado blanda, es mentira. Pongamos que en España un mayor comete un homicidio; le pueden caer entre 12 y 20 años. Digamos que le ponen 12 o 14; con nuestro sistema penitenciario, cuando lleve 8 o 10 años puede estar en la calle con el tercer grado. A un menor, en cambio, se le pueden poner 10 años por un delito grave, y después 5 años más de libertad vigilada. Luego son 15 años. [...] Cuando condenas a un chaval a 10 años, es como si estuvieras condenando un mayor a 20. [...] Y en cuanto a los pequeños delitos y a las condenas alternativas, es que son mucho más duras que pasar unos pocos días en la cárcel. [...], como juez de vigilancia penitenciaria, he visto que una persona que lleva quince años de internamiento ya es inútil para la sociedad. Entonces que no me digan a mí que una de las finalidades de la pena es la reinserción. [...] Dentro de poco, los chicos que cumplan 23 años empezarán a pasar a la cárcel a terminar su pena; y luego saldrán a la calle y les quedarán cinco años más de libertad vigilada. ¿Pero quién los va a vigilar? Hay que crear un equipo de psicólogos, de educadores... Pero si no se están creando esos equipos, será quizá porque la gente no se cree esta ley. Ésa es la cuestión. Necesitamos un cambio de mentalidad en la sociedad, que pase de ser vengativa a ser reinsertadora, y los primeros que tenemos que cambiar somos los jueces, los fiscales. (“Emilio Calatayud. El juez que condena a estudiar”, *El País Semanal*, 17/8/03).

No tiene menor peso argumentativo la percepción de numerosos profesionales de los ámbitos educativo, jurídico y social que reprochan a las instituciones de privación de libertad de menores el que anteponen intereses económicos a los educativos. La legislación vigente encarga el seguimiento y control de la ejecución de las penas a las Comunidades Autónomas; no obstante, éstas ceden con frecuencia dicha labor en consorcios privados. El resultado es que en la gestión de estos centros de reforma prima el criterio de la rentabilidad, es decir, el del “mínimo coste, máximo beneficio”, siendo que la entidad privada no necesariamente contrata los servicios de un, por ejemplo, buen educador, sino de uno a buen precio: única forma de rentabilizar los casi 300 euros que recibe por menor al día. Lo mismo puede decirse de otros ámbitos, como la vigilancia, la atención psicológica, la alimentación, etc.

¹²⁰ Emilio Calatayud es juez de Menores en Granada.

En 2003, la relación en España entre el número de centros de menores propios y los gestionados por intereses privados era la siguiente:¹²¹

	Total	Propios	Entidad colaboradora
Total	85	30	55
Andalucía	16	1	15
Aragón	1	1	0
Asturias	2	1	1
Baleares	2	0	2
Canarias	6	0	6
Cantabria	1	1	0
Castilla La Mancha	5	1	4
Castilla León	4	1	3
Cataluña	6	6	0
Comunidad Valenciana	7	5	2
Extremadura	1	1	0
Galicia	7	7	0
Madrid	11	3	8
Murcia	4	0	4
Navarra	2	0	2
País Vasco	7	0	7
La Rioja	1	0	1
Ceuta	1	1	0
Melilla	1	1	0

En todo caso, reina el oscurantismo y la impunidad en ellos; de hecho, sólo salen a la luz cuando media una denuncia por malos tratos. Efectivamente, como ejemplo de impunidad,¹²² baste citar la absolucón de la Comunidad de Madrid y a la Fundación Diagrama de un presunto delito de malos tratos a un menor recluido en un centro de menores de Guadarrama en marzo de 2001 por parte de la Sección Primera de la AP de Madrid. Uno de los menores internados en el centro denunció que en él existían unas salas, denominadas “de observación”, en las que fue fruto de malos tratos y torturas por parte de los educadores de la Fundación Diagrama, que gestionaba el centro y la custodia de los menores, por adjudicación de la Comunidad de Madrid. El muchacho aseguró entonces en su denuncia que “si los menores se portaban mal, les encerraban solos en una habitación pequeña, con un colchón en el suelo y, si se ponían nerviosos, les esposaban las manos y les ataban los pies con cinta de embalar”. El menor afirmó también que le encerraron siete veces en ellas y que en tres ocasiones lo desnudaron y otra estuvo cuatro días sin salir y sin que nadie limpiara la estancia. También aseguró que otro menor fue golpeado y permaneció allí 30 días aislado. Ante esta denuncia, la Comunidad cerró el centro regentado por Diagrama el 2 de marzo de 2001, argumentando que los métodos edu-

¹²¹ Fuente: Observatorio Infancia (2004), *Boletín estadístico. Estadística básica de medidas impuestas a menores infractores.2003*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, pág. 105. A la espera de un informe oficial más actualizado, debemos ceñirnos para su comentario a estos datos, aunque en la actualidad se hacen objetivamente cuestionables. Por ejemplo, Madrid ha pasado de tener 11 centros de reforma a 18 y Andalucía de 16 a 17; asimismo, se han incrementado los centros gestionados por entidades privadas.

¹²² Á. Z. “La Fundación Diagrama, absuelta de un delito de malos tratos a un menor”, *El País*, 07-08-2005.

cativos empleados por la fundación “no eran los adecuados”. El cierre fue aconsejado por la Fiscalía de Menores tras recibir la denuncia.

La Coordinadora de Barrios y la Asociación contra la Tortura presentaron en su día una querrela criminal contra Esperanza García, que era la directora del Instituto Madrileño de Menor y la Familia (IMMF), dependiente del Gobierno regional, y contra la Fundación Diagrama por un presunto delito de trato degradante y torturas. Los querellantes apoyaron su acusación en el artículo 533 del Código Penal, que castiga los excesos de los funcionarios de prisiones o de centros de protección o corrección de menores, con penas de inhabilitación y prisión de dos a seis años, y el artículo 173, que castiga “a quien infiera tratos degradantes aun menoscabando gravemente su integridad moral”. La juez estima que el primero de esos artículos sólo sería aplicable a los delitos cometidos por los funcionarios, pero en este caso el castigo lo impusieron educadores de Diagrama. También descarta el delito de torturas, porque sólo es aplicable en el caso de pretender obtener una información o “castigar la comisión de un hecho o su sospecha”.

Veamos más ejemplos de malos tratos a menores. El primer bloque de casos ha sido extraído del informe de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, titulado *La Tortura en el Estado español. Informe 2006*.¹²³ En el segundo, se vuelcan testimonios directos de menores y jóvenes que cumplen penas privativas de libertad; se trata de cartas manuscritas que pertenecen al archivo documental del OSPDH de la Universidad de Barcelona.

- **15 de abril de 2005: Valle Tabares (Tenerife).** Cuatro menores ingresados en el Centro fueron golpeados por varios vigilantes, causándoles graves lesiones por las que tuvieron que ser asistidos por los servicios médicos. Uno de ellos no podía caminar por haber sido pateado en la espalda y otro presentaba grandes moratones en el ojo derecho.
- **18 de mayo de 2005: Madrid.** G.R. denunció que agentes de policía no impidieron ni denunciaron las agresiones contra tres menores de nacionalidad rumana y que cuando se les instó a perseguir al agresor, los agentes contestaron “Cállese, porque usted no sabe qué clase de gente es esa? Si quiere, denúncielos”. Las agresiones tuvieron lugar después de que los tres niños fuesen descubiertos robando un teléfono móvil a un hombre, entre este y otra personas agarraron fuertemente a los menores y los golpearon. Algunos viandantes intentaron parar la agresión pero fueron insultados. Poco después llegaron los policías que, tras informarse de lo ocurrido, detuvieron a los niños y dejaron marchar a los agresores con la justificación ya indicada.
- **7 de junio de 2005: Valle Tabares (Tenerife).** A.E.D., de 15 años, falleció el 7 de junio en el Centro de internamiento de menores de Valle Tabares tras registrarse un incendio en su habitación. Otras dos menores resultaron heridas de distinta gravedad, una de ellas quedó en coma del que tardó seis días en salir. La menor, que iba a recuperar la libertad 20 días más tarde, llevaba dos meses en el centro, en aislamiento casi todos los fines de semana, El Centro de Tabares ha sido objeto de numerosas denuncias por torturas y malos tratos a los menores allí internados. Tras la muerte de A.E.D., el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife abrió diligencias por un posible delito de homicidio imprudente contra la Directora de Protección al

¹²³ <http://www.apdha.org/documentos/Informetortura2005.pdf>

menor y la Familia de Canarias. Días después acordó sobreseer la causa y remitir lo actuado a la Fiscalía de Menores al entender que no se podía concretar una imputación contra responsables del Gobierno de Canarias.

- **7 de junio de 2005: Ceuta.** Tres menores marroquíes ingresados en el Centro de Menores La Esperanza de Ceuta, denunciaron ante la Fiscalía de Menores haber sido objeto de agresiones por parte del director del centro, a quien denunciaron por amenazas, insultos y agresiones.
- **Junio de 2005: Ceuta.** En julio, el Juzgado de Menores de Ceuta remitió al Juzgado de Instrucción la denuncia de un menor marroquí, internado en el Centro La Esperanza, contra el director de este, por agredirle. Según la denuncia, el menor se fugó del centro de menores en el que estaba ingresado por miedo a las agresiones que sufría. Posteriormente, fue nuevamente detenido y, al ser interrogado por el juez de menores por esta fuga, narró las agresiones sufridas.
- **Junio de 2005: Torremolinos (Málaga).** En febrero de 2006, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Torremolinos abrió diligencias para investigar los malos tratos y abusos a que fueron sometidos los menores ingresados en el Centro de Menores de La Biznaga, por parte de vigilantes y personal del centro. La denuncia fue efectuada por un ex trabajador del centro, que denunció las agresiones y malos tratos sufridos por varios menores entre 2003 y 2005. Entre los hechos denunciados figura la agresión a puñetazos a un menor, llevada a cabo por un educador en presencia de un vigilante del centro y otro menor. El aislamiento por tiempo superior a dos meses a que fueron sometidos seis menores, o la agresión sufrida por otro menor al que, un coordinador del centro, el subdirector, vigilantes de seguridad y varios educadores, desnudaron, esposaron y rociaron con espuma de afeitar, situación en la que lo llevaron sacado al patio y expusieron ante otros menores allí internados. Como consecuencia de estas agresiones, uno de los menores intentó suicidarse ingiriendo lejía.
- **Junio de 2005: Tielmes (Madrid).** Los responsables de la parroquia de San Carlos Borromeo, de Madrid, denunciaron ante el Defensor del Pueblo la situación que padecen los menores ingresado en el centro de reforma de menores “Los Olivos”, regentado por la Fundación Madrileña. Los hechos relatados recogen una inacabable relación de sanciones a los menores por los hechos más nimios (hablar en un traslado, estirarse en el taller, bostezar, decir tacos.....) a los que hay que añadir situaciones de aislamiento prolongado (recibe el nombre de separación) y agresiones físicas por parte de los responsables del centro y vigilantes de seguridad. Un menor, que es vegetariano fue sancionado a diario, durante dos meses, por quejarse de la comida que recibía. Una de las agresiones más graves la sufrió A., que en una ocasión, noviembre de 2004, fue reducido de forma brutal por los vigilantes en presencia del subdirector del centro que animaba a los agresores con frases como “haced que le sangren las muñecas”.
- **17 de julio de 2005: Madrid.** R.A., menor de origen marroquí, ingresado en el Centro de Reforma para Menores “El Pinar”, de Madrid, denunció haber sido golpeado por cinco vigilantes de seguridad del centro. Según la denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid, R.A le pidió a una de las vigilantes del pasillo que le devolviera un ‘walkman’ de su propiedad. Al ver que su reclamación no era satisfecha, perdió los nervios y le propinó una patada a una silla de plásticos de su celda, según aparece en la denuncia. Poco después “cinco vigilantes entraron en la celda, con un escudo antivandálico en la mano, las porras (distintas a las defensas de goma que portan habitualmente los vigilantes por ser estas más largas) y los grilletes. Los vigilantes golpearon a R.A, le tiraron al suelo y le pusieron los grilletes, donde continua-

ron pegándole. En ese momento, uno de los vigilantes golpeó la cabeza del menor contra la pata de la cama y, mientras le pisaba la cabeza, le dijo “vas a sufrir” hasta que el menor se mareó. Tras la agresión el menor presentaba numerosas marcas y lesiones en cara y resto del cuerpo que fueron aportadas al Juzgado junto con la denuncia.

- **Agosto de 2005: Fuenlabrada (Madrid).** SOS Racismo denunció que, en agosto, dos menores dominicanos golpeados en la comisaría de policía de la localidad madrileña de Fuenlabrada. Los menores fueron abordados por los agentes que les pidieron la documentación, después de mostrarla fueron conducidos a la comisaría, donde fueron golpeado y, tres horas después, puesto en libertad sin levantar atestado alguno y preguntándoles les agentes “si habían aprendido la lección”.
- **13 de octubre de 2005: Valle Tabares.** Dos menores de nacionalidad marroquí H.L. y M.A., fueron agredidos en el Centro de Protección de Menores de Valle Tabares, por vigilantes del centro. M.A. fue agredido el 13 de octubre y necesitó ser atendido en un hospital por las lesiones sufridas. Días después era agredido H.L., quien además de recibir varios golpes fue esposado durante más de dos horas, con la manos hacia arriba por detrás de la cabeza y a una altura en la que casi no tocaba el suelo con los pies.
- **13 de octubre de 2005: Valle Tabares (Tenerife).** Tres menores, M.J.P.N. y J.L.R.L., naturales de Tenerife, fueron agredidos, el 13 de octubre, por vigilantes del Centro de Protección de Menores de Valle Tabares en el que estaban internados. Los dos presentaban hematomas en la cara, cabeza y espalda. Y J.L.R.L. y necesitó ser trasladados al Hospital el mismo día para recibir atención médica. Días después, el 23 de octubre, otro menor fue agredido por vigilantes del mismo Centro de Protección de Menores, mientras se encontraba en su habitación en el Módulo 5. La denuncia formulada por los padres de este tercer menor asegura que el director del Centro conocía la agresión y no la denunció.
- **8 de noviembre de 2005: Córdoba.** Seis jóvenes (cuatro de ellos menores de edad) denunciaron haber sido agredidos por agentes antidisturbios del Cuerpo Nacional de Policía tras participar en una manifestación estudiantil en la ciudad de Córdoba el 8 de noviembre. Según la denuncia, que aporta ocho partes de lesiones —dos de los lesionados no llegaron a denunciar judicialmente la agresión sufrida—, la manifestación transcurrió sin incidentes, al finalizar un grupo de estudiantes se concentró ante la Subdelegación del Gobierno en Córdoba y corearon diversas consignas. De improviso. Unos policías agarraron a unos de los jóvenes, lo introdujeron en la Subdelegación y le propinaron varios golpes con las porras. Los demás estudiantes, al darse cuenta de la agresión, pidieron explicaciones a los agentes, que cargaron contra los concentrados y detuvieron a seis de ellos, a lo que encerraron en unas dependencias de la Subdelegación donde fueron golpeados.
- **17 de noviembre de 2005: Barcelona.** El 17 de noviembre tuvo lugar una manifestación de estudiantes contra la reforma universitaria. Al finalizar la misma agentes de la Mossos d’Esquadra cargaron contra los participantes golpeando indiscriminadamente a cuanto joven se encontraba en la zona y deteniendo a 46 de ellos, (20 eran menores de edad). Muchos de los detenidos fueron esposados y obligados a permanecer arrodillados y esposados con las manos a la espalda en la calle, a la vista de todo el mundo, durante varias horas (la policía reduce este tiempo a 15 minutos) y fueron golpeados con las porras sufriendo diversas magulladuras y hematomas, de las que tuvieron que ser atendidos en hospitales después de ser puestos en libertad. Al

menos 10 estudiantes formularon denuncias contra los agentes de la Policía Autonómica Catalana por las agresiones y vejaciones sufridas. Una vez conocida la presentación de estas denuncias, una nota pública de los Mossos d'Esquadra anunciaba que no investigaría las denuncias formuladas.

- **21 de diciembre de 2005: Madrid.** En la mañana del 21 de diciembre, agentes de las Unidades Antidisturbios del Cuerpo Nacional de Policía cargaron contra un grupo de unos 200 menores que celebraban el comienzo de las vacaciones de navidad frente a un colegio de Madrid. Como consecuencia de la carga varios jóvenes resultaron golpeados por los agentes. Un joven de 15 años resultó herido de gravedad, cuando cayó desde la entrada de un garaje cuando huía de los policías.
- **Noviembre de 2004: Valles Tabares (Santa Cruz de Tenerife).** En abril, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de La Laguna ordeno la detención de un coordinador del Módulo III del Centro de Menores Valle Tabares como responsable de un delito de agresión sexual a un menor allí internado en noviembre de 2004. Según relata la denuncia de un trabajador del centro, los hechos debieron de ocurrir a finales de octubre o principios de noviembre de 2004 y al menos dos menores más fueron testigos de la entrada en la celda del presunto agresor. Precisamente, estos dos chicos relataron al denunciante cómo “ambos oyeron que entraba el coordinador en la habitación del menor, y seguidamente escucharon alaridos del joven, producidos por la agresión sexual que se estaba produciendo”. En ese momento, uno de los testigos se autolesionó en un brazo ante la impotencia por lo que estaba escuchando. Este mismo coordinador es acusado de introducir a un menor del módulo II en la habitación de otro interno, donde le dijo “a ver si eres hombre y te pegas con el n...”. El menor forcejeó para evitar entrar, por miedo, y se orinó allí mismo.
- **Noviembre de 2004: Valle Tabares (Santa Cruz de Tenerife).** En septiembre, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de La Laguna (Tenerife) admitió a trámite la querella presentada por la madre de un menor de edad ingresado en los centros de Valle Tabares I y Mesa Ponte, por delito de tortura. En la causa fueron denunciados, adema de la Directora General del Menor de Canarias, numerosos educadores y vigilantes del centro, que, según la querella, ataban con correas a los menores como medida de contención; correas que fueron confiscadas por la Fiscalía de Menores de Canarias ese mes de noviembre de 2004. La investigación fue iniciada a finales de 2004, como consecuencias de esta, fueron imputadas por un presunto delito de tortura a M.M.A., Directora General del Menor de Canarias, E.C., entonces gerente de la Fundación Ideo, a Jesús Trujillo y hasta septiembre de 2005 coordinador de centros de la Fundación Ideo, a R.J., ex subdirectora del módulo 5 (régimen cerrado) de Valle Tabares I, a J.F.D., ex director del centro La Montañeta, y a J.L.A., director comercial de Seguridad Integral Canaria. Además de estas personas, a las que el auto menciona de forma expresa, también están imputados los alrededor de 200 educadores y vigilantes que trabajaban en Valle Tabares I y Mesa Ponte entre septiembre y noviembre de 2004 y las que eran respectivamente subdirectora y coordinadora del centro Mesa Ponte, N.G. y M.M.C..
- **Noviembre de 2004: Algeciras (Cádiz).** En febrero, la Apdh-A denunció la existencia de malos tratos y vejaciones a los menores ingresados en el Centro de Marchenilla (Algeciras), donde había constancia de la existencia de más de cuarenta quejas de los menores ingresados. Entre las quejas que obran en poder de la asociación, los menores aseguran recibir castigos “brutales” por

determinados comportamientos. Así, aseguran que dejar una arruga en la cama tiene el castigo de permanecer encerrado sólo en una habitación, lo cual se agrava si los menores expresan su queja. Otros menores aseguran haber sido amarrados a una cama o a una silla como medida de castigo, dejándolos encerrados en esta situación cuando manifiestan nerviosismo o alguna otra actitud que hace que los responsables del centro tomen estas medidas. Encierros, palizas y tratos aberrantes son el denominador común de las más de cuarenta denuncias que obras en poder de APDH. “También tenemos el testimonio de chavales que han salido y que también constatan esta situación, y miran hacia atrás al centro como una pesadilla”, señala la asesora jurídica de APDH.

- **13 de noviembre de 2004: Nivaria (Santa Cruz de Tenerife).** En noviembre, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife imputó a cinco vigilantes y una educadora del centro de menores de Nivaria en relación a la muerte del joven P.G. de 15 años de edad, el 13 de noviembre de 2004, en dicho centro en el que estaba ingresado por orden judicial. Todos ellos fueron imputados por delitos de tortura y amenazas. El cadáver de P.G., fue descubierto en su cama el 13 de noviembre de 2004, con una bolsa plástica que cubría su cabeza, en lo que se imputó como suicidio, dentro del centro de medidas judiciales para menores Nivaria, en El Rosario. Sin embargo, tras la investigación abierta por la Fiscalía, ésta ha descubierto diversas irregularidades, así como la ocultación de pruebas fundamentales para la resolución del caso, y que no fueron entregadas por la dirección del Centro al equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil que investiga el caso desde el primer momento. El joven fue hallado sobre la cama, boca arriba, con las manos cruzadas a la altura del pecho y debajo la manta. Bajo su cuerpo, y en su lado izquierdo tenía un punzón fabricado tras cortar el mango de un cepillo de dientes y limarle la punta, señal que podría indicar que había recibido amenazas y estaba preparado para defenderse. Curiosamente, la bolsa que cubría su cabeza carecía de huellas y el cierre estaba hecho con un lazo de corredera. Sin embargo, su rostro estaba sereno —no mostraba el rictus de una persona que se está ahogando por asfixia— y sus manos no tenían la postura que indicara haber luchado por quitarse el nudo. Cuando murió P.G. se encontraba en situación de “refugio”. En ese caso se trata de un interno con posibilidad de suicidarse y es obligación del centro de admitirle en el programa de “protocolo de suicidio” que consiste básicamente en que debe estar a su lado las 24 horas un recluso de la máxima confianza de la dirección así como del menor. El día de su muerte P.G. se quedó solo en su celda estando, y el compañero que compartía celda fue trasladado a otra habitación después de la cena. A media noche, aproximadamente a las 12:45 horas, un turismo a toda velocidad se detuvo en la barrera del centro y uno de los cuatro ocupantes, todos plenamente identificados, solicitaron el acceso. Una vez recibida la autorización, enfilaron a toda velocidad hacia el patio interior. Según la Guardia Civil, los cuatro eran miembros de la empresa Seguridad Integral Canaria, pero no debían estar en el turno de noche. Las explicaciones que ofrecieron a la Guardia Civil es que iban a llevar unos bocadillos a los compañeros de servicio. Según manifestaciones a la Benemérita, alguno de ellos iba beodo. Poco después el turismo se retiró con estos cuatro ocupantes. No obstante, alrededor de las 01:50 horas regresó nuevamente el turismo con el mismo número de ocupantes, aunque, uno de ellos no había estado la vez anterior. Estos permanecieron en el centro hasta las 04:00 horas, cuando lo abandonaron. Lo que hicieron allí en estas dos horas es lo que trata de esclarecer la Policía Judicial, sabiendo que la muerte del interno, según la autopsia, se produjo entre

las 01:00 horas y las 04:00 horas. La persona que no regresó entraba a trabajar a las 08:00 horas y curiosamente fue el vigilante que abrió la puerta y descubrió el cuerpo sin vida de P.G. Cuando la Guardia Civil pidió las cintas de vídeo para saber que ocurrió, solamente se les hizo entrega de aquellas que registraban hasta las 01:30 horas de la madrugada, en ella se observa la primera entrada del turismo. Luego se produce un salto y nuevamente hay imágenes hasta cerca de las ocho de la mañana. Cuando la Guardia Civil pidió explicaciones y desde la empresa de seguridad se manifestó que “había tenido algunos problemas”, sin darle más importancia.

- **Septiembre de 2004: Jaén (Centro de Menores Las Lagunillas).** En septiembre, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jaén acordó, por segunda vez, el archivo de la denuncia formulada por varios ex trabajadores del Centro de Menores de Las Lagunillas por los tratos vejatorios a los que eran sometidos los menores en el centro internados. El auto de sobreseimiento se dictó después de que los propios vigilantes que denunciaron a las empresas Fundación Diagrama Intervención Psicosocial y Provibe S.L. solicitaran al juzgado el archivo del caso. Los denunciante decidieron desistir del procedimiento y solicitar el archivo del expediente tras constatar “la lentitud con la que se ha tramitado en el juzgado las diligencias de instrucción”, según precisaron estas mismas fuentes. A principios de septiembre de 2004, la AP de Jaén ordenó la reapertura de este caso, dejó sin efecto el primer auto de archivo y estimó el recurso presentado por los vigilantes contra el sobreseimiento de la causa dictado por el juzgado de instrucción número dos, al entender que existían indicios de que “pudiera haber un posible delito contra los trabajadores por los despidos realizados durante una huelga y otro por algunas de las actuaciones practicadas contra los menores”.
- **El Periódico - 12/06/2004.** Una adolescente de 17 años se suicida en el centro de menores de Els Til·lers de la Generalitat después de tres intentos previos. En octubre acababa de cumplir los 12 meses internada por robo.
- **Junio de 2004: Córdoba (Centro de Menores Sierra Morena).** En febrero, el Juzgado de Menores de Córdoba detectado una serie de “irregularidades” en el centro de reforma Sierra Morena, que fue denunciado por tres ex empleadas por maltratar a los internos. El magistrado señaló que, después de inspeccionar el recinto, sobre todo en los puntos que se denunciaron ante la Fiscalía, la Dirección General de Reforma Juvenil y la Inspección General de Servicios Sociales de la Junta, y entrevistar a los menores, “he verificado que algunas de las quejas que se contemplan en la demanda sí se cumplen. En concreto afirmó que la técnica psicológica de la “extinción”, por la que se aísla al menor y no se le hace ningún caso hasta que depone su actitud, se ha llevado a cabo en el recinto de Sierra Morena”. Sin embargo, el magistrado puntualizó que dichas “irregularidades” no afectan “a los derechos irrenunciables del menor” Meses antes, tres ex trabajadoras del centro de menores en el centro, Sierra Morena, denunciaron los malos tratos a que son sometidos los menores que depende de la Junta de Andalucía. Según su denuncia, las primeras 48 horas del menor en el centro son de aislamiento absoluto. Los menores son sometidos a castigos duros: una de las sanciones que se aplican, llamada la silla, consiste en tener al menor sentado en una silla al menos una hora y de cara a la pared, sin moverse. También denunciaron que se aplica de forma generalizada una técnica llamada extinción por la cual “si el menor está muy alterado se le dejaba solo en un cuarto hasta que se agote, y aunque grite, defeque, vomite o se lesione, nadie irá a atenderlo”. Las trabajadoras señalaron que estas cosas ocurrían desde que en junio de este año se hizo cargo de la gestión del centro la Asociación Desarrollo e Integración Social Meridianos.

- **Enero de 2004: Ceuta.** En junio, el Juzgado Penal núm. 1 de Melilla, absolvió a D.I., responsable del Centro de Menores La Purísima de la ciudad melillense, del delito de abusos sexuales del que había sido denunciado por una menor ingresada en el centro. F., una menor marroquí, ingresada en el Centro de Acogida de Menores ubicado en el Cuartel La Purísima de Melilla, denunció, ante el juzgado de Primera Instrucción de dicha ciudad que el, hasta entonces, coordinador del centro le había ofrecido una cantidad de dinero a cambio de obtener sus favores sexuales. La denuncia iba acompañada de una prueba importante: la grabación de sendos mensajes enviados a su móvil por el presunto acosador sexual desde su teléfono portátil particular y varias llamadas con la misma proposición. Previamente, la menor se dirigió había dirigido al juzgado para contar lo sucedido pero se negó a presentar una denuncia al enterarse de que necesitaba una prueba para que ésta prosperase. La policía judicial le ofreció entonces uno de los móviles que tienen con capacidad de grabación y le pidió que esperara a que el hombre, de 28 años, la llamara de nuevo. A los pocos días, F. volvió al juzgado acompañada de una educadora del centro, también musulmana, con la prueba del delito.
- **12 de enero de 2003: Villaviciosa (Madrid).** En noviembre, la Sección Tercera de la AP de Madrid condenó a los agentes de Policía Local del municipio madrileño de Villaviciosa, O.G.H. y J.L.E.) a penas de, para cada uno de ellos, un año de prisión e inhabilitación de dos años por un delito contra la integridad moral, y cuarenta días de multa por una falta de lesiones. La misma sentencia absuelve a los agentes del delito de torturas por el que habían sido acusados por el Fiscal y la acusación particular. Según el escrito de acusación, en la madrugada del 12 de enero de 2003 los agentes ahora condenados acudieron a las inmediaciones de un pub de Villaviciosa en el que se había desencadenado una pelea, localizando a dos de los presuntos intervinientes en la misma, ambos menores de edad. Los imputados bajaron de su vehículo, apuntando a los sospechosos con las armas y ordenando que se tiraran al suelo, dirigiéndose Ó. G.H. a uno de los menores, colocando la pistola en su cabeza y tirándole al suelo, donde los dos encausados le golpearon reiteradamente con patadas en la cabeza y en las piernas. Como consecuencia de estos hechos, el menor sufrió contusión malar derecha, fisura en la nariz, contusión mentoniana, ciliar y en el muslo izquierdo, lesiones de las que tardó siete días en curar.
- **Agencia EFE, 28/02/2003.** Suicidio de un joven marroquí en Els Til·lers. Internado desde el 11 de febrero por daños y atentado contra la autoridad.
- **2 de marzo de 2001: Guadarrama (Madrid).** En marzo, la Sección XVIª de la AP de Madrid decretó el archivo de la causa seguida contra el director, dos educadores y dos guardas de seguridad del Centro de Protección de Menores Guadarrama, regentado por la Fundación Diagrama, dejando sin efecto el auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Colado Villalba (Madrid) por el que se reputaba falta los hechos denunciados por la Coordinadora de Barrios de Madrid y la ACT. La resolución de la AP madrileña no niega los hechos denunciados, simplemente se limita a manifestar que, con la entrada en vigor del reglamento de menores, que había entrado en vigor pocos meses antes, los hechos denunciados habían dejado de ser punibles. La resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo. A primero del año 2001, uno de los menores ingresados en el Centro Guadarrama denunció la práctica de malos tratos por parte de los educadores y vigilantes del centro. El 2 de marzo de 2001, la Comunidad de Madrid, a instancias de la Fiscalía de Menores, ordenó la clausura del centro. Poco después la Coordinadora de Barrios de Madrid y la ACT presentaron una querella contra los responsables del centro y de

los malos tratos denunciados. A lo largo de la instrucción más de 20 menores que estaban o habían estado ingresados en el mismo, ratificaron la existencia de malos tratos, que, igualmente, fue reconocida por alguno de las personas que allí habían trabajado.

- **1997-2000: Barcelona.** En enero el juzgado de instrucción encargado del caso, trasladó la investigación al Cuerpo Nacional de Policía de la denuncia efectuada por tres antiguas internas del centro de menores Vilana, del distrito barcelonés de Sarriá, denunciaron la práctica de abusos sexuales, vejaciones y malos tratos, físicos y psíquicos, por los responsables del centro durante los años 1997 y 2000. Anteriormente la investigación corría a cargo de los Mossos d'Escuadra. Las denunciante, que en la actualidad son ya mayores de edad, relataron que tenían conocimiento de diversos abusos sexuales por parte de monitores a compañeras de internamiento. Confesaron que ellas habían sido víctimas de diversas insinuaciones, pero que habían conseguido zafarse. En sus primeras exposiciones, posteriormente ratificadas ante los investigadores y el juez, las testigos señalaron que “había monitores que buscaban la manera de quedarse a solas con determinadas internas, por ejemplo en la cocina o en otras dependencias”, relataron fuentes conocedoras del caso a La Vanguardia que prefieren que sus nombres no sean desvelados sus nombres. Hasta ahora muchas las personas han pasado a declarar en relación con el caso. Entre ellas están las tres testigos principales, funcionarios y monitores relacionados en las declaraciones de las chicas o posibles conocedores de los supuestos hechos, así como algunos responsables de la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia.

Carta_Menor_A1. “Hola soy un menor del centro [...] de Córdoba y os escribo de un patio de 20 metros cuadrados al que salgo 1 hora al día y es cuando me dejan escribir. Ahora me encuentro en separación de grupo con 3 faltas graves y una muy grave. Según el centro la separación de grupo me quita el derecho a tener unas sábanas para dormir, una toalla, jabón para asearme, papel higiénico y lo que es más me deniegan una ducha a no ser que me ponga la ropa que ellos me proporcionan teniendo mi propia ropa. [...] Todo esto que me está pasando ha sido por autolesionarme.”

Carta_Menor_A2. “[...] Hoy vuelven a tirar las cosas [los guardias] y encima tengo en mi poder el papel de objetos retenidos donde consta 77 paquetes de tabaco, y ellos me dicen que son 51 [...]. Nos vuelven a tirar todas las cosas y las fotos. Todos estos hechos han sido denunciados y nadie hace nada.”

Carta_Menor_A3. “Amarran a los chavales por la cara por tonterías y a los que más amarran son a los marroquíes que no tienen familia. Por no querer cambiarme de habitación me cogió y se lió a porrazos conmigo él y los guardias y me amarraron 9 horas y otras veces por tonterías a un colega mío lo amarraron por guardarse un yogurt, para comérselo en la habitación. [...], y yo he querido denunciar, porque han abusado de mí, porque se me cogió un tendón y tenía sangre agolpada en las manos y pies, y el director me dijo no denuncies que te voy a dar un permiso [...].”

Carta_Menor_A5. “Aquí hay unos 6 funcionarios que van pegando a todos los internos que llegan aquí y para ocultar las palizas que realizan, a los internos, les ponen partes que son falsos, inventados. Porque yo soy uno de ellos que me pegaron me intimidaron y no he ofrecido ningún tipo de resistencia sufrí torturas físicas, psicológicas y acoso sexual, estos señores son como si fueran animales provocan primero y si hablas te pegan.”

Sin duda, responder a la pregunta planteada cuando iniciamos este apartado (*qué debemos hacer*) es tarea extremadamente complicada y delicada. En primer lugar, convendría afrontar, siquiera debatir-

lo, “desreformular” la legislación que, como se ha visto, ha sido modificada para aumentar la carga punitiva sobre los menores y jóvenes infractores. En segundo lugar, “las buenas condiciones de acogida y trato al menor deben estar garantizadas en todo momento y los jueces y fiscales de menores deben ser los garantes de estas condiciones con su presencia física en los espacios de custodia. En especial, debe prohibirse la detención incomunicada y el aislamiento de los menores que cumplen penas privativas de libertad” (Coordinadora para la Prevención de la Tortura, 2006).

Anexo

El Comité Europeo de Prevención de la Tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes ha llevado a cabo algunas visitas al territorio español, con el fin de determinar la situación de algunos establecimientos de privación de libertad. Se abordará en el presente Capítulo, cuanto se refiere a las visitas, recomendaciones del CPT y respuestas del Gobierno español en torno a las condiciones en que se hallan tales centros de privación de libertad.

a) Informe elaborado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (CPT) tras su visita al Estado español desde el 22 de julio hasta el 1 de agosto de 2003

Aún vigente la ya modificada Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la delegación de la CPT visitó los siguientes centros de menores: Nivaria (Tenerife), San Antonio (en realidad denominado La Esperanza, Ceuta), Llanos Pelados (Ceuta), Casillas del Ángel (Fuerteventura) y Cruz Balnaca (Algeciras). Los cuatro últimos acogen a menores extranjeros no acompañados. Los dos últimos no fueron objeto de comentarios por parte de la CPT.

En líneas generales los centros están bien acondicionados, pero la CPT observó: episodios de violencia entre los menores e insuficiencia de personal de vigilancia (Llanos Pelados), masificación (Nivaria), excesivas horas de encierro en las celdas sin desarrollar ninguna actividad (Nivaria), insuficiencia en las condiciones sanitarias y de salud del centro (La Esperanza, Llanos Pelados), escasa ayuda económica para facilitar el contacto entre los menores y sus familias (Nivaria), no organización de actividades de ocio (La Esperanza, Llanos Pelados), escasez de espacios comunes (La Esperanza), entorno degradado del centro (Llanos Pelados), no integración plena de los menores en los planes de educación reglada (Llanos Pelados), no aplicación de todas las salvaguardas previstas en los procedimientos de expulsión que implican menores de edad (La Esperanza, Llanos Pelados); escasa preparación y/o motivación del personal adscrito a los centros (La Esperanza, Llanos Pelados).

Recomendaciones de la CPT: correcto encauzamiento legal por parte de las autoridades españolas de las denuncias sobre malos tratos en los centros; visitas periódicas de organizaciones o personalidades independientes a todos los centros españoles donde los menores son privados de su libertad; otorgar permisos de residencia a los menores extranjeros no acompañados que no pueden volver a sus familia o países de origen, habiendo estado bajo custodia de las autoridades españolas durante un período de 9 meses; aplicación de las salvaguardas previstas en los procedimientos de expulsión que implican menores de edad (Llanos Pelados, La Esperanza; por ejemplo, comprobar fehacientemente la edad, identificar a los parientes del menor en su país de origen y comprobar que el menor expulsado acaba en manos de la autoridad adecuada); adopción de medidas para la erradicación de la violencia entre los menores o sobre los mismos (Nivaria); garantizar que, si lo desean, los menores puedan recibir la visita de sus familiares como mínimo una vez a la semana (Nivaria); reducir la masificación (Nivaria);

organización de actividades recreativas/deportivas y mejora de las educativas y/o de formación profesional (La Esperanza, Llanos Pelados); contratación de personal preparado y motivado (La Esperanza, Llanos Pelados); mejora de las condiciones sanitarias y creación de espacios comunes (La Esperanza).

b) Respuesta del Gobierno español al Informe elaborado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (CPT) tras su visita al Estado español entre el 12 y el 19 de diciembre de 2005

En su respuesta, el Gobierno español afirma que los menores extranjeros no acompañados se hallan amparados plenamente por la legislación vigente tanto en la fase del proceso como en la de repatriación, aunque reconoce que la llegada a España de un gran número de estos menores exige una adaptación de las instalaciones existentes.

Sobre los centros de menores: los problemas de masificación y de escasez de personal se están resolviendo satisfactoriamente y toma nota de las observaciones de la CPT en cuanto a la necesidad de la mejora en las condiciones de vida de los menores privados de libertad en los centros; la mayor parte de las denuncias de malos tratos en los centros no prosperan judicialmente, aunque las que sí lo logran son seguidas con atención por las autoridades; el centro La Esperanza debe ser remodelado en parte, pero se trabaja para que los profesionales que trabajan en el centro cumplan sus funciones y encuentra el Gobierno español que las actividades educativas y recreativas desarrolladas son suficientes; el cumplimiento de la normativa vigente es supervisado por una figura independiente, el Defensor del Menor y se están afrontando reformas legislativas (como la del Código Civil) para afrontar de manera más eficiente la situación de un grupo tan vulnerable como es el de los menores extranjeros no acompañados..

c) Informe elaborado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (CPT) tras su visita al Estado español desde el 22 de julio hasta el 1 de agosto de 2003

Aún vigente la ya modificada Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la CPT pidió al Gobierno español que desistiese de modificar el artículo 17 de dicha Ley, que afectaría al derecho de los menores durante la detención a declarar ante la autoridad competente en presencia de su abogado.

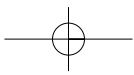
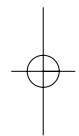
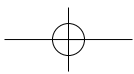
Con respecto a los menores extranjeros no acompañados, la CPT denuncia que el convenio bilateral entre España y Marruecos no se aplica a éstos y que se han constatado casos de malos tratos de la policía marroquí cuando son retornados sin el conocimiento de sus familias. Recomendaba que si los esfuerzos por hallar a las familias de los menores marroquíes fallan, deben permanecer bajo la custodia de las instituciones adecuadas en España hasta su mayoría de edad, momento en que se les debe permitir su residencia legal en territorio español.

d) Respuesta del Gobierno español al Informe elaborado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (CPT) tras su visita al Estado español entre el 12 y el 19 de diciembre de 2005

En lo que respecta a la modificación del artículo 17 de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el Gobierno español aclara que no ha habido ninguna propuesta en ese sentido.

Los menores extranjeros no acompañados disponen de una amplia gama normativa que reconoce y garantiza sus derechos, esencialmente la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Real Decreto 2393/2004 por el que se aprueba el Reglamento de la citada Ley. El convenio suscrito entre Marruecos no es aplicable a los menores, sien-

do la Fiscalía la que se encarga de velar por los intereses de éstos. Según marca la legislación, cuando se sospecha que un migrante sin documentación es menor de edad es puesto a disposición de los servicios de protección de menores; seguidamente se comunica el hecho a la Fiscalía, que, valiéndose de las instituciones sanitarias apropiadas, determina la edad; la repatriación se efectúa en el caso de ser localizada la familia del menor o siempre que se compruebe la existencia de servicios de protección al menor adecuados en el país de origen y nunca que se detecte riesgo para la integridad el menor o su familia; en el caso de que la repatriación no sea posible, transcurridos 9 meses desde su puesta a disposición de los servicios de protección el menor recibirá el permiso de residencia.



CAPÍTULO 10

La situación en el caso de los migrantes privados de su libertad. Normativa y condiciones

Introducción

A partir de la conformación de la Unión Europea se pretende suprimir las fronteras entre los países miembros y se extiende a lo largo de ésta una única frontera exterior, intentando de esta forma el control de la población no comunitaria. Este control se hace más evidente con la creación del Sistema de Información Schengen, a partir del cual se gestiona el fenómeno migratorio a través del control punitivo, siendo aplicado bajo una perspectiva muchas veces excluyente, discriminatoria y racista. Dicha política se traduce, por tanto, en una forma represiva de evitar a todo coste los flujos migratorios que suponen cierto riesgo y peligro para la seguridad de los ciudadanos europeos.

Sin embargo, toda aquella emergencia de riesgo y control punitivo hacia dicha población ha terminado por vulnerar de manera permanente los derechos humanos, practicando torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de las autoridades. Poco se conoce sobre qué pasa en realidad en el trato de las instituciones del Estado hacia los migrantes y, aún peor, se desconoce por completo qué pasa con aquellos que no cuenta con un permiso de residencia y que se muestra como un problema delictivo.

En muchos casos se ha denunciado que la Ley de Extranjería española es una forma más de exclusión, la cual utiliza un discurso de integración social como simple fachada, pues esconde la manera represiva cómo se controlan los flujos migratorios. Según Rivera, I y Silveira, H. (2006)¹²⁴ el hecho de privar la libertad y expulsar del territorio a personas que no tienen documentos hace que éstas se discriminen hasta el punto de convertirlas en un fenómeno “cuasi delincuente”. De esta manera, se ha creado una política administrativa que permite la creación de instituciones cerradas, frente a las cuales se tienen muchos interrogantes en relación con los derechos y garantías de los internos.

Con el objetivo de develar las condiciones de aquellos migrantes que por diferentes circunstancias se hallan en estado de privación de libertad, e identificar hasta qué punto la Ley de Extranjería proporciona las garantías necesarias para evitar que los derechos de los internos sean vulnerados, expondremos en el presente acápite no sólo la normativa vigente, sino las diferentes denuncias que se han realizado sobre malos tratos de las autoridades públicas hacia la población migrante que se encuentra bajo su custodia.

¹²⁴ Ver Rivera, I y Silveira, H. (2006). “Qué son los Centros de Internamiento?”, en <http://estrecho.indymedia.org/mod/comments/display/28106/index.php>.

Para lograr comprender la situación de los migrantes en privación de libertad fue necesario realizar una descripción de las garantías, derechos y deberes incluidos en la LO 14/2003, de 20 de Noviembre, de Reforma de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de Diciembre (LOEx); de igual forma, se dará a conocer la administración y funcionalidad de los diferentes CIE en el Estado español, así como su distribución y caracterización.

Posteriormente se expondrán las diferentes denuncias sobre malos tratos a migrantes privados de libertad¹²⁵ en el período comprendido entre 2001 y 2006. Es importante aclarar que estos datos provienen de organizaciones que, preocupadas por la vulneración de los derechos de los migrantes han realizado algún tipo de investigación y seguimiento a estos casos.

Finalmente hemos tratado de establecer hasta dónde se violan las mínimas garantías que se establecen en la LOEx española o hasta qué punto, ésta no garantiza los derechos para un migrante sin permiso de residencia.

I. Descripción normativa y privación de libertad

I.1. Ley Orgánica 14/2003 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social

La LOEx no sólo establece los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sino que garantiza el control de los flujos migratorios. Desde la entrada en vigor de la primera Ley, el Estado español ha sentido que el fenómeno migratorio ha superado las previsiones de la norma, cuestión que sólo ha logrado el endurecimiento de ésta y por lo tanto una mayor discriminación y exclusión de la población migratoria.

Uno de los cambios que ha logrado endurecer la actual LOEx tiene que ver con la introducción de la expulsión del territorio español de personas que permanezcan en éste de manera ilegal, pretendiendo, según ésta, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la migración ilegal. Dicha modificación ha sido justificada a partir del poder del resto de estados miembros de la Unión Europea para expulsar migrantes que no cuentan con “papeles”¹²⁶ y justificando dichas actuaciones desde la lucha permanente contra organizaciones que promueven la migración ilegal.

De igual forma, pretende el control de las compañías transportadoras, en cuanto éstas tienen la obligación de brindar toda la información necesaria sobre las personas que son trasladadas al territorio español. A través de esta vigilancia se intenta controlar el *tráfico de seres humanos* y garantizar la seguridad en los transportes internacionales.¹²⁷

La Ley prevé que todo extranjero tiene derecho a una tutela judicial efectiva,¹²⁸ lo que implica que todas las garantías establecidas en la legislación sobre procedimientos administrativos deben ser

¹²⁵ Fueron tomadas en cuenta las denuncias realizadas sobre los CIE, Centros de acogida, Centros de Estancia, salas de aeropuertos destinadas a retener solicitantes de asilo o migrantes en espera de ser devueltos o expulsados, Comisarías de Policía, Cárceles u otro lugar frontera donde se prive de libertad a los migrantes.

¹²⁶ Exposición de Motivos VI LO 8/2000, en relación con primeras modificaciones LO 4/2000.

¹²⁷ Exposición de Motivos II LO 14/2003, objetivos que persigue la modificación a la LO 8/2000.

¹²⁸ Art. 20 LOEx (redactado conforme a la LO 8/2000).

respetadas, salvo lo dispuesto en su art. 27. En tales procesos podrán intervenir las asociaciones constituidas legalmente para la defensa de los derechos de los migrantes.

De igual forma, los migrantes tienen el derecho de recurso frente a los actos administrativos que se le impongan, así como a la asistencia jurídica gratuita y a la asistencia de un intérprete en caso de no hablar la lengua que se utilice.¹²⁹

La presente Ley sanciona cualquier acto discriminatorio “que directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”; y es clara, en la medida en que prohíbe que cualquier autoridad o funcionario público en ejercicio de sus funciones cometa un acto discriminatorio contra un migrante.¹³⁰

Frente a procedimientos judiciales en los cuales se prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, se solicitará ante el juez la expulsión en un tiempo no superior a tres días, salvo por razones excepcionales.¹³¹ El Ministerio Fiscal podrá hacer inválida la ejecución de una expulsión si se trata de un migrante que aparece como víctima, perjudicado o testigo de un procedimiento penal.¹³²

El extranjero que sea sancionado por su situación “ilegal”, podrá ser sujeto de varias medidas cautelares como, presentación periódica ante autoridades, residencia obligatoria en determinado lugar, retirada del documento acreditativo de nacionalidad, detención cautelar hasta setenta y dos horas o internamiento preventivo previa autorización judicial.¹³³

En relación a los CIE, la Ley establece que estos no serán de carácter penitenciario, y que contarán con servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios.

En el momento que un extranjero sea internado pasará a disposición de la autoridad judicial que autorizó dicho internamiento y será comunicado al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.¹³⁴

El ingreso a un Centro de Internamiento puede darse cuando se solicita ante el juez de instrucción competente. Este internamiento no podrá en ningún caso superar los cuarenta días, ni hacerse un nuevo internamiento. En caso de que los internos sean menores, estos deberán ser puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Si los padres solicitan la reagrupación, el juez de menores será quien autorice la estancia en uno de los Centros, siempre y cuando existan módulos que garanticen la intimidad familiar.¹³⁵

Durante el internamiento, los extranjeros tienen los siguientes derechos: (art. 62.bis)

a) A ser informado de su situación.

¹²⁹ Art. 21 y 22 (redactados conforme a la LO 8/2000).

¹³⁰ Art. 23 (redactado conforme a la LO 8/2000).

¹³¹ Art. 57.7 *Expulsión del territorio* (redactado conforme a la Ley Orgánica 11/2003).

¹³² Art. 59 *Colaboración contra redes organizadas*.

¹³³ Art. 61. *Medidas cautelares* (redactado conforme a la LO 8/2000 y LO 11/2003).

¹³⁴ Art. 60. *Retorno* (redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000).

¹³⁵ Art. 62. *Ingreso en centros de internamiento* (redactado conforme a la LO 8/2000).

- b)* A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.
- c)* A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.
- d)* A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.
- e)* A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.
- f)* A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.
- g)* A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.
- h)* A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.
- i)* A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

De igual forma estarán obligados a: (art. 62 ter.)

- a)* A permanecer en el centro a disposición del juez de instrucción que hubiere autorizado su ingreso.
- b)* A observar las normas por las que se rige el centro y cumplir las instrucciones generales impartidas por la dirección y las particulares que reciban de los funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones, encaminadas al mantenimiento del orden y la seguridad dentro del mismo, así como las relativas a su propio aseo e higiene y la limpieza del centro.
- c)* Mantener una actividad cívica correcta y de respeto con los funcionarios y empleados del centro, con los visitantes y con los otros extranjeros internados, absteniéndose de proferir insultos o amenazas contra los mismos, o de promover o intervenir en agresiones, peleas, desórdenes y demás actos individuales o colectivos que alteren la convivencia.
- d)* Conservar el buen estado de las instalaciones materiales, mobiliario y demás efectos del centro, evitando el deterioro o inutilización deliberada, tanto de éstos como de los bienes o pertenencias de los demás extranjeros ingresados o funcionarios.
- e)* Someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva, apreciadas por el servicio médico, y a petición de éste, lo disponga el director del centro.

Los extranjeros deberán ser informados de sus derechos y obligaciones en el momento de ingresar al centro, así como del funcionamiento de éstos; dicha información deberá ser entregada en el idioma que cada uno de ellos comprenda. De igual forma, los internos tienen el derecho de formular peticiones o quejas referentes a su situación de internamiento.

Con el fin de vigilar y mantener la seguridad en los centros, podrán realizarse inspecciones tanto de las dependencias, como de los migrantes que se encuentran internos. Asimismo, podrán ser utilizados medios de contención física, con el fin de prevenir cualquier acto de violencia, fuga, resistencia o deterioro de instalaciones por parte de los migrantes. Esta contención no podrá superar la finalidad perseguida y deberá ser informada y previamente autorizada por el director del centro, a excepción de una emergencia. Sin embargo, cualquier actuación deberá ser comunicada a la autoridad judicial que haya autorizado el internamiento, para que ésta pueda en breve acordar el cese, la vigencia, el mantenimiento o renovación de la medida.

Serán de carácter preferente aquellos procedimientos en los cuales:¹³⁶

1. Expedientes de expulsión por infracciones graves (art. 53, letras a, d y f) y muy graves (art. 54 apartado 1 a y b).
2. Cuando se de la oportunidad de decidir la expulsión, el interesado alegue lo que considere adecuado, en el plazo de 48 horas. Teniendo derecho a la asistencia gratuita si no cuenta con medios económicos y de interprete en caso de no comprender la lengua. Si no se alega frente a la propuesta se continuará con el procedimiento de expulsión.
3. En el supuesto del párrafo a) del art. 53, cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal por situación de arraigo conforme a lo dispuesto en el art. 31.3 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará con la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el art. 57.
4. La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.

2. Centros de Internamiento para Extranjeros

2.1. Administración, funcionamiento y régimen de los cie en España: Orden de 22 de Febrero de 1999 sobre Normas de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros

Bajo esta Orden, los CIE son concebidos como “establecimientos públicos de carácter no penitenciario dependientes del Ministerio de Interior, para la detención y custodia, a disposición de la autoridad judicial de extranjeros sometidos a expediente de expulsión del territorio nacional”.

Estos lugares son de carácter “no penitenciario”, no sólo por no estar adscritos a la administración penitenciaria, sino porque acorde con la Ley, la detención de las personas que serán ingresadas en los CIE no corresponde a razones delictivas. El hecho de detener a un migrante sin papeles en una Jefatura de Policía implicaría la violación de la Ley. A partir de esto el Estado español justifica la creación de estos lugares de internamiento, argumentando que se diferencian de las instituciones penitenciarias en cuanto a condiciones ambientales.

¹³⁶ Art. 63. *Procedimiento preferente* (redactado conforme a la LO 8/2000 y LO 14/2003).

Sin embargo, la LOEx legitima que las personas que son detenidas por no tener papeles que acrediten la legalidad de su estancia en el territorio español, puedan ser retenidas por la policía hasta 72 horas, mientras se soluciona su situación, ya sea ésta la expulsión inmediata o el traslado a un CIE.

Es importante recordar que el objetivo principal de los CIE es preventivo y cautelar, garantizando la presencia del extranjero durante el proceso administrativo y la ejecución de la medida de expulsión.

Según la normativa y con el fin de poder custodiar y vigilar al extranjero que sea internado, los centros deben encontrarse equipados con las siguientes áreas: a) Dirección, Secretaría y Administración, b) control de entrada y salida, c) servicio de vigilancia, d) enfermería, e) cocina y comedor, f) dormitorios, g) aseos y duchas, h) locutorio para abogados y sala de visitas, i) salas comunitarias.

De igual forma, todas las instalaciones deben brindar condiciones de habitabilidad, con el fin de hacerlas aptas para dar uso predeterminado. Por ejemplo, que los dormitorios deben ser independientes y, en esa medida, permitir la separación por sexos, nacionalidad e idioma, así como destinar espacios acondicionados para aquellas personas que tengan alguna enfermedad física, psicológica o que necesiten de una atención especial.

En los CIE no podrán ser ingresados menores, a menos que sus padres o tutores soliciten su compañía y el Ministerio Fiscal lo autorice, para dicho fin estos lugares tendrán que disponer de módulos que aseguren la unidad e intimidad familiar.

La administración de los centros (dirección, inspección, coordinación gestión y control), es compartida por el Ministerio del Interior y la Delegación de Gobierno de cada Comunidad Autónoma donde se encuentran ubicados. Las funciones por parte del Ministerio se hacen a través de la Dirección General de Policía, quien a su vez se encarga de la custodia y vigilancia de los centros. El ingreso de las personas está a cargo de la Comisaría General de Extranjería y Documentación.

Cada CIE cuenta con diferentes órganos para su efectiva administración. Los órganos unipersonales, constituidos por el director y el administrador. El primero es nombrado por el director general de la Policía encargado y depende funcionalmente de la Comisaría General de Extranjería, siendo responsable del adecuado funcionamiento;¹³⁷ el segundo depende del director, y sus funciones están dirigidas a administrar de manera adecuada los bienes y servicios del centro.

Los órganos colectivos están compuestos por la Unidad de Seguridad, integrada por efectivos del Cuerpo Nacional de Policía encargados de la vigilancia y custodia del centro; la Junta de Régimen, integrada por el director y por los jefes de servicios sanitarios y asistencia social (en algunos casos asistirá el jefe de la unidad de seguridad y el administrador) y cuya función está relacionada con la operatividad del régimen interno del centro; Servicio de Asistencia Sanitaria a cargo de un médico general, quien, además de la atención médica, desempeñará funciones de organización e inspección de los diferentes servicios de higiene que presta el centro; y Servicios de Asistencia Social a cargo de trabajadores sociales quienes brindarán soluciones a los internos en cuanto a relaciones familiares y tramitación de documentos.

¹³⁷ Representar al centro en sus relaciones dentro y fuera del mismo, impartir directrices de organización de los diversos servicios, coordinar; supervisar su ejecución, inspeccionar y corregir cualquier deficiencia, impulsar, organizar y coordinar las actividades del centro, adoptando resoluciones, asumir la jefatura del personal del centro, adoptar medidas para asegurar el orden y la convivencia, convocar y presidir la junta de régimen y ejecutar las resoluciones de la autoridad judicial por la que se acuerde la entrada, traslado y salida de los extranjeros.

2.2. Procedimiento de ingreso, estancia y salida del cie.

Con base en el Reglamento de Extranjería art. 127.2, las causas de un ingreso al CIE, son las siguientes:

- Que el extranjero haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión.
- Que se haya dictado resolución de retorno, y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas.
- Que se haya dictado acuerdo de devolución.
- Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello.

Tal como prevé la LOEx, el internamiento de un extranjero no podrá superar los cuarenta días, sin embargo, debería procurarse que esta detención durara el mínimo de tiempo imprescindible.

En relación con la expulsión, es imposible determinar el tiempo de su ejecución, pues ésta depende de varios factores: en primer lugar, que exista una resolución que sancione al extranjero con la expulsión, que éste cuente con papeles acreditativos de su personalidad y pertenencia a un determinado país, que sus condiciones físicas sean aptas para el viaje de regreso a su país, que tenga alguna relación con procedimientos judiciales por delitos y que existan acuerdos y rutas establecidas con su país. En caso de no poderse ejecutar la expulsión, la Policía deberá solicitar de manera inmediata ante el juez el cese del internamiento y la puesta en libertad.

Al ingresar al centro, todo extranjero tendrá un historial que describa las circunstancias personales (antecedentes policiales, expediente de expulsión, fecha de ingreso y salida, etc.); posteriormente serán informados de su situación y de la funcionalidad del centro y se retendrán los objetos personales que no estén autorizados. En el transcurso de las primeras 24 horas, la persona debe ser sometida a un examen médico, se les facilitará ropa y elementos de aseo personal.

Una vez ingresado tiene derecho a comunicarse telefónicamente de forma gratuita con el abogado que lo asista en el expediente de expulsión, con sus familiares u otra persona de confianza residente en España. Asimismo, se comunicará su ingreso al consulado de su país o en su defecto al Ministerio de Asuntos Exteriores. Una vez instalados en la habitación asignada, sostendrán una entrevista con el trabajador social del centro.

Cuando el interno tenga que salir del centro para gestiones judiciales o trámites en la instrucción del expediente de expulsión, deberá mediar autorización del director del centro, quien a su vez comunicará al juez. De igual forma, será el director quien dispondrá de la salida del interno, ya sea por vencimiento del plazo, por expulsión o por cualquier otra decisión de la autoridad competente.

A la salida del migrante se extenderá la diligencia en su expediente con certificación del transcurso del tiempo de ingreso copia del acto judicial que acuerde el cese de la medida o la resolución administrativa de su expulsión, previa anotación en el libro de registro de entradas y salidas.

Como ya se describió en el apartado de la LOEx, los migrantes ingresados cuentan con derechos y libertades, así como con obligaciones. En este último caso, que los internos incumplan sus obligaciones y la seguridad del centro se vea vulnerada, el director del centro, como ya lo hemos descrito, podrá actuar de manera preventiva bajo los preceptos del régimen disciplinario, que incluye además de la utilización de la fuerza física, la posibilidad de separar a una habitación individual por el tiempo

que se estime necesario. En el caso de que las faltas sean constitutivas de infracción penal, se pondrá a disposición de la autoridad judicial competente y el Ministerio Fiscal.

Los internos tienen derecho a comunicarse libremente con cualquier persona bajo vigilancia, se fijarán dos días mínimo con treinta minutos para que los internos reciban visitas; no obstante los cónyuges, hijos y tutelados menores con los que no convivan podrán comunicarse todos los días durante las horas de visita.

Las comunicaciones telefónicas no están sometidas a intervención alguna, salvo resolución judicial. Por lo tanto, los centros deberán contar con teléfonos de uso público (sometidos a tarifas vigentes) en las zonas de uso común y podrán ser utilizados en los horarios establecidos por la dirección del centro. En relación con el envío y recepción de correspondencia y paquetes, estos podrán ser sometidos a control externo por motivos de seguridad y no se autorizará el ingreso de productos que ponga en riesgo la seguridad del centro y de sus internos.

2.3. Decisión de internamiento

El juez se limitará a decidir sobre la procedencia o no del internamiento y, en su caso, sobre las condiciones en que la medida cautelar de detención ha sido tomada, pero no en relación a la procedencia o no del expediente de sanción.

La decisión judicial en relación a la solicitud de internamiento del migrante pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado. La resolución debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24.1 y 17.3 CE) concordantes con el art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Contra el auto judicial que autoriza el internamiento puede interponerse recurso de reforma dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto a las partes, ante el mismo órgano; si se acepta, el extranjero internado deberá ser puesto en libertad inmediatamente. Pero ello no prejuzga la existencia o inexistencia de la infracción administrativa que ha originado el expediente de sanción, de manera que éste continuará su tramitación con normalidad.

Si el recurso se rechaza, el extranjero puede recurrir en apelación ante la AP, escrito con firma de letrado y sin necesidad de fundamentar, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la resolución que rechaza el recurso de reforma sobre el auto de internamiento del extranjero inculcado.

La resolución de estos recursos no requiere la presencia física del interno ni su intervención, pero la decisión judicial en relación a la solicitud de internamiento se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado; ésta audiencia se estima necesaria para que el juez de instrucción pueda tener un mejor conocimiento de las circunstancias personales. La entrevista que el juez tenga con la persona puede aportarle elementos de información para motivar la concesión del internamiento o para denegarlo.

El interés público que persigue la actuación policial al demandar ante el juez el internamiento de un migrante al que se presume contraventor de la legislación de extranjería, debe ser apoyado por el Ministerio Fiscal, si analizada la actividad policial se comprueba la existencia de indicios racionales que permitan sostener la imputación de culpabilidad contra el extranjero.

2.4. Distribución en el Estado español

Actualmente el Estado español cuenta con 9 CIE, ocho de los cuales se encuentran distribuidos en la Costa sur (Algeciras,¹³⁸ Arrecife, Barcelona,¹³⁹ Las Palmas,¹⁴⁰ Málaga,¹⁴¹ Murcia,¹⁴² Tenerife¹⁴³ y Valencia¹⁴⁴) y uno en la capital del Estado (Madrid¹⁴⁵).

A continuación se hará una breve descripción de cada uno de los centros, en la cual daremos a conocer sus características y algunas de las denuncias más relevantes que se han hecho sobre estos en los últimos cinco años:

CIE	Núm. de plazas	Observaciones	Denuncias
Algeciras	192	Los espacios han sido adaptados sobre una estructura carcelaria, lo que implica que las zonas no se ajusten a las condiciones estipuladas para un Centro de Internamiento.	El Centro no cuenta con asistencia social. Presenta múltiples problemas de higiene.
Zona Franca (Barcelona)	220 (46 celdas)	Su infraestructura cuenta con tres patios, capilla, biblioteca, sala día, dispensario médico, dos celdas familiares. Algunos espacios son de corte penitenciario, como celdas de aislamiento, barrotes y un locutorio con separaciones en vidrio y rejas.	El antiguo Centro de La Verneda se caracterizó por múltiples violaciones de derechos, como las malas condiciones del centro (por ej.: esperar a voluntad del funcionario para ir al baño). Visitas familiares muy limitadas y con poca privacidad. Reducciones por parte de las autoridades a algunos internos y que podrían darse de manera ilegal (manifestación diciembre 2004, cuando miembros de la Unidad de Intervención policial ingresaron al centro para "contener" la manifestación de los internos frente a expulsiones y condiciones del Centro). El actual Centro de la Zona Franca, cuenta con instalaciones similares a las de una cárcel, limitando la comunicación de los internos.

¹³⁸ El Centro se encuentra ubicado en las instalaciones de la antigua prisión provincial y se inauguró a mediados de 2003.

¹³⁹ Este Centro se inauguró en agosto de 2006, en reemplazo del Centro La Verneda, abierto en 1989, ubicado en los calabozos de la Comisaría de Policía y con una capacidad para albergar a 120 personas.

¹⁴⁰ Inaugurado en 1984, se encuentra ubicado en la antigua prisión preventiva de las Islas Canarias. Ha sido reformado en dos ocasiones (1994 y 2003).

¹⁴¹ El Centro se encuentra ubicado en el antiguo cuartel de Capuchinos de Málaga y comenzó a funcionar en 1990. En 1992 se realizó la primera reforma sin lograr grandes cambios. Entre 1998 y 1999 se produjeron tres incendios; como consecuencia, hubo varios internos heridos y daños materiales y, entre 2000 y 2001, se realizó una segunda reforma.

¹⁴² Este Centro se encuentra ubicado en la planta baja de una dependencia policial.

¹⁴³ Su apertura se da a finales de 2003 y se encuentra ubicado en un establecimiento militar. Ver http://www.elpais.com/fotogalerias/popup_animacion.html?xref=20031124elpepunac_4

¹⁴⁴ Este Centro fue reformado en el año 2004 después de varias denuncias realizadas por sus condiciones precarias y problemas de salubridad. Se reanuda su funcionamiento a finales de 2005.

¹⁴⁵ El actual Centro, ubicado en el antiguo Hospital Penitenciario de Carabanchel, fue abierto en junio de 2005 en sustitución del Centro de Moratalaz, ubicado en dependencias de la Policía y que funcionaba desde 2001. Ver noticia <http://barcelona.indymedia.org/news-wire/display/187496/index.php>

Barranco Seco (Las Palmas)	168	Su estructura es carcelaria y sus espacios reducidos frente al número de internos.	
Madrid	240	Los espacios comunes se encuentran divididos por sexo. Celdas con barrotes, poca luz y ventilación en su interior:	Limitaciones para la convivencia debido a la división de los espacios comunes por sexo. El hecho de mejorar la seguridad del centro para evitar fugas de internos, hace que sea un espacio cada vez más similar a una cárcel y que por lo tanto incumpla con las condiciones establecidas por la Ley.
Capuchinos (Málaga)	125	Tras la última reforma, el Centro cuenta con tres módulos específicos para familias, biblioteca y la creación de un segundo patio. Sin embargo, sus instalaciones son similares a las de una cárcel y los espacios no son suficientes para el número de internos.	Este Centro se caracteriza por tener un sin número de quejas por su funcionamiento. No sólo por su precaria infraestructura que ha sido víctima de varios incendios y hacinamientos; sino también por los maltratos constantes hacia los internos. Es importante destacar el último suceso de 2006, donde varias mujeres fueron víctimas de abusos sexuales y luego cinco de ellas fueron expulsadas. El Centro no cuenta con servicios sociales, ni médicos de manera permanente.
Sangonera la Verde (Murcia)	—	Las condiciones de este Centro no se ajustan a lo establecido por la Ley; por ejemplo, la sala de visitas familiares no permite el contacto directo entre los internos y sus familias.	El hecho de encontrarse en la planta baja de una dependencia policial, hace que las condiciones de luz y ventilación sean precarias. Este Centro no cuenta con asistencia social, y sólo con un enfermero durante cinco meses al año. Los internos no gozan de espacios de esparcimiento y sólo pueden salir al patio común durante una hora al día.
Hoya Fría (Tenerife)	250	Su infraestructura goza de buenas condiciones. Sin embargo, cuenta con un sistema de seguridad muy fuerte (doble perímetro de seguridad: muro 4 metros de altura y valla de 6 metros de altura y sensores de movimiento; cámaras de vigilancia y reflectores); las salas para contacto con abogados no garantizan la reserva de comunicación.	El Centro no cuenta con asistencia social. Existen ciertas dudas del trato hacia los inmigrantes, pues su sistema de seguridad deja muchos interrogantes sobre el régimen disciplinario al interior.
Zapadores (Valencia)	—	Después de su remodelación, el Centro cuenta con espacios comunes que faciliten la convivencia.	Anterior a las reformas que permitieron la construcción de un comedor comunitario, los internos recibían los alimentos en sus celdas, hecho que estaría en contra de lo dictado por el régimen de funcionamiento de los Centros. Las autoridades ven como un riesgo contar con espacios comunitarios, ya que según estos, podrían generarse amontonamientos y dificultades en su "control."

Fuente: Informe Defensor del Pueblo y Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

3. Otros lugares de privación de libertad

El Estado español cuenta con una singularidad de lugares donde podrán ser retenidas las personas que no poseen un permiso de residencia, los solicitantes de asilo o las personas que por diferentes razones se les negado la entrada al territorio español y por lo tanto, se encuentran a la espera de ser devueltos a su lugar de origen. Actualmente podemos encontrar oficinas en los aeropuertos, Centros de acogida y Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes. A continuación se hará una breve descripción de estos lugares y sus condiciones actuales:

- Aeropuerto del Prat (Barcelona): desde 2003 existen dos oficinas, una destinada a las personas que solicitan asilo y otra para las personas que se encuentran a la espera de devolución. Estos espacios se diferencian por sus condiciones; el primero cuenta con instalaciones adecuadas, mientras que el segundo no dispone de ningún material para la adecuada habitabilidad.
- Aeropuerto Barajas (Madrid): existen tres dependencias policiales. Un espacio para las personas retenidas tras no autorizar su entrada al territorio español, éste cuenta con 60 plazas. Otro, destinado a personas que se encuentran en proceso de solicitud de asilo con 24 plazas disponibles, y el tercer lugar, destinado a las “repatriaciones”, es decir, a las personas en espera de expulsión. Éste funciona desde el año 2003, cuenta con 40 habitaciones y la estadía de las personas depende de la disponibilidad y salida de vuelos; por lo tanto, las personas pueden durar entre dos y tres días internas. La infraestructura de los tres espacios cuenta con condiciones necesarias para la estancia de las personas.
- Aeropuerto Manises (Valencia): La oficina de este aeropuerto entró en funcionamiento en el año 2002. Allí se encuentran las personas que solicitan asilo y las que se encuentran en espera de su devolución. Esta instalación cuenta con reducidas condiciones de habitabilidad e higiene.
- Aeropuerto de Alicante: Esta oficina se caracteriza por ser reducida, pues la estancia de personas es muy corta y poco habitual.
- Centro de Acogida Puerto de Motril (Isla de las Palomas de Tarifa): allí se encuentran los migrantes que han sido interceptados en pateras al llegar a las costas de Granadines. El Centro cuenta con espacio para 100 personas.
- Centro de Estancia de Extranjeros El Matorral (Fuerteventura, Canarias): este Centro tiene dos funciones (detención e internamiento). Abierto desde 2002, con capacidad para 1200 personas y ubicado en la antigua terminal del aeropuerto de Fuerteventura. Su infraestructura no está acondicionada, por lo tanto existen muchos problemas sanitarios y de habitabilidad.
- Centro de detención de emergencia Las Raíces (Tenerife): se trata de un campamento militar. Abierto en septiembre de 2006 y en el cual se encuentran 3100 personas.
- Centro de detención de emergencia La Isleta (Gran Canarias): igual que el Centro nombrado anteriormente, se trata de un complejo campamento militar, con capacidad para 3400 personas.
- Centro de Estancia Temporal para Extranjeros Ceuta y Melilla: estos Centros se diferencian de los demás en varios aspectos. En primer lugar, no pertenecen al Ministerio del Interior, sino que depende del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por lo tanto son de carácter asistencial; la privación de libertad no se da de manera directa, pues los internos tienen derecho a salir durante el día; la estancia de las personas es indeterminada, es decir, que puede superarse el tiempo de 40 días máximo determinado para los CIE y de 72 horas en los demás lugares. Frente a

este último aspecto, es importante aclarar que a pesar de estas salidas y tiempos de estancia, los centros, por su ubicación geográfica no escapan a una cierta limitación de libertad.¹⁴⁶ Ceuta dispone de 512 plazas y Melilla de 480 plazas.

Finalmente, es importante señalar que, además de los lugares nombrados anteriormente, hay que tener en cuenta lugares que corresponden al Sistema Penal, como cárceles y comisarías de policía donde muchos inmigrantes se encuentran privados de libertad y que, por supuesto, no escapan a la vulneración de sus derechos como expondremos más adelante.

II Violación de derechos humanos en el período de privación de libertad 2001-2006

Con el fin de brindar información que revele la situación de los migrantes en condiciones de privación de libertad durante el período comprendido entre 2001 y 2006, hemos recurrido a informes de diferentes organizaciones que durante este período han realizado un seguimiento de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes en los CIE, Comisarías de Policía y otros lugares de privación de libertad en el Estado español.

Gracias a esta información encontraremos datos cualitativos y cuantitativos que han ayudado a establecer la forma en que las autoridades españolas ejercen un abuso de autoridad y cómo la LOEx, en su contenido, no garantiza el respeto de los derechos de la población migrante que no cuentan con un permiso de residencia en el territorio español.

Es importante tener en cuenta que la mayoría de la información sobre los casos de tortura y/o tratos crueles, inhumanos o degradantes a migrantes bajo privación de libertad, está basada, en su mayoría, en la experiencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el resto de la costa sur del territorio español, pues es allí donde se concentran la mayor parte de los CIE y uno de los puntos con mayor flujo de entrada de población migrante a España. Sin embargo, expondremos datos de otras Comunidades Autónomas objeto de la presente investigación, pues el fenómeno se encuentra disperso en todas las zonas del territorio español.

2001-2002:

El informe realizado por Human Rights Watch, a partir de una investigación realizada entre 2001 y 2002,¹⁴⁷ expone que los CIE se han caracterizado por mantener un ambiente propicio para la arbitrariedad y el abuso. Los investigadores encontraron a lo largo de la costa andaluza, que la mayor parte de los migrantes en espera de expulsión no contaban con información, asistencia jurídica y mucho menos con servicios de traducción e interpretación, hechos que demostraban la violación de derechos fundamentales estipulados en la LOEx (*acceso a la información, a la asistencia jurídica y a los servicios de traducción e interpretación*).

¹⁴⁶ Ceuta y Melilla se encuentran encerradas por una doble valla de tres y seis metros de altura, con una distancia de 10.5 km (Melilla) y de 7.8 km (Ceuta).

¹⁴⁷ Este informe está basado en entrevistas a funcionarios del Estado español, especialistas de organizaciones no gubernamentales e inmigrantes en las ciudades de Madrid, Barcelona, costa andaluza, Ceuta, Melilla e Islas Canarias. De igual forma, se realizaron visitas a Centros de Internamiento.

A partir de las entrevistas, se concluyó que gran parte de los migrantes no comprenden el funcionamiento del sistema inmigratorio del Estado español, por lo tanto no existe claridad frente a sus derechos o su situación legal, confundiendo por ejemplo, la orden de expulsión con un permiso de trabajo.¹⁴⁸ Representantes del gobierno afirmaron que en ese caso, los abogados se encargarían de explicar la situación, pero nuevamente se encontraron con que dichos funcionarios se limitaban a cumplir con su trabajo de manera rutinaria, incluso no se encontraban presentes en los momentos claves de los procesos, limitando su labor a firmas y papeleos relacionados con órdenes de expulsión. Para miembros de la Guardia Civil los servicios de traducción no son necesarios en los casos de devolución; consideraban que este derecho es indispensable sólo en casos donde existían “otro tipo de crímenes”.¹⁴⁹

Frente a estos hechos, es claro que, el proceso de internamiento se reduce a un simple trámite administrativo, en el cual se dejan de lado los derechos de los migrantes. Un ejemplo de ello es lo encontrado en Ceuta, donde la Policía Nacional no proporcionaba información sobre la situación jurídica, completaba los formularios sin entregar copias a los migrantes devueltos y las entrevistas se daban de manera rutinaria. Incluso las declaraciones del Defensor del Pueblo en el año 2001 dejaban mucho que decir frente a la intervención de los letrados en esta zona.¹⁵⁰

Human Rights Watch encontró, de igual forma, un gran vacío en cuanto a la individualización de los casos de las personas indocumentadas; el caso más preocupante fue el relacionado con ciudadanos argelinos, ya que fueron devueltos a Marruecos sin tener certeza de su identidad y nacionalidad.¹⁵¹ Las autoridades sustentaron que utilizan procedimientos ágiles para asegurar la devolución inmediata.¹⁵² Estos procedimientos se dan de manera colectiva, lo cual implica una falta de garantías individuales, dejando de lado el derecho de recurso. En el caso de los argelinos, las autoridades utilizaron “su experiencia personal”¹⁵³ para establecer la identidad y nacionalidad de las personas que entran por las costas andaluzas.

Frente al derecho de recurso, los investigadores encontraron que se trataba de una simple “actuación simbólica”, puesto que la devolución no puede ser interrumpida. Las personas sólo cuentan con cuarenta y ocho horas para interponerlo y éste no tiene efectos en el proceso de repatriación si no está acompañado de una orden judicial independiente que la suspenda hasta que se decida sobre el recurso. En el caso expuesto, a pesar de que la Delegación de Gobierno (Ceuta) aseguró que los migrantes contaban con el

¹⁴⁸ Para información de casos concretos, revisar informe Human Rights Watch caso (Hamid R).

¹⁴⁹ Entrevista de Human Rights Watch a un agente de la Guardia Civil, costa de Andalucía, 16 de octubre de 2001.

¹⁵⁰ Revisar Informe anual (2001), en el cual el Defensor expresa: “[e]n unos casos figura la firma de una tercera persona distinta del funcionario y del interesado, que puede ser la del letrado, si bien no está identificada ni con el nombre ni con el número de colegiado y, en algunos otros casos, incluso no aparece firma alguna el gobierno español debería tomar medidas inmediatas para asegurar que: [l]a asistencia letrada exigida en la ley es una garantía esencial vinculada al derecho a la defensa, por lo que en ningún caso puede obviarse ni presuponerse, siendo exigible en cada uno de los procedimientos tramitados la constancia de la intervención e identificación del letrado que intervenga en él. (<http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informesI.asp>).

¹⁵¹ Para una descripción más detallada revisar informe de Human Rights Watch (2002). “Discrecionalidad sin límites: La aplicación arbitraria de la ley española de inmigración” en <http://hrw.org/spanish/informes/2002/discrecionalidad.html>

¹⁵² “Repatriar inmigrantes de Argenciras a Marruecos es muy fácil. Comenzamos con el procedimiento de devolución y solicitamos al subdelegado del Gobierno que firme todo el papeleo. Informamos al inmigrante y entonces lo llevamos al puerto, luego a Marruecos y después a la policía marroquí” (ídem).

¹⁵³ “Está claro que mienten [los inmigrantes que dicen que son argelinos]. La policía no es tonta. Si hay sesenta hombres en una patera y uno dice que es argelino, pues bien, ¿pero los sesenta? Bueno, esto no lo aprendes en la academia; lo aprendes en la vida cotidiana” (oficial de la Guardia Civil en la costa andaluza (ídem).

tiempo suficiente para realizar los recursos, fue claro que existieron muchos problemas como, la poca información y conocimiento sobre el derecho, y la no respuesta por parte de la Policía.¹⁵⁴

Por su parte, el informe realizado durante 2006 por Gabriel Ruiz, representante de Médicos del Mundo y la Plataforma de Solidaridad con los/las migrantes de Málaga,¹⁵⁵ concluyó que durante 2001 en el CIE de Málaga se dieron internamientos de personas de manera ilegal; un ejemplo de ello, fue el internamiento durante 14 días de 31 nigerianos que se encontraban en proceso de devolución y por lo tanto no podía realizarse un internamiento. De igual forma, durante ese año, muchos internos comenzaron una huelga de hambre frente a la violación del derecho de intimidad y convivencia entre hombres y mujeres que tenían lazos familiares.

Para el 2002 el Defensor del Pueblo iniciaría un sinnúmero de denuncias sobre las deficientes condiciones de este Centro: “condiciones peores que las de las cárceles, visitas de familiares limitadas a diez minutos, mamparas de cristal, los internos apenas ven la luz del día, son esposados para ser trasladados al hospital”. Setenta internos iniciaron una huelga de hambre reclamando mejores condiciones en el Centro, las condiciones de habitabilidad e higiene eran insoportables. La Plataforma solicitó la entrada al Centro para evaluar la situación de los internos y ésta fue denegada.

Durante este período SOS RACISMO¹⁵⁶ denunció, no sólo las malas condiciones de las instalaciones de los CIE, sino el abuso de poder de las autoridades e incluso de expulsiones ilegales que se presentaron sin respetar el derecho de alegación o en casos en que se trataba de una devolución y se abrieron expedientes de expulsión.

Además de las denuncias relacionadas con los Centros para migrantes, se hicieron varias denuncias sobre malos tratos y abusos de poder por parte de los cuerpos de seguridad en lugares como comisarías; casos como el de un ciudadano marroquí en Barcelona, que tras ser detenido sin motivo fue encerrado en un calabozo y recibió varios golpes.¹⁵⁷ Existe un número importante de denuncias sobre abuso de autoridad en las calles en el momento de realizar identificaciones. En algunos casos las autoridades detienen personas que al ser llevadas a las comisarías sufren agresiones verbales y físicas, y posteriormente son puestas en libertad.

Muchas de estas denuncias están sin resolverse, otras han sido sancionadas a favor de las autoridades, como el caso de dos jóvenes agredidos en un cuartel de la Guardia Civil en Segorbe.¹⁵⁸

En relación con el año 2002, la organización expone que los malos tratos continúan dándose en las calles de las ciudades españolas, las autoridades actúan de manera racista y después de detener a migrantes en la calle para ser identificados, muchos terminan durante unas horas en las comisarías de Policía, donde sufren múltiples agresiones. Es el caso de dos ciudadanos residentes en Londres, quienes tras ser trasladados a una comisaría en Barcelona por su aspecto físico —sospechosos de tráfico de drogas— fueron víctimas de múltiples agresiones.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Un abogado del Colegio de Abogados de Melilla, por ejemplo, explicó que en Melilla “los abogados recurren los casos en cuarenta y ocho horas, pero no es un recurso real. Es simplemente una forma de decir que no estás de acuerdo. La policía ni siquiera contesta; ellos continúan con el proceso igual que antes” (ídem).

¹⁵⁵ Revisar Cronología de incidentes en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos) desde su puesta en funcionamiento, por Gabriel Ruiz Enciso, Médicos del Mundo y Plataforma de Solidaridad con los/las Inmigrantes de Málaga. 2006. <http://valencia.indymedia.org>

¹⁵⁶ Revisar S.O.S. Racismo (2002 -2003). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona.

¹⁵⁷ Más detalles S.O.S. Racismo (2002). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona, p. 225.

¹⁵⁸ Ver p. 226 (ídem).

¹⁵⁹ Revisar S.O.S. Racismo (2003). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona (p. 148).

En algunos casos las personas que acuden a alguna oficina de la Policía a solicitar información, terminan siendo detenidos durante algunas horas sin justificación y en algunos casos son agredidos, zonas como en el País Vasco, Barcelona, Madrid, son muestra de las denuncias que se han realizado. Pocos procesos se resuelven a favor de los migrantes, como el caso de los Mossos d'Escuadra de Girona, donde en mayo de 2002, donde veinte agentes fueron acusados por delitos de lesiones, tortura, entre otros.¹⁶⁰

En relación a los Centros para migrantes, durante 2002 se realizaron varias denuncias de vulneración de derechos humanos, relacionadas nuevamente con expulsiones ilegales, falta de asistencia médica, letrada y social. En el Centro de Fuerteventura se denunciaron las malas condiciones (hacinamiento —hasta mil internos—, prohibición de contacto familiar, uso de teléfono, poca asistencia letrada e inexistencia de intérpretes). El internamiento de muchos subsaharianos cuyas órdenes de expulsión no podían ser ejecutadas, o de ciudadanos marroquíes quienes debían ser devueltos y sin procedimiento de expulsión eran internados por casi 40 días.¹⁶¹

Algunos casos denunciados por SOS Racismo:

- Barcelona. Agosto 2001. “Un ciudadano marroquí se dirigía a la Estació del Nord a buscar a su hermano y dejó el coche aparcado en doble fila. De la comisaría vecina salieron dos policías. El primero le dijo que buscara otro sitio para aparcar. Cuando así lo hacía, el otro le hizo para el coche y le pidió su documentación y la del coche. Entre otros insultos, lo llamó [moro camuflado] al ver que su D.N.I. era español. El ciudadano le dijo que su actuación era totalmente xenófoba y la respuesta fue una detención: [porque me sale de los cojones]. Lo metieron en el calabozo, recibió puñetazos en la cabeza y en la espalda. Finalmente fue puesto en libertad sin ser atendido por ningún abogado, y fue denunciado por estacionar el coche en doble fila, y por no tener documentación del coche, que no le habían dejado enseñar”.¹⁶²
- Madrid. Septiembre 2002. “Un ciudadano colombiano denunció, como testigo de los hechos, la muerte en la Comisaría de Legatinos (centro de Madrid) de un compatriota diabético al que se denegó asistencia médica y tratamiento de insulina durante más de tres horas en los calabozos. Esta comisaría ha recibido numerosas denuncias por malos tratos a extranjeros.”¹⁶³

2003-2004:

Para este período, Ruiz, G (2006)¹⁶⁴ continuó denunciando la violación de derechos en el interior del CIE de Málaga, pues sus condiciones eran peores que las de una cárcel. La Fiscalía de Málaga enumeró las malas condiciones en que se tenían a los internos y el peligro que corría su integridad física y psicológica.

¹⁶⁰ Ver p. 150 (ídem).

¹⁶¹ Ver p. 89 (ídem).

¹⁶² S.O.S. Racismo (2002). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial, Barcelona (p. 225).

¹⁶³ S.O.S. Racismo (2003). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial, Barcelona (p. 152).

¹⁶⁴ RUIZ, G. (2006). Informe Médicos del Mundo y Plataforma de Solidaridad con los/las Inmigrantes de Málaga. Cronología de incidentes en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos) desde su puesta en funcionamiento. <http://indymedia.org>

En 2004 el Defensor del Pueblo emitió un informe con una interminable lista de denuncias sobre las condiciones de este Centro, que por supuesto vulneraban los derechos de los internos y violaban lo acordado en la Ley: no existe asistencia social, médica, ni sanitaria; los espacios son reducidos para el número de internos, no existen módulos especializados para la intimidad de las familias; la asesoría jurídica es escasa y los servicios de interpretación nulos.

Por su lado, SOS Racismo¹⁶⁵ expuso el incremento de denuncias por acoso y abuso sexual de miembros de cuerpos de seguridad, quienes ofrecían ayuda de regularización a mujeres migrantes a cambio de “favores” sexuales.

En 2003 se observó un aumento significativo de las denuncias sobre las malas condiciones de los CIE (Málaga, Valencia, Barcelona, Madrid) y sobre la deficiencia de las asistencias jurídicas; se alegó que los abogados no contaban con una formación idónea para atender los casos, incluso que el Ministerio de Justicia impedía la comunicación entre migrantes y abogados para poder alegar su situación.¹⁶⁶

En relación al 2004, igual que los años anteriores, se señaló el abuso de poder de los Cuerpos de Seguridad del Estado, pero se comienza a hacer énfasis sobre la impunidad de estos abusos, pues bajo el amparo de una política racista, las autoridades comenzaron persecuciones ilimitadas a migrantes en condiciones irregulares, lo que produjo un aumento en el control de las calles, en las detenciones (muchas de éstas se han dado de manera arbitraria e ilegal), y por supuesto en los malos tratos y comportamientos discriminatorios y xenófobos.

La mayoría de denuncias realizadas por migrantes y organizaciones a favor de estos, han quedado supeditadas a los deseos e intenciones de los jueces, quienes en la mayoría de casos han archivado los expedientes o han fallado a favor de las autoridades con argumentos como “se actuó en defensa propia”, “se utilizó la fuerza para reducir a la persona” o “en amparo de la Ley”. Incluso muchos casos no han sido denunciados por temor a la aplicación de la Ley de Extranjería, en donde claramente se abrían expedientes de expulsión.

Nuevamente encontramos casos de expulsiones ilegales, como el caso de nueve subsaharianos que tenían formalizada su solicitud de asilo, y que además fueron víctimas de algunas agresiones.¹⁶⁷

Algunos casos denunciados por SOS Racismo:

Sevilla. Enero 2003. “El agente, inspector jefe de Policía Nacional, encargado de uno de los grupos de Extranjería de la jefatura Superior de Policía, abuso sexualmente de tres ciudadanas colombianas a las que prometió ayuda para regularizar su situación administrativa en el Estado español. El fiscal pidió una condena de veintiún años de inhabilitación absoluta y tres años de prisión”.¹⁶⁸

Valencia. Enero 2004. “Un ciudadano extranjero fue detenido por la Policía Local y encerrado en un calabozo durante tres días, sin que nadie le explicase el motivo de su detención. Durante el tiempo que permaneció privado de su libertad en el calabozo, junto con otras nueve personas, fue golpeado en numerosas ocasiones y sólo le ofrecieron de comer carne de cerdo, prohibida en su religión. Tres días después fue puesto a disposición judicial”.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Revisar S.O.S. Racismo (2004 — 2005). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona..

¹⁶⁶ S.O.S. Racismo (2004). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona. (p. 152)

¹⁶⁷ Revisar S.O.S. Racismo (2005). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona (p. 107).

¹⁶⁸ Revisar S.O.S. Racismo (2004). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona (p. 270).

¹⁶⁹ Revisar S.O.S. Racismo (2005). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Icaria Editorial. Barcelona (p. 217).

2005-2006:

Debido al incremento de los casos de violación de derechos humanos hacia la población migrante en España, Amnistía Internacional realizó un informe,¹⁷⁰ que tuvo como objetivo principal evaluar la situación en Ceuta, las Islas Canarias y las costas de Andalucía. Los resultados de dicho informe se centraron en denunciar el irrespeto por parte de las autoridades españolas hacia las garantías de la población migrante, mostrando de manera particular cómo existe una clara violación de derechos en los procedimientos de interceptación (fronteras), devolución, expulsión e internamiento. De igual forma, la forma en que muchos migrantes no han podido defenderse de los abusos de las autoridades por falta de una adecuada asistencia letrada.

En relación con los centros, denunció que el Estado español y sus autoridades no proporcionaban a los internos condiciones sociales, médicas y jurídicas que garantizaran sus derechos y que correspondieran con las obligaciones establecidas en la legislación internacional.

Dentro de sus múltiples conclusiones y con el fin de proporcionar datos para nuestro informe, destacaremos algunas relacionadas con la violación de derechos de los migrantes en estado de privación de libertad:

- **Expulsiones clandestinas de extranjeros:** se encontró que gran parte de los migrantes que ingresaban de manera ilegal al Estado español acudían a una comisaría, no precisamente para buscar ayuda, sino para evitar que ser expulsados clandestinamente. En el año 2001 esta organización denunció que miembros de las fuerzas de seguridad detenían a extranjeros y los expulsaban en la frontera marroquí, tratándose de un procedimiento ilegal, pues no permitía que los inmigrantes recurrieran a un abogado, un interprete y por lo tanto a un recurso. Incluso se asegura que hasta la publicación de este informe, las expulsiones clandestinas se continúan presentado. Tanto, que durante 2004 Amnistía Internacional recibió por lo menos 50 denuncias de personas procedentes de África¹⁷¹ que además de ser expulsadas clandestinamente fueron agredidas físicamente por miembros de la Guardia Civil. De igual forma, mujeres que se encontraban en estado de embarazo y no gozaban de buenas condiciones de salud, fueron expulsadas después de ser llevadas a un Centro de salud, a pesar, de que la LOEx es muy clara en su artículo 59 en prohibir la expulsión en estos casos.
- Durante el verano de 2003, después del cierre de un campamento para migrantes¹⁷² instalado en Ceuta por una ONG, las 300 personas que allí se encontraban fueron trasladadas al Centro de Internamiento, lo que generó una sobrepoblación del 150% en su capacidad inicial.
- En relación con la comunidad andaluza, se denunció la vulneración de los derechos de los migrantes en las comisarías, pues, cuando uno de ellos era detenido por no contar con un permiso de residencia, simplemente se les entregaba un papel (al parecer una orden de expulsión).

¹⁷⁰ Para mayor información, revisar Amnistía Internacional. Informe "FRONTERA-SUR: El Estado español da la espalda a los derechos humanos de los refugiados e inmigrantes". 2005: <http://www.es.amnesty.org/>

¹⁷¹ Personas procedentes de Costa de Marfil, Malí, República del Congo, Guinea Conakry, República Democrática del Congo, Ghana, Burkina Faso, Benín y Sierra Leona (idem).

¹⁷² Según el informe, éste no contaba con condiciones humanas y sanitarias. El cierre se produjo porque el Gobierno aseguraba que estaba en terrenos militares (idem).

Muchos de ellos fueron transportados a otras comunidades autónomas del territorio español, sin tener información acerca de su situación, y mucho menos sobre sus derechos.

- Falta de recursos jurídicos, en muchos casos se observó que a pesar de la existencia de un abogado, éste no lograba cumplir con las obligaciones estipuladas en la Ley, ya fuera porque el recurso humano era poco para los casos asignados o por falta de formación en cuestiones de extranjería.

También nos permitiremos mostrar algunas de las recomendaciones que hizo dicha organización, con base en las observaciones realizadas en los CIE, dirigidas a que:

- a) Los internos no permanecieran todo el tiempo en celdas cerradas y que existieran suficientes áreas de esparcimiento y recreación.
- b) Se proveyera de una asistencia médica y sanitaria adecuada, además de la separación de los enfermos con enfermedades infectocontagiosas del resto de los internos, garantizando para ellos un trato digno.
- c) Se dispusiera de bibliotecas, programas educativos, acceso a servicios sociales así como de lugares apropiados para las prácticas culturales y religiosas de los internos.
- d) Se mejorara la información proporcionada a los internos en el Centro del Matorral y que éste dispusiera de intérpretes cualificados que aseguraran la adecuada comunicación con el personal del centro. Asimismo, los internos deberían recibir una adecuada asistencia social a cargo de personal cualificado y formado en materia de asilo, extranjería y mediación socio-cultural.
- e) Se facilitara el acceso de los internos al exterior, especialmente con sus familias, abogados, ACNUR y ONG de defensa de los inmigrantes y refugiados.
- f) Se establecieran planes adecuados de evacuación y de prevención de incendios.

En relación con el CIE de Málaga, Ruiz, G (2006)¹⁷³ informó que en el año 2005 se da un suicidio por segunda vez en los últimos tres años. En este mismo año comienzan las denuncias por parte de mujeres que dicen ser “manoseadas” por los agentes de seguridad del Centro.

Ya en 2006 se develó el juego burocrático entre la delegación de Gobierno y la Policía, ya que nadie se hacía cargo de lo que estaba sucediendo al interior del Centro. Se restringieron las visitas de familiares por reformas. En una de las inspecciones programadas al Centro, se encontró, que se estaban realizando fiestas con la participación de algunas internas y que tal vez éstas habían mantenido relaciones sexuales con algunos de los funcionarios.¹⁷⁴

En relación con este caso, tres de los policías fueron acusados por abusos sexuales en el CIE e ingresaron en prisión, pero posteriormente fueron puestos en libertad, de los otros cuatro que quedaron en

¹⁷³ RUIZ, G. (2006). Informe Médicos del Mundo y Plataforma de Solidaridad con los/las Inmigrantes de Málaga. Cronología de incidentes en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos) desde su puesta en funcionamiento. <http://indymedia.org>

¹⁷⁴ “Siete policías (cinco adscritos al CIE, los otros dos pertenecen a Seguridad Ciudadana y reforzaban el turno de noche) son relevados de sus funciones y puestos a disposición judicial. Entre ellos el jefe de seguridad del Centro. Tres de los agentes están acusados de agresión sexual, y otros tres de omisión del deber de perseguir el delito. El jefe de seguridad es puesto en libertad y cesado de su cargo. Las presuntas víctimas podrían ser trece mujeres. La Plataforma de Solidaridad con los/las Inmigrantes exige que se investiguen los hechos en profundidad y hasta sus últimas consecuencias.” (Ídem).

libertad con cargos, dos fueron imputados y de las seis mujeres que afirmaron haber sido víctimas de abusos sexuales y que pasaron a ser testigos protegidos (paralizándose en ese entonces su expulsión), fueron expulsadas cinco, violando cualquier garantía. Este hecho fue rechazado por múltiples organizaciones, dejando claro que su expulsión perpetuaría la impunidad de los agentes de policía.

En este período una testigo de los abusos policiales sufrió un aborto. Según las denuncias, “la mujer, de origen brasileño, sufrió una crisis tras producirse un altercado en el centro, y como consecuencia de ello una fuerte hemorragia, siendo llevada al hospital, pero tardando una hora en trasladarla. El tema es especialmente grave teniendo en cuenta que la chica tenía un embarazo de alto riesgo y por ello no tiene ningún sentido que permaneciese en el CIE ya que no podía ser expulsada.”¹⁷⁵

SOS Racismo,¹⁷⁶ por su lado, expuso que en este período las denuncias aumentaron de manera significativa por parte de varias organizaciones en relación a la violación de derechos humanos, y que gran parte de estas vulneraciones tenían un componente racista. Dentro de éstas, se puede observar el informe realizado por la “Coordinadora para la prevención de la Tortura”, en el cual se muestra que en el período comprendido entre 2001 y 2004 se produjeron 239 muertes bajo custodia, resaltando el aumento del último año, donde se produjeron 48. De igual forma, el informe anual de Amnistía Internacional destacó las múltiples denuncias por tortura en el Estado español, varias de ellas correspondientes a discriminaciones raciales.

Las denuncias realizadas por las diferentes organizaciones, coinciden en que tras los atentados del 11-S y el 11-M, la emergencia de la seguridad ha protegido y justificado los abusos de los diferentes cuerpos de seguridad del Estado, aumentando la vulneración de derechos humanos.

A continuación se expondrán las denuncias recibidas por las Oficinas de Información y Denuncia (OID) de SOS Racismo en Catalunya y Madrid durante el año 2005:¹⁷⁷

OID SOS Racismo Madrid:

Género	60% hombres. 40% mujeres
Agente de discriminación	44% cuerpos y fuerzas de seguridad públicas. 10% vigilantes de seguridad privada. 7% grupos y organizaciones de ideología xenófoba. 39% particulares, administración pública y de justicia y organizaciones privadas.
Ámbito de discriminación	24% acceso a justicia. 17% controles de identidad por parte de Policía Nacional. 59% resto de ámbitos.

Fuente: OID de SOS Racismo Madrid (2006).

¹⁷⁵ Ídem

¹⁷⁶ Revisar Informe Anual 2006 sobre racismo en el Estado español. SOS Racismo. Memorias anuales SOS Racismo Madrid y Memoria 2005 SOS Racisme Catalunya.

¹⁷⁷ Es importante tener en cuenta, que éstos son sólo algunos casos de violación de derechos humanos por parte de los Cuerpos de Seguridad del Estado, pues como se ha dicho a lo largo de este informe, muchos inmigrantes temen denunciar por su situación administrativa. Si bien estas oficinas se encuentran dispuestas a apoyar y defender los derechos de todas las personas que sean víctimas de algún acto de racismo, no cuentan con los suficientes recursos humanos para lograr recibir todos los casos; de igual forma, muchas personas se acercan a las oficinas para informar casos de abuso de autoridad, pero no siempre se realiza una denuncia formal. Por lo tanto, tenemos que tener en cuenta que se trata de una pequeña muestra que nos ayuda a dimensionar la gravedad de lo que está ocurriendo con la población migrante en el Estado español. De igual forma, hay que tener en cuenta que los datos expuestos incluyen denuncias de ciudadanos no migrantes que han sido víctimas de algún acto racista.

OID SOS Racisme Catalunya:

Según agente de discriminación

Agentes y fuerzas de seguridad pública	23% (34 casos)
Servicios	20% (30 casos)
Particulares	18% (27 casos)
Medios de comunicación	17% (26 casos)
Laboral	7% (11 casos)
Seguridad privada	7% (10 casos)
Extrema derecha	5% (8 casos)
Otros	3% (5 casos)

Fuente: OID de SOS Racismo Madrid (2006).

Género

Hombre	85%
Mujer	15%

Fuente: OID de SOS Racisme Catalunya (2005).

Evolución anual

Año	No casos
2002	35
2003	25
2004	34
2005	34

Fuente: OID de SOS Racisme Catalunya (2005).

De los 34 casos relacionados con el abuso por parte de agentes y fuerzas de seguridad, la OID de SOS Racisme de Catalunya expone que el 76% de ellas se adjudican a la policía Nacional y a la Guardia Urbana, 14% a la Guardia Civil y 8% a los Mossos d'Esquadra; sin embargo, la organización expone que frente a este último se percibe (con base en las denuncias recibidas en 2006) un grave aumento de abuso, pues el cuerpo de Mossos d'Esquadra sólo entra en funcionamiento en noviembre de 2005 y la entrada en vigor de la "Ordenança de Mesures per fomentar i garantir la convivència ciutadana a la ciutat de Barcelona", que ha desbordado el control y la persecución de ciertos colectivos. Se puede observar que existe una tendencia constante en los abusos por parte de las autoridades durante los últimos cuatro años.

Caso denunciado por SOS Racismo:

Bizkaia (País Vasco). Octubre 2005. "Un ciudadano senegalés caminaba por la calle cargando una bolsa de deporte cuando una patrulla de policía solicitó que enseñase el contenido de la bolsa y la documentación. Los policías lo tiraron al suelo, le golpearon la espalda y lo esposaron. Uno de los agentes verbalizó que era mejor ir al cuartel, donde continuaron golpeándole de manera premeditada para no ser vistos por las cámaras, lo llevaron a la celda donde lo pusieron de rodillas y uno de los agentes le rompió el labio de un rodillazo. Al llegar al hospital tenía golpes en la pierna, la boca, la cabeza,

la espalda y las muñecas. Los agentes denunciaron al ciudadano por delito contra la propiedad intelectual”. A pesar de las denuncias interpuestas, no se recibió ninguna explicación por parte del Consistorio de Bilbao (2006:230).

En relación con los Centros penitenciarios, Monclús (2005)¹⁷⁸ afirma que es claro el fenómeno discriminatorio y racial, pues a través de su investigación pudo comprobar que existe una sobrepoblación carcelaria de migrantes en relación con su presencia en la sociedad española, lo cual indica un proceso de criminalización más intenso.

Basándose en las estadísticas policiales, la autora afirma que en algunas ocasiones se ha dado un número elevado de detenciones de migrantes (por delitos cometidos o en relación a la Ley de Extranjería); esto ha supuesto que tanto autoridades como medios de comunicación atribuyan el aumento de los delitos a esta población, sin ningún cuidado por diferenciar los motivos de las detenciones.

Es así cómo, dentro de las estadísticas policiales, por cada 100.000 habitantes se observó que en relación a la instancia policial (detenciones) los migrantes tienen siete veces más posibilidades de ser detenidos que los españoles. Frente al ámbito judicial (condenas), el porcentaje de migrantes no alcanza a doblar a la población española condenada; y en lo penitenciario (cárcel), la posibilidad es cinco y seis veces mayor. Frente a este último aspecto, se encontró que muchos casos se presentan por el uso desmedido de prisión provisional a imputados extranjeros y por las largas penas a las cuales están sometidos los condenados por delitos relacionados con tráfico de drogas (30% de los reclusos en España).

Esta sobre representación ha implicado según Monclús (2005),¹⁷⁹ que las autoridades policiales tengan a la población migrante como principal objetivo del control penal, pues, con base en este fenómeno se da una relación directa entre migrante y delincuencia.

Finalmente no podemos dejar de lado un caso que merece toda nuestra atención. Si bien, como hemos dicho en apartados anteriores, el Centro de Estancia Temporal de Ceuta y Melilla no se trata de un lugar reconocido como un espacio donde directamente se priva de libertad a los migrantes; éste se ha convertido, por sus características geográficas y humanas, en un lugar donde se demuestra cada vez más la vulneración de los derechos humanos por parte de las autoridades españolas y marroquíes.

Es así cómo la Federación de Asociaciones de SOS Racismo del Estado español ha dedicado un importante informe a este excepcional caso; un trabajo arduo en los últimos diez años, que nos muestra como este espacio se asemeja a un campo de concentración donde las personas que allí se encuentran parecen invisibles ante los ojos de la Unión Europea y donde la complicidad de los dos estados han hecho de él un escenario dramático.

En este espacio se han producido una serie de sucesos que al ser analizados vulneran en gran medida los derechos de quienes, huyendo de la miseria y abusos de sus países, tratan de entrar a Europa por la frontera sur. Las autoridades poseen una gran ventaja sobre quienes pretenden, totalmente desarmados, pasar sin ser percibidos; expulsiones y detenciones ilegales, casos de violencia sexual, violencia durante la detención y devolución e impedimentos para solicitudes de asilo, son algunos de los comportamientos que muestran claros signos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Uno de los casos más dramáticos fue el ocurrido en el año 2005, cuando catorce personas perdieron la vida,

¹⁷⁸ Para más información, revisar MONCLÚS, M. (2005) *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios* [Tesis Doctoral], Universitat de Barcelona, Barcelona.

¹⁷⁹ Ídem

once de ellas por disparos realizados por la policía cuando trataban de saltar la valla. En este mismo año, más de veinticuatro personas perdieron la vida tras ser abandonadas por autoridades marroquíes en el desierto del Sahara, tras la expulsión del territorio español.¹⁸⁰

La Comisión Española de Ayuda al Refugiado también ha denunciado los inadecuados procedimientos que se llevan a cabo en la frontera, devoluciones que en realidad correspondían a casos de expulsión, evitando de esta forma que los migrantes puedan interponer algún recurso como lo dicta la Ley, aplicación de artículos derogados de la misma, inexistencia o ineficiencia en asistencia jurídica y expulsiones colectivas (ilegales) que no permite claridad sobre los casos individuales, se han convertido en la cotidianidad de la frontera sur del territorio español.

Por todo ello y reivindicando que durante los últimos cinco años, múltiples voces se han alzado para denunciar el permanente abuso por parte de las autoridades españolas sobre una población, que de alguna forma se ha legitimado como “invisible”. Es así, como no sólo se demuestra que en el Estado español, sino en el resto de la Unión Europea se ha hecho énfasis en la lucha por frenar los flujos migratorios, endureciendo la legislación y fortaleciendo sus fronteras; hechos que en la mayoría de los casos han terminado por vulnerar los derechos humanos de los migrantes.

Actualmente, la Unión Europea cuenta con 178 lugares de detención para migrantes, y por supuesto, España aporta un valioso número a esta cifra. Como se pudo observar en los apartados anteriores, existen diferentes espacios donde se priva de libertad a los migrantes (documentados e indocumentados); y cuya pérdida de libertad implica un control punitivo, una sanción, con el agravante que en este caso se está sancionando a través de un acto administrativo equiparable a una pena, el hecho de migrar ilegalmente.

Esta privación de libertad se lleva a cabo en centros creados específicamente para recluir y castigar drásticamente a quien decida migrar ilegalmente, este proceso penal —administrativo se ha convertido en una violación permanente de derechos y garantías. Los estados no han reconocido que muchas de estas personas ya vienen huyendo de una forma de malos tratos o torturas en sus países de origen, y el tratamiento del fenómeno se ha basado en el control desmedido y en la falta de claridad a la hora de gestionarlo.

Se pudo observar como la mayoría de abusos se da por las fuerzas de seguridad del Estado, ya que, el primer contacto con esta cultura político-administrativa es la Policía, dicha institución como es sabido se comporta de manera racista frente a las diferencias étnicas y raciales (Monclús, 2006:161), por lo tanto, no es novedoso que sea una de las instituciones que actualmente vulnera en mayor medida los derechos de los migrantes, pues es la institución que vela por la vigilancia y “seguridad” de los centros privativos de libertad.

Se puede concluir que la mayoría de los CIE y otros lugares frontera no cumplen con las mínimas condiciones y por lo tanto, existe un alto grado de vulneración de derechos humanos hacia los internos. A continuación nos permitiremos enumerar algunos de los problemas más graves y reiterativos en estos Centros:

- A pesar de no ser centros de carácter penitenciario, la mayoría de estos se encuentran en instalaciones policiales, militares o penales (antiguas prisiones), por lo tanto, su infraestructura

¹⁸⁰ Son expulsiones ilegales, en cuanto que el Estado español no tiene convenio con algunos de los países de donde proceden los migrantes.

corresponde a una institución similar a las cárceles; ejemplos claros de esta situación son el nuevo CIE de la Zona Franca en Barcelona y en Murcia, donde los lugares destinados a visitas familiares no permiten el contacto directo entre los internos y sus familias. Rejas, extrema vigilancia.

- La mayoría de los Centros no cuentan con asistencia social, ni médica.
- Permanentes abusos de autoridad, malos tratos físicos y psicológicos, estos últimos de corte racistas y xenófobos.
- Pocos y limitados espacios de esparcimiento y recreación.
- Malas condiciones de habitabilidad: luz, higiene, espacio.
- Expulsiones, detenciones y retenciones ilegales. Caso concreto, la sala de repatriación del aeropuerto Barajas en Madrid, que a pesar de albergar a las personas que se encuentran en espera de ser devueltas a sus países de origen, en muchos casos permanecen más de 72 horas, por no establecerse como un Centro de Internamiento, estas personas estarían retenidas de manera ilegal. En dado caso, si la repatriación no puede ser efectiva en este plazo, deberían ser puestas en libertad.
- Muchos internamientos se producen de manera ilegal, pues algunos de los inmigrantes que están siendo internados provienen de países con los cuales España no tiene convenios de repatriación, es decir, que se trataría de un internamiento innecesario, pues supone la no expulsión después de salir del centro, sino que muchos de ellos son repartidos por el territorio español con órdenes de expulsión que generalmente no podrán ser ejecutadas.

Todo lo expuesto nos sugiere que la aplicación de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes se ha mantenido a lo largo del período de investigación. Sin embargo, es importante llamar la atención sobre el aumento de denuncias realizadas por este colectivo durante los últimos dos años. Tal como se muestra en el informe realizado por la Coordinadora de Prevención contra la Tortura¹⁸¹ en 2005, las detenciones e internamientos masivos, así como los abusos cometidos en las fronteras —en especial Ceuta y Melilla— han hecho imposible una comparación con los años anteriores. De los 598 denunciados durante este año, 133 fueron inmigrantes, número que representa el 22% del total de personas agredidas por los cuerpos de seguridad del Estado en este año.

También podemos observar cómo las condiciones y denuncias expuestas a lo largo de este capítulo han implicado una serie de consecuencias físicas y mentales en la población migrante que se encuentra privada de libertad. Hechos que violan derechos acordados en la Convención de la ONU dirigidos a la protección de refugiados,¹⁸² a la prohibición de expulsiones ilegales o de la implementación de la violencia bajo conceptos de cualquier tipo de discriminación, o brindar protección a personas sometidas a cualquier tipo de abuso;¹⁸³ hacen que el grado de impunidad sea cada vez más alto.

¹⁸¹ COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2005). *Informe sobre la tortura en España*.

¹⁸² Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Art. 3: prohibición de expulsión, devolución o extradición de una persona a un Estado cuando se sospeche que aquélla puede ser sometida a tortura (idem).

¹⁸³ Ver Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Art. 13: Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado. Y art. 59.4 de la LOex española.

Todo ello agregado al miedo que sienten las personas por denunciar y a las diferentes imputaciones otorgadas a miembros de las autoridades implicados en los casos.

Tal como lo denuncian la Comisión de Prevención de la Tortura y la Organización Mundial contra la Tortura¹⁸⁴ en su informe de 2006, las preocupaciones siguen siendo múltiples en relación con la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. En lo que atañe a esta población en específico, los comportamientos de carácter xenófobo que han terminado en agresiones físicas, sexuales y psicológicas por parte de miembros de las autoridades españolas,¹⁸⁵ hacen que los interminables esfuerzos por defender los derechos humanos de la población migrante resulten en muchas ocasiones, frustrantes, puesto que nos enfrentamos a leyes que promueven cada vez mayor control y menos garantías, además de la falta de legalidad en las actuaciones por parte del personal administrativo y judicial del Estado. La imposibilidad de ingresar a los Centros de manera continua, la falta de transparencia en la aplicación de la norma, la falta de información sobre los procedimientos de detención, internamiento y expulsión, son sólo algunas muestras de ello.

Por todo ello —y una vez más— es necesario llamar la atención sobre las diferentes medidas adoptadas por el Estado español y que implican la aplicación de torturas y demás tratos crueles inhumanos o degradantes; reclamando la sanción correspondiente a este delito y haciendo hincapié en las diversas recomendaciones realizadas por diferentes organismos, que en muchas ocasiones han sido rechazadas.

Anexo

El Comité Europeo de Prevención de la Tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes ha llevado a cabo algunas visitas al territorio español, con el fin de determinar la situación de algunos establecimientos de privación de libertad. Al igual que se procedió en el final del Capítulo anterior, en el presente también se considerarán las recomendaciones del CPT tras sus últimas visitas, así como las respuestas del Gobierno español a las mismas.

Como se verá, algunas de las conclusiones en relación a los centros para migrantes, nos confirman una vez más, que las condiciones siguen siendo similares a lo ya expuesto en este Capítulo, y que la respuesta del Estado español se limita a justificar y amparar sus actos en la **Ley Orgánica 14/2003 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social** y a la protección de las autoridades.

Si bien el fenómeno de la migración se ha transformado en los últimos años y ha agotado los recursos que en algún momento estuvieron pensados para enfrentarlo, es claro que el Estado español no cuenta con herramientas suficientes para gestionarlo de manera adecuada, sometiéndose a la “solución” de problemas a corto plazo o fortaleciendo sus mecanismos de control y represión, para intentar evitar una situación que no es novedosa, pues se trata de un tema de desigualdad y miseria y no de paternalismo o contención.

Para analizar estas conclusiones, nos parece fundamental tener en cuenta los derechos establecidos por la Ley de extranjería, pues sobre éstos se realizan la mayor parte de sugerencias de la comisión.

¹⁸⁴ Coordinadora para la prevención de la tortura, organización mundial contra la tortura.(2006) *Violaciones de derechos humanos en el Estado español*.

¹⁸⁵ Ver informe realizado por la Coordinadora para la Prevención de la Tortura en colaboración con la Organización Mundial contra la Tortura. “Violaciones de Derechos Humanos en el Estado español” 2006. Barcelona.

*“Los extranjeros sometidos a internamiento tienen los siguientes derechos”.*¹⁸⁶

- a) A ser informado de su situación.*
- b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad.*
- c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento.*
- d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro.*
- e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional.*
- f) A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.*
- g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial.*
- h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos.*
- i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.*

Reporte al Gobierno español sobre la visita del Comité Europeo de Prevención de la Tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes, del 22 de julio al 1 de agosto de 2003:

Centro provisional de Algeciras y Fuerteventura

Se comprueba una vez más que los derechos han quedado supeditados a lo que expone la Ley, y sin embargo no se alcanzan la totalidad de sus objetivos (acceso a un abogado, intérprete y explicación de su situación). Los detenidos solo son informados de su situación en el momento en que se ha decidido su expulsión, teniendo que reunirse con abogados en grupos y con mala asesoría sobre los procedimientos a seguir. Después de informarles de su situación se les conceden 48 horas siguientes para apelar, al no haber respuesta son expulsados o ejecutada la orden.

Muchos de los migrantes —como en repetidas veces se ha mencionado—, se sienten intimidados por el comportamiento de las autoridades. Se pone en riesgo y se contradice la obligación del Estado español en proteger a personas que posiblemente son o serán víctimas de tortura o tratos inhumanos o degradantes en sus países de origen.

¹⁸⁶ Artículo 62 bis. Derechos de los extranjeros internados. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 14/2003). Ley Orgánica 14/2003 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social

Frente a las expulsiones, se observa cómo esta decisión queda en manos de las autoridades y de su “sentido común”, pues basada en ella se determina la nacionalidad de los migrantes, muchas veces con el objetivo de repatriarlos a países con los cuales el Estado español tenga convenio.

La comisión expone que los internos no cuentan con un servicio sanitario adecuado, pues la mayoría de atenciones médicas se dan por parte de voluntarios, pues el único médico que asiste el centro solo permanece algunas horas, esto hace que no se garantice el derecho estipulado por la Ley, en cuanto que los centros deberían contar —de manera permanente— con personal médico capacitado (médicos y enfermería), que esté en capacidad de dar atención física y psicológica.

La CPT sugiere que las autoridades dispongan de intérpretes que faciliten la comunicación de derechos a migrantes, así como la información necesaria sobre el funcionamiento y reglas de los centros.

Denuncia el caso en las Islas Palomas de 43 personas (incluidas 18 mujeres dos bebés estos últimos en óptimas condiciones), que se encontraban en habitaciones con condiciones precarias, mientras las instalaciones que disponían de buenas condiciones se encontraban deshabitadas. Recalcan la importancia de no separar a las familias.

Respuesta del Gobierno español al informe del Comité europeo de prevención de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes en su visita a España. 22 de julio - 1 de agosto de 2003:

El Estado español considera que ha realizado importantes avances administrativos para contener el alto nivel de entrada de migrantes “ilegales”, puesto que no se encuentran preparados para el elevado número de entradas al país.

Aclaran que una parte significativa de hombres de la Guardia Civil y la Policía Nacional se encuentran capacitados para comunicarse en otros idiomas con los detenidos de los centros,¹⁸⁷ reduciendo la necesidad de contratar interpretes que suponen costes muy altos. Sin embargo, cuentan con algunos intérpretes permanentes y temporales que ayudan a la labor de traducción.

Frente a los casos de hacinamiento y desaprovechamiento de espacios, justifican que durante la visita¹⁸⁸ de la comisión se encontraban muy pocas personas, puesto que dos días antes el centro estaba ocupado por 168 migrantes. Consideran que existe una gran rotación de personas, puesto que no suelen estar más de 24 horas.

Afirman que el Estado español ha invertido un presupuesto considerable en la adecuación de los centros y que si algunos espacios o acciones se consideran insuficientes o agresivas (ventanas con poca ventilación, intimidación por parte de las autoridades) se debe a las condiciones de seguridad que se tienen provistas, intentando velar por unas condiciones apropiadas.

Finalmente, frente a la recomendación de reagrupar las familias, responde que, en algunos casos, las familias entran al país de manera desintegrada, lo que genera una imposibilidad de unirlos inmediatamente.

¹⁸⁷ Entre 1999 y 2005, 754 miembros incorporados a estudios de Inglés y Francés. (respuesta del Gobierno español al informe del Comité europeo de prevención de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes en su visita a España. 22 de julio — 1 de agosto de 2003, p. 24).

¹⁸⁸ La visita de la comisión el 28 de julio de 2003 al CETI de la Isla de las Palomas se produjo entre las 11.10 a 11.30 a.m. (20 minutos) (idem, p. 25).

Reporte al Gobierno español sobre la visita del Comité Europeo de Prevención de la Tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes, del 12 al 19 de diciembre de 2005:

En esta ocasión la comisión realizó su visita en la zona de Ceuta y Melilla, con el fin de analizar la situación de los migrantes que son detenidos al tratar de cruzar la frontera entre Marruecos y España.

Nos enfrentamos nuevamente a denuncias relacionadas con la falta de intérpretes y abogados a la hora de dar información (derechos, acceso a médicos y abogados de manera gratuita y rol de la institución penal en el proceso) a migrantes que no hablan la lengua castellana, frente a lo cual las autoridades refieren que no cuentan con personal suficiente para desarrollar dichas tareas.

Durante esta visita, la comisión fijó su atención en la situación de Melilla, puesto que durante el verano de ese año hubo un gran porcentaje de entradas de migrantes por el puerto desde Marruecos y fueron denunciados muchos casos de irregularidad. Analizó aspectos relacionados con los procesos llevados a cabo por la Policía Nacional, la Guardia Civil y el CIE. “La delegación encontró los numerosos ejemplos de las vueltas apresuradas de nacionalistas marroquíes de Almería, vía Melilla, a Marruecos, con una prohibición contra la vuelta para un número de años. Los grupos de personas a menudo eran catalogados como una partida simple en Almería la policía nacional (Avenida del Mediterráneo) el registro de custodia, sin el registro de personas habiendo sido visto por un abogado, un intérprete o un doctor”.

Tras los hechos sucedidos durante el verano de 2005,¹⁸⁹ la comisión exigió una respuesta sobre la investigación llevada a cabo por el Gobierno español y sobre el uso de la fuerza por parte de las autoridades, igualmente existe un gran interés por determinar el área frontera al cual se refiere el acuerdo bilateral entre España y Marruecos.

La comisión entiende que durante 2005 hubo un sinnúmero de entradas al país, pero expone las inadecuadas condiciones del CEI de Melilla durante su visita. Recomendó establecer condiciones frente a las demandas actuales, mejorar las condiciones sanitarias y espaciales. Recalcan de igual manera, la importancia de tener claridad en los procedimientos de expulsión, repatriación o devolución, ya que se ha recibido varias denuncias sobre procedimientos que se llevan a cabo de manera ilegal.¹⁹⁰

Respuesta del Gobierno español al informe del Comité europeo de prevención de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes en su visita a España. 12 - 19 de diciembre de 2005:

Frente a los resultados de la visita y las sugerencias realizadas por parte de la comisión de la CPT, el Estado español argumenta que gracias a la **Ley Orgánica 14/2003 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social**, los migrantes se encuentran protegidos, pues garantiza el respeto de sus derechos mientras se resuelve su situación de ilegalidad.

¹⁸⁹ Muertes a causa del intento de saltar la valla, que por dicha época se estaba extendiendo a 6 metros de altura (reporte al Gobierno español sobre la visita del comité europeo de prevención de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes del 12 al 19 de diciembre de 2005, p. 30).

¹⁹⁰ Especifican el caso del grupo de subsaharianos y los dos menores marroquíes devueltos a las autoridades de este país, obviando el derecho a ser protegidos por el estado español y sustentando “que no serían maltratados, únicamente les darían una lección educativa” (idem, p. 31).

Se compromete a apoyar cualquier tipo de investigación para determinar cualquier tipo de abuso por parte de las autoridades, recalando que siempre ha estado dispuesto a ello, expresando por ejemplo, que después de una investigación interna en relación con lo sucedido en Melilla, ésta concluye que no se cuenta con pruebas suficientes que indiquen un procedimiento irregular, y defiende la presunción de inocencia de los miembros de las autoridades.

El Estado sustenta que para mejorar el trato de las autoridades hacia los migrantes, han llevado a cabo un programa de educación para los miembros de la Policía, con el fin de mejorar sus valores éticos y de respeto por los derechos humanos

Asegura que hasta el momento siempre se ha asegurado el derecho a un abogado en los casos de negación de entrada, devolución, repatriación o expulsión. Frente a las denuncias sobre expulsiones ilegales, responde que éstas se han dado dentro del marco legal salvaguardando el derecho a la vida, la integridad física y la asistencia legal y que es importante tener claridad frente a los conceptos de expulsión, devolución y repatriación, y con base en esto poder determinar en qué situación se presentaron los casos. Aclara igualmente el proceso con los menores, justificando el tiempo (9 meses) que se intenta repatriarlos con sus familias, y que solo en caso contrario se aplicaría la protección por parte del Estado.

Finalmente, en relación con los hechos sucedidos en la valla de Ceuta y Melilla, responde que éstos fueron provocados por los migrantes que intentaron de “manera violenta” pasar la valla, a pesar del intento de la guardia civil por disuadirlos, además asegura que algunos agentes fueron heridos, y que en la mayoría de casos se brindó asistencia médica.

CAPÍTULO II

La situación en el caso de las mujeres privadas de su libertad. La tortura sexual

I. Introducción

La violencia sexual es una de las manifestaciones más evidentes y devastadoras de la violencia de género. Desde hace algunas décadas hemos experimentado avances importantes en materia de protección de los derechos de las mujeres. La lucha de los movimientos de mujeres a nivel internacional ha visibilizado situaciones específicas de discriminación y violencia en diferentes contextos. En este sentido, la tortura sexual, si bien no es un fenómeno reciente, ha despertado especial interés de la comunidad internacional debido a los conflictos armados suscitados en los últimos años.

Tradicionalmente, el análisis del tema de la tortura se ha centrado en el sujeto masculino. Probablemente, esto se deba a que se relaciona más fácilmente al hombre con conductas violentas y conflictos (por lo tanto como receptor de las consecuencias obviamente violentas) que a las mujeres, a quienes se les ha atribuido una vocación mucho más pacífica. No obstante, esta mirada parcial ha invisibilizado las consecuencias diametralmente opuestas de la tortura en función del género del sujeto al que se aplica. En este sentido, la condición de género ha sido, es y sigue siendo un factor determinante de los efectos de la tortura.

Durante los últimos años la comunidad internacional ha reconocido que la tortura sexual forma parte estratégica de los mecanismos utilizados en los conflictos armados ya sean internos o internacionales. Ha sido a través de las resoluciones de los Tribunales Especiales creados para analizar los casos de tortura sexual en la ex-Yugoslavia y Ruanda que se ha logrado establecer con más precisión un catálogo de crímenes sexuales cometidos por funcionarios públicos, los cuales es posible clasificar como tortura sexual.

Estas definiciones han sido de especial importancia para el establecimiento de la violencia sexual dentro de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La tortura sexual es una realidad, evidentemente trágica, innegable e irreversible. Si bien es cierto que las agresiones sexuales pueden ser cometidas en contra de ambos géneros, debido a las características específicas de este tipo de violencia, las mujeres tienen mucho más riesgo de ser sujeto de agresiones de tipo sexual. Son ellas quienes por el hecho de pertenecer al género femenino, por tener un cuerpo de mujer y todas las características ideológicas y simbólicas asociadas a su *ser mujer*, tienen más posibilidades de sufrir agresiones de este tipo.

Las mujeres pueden ser objeto de tortura sexual tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Si bien las circunstancias y motivaciones son distintas en cada caso, es posible considerar que en algunos contextos la tortura sexual es una conducta socialmente tolerada, por ejemplo, en ciertos trá-

ficos de influencias en las cárceles de mujeres, en ciertos casos de acoso policial a las trabajadoras sexuales, o en otros casos de acoso sexual en la administración pública, entre otros ejemplos. Desde luego, estas conductas no son equiparables a los embarazos forzados y las violaciones masivas sucedidas en la ex-Yugoslavia, Ruanda, Guatemala, Nicaragua o El Salvador. Sin embargo sí comparten elementos básicos: involucran a servidores públicos que aprovechando la situación de desigualdad e indefensión cometen agresión sexual sobre las mujeres para obtener un beneficio personal o bien que responda a intereses estatales. Es por ello que resulta especialmente trascendente conocer las características, los grados, los contextos en que aparece la tortura sexual, así como sus motivaciones para poder analizar sus consecuencias y la posible reparación del daño a las víctimas.

La tortura sexual como tal es un fenómeno poco explorado hasta ahora. Si bien existen documentados casos de agresiones sexuales en tiempos de guerra y en conflictos armados, no ha habido un desarrollo teórico extenso sobre el tema. El objetivo de este Capítulo es delinear algunos elementos básicos para una definición de tortura sexual y sus componentes. Para ello se ha elegido analizar dos casos de tortura sexual documentados recientemente en el Estado español, incluidos en el banco de datos referenciados en el Capítulo anterior:

las denuncias de acoso sexuales en el Centro Penitenciario de Nandales de la Oca, Álava en 2004 y las acusaciones de abuso sexual de mujeres detenidas en el Centro de Internamiento para Extranjeros en Málaga en el año 2006.

2. Violencia de género y tortura sexual

Si bien la violencia de género es una realidad compartida por muchos países, es también un fenómeno que se ha resistido a los grandes cambios económicos, sociales y políticos del mundo. A pesar de los avances en la tecnología y los nuevos pactos internacionales, la persistencia de la violencia como fenómeno social en las sociedades post-modernas se ha convertido en un problema de primer orden de los países democráticos. Lo mismo sucede con las naciones en transición o los llamados países del tercer y cuarto mundo.

Cuando hablamos de violencia de género nos referimos a todo aquel daño, perjuicio o ataque en contra de las mujeres que tiene como motivación principal su género, es decir, el hecho de ser mujeres. Lo anterior se manifiesta en actos discriminatorios que pueden implicar violencia física, psicológica, menoscabo del patrimonio de la víctima y que pueden ser ejecutados tanto en espacios públicos como privados. En este sentido, la tortura sexual es una de las manifestaciones más extremas de la violencia de género ya que pone en evidencia la contradicción de los intereses del Estado y los derechos de las mujeres.

En 1979, la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señaló que se entenderá por discriminación contra la mujer:

“...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabo o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”¹⁹¹

¹⁹¹ ONU, Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, 1979, http://www.unhcr.org/refugees/spanish/html/menu3/b/cedaw_sp.htm

Si bien este documento no define específicamente el concepto de violencia contra la mujer, sí sienta las bases para identificar conductas discriminatorias basadas en el sexo, como es la violencia.

En 1993, la ONU emitió la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer que define de manera concreta la violencia contra la mujer al señalar en su art. 1:

“A los efectos de la presente Declaración, por ‘violencia contra la mujer’ se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”¹⁹²

Asimismo, en el art. 2 define los tipos de violencia contra la mujer, que según dicho documento son:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”¹⁹³

Un año más tarde, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o “Convención de Belém Do Pará”, que define en su art. 1 el concepto violencia contra la mujer como:

“...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”¹⁹⁴

A su vez, esta Convención clasifica la violencia contra la mujer en tres tipos: física, sexual y psicológica. También añade una dimensión espacial y de actores que no había sido considerada anteriormente: la violencia dentro o fuera del domicilio conyugal, la violencia en la comunidad y la violencia institucional. Textualmente, el art. 2 señala:

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

¹⁹² ONU, Asamblea General, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Asamblea General, A/RES/48/104, 1993.

¹⁹³ *Ibidem*, art. 2.

¹⁹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”, 1994, art. 1. <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>

- b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.”¹⁹⁵

La violencia de género ha puesto en entredicho el concepto de ciudadanía femenina. Algunas autoras se han manifestado a favor de considerarla un problema político que limita la ciudadanía de las mujeres y las coloca en una categoría secundaria. Consideran que la violencia de género es una forma de someter a las mujeres en la sociedad y mantenerlas controladas. En este orden de ideas, Marcela Lagarde señala: “[...] la violencia de género es un mecanismo político cuyo fin es mantener a las mujeres en desventaja y desigualdad en el mundo, y en sus relaciones con los hombres; permite excluir a las mujeres del acceso a los bienes, recursos y oportunidades; contribuye a desvalorizarlas, denigrarlas, y amedrentarlas, por tanto reproduce el dominio patriarcal.”¹⁹⁶

Por su parte, Raquel Osborne apunta que la violencia es un vehículo para controlar a las mujeres y considera que la violencia real o su amenaza, “[...] funciona como un metalenguaje [...] por el que se ha señalado históricamente a las mujeres cuál era su sitio. Y su sitio era el ámbito de lo privado, del hogar y lo doméstico, por oposición al espacio público, que los varones se reservan para sí.”¹⁹⁷

Si entendemos la violencia como una manifestación del poder estatal, veremos cómo ese poder puede ser ejercido de manera indistinta. El poder se manifiesta a través de actos de sumisión que limitan el ejercicio libre de los derechos de las personas. En este contexto, la tortura sexual es una de las manifestaciones menos visibles y exploradas en el análisis del abuso de poder. En la tortura sexual concurren dos modalidades de violencia de género: la violencia sexual y la violencia institucional.

Cuando hablamos de violencia sexual entendemos toda forma de contacto sexual que cause daño o menoscabe la libertad sexual femenina, es decir, su capacidad de disponer de su cuerpo de manera libre y voluntaria. Tamar Pitch señala que la categoría violencia sexual: “[...] sirve para analizar el estatus de las relaciones entre los sexos en lo referente al ejercicio de la sexualidad, al modelo cultural dominante de la heterosexualidad, y a los diferentes modelos de sexualidad que se han atribuido a los sexos.”¹⁹⁸ En este contexto, la categoría de violencia sexual se convierte en una forma de abuso de poder y un indicador para determinar los niveles de discriminación de género en una sociedad.

Por su parte, Carole J. Sheffield señala que tanto la violencia contra las mujeres como su tratamiento social, evidencia la negación del sistema patriarcal del derecho de la mujer a su propio cuerpo. Sheffield utiliza el término “terrorismo sexual” para definir un sistema por el medio del cual los varones atemorizan a las mujeres para mostrarles cuál es su papel en la sociedad y con ello las controlan y dominan.¹⁹⁹

Algunas de las manifestaciones de la violencia sexual son: violación (de un extraño, en el matrimonio, en tiempos de guerra, etc.), pornografía, abuso sexual, trata de personas, prostitución forzada, acoso sexual (laboral, escolar, en instituciones de salud, etc.), aborto forzado, amenazas de abuso, ame-

¹⁹⁵ *Ibidem*, art. 2.

¹⁹⁶ LAGARDE, Marcela (2005: 11).

¹⁹⁷ OSBORNE, Raquel (2001: 11).

¹⁹⁸ PITCH, Tamar (2003: 181).

¹⁹⁹ SHEFFIELD, Carole J. (1997: 110).

nazas de violación, presión para sostener relaciones sexuales, humillación sexual, exposición forzada al exhibicionismo o a la pornografía, acoso callejero, llamadas telefónicas obscenas, mutilación genital femenina, maternidad forzada, esterilización forzada, denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción, explotación sexual de menores, esclavitud sexual, rapto de mujeres para satisfacer sexualmente a combatientes, tortura sexual y feminicidio.

Por otro lado, la violencia institucional es entendida como aquellos actos, prácticas u omisiones imputables al Estado cuando las realice a través de sus autoridades, funcionarios, personal y agentes, pertenecientes a cualquier institución pública en todos sus niveles, que por acción u omisión dolosa dilaten, obstaculicen o impidan que las mujeres accedan a los medios o políticas públicas para evitar la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, afectando de manera directa o indirecta el bienestar y la salud física y psicológica de las mismas. La violencia institucional implica todo aquel uso abusivo y arbitrario de la fuerza ejercido o tolerado por el Estado en perjuicio de la mujer.

Algunas de las manifestaciones de la violencia institucional pueden ser: prácticas de tolerancia de la violencia respecto de individuos, grupos o comunidades que sistemáticamente la realizan contra las mujeres; negligencia en la procuración y administración de la justicia en delitos contra la mujer; prácticas discriminatorias sobre las mujeres que están en reclusión preventiva o penas por sentencia condenatoria o durante su detención; sobre las mujeres migrantes nacionales o extranjeras, o refugiadas; sobre mujeres indígenas o en situaciones de conflicto armado (aunque éste se dé en circunstancias de paz, y no haya sido declarado como tal); la emisión de criterios en resoluciones o sentencias que emita el Poder Judicial que preservan la discriminación o refuerzan roles sexuales predeterminados socialmente de sumisión, la esterilización forzada, entre otras.

3. La tortura sexual

La tortura sexual es la máxima expresión de la relación desigual de poder entre las mujeres y el Estado. Para entender la tortura sexual es indispensable considerar el significado de la sexualidad femenina como valor intrínseco. En la tortura sexual se entremezcla una concepción dual del cuerpo femenino: la relacionada con el placer y la relacionada con la reproducción. Desde esta perspectiva la sexualidad femenina se convierte en un valor utilizable, intercambiable y/o desechable, del que se puede abusar.

Todos los casos de tortura sexual contra la mujer tienen implícito un ataque al sujeto mujer. Si bien el género es una construcción social que depende del contexto en todos los casos hay una constante: la condición de mujer implica una posición de desventaja con relación al otro género.

Considerando la definición de tortura que establece la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU, la diferencia entre violencia sexual y tortura sexual es que esta última es ejecutada por “un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”²⁰⁰

En este sentido, la tortura sexual es una de las manifestaciones de la violencia institucional que conlleva elementos de tipo sexual, ejecutados en un contexto de desigualdad entre las partes en el que los agresores aprovechan su posición de poder para someter a las mujeres mediante el uso de la fuerza.

²⁰⁰ ONU, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, http://www.unhcrch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm

La tortura sexual, definida en sentido amplio, implica la violación a la libertad sexual de cualquier persona llevada a cabo por un servidor público que tiene como fin obtener un beneficio sexual a través de la imposición de la fuerza. La diferencia de género en los actos de tortura es que las mujeres, además de sufrir violaciones por las mismas razones que los hombres, son susceptibles de ser víctimas de otro tipo de tratos crueles inhumanos y/o degradantes relacionados con su sexualidad que constituyen una forma específica de tortura; los ejemplos más claros son los embarazos y abortos forzados.

Existen cuatro ámbitos que diferencian a la tortura sexual de cualquier otro tipo de tortura: su forma, es decir, sus características, las circunstancias en la que ocurre, sus consecuencias y la disponibilidad o acceso a los medios de solución o resarcimiento de los daños.

La tortura sexual está enmarcada en un contexto evidentemente desigual. Quien tortura no sólo tiene el control de la situación sino que se encuentra investido del poder estatal y todo lo que en el imaginario colectivo a nivel simbólico esto significa. En este sentido, es posible afirmar que la asimetría en las relaciones de poder es uno de los rasgos característicos de la tortura sexual. Según lo señalado por Nigel Rodley, Relator Especial contra la tortura de la ONU en 2001, la violencia sexual contra las mujeres debe ser considerada tortura de acuerdo al artículo primero de la Convención contra la Tortura. Lo cataloga así cuando el abuso sexual está intencionalmente dirigido a infligir sufrimiento, humillar y destrozarse la integridad física y mental de la persona, y cuando ocurre por razones claramente discriminatorias, es decir, con base en el sexo de la persona.²⁰¹

Por otro lado, la reproducción del estatus de discriminación social de la mujer se traduce en este tipo de conductas agresivas ya que, en el imaginario de los agentes del Estado, ellas guardan intrínsecamente el mismo significado de sometimiento del sujeto femenino en cualquier sociedad. La condición de discriminación de las mujeres en el mundo las convierte en blancos fáciles e incluso débiles para los ataques de los agentes del Estado. Un ejemplo de ello es el testimonio de Ana, liberiana, que recuerda cómo durante la guerra civil los combatientes solían expresar: “¿Qué es una mujer? Una mujer no es nada. Podemos pisar a las mujeres.”²⁰² Es difícil valorar la magnitud de las consecuencias individuales y colectivas de la tortura sexual ya que, si bien sus principales efectos se observan en lo individual, también tiene repercusiones graves en el entorno social.

La tortura sexual puede ejecutarse tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Como ha sido ampliamente documentado por diversas organizaciones de ayuda humanitaria, la tortura sexual es utilizada como arma de guerra en situaciones de conflicto. En este sentido, Maider Zorrilla considera que: “En la mayoría de los conflictos a finales del siglo XX, la violencia ejercida contra las mujeres no ha sido casual o fortuita, sino que ha obedecido a un objetivo de gran magnitud y mayor alcance, a una estrategia cuidadosamente diseñada, planificada y ejecutada por las autoridades militares y políticas parte del conflicto en cuestión.” (2005) Asimismo, es posible detectar casos de tortura sexual en tiempos de paz, es decir, en situaciones cotidianas que incluso pasan desapercibidas o son socialmente toleradas. Cualquier abuso por parte de algún funcionario estatal que tenga como objetivo obtener beneficios sexuales puede considerarse tortura sexual. Por otro lado, es difícil valorar la magnitud de las consecuencias individuales y colectivas de la tortura sexual ya que, si bien sus principales secuelas se observan en lo individual, también es una forma de agresión a la comunidad.

²⁰¹ CIMAC Noticias, “Las mujeres más vulnerables a la tortura: Relator Especial de la ONU”, 28 de junio de 2001.

²⁰² PANOS Institute, “Armas para luchar, brazos para proteger: Las mujeres hablan de la guerra”, Barcelona, Icaria-Antrazyt, p. 64.

4. Tortura sexual en el Estado español

4.1. Centro Penitenciario Nanclares de la Oca, Álava

Las violaciones a los derechos humanos de las mujeres en reclusión han sido denunciadas por diversas organizaciones no gubernamentales como una conducta inaceptable por parte de los funcionarios que integran estas instituciones. Si bien es cierto que las violaciones a los derechos humanos de las personas en reclusión no distinguen género, las mujeres son un grupo particularmente vulnerable que sufre una triple marginación derivada de su condición de género, económica y de internas. Las mujeres en reclusión se encuentran en una evidente posición de desventaja, marginación, discriminación y pobreza. Al mismo tiempo las mujeres reclusas cargan con un doble estigma: ante la sociedad y ante los miembros de su familia. Generalmente se ven abandonadas por sus familiares, sin apoyo económico, incluso alejadas de sus hijos.

En este sentido la ONU señala que: “Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas”.²⁰³

En mayo de 2004, la Asociación SalHaketa comenzó a recibir denuncias de posibles agresiones sexuales, incluidas extorsión, chantaje y motivación a la prostitución, ocurridas en el Módulo II de la prisión de Nanclares de la Oca, Álava. Las denuncias se dirigían al mismo funcionario, entonces Subdirector de Seguridad del Centro Penitenciario, como el autor de presiones dirigidas a las internas con el fin de obtener favores sexuales a cambio de beneficios penitenciarios.²⁰⁴ Por esta razón fueron presentadas dos denuncias tramitadas en los JVP radicados en Vitoria-Gazteiz.

El testimonio de una de las víctimas quedó asentado en la declaración judicial que realizó el día 8 de abril de 2005, en la que señala:

“[...] Quiero hacer una denuncia en toda regla del Subdirector de Seguridad, [nombre de funcionario] del Centro P. de Nanclares de la Oca. Tal acusación es extorsión sexual y amenazas contra mi marido. En el mes de diciembre de 2004 yo me encontraba en las duchas y entraron dos de mis compañeras y se pegan, a lo cual al estar yo presente me meten una sanción disciplinaria. Ese mismo día a las 5 de la tarde, dicho señor me llama y me dice que no tema pues la sanción me la iba a sobreeser, y así ha sido pues dicha sanción me la ha sobreesido.

En ese mismo día 16 de diciembre de 2004 ya empezó a decirme que le gustaba mi manera de ser. A la semana siguiente, que fue sobre el 25 de diciembre de 2004, es cuando me llamó sin haberle echado instancia y me dice que yo le llamo ‘bizco’. Pues esa fue la excusa para tener otra audiencia conmigo, en principio, como muy superficial, pasando después a decirme frases como que cuando me mira se funde con mis

²⁰³ ONU, “Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos”, Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990 en Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Tomo I. México, CNDH, 1994.

²⁰⁴ SALHAKETA, Presten Aldeko Elkartea, Mujer y cárcel, Nanclares de la Oca, Langraitz, Dossier informativo 2005, p. 6.

ojos, y que desde que me había puesto la boca estaba hecha para besar y dándome un 70% como mujer, pero no por mi inteligencia. Ese día, al decirme eso, a mi parecer se estaba insinuando.

En la siguiente ocasión en la que me llama me dice que me porte bien con él, que si no mandaba a mi marido en 1er. Grado. Que si no accedía a sus pretensiones se me iba a hacer muy dura mi condena. La última vez que me llama fue el 15 de febrero, me dice claramente que soy tonta por no querer acceder a su juego y que me da un mes de plazo para que me lo piense. Yo llegando a finalizar el mes de febrero que no quería, ni quiero, entrar a su juego en ningún momento. Me veo obligada a poner en conocimiento del Director de dicho Centro, para que por favor tomara las medidas oportunas en el asunto.

Yo, [iniciales de denunciante], quiero hacer una acusación firme basada en extorsión sexual, miradas y amenazas. Se basa mi acusación en el hecho de amenazarme si no hago lo que el quiere, que es satisfacer sus deseos sexuales, o si no manda a mi marido, que está a punto de salir en 3er grado a Proyecto hombre, a un 1er grado. Y a mi hacerme la condena muy dura. En todo momento desde que empezó esto lo he intentado mantener en secreto, pero viendo que este señor no desistía, me he visto obligada a pedir ayuda a personas que mandan en la prisión, como veo que me la dan ‘entre comillas’, yo estoy en un Estado de nervios, ansiedad, impotencia con mi seguridad... creo que necesito hacer una acusación firme.”

En abril de 2005 se presentó la segunda denuncia. La interna del módulo II de mujeres de Nanclares de la Oca expuso en su declaración:

“Quiero hacer una denuncia en toda regla al Subdirector de Seguridad, [nombre de funcionario], del Centro de Nanclares de la Oca. Mi acusación es de insinuaciones sexuales, amenazas y humillaciones contra mi persona.

Todo comenzó cuando tenía que pedir audiencia con él para que me bajasen al dentista de pago pues este hombre se encargaba de dicho tema. Sobre el mes de marzo o abril de 2004, en una de las conversaciones en su despacho me dijo que podíamos tener un ‘kuit procuo’ (*sic.*) a cambio de darme beneficios penitenciarios. Ante estas palabras le dije que yo quería mi libertad, pero jamás por encima de ninguna compañera.

Al decirle yo esto se me echó a reír y me dijo que él ya tenía a sus chivatillas que eran las que iban de kies en el módulo, dándome sus nombres... Me dijo que cuando yo quería sabía hacerme muy bien la tonta, pues sabía perfectamente que no me pedía que me chivara, a lo cual le dije, haciéndome la tonta, que no sabía a que se refería. Me dijo que me pensase lo que me decía y me fui. En el mes de mayo de 2004... Me llamó el subdirector de seguridad, [nombre de funcionario], diciéndome que no sabía lo que había hecho al no entrar en su juego, me amenazó. Me dijo que iba a ser mi mayor enemigo y me humilló, tanto como persona, como mujer. Mis compañeras me vieron cómo llegué ese día, en el estado de nervios en el que me encontraba... Más tarde amenazó a mi compañera de chabolo... que se alejara de mí y que ella entrara a su juego, diciéndola en varias ocasiones la extorsión a mi amiga.”

En el dossier informativo de SalHaketa se señala que si bien dicho funcionario dimitió voluntariamente de su cargo, continua trabajando en otra prisión ubicada fuera de Euskal Herria.²⁰⁵

²⁰⁵ SALHAKETA, p. 15.

El funcionario señalado como responsable representaba una figura de poder que utilizaba su cargo para lograr sus fines personales. De nuevo los mismos elementos que en los demás casos: desigualdad en las relaciones de poder, una figura de autoridad que ejerce la violencia sexual para lograr un beneficio propio y un contexto que limita las posibilidades de la mujer de rechazar estas conductas por la precariedad de su situación.

Como ya se ha mencionado, las mujeres en reclusión sufren una disminución en su estatus. El internamiento es una situación que las aísla y margina, no tienen el mismo soporte social y familiar que los hombres, por lo tanto son todavía más vulnerables o susceptibles de ser vulnerabilizadas.

Los casos registrados en el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca, demuestran cómo el sistema de justicia penal español ha fallado en proteger los derechos de las mujeres en reclusión y cómo la visión machista y patriarcal del Estado se traslada a todos los niveles de la administración de justicia. En este sentido, Elisabeth Almeda señala que: “Las cárceles españolas discriminan a las mujeres encarceladas, no solamente porque se las trate peor que a los hombres, sino porque el tratamiento es sexista...El tratamiento penitenciario se basa en un enfoque sexista y estereotipado que refuerza el rol tradicional de las mujeres: la disciplina y el control son excesivamente severos, existe una medicación desmesurada y una falta de atención y asistencia a las mujeres con cargas familiares. Este conjunto de situaciones discriminatorias comporta una condena especialmente severa para las mujeres, que consolida e intensifica las desigualdades de género existentes en la propia sociedad en unas instituciones penitenciarias proteccionistas y paternalistas.”²⁰⁶

En diligencia realizada el 28 de junio de 2005 el imputado, asistido por un abogado de oficio, compareció al juzgado a declarar como presunto responsable en el caso que nos ocupa. En su declaración negó categóricamente tener ninguna relación más allá de la relativa a sus funciones en el centro con alguna de las dos internas denunciantes. Además, señaló que estaba siendo objeto de una campaña de manipulación en su contra. Cabe señalar que el director del Centro Penitenciario, quien acudió como testigo al juicio, brindó su apoyo al funcionario acusado, desacreditando en todo momento lo dicho por las internas.

En otro de los testimonios (anónimo) realizado durante el procedimiento, la declarante afirma haber tenido una relación muy cordial con el acusado, quien en un inicio se comportó muy bien, al grado de ella califica su relación como paterno-filial. Sin embargo, señala que en posteriores ocasiones que se encontraron, el funcionario comenzaba a acercarse más a ella y narra cómo en una ocasión comenzó “a darle masaje en los hombros” y en otra le “toco el culo”.²⁰⁷ La misma interna señala que ha callado porque todo lo sucedido supone para ella caer muy bajo y expresa que se siente culpable de la situación.

De lo anterior se deduce, entre otras cosas, que la amenaza es una de las formas más comunes de la violencia en la prisión de Nanclares de la Oca, esto como resultado la asimetría en las relaciones de poder que colocan a unos por encima de otras.

²⁰⁶ ALMEDA, Elisabet (2002: 251).

²⁰⁷ Declaración de testigo, 17 de noviembre de 2005, Juzgado de Instrucción, núm. 2, Vitoria-Gazteiz, documento aportado por la asociación SalHaketa.

4.2. Centro de Internamiento de Extranjeros en Málaga²⁰⁸

Los casos comenzaron a registrarse el 3 de julio de 2006 en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) de Málaga. Según los testimonios de algunas mujeres que denunciaron las agresiones sexuales, los policías encargados del turno nocturno realizaban fiestas en una oficina de dicho centro. Las internas eran retiradas de sus dormitorios y conducidas a otra dependencia del mismo CIE, en donde se llevan a cabo las celebraciones. En dichas fiestas había consumo de alcohol y se realizaban actos sexuales entre los agentes y las mujeres detenidas. Los hechos sucedieron al menos en cinco ocasiones diferentes, al tiempo que se encontraba de guardia el mismo turno de policías entre la una y las cinco de la madrugada.

En la denuncia presentada el día 19 de julio del mismo año en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, dependencia del Grupo I de la Unidad Contra las Redes de Inmigración Ilegal y Falsedad de Documentación (UCRIF) de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Málaga, consta que tuvo conocimiento a través del abogado de algunas de las mujeres de denuncias de agresiones sexuales cometidas por funcionarios de CIE de Málaga. Por lo anterior, dicho funcionario se entrevistó personalmente con algunas de las internas para constatar la veracidad de los hechos.

El primer testimonio que consta en el acta de la Diligencia Inicial señala:

“Que durante las noches que presta servicio un turno de funcionarios concreto, del que forman parte [nombres de tres agentes] y otros que no sabe como se llaman, se producen aproximadamente a partir de la una de la madrugada, unas (*sic.*) especies de fiestas en las que se consume alcohol que guardan en el armario del cuarto de consigna, fiestas a las que ella, al igual que otras internas, son invitadas, para lo que las sacan del módulo dormitorio”.

La primera ocasión en la que se realizó una fiesta fue el 3 de julio de 2006, a la que asistieron cinco policías, tres pertenecientes al servicio del CIE, así como dos policías externos al centro. La declarante señala que en esta ocasión cuatro de los cinco agentes asistentes mantuvieron relaciones sexuales con las internas. A cambio, ellos entregaban regalos a las mujeres. Ella reconoce haber tenido relaciones sexuales con uno de los policías externos en su dormitorio. La interna comenta que se sentía “mareada” después de haber tomado un par de copas y que al comentarlo con otras internas se dieron cuenta que probablemente habían sido drogadas.

La segunda celebración se llevó a cabo el día 8 de julio de 2006. En ella participaron seis mujeres internas y los tres agentes mencionados, además de dos policías externos al CIE. En esta ocasión también asiste el hermano de uno de los oficiales.

La misma testigo señala haber sostenido de nuevo relaciones sexuales con el mismo oficial de la vez anterior, en su habitación, y señala haber sido testigo de cómo otro de los oficiales sostenía relaciones sexuales con una interna porque lo hicieron en la misma habitación. Ella declara que ambos oficiales vestían el uniforme reglamentario. En la misma fecha otro de las internas refiere en su testimonio que: “Durante la fiesta [nombre de un agente] se le insinúa sexualmente y le hace caricias,

²⁰⁸ Agradecemos al abogado José Luis Rodríguez Camoleda, de la Federación ACOGE, la documentación facilitada para el análisis de este caso.

rechazando ella su ofrecimiento, por lo que este se enfada, la amenaza, la insulta y le grita, siendo [nombre de otro agente] quien tercia en la situación y los separa. En ese momento el hermano de [nombre de un agente] le regala un perfume, un pintalabios y un perfilador de labios que entra en la Institución.”

Señala haberse encontrado aturdida por lo que había bebido y recuerda cómo uno de los oficiales la separó del grupo y, en contra de su voluntad, la trasladó a una habitación donde comenzó a acariciarle los pechos y los glúteos. Pero ante su negativa de sostener relaciones sexuales, la condujo a su habitación. A partir de este momento la interna señala haber sufrido acoso moral por parte del oficial.

La siguiente fiesta se realizó la noche del 13 al 14 de julio en el mismo turno de los agentes mencionados. En ésta participan cuatro mujeres internas, dos agentes de turno y el hermano de uno de ellos quien, según testimonio, sostuvo relaciones con una mujer de nacionalidad rusa, que según le han dicho ha sido expulsada. Durante esta fiesta sucedió un intento de fuga de algunos internos que conocían la situación. Uno de los testimonios menciona que, cuando la alarma fue activada por el intento de fuga, uno de los oficiales trasladó de inmediato a las internas a sus habitaciones y las amenazó para que permanecieran calladas. Cuando la situación fue controlada, la fiesta continuó en otra dependencia del Centro.

La siguiente ocasión en la que se registraron los hechos fue el 18 al 19 del julio. Una de las mujeres que había participado en ocasiones anteriores señaló que tuvo conocimiento de que en esta fecha se realizó otra fiesta, pero que en esta ocasión ella “no fue invitada”. Señala que antes de celebrarse esta fiesta uno de los agentes amenazó al resto de las mujeres que no participaban para evitar otro intento de fuga y encerró a todas las mujeres de nacionalidad rumana en una celda. Otro de los testimonios señala cómo dicho oficial sacó a tres mujeres de sus habitaciones y las condujo a la fiesta.

La última de las celebraciones de las que se tiene noticia es la realizada el día 28 de julio de 2006. Una testigo que aporta datos sobre la misma señala cómo uno de los agentes invitó a sus tres compañeras de habitación a tomar algo con él. En esta ocasión participaron seis chicas rusas y tres brasileñas. La testigo señala que los oficiales toqueteaban a las mujeres en diversas partes del cuerpo.

Esta testigo sostuvo que las mujeres bajaban a las fiestas voluntariamente, pero en realidad no sabe si por miedo no se atrevían a negarse. Manifiesta que en todas las celebraciones a las que asistió vio que había dos agentes en el pasillo, quienes evidentemente se enteraban de lo que estaba sucediendo pero no se involucraban.

En este caso podemos observar cómo la asimetría en las relaciones de poder entre los oficiales y las mujeres es determinante en la comisión de estas conductas. La desigualdad implícita en los roles implica la posibilidad de utilizar la posición de autoridad para alcanzar un beneficio particular, muy lejano a los fines estatales para los que fue creada la institución de custodia. Desde esta posición, los agentes disponían de las instalaciones del centro y elegían a las mujeres con las que querían involucrarse haciendo uso de esa posición jerárquica superior.

Por otra parte, la categoría de “inmigrante ilegal” determina de por sí condiciones de vulnerabilidad; la precariedad de su situación jurídica se agrava cuando son detenidas y enviadas a los CIE, en los cuales deben permanecer hasta que se resuelva su situación jurídica. Si bien no son mujeres privadas de la libertad por haber cometido un delito común, su estatus de mujeres migrantes ilegales vulnerabiliza. Como se desprende de este caso las internas eran “invitadas” a participar, bajo criterios de selección que quedaban al arbitrio de los oficiales y si bien se dice que acudían de manera “voluntaria”, coincidían en que, de rechazar la invitación, podían ser objeto de hostigamiento y malos tratos por parte de los oficiales, como se desprende de los testimonios.

En este sentido, es de relevancia el análisis sobre el consentimiento y la libre expresión de la voluntad en los casos de violencia sexual de la Corte Penal Internacional (CPI). El Estatuto de la CPI reconoce que no se puede hablar de libre manifestación de la voluntad cuando el contexto en el que se toman las decisiones no permite a la mujer la posibilidad de elegir o de entender las repercusiones de los hechos.

Como se ha señalado en los casos resueltos por el Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia (TPIY), es importante analizar el consentimiento de la víctima, la voluntad, sus posibilidades de elegir, sus posibilidades de entender la situación, el contexto en el cual la decisión es tomada. En este caso, las mujeres que participaban en las fiestas se encontraban en una situación de disminución de sus garantías, por lo cual no se tenía la capacidad plena para comprender la gravedad de la situación.

En este caso lo que se cuestiona es que no puede haber consenso incluso cuando las relaciones sexuales sostenidas hayan sido voluntarias, debido a la desigualdad de las circunstancias en la que se encuentran las partes, además de la obligación de guarda y custodia de los oficiales.

Por otro lado, como ya se ha mencionado, es probable que exista un alto número de casos no denunciados, pues la posición de poder desigual juega en contra de las denunciantes porque existe el temor fundado de que se dé más valor al testimonio del hombre como representante de la autoridad que al suyo como afectada, además de las posibles represalias que podría sufrir en su situación. Si pensamos en el desequilibrio de poderes que plantea una situación de tortura sexual, es posible entender la resistencia que puede enfrentar una denuncia. En primer lugar, revivir la situación de la agresión, por otro lado la desconfianza que plantea para la denunciante en términos de pretender buscar solución a su caso a través de los mecanismos y procedimientos impuestos por el propio Estado, símbolo de su agresor.

Los casos antes analizados constituyen ejemplos de cómo la construcción jurídica del sujeto mujer permea todos los niveles de la estructura estatal. Esta visión del sujeto mujer como un ser del que se puede disponer, que es utilizable y que está predispuesto al uso de su cuerpo y su sexualidad como valor de intercambio se manifiesta en conductas abusivas y arbitrarias como las de oficiales del CIE de Málaga y el funcionario de Nanclares de la Oca.

5. La Corte Penal Internacional y los crímenes de violencia sexual

La tortura sexual es una realidad que ha sido documentada y reconocida por diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, el Estatuto de la CPI, conocido como Estatuto de Roma, es quizá el documento más innovador con relación al tema de género y violencia contra las mujeres. La creación de la CPI tiene su antecedente en la Resolución 46/54 de la Asamblea General de la ONU el 9 de Diciembre de 1991, en la que exhorta a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a analizar la viabilidad de establecer una jurisdicción penal internacional.

En 1994 la Asamblea General estableció un Comité *ad hoc* para analizar la pertinencia del proyecto y sus contenidos, pero debido a la divergencia en las posiciones de sus integrantes se decidió convocar a una Conferencia de Plenipotenciarios en 1995. A pesar de que en esta fecha no fue posible llegar a un consenso, el tema seguía en discusión y el proyecto de Estatuto mostraba avances importantes. Finalmente, se logró un texto consensuado que se discutiría en la siguiente Conferencia de Plenipotenciarios a celebrarse en Roma el 15 de junio de 1998.

Los importantísimos avances del Estatuto de la CPI en materia de violencia contra la mujer tienen su antecedente inmediato en los Tribunales Especiales que se erigieron para resolver los casos de

violencia sexual en la ex-Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994). Ambos Tribunales sentaron las bases de lo que después recogería el Estatuto en la materia.

Los casos graves relacionados con crímenes sexuales que fueron sometidos a la jurisdicción de los Tribunales Especiales establecieron una jurisprudencia que ayudó a delimitar y definir las conductas constitutivas de delitos relacionadas con violación, prostitución forzada, embarazos forzado, esclavitud sexual, esterilización forzada, así como otros abusos de gravedad comparable. Un ejemplo claro es el caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el caso AKAYESU, en el cual se consideró que la violencia sexual no sólo envuelve la penetración sino cualquier otro acto de naturaleza sexual cometido por una persona bajo circunstancias coercitivas. De igual forma, el TPIR aclaró que la violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano sino que incluye actos que pueden o no involucrar penetración o cualquier contacto físico. El TPIR define la violación como una invasión física de naturaleza sexual cometida por una persona bajo circunstancias de coerción.²⁰⁹

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia (TPIY) estableció avances importantes en materia de procedimiento y pruebas en los casos de violación. Una de las aportaciones más importantes del TPIY fue ampliar la definición de violencia sexual al señalar la importancia del contexto en el que suceden los hechos. En este sentido, señala que debe considerarse la existencia de circunstancias específicas que generan mayor vulnerabilidad en la víctima, como puede ser la presión psicológica o cualquier otra circunstancia que la inhabilite para resistir ser sujeto de actos sexuales. Y agrega que factores como la sorpresa, el fraude o la poca representación hacen que la víctima sea sujeta del acto sin la oportunidad de rechazarlo de una manera consciente e informada. En este contexto, la voluntad de la víctima se ve rebasada en su capacidad de decidir libremente rechazar el acto sexual.²¹⁰ Otro aporte importante de este Tribunal fue determinar que en los casos de violencia sexual no se considerase relevante la denuncia de los antecedentes sexuales de las víctimas, ya que se consideró que ello no ponía en duda su credibilidad.

En las negociaciones participaron 160 países, 33 organizaciones intergubernamentales y 236 ONG. Como era de esperarse, las negociaciones resultaron complejas. Sin embargo, se lograron consensos importantes y se estableció un marco de actuación de la Corte sobre cuatro materias principalmente: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Las principales oposiciones a la inserción de la perspectiva de género en el Estatuto provinieron de los países islámicos, que argumentaron que tales disposiciones irían en contra de los principios básicos del islamismo. Otro de los frentes opositores fue el de la postura católica. Sin embargo, y gracias al *lobby* de las ONG de mujeres, se acordó incluir la perspectiva de género en un apartado especial en los términos siguientes: “A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede.”

Nos interesa particularmente analizar la regulación de los delitos de violencia sexual en el Estatuto dentro del apartado de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En el art. 7 del Estatuto se señala:

²⁰⁹ PROSECUTOR VERSUS JEAN PAUL AKAYESU, Internacional Criminal Tribunal for Rwanda, Judgement, 668, 2 de septiembre de 1998, www.ictj.com

²¹⁰ PROSECUTOR VERSUS KUNARAC, Kovac, Vukovic, Judgment, 452, 22 de febrero de 2001, www.ictj.com

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

[...]

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

[...]”

El Estatuto de Roma reconoce la persecución por motivos de género como una de las causas para alcanzar el estatus de refugiada/o.

Por otro lado, se logró consenso sobre la definición de embarazo forzado, que se definió como: “El confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional”; en su redacción se incluyó la aclaración expresa de que no se entenderá que esta definición afecta las normas de derecho interno relativas al embarazo.

En el apartado 8.2. del Estatuto se establece un catálogo de conductas delictivas con características sexuales que se consideran violaciones graves a las leyes de Derecho Internacional y a la Convención de Ginebra, tanto en conflictos internacionales como internos, éstas son: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada; además, agrega, “[...] cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”. Es la primera vez que un documento de tanta vinculación a nivel internacional reconoce este tipo de conductas como delitos graves, además de que los iguala en importancia a cualquier otro delito contenido en los Convenios de Ginebra.

En los Elementos de los Crímenes,²¹¹ documento anexo al Estatuto de Roma, la Corte definió de manera más amplia algunos delitos sexuales, por ejemplo violación: “Artículo 7 (1) (g)-1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto o parte del cuerpo.”

Otro de los elementos de la violación es: “Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso del poder, contra esa u otra persona que aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino.”

²¹¹ INTERNACIONAL CRIMINAL COURT, Elements of Crimes, UN.Doc.PCNIICC/2001/1/Add.2, 2 de noviembre de 2002, <http://www.icc-cpi.int/legaltools/>.

Ha sido un logro importante que el establecimiento del concepto de violación naciera en el Estatuto desvinculado de conceptos relacionados con la dignidad de la mujer o de la familia; a diferencia de los demás documentos, que consideran la violación como un *crimen contra el honor*. En cambio, en el Estatuto de la Corte la violencia sexual es considerada un *crimen violento*. Esto implica el reconocimiento de la mujer como principal perjudicada del acto de la violación más allá de las repercusiones familiares y sociales.

Por otra parte, define el delito de esclavitud sexual (art. 7 (1) (g)-2) como aquella conducta que consiste en ejercer uno o varios derechos de propiedad, como son compra, venta, préstamo o trueque sobre una o varias personas a través de la privación de la libertad. En este tipo de conductas el autor obliga a las víctimas a comprometerse en la realización de actos de naturaleza sexual.

Según el documento, la prostitución forzada (art. 7 (1) (g)-3) consiste en obligar a una o más personas mediante la fuerza, amenaza, coacción o sin su consentimiento genuino, a realizar uno o más actos de naturaleza sexual, habiendo obtenido o con la intención de obtener el sujeto activo ventajas pecuniarias o de otro tipo.

En el lo que se refiere a la esterilización forzada, (art. 7 (1) (g)-5) señala que consiste en privar a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica sin justificación en el tratamiento médico o clínico de la o las víctimas y sin su consentimiento genuino.

Según el Estatuto, se entenderá por crímenes de violencia sexual (art. 7 (1) (g)-6) aquéllos en los que el autor cometa actos de naturaleza sexual contra una o más personas o bien provoque que esas personas se comprometan en este tipo de actos mediante el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza o mediante coerción generada por violencia, detención, presión psicológica, abuso del poder, tomando ventaja del ambiente coercitivo y de la incapacidad de las personas de otorgar su consentimiento genuino. Asimismo, señala que será necesario comprobar que el autor de estos crímenes era consciente de la gravedad de las circunstancias bajo las cuales se realizaba su conducta.

Como podemos observar, el marco jurídico que establece el Estatuto de la CPI en materia de violencia sexual ha sido un avance importante en materia de reconocimiento de las muchas manifestaciones de la violencia sexual tanto en los conflictos armados como en los internos. La definición de los elementos de las conductas delictivas que se incluye en el citado documento Elementos de los Crímenes, es especialmente útil para delimitar las características de las agresiones sexuales. Éstas pueden servir como referentes inmediatos para los casos de tortura sexual en los que la voluntad y el consentimiento de las víctimas se convierten en el punto nodal de la discusión.

6. La responsabilidad estatal y el derecho al debido proceso

El derecho a la debida diligencia se define como aquella garantía de todas las personas de tener un trato justo y respetuoso por parte de las autoridades encargadas de la administración de justicia, así como la obligación del Estado de aplicar las normas debidamente y sin dilación.²¹² Al respecto, la Relatora Especial sobre Violencia Contra la Mujer, Yakin Ertürk, enfatiza la norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer y examina el potencial de su aplicación para dar solución al problema de la violencia de género. Según el documento Integración de los

²¹² Cook, Rebecca J. (1994).

Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género, la debida diligencia puede constituir un criterio para determinar si un Estado ha cumplido o no con su obligación de prevenir y combatir la violencia contra la mujer.²¹³

El derecho a la debida diligencia nace paralelamente al reconocimiento de que todos los seres humanos tienen igual derecho al acceso a la justicia; ello implica que se respeten sus derechos, ya sea si son sujetos de un proceso penal o bien que les aplique la ley de manera adecuada en los juicios o procedimientos civiles en los que se encuentren involucrados. Asimismo, el derecho a la debida diligencia tuvo su origen en las ilimitadas violaciones a los derechos humanos de los prisioneros de guerra y de las personas que sufrían torturas y dilaciones en los procedimientos judiciales. De ahí la necesidad de plasmar de manera expresa en instrumentos internacionales el reconocimiento de este derecho, también llamado el derecho al debido proceso.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce que es derecho de todas las personas el ser oídas públicamente, con justicia y en condiciones de igualdad, por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones, o bien para el examen de cualquier acusación en su contra en materia penal.²¹⁴

Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ratifica en sus arts. XVIII y XXVI el derecho de acceso a la justicia y la presunción de inocencia, respectivamente.²¹⁵

Asimismo, el art. 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, señala la obligación de los estados de “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.”²¹⁶

A diferencia de los criterios adoptados tradicionalmente en materia de debida diligencia que se enfocaban a los derechos del acusado o presunto responsable de un delito, la Corte Internacional de Derechos Humanos ha ampliado con sus resoluciones el marco de aplicación de la debida diligencia, protegiendo a las víctimas de los delitos contra omisiones del Estado en materia de impartición de justicia. La sentencia del caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, relativa a la desaparición de Manfredo Velásquez, sentó un precedente en materia de debida diligencia en el ámbito interamericano. En ella, los jueces dictaminaron que “un acto ilegal que viola los derechos humanos y que en un comienzo no es directamente imputable al Estado (por ejemplo, porque es el acto de un particular o porque la persona responsable no ha sido identificada) puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, no por el acto en sí, sino por la falta de la debida diligencia para impedir la violación o reaccionar a ella tal como lo exige la Convención.”²¹⁷

²¹³ ONU, Consejo Económico y Social, “Informe de la Relatora Especial sobre Violencia Contra la Mujer”, E/CN.4/2006/61, numeral 16, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4169.pdf>

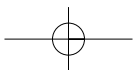
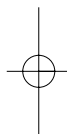
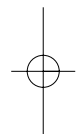
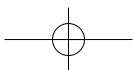
²¹⁴ ONU, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, art. 10. <http://www.onu.org/Docubas/Declaracion%20DDHH/declarac.htm>

²¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, <http://www.cidh.org/Basicos/BasicosI.htm>

²¹⁶ ONU, “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”.

²¹⁷ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 29 July 1988, numeral 172, http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_12d.htm

El derecho al debido proceso es un instrumento jurídico que debe considerarse en los casos de tortura sexual, ya que evidencia la obligación del Estado español de proveer los mecanismos necesarios para garantizar el cumplimiento de sus derechos. La debida diligencia enfatiza la obligación del Estado de garantizar el derecho de las mujeres a su integridad física, a la libre disposición de su cuerpo y a la libertad sexual.



CAPÍTULO 12

La situación de las personas privadas de libertad en aplicación de la legislación antiterrorista

1. Marco conceptual: ¿por qué esta categoría subjetiva?

La primera tarea que debemos abordar es precisamente la de acotar el ámbito al que nos vamos a referir en este capítulo, principalmente por la ambigüedad y carga política que conlleva la categoría de las personas privadas de libertad en aplicación de la legislación antiterrorista. Analizaremos pues en términos sociológicos, políticos y criminológicos el colectivo al que el CP de 1995, hoy vigente, se refiere como “los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” dedicándoles la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código.

Si bien es una categoría que podemos calificar de “histórica”, en los últimos cinco años se ha dado un aceleramiento en las herramientas y medidas para enfrentarla. Precisamente, los sucesos del 11 de septiembre de 2001 —y posteriormente el 11 de marzo de 2004 en Madrid— y las consecuencias que en el conjunto del mundo se han desplegado, no han hecho sino agudizar una situación para entonces ya abiertamente confesada. El impacto que tuvo su difusión en los medios de comunicación, ha generado un particular estado de opinión en la comunidad internacional. Este estado de opinión —invocando el miedo, el pánico, el terror y neutralizando la autonomía de la voluntad e incluso privándola totalmente de discernimiento o sentido crítico— ha priorizado el apuntalamiento de medidas de seguridad calificadas de “antiterroristas” en oposición al disfrute de los derechos humanos y las libertades públicas. Así lo denunciará Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial sobre terrorismo y los derechos humanos.²¹⁸ Algunos gobiernos han implementado nuevas legislaciones y diseñado medidas excepcionales para enfrentar la nueva situación, creando una ley para el enemigo, más que para el ciudadano. Sin embargo, tanto en el ámbito global como en el regional los estados se han mostrado incapaces de consensuar una definición común de lo que se entiende por “terrorismo”, más allá de la que cada gobierno ha decidido establecer como suya en base a su propio beneficio doméstico o geo-estratégico.

Esta polémica también ha tenido su reflejo en la Unión Europea, que ha diseñado nuevas medidas y ha puesto en práctica los últimos años legislaciones más restrictivas para enfrentar este complicado fenómeno. En Diciembre d2002, los Jefes de Gobierno y Estado de la Unión Europea se reunieron en Laeken para adoptar la Decisión-Marco para el combate contra el terrorismo,²¹⁹ creando nue-

²¹⁸ Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial sobre terrorismo y los derechos humanos de la ONU, E/CN.4/Sub.2/2004/40, “Terrorismo y derechos humanos”

²¹⁹ Decisión 2003/48/JAI del Consejo relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el art. 4 de la Posición común 2001/931/PESC.

vas normas imperativas que debían ser adoptadas por todos los estados miembros, aún si no se enfrentaban a problemas relacionados con este fenómeno. No fueron capaces de encontrar una definición común de terrorismo, pero definieron sus causas, su intencionalidad. Esto reviste una gran gravedad por cuanto deja la interpretación de lo que es una acción terrorista a la discreción de los intereses de los gobiernos.

En el Estado español la tipificación de medidas antiterroristas viene de lejos, hundiéndose profundamente en la historia del ordenamiento español. No es objeto de este trabajo realizar una lectura histórica del tratamiento penal que, con diferentes calificaciones, se ha dado a este o similares fenómenos, pero baste afirmar que en el Estado español la substanciación de las “medidas antiterroristas” no es con mucho una esfera novedosa si bien es cierto que ha podido presentar novedades en el nuevo milenio, como efecto de los acontecimientos anteriormente mencionados. Así pues, la aplicación de estas previsiones referentes a “bandas armadas u organizaciones terroristas” era más o menos pacífica a efectos penales en el Estado español, al menos hasta tiempos recientes que se reinterpreta en términos expansivos y se aplica cada vez con mayor amplitud a otras expresiones de violencia como la “violencia urbana” o incluso en los últimos tiempos, tras la STS²²⁰ referente a la organización juvenil Haika-Segi a otras actividades públicas pacíficas que el Estado había tolerado hasta épocas recientes. Nos referiremos a ello posteriormente, pero retomemos el hilo para concluir que en *estricto sensu*, el CP ha restringido su interpretación del concepto de terrorismo a tres niveles de actuación, primero, la dirección de la organización armada, segundo, la participación en acciones concretas del grupo y, tercero, la actuación de colaboración, el suministro de información, medios o cualquier forma de financiación de esas actividades, así como la actuación de terceras personas que sin participar en la propia organización tengan finalidad terrorista. En tal dirección responde la sistemática del vigente CP al comprender bajo la rúbrica de delitos de terrorismo los distintos actos que por miembros de bandas armadas se realicen bajo las definiciones a que se refieren los arts. 571 a 575 del CP y comprendiendo también bajo aquella rúbrica los actos de colaboración (art. 576 CP), los actos concretos con finalidad terrorista de individuos que no pertenezcan a la organización (art. 577 CP) y el enaltecimiento o justificación de aquellos delitos (art. 578 CP).

Así el TS, en Sentencia de 29 de Julio de 1998 (Caso Marey) exige, como elementos, la existencia de una banda, lo que comporta en primer lugar, la presencia de una asociación que tenga por objeto cometer delitos, bastando la unión de varios para ese fin y teniendo dicha unión una cierta duración y estabilidad en el tiempo; en segundo lugar, que tal banda sea armada, es decir, que se utilice, en esa actuación delictiva, armamento, entendiendo por tal las armas de fuego de cualquiera clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes que son aquellos cuyo uso repetido o especialmente intenso en una sola ocasión pueden causar alarma en la población y la alteración de la convivencia ciudadana que constituye —tercer elemento— el de la finalidad del grupo cual es que, precisamente por el uso de las armas o por la clase de delitos que cometen, causen inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana y que constituyen uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social. Por ello —y conforme a la indicada Sentencia— son bandas armadas las que pretenden alterar el orden establecido en el actual sistema

²²⁰ STS 50/2007 del 19 de Enero de 2007 por la que se interpreta que las organizaciones juveniles Jarrai-Haika y Segi son “asociaciones ilícitas constitutivas de banda, organización o grupo terrorista”.

jurídico (art. 1 CE). De esta forma, la jurisprudencia equipara el grupo terrorista con la banda u organización armada (SSTS de 19 de Noviembre de 1985, de 27 de Mayo de 1988, 14 de Diciembre de 1.993 y 12 de Marzo de 1992).

Debemos puntualizar que la utilización de la expresión terrorista en este trabajo responde a una cuestión técnica, no valorativa, ya que es de uso común por la doctrina, si bien hay que aclarar que no es una terminología ideológicamente neutral. En términos socio-políticos esta legislación antiterrorista y su posterior interpretación jurisprudencial se ha generado históricamente sobre la actuación de las organizaciones armadas de corte nacionalista vasco, catalán y gallego y las que se pueden considerar de izquierda revolucionaria españolas. Pero a partir de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York y posteriormente del 11 de marzo de 2004 en Madrid se aplicará también a ese otro espectro, mucho más difuso y genérico que será el denominado terrorismo islámico o internacional.

Baste por ahora decir que las políticas que el Estado español empleará para enfrentar este fenómeno se enfrentan a los estándares internacionales básicos de protección de los derechos humanos, produciéndose la desaparición de garantías, la excepcionalización de medidas, la perversión del Estado de derecho... Si bien estas medidas pueden afectar a varios derechos civiles, libertades políticas... el objetivo de este trabajo re referirnos a la aplicación de la legislación antiterrorista para la detención a las personas bajo sospecha de participar o colaborar con organizaciones terroristas y la afectación de estas medidas en sus derechos civiles, en especial el derecho a la vida y a la integridad física.

Por poner un ejemplo de la preocupación que genera estas políticas antiterroristas precisamente en ese ámbito internacional que constata que el Estado español no cumple con las obligaciones contraídas en tantos tratados, pactos y convenios, Human Rights Watch²²¹ examinó “aspectos del régimen antiterrorista de España que dan lugar a violaciones de las obligaciones contraídas por España en el derecho internacional de derechos humanos”. Según la prestigiosa organización de derechos humanos, si bien este informe “se ocupa de las repercusiones de la legislación antiterrorista de España sobre los derechos de los acusados en conexión con el terrorismo internacional, [...] todas nuestras conclusiones y recomendaciones son aplicables a todas las personas detenidas e imputadas en virtud de las disposiciones antiterroristas españolas. Muchas de nuestras preocupaciones han sido planteadas en el pasado por organismos internacionales y nacionales de derechos humanos con respecto al trato a presuntos miembros de ETA”.

Hay también otros grupos que son tratados con la Ley antiterrorista y que han sido queja de malos tratos, como los detenidos de Tora en Cataluña, presos de ideología anarquista o denominados antisistema. A su respecto, aunque algo se dirá en el presente Capítulo, su tratamiento se remite específicamente al siguiente.

2. Marco jurídico de aplicación

2.1. Excepcionalidad: la legislación especial antiterrorista

Antes de iniciar el análisis que se expondrá a continuación, debemos realizar una aclaración de carácter expositiva y metodológica. Como se ha visto, fue en la Segunda Parte del presente Informe donde se examinó minuciosamente el ordenamiento jurídico español de carácter anti-terrorista, para concluir

²²¹ Human Rights Watch, Informe enero de 2005 Vol. 17, No. 1 (D) ¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España.

en que es desde el mismo derecho donde se aloja y acecha la tortura y otras formas de violencia institucional. Ello correspondió, por tanto, al análisis del *momento de producción del derecho*. En el presente Capítulo, aunque necesariamente se hagan consideraciones sobre tal *momento*, el foco se pondrá en el que es propio de *la interpretación y aplicación de aquel derecho de emergencia y/o excepción*.

En efecto, como ya se ha visto en capítulos anteriores, la Constitución, base del sistema político-jurídico español, se excepcionaliza a sí misma. En el art. 1 y el 14 menciona el principio absoluto de “igualdad ante la ley”. Sin embargo, leyendo un poco más adelante, el Capítulo V del Título I trata “de la suspensión de derechos y libertades”, declarando en su art. 55 que “pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. La propia constitución se corrige e introduce el concepto de la excepcionalidad a que nos referimos.

Las normas internas se deben acomodar a los criterios establecidos en la CE. Pues bien, desde su entrada en vigor hasta hoy el Estado español ha puesto especial empeño en que los cuerpos policiales dispongan de un espacio, físico y temporal, que les permita manejar a las personas detenidas bajo “sospecha de ser terrorista” sin la interdicción de nadie ajeno a la investigación policial. Para ello se dictaron a lo largo de los años 1978-1988, diferentes leyes, que se sucedían unas a otras pero que mantenían los elementos centrales o nucleares del sistema actualmente en vigor. A la ley aprobada en 1978 siguió la Ley 3/1979, de enero de este año, de “Protección de la seguridad ciudadana”. Con esta ley se incorporan nuevos delitos de apología, se extiende el concepto de colaboración con banda armada —lo que hace que sean más los ciudadanos que puedan ser detenidos por dichos motivos: aumenta, para la aplicación de la tortura, el grupo de riesgo— y se acaba por dejar en manos de la policía el control absoluto de esta primera fase de la instrucción de la causa. En diciembre de 1980 la mencionada Ley 56/78 es sustituida por la LO 11/1980, que gráficamente se titula “Delitos de terrorismo y suspensión de derechos constitucionales, previa a su enjuiciamiento”, y que no hace sino profundizar en el contenido de la que viene a sustituir, pero debiéndose subrayar que esta ley plantea la posibilidad de suspensión de derechos como algo permanente en el tiempo. No estamos ya ante una restricción de derechos que se preveía como algo excepcional, pasajero o coyuntural, sino que dicha posibilidad de restricción adquiere carta de naturaleza como algo natural o propio del ordenamiento jurídico. Y en este contexto de promulgación de leyes especiales entra en vigor, en diciembre de 1983, la Ley de Asistencia Letrada al Detenido, LO 14/1983. Se trata de una ley que entra en vigor precisamente para fortalecer las garantías de defensa de las personas detenidas, sobre la convicción —más o menos confesa— de que hasta ese momento los malos tratos y torturas eran una realidad innegable. Pero las presiones del Ministerio de Interior pudieron sobre el anteproyecto original, del Ministerio de Justicia, de tal forma que desapareció la posibilidad de que la persona detenida dispusiera de abogado desde el primer momento de la detención. Siguiendo también el mandato constitucional se aprobó la LO 6/84, “de habeas corpus”, ocurriendo lo mismo que había ocurrido con la Ley de Asistencia. Lo que inicialmente quería ser una ley que afianzara las garantías de las personas detenidas y permitiera su inmediata puesta a disposición judicial sucumbió inmediatamente ante las presiones del Ministerio de Interior y acabó configurándose como la ley que conocemos en la actualidad, esto es, una ley absolutamente inoperativa en los casos en que la persona detenida lo haya sido por su presunta relación con organizaciones armadas o terroristas. Por fin, en enero de 1985 entra en vigor la LO 8/84, “contra actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas”, conocida como ley antiterrorista, y que no es sino un compendio de normas penales y procesales ya para entonces existentes. Se configura el sistema de la incomunicación tal y como lo conocemos al día de hoy, pero con la salvedad de que el plazo de deten-

ción podía llegar hasta las 240 horas —10 días— En lo demás, la conculcación de derechos fundamentales y garantías procesales es absoluta, hasta el punto de que, atendiendo a los recursos de inconstitucionalidad presentados, el TC, con fecha de 16/11/87, dictó la sentencia 199/1987, anulando dos artículos de esta ley y declarando la inconstitucionalidad de un tercero. En lo que hace a nosotros, lo más relevante es que se establece el máximo de detención en las 120 horas. Pero, haciendo de la necesidad virtud, el Gobierno español —entonces en manos del PSOE— optó por dar un paso adelante, y dictó dos nuevas leyes, las LO 3/1988 y 4/1988, reformando el CP y la LECrim. Y con ello se consiguió que la parte sustantiva de la política de suspensión de derechos que no había sido criticada por el TC entrara a formar parte de la legislación ordinaria.

Desaparecen en este momento las leyes antiterroristas —y es que el mantenimiento de estas leyes especiales siempre afea la apariencia democrática de los Estados—, pero el contenido de las mismas se introduce en la legislación ordinaria por la técnica de los artículos “bis”, en la LECrim. Con ello se institucionaliza y se convierte en ordinaria la emergencia, y lo que hasta entonces se consideraba sin tapujos como un régimen especial y con vocación de desaparición se acomoda en la legislación común, dando a estas medidas auténticamente especiales una apariencia de normalidad.

En suma, no ha habido desde 1978 un solo momento en que los cuerpos policiales no hayan dispuesto de una legislación *ad hoc* para el tratamiento de las personas detenidas por delitos denominados “terroristas” pero que tendrán una importante naturaleza política.

2.2. Contenido de la legislación antiterrorista

2.2.1. Las facultades extraordinarias otorgadas a la policía

El art. 17.1 CE remite a una ley posterior el desarrollo y regulación de los casos y formas en que debe producirse la detención de una persona. Sin embargo, como veíamos, ya partiendo de la propia Constitución, encontramos las posibilidades de que ciertas personas o cierto segmento de la población sea tratado de modo diferente. Esta es la base constitucional para la aplicación de la legislación antiterrorista desarrollada en la LECrim. Los artículos ordinarios referidos a la detención y sus formas son el 489, 490, 492 y 496 LECrim, mediante los cuales se limita la potestad de la Autoridad policial para proceder a la detención sin previa autorización judicial. Sin embargo, en el art. 492 —a través de lo establecido en el art. 492.3 o del 492.1 en relación al art. 490.2, si se interpreta que los delitos de pertenencia o colaboración con banda armada son delitos de estado permanente— sí que ofrece un margen de actuación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE), en base únicamente a sus propios criterios, y es en este contexto en el que se producen las detenciones masivas según el libre albedrío de los agentes de las FCSE encargados de la denominada “lucha antiterrorista”.

2.2.2. El momento de la detención: brutalidad policial

La legislación interna del Estado español, concretamente el art. 520.1 LECrim, prescribe que la detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al preso o detenido en su persona, reputación y patrimonio. El incumplimiento o violación de esta disposición por parte de las FCSE es tan habitual que se ha vuelto ya rutinario, puesto que en las detenciones que se producen en los domicilios de ciudadanos acusados de pertenencia o colaboración con banda armada, los FCSE hacen gala de una

gran violencia y falta total de respeto a los derechos, tanto de la persona a la que van a detener como de las personas que conviven con él. Consideramos oportuno destacar ciertos elementos que se repiten sistemáticamente en las detenciones de este tipo. Las detenciones se producen en la práctica totalidad de los casos entre las 12 AM y las 7 AM, cuando normalmente la población se encuentra durmiendo. La finalidad de este procedimiento no es otra que coger de improviso a la persona a la que se quiere detener. Pero es que esta forma de actuar produce miedo e incluso terror tanto en esa persona como en las que conviven con ella y en el resto de vecinos en general.

Las FCSE utilizan una gran violencia en el momento de proceder a la entrada en el domicilio, así como una impresionante exhibición de armas de fuego de todo tipo. En el mismo momento de la entrada en el domicilio, es habitual que las FCSE utilicen a la persona que les abre la puerta —cuando no la derriban ellos mediante explosivos— como escudo humano ante posibles enfrentamientos con el resto de los ocupantes. Son frecuentes los golpes en el mismo momento de la detención tanto contra la persona a la que van a detener como contra sus allegados, el comportamiento brusco de los agentes así como los insultos, amenazas y coacciones de que se sirven al proceder a la detención. A lo dicho hay que añadir el dato de que los miembros de las FCSE que proceden a la detención suelen ir normalmente con la cara cubierta por capuchas o pasamontañas.

Por último, debemos señalar que los registros que se efectúan en los domicilios son totalmente desproporcionados en sus formas. Es suficientemente ilustrativo el término *razzia*, utilizado frecuentemente por las personas que han sufrido dichos registros y cuyos domicilios han quedado arrasados.

Es por tanto evidente que en el momento de la detención las FCSE no respetan en absoluto el art. 520.1 LECrim, ni tampoco los arts. 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, produciéndose esta infracción ya desde el momento del primer contacto entre el detenido y las FCSE. La Autoridad judicial no interviene hasta que las FCSE le comunican el hecho de la detención o solicitan permisos de entrada y registro. Es decir, no existe un control judicial previo ni “in situ” de los hechos que ocurren en el momento de practicarse las detenciones y las violaciones de derechos hasta ahora relatadas quedan en el olvido de la justicia y por tanto en la más absoluta impunidad.

2.2.3. Recorte de los derechos del detenido

La legislación interna del Estado español, en concordancia con los principios internacionales de derechos humanos, presentan una serie de disposiciones que garantizan unos derechos mínimos al detenido. Entre otros, y en Derecho interno, los arts. 17.3 CE y el 520.2 LECrim, garantizan el derecho del detenido a ser informado sin demora de las causas de su detención y de la acusación que contra él se formula, a guardar silencio y no declarar, a poner en conocimiento de la persona de su elección el hecho de la detención y el lugar en que se encuentra, así como el derecho a designar abogado que inter venga en todas las diligencias, tanto policiales como judiciales.

Los arts. 520.bis y 527 LECr, restringen considerablemente los derechos anteriormente mencionados para los casos de “personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”.²²² Se dispone la posibilidad de ampliar el período de detención bajo custodia policial,

²²² El art. 384.bis LECrim es la referencia para el resto de artículos de la legislación antiterrorista. En aquellos artículos, se hace la referencia a las personas detenidas por delitos a que se refiere el art. 384.bis, que son según este artículo “las personas integradas o relacionadas con banda armada o individuos terroristas o rebeldes”.

cuyo tope habitual es de 72 horas, otras 48 horas más. Numerosos órganos internacionales han denunciado la utilización de la detención incomunicada por parte del Estado español pidiéndole que restrinjan este período por considerarlo excesivo y además, como veremos más adelante, espacio temporal de riesgo para la ocurrencia de torturas. La reforma introducida por la LO 13/2003, de 24 de Octubre, va justamente en el sentido contrario, extendiendo aún más este plazo, estableciendo la nueva redacción del art. 509²²³ la extensión de otros 8 días hasta un total de 13. Como ya han indicado previamente en el presente Informe, Ignacio Muñagorri y Guillermo Portilla, es precisamente en ese período de tiempo cuando desaparece el derecho a la comunicación a su familia tanto de la detención como de su paradero. Esto conlleva la desaparición sistemática del “habeas hábeas” que debe ser pedido por los familiares al considerar que la detención a sido injusta, como método de control por el que el juez se responsabiliza de forma real y efectiva en todo momento de la situación en la que se encuentra la persona detenida. Inactividad de la autoridad judicial.

También desaparece el derecho a ser atendido por un abogado de confianza imponiéndosele uno de turno de oficio que igualmente, no podrá estar presente durante la detención, aunque sólo sea por una cuestión meramente garantista de que se están respetando los derechos del detenido. Este abogado de oficio sólo se encuentra presente durante un breve momento, en la diligencia de prestación de declaración de la persona detenida ante los funcionarios de policía. La persona detenida no puede ni siquiera dirigir la palabra a su abogado y este no interviene para nada en la diligencia. No existe la posibilidad de mantener una entrevista en privado entre la persona detenida y su abogado. Su actitud suele ser totalmente pasiva y por ello, completamente ineficaz en términos garantistas.

En estos casos desaparece igualmente el derecho de la persona presa a entrevistarse de manera privada con el letrado de oficio que le ha asistido tras la diligencia de declaración. Asimismo, se deniega el derecho a ser examinado por un médico de confianza. Los médicos forenses son funcionarios del ministerio de Justicia adscritos a la Audiencia Nacional (tribunal especial competente). Ningún protocolo médico necesario para la detección de indicios de maltratos es seguido por estos médicos. Sus informes son deficientes e incompletos. En esta situación, la persona detenida no es informada de los motivos, hechos ni circunstancias de la detención.

Si comparamos estos últimos preceptos, el art. 520.bis LECrim más concretamente, con toda la serie de preceptos internacionales, observamos que entran en clara contradicción unos con otros. El art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 14 de la Convención Europea de derechos humanos consagran el principio de igualdad sin excepciones ni restricciones. Por tanto, el diferenciar entre persona integrada o relacionada con bandas armadas, individuos terroristas y rebeldes y el resto de la población contradice dicho precepto internacional. Más aún cuando los preceptos de diferenciación o discriminación se aplican de modo absolutamente arbitrario, a discreción de las FCSE, por la utilización compulsiva de la figura del “sospechoso”.

En resumen, existe una parte de la población que, calificada por las FCSE como sospechosa de participar o colaborar con organizaciones terroristas, sufrirá durante su detención una restricción de derechos fundamentales y garantías procesales.

²²³ Art. 509 “El juez de instrucción o tribunal podrá acordar la detención o prisión incomunicadas que [...] podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que la causa ofreciere méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.”

2.2.4. *Tortura, tratos inhumanos y degradantes en cuarteles y centros de detención.*

Anteriormente hemos listado los derechos que de forma declarada y reconocida por la propia legislación se restringen en aplicación de la legislación antiterrorista. Ahora nos referiremos más en profundidad a la práctica de la tortura que ese mismo sistema posibilita. Por definición, la prohibición de la tortura y demás tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se incluye dentro de los derechos fundamentales e inviolables de la persona, como no podía ser de otra manera. No hay circunstancia ni situación, por grave que esta sea que justifique la práctica de la tortura, como se expresan de manera unitaria los organismos internacionales de derechos humanos. La práctica de la tortura afecta al derecho a la integridad física y el derecho a la vida, dotándole a la prohibición de la tortura el carácter imperativo y absoluto. Es tan evidente esto que consideramos innecesario hacer mención a los preceptos internacionales y domésticos que avalan esta afirmación. Si embargo, la vulneración de esta prohibición durante las detenciones de personas acusadas de ser “presuntos terroristas” se produce con una amplitud e intensidad insoportable.

Pues bien, en ese espacio temporal y físico en que se aplica la incomunicación del detenido por motivos “terroristas” se producen torturas, tal y como se refleja en cientos de testimonios y denuncias tramitadas ante tribunales de justicia, algunas de las cuales además resueltas en sentido condenatorio para miembros de las FCSE.

Sin embargo, tal y como está diseñado el período de incomunicación, precisamente por se un ámbito de impunidad, un espacio opaco para observadores del mundo exterior, nos encontramos con un primer problema, que es el de la credibilidad o no del testimonio de la persona torturada. Como vimos antes, ciertos derechos que asiste a otros detenidos aparecen expresa y declaradamente cercenados. Tenemos que movernos en un filo de la navaja en el que el sistema oculta la realidad y los organismos de derechos humanos trabajan por visualizarla.

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT), recoge en todos sus informes alegaciones de personas detenidas bajo el régimen de incomunicación referentes a diferentes métodos de tortura practicados. Quizá en el más ilustrativo de los informes, publicado en junio de 1994 tras la tercera visita, concluye que “es prematuro concluir que la tortura ha sido erradicada”, reiterando esta misma conclusión en posteriores informes. Asimismo, en dicho informe relata que “las declaraciones ofrecidas por muchas si no por todas las personas entrevistadas no eran de naturaleza estereotipada. Las alegaciones eran detalladas y altamente coherentes, ofreciendo variaciones que dotaban de credibilidad en vista de las circunstancias vividas por cada una ellas. La delegación tuvo la impresión de que, si bien alguna de las alegaciones recibidas podía ser en algún extremo exageradas, en general ofrecían una gran veracidad”. Las autoridades españolas se aprestan a negar la existencia de la tortura. Más adelante explicaremos, tomando en cuenta la casuística, los métodos utilizados por cada policía, etc., la extensión y dimensión de esta práctica.

2.2.5. *Puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial: la competencia de la Audiencia Nacional.*

La CE, en su art. 24.4, reconoce entre otros el derecho de todos al juez ordinario predeterminado por la ley, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, y a la presunción de inocencia. Asimismo, el principio 5º del conjunto de Principios Básicos Relativos a la Independencia de

la Judicatura de Naciones Unidas²²⁴ indica que toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los Tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. De estos dos preceptos, en conexión con lo establecido en el art. 14.2 LECrim, se deduce que es el juez natural, aquel del lugar de comisión del delito, el competente para conocer de la causa. En materia de “terrorismo” o relación con banda armada, sin embargo, e independientemente de cuál haya sido el lugar donde se haya producido el delito, nos encontramos con que todos los detenidos por dichas causas son puestos a disposición de los Juzgados Centrales de Instrucción, de la Audiencia Nacional, quebrantándose en ese modo el mandato constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Baste decir en torno a su carácter “especial” e importancia que rompe los criterios ordinarios de reparto de competencias entre los órganos judiciales, convirtiéndose en un Tribunal especializado en delincuencia organizada: narcotráfico a gran escala, delitos económicos de gran relevancia y delitos de terrorismo y su alto grado de politización.

Su primera actuación de dudosa calidad, según organismos internacionales, es su supervisión de la detención y su actuación en la prórroga de la incomunicación. El CPT reclama la atención sobre este aspecto: “Según la información facilitada por las autoridades españolas parecería que las Fuerzas de Seguridad del Estado solicitan sistemáticamente la incomunicación de detenidos en relación con actividades terroristas, y que los jueces competentes sistemáticamente conceden esta petición.” (Inf II Par 62). La solicitud y concesión de incomunicación, deben ser motivadas pero el CPT encuentra que “las razones esgrimidas por el juez para ordenar la detención incomunicada tienden a ser breves y genéricas y que se concede para el máximo período de detención”. En la propia respuesta del gobierno niega rotundamente tal afirmación aportando los siguientes datos: “en 1994, de 119 personas detenidas por terrorismo, 105 fueron incomunicadas. En 1995, de 133 personas, lo fueron 129”. No, realmente no lo han sido todas. Sobran comentarios.

Amnistía Internacional (AI) corrobora esta afirmación en sus comentarios al cuarto informe del Gobierno español de abril de 1996: “Tras un estudio aleatorio de solicitudes de prórroga del período de detención,... el único motivo para justificar la detención en régimen de incomunicación que normalmente se aduce en esas solicitudes suele ser la referencia a los presuntos vínculos con ETA del individuo afectado sin más argumentación o pruebas adicionales. La prórroga del período de detención de las personas en régimen de incomunicación no se argumenta más allá del uso de frases como “...por considerarlo necesario para el total esclarecimiento de los hechos delictivos en que pudiera hallarse implicados los detenidos / incomunicados”. “Resulta difícil entender”, sigue diciendo el informe de AI, “cómo un juez puede concluir un juicio razonado sobre una decisión de tal trascendencia basándose en una información de estas características. Sin embargo, independientemente de lo dispuesto en la legislación, y hasta donde ha podido saber Amnistía Internacional, se da invariablemente el visto bueno a estas solicitudes utilizando formulismos legales como “habida cuenta que la prolongación de detención ha sido propuesta dentro del plazo legal y las razones y necesidad de tal medida para la más completa investigación de los hechos, se estima justificada,... Esto significa que la prórroga de la detención en régimen de incomunicación se concede, de hecho, de forma automática, y sugiere deficiencias en el control judicial.” Esta es literalmente la conclusión a la que llega AI.

²²⁴ Resoluciones 40/32 de 29-11-1985 y 40/46 de 3-12-1985.

En cuanto a la práctica de actuación de este tribunal, con la puesta a disposición del juez central de instrucción del detenido, le es entregado el atestado policial, integrado por las declaraciones del detenido en las dependencias policiales —recuérdese que dichas declaraciones suelen realizarse mientras el detenido permanece incomunicado— y los elementos probatorios de que las FCSE se hayan incautado. Además, previamente al inicio de las diligencias de declaración ante el juez, éste se entrevista con los policías que han llevado a cabo la investigación, comentando los extremos del atestado y recibiendo el juez las opiniones de los policías, sin que los abogados tengan acceso a estas conversaciones privadas. Sin embargo, el representante del Ministerio Fiscal sí que suele acceder a estas entrevistas.

En la totalidad de los casos, el juez Central de instrucción toma estas declaraciones realizadas en sede policial como base, tanto a la hora de realizar el interrogatorio a la persona detenida —a pesar de que ésta al principio de la diligencia argumente que todo lo declarado ante la policía es falso y obligado mediante torturas y malos tratos— como a la hora de acordar el auto de prisión provisional. Llegados a este punto debemos indicar que son innumerables los casos en que los detenidos denuncian ante el juez haber sido objeto de tortura y malos tratos en las dependencias policiales, persiguiendo las FCSE a través de dichos malos tratos o torturas una autoinculpación, inculpaciones de terceros o simplemente información.

Ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes podrá ser invocada como prueba contra la persona involucrada ni contra ninguna otra persona en ningún procedimiento. Si bien en muchos casos es difícil demostrar que se han sufrido torturas o malos tratos, debido al perfeccionamiento técnico que han alcanzado los interrogadores o a que en gran número de ocasiones las torturas son psicológicas, contando además con que el detenido ha estado incomunicado, hay casos evidentes de que el detenido ha sido torturado, presentando marcas externas que evidencian este extremo y aún así, el juez toma en consideración sus declaraciones policiales a la hora de, primero, tomar declaración al detenido y, después, dictar el auto de prisión del detenido, limitándose su papel a interrogar al detenido siempre partiendo de su declaración policial y de los elementos aportados por la policía.

Desde un punto de vista práctico, ante las manifestaciones de la persona detenida en el sentido de haber sido maltratada o torturada, los magistrados-jueces de los Juzgados centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional no se apartan del contenido de dichas declaraciones, sino que preguntan a las personas detenidas acerca de la veracidad del contenido de dichas declaraciones “independientemente de que las mismas sean forzadas o no”. Mediante esta forma de actuar de lo que se trata es de validar o subsanar las declaraciones policiales, pues la ratificación de su contenido ante la autoridad judicial les dará plena validez. De esta manera, y situándonos en el acto de vista oral del procedimiento por delito de terrorismo que se seguirá en el futuro, tendremos que:

- Las declaraciones autoinculpatorias realizadas en sede policial y ratificadas en sede judicial se convierten en la práctica en prueba suficiente como para dictar una sentencia condenatoria. La alegación de que para conseguirlas se hayan vulnerando los derechos de la persona detenida resulta en estos casos sin eficacia ninguna.
- Las declaraciones autoinculpatorias realizadas en sede policial y expresamente rectificadas en la declaración judicial adquieren sólo el valor de prueba indiciaria. Por sí mismas podrían ser insuficientes para llegar a una sentencia condenatoria, pero en unión a otro indicio darían lugar a una condena.

- La denuncia de malos tratos hecha por la persona detenida no trasciende del despacho del juez del Juzgado Central de Instrucción. Los magistrados-jueces de la Audiencia Nacional argumentan que no son ellos competentes para instruir las causas por delitos de torturas o malos tratos —lo que, por otra parte, es cierto— por lo que no incoan causa ninguna. Pero, tampoco remiten al juez que resulte verdaderamente competente copia testimoniada de la denuncia de malos tratos para que la misma sea investigada en este nuevo juzgado, lo cual si es obligación que les impone la ley.

Según el relato de los detenidos, en ocasiones ellos refieren no saber realmente si se encuentran ante el juez o si se trata de un montaje de los miembros de las FCSE que los custodian, máxime cuando no han podido tener ningún tipo de contacto con el exterior, ni con su familia ni con ningún abogado de su confianza.

A este dato se le suma el agravante de que los detenidos reciben constantemente amenazas de que tras la declaración van a volver a ser conducidos nuevamente a las dependencias policiales, con la amenaza de continuar con los “interrogatorios” en el caso de que la declaración no sea en el sentido que los interrogadores desean o en el caso de que se denuncien torturas. Se han producido algunos casos en los que, creyendo la persona detenida que se encontraba ante un juez, un abogado o un médico forense, ha denunciado ante esta persona la aplicación de torturas e inmediatamente ha sido salvajemente golpeada por su interlocutor (en realidad un miembro de las FCSE), lo que conlleva una falta de seguridad total a la hora de declarar ante la persona que se les presenta como juez.

Por otra parte, a los detenidos a los que nos referimos en el presente trabajo, como ya hemos dicho anteriormente la LECrim les impide tener ningún tipo de contacto antes de prestar declaración ante el juez, ni siquiera con un abogado designado por esa persona o por su familia. Esta circunstancia es de especial importancia, pues es esta primera declaración ante la autoridad judicial, por la virtualidad probatoria que la jurisprudencia le concede, la que va a condicionar su ingreso en prisión y todo el posterior desarrollo del proceso que contra esa persona se va a seguir. Estas declaraciones son en la mayoría de los casos las pruebas fundamentales que se van a utilizar en el proceso que se siga contra estas personas en la Audiencia Nacional. Son pruebas consideradas válidas en innumerables sentencias condenatorias, e incluso en casos en que la tortura era tan evidente que no se podía obviar.

Finalmente, es de destacar que mientras el Ministerio Fiscal conoce todo el desarrollo de las diligencias practicadas, tanto policiales como judiciales, la defensa del detenido desconoce absolutamente el contenido del procedimiento, incluida la declaración policial que aquél haya hecho, hasta el momento en que se hace público durante la toma de declaración. Asimismo, la defensa no puede intervenir hasta que el detenido haya acabado de prestar declaración, para realizar alguna pregunta aclaratoria.

A lo anterior debe añadirse que, desde aproximadamente 1997, se ha generalizado en la Audiencia Nacional la práctica de que la incomunicación alcance también a la declaración en sede judicial. Si hasta ese año lo habitual era que las personas detenidas sí pudieran designar abogado de su confianza para la declaración que se realiza en sede judicial, desde entonces y hasta el día de hoy lo más habitual es lo contrario, esto es, que el abogado que asiste a la declaración ante el juez sea también un abogado de oficio impuesto por el Juzgado, y que actúa en las mismas condiciones que el abogado de oficio que asiste a las declaraciones en sede policial y a las que nos hemos referido anteriormente.

Hay que mencionar la nula preocupación por parte de los jueces en verificar si en realidad las declaraciones policiales se han producido bajo torturas o no. En varias ocasiones —muy contadas—, y

ante la evidencia de que a consecuencia de la incomunicación y por su estado físico —hematomas, heridas abiertas, marcas en la piel-, o psíquico —alucinaciones, derrumbe moral...-, los detenidos no eran capaces de declarar, los jueces han optado por decretar la prisión provisional del detenido retrasando la toma de declaración hasta una vez el detenido se haya reestablecido. De todos modos, lo normal y sistemático es que los jueces hagan caso omiso del estado de las personas detenidas, a pesar de las evidencias, dando por buena la afirmación estereotipada de que “reúne condiciones físicas y psíquicas para prestar declaración”, introducida por los médicos forenses de la Audiencia Nacional en los informes que éstos transmiten a los jueces antes de que se inicien las declaraciones. Pero lo que no se ha producido es una investigación a fondo de lo que ha ocurrido en las dependencias policiales en el período de incomunicación, pese a que en la posterior declaración del detenido se haya evidenciado que su estado se debía a las torturas sufridas durante esos cinco días.

Para finalizar con este apartado referido a la actuación de los Jueces Centrales de Instrucción, es interesante recordar los comentarios del CPT al respecto: “Ante los casos conocidos en la visita ‘ad hoc’, el juez del J. Central núm. 5 reconoce la existencia de signos de violencia en algunos, siendo de la opinión de que era resultado de las circunstancias del arresto más que fruto del maltrato intencional.”²²⁵ Con respecto a los jueces, el CPT les recomienda que en los casos de incomunicación ejerzan la posibilidad que les asiste de acudir o requerir información directa de los detenidos (art. 520.bis.3 LECrim). El CPT considera que las visitas regulares y sin ser anunciadas por el juez competente o el fiscal a lugares en los que existan personas detenidas, podría contribuir significativamente a la prevención de malos tratos. De todos modos, y con la información obtenida en la segunda visita periódica, parecería claro que estas visitas “raramente se producen.” (Inf II, Par. 72 y 73). Esta constatación es confirmada por AI en sus Comentarios al cuarto informe periódico del Estado español ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR/C/79/Add.1) p. 13 Párr. 2.

Esa es, ciertamente, la realidad. La ley faculta a los Jueces para que acudan directamente a las dependencias policiales y comprueben el estado de las personas detenidas, mediante la comparecencia de la comisión judicial —juez, secretario del Juzgado, médico forense—, pero su única intervención se limita a mandar a las mismas a los médicos forenses del Juzgado. Estos acuden, por regla general, una vez al día a las dependencias policiales, examinan a las personas detenidas, elaboran un informe y lo ponen a disposición del Juzgado. Pero las visitas se realizan en momentos en que la policía conoce que el médico forense va a aparecer, no se llevan a cabo en dependencias judiciales sino en las mismas dependencias policiales, la habitación donde se produce el reconocimiento no reúne condiciones de confidencialidad, los médicos forenses no disponen de los medios materiales necesarios para su función y en la elaboración de los informes no se sigue el protocolo legalmente establecido —y que entró en vigor, tras sugerencias en este sentido al Estado español por parte de organismos internacionales, en 1998—.

²²⁵ Inf. III, par 31.

3. La aplicación de la ley antiterrorista y la cuestión vasca

3.1. Cifras, estadísticas, tendencias...

Es difícil ofrecer datos precisos sobre el número de personas que han sido detenidas, incomunicadas y torturadas en Euskal Herria, más aún si no fijamos un plazo temporal. Así pues, intentemos extraer panorámicamente ciertos datos desde la puesta en vigor de la CE en 1978 hasta el día de hoy. Estos no serán del todo fiables, sobre todo por la falta absoluta de fuentes oficiales disponibles al respecto. Así, debemos recurrir a fuentes de prensa e los informes elaborados por diferentes organismos populares. Los datos que manejamos son, en todo caso, menores que los reales ya que es frecuente que determinadas detenciones de este tipo hayan pasado prácticamente inadvertidas, casi siempre por deseo de la persona detenida, bien por considerar que la cuestión carecía de importancia, bien por evitar los riesgos de hacerlo público, bien por reacción a la tragedia vivida y pretender así enterrar el asunto lo antes posible.

En todo caso, disponemos de datos orientativos —pero altamente fiables— en lo referente a los años 1978-1988, y de datos mucho más concretos —y prácticamente exactos— en los últimos quince años. Los datos de los últimos cinco años los consideramos exhaustivos, por la labor realizada por Torturaren Aurkako Taldea— Grupo Contra la Tortura TAT que ha canalizado los testimonios en forma de denuncia ante los tribunales de justicia. De esta manera, puede estimarse que el número de personas detenidas hasta 1988 —inclusive— ha sido de aproximadamente 6.400 personas, todas ellas en relación al conflicto político que se vive en Euskal Herria y bajo el régimen de incomunicación. Las detenciones del mismo tipo y por los mismos motivos entre 1989 —inclusive— y el día de hoy vienen a sumar un total de aproximadamente 3.700 personas. En total, pues, unas 10.000 personas han sido detenidas e incomunicadas.

¿Cuántas de estas personas han sido torturadas? Es difícil dar una respuesta concreta. A la falta de información documentada a la que nos referíamos antes deben añadirse otros factores que dificultan el cálculo. Por ejemplo, sí podríamos afirmar que más del 95% de las personas detenidas en este régimen de incomunicación han sido objeto de un tratamiento irregular, con una aunque no fuera más que mínima vulneración de los derechos recogidos en las leyes. Y diríamos que más del 90% han sido objeto de un trato agresivo, con la aplicación de —cuando menos— maltrato de palabra y —frecuentemente— de obra.

La aplicación de torturas no se ha producido con la misma intensidad en unas épocas y otras, siendo que en el período 1978-1988 prácticamente puede decirse que el 100% de las personas detenidas eran sometidas a malos tratos o torturas, de mayor o menor entidad, resultando que este índice ha venido bajando en los últimos años. Por lo demás, no puede medirse la extensión en la aplicación de la tortura en función del número de denuncias judiciales presentadas. Y es que es algo absolutamente conocido que no toda persona que ha sido maltratada tiene la voluntad y fuerza suficiente como para interponer una denuncia en este sentido, sumándose ello a que el número de denuncias ha ido aumentando en la medida en que la comunidad de personas torturadas ha dispuesto de la ayuda técnica y el apoyo humano de organismos de defensa de los derechos humanos y de denuncia de la tortura. En todo caso, en nuestros archivos constan de manera documentada la presentación de un total de 442 testimonios y de 296 denuncias judiciales interpuestas entre los años 2001 a 2007, evidenciándose un descenso en la evolución en los últimos años debido a circunstancias derivadas de la situación política.

Año	Testimonios	Denuncias interpuestas
2001	76	55
2002	99	52
2003	127	93
2004	78	54
2005	57	37
2006	3	3

Se han barajado diferentes cifras. Hay quien habla de 5.500 denuncias, mientras que nosotros somos partidarios de elevar dicha cantidad —en atención a las consideraciones que hemos expuesto— hasta las 7.000 personas. De lo que no cabe duda es al aplicar las presunciones con las que trabajan los organismos internacionales de que la privación de una persona detenida del contacto con el mundo exterior por un período superior a los dos días se puede considerar un trato cruel y degradante, su aplicación a los supuestos de hecho que nos ha tocado conocer nos llevaría a la conclusión de que más de 10.000 ciudadanos vascos han sufrido este tratamiento en los últimos 28 años.

3.2. Efectos de la detención incomunicada: la tortura

Analizamos bajo este epígrafe todo lo que sucede a la persona detenida por razones políticas en el Euzkai Herria desde que se produce el primer contacto con las FCSE bajo aplicación de la legislación antiterrorista y que acabará con su puesta a disposición judicial, su declaración en sede policial y judicial, su ingreso en prisión o incluso su puesta en libertad. Adelantamos desde ya que en muchas ocasiones la puesta en libertad se efectúa por las propias FCSE sin tan siquiera trasladar a las personas detenidas a la sede judicial para que presten declaración y a pesar de que los jueces hayan autorizado la aplicación de la legislación antiterrorista para esas personas.

Este primer contacto se sustenta en una genérica sospecha por parte de las FCSE de cierto grado de relación con la organización ETA. Para ello basta con que milite en organizaciones independentistas o en movimientos sociales que disienten de la política del Estado, sea amigo de un preso vasco, haya cruzado la frontera al País vasco Norte para visitar a exiliados, la participación en manifestaciones u otro tipo de acto público, o incluso el vestir de determinada manera convierte a los jóvenes en sospechosos según el Plan ZEN-Zona Especial Norte, diseñado en 1983 como plan gubernamental de contrainsurgencia. En estas circunstancias es que las detenciones se produzcan en sus domicilios y sin ningún tipo de orden o autorización judicial expresa previa. Basta con que la policía argumente al juez que tiene sospechas —sin concretar en qué se apoyen las mismas, sin ofrecer los datos en que se asientan— respecto de una persona para que este juez conceda una autorización para proceder a la entrada y registro en el domicilio de esa persona. En el momento de procederse a entrar en el domicilio es la policía quien directamente detiene a la persona y la incomunica, notificándoselo con posterioridad al juez, quien se limita a ratificar la situación de incomunicación, tras informe del Ministerio Fiscal. Asimismo, son también habituales las redadas, procediendo las FCSE a detener a un gran número de personas al mismo tiempo, en el marco de un mismo operativo, de las cuales normalmente algunas de ellas son puestas en libertad sin ningún tipo de cargos, incluso en bastantes ocasiones sin ni tan siquiera prestar declaración ante el juez. Sirva como ejemplo la redada efectuada por la Guardia Civil en enero de 1992. Entre el 29 de enero y el 2 de abril de 1992, fueron detenidas en la provincia vasca de

Bizkaia 43 personas acusadas todas ellas de formar parte de la red de colaboradores de ETA en esta provincia. De todas estas personas, 10 ingresaron en prisión tras prestar declaración ante el juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional. El resto quedaron en libertad, algunos tras declarar ante el juez y otros muchos sin haber sido siquiera presentados al juez. 39 de ellos denunciaron haber sido objeto de torturas y las denunciaron pública y judicialmente. De las 43 personas, 19 permanecieron incomunicadas durante 5 días, 11 personas durante 4 días, 6 personas durante 3 días, 1 persona durante 2 días y una de ellas hubo de ser hospitalizada a las escasas 5 horas de haberse producido la detención debido a las torturas que sufrió en esas primeras horas. Las detenciones se producen “en masa” y en la mayoría de los casos el operativo policial se produce con el fin de “investigar”, investigación que se lleva a cabo mediante los interrogatorios a los detenidos, constituyendo éste el momento en el que se obtienen las pruebas que posteriormente se utilizarán en su contra en la Audiencia Nacional y que no son otras que las declaraciones que las personas realicen en dependencias policiales y judiciales. Normalmente este tipo de detenciones desatan una ola de nuevas detenciones en cadena. Debe subrayarse que operaciones de este tipo han adquirido carta de naturaleza en los últimos tiempos, como por ejemplo las razzias policiales de la tercera semana de febrero y primera de abril de 2003 con cerca de 80 detenidos, septiembre de 2003 con aproximadamente 60 detenidos, calificándose por el anterior Ministro de Interior, Ángel Acebes, como “detenciones preventivas” —esto es, dirigidas no a constatar la existencia de un delito ya conocido o reunir pruebas en torno al mismo sino simplemente a investigar si el delito realmente existe o no-.

Lo más destacable de todo este apartado, por lo tanto, es el incumplimiento del espíritu de la legalidad por parte de las FCSE, ya que no existe una investigación previa, se trata de detenciones prospectivas, pues lo normal es que, como ya hemos comentado, se detenga para investigar, por medio de los métodos que más adelante comentaremos.

3.3. Métodos utilizados por cuerpo policial

Sobre los métodos de tortura que habitualmente utilizan las FCSE en el Estado español, es ilustrativo lo reproducido en el informe del CPT sobre esta tercera visita: “las personas entrevistadas describían golpes con la mano abierta en la cabeza, testículos, espalda, abdomen y brazos, o puñetazos principalmente en el estómago”.²²⁶ “Los miembros del CPT pudieron comprobar la existencia de hematomas y equimosis compatibles con sus alegatos”.²²⁷ “Electrodos. Ciertas personas pudieron ver los aparatos con los que se les aplicaban, y su descripción es coincidente con algunos aparatos para ese fin asequibles en el mercado en muchos países”.²²⁸ “Se apreció en una persona una marca en la sien totalmente compatible con su alegación de haber recibido corrientes eléctricas en esa parte del cuerpo”.²²⁹ En este informe, el CPT advierte que en muchos de los tipos de tortura alegados es muy difícil obtener evidencias médicas, sobre todo si se realizan de modo experto. Sin embargo, pudieron entrevistar a una persona que ingresó en el hospital de Gipuzkoa tras ir para un examen completo con el fin de dejar cons-

²²⁶ Párrafo 13 del informe del CPT sobre la visita de junio de 1994.

²²⁷ Párrafo 31 del informe del CPT sobre la visita de junio de 1994.

²²⁸ Párrafo 15, pie de página del informe del CPT sobre la visita de junio de 1994.

²²⁹ Párrafo 31 Párrafo 31 del informe del CPT sobre la visita de junio de 1994.

tancia de las marcas que presentaba.²³⁰ El CPT recoge el resultado de las pruebas médicas: “Los hematomas que presentaba en el hospital eran claramente más extensos que los registrados por el médico forense, aunque esto podría ser explicado por su hemofilia. El análisis de sangre revela un alto grado de CPK (de 24.988 IU/l, siendo el nivel normal entre 20 y 160) que sólo puede ser debido a una contusión muscular por maltrato, o bien un ejercicio muscular de severidad excepcional. Siendo la primera la explicación más lógica, opinión compartida por el servicio de medicina interna del hospital de Gipuzkoa, se acudió a las Autoridades competentes.”²³¹

Aunque no se describa en el informe del CPT, de los testimonios de las víctimas de tortura se desprende también la práctica habitual de sesiones de asfixia, bien por inmersión en el agua, bien mediante el cubrimiento de la cabeza con bolsas de plástico, siendo este segundo método el más habitual. Se obliga también a las personas detenidas a mantenerse en pie durante muchas horas, a realizar ejercicios físicos y se les impide dormir. No se olvida la tortura psicológica, consistente en insultos, amenazas, vejaciones sexuales, humillación...

Así pues, las torturas en estas condiciones son ejercidas por las diversas FCSE que operan en el País Vasco, si bien hay una importante diferencia en los métodos utilizados por unos y los otros. La Policía Autónoma Vasca —Ertzaintza— fue asesorada por servicios secretos israelíes en la aplicación de métodos de “tortura científica” más refinada, profesional como es la tortura psicológica, como las amenazas, las humillaciones los gritos e insultos, impedimento de dormir o descansar, impedimento de visión..., en algunos casos combinada con métodos de tortura físicos, por ejemplo, empujones, autoadministración de tortura física, obligación de ejercicios físicos extenuantes o posiciones incómodas, golpes intimidatorios con la mano abierta... Se prevalece además del impacto que genera en las personas detenidas ser torturados por paisanos, personas de su mismo pueblo y que emplean su misma lengua.

Hay una diferencia cuantitativa y cualitativa entre los métodos utilizados por la Policía Nacional, de los que destacarían las amenazas (contra los propios detenidos y contra sus allegados), impedimento de dormir, hacer escuchar torturas a otras personas, conversaciones extenuantes sobre torturas, desnudez, impedimento de visión,... pero principalmente caracterizado por la utilización de fuertes golpes, (puñetazos, con libros o guías telefónicas en la cabeza, genitales, estómago...) tirones de pelo, asfixia mediante bolsas de plástico...

La Guardia Civil, sin embargo es el cuerpo más caracterizado por su brutalidad. En los últimos años sólo se ha constatado un caso de una mujer con la que sólo se utilizaron métodos psicológicos, sin ninguna agresión física. Los métodos oscilarían entre las amenazas, tocamientos sexuales, insultos y humillaciones, impedimento sistemático y continuo de visión... hasta los constantes golpes, “la bolsa”, electrodos, congelaciones por medio de agua helada, violaciones sexuales —introducción de objetos en el ano, la vagina...-, simulacros de ejecución con armas de fuego y en los últimos tiempos incluso la asfixia por agua —la “bañera”-. Se han ideando nuevos métodos para que aparezcan en informes como éste —“el condón humano”, una bolsa de basura que cubre todo el cuerpo del detenido provocando asfixia, “el sándwich humano” envolviendo el cuerpo entre colchones y golpeando y saltando sobre la víctima, “la momia”, el mismo sistema pero envolviendo el cuerpo con mantas atado

²³⁰ Se trata de María Encarnación Martínez, liberada tras 3 días de incomunicación en dependencias de la Guardia Civil. Evidentemente su nombre no queda reflejado en el informe del CPT dado su carácter de confidencialidad.

²³¹ Párrafos 22 a 25 Párrafo 31 del informe del CPT sobre la visita de junio de 1994.

con cuerdas, “la silla eléctrica”, atado a una silla con cintas sufren golpes, descargas eléctricas, “la bolsa” —.

3.4. Tortura y política penitenciaria a presos vascos.

3.4.1. *Malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en las prisiones.*

En este punto concreto queremos referirnos al colectivo de ciudadanos y ciudadanas vascas que han sido ingresados en prisión —en situación de presos preventivos o en cumplimiento de condena— y que, debido a motivaciones políticas que no vamos a analizar ahora, sufren un tratamiento diferenciado y especializado contrario a la filosofía de LO 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria²³² y al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas.²³³ Consideramos que se produce un tratamiento discriminatorio y que atenta directamente contra el derecho de igualdad de todas las personas presas, que influye de manera negativa en el disfrute de los derechos de este colectivo y además es atentatorio contra la dignidad inherente de las personas privadas de libertad.

Hay dos grupos de actuaciones lesivas de los derechos de los presos enfrentadas a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en las que queremos centrar nuestra atención. Por un lado, las actuaciones que pueden subsumirse a la definición de tortura, cuales son las agresiones y las palizas dentro de los centros penitenciarios. Por otro lado, otras situaciones que se comprenden en la consideración de trato inhumano, cruel o degradante, como serían la aplicación de la dispersión o el alejamiento premeditado de sus lugares de origen, el aislamiento sistemático y prolongado y la denegación de asistencia médica.

3.4.2. *La dispersión.*

La “política de dispersión de presos vascos” es el marco o la base sobre la que se asienta y desarrolla el tratamiento especializado a los presos vascos y el que genera, posibilita o facilita el resto de las violaciones de los derechos de las personas encarceladas y que analizaremos posteriormente (desasistencia sanitaria, agresiones físicas, tratamientos discriminatorios según las prisiones,...).

Esta medida, justificada en razones de seguridad por parte de las autoridades españolas en un principio y apoyada en la imposibilidad de alcanzar la resocialización de los presos más recientemente, consiste en la distribución deliberada de los presos vascos en cárceles de todo el Estado español, la mayoría de ellas situadas a cientos de kilómetros de distancia de sus lugares de origen —Euskal Herria—. El efecto que realmente se consigue es que se dificulta al propio preso el acceso a derechos básicos.

²³² LO 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria. Art. 3: “La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otra circunstancias de análoga naturaleza”.

²³³ Principio 5.1 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas: “Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

En teoría la circunstancia de que la cárcel se encuentre a cientos de kilómetros del lugar de origen no acarrea una disminución nominal de derechos, ni su limitación. Pero, en la práctica, ese alejamiento genera circunstancias materiales que, de facto, dificultan el ejercicio de los derechos. Las familias se encuentran a cientos de kilómetros, por lo que el derecho a comunicaciones con el exterior se entorpece. Los despachos de sus abogados se encuentran a cientos de kilómetros, por lo que la posibilidad de ser asistidos jurídicamente disminuye. Sus médicos de confianza se encuentran a cientos de kilómetros, por lo que —además de las prohibiciones de entrada a la cárcel— la asistencia sanitaria extra-penitenciaria queda reducida a la nada. Y, lo que es igualmente importante, el entorno de relaciones de la persona presa está constituido una comunidad penitenciaria —tanto presos sociales como funcionarios de la administración penitenciaria— ajena e incluso agresiva, políticamente enfrentada al marco social y cultural del que el preso procede.

Considerada como una medida extraordinaria de castigo contra el preso, la dispersión o el alejamiento de los presos vascos de sus lugares de origen provoca el desarraigo social y favorece el aislamiento del entorno social y familiar del preso. Esta medida se enfrenta además a la legislación española,²³⁴ así como al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas,²³⁵ que en definitiva recogen el derecho del preso a ser encarcelado en el espacio geográfico más cercano a su lugar de origen o de su círculo de familiares o amigos. En tanto en cuanto esta medida se aplica por una decisión política, no por motivos de seguridad ni de incapacidad material para alojar a estos presos en los centros penitenciarios cercanos a su espacio geográfico, se puede considerar un castigo ajeno a la propia pena que les es impuesta que imposibilita o dificulta el disfrute de derechos inherentes al preso, como el contacto y comunicación con sus familias, hablar su propia lengua, derecho a la defensa letrada, al acceso a la educación, al tratamiento sanitario en condiciones... El propio Relator contra la Tortura de Naciones Unidas Theo van Boven hacía expresaba que “al determinar el lugar de reclusión de los presos del País Vasco se debería prestar la consideración debida al mantenimiento de las relaciones sociales entre los presos y sus familias”.²³⁶

Esta política por lo tanto genera además un castigo añadido para los familiares de los presos, por la dificultad que supone para éstos a la hora de realizar las visitas y por la peligrosidad que esto implica en los desplazamientos a lejanos centros penitenciarios. Para inicios de 2007, 16 familiares han muerto en los largos desplazamientos a cárceles. Para la misma fecha, existían 441 presos y presas vascas que se encuentran dispersados en 51 cárceles del Estado español. Sólo 11 se encontraban en los cuatro cárceles vascas.

²³⁴ LO 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria. Art. 12.1: “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 aquellos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”.

²³⁵ Principio 20 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: “Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”.

²³⁶ Recomendación 8ª del informe del Relator para la Tortura de Naciones Unidas tras su visita del 6 al 10 de octubre de 2003 al Estado español E/CN.4/2004/56/Add.2 de 6 de febrero de 2004.

3.4.3. El aislamiento

Utilizamos la expresión “aislamiento” para referirnos a situaciones diferentes entre sí, provocadas por medidas o decisiones diferentes, que no siempre acarrearán las mismas circunstancias o consecuencias pero que en todos los casos implican una restricción de los derechos del preso y, sobre todo, del derecho a contacto con el resto de personas —tanto otros internos en el interior de la prisión como personas en el exterior, familiares y amigos—.

Dos de las situaciones que pueden producirse en el interior de una cárcel y que tratamos bajo la denominación de “aislamiento” se refieren a circunstancias que, en principio, se producen sin aparente lesión de los derechos de la persona presa. La primera es la situación determinada por la existencia en un centro penitenciario o en un módulo —departamento— de ese centro de un preso vasco sin ningún otro preso de su mismo colectivo o de su mismo entorno cultural. Podríamos denominarlo “aislamiento social” o “socio-cultural”, y acarrea las consecuencias propias de una situación de desarraigo, al aislar a una persona radicalmente en un entorno cultural y social diferente al suyo propio.

La segunda de las situaciones derivaría del hecho de que un preso político vasco se encuentre en un departamento de la prisión absolutamente solo, esto es, sin ninguna otra persona con la que hablar o compartir actividades. Se trata de una situación que raramente se produce al día de hoy, pero que ha sido relativamente frecuente en el pasado. De hecho es una circunstancia absolutamente ilegal, pues la misma LOGP establece que incluso las personas calificadas como peligrosas —y, por ello, clasificadas en “primer grado”— deben salir al patio y horas de ocio con, al menos, otra persona.

Otra circunstancia que englobamos en este apartado es la referente a aquellas personas presas que han pasado largos períodos de su estancia en prisión en lo que se denominan “módulos cerrados” o “de primer grado”. Se trata de departamentos de la cárcel pensados para personas calificadas de esta manera —peligrosidad, inadaptación— en los que, por una parte, las medidas de control y seguridad sobre los presos son mayores que en el resto de la cárcel y, por otra, las actividades comunes son menores —por disponer los presos de menos tiempo de patio —4 ó 6 horas al día— y porque las normativas internas así lo establecen—. Se trata de un régimen de vida, éste “cerrado”, previsto legalmente pero que, en lo que hace a los presos políticos vascos, resulta denunciable ya que:

- Su aplicación se produce de manera arbitraria o, en todo caso, apoyada en razones políticas. No se aprecian en dichos presos las razones de inadaptabilidad que refiere la ley, no se trata de personas que amenacen gravemente la seguridad del centro. La falta de acomodamiento a las normas, por el contrario, se encuentran siempre en la oposición ideológica propia de este perfil. La muestra más evidente de ello es que mientras en el conjunto de la población reclusa los presos que se encuentran en este régimen vienen a ser un 2%, en este colectivo de presos políticos el porcentaje recluido en estas condiciones alcanza a casi el 50%.
- En segundo lugar, es poderosamente llamativo el dato de que la permanencia en este tipo de clasificación se prolonga, en el caso de muchos de estos presos, por largos años: 10, 12, 15 ó 20 años de vida en régimen cerrado. Las consecuencias de mantener durante tan largos períodos de vida a una persona en un régimen cerrado de estas características son fácilmente imaginables.

Finalmente, encuadramos también en el apartado de aislamiento la más agresiva de este tipo de situaciones, consistente en el hecho de que muchos —en estos momentos algo más de 130— de los

presos políticos vascos que se encuentran sometidos a regímenes de vida limitados se encuentran físicamente ubicados en módulos o galerías “de aislamiento”. Frente a los módulos de régimen cerrado o de primer grado, las galerías o módulos de aislamiento se caracterizan por una arquitectura mucho más agresiva y por una tensión muchísimo mayor. Se trata de galerías pensadas exclusivamente para aquellos presos que sean considerados absolutamente peligrosos —por haber dirigido motines o revueltas, por haber protagonizado incidentes internos con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas— o para el cumplimiento de las sanciones de aislamiento —estas sanciones son castigos concretos, por hechos concretos, que no superan el tope de 14 días—.

La presencia en estas galerías de los presos que deberían estar en módulos cerrados es simplemente ilegal, y se debe al hecho de que en dicha cárcel no se disponga de tales módulos de régimen cerrado y la autoridad penitenciaria se niegue a trasladar al interno a otra cárcel que verdaderamente le corresponda o, simplemente, al hecho de que el centro penitenciario se niegue a ubicar al preso en el módulo de régimen cerrado, que es donde debe estar..., simplemente para que no se encuentre con otros compañeros. La consecuencia es que estos presos se encuentran en unos departamentos absolutamente minúsculos, de donde no salen en ninguna ocasión salvo para comunicar con sus familiares, con patios pequeños y enrejados, sin actividades comunes de ningún tipo —esto es, de la celda al patio y del patio a la celda—, con unas celdas menos dotadas que las demás y en el clima de tensión y agresividad física propio de cualquier “módulo de castigo” —medidas de control intensivas y supremacía permanente del principio de autoridad—.

3.4.4. Las agresiones físicas

Un hecho verdaderamente alarmante lo constituyen las agresiones físicas directas que sufren miembros de este colectivo a manos de quienes están encargados de su custodia. Como es evidente, las legislaciones estatal²³⁷ e internacional se enfrentan a la existencia de este fenómeno, por constituir simple y llanamente una lesión al derecho a la integridad física y un desconocimiento de la proscripción de los castigos físicos. En torno a esta materia y según fuentes de los propios prisioneros vascos recogidas por los abogados que les defienden y tramitan las correspondientes denuncias ante estos hechos, constatamos la existencia de estas agresiones por parte de funcionarios del Estado encargados de su custodia en las propias cárceles y en algunos casos por parte de otros presos, particularmente beligerantes contra este colectivo e impulsados por los funcionarios.

En principio, habría que considerar en este apartado las agresiones psicológicas a las que se somete al preso, como son las vejaciones o humillaciones, e incluso las coacciones y amenazas. Pero es que, además, se producen agresiones físicas directas por parte de los responsables de la custodia de los presos o de otros presos con su anuencia. Esta es una medida extraordinaria de castigo que ha derivado en contusiones, heridas, pérdidas del conocimiento,... de la víctima, además del trastorno psicológico que genera en el preso. En los últimos años se han podido contabilizar más de 100 casos, en los que, en la mayoría de ellos, confluyen el aislamiento y la lejanía de sus lugares de procedencia como circunstancias que facilitan o permiten estas agresiones.

²³⁷ Por ejemplo y como referencia, el art. 6 LOGP: “Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra”.

3.4.5. *Inasistencia sanitaria y denegación del acceso a la libertad por enfermedades incurables*

El bienestar, la salud, la calidad de vida, la plenitud del desarrollo de las personas y de los grupos se ven restringida en una situación especial como es la del encarcelamiento. Sobre ello ya se ha ocupado en el presente Informe el Capítulo 8.

Pero en relación al colectivo de personas específicamente examinado en el presente capítulo, podemos constatar cómo en los últimos años se ha producido un aumento de casos de las enfermedades sufridas, debido a una deficiente asistencia sanitaria y a la falta de un oportuno y eficaz diagnóstico de los síntomas. Esto, unido a la falta de voluntad por parte de las autoridades penitenciarias y a la denegación de la libertad provisional en aplicación del art. 92 —posibilidad de adelantar la excarcelación por padecerse una enfermedad grave e incurable, en condiciones de libertad condicional—, ha producido que hoy en día se den casos de presos y presas que se encuentran sufriendo un castigo extra en condiciones de dolor extremas debido a enfermedades incurables y terminales.

Sin embargo, hay otro apartado a tener en cuenta dentro del derecho a la salud, cual es la denegación del acceso a la libertad provisional por enfermedades incurables. El art. 92 CP referido a las condiciones para acceder a la libertad condicional establece lo siguiente: “El mismo criterio [obtener la concesión de la libertad condicional] se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables”.

En el caso de los presos vascos, a pesar de que varios de ellos reúnen los criterios clínico-médicos para que sean puestos en libertad atendiendo a este artículo, el sistema penitenciario pone innumerables trabas para su aplicación. La cara más amarga de esta cruel realidad, la constituye la muerte de 16 presos vascos en estas circunstancias.

3.5. La represión de la tortura: inoperancia de los tribunales de justicia

En este epígrafe nos referiremos a un punto repetido por todos los organismos internacionales de supervisión de los compromisos del Estado español en materia de represión a la tortura: la falta de impulso de los tribunales de justicia para reprimir el delito de tortura. En esta cuestión coincidirán en sus informes el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, el Relator especial... en conexión con la percepción social y pública manifiesta.

3.5.1. *La negativa de los jueces de la Audiencia Nacional ha investigar los hechos o deducir testimonio*

En este punto, tal y como se anticipó ya, cabe mencionar la actitud de la Audiencia Nacional con respecto a la represión de los delitos de torturas de que estaban teniendo conociendo sus jueces instructores al interrogar a los ciudadanos vascos que las habían sufrido momentos antes. Amparándose en que sus juzgados centrales de instrucción no son competentes para el conocimiento de este tipo de delitos, los jueces de este órgano judicial se han mostrado contrarios a la apertura de diligencias por torturas o a la deducción de testimonios a los tribunales que consideren competentes para investigar y conocer dicho delito. Es de subrayar que en los primeros años 80 esta práctica de deducción de tes-

timonios, acompañada de informes médico-forenses *ad hoc*, era mejor atendida por dichos juzgados, a buen seguro obligados a ello debido al estado calamitoso que presentaban muchas de las personas detenidas. Posteriormente, a partir de mediados de los años 90 han desarrollado la costumbre de mantener la incomunicación de la persona detenida incluso para la diligencia de declaración judicial —la idea de que la persona detenida, ya en la Audiencia Nacional, no iba a poder designar a letrados de su confianza era inimaginable hace tan sólo siete u ocho años—, lo cual impide que el abogado de confianza, más experimentado, haga petición de que se deduzca testimonio por torturas y se inicie, así, el proceso por torturas.

3.5.2. La deficiencia de la actuación de los médicos forenses

Sobre la actuación de los médicos forenses de la Audiencia Nacional es interesante aportar los comentarios que el CPT realiza en su tercer informe sobre la visita *ad hoc* de junio de 1994 al Estado español: “el medico forense observó marcas de origen reciente en cierto numero de casos, pero era de la opinión de que pudieran bien podido ser por causas ajenas al maltrato”²³⁸ de lo cual concluye que “en el contexto del presente informe, han de hacerse ciertas observaciones con respecto al papel jugado por los médicos forenses”.²³⁹ Además de esa sospechosa tendencia de los facultativos designados por el Ministerio de Justicia de desviar la atención sobre el origen de las marcas que encuentran en los cuerpos de sus pacientes bajo custodia policial los miembros del CPT aprecian “carencias” derivadas de la negligencia en su actuación: “Subsecuentes exámenes médicos en la prisión Madrid I en el caso de dos de las personas detenidas entre el 2 y 7 de junio de 1994 revelaron heridas que no habían sido observadas por los médicos forenses, en otro caso huellas más extensas que las registradas por la forense, y en un cuarto caso las discrepancias entre la extensión de las heridas, pudo haber sido en parte por los pobres medios a disposición del forense”.²⁴⁰

Por lo tanto el CPT recomienda que los informes forenses sigan un protocolo de actuación para asegurar que se recojan elementos “las huellas objetivas médicas basadas en un examen exhaustivo”.²⁴¹ En marzo de 2002 se hizo público un informe²⁴² redactado por autoridades internacionales del ámbito forense y auspiciado por la organización danesa Centro Internacional para la Rehabilitación de Víctimas de la Tortura (IRCT), en el que se hacía un estudio de los informes de los médicos forenses para estimar que “la mayoría de los documentos han aparecido con significantes faltas de información en lo que respecta a la descripción de los maltratos y a la descripción de los exámenes clínicos”. Tras constatar que no se seguía un protocolo de actuación, un formulario establecido, constataban que “los médicos deben ser independientes de aquellas instituciones que han de controlar”.

²³⁸ CPT, informe referente a la visita de junio de 1994 (Inf. III, par 19.)

²³⁹ CPT, informe referente a la visita de junio de 1994 (Inf. III par 36).

²⁴⁰ CPT, informe referente a la visita de junio de 1994 (Inf III par 38)

²⁴¹ CPT, informe referente a la visita de junio de 1994 (Inf III par 39)

²⁴² Assessment of the Quality of Medical Documents Issued in Central Police Stations in Madrid, Spain: The doctor's role in the prevention of ill-treatment. Authorized Report from Journal of Forensic Sciences, March 2002 Valoración sobre la Calidad de los Documentos Médicos emitidos en la Comisaría Central de la Policía en Madrid, España: el papel del medico en la prevención de los malos tratos. Informe autorizado de la Revista de ciencias forenses.

Por otra parte, AI recoge en sus Comentarios al Cuarto Informe Periódico del Gobierno español²⁴³ lo siguiente: en abril de 1995 fueron condenados dos agentes del Cuerpo Nacional de Policía por no haber evitado el uso de la tortura —ya que no había sido posible identificar a quienes de hecho habían perpetrado estos actos, y se condenó a quienes registraron la declaración— concretamente de descargas eléctricas en Iker Eguskizaga, que había sido arrestado en noviembre de 1983. En la sentencia condenatoria el tribunal detalló las demoras indebidas e injustificadas de las autoridades en la investigación de los hechos, lo que el tribunal condenó pero estimó luego que esas demoras constituían circunstancias atenuantes para los dos acusados. Se describió en la sentencia el informe del médico forense adscrito al caso como “un ejemplo patente de lo que no debe ser un dictamen médico”.

Cuanto se está señalando toca otro vértice decisivo en la cuestión de la tortura, los malos tratos y otras formas de violencia institucional. Nos referimos no sólo a la existencia de los mismos, sino especialmente a la impunidad y consiguiente invisibilidad en que aquellas prácticas quedan. Pero este tema, debido a la trascendencia del mismo, se ha optado por trasladarlo a la Parte IV del presente Informe, en especial a su Capítulo 16 referido a las *Conclusiones sobre la impunidad de la tortura*. Allí nos remitimos entonces en este punto.

3.6. Reparación y rehabilitación a los torturados

La utilización de la tortura física “se inscribe” en el cuerpo: queda a la vista, deja marcas, señala partes del cuerpo inflamadas, roturas o lesiones... Pero la tortura psicológica “se inscribe” de otro modo y no deja la prueba exterior. Un problema que se afronta en Euskal Herria es la percepción de que si no hay torturas de la primera categoría, sin no ha habido golpes, la bolsa, electrodos... no se ha producido la tortura, tal es el grado de arraigo que este trato tiene en un sector de la sociedad, siendo entonces que las víctimas no se sienten en la necesidad de denunciarlas por un agravio comparativo. Pero conlleva además la dificultad de auto negar la consideración de víctimas de este tratamiento inhumano, produciéndose la reacción de no prestar atención al daño psicológico. Esas secuelas si bien pueden reducirse paulatinamente hasta desaparecer, en algunos casos puede convertirse en crónico. Es entonces cuando hablamos del estrés post-traumático, que presenta diferentes síntomas, como volver a experimentar el trauma, evitar recordar el hecho, la hiperactivación... es por eso necesario que además de la cura de las secuelas físicas, que generalmente desaparecen con la aplicación del tiempo y un tratamiento adecuado las víctimas de la tortura precisan de una rehabilitación psicológica con un diagnóstico y el pertinente tratamiento posterior. Eso incluye el apoyo moral, el reconocimiento. El propio Relator contra la Tortura de Naciones Unidas²⁴⁴ se refiere a la necesidad de que se “deberían aplicar con prontitud y eficacia las disposiciones legales destinadas a asegurar a las víctimas de la tortura o de los malos tratos el remedio y la reparación adecuados, incluida la rehabilitación, la indemnización, la satisfacción y las garantías de no repetición.

En ese sentido va la declaración del Parlamento vasco del 1 de diciembre de 2006 en la que se daba “reconocimiento político de la existencia de las torturas y de la aplicación, en algunos casos de

²⁴³ Comentarios de AI al cuarto Informe Periódico (CCPR/C/79/Add.1 p. 6).

²⁴⁴ Recomendación 7ª del informe del Relator para la Tortura de Naciones Unidas tras su visita del 6 al 10 de octubre de 2003 al Estado español E/CN.4/2004/56/Add.2 de 6 de febrero de 2004.

forma sistemática, como vía de resarcimiento a todos los afectados por esta práctica”. Este tipo de declaraciones son los que sirven de reparación real a los torturados, reconociendo su existencia y su dolor, rehabilitándoles si quiera moralmente, del daño que el Estado les ha infringido.

3.7. La denuncia social de la tortura: evolución de la lucha contra la tortura

Precisamente comentábamos en el punto anterior la importancia que tiene la reparación, la rehabilitación y la garantía de que no se repetirá esta práctica, principios ampliamente recogidos por la documentación humanitaria y compartidos por la comunidad internacional. En este último concepto, y todavía parafraseando la moción aprobada en el Parlamento vasco se encuentra la petición que se hace a los poderes del Estado a “derogar la Ley Antiterrorista y a eliminar el régimen de incomunicación y la Audiencia Nacional”. En esta lucha ha estado imbuida la sociedad vasca, ya que es indudable que la cuestión de la tortura provoca una reacción en la sociedad que la padece. Ese impacto dependerá en gran medida de los mecanismos que esa sociedad tenga para conocer esa realidad. O en el otro sentido, los mecanismos que tenga el poder para ocultarla y esconderla de la opinión pública. En este sentido, se aprecia una evolución de la reacción social ante este fenómeno. Cuando se pone en marcha un mecanismo como es la incomunicación para crear un espacio opaco que oculte de la vista del público el tratamiento al que se está sometiendo al detenido, hay pocos elementos para superar ese obstáculo y ver más allá. Entonces comienza el trabajo de dos partes enfrentadas: se hará público el testimonio del detenido, se considerará que la propia regulación legal de la incomunicación genera una sospecha más que suficiente de la voluntad con la que está se diseña, se buscarán pruebas forenses, fotografías de las marcas, se interpondrá una denuncia con la esperanza de que los tribunales pongan en marcha una investigación y juzguen los hechos. Desde el otro lado se cantarán las alabanzas a este sistema de incomunicación, se justificará en base al peligro terrorista y se tachará a las víctimas de embusteras... al fin y al cabo siguen postulados terroristas. Esta es una guerra no declarada —la credibilidad de los testimonios de tortura— en la que nos hemos enfrentado durante años los activistas para la erradicación de esta lacra y sus promotores.

No analizaremos aquí el papel de los medios de comunicación, ejercicio que ya se realiza en el Capítulo 14 de este Informe, aunque sí mencionar que es demasiado habitual la actitud de ocultación y en algunos casos de deformación de los hechos que han adoptado la gran mayoría ellos —sobre todo los de ámbito estatal, más impermeables a la sensibilidad de la sociedad vasca-. Sólo mencionar la cobertura mediática inversa que algunos medios han dado a denuncias de tortura, es decir, obviando el sufrimiento de la víctima y acusando a esta de seguir oscuras directrices terroristas para ensuciar el nombre o crear una sombra de duda sobre la actuación de determinados cuerpos de seguridad del Estado. Esta actitud se ha dado en clara sintonía con otras apreciaciones y declaraciones de responsables gubernamentales incidiendo en esta línea. Sin embargo, no solamente los medios de comunicación son actores en la difusión —o en el sentido contrario, ocultación— de la existencia de esta lacra. También las autoridades gubernamentales, los representantes institucionales, los organismos de derechos humanos y lo que se ha venido en llamar la sociedad civil han ido adoptando posiciones —unas positivas, otras negativas— que han ido dibujando lo que se podría llamar la “sospecha racional de la existencia de la tortura”. La sociedad se pregunta: ¿existe realmente ese fenómeno? Habría que bajar a pie de calle para contestar a esta pregunta y establecer una metodología estadística, sin embargo, los últimos años se han producido una serie de hechos que podríamos considerar determinantes y que nos

ayudan a analizar si se ha aumentado la percepción popular sobre la extensión de este fenómeno o por el contrario ésta a disminuido. Como todas las situaciones son cambiantes, en la cuestión de la denuncia y credibilidad que se otorga a las denuncias de tortura y a los testimonios de quienes las han padecido también se puede apreciar un cambio, una evolución. Desde nuestro punto de vista, esta vez en sentido positivo. Ciertos elementos han incidido en esa evolución, algunos en sentido positivo —las recomendaciones de organismos internacionales— y otros en sentido negativo —las declaraciones de los representantes gubernamentales defendiendo el sistema jurídico-represivo como ideal y el mundo de la “versión oficial” y en el otro sentido denigrando a los denunciantes e incluso actuando judicialmente contra ellos por presunta comisión de delito de calumnias—. Fijémonos en algunos casos concretos que han acontecido al menos en los últimos años y que podemos considerar verdaderos puntos de inflexión en la percepción popular de la existencia de este fenómeno y que han provocado —en todos los casos por su dureza y gravedad— además un impacto primero y una reacción después en esa misma sociedad.

En 1993 se producen las últimas muertes directas bajo custodia policial —Xabier Kalparsoro y Gurutze Ianzi—. Estos casos son presentados por la versión oficial como intentos de fuga, suicidios, deficiencias en la salud del detenido... Sin embargo, la percepción social es clara: ha sido la tortura la que ha segado esas vidas. A partir de aquí se produce un refinamiento de la práctica de la tortura, haciéndola más invisible, no pudiéndose permitir estos “errores” que evidencian la actualidad de esta práctica. En ese momento, la tortura se hace más profesional, “científica” pero la lucha contra la tortura también se especializa y reorganiza en base a estos nuevos parámetros.

En efecto, el nuevo milenio ha enfocado con nuevos instrumentos la lucha contra esta práctica. La última sentencia condenatoria contra torturadores es la emitida el 27/07/01 referida a una operación contra vecinos de Zornotza el 19 de noviembre de 1980. A esta sentencia siguió una pronta reacción del gobierno, que concedió el indulto de los torturadores condenados y generando una profunda conmoción social pero por otro lado, supuso el último caso en el que se verían con un resultado positivo casos de tortura en los tribunales vascos, más próximos a los hechos y quizás también más sensibilizados con la cuestión.

Esta situación negativa, este paso hacia atrás producido por la inactividad judicial se viene a superar por la obtención de algunas pruebas —principalmente fotográficas— que vendrían a poner encima de la mesa la existencia de la tortura y que pondría más de manifiesto además esa apatía de los tribunales. Las fotos de la espalda de Iratxe Sorzabal marcada por los electrochoques o la cara amoratada de Unai Romano —no las únicas pero sí las que más impacto mediático tuvieron— ponían de manifiesto esa contradicción entre percepción popular de la existencia del fenómeno y las iniciativas de ocultación que se hicieron patentes. Se producía el fenómeno de que la evidencia tenía que saltar a la calle por otros métodos alternativos pero que ponían también eficazmente de manifiesto la existencia de esta práctica. Aún con escasos medios de difusión, estos casos marcarán un verdadero hito en la lucha contra la tortura y dotará de credibilidad a otros testimonios que aparecerán en similares circunstancias, eso sí, no avaladas por documentación gráfica.

El 20 de febrero de 2003 se hace efectivo el cierre del periódico en lengua vasca Egunkaria y la detención de Martxelo Otamendi, Txema Auzmendi, Joan Mari Torrealdai, Xabier Alegria, Pello Zubiria, Iñaki Uria y Xabier Oleaga. Los directivos de este periódico relatan brutales torturas ejercidas contra ellos por los guardias civiles durante el período de incomunicación. Como el propio Martxelo Otamendi ha declarado en prensa “si este tratamiento es dispensado al director de un periódico,

que no le harán a un joven detenido por vinculación a una organización armada”. El impacto que tuvo el testimonio de la junta directiva del Egunkaria recorrió el mundo. Era imposible ocultar la veracidad de estos testimonios.

Ainara Gorostiaga, Mikel Soto, Aitor Sola y Jorge Txokarro, —*los cuatro de Iruñea*, en recuerdo del famoso caso de *los cuatro de Gilford*— fueron detenidos y torturados tras una operación policial que se saldó con un balance de 14 detenidos en febrero de 2002. Sin embargo, tras el plazo de dos años en prisión el juez del Juzgado de Instrucción Núm. 5 Baltasar Garzón redacta un auto por el que se decreta su puesta en libertad sin cargos. El detonante, la asunción por parte de dos miembros de ETA detenidos en Francia de toda responsabilidad en los hechos que se imputaban a los cuatro jóvenes navarros. El juez de la Audiencia Nacional Guillermo Ruiz Polanco, instructor de la causa y actualmente suspendido de actividad, había reconocido que la única “prueba” existente contra ellos era la declaración realizada por Gorostiaga durante la incomunicación. Este caso desató una ola de reacciones de organismos sociales, de políticos, de representantes institucionales. Si bien gran parte de ellos habían guardado silencio cuando el caso se podía considerar uno más, tuvieron que alzar su voz de denuncia cuando se conocieron los hechos, cuando se supo que si bien, como en el resto de los casos, no existía apenas ninguna prueba de la existencia de la práctica de la tortura contra estos cuatro vascos, la acusación no se sostenía por más tiempo y la única razón que avalaba ya la declaración autoinculpatória era la tortura: la existencia de una presión insoportable que obligó a Ainara a declarar en falso contra ella misma y sus compañeros.

Posteriormente se han dado casos con especial relevancia social. A finales de octubre de 2005 se registró una gran operación policial en Bizkaia, principalmente en Bilbao, donde la Guardia Civil practicó varias detenciones sucesivas soportadas básicamente en las declaraciones de las personas que habían sido detenidas con anterioridad. Entre los testimonios que las personas arrestadas hicieron público el de Amaia Urizar saltó especialmente a la palestra. La joven detalla que fue violada con una pistola por los guardias civiles encargados de custodiarla, además de sumergida en una bañera, entre otros tormentos. Tal vez la crudeza de los métodos de tortura empleados y en especial el componente sexual²⁴⁵ hizo que este testimonio no pasara desapercibido. No había más elementos probatorios que dotaran de un especial plus de credibilidad a este testimonio frente a otros muchos que no lo han tenido. Sin embargo, su difusión supuso un terremoto en las conciencias de muchos agentes sociales y políticos y de la propia sociedad vasca. Este testimonio recorrió el mundo. Ibon Meñika y Sandra Barrenetxea fueron detenidos e incomunicados en abril de 2006, Sebas Bedouret o Iker Agirre en enero de 2007. No es necesario acompañar a sus testimonios de pruebas imposibles de conseguir, evidencias fácticas o argumentos judiciales. La sociedad ha conocido y tiene elementos suficientes para conocer la existencia de esta lacra... y enfrentarla. Hoy en día podemos constatar que la sociedad vasca y sus organizaciones y asociaciones político sociales son más receptivas a estos casos y es más certera la sospecha de que —con más o menos matices— tienen importantes visos de ser ciertas. Cada vez queda menos espacio para seguir justificando en la lucha antiterrorista la idoneidad del mantenimiento de estas medidas que seguirán produciendo testimonios aterradoros.

²⁴⁵ Sobre el concepto, análisis y casos en España de la llamada tortura sexual, véase el capítulo 16 del presente informe.

4. La extensión del delito de terrorismo y la aplicación de la legislación antiterrorista

4.1. Consideración de la *kale borroka* como delito de terrorismo: construcción y argumentación jurídica, evolución y la aplicación de la tortura

Los últimos tiempos se ha dado una nueva extensión a la consideración de terrorismo —más allá de la ambigüedad de los discursos de calado político o mediático— a comportamientos que hasta fechas recientes no había tenido relevancia penal —actividades pacíficas encuadradas en el ámbito político, social, a las cuales nos referiremos en el siguiente epígrafe— o al menos, la había tenido de forma más atenuada por haberse interpretado en base a los tipos penales ordinarios —desordenes públicos, atentado, resistencia, estragos, incendios, tenencia de sustancia explosivas o inflamables...-.

Así pues, la represión de estas actividades han sido reconducidos al ámbito de la legislación antiterrorista —colaboración con banda armada por causar incendio o estrago del art. 571 o tenencia de sustancias explosivas del art. 568, delito de terrorismo del art. 577, la agravante por relación con la actividad de tales organizaciones, bandas o grupos del art. 574...— ni qué decir, infinitamente más graves y con efectos desproporcionados. En efecto, nos encontramos con que meses después de la puesta en vigor del CP de 1995 se abrió un encendido debate sobre la idoneidad de reformarlo para adecuar el mismo a esas necesidades que la lucha contra la “violencia callejera” —por utilizar una expresión de uso común y dejando a un lado todo tipo de consideraciones respecto de la corrección de la misma— impone. Sin modificación del Código ya se produjo una readaptación práctica, tanto por vía jurisprudencial como por vía legisladora de los instrumentos punitivos del Estado. Esto se deduce del proceso de desplazamiento de las sanciones por hechos similares de unos tipos penales a otros y de la acumulación de los procedimientos en la Audiencia Nacional.

4.1.1. Delimitación del objeto

¿Que es la *kale borroka*? Esquemáticamente diríamos que son hechos o actividades de carácter plenamente delictivo, que entran en el ámbito del derecho penal, consistentes básicamente en ataques a la propiedad —pública o privada— con una connotación de orden “político”. Este último rasgo es de vital importancia porque genera una reacción por parte del Estado que los hechos delictivos en si mismos nunca desencadenarían. Evitando pues entrar con ello en la polémica, simplemente expresar que entre los autores existe una motivación de esas características, que trasciende un mero interés personal. Para terminar con la delimitación, habría que decir que este tipo de actuación delictiva está desligada objetivamente de la actividad directa de, en este caso concreto, la organización armada ETA, con la que no guarda un vínculo estructural ni una relación en el uso de medios —explosivos de fabricación casero, dispositivos incendiarios, inexistencia de armas, e incluso— en la definición de los objetivos, al evitarse en general los daños a las personas.

4.1.2. La cuestión de la competencia

A lo largo de los años 80 en términos generales y al margen de un par de procedimientos con características particulares, el conocimiento de causas relacionadas con estos hechos se daba en los juzgados

“naturales”, competentes de acuerdo al principio de territorialidad. Aunque no se puede trazar una línea divisoria definitiva es a comienzos de los noventa cuando comienza a actuar la vía de la Audiencia Nacional, de tal forma que la mayor parte de las causas de esta naturaleza se remiten a los Juzgados Centrales de Instrucción. A ello se han venido oponiendo las diferentes defensas de las personas encausadas. Resultando que algunas de estas oposiciones concluyeron en la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, quien durante este período, define el que podemos denominar “criterio formal”. En esencia, el mismo viene a plantear que basta con que algunas de las partes acusadoras —básicamente el Ministerio Fiscal— sustente su acusación desde las fases iniciales del procedimiento, en términos de terrorismo para que el conocimiento de la causa le corresponda a la Audiencia Nacional.

Este criterio, como se ve, absolutamente formal, genera una total indefensión, ya que es a partir de aquí que la policía quien de forma inicial caracteriza como tales los hechos, mediante el sencillo mecanismo de elegir la jurisdicción a la que se dirige para comunicar la detención. A partir de aquí, ante la puesta en conocimiento de la Audiencia Nacional de la práctica de una detención por estos hechos, esta será quien conozca la causa salvo el supuesto de que bien el juez de la Audiencia Nacional o el mismo Ministerio Fiscal decida declararse no competente. Al principio esta línea y criterio no es del todo sistemática, ya que ciertos juzgados y algunos fiscales del tribunal especial rechazan algunos procedimientos que la policía les remite por considerar que no puede apreciarse la calificación de terrorismo. Sin embargo, la Audiencia Nacional comenzará a asumirlos, si bien para juzgar muchos de ellos, en calidad extraña al capítulo de delitos de terrorismo, en base a los tipos de incendios o estragos “ordinarios” quebrando la lógica de su actuación. Posteriormente irá corriendo el umbral de la calificación de estos hechos hasta hacerlo llegar a la actual interpretación de considerarlos delitos de terrorismo e imponerles penas que desde nuestro punto de vista son abusivas, pero que además, justifica la aplicación de la legislación antiterrorista. Si la policía decide poner los hechos —por ejemplo la quema de unos contenedores de basuras— en conocimiento de un juzgado local por considera que ha sido un acto de vandalismo, de gamberrismo, la detención se suele dar en condiciones de “normalidad”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 520 de la LECrim. Si, por el contrario, se aprecia ante los mismos hechos antes mencionados como ejemplo ese contenido de motivación política —“terrorista” para otros— decide desplazar la causa a la Audiencia Nacional, la primera de las consecuencias es que la detención se dará en régimen de incomunicación, con la privación a la persona detenida de los derechos básicos que anteriormente hemos referido y con la posibilidad de que con ello se produzcan episodios de tortura.

La legislación ordinaria referente al menor también sufrirá una reforma el 12 de enero de 2000 de la LORPM, que tendrá una repercusión negativa en el disfrute de los derechos y el ejercicio de las libertades de los niños y niñas vascas, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y demás legislación y principios internacionales. Principalmente, queremos poner en evidencia que, existiendo una Ley del Menor de aplicación general —LO 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores—, esta presenta unas medidas excepcionales introducidas por la LO 7/2000 para unos casos determinados por referirse a hechos vinculados a bandas armadas u organizaciones terroristas (Disposición Adicional Cuarta). Es decir, hay una legislación especial antiterrorista para el menor, dentro de la propia ley del menor. Pero además, estas medidas, se remiten a los artículos del CP referentes a hechos vinculados a bandas armadas u organizaciones terroristas, o lo que es lo mismo, se remite a la propia legislación especial antiterrorista de aplicación a adultos. Más aún, al no estar completamente desarrolladas todas las disposiciones y medidas —policía especializada, fiscalía

especializada, reglamento de centros de detención para menores,...— que se prevén en esta Ley del Menor, se emplean los procedimientos y los métodos de aplicación general para adultos.

4.1.3. La represión de la *kale borroka* y la tortura

La aplicación de la detención incomunicada conlleva el mismo recorte de derechos y el mismo ámbito de impunidad para la práctica de la tortura que comentábamos anteriormente que era aplicado a los sospechosos de colaboración o pertenencia a banda armada, equiparándose el tratamiento. Esto no es cuestión baladí. No solamente por el alto grado de represión y criminalización planteado contra un fenómeno que se reproduce —si bien es cierto que con distinta extensión y gravedad— en todas las áreas urbanas del Estado y nos atreveríamos a decir que del mundo, sino también por el grupo social al que va dirigido la práctica de los malos tratos y tortura: jóvenes de entre 16 a 30 años, con un absoluto arraigo social y familiar y compromiso político y social determinado. En efecto, estamos hablando de un impresionante sector de la población, con sus correspondientes círculos concéntricos y limítrofes, siempre vaporosos, de “sospechosos”.

La práctica de la tortura contra este sector de población, tiene sus propias particularidades, principalmente por la acción prioritaria de la policía Autonómica vasca-Ertzaintza en la represión de la *kale borroka*. En la Comunidad Foral de Navarra esta actividad corresponde a la Policía Nacional. En este sentido, los métodos que se han denunciado no difieren demasiado de los practicados a acusados de otros delitos de “terrorismo” complementados con prácticas más extendidas como la privación sensorial, sometimiento a cambios bruscos de luz o temperatura, la obligación de practicar ejercicios extenuantes, el mantenimiento en el tiempo de posiciones corporales forzadas e incómodas, la vejación sexual, las amenazas y un refinado empleo de técnicas psicológicas de confusión, desorientación, amedrentamiento.

En este ámbito, es de especial interés detenerse en el diseño y puesta en marcha del Protocolo para la Coordinación de la asistencia a personas detenidas en régimen de incomunicación por la Consejería de Interior del Gobierno Autónomo Vasco precisamente por la difusión de las denuncias de algunos detenidos por delitos de violencia urbana y con la inconfesada intención de detener la demanda social que señalaba con especial virulencia la actividad de la Ertzaintza en este ámbito. En dicho protocolo se recoge una serie de medidas que operarán en caso de detención incomunicada con el objetivo de “atenuar” el riesgo que supone para el detenido la aplicación de ese método de detención. Para ello recoge un sistema de aviso a los familiares de donde y en qué estado se encuentra la persona detenida así como un método de visitas de médicos forenses más avanzado y un sistema de grabación de interrogatorios diseñado para ser puesto en marcha siempre a futuro.

La práctica inmediatamente negó la idoneidad de este protocolo: las familias que utilizaron los números telefónicos de atención puestos a su disposición denunciaron no recibir noticias concretas de sus allegados detenidos mientras duró la incomunicación. Las informaciones que recibían eran genéricas —“está en una comisaría de la Comunidad Autónoma”— y no aportaban ningún elemento para saber de su situación física o psíquica real. Posteriormente, los jóvenes que habían sido detenidos en aplicación de este protocolo relataron haber sufrido diferentes grados de malos tratos y torturas. Aunque reconocieron que fueron examinados por un médico forense cada día que permanecieron en dependencias policiales —cosa que ya ocurría antes de hacerse público este protocolo y que también ocurre en los casos en que la persona es detenida por la Guardia Civil o la Policía Nacional—, el análisis

sis de los exámenes a los que son sometidos determinan que estos son incapaces de demostrar ni las presiones psicológicas ni este tipo de malos tratos físicos a los que fueron sometidos, al no dejar éstos signos visibles.

Desde los movimientos de lucha contra la tortura se ha apuntado que si realmente el Gobierno Vasco quiere dar pasos efectivos por la erradicación de la tortura no tiene sino evitar que a los detenidos por la Ertzaintza no se les aplique el régimen de incomunicación, que por ser una facultad que compete a la policía su petición, es por lo tanto discrecional. Amnistía Internacional incluso consideró públicamente que el protocolo de la Ertzaintza “alivia”, pero no ataja las torturas, situando su preocupación por la persistencia de la incomunicación a los detenidos.

Hay que hacer una mención aparte de la detención —en el encuadre de la aplicación de la LO 5/2000 anteriormente mencionado— y las prácticas de tortura a los menores de edad. El informe del Relator contra la Tortura Theo van Boven²⁴⁶ de casos concretos referente a detenciones del año 2000 relataba los casos de Iñaki Gurrutxaga —17 años en el momento de la detención-, Imanol Gorrotxategi —17 años-, Urtzi Aira —17 años-, Iker Iñigo —16 años-, y Aritz Aiestaran —16 años-. A todos ellos se les aplicó la legislación antiterrorista como a los adultos. Sin embargo, poco después, y como elemento sobre el que basar una comparación son detenidos el día 28 de abril de 2001 Unai Arroyo y Oier Gómez de 17 años en el momento de la detención, y a quienes les es aplicada la reformada Ley 5/2000. La detención fue practicada por la Guardia Civil y conducidos a la comisaría del cuerpo policial en Vitoria. Desde el momento de la detención son incomunicados durante casi dos días, que es el tiempo que transcurre hasta que pasan a disposición judicial. Durante ese tiempo no tienen opción de comunicarse con su abogado de confianza, si por el contrario con sus padres. Sin embargo esta medida no será suficiente ya que sufrirán malos tratos por parte del instituto militar desde el momento del arresto. Después de haber denunciado estos malos tratos ante el fiscal, formalizan la denuncia en el Juzgado de Instrucción correspondiente.²⁴⁷ La Fiscalía de Menores de la Audiencia Nacional les toma declaración —denominada exploración— en presencia de los padres y desde un primer momento se hace cargo del asunto el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. En un principio el juez de guardia, tras la solicitud en el mismo sentido por parte del Fiscal instructor, les impone como medida cautelar el internamiento en régimen cerrado por tiempo de tres meses. Esta medida la cumplen en un centro situado en Madrid, centro de Primera Acogida el Madroño, situado a casi 400 kilómetros de su lugar de residencia.

El juez de Menores les prorroga la medida cautelar de internamiento por tres meses más, pese a que esta prórroga se recoge en la ley como una medida totalmente excepcional argumentándola en el mal comportamiento que dicen haber tenido los menores en el centro de internamiento. Cuando se aproximaba la fecha de seis meses de internamiento cautelar, son juzgados en el Juzgado Central de Menores y son condenados a dos años de internamiento en régimen cerrado y a tres años de libertad vigilada por haber producido daños con un artefacto de fabricación casera en un vehículo particular. Es necesario comentar que el Ibai Martínez de Treviño Montero, mayor de edad, que fue detenido junto con los anteriores, fue condenado por los mismos hechos con la misma pena, y en aplicación del

²⁴⁶ Informe E/CN.4/2002/76/Add.1 de 1 de marzo de 2002.

²⁴⁷ Denuncia de malos tratos de Urko Arroyo Núm. de diligencias. D.P. 1268/01 interpuesta el 5 de abril de 2001 ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Gasteiz y denuncia de malos tratos, Oier Gomez Mielgo Núm. de diligencias. D. P. 1197/01 interpuesta el 4 de junio de 2001 ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Gasteiz.

artículo 80.1 del Código Penal, fue conmutada por libertad bajo fianza, no habiendo ingresado en prisión. Es evidente el doble estándar y la aplicación más gravosa que resulta para estos dos menores.

Pongamos punto y final a este apartado tomando en consideración las conclusiones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas²⁴⁸ que exigía desaparezcán las previsiones antiterroristas de la legislación ordinaria del menor, recomendando a las autoridades españolas que se “adecue el período de custodia policial para menores acusados de terrorismo a las disposiciones establecidas en la ley 5/2000 sobre responsabilidad penal, y revise la duración de las condenas a menores acusados de terrorismo”.

4.2. La extensión de la aplicación de la legislación antiterrorista a la actuación política, social, cultural pública y legal

La aplicación extensiva en el empleo de la legislación antiterrorista y en concreto de la detención incomunicada también está llegando a afectar a activistas de colectivos disidentes, alternativos, asociaciones políticas, sociales, culturales que han circunscrito su actuación al ámbito legal y público, hasta hace bien poco tolerado por el sistema penal español. Así, la tortura cobra especial relevancia e importancia como mecanismo de obtención de, cuando no de pruebas, de elementos de base indiciaria en los macrosumarios políticos 18/98 y siguientes.

Haciendo una somera crónica de cómo han acontecido estos hechos, a partir de la primera de las detenciones en marzo de 1999 de Mikel Egibar se inician las diligencias que después desembocarán en el sumario 18/98. El elemento de prueba principal de estas diligencias serán precisamente esas declaraciones efectuadas por Mikel Egibar en sede policial y posteriormente parcialmente ratificadas en sede judicial, bien que en situación de incomunicación. A las denuncias de Mikel Egibar se añadirán las de Nekane Txapartegi ambos detenidos en relación a la Asociación Xaki de solidaridad internacional, y las de Xabier Arregi y Xabier Alegria acusados de ser miembros de la asociación política Ekin. Durante la vista oral de este juicio, celebrada mientras se redacta este capítulo, las referencias a la tortura y a la forma de obtención de esas pruebas han sido continuas. En sus declaraciones se hizo referencia a los tratos que sufrieron durante la detención incomunicada. En el caso de Mikel Egibar, tras negar que la Asociación Xaki, creada para dar a conocer en el ámbito internacional la realidad de Euskal Herria, tuviera algo que ver con la organización armada ETA o estuviera supeditada a sus dictados, relató de manera pormenorizada las torturas que sufrió cuando fue detenido y explicó cómo la Guardia Civil le obligó a memorizar la declaración que luego sirvió para buscar elementos inculpativos contra Xaki e inculpar a otros de los procesados. Según recordó, tras las torturas sufridas fue incapaz de articular palabra cuando fue trasladado ante el juez, por lo que fue aislado en prisión por tres días, hasta que pudo prestar declaración.

También Nekane Txapartegi estremeció al público en la sala con su relato de las torturas sufridas. Según explicó al tribunal, la declaración policial fue fruto “del calvario” vivido, que incluyó la aplicación de la bolsa, golpes continuos, electrodos, simulaciones de ejecución, golpes y gritos constantes, humillaciones sexuales, y fue violada durante su estancia en dependencias de la Guardia Civil, “me lle-

²⁴⁸ Informe CRC/C/15/Add.185 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 13 de junio de 2002, 30º período de sesiones.

varon a un cuarto, me desnudaron entre cuatro y me violaron”. Txapartegi señaló que no contó estos hechos al forense de la Audiencia Nacional, porque “la puerta estaba abierta y oían lo que le decía”. Sólo le dijo en una ocasión que le dolían mucho las muñecas. “Me recetó una pomada y me pidió dinero para pagarla”, narró. Cuando la llevaron ante la juez instructora Teresa Palacios, sí denunció las torturas, pero ésta no le hizo el menor caso. Antes, en los pasillos de la Audiencia Nacional, los guardias civiles le habían advertido que si no ratificaba su versión volvería con ellos.

Sin embargo, tal vez el momento más álgido supuso el que Nekane Txapartegi y Mikel Egibar pudieron identificar al comandante de la Guardia Civil, agente G-96330-W que actuaba como jefe de los peritos durante la vista oral como una de las personas que les torturó. La pericia de este agente del instituto militar español se basó casi en exclusiva en las declaraciones efectuadas por Egibar durante su detención incomunicada. Durante su interrogatorio, el abogado de la defensa intentó preguntar a esta persona sobre la cuestión pero la presidenta de la Sala del Tribunal especial, Ángela Murillo, no le permitió hacer ninguna pregunta.

Finalizado la fase de interrogatorio a los peritos policiales, Mikel Egibar se levantó del banquillo de los acusados y reclamó su derecho a hacer preguntas a los peritos apelando al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Egibar quería interrogar al comandante de los peritos, identificado con el número G-96330-W por el trato a que le había sometido. La magistrada Ángela Murillo, sin tan siquiera escuchar la petición de Egibar perdió los nervios y empezó a chillar “¡Siéntese! ¡Cállese!”, mientras los policías españoles que custodian la Sala se desplegaban, hasta conformar un muro humano entre los guardias civiles y los procesados, que a su vez gritaban “¡Torturadores!”. La Magistrada, completamente desbordada, ordenó que se suspendiera la vista.

Otro de los casos que revistió una especial difusión por el perfil de las personas torturadas es el referente a la detención de la junta directiva del periódico redactado íntegramente en euskera Egunkaria, dentro del sumario 44/04. El 25 de febrero de 2003, tras tres días de incomunicación Martxel Otamendi, director del ahora clausurado periódico hace unas estremecedoras declaraciones ante los muros de Soto del Real. Denuncia que ha sido torturado, que le han golpeado, obligado a hacer ejercicios físicos y en dos ocasiones le han aplicado la bolsa. En el mismo sentido se expresarán los días siguientes Joan Mari Torrealdai, Xavier Alegria, Xabier Oleaga, Txema Auzmendi e Iñaki Uria según van recuperando la libertad. Pello Zubiría había sido trasladado a la UVI del hospital, aquejado de una neumonía. Sin embargo, se sabe que durante su detención intentó suicidarse, tratando de quitarse la vida ahorcándose con la funda de la almohada. Los familiares se desplazan hasta el hospital, donde se les informa de que se encuentra incomunicado y, por lo tanto, no pueden entrevistarse con él. Sus denuncias por el trato sufrido fueron interpuestas y en algún caso, siguen su curso.

Los jóvenes David Lizarralde y Ainoa Casares, detenidos en relación a las organizaciones juveniles Haika y Segi —sumario 15/03— también denunciaron al ser puestos a disposición del juez Baltasar Garzón que habían sufrido este tipo de trato. Miembros de la fundación Joxemi Zumalabe para la dinamización del movimiento asociativo vasco —pieza separada del sumario 18/98— explicaron también haber sufrido presiones y tratos crueles. Sirva simplemente de botón de muestra para entender hasta que extremos se está llevando la aplicación de la legislación antiterrorista y como la policía no tiene reparo en aplicar este tipo de métodos brutales a personas que atesoran el prestigio social de haber realizado un trabajo público en ámbitos de la cultura, espacios de actuación política o social, participación en el espectro comunicativo, etc.

5. La aplicación de la ley antiterrorista y el denominado “terrorismo islámico”²⁴⁹

5.1. Cifras, estadísticas, tendencias...

Sobre todo a partir del 11 de septiembre de 2001, y posteriormente tras los atentados del 11 de marzo en Madrid y la entrada de España en la guerra de Iraq, han aumentado considerablemente el número de detenciones vinculadas (según la policía) con el denominado terrorismo Islámico. Según datos del estudio sobre Islamofobia “*Securitization and Religious Divide in Europe — Muslims in Western Europe After 9/11: Why the term ‘Islamophobia’ is more a predicament than an explanation*” pp. 277²⁵⁰, entre el 26 de septiembre de 2001 hasta el 27 de febrero de 2006, se practicaron en España 308 detenciones. De estas, 147 (47%), casi uno de cada dos, fueron liberados después del período de incomunicación que conlleva la Ley antiterrorista. Según el mismo estudio, los abogados de la defensa opinan que el porcentaje sigue siendo bajo, teniendo en cuenta la fragilidad de las pruebas, con la consiguiente expectativa de una futura puesta en libertad.

Todas las detenciones se produjeron entre la media noche y el amanecer, y según narraciones de los detenidos, familiares y vecinos, se caracterizaron por la espectacularidad realizada por los Grupos Especiales de Operaciones (GEOS) en cuanto al número de efectivos, el hecho de que iban altamente armados, la forma de entrar en las casas, utilizando explosivos, etc. La mayoría de los detenidos tenía una vida rutinaria, por lo que podían ser detenidos sin dificultad. Las detenciones son altamente publicitadas por los medios de comunicación, que mayormente publican sin contrastar el informe policial, donde salen los datos personales del detenido como nombre, edad, incluso el domicilio y donde se le atribuyen numerosos delitos, que en la mayoría de los casos no concuerdan con la realidad.²⁵¹ Aún tratándose de detenciones “preventivas” los medios de comunicación criminalizan a los detenidos, mostrando imágenes suyas y de sus familiares que vulneran el derecho constitucional a la intimidad.

Examinemos, a modo de ejemplo de cuanto se está ahora tratando, el caso de Yagoub Guemereg, quien fue detenido el 15 de junio de 2005, en el marco de la operación “Tigris” y se encuentra actualmente en prisión preventiva en el Centro Penitenciario de Badajoz. Su detención fue grabada por las cámaras policiales y entregada a los medios de comunicación. Aún a la espera de pruebas, y de juicio, las imágenes de Yagoub salen una y otra vez en la televisión cada vez que se trata el tema del supuesto terrorismo islámico, vulnerando su presunción de inocencia y el derecho a la intimidad. Así, como Yagoub, la mayoría de las detenciones ha tenido una gran cobertura por los *mass media*, en el momento de la detención, pero no ha habido un posterior seguimiento para averiguar la veracidad de los hechos de que se les acusa.

²⁴⁹ Este epígrafe ha sido redactado por Nuria Empez a quien agradecemos la colaboración brindada para el tratamiento de esta cuestión.

²⁵⁰ <http://www.euro-islam.info/PDFs/ChallengeProjectReport.pdf%20-4.pdf>

²⁵¹ <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/15/espana/1118821092.html>
http://www.libertaddigital.com:83/php3/noticia.php3?fecha_edicion=2006-01-12&num_edicion=1453&cpn=1276269302&seccion=ESP_D
<http://www.lukor.com/not-por/0701/05083949.htm>
<http://www.elmundo.es/elmundo/2004/03/13/espana/1079208645.html>

La mayoría de los detenidos si pasan a prisión, cumplen los dos años de prisión preventiva, e incluso la posibilidad de cuatro años que contempla la Ley, sin celebración de juicio. Los detenidos de la operación Tigris, se encuentran desde el mes de junio de 2005 con el secreto de sumario cerrado, sin conocer exactamente el motivo de su detención, y sin maniobra de actuación por parte de los abogados defensores. Es una situación frecuente en que se encuentran los detenidos, las denuncias al “Sindic de Greuges” y al “Defensor del Pueblo” no han dado ningún resultado, archivándose las peticiones.

5.2. Efectos de la detención incomunicada: la tortura

Algunos de los familiares de los detenidos narraron en charlas, conferencias y encuentros que los detenidos sufrieron torturas, en el caso de Vilanova, algunas mujeres comentaron que sus maridos fueron torturados en frente de ellas; no quieren denunciar, tienen miedo. A todos los detenidos se les aplicaron los cinco días de incomunicación que prevé la Ley; en estos cinco días sus familiares no tuvieron información de su paradero ni de su estado físico y mental, el abogado defensor escogido por la familia tampoco pudo intervenir hasta transcurrido este tiempo.

5.3. Métodos utilizados por la policía

Yagoub Guemereg, caso expuesto anteriormente, fue trasladado de Barcelona a Madrid en furgoneta, esposado y obligado a mantener la cabeza entre las piernas durante todo el trayecto. Durante los cinco días de incomunicación fue torturado, física y psicológicamente: por un lado, le dieron datos personales sobre su compañera sentimental y su madre y le dijeron que estaban allí, que les iban a hacer daño sino se autoinculpaba; por otro lado, recibió golpes, falta de sueño, etc. El más grave fue cuando lo tumbaron en el suelo y un policía de considerables dimensiones le saltó encima del abdomen; el hecho le produjo varias contusiones y tuvo que ser atendido en el hospital una vez ingresado en el Centro Penitenciario Madrid II (de Alcalá a Meco). Se ha realizado denuncia ²⁵² por estas agresiones, que ha sido finalmente archivada.

En el desarrollo de la investigación que ha conducido a la publicación de este Informe, se ha podido contactar con algunos familiares de supuestos terroristas islamistas y con algunos de sus abogados defensores. De las entrevistas y conversaciones mantenidas, se puede afirmar que, en estos casos de detenciones por supuesto “terrorismo islámico” se agrava la situación de las personas privadas de libertad por diversos motivos. Familiares y abogados refieren, al menos, los siguientes:

- por desconocer el sistema jurídico español,
- por motivos de idioma que dificultan la comprensión del procedimiento,
- porque la mayoría de las personas detenidas no forma parte de ninguna célula terrorista (y, consecuentemente, carece de reales apoyos en el exterior),
- porque su detención le ha pillado de improviso y no manejaba en absoluto esta posibilidad y
- por ello, ni él ni sus familiares estaban preparados para afrontar esta situación.

²⁵² Denuncia presentada al Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid, registro de entrada: 19/5/2006.

Asimismo, las fuentes consultadas refieren que tampoco cuentan con grupos de apoyo (como el caso de los presos vascos, por ejemplo) y su “red social” es más bien débil y queda gravemente afectada tras su criminalización. Señalan, en relación con ello sus familiares, que tras las detenciones practicadas mucha gente “se les aleja” por miedo o desconfianza, con lo que aún más se agrava la situación de vulnerabilidad en la que quedan.

5.4. Tortura y política penitenciaria a presos islamistas

5.4.1. La dispersión

Los presos acusados de colaboración al terrorismo, inclusive si se encuentran en prisión preventiva a la espera de juicio, se les aplica el procedimiento de dispersión aplicado también a presos vascos, anarquistas y otros grupos considerados “antisistema”. Según el estudio sobre *Islamofobia* mencionado anteriormente, una de las recomendaciones del Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 30 de junio de 2005, resultante del Dictamen de la Comisión de Investigación sobre el 11 de marzo de 2004 fue la medida de dispersión preventiva y la aplicación del régimen FIES (Fichero de Internos de Especial Seguimiento). Encontrándose hoy en día esparcidos por las diferentes cárceles españolas, dificultando su red social (visitas de familiares y amigos) y la relación con la defensa.

A modo de ejemplo y siguiendo con el mismo caso, Yagoub Guemereg fue trasladado al Centro Penitenciario de Badajoz, encontrándose a 1028,3 kilómetros de su ciudad de residencia. Con las comunicaciones limitadas los días miércoles a las cinco de la tarde, implicando, a parte de un gran desembolso económico por parte de su compañera, el tener que pedir ésta dos días de fiesta al trabajo para poder asistir a la visita; en estas condiciones, las visitas quedan limitadas. Hay que añadir además la imposibilidad de los familiares residentes en sus países de origen de conseguir un visado para poder visitar al interno, quedando la relación con el exterior a 3 llamadas semanales de 5 minutos.

Asimismo, la mayoría de las esposas de los detenidos de Vilanova tenían niños pequeños, algunas de ellas estaban embarazadas y, aparte de que se les bloquearon las cuentas corrientes y tuvieron que recurrir a amigos y a la asistencia social, sus maridos fueron dispersados en diferentes cárceles españolas dificultado así su régimen de visitas.

5.4.2. El aislamiento

Como señalaba anteriormente, a los presos preventivos de terrorismo islámico se les aplica el régimen FIES (examinado en el presente Informe en el Capítulo 6), limitando sus horas de patio, el contacto con el resto de presos, las actividades dentro de la cárcel, etc. Están en habitaciones individuales, la comida la toman dentro de la misma celda y están perdiendo visión, ya que no pueden enfocar lejos ni tienen perspectiva al tener acceso solamente a un pequeño patio. El comportamiento de los presos no es violento, ni agresivo, pero el trato que reciben es de máxima seguridad.

Aun así, siguiendo con el caso de ejemplo, después de las comunicaciones ordinarias a través de cristal Yagoub Guemereg es obligado a desnudarse, aun sabiendo que no ha tenido ningún contacto con el exterior, vive en una situación de vulnerabilidad y miedo constante. Uno de los detenidos comentaba a su hermano que si era encontrado muerto, tuvieran claro que no se había suicidado. Aun-

que se encuentran en un módulo de alta seguridad, se hallan desprotegidos del ataque de otros presos. En el FIES de Badajoz, en el último año, se han producido dos delitos de sangre.

5.4.3. La criminalización del colectivo y la falta de apoyo social

Cabe señalar que las detenciones sobre el colectivo islámico han sido muy politizadas y acompañadas de una gran criminalización. La mayoría de detenciones se han practicado en días muy señalados; la operación “Lago” sirvió entonces al presidente del Gobierno José M. Aznar para justificar la entrada de España en la guerra de Iraq. La detención de Vilanova se produjo la noche de la celebración musulmana del “al ayd al adah” (la fiesta del cordero), deteniendo también al Imán de la mezquita, lo que provocó una gran indignación entre la comunidad musulmana. Se están asociando las condiciones de árabe y musulmán con el adjetivo de terrorista y muchas de las detenciones de basan en suposiciones, en posibilidades sin basarse en pruebas. A la petición de apoyo de organismos como Amnistía Internacional o SOS Racismo, se les denegó alegando que se trataba de casos de terrorismo, cuando en realidad la mayoría de las personas están en la cárcel sin pruebas demostrables.

Como ya se mencionó antes, la situación de estos presos es de extrema vulnerabilidad, pues no cuentan ni con grupos de apoyo, ni con la mayoría de sus familiares, pues éstos se encuentran en sus países de origen sin posibilidad de visado, con una criminalización por parte de la sociedad, la opinión pública y los políticos (sus familiares afirman, por ejemplo, que “se trata de demostrar su inocencia, pues son considerados culpables antes del juicio”). En el informe sobre *Islamofobia* citado se señalaba que el presidente del Tribunal Supremo, F.J. Hernando, justificaba el asesinato de una persona en Londres después de los ataques del 7 de julio con el siguiente argumento (publicado en inglés): “*We are in the third World war, which is the war on terrorism... when the risk we have to avoid is so high, the death of innocents can be appropriate if we prevent that risk*”.

Comienza a expandirse, también, el fenómeno de las “detenciones preventivas”, con argumentos como: *pensamos que podía estar queriendo ir a Iraq*. Así, el periódico *20 Minutos* publicaba las declaraciones del ministro Rubalcaba, tras las detenciones en Ceuta del 11 de diciembre de 2006: “Se trata, presuntamente, de una célula islamista que estaba en período de formación, no tenía objetivos marcados y estaba siendo seguida desde hace tiempo. Cuando se ha observado que los integrantes de esa célula se planteaban pasar del discurso fanático a la acción” se ha procedido a la detención. La intención de los detenidos “se ha cogido a tiempo” y se ha “cortado de raíz”.²⁵³

Otro aspecto de vulnerabilidad a añadir es el hecho de que a muchos de los detenidos una vez en la cárcel les caducan los Permisos de residencia y trabajo que tanto les costo obtener y no cuentan con medios ni apoyo para renovarlos; una vez terminado el juicio corren el riesgo de ser expulsados a sus países por haber perdido los permisos o en el mejor de los casos tienen que empezar los trámites otra vez, sin contar con la herramienta principal para su integración: el Permiso de residencia y trabajo. La mayoría de los miembros de la comunidad musulmana manifiestan tener miedo, no dar apoyo a compañeros presos por miedo a ser acusados de colaboración. Se fomenta así la política del miedo y se debilitan las redes de apoyo entre las comunidades migrantes.

²⁵³ <http://www.20minutos.es/noticia/181269/0/rubalcaba/terrorismo/ceuta/>

Los medios de comunicación, como cualquier otro ámbito de la existencia, están sujetos a la influencia de los hábitos y las rutinas. Naturalmente, la incidencia que tiene la información sobre el desarrollo de la sociedad y sobre las relaciones entre las personas hace que la elección y la elaboración de las noticias sea cualquier cosa menos inocente. A pesar de la diversidad de medios existentes, hay una cierta tendencia a la repetición de unos mismos clichés, estilos, formas y expresiones, que a menudo se reproducen miméticamente de un medio al otro. Este hecho limita a menudo el alcance de la información que se llega a transmitir efectivamente.

En este sentido, España se impone ciertas obligaciones y adopta compromisos ante la comunidad internacional para la garantía, promoción y protección de los derechos de las personas bajo detención o custodia policial. Asimismo, el Estado se compromete a presentar informes sobre el seguimiento e implementación de estas obligaciones. La comunidad internacional se ha dotado de mecanismos que surgen de los propios convenios ratificados por cada Estado —mecanismos convencionales— y otros que sin depender de un acto de reconocimiento por parte del Estado tienen a su vez reconocido prestigio por los órganos de los que emanan —mecanismos no convencionales—. Estos organismos han podido valorar la situación por medio de diferentes instrumentos —visitas, análisis de informaciones puestas a disposición de las autoridades, recabadas por ellos mismos o recibidas de organismos no gubernamentales...— y han emitido recomendaciones. Todas ellas han señalado la incomunicación como el sistema que facilita la práctica de la tortura o el espacio opaco que le dota de impunidad a su represión. El CPT —Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Álvaro Gil-Robles, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el CAT —Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas—, así como el Relator para la Tortura de las Naciones Unidas Theo van Boven, tras la visita que realizó del 5 al 10 de octubre de 2003 así como otras organizaciones no gubernamentales de reconocido prestigio como Amnistía Internacional, Organización Mundial Contra la Tortura, Human Rights Watch... han coincidido en señalar, con sus propios matices, la incomunicación como el primer escollo que presenta el Estado español para la salvaguarda de los derechos de las personas detenidas. Sus informes son extensos en explicaciones y argumentos.

Si bien, como mencionábamos en un epígrafe anterior, los organismos internacionales de derechos humanos reclaman al gobierno español una y otra vez que erradique la detención incomunicada, sea cual sea el partido que ostente este cargo, su posición es justamente la contraria: defenderla y así arraigarla más. Antes hemos mencionado su tenencia a negar la existencia de torturas y, en el caso de que se demuestre lo contrario, minimizar su dimensión.

El 19 de septiembre se produjo en el Congreso español un nuevo debate sobre una proposición no de ley que exigía al Gobierno español la derogación del régimen de incomunicación y la revisión de la aplicación de la prisión provisional a los ciudadanos arrestados bajo la acusación de “terrorismo”. Los votos del PSOE y el PP bloquearon el acceso a trámite de la propuesta, a pesar de que contó con el respaldo de la mayoría de los grupos minoritarios en el Congreso. El PSOE argumentó por mediación de su portavoz Juan Luis Rascón, que la norma excepcional constituye “un aval de seguridad en la lucha antiterrorista”. El diputado del PP Juan Santaella, a su vez, defendió el alargamiento del período de incomunicación realizado en 2003 por su formación y se jactó de que “estamos orgullosos de esta reforma que tan buenos resultados está dando”.

No hay mucha distancia entre estos argumentos y los empleados en la polémica desatada en los Estados Unidos por la nueva legislación antiterrorista bajo el nombre de “Ley sobre Comisiones Mili-

tares de 2006”, aprobada por el Congreso y el Senado estadounidense. Esta ley otorga validez a las “pruebas obtenidas mediante coerción”, medida aplaudida por Bush ya que “dotará a nuestros hombres y mujeres en uniforme de las herramientas necesarias para proteger a nuestro país y ganar la guerra contra el terrorismo”.

Los resultados que semejantes legislaciones y prácticas vienen arrojando, desde el punto de vista del respeto efectivo a los derechos humanos de las personas a quienes se les aplica este conjunto de herramientas, ha constituido el objeto de estudio del presente Capítulo. Pero aún hay otras situaciones no muy lejanas que examinar, tal y como se verifica en el siguiente.

CAPÍTULO 13

La situación de las personas detenidas por protestas u otras manifestaciones de disidencia política

1. La definición del objeto de estudio

En estas páginas se analizará la tortura y los malos tratos que se producen en el ámbito de la disidencia política pero, a diferencia de lo tratado en el anterior Capítulo, sin que a los detenidos se les haya aplicado formalmente la legislación antiterrorista. Así pues, la frontera que separa el objeto de estudio del presente capítulo y del anterior es la ausencia o presencia de la legislación especial de emergencia o antiterrorista. Es necesario advertir que en el proceso de recorte de libertades personales y colectivas que estamos viviendo en el Estado español en los últimos años²⁵⁴ cada vez más actividades, colectivos y personas se ven afectadas por la legislación antiterrorista. Este alargamiento de la zona en la que interviene la excepcionalidad se produce en Euskal Herria, como respuesta estatal a la conflictividad política, así como también a otras zonas del Estado, criminalizando los sectores más radicales de los movimientos sociales.

Las torturas y malos tratos que recaen sobre las personas que llevan a cabo actividades políticas pueden diferenciarse según el espacio donde se producen. En primer lugar, encontramos aquellas que se realizan en el espacio público, mayoritariamente en el marco de manifestaciones o acciones de protesta/sabotaje. En segundo lugar, se identifican aquellas torturas o malos tratos que se producen durante la detención y en el interior de comisarías u otras dependencias policiales y en vehículos durante los traslados. Es evidente que por su carácter público, los abusos policiales que se producen en el marco de manifestaciones o acciones de protesta con una cierta repercusión en los medios de comunicación son los que más se conocen en la opinión pública. Cabe señalar que estos no son los únicos episodios de torturas y malos tratos que se producen en el marco de la disidencia política, como veremos a través del estudio de algunos casos.

Según los informes elaborados por la Coordinadora para la Prevención de la Tortura —que agrupa a más de 40 organizaciones de defensa de los derechos humanos del Estado español del mundo asociativo, académico y de la abogacía— las cifras de torturas y malos tratos en la disidencia política son importantes. Tal y como se ha presentado en el Capítulo 7 del presente Informe, durante el año 2004 por ejemplo, un 49% de las denuncias por tortura y malos tratos que llegan a manos de la Coordinadora proviene de los movimientos sociales (movimientos sociales en general un 18% —137 casos—, movi-

²⁵⁴ El proceso de recorte de libertades se produce sobretudo a partir de los gobiernos del PP, eso sí, gozando del consenso que le ofreció el PSOE en las cuestiones relativas a la “lucha contra el terrorismo”. Esta afecta la actividad legislativa —se elaboran nuevas leyes—, la actividad ejecutiva —mediante el endurecimiento de la situación penitenciaria, manteniendo la dispersión y dificultando el paso de grado de los condenados—, y la actividad judicial —los macrojuicios que se llevan a cabo a partir de final de los años noventa—.

miento sindical un 31% —231 casos—²⁵⁵). El año 2005 el porcentaje de denuncias de estos colectivos baja a un 23% —173 casos—.²⁵⁶ Una explicación de esta disminución se puede encontrar en el cambio de repertorio de acción de los movimientos sociales en un contexto de agotamiento de un ciclo de protesta iniciado en el cambio de milenio, así como también la invisibilidad que se produce en este contexto —los movimientos sociales ya no son noticia y las denuncias son más difíciles de obtener.

2. La sociología jurídica como perspectiva metodológica: el sistema penal estático y el sistema penal dinámico.

El estudio del marco en el que se producen los casos de torturas y maltratos en la disidencia política no puede llevarse a término solamente a partir de un análisis legislativo. No existe un tratamiento legislativo específico que se aplique al colectivo analizado, por lo tanto será interesante profundizar en la cuestión que nos ocupa desde otras perspectivas disciplinarias. A diferencia de los casos en los que se aplica la legislación antiterrorista, en que la tortura aparece muy ligada a la existencia de unas determinadas leyes de emergencia, y por lo tanto se hace necesario recurrir a un análisis legislativo; en los casos en los que no se aplica la excepcionalidad será más interesante realizar un análisis de las prácticas y políticas que se llevan a término desde las diferentes instancias del sistema penal y, en concreto, desde el aparato policial.

En este sentido, pues, realizaremos el análisis que nos ocupa desde la perspectiva de la *sociología jurídica* —a través del estudio de casos, para elaborar un diagnóstico— y las *políticas públicas* —para proponer algunas medidas a la administración pública—. Por ello, antes de adentrarnos en materia, explicitamos el concepto de Sistema Penal que usaremos a lo largo del presente Capítulo, ya que solamente a partir de esta explicación conceptual se podrá entender el desarrollo de la argumentación. La definición del concepto de sistema penal varía según el predominio disciplinario desde el que se opera. A grandes rasgos, se puede afirmar que existen dos concepciones: el sistema penal *estático* —que se estudia desde la ciencia jurídica— y el sistema penal *dinámico* —que se estudia desde la sociología jurídico-penal y las políticas públicas—.²⁵⁷

A lo largo del presente capítulo se utilizará el concepto de Sistema Penal *dinámico* para efectuar una aproximación a la cuestión de las torturas y maltratos en la disidencia política a través de las herramientas teóricas y metodológicas que nos ofrece la sociología jurídico-penal, así como también los

²⁵⁵ El elevado número de denuncias responde a las agresiones denunciadas como consecuencia de las intervenciones de las unidades de antidisturbios del Cuerpo nacional de Policía contra los trabajadores de los astilleros, que defendían sus puestos de trabajo.

²⁵⁶ Ver el Informe presentado el año 2005 sobre torturas que se produjeron el año 2004: <http://www.prevenciontortura.org/InformeCPT.pdf> y el Informe presentado el año 2006 sobre torturas que se produjeron el año 2005: <http://www.prevenciontortura.org/informe2005/Informe2005.pdf>

²⁵⁷ *Sistema penal estático*. El objeto de estudio de la ciencia jurídica en el ámbito penal son las aportaciones normativas del derecho penal y del derecho procesal penal. En las concepciones más amplias se incluye también el derecho de policía, el derecho judicial y el derecho de ejecución penal. Se trata de una visión estática y abstracta en la cual sólo se perciben los rasgos de generalidad, universalidad y abstracción que caracterizan el derecho (BERGALLI, 2003:42). Un análisis de este tipo, basado en la observación de las normas del sistema penal, no nos permite comprender la complejidad del sistema penal, entendido este como un conjunto de aparatos que actúan y que hacen realidad las normas diseñadas en un plano ideal. Necesitan ir más allá.

Sistema penal dinámico. El objeto de estudio de la sociología jurídica (y la sociología jurídico-penal en el supuesto que nos ocupa) son los comportamientos provocados por las normas y la aplicación práctica de estas. En los estados de derecho la implementación del control punitivo solamente es posible por medio de instituciones específicas a las que se les atribuye esta capacidad: la policía, la jurisdicción penal y la prisión. Estas tres instancias, previstas por el orden constitucional para que apliquen o ejerzan el control punitivo, conforman lo que se ha denominado el Sistema Penal dinámico.

estudios sobre políticas públicas. Así pues, una vez definido nuestro objeto de estudio, constatamos que para entender la cuestión que nos ocupa nos interesa analizar las prácticas de una instancia del sistema penal: el aparato policial.

3. El aparato policial: un análisis de prácticas y políticas públicas

Como hemos señalado con anterioridad, los casos de tortura y maltratos se producen en un doble espacio: en el exterior, durante manifestaciones o acciones de protesta/boicot, y en el interior, bajo detención. Antes de avanzar en la cuestión apuntamos las dos premisas de las que partimos:

- Una primera es que el análisis de los casos de tortura y maltratos en la disidencia nos muestran que estas dinámicas tienen más que ver con prácticas del aparato policial y las políticas públicas que se implementan (o que no se implementan) desde la administración, que con una configuración legislativa específica.
- Una segunda premisa es que el aparato policial es el actor protagonista en los casos que estamos estudiando. No pretendemos exculpar de sus responsabilidades la instancia judicial —en cuanto responsable de la garantía de derechos a las personas detenidas— ni la penitenciaria —en las ocasiones en que el activista llega a prisión—. Pero constatamos que las torturas y maltratos por disidencia política se producen mayoritariamente en la calle —cuando todavía ninguna de las otras dos instancias ha empezado a actuar— o en las 72 horas de detención —cuando la persona se encuentra bajo custodia policial—.

Así pues, en esta apuesta por el estudio de las dinámicas del aparato policial, nos adentraremos en el análisis de los factores endógenos y exógenos relacionados con el aparato policial que explican la existencia de torturas y maltratos en la disidencia política.

- Factores endógenos. Según la sociología jurídico-penal, las prácticas policiales, de manera ontológica, están marcadas por la arbitrariedad y por un menor nivel de garantías penales y procesales que las que disfrutaban otras instancias del sistema penal.
- Factores exógenos. Según estudios sobre políticas públicas, se pueden dibujar diferentes modelos de políticas de orden público, algunos más alejados que otros del respeto por los derechos fundamentales.

3.1. El subsistema penal de policía y la ausencia de garantías

En referencia a los factores endógenos del aparato policial, constatamos que ésta es la instancia de aplicación del control punitivo que sufre una ausencia más grande de garantías y unos niveles de arbitrariedad más importantes. Luigi FERRAJOLI, afirma que existen tres subsistemas penales: el subsistema penal ordinario, el subsistema penal de policía y el subsistema penal de emergencia.²⁵⁸ El primero de

²⁵⁸ FERRAJOLI realiza la investigación a través del caso italiano. Ésta es aplicable en el análisis de caso español.

los subsistemas es el que disfruta de unos niveles más altos de garantías, elementos que se ven recortados en el segundo y que desaparecen en gran parte en el subsistema penal de excepción.²⁵⁹ Así pues, es la naturaleza misma del subsistema penal de policía el que lo sitúa como espacio proclive a la arbitrariedad y a la carencia de garantías. Por lo tanto se tendría que aplicar una observación y vigilancia obligada si queremos que se lleve a término un respeto escrupuloso de los derechos fundamentales.

En este mismo sentido, el autor nos advierte que “en el pasaje desde los niveles más altos a los niveles más bajos del ordenamiento —desde la Constitución a la legislación ordinaria, desde la legislación ordinaria a su aplicación judicial, y todavía más, su aplicación policial— se verifica un *décalage*, una caída de hecho de las garantías normativas” (1989:724). Se produce una tensión entre la validez-normatividad, en los niveles más altos, y la efectividad en los niveles más bajos del ordenamiento.

Si bien la estructura de cualquier Estado de derecho comporta unas tensiones inevitables entre los diferentes niveles del ordenamiento, se introduce un elemento de perversión cuando la gestión de los conflictos tiende a trasladarse a los niveles más bajos aquí descritos, modificando la misma naturaleza del sistema penal en su conjunto. Es el proceso que FERRAJOLI denuncia: “se produce un vaciado de casi todas las garantías penales y procesales y una creciente *administrativización* del derecho penal, que se expresa en su tendencial mutación desde un sistema estrictamente retributivo, dirigido a prevenir los delitos futuros solamente mediante la punición de delitos pasados y probados, en un sistema tendencialmente preventivo, dirigido a enfrentarse con el simple sospechoso de delitos pasados o el simple peligro de delitos futuros” (1989:725-726).

En resumen, dos son las constataciones que podemos extraer del estudio de los factores endógenos del aparato policial. Consideraciones que a la vez nos llevan a la propuesta de medidas:

- El aparato policial es la instancia con más elementos de arbitrariedad y de falta de garantías del sistema penal. En este sentido, hace falta una observación y vigilancia permanente por parte de la sociedad civil para que no se produzcan violaciones de los derechos fundamentales.
- La gestión de conflicto recae cada vez más en manos del aparato policial y o/en dinámicas que provienen del subsistema penal de policía. En este sentido, hace falta una apuesta por la intervención mínima del aparato policial en la gestión de los conflictos.

3.2. Las políticas de orden público o *policing protest*

A partir de un análisis de las políticas públicas, o dicho de otra manera, de los factores exógenos que tienen que ver con el aparato policial, podemos extraer algunas ideas para comprender la existencia de torturas y maltratos en el ámbito de la disidencia política, ideas que pueden servir a la vez por elaborar políticas públicas que prevengan estas violaciones al derecho a la integridad física que desgraciadamente se repiten en nuestra casa, como se muestra en los casos que exponemos a lo largo del texto. Concretando más, en este apartado nos fijaremos en las políticas que tienen que ver con la gestión del llamado orden público en el marco de movilizaciones de protesta: las políticas de orden público o de *policing protest*.²⁶⁰

²⁵⁹ El subsistema penal de excepción en el Estado español ha quedado bastante descrito en el capítulo anterior. Se encuentran muchas similitudes con la descripción de Luigi FERRAJOLI sobre el subsistema penal de excepción en Italia (1989:844-888). Siendo objeto de estudio de este último subsistema el capítulo anterior; centraremos el análisis en el subsistema penal de policía.

²⁶⁰ Concepto expuesto por DELLA PORTA (1995).

Es en estas políticas donde seguramente mejor se plasman las tensiones entre el poder —o el monopolio de la violencia del Estado según palabras de Max Weber— y el derecho —la limitación de este poder de vida y muerte—. En las modernas sociedades democráticas el reto del control de la protesta es una de las cuestiones más delicadas a la que se tiene que enfrentar el aparato policial. Lo que está en juego no son solamente las libertades personales sino también los derechos de participación política de la ciudadanía y, por esto, la esencia misma del sistema democrático (Della Porta/ Reiter, 2003:12).

De esta manera, pues, se puede decir que hay muchas maneras de afrontar el conflicto político en la calle, y de la modalidad escogida depende un mayor o menor respeto por los derechos fundamentales (ya sean civiles, ya sean políticos). Siguiendo con algunas ideas de Della Porta (1995), las intervenciones de policía pueden variar en términos de:

- Actitud frente a los comportamientos considerados como ilegítimos (represión/tolerancia).
- Estrategias de control de los diversos actores (difusos/selectivos).
- Momento de intervención de la policía (preventivo/reactivo).
- Grado de utilización de la fuerza (*hard/soft*).
- Nivel de respeto formal por los procedimientos (legalístico/oportunístico).
- Desarrollo de instituciones de mediación (estilo negociado/autoritario).

A partir del conjunto de estos seis ítems se configuran dos modelos ideales de actuación policial, dos estilos que pueden ser caracterizados por un mayor grado de represión y rigidez, o por el contrario por una mayor tolerancia y flexibilidad. Estos modelos ideales de actuación no se encuentran en la realidad, como cualquier modelo ideal, pero pueden marcar una dirección por la que apostar cuando se diseñan políticas policiales.

- Parece, pero, que no vivimos en unos tiempos optimistas en los que se pueda esperar mucho de las actuaciones que se llevan a término desde la administración — la adopción de políticas públicas o el impulso de reformas legislativas — con la finalidad de erradicar la tortura y los malos tratos en la disidencia política. Uno de los elementos preocupantes en la actualidad son las nuevas tendencias en el plano organizativo que tienen que ver con la diferenciación, la profesionalización y la especialización de las fuerzas policiales que han llevado a una militarización del orden público, tendencias que no han dejado de desarrollarse sobre todo a partir del 11 de septiembre de 2001 con la supuesta amenaza terrorista.

4. La tortura y el maltrato durante la detención. Algunos casos

Tomando como marco de referencia el ciclo de luchas sociales comprendido en la última década, entre 1996 y 2006, los presentes casos detallados de malos tratos y torturas durante la detención o de episodios de brutalidad policial en la calle hacen referencia a un ciclo álgido en varias luchas sociales que ha comportado la detención, en los diez años examinados años, de más de 2.000 activistas de diferentes movimientos sociales alternativos en Cataluña, lugar desde donde se elabora esta investigación y que es tomado aquí como ejemplo de la problemática expuesta. Pese a ello, y pese a que la mayoría de los casos se refieren a Cataluña y la ciudad de Barcelona, significativamente porque es donde el ciclo ha

sido más intenso, dinámico y activo, podemos afirmar que la dinámica se ha hecho extensible al resto del Estado cuando se trata de gestionar policialmente varios conflictos sociales.

Este ciclo de criminalización de la protesta ha sido protagonizado casi en exclusiva por una dinámica policial autoritaria reafirmada y reforzada, que ha sido la principal protagonista del ciclo vivido a partir del CP de 1995, que criminaliza y penaliza la ocupación de propiedades en desuso social ante la implosión y crecimiento del movimiento social de *okupaciones*.

Hasta el año 2006 no se han vivido más cambios legales *ad hoc* contra los movimientos sociales, pese a que la legislación de excepción aprobada también ha afectado los colectivos populares en numerosos casos. El año 2006, y en el caso de Barcelona, se aprueban las Ordenanzas del Civismo, que limitan y penalizan determinados usos del espacio público,²⁶¹ es decir, donde convergen prácticas policiales, discursos políticos y propuestas de reformas legislativas en un nuevo escenario que vuelve a desmenuzar el garantismo y refuerza la discrecionalidad policial, otorgando nuevos poderes represivos, sancionadores y administrativos sin control judicial. Esta realidad de prácticas policiales y legislativas se ha reforzado con el debate abierto a los órganos de gobierno del Ayuntamiento de Barcelona por impulsar el llamado “desalojo express” sin orden judicial, es decir, desalojar de oficio en menos de 48 horas cualquiera inmueble ocupado.

Como síntesis de los presentes apartados, no obstante, es necesario destacar que la extensa compilación de la vulneración de derechos, garantías y libertades, los episodios de una práctica impune de maltratos y torturas e incluso de guerra sucia y otras de brutalidad policial, se han desarrollado desde determinados grupos policiales que han visto reforzado su poder, han reforzado dinámicas de control reticular y han implementado prácticas lesivas contra la participación social y política con el visto bueno y el beneplácito tácito de la autoridad gubernativa. Se trata pues, ahora sí, de la creación de grupos policiales especiales dirigidos al control de la disidencia, de abordar el conflicto social únicamente desde la gestión policial, recuperando la vieja cultura franquista que trataba la ciudadanía como enemigo interno a controlar y la movilización social como una mera cuestión de orden público.

Sólo como ejemplo de estos grupos policiales nacidos gracias a la criminalización de la protesta y el tratamiento especial dispensado a la disidencia, se podría citar el Grupo 6 de la Brigada Provincial de Información de la Policía Nacional en Cataluña (uno de sus jefes ostenta hoy cuatro denuncias por torturas en curso); las Unidades Antidisturbios (UPAS) y la Unidad Nocturna Operativa Centralizada (UNOC) de la Guardia Urbana de Barcelona que definen como objetivo policial “el movimiento okupa”, determinadas unidades de la División de Información de los Mossos d’Escuadra o el descubrimiento de hasta siete infiltrados policiales en el seno de los movimientos sociales.

De estas prácticas policiales se pueden significar, a modo de detalle, dos hechos destacables: la petición, firmada por más de 100 entidades sociales en octubre de 1999, de la disolución de la Brigada de Información; y la sentencia judicial 101/99 de los Juzgados de Barcelona que rubricaba que “los informes remitidos por la brigada de información parecen redactados por la afortunadamente extinta Brigada Político-Social” (de la dictadura franquista).

Este poder conferido y trasladado a determinados grupos policiales opacos y faltos de mecanismos de control, que operan a menudo irregularmente (a través de denuncia de bases de datos ilegales,

²⁶¹ Las ordenanzas están impugnadas por 30 entidades del movimiento vecinal, social, de apoyo a la inmigración y las trabajadoras sexuales, organismos juveniles, espacios académicos e institucionales de la abogacía. Está considerada como una auténtica *Patriot Act* urbana, de inspiración *giulianística*, de tolerancia cero y sanciones administrativas, también contra la disidencia social y política.

acoso personalizado, criminalización mediática, descubierta de micrófonos) se ha desvelado nuevamente el marzo de 2007 con la denuncia de la existencia de un manual policial, que trae el sello del Sindicato Autónomo de Policía de los Mossos d'Esquadra para actuar contra el movimiento *okupa* y donde se puede constatar cómo se banalizan y ridiculizan las denuncias por torturas.

En el apartado de casos concretos, aun así, hemos escogido diferentes casos producidos en los últimos años para intentar visualizar una panorámica global de las dinámicas policiales analizadas. Por ello, y como excepción a la sola toma en consideración de casos desde 2001 en adelante, aquí se incluyen casos anteriores a dicha fecha que, por un lado, revelan antecedentes importantes y, por otro, ponen de manifiesto una tendencia que va en aumento.

- **Noviembre de 1997 | Cornellà | Cuerpo Nacional de Policía**

El otoño de 1997, en el marco de una creciente campaña contra las Empresas de Trabajo Temporal en Cornellà, el joven Jorge Bolancel es detenido después de una protesta, interrogado y dejado en libertad. Un día después vuelve a ser detenido por la misma causa, interrogado y presionado para decir nombres de compañeros y compañeras que han participado en la última convocatoria. Después de horas de interrogatorio en esta segunda detención, y cumplidos los deseos policiales, Jorge Bolancel recupera la libertad. Apenas salir, Jorge Bolancel se tira a la vía del tren. Es la única muerte atribuible en este ciclo a una dinámica policial criminalizadora de los movimientos sociales. Nunca se abrió ninguna investigación.

- **5 de marzo de 1999 | Cornellà | Cuerpo Nacional de Policía**

En el curso de una protesta contra la precariedad laboral, un joven es encañonado por un agente de la Brigada Provincial de Información. Posteriormente detenido, es apaleado durante el traslado y en el período de custodia policial, certificándose numerosas lesiones y un hematoma facial de considerables dimensiones.

- **20 de noviembre de 1998 | Sabadell | Cuerpo Nacional de Policía**

En el curso de una movilización antifascista contra una convocatoria de homenaje a Franco, una fotoperiodista es detenida. La profesional se niega a entregar el carrete de la cámara de fotos. Finalmente, un grupo de diez policías entra a la celda, la tumba en tierra, la golpea y le toma el carrete. La periodista, vinculada a los movimientos sociales, se traslada al hospital, donde se diagnostican varias lesiones y se le coloca collarín de protección cervical. Cursa denuncia judicial que llega a juicio oral a la AP de Barcelona en enero de 2007, que recibe el apoyo de organismos profesionales de la imagen gráfica.

- **Abril de 2002 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía.**

En el curso de una operación policial contra los daños realizados a un cajero automático (intento de quema) son detenidas dos personas. Dos días después tres personas sin ninguna relación con los hechos son detenidas. Los tres jóvenes son miembros del centro social *okupado* Casal Popular de Gràcia, que es registrado policialmente. Los tres detenidos refieren y denuncian golpes, insultos y agresiones (clavar una chincheta en el muslo) y, particularmente, una fuerte presión psicológica para que se autoinculpen. En abril de 2006 los tres jóvenes son exonerados y absueltos de cualquier tipo de ilícito penal por la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

- **4 de octubre de 2004 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía**

En el curso de una operación policial contra un ataque a una comisaría, son detenidas cuatro personas, dos de ellas menores. Uno de ellos —en el decurso de los interrogatorios ilegales sin

presencia de abogado— es agredido y fuertemente golpeado en la cabeza, exigiéndole que dé los nombres de terceros compañeros. Los informes médicos certifican la ruptura del tímpano del oído derecho. Se interpone denuncia judicial, que está en curso. Los menores detenidos permanecen encarcelados 51 días. Son absueltos en junio de 2006.

- **Enero de 2005 | Barcelona | Guardia Urbana**

De madrugada, tres jóvenes son detenidos en Barcelona después de una improvisada acción policial por una supuesta agresión a un agente de la Guardia Urbana. Detenidos y trasladados a comisaría son empujados, golpeados e insultados. Una vez en la celda, y en el caso de D.V., entran dos agentes que afirman “ahora nos toca a nosotros” y le dan un puñetazo en la nariz, entre otros. Los mismos agentes llaman a los servicios médicos de urgencia, desplazándose una ambulancia a la comisaría de la Estación del Norte de la Guardia Urbana de Barcelona. No permiten el traslado en vehículo medicalizado, pero los tres detenidos son trasladados al Hospital del Mar, donde se refieren numerosas lesiones, equimosis y hematomas. Consta denuncia judicial abierta, se ha implementado rueda de reconocimiento de los agentes —que han sido reconocidos— y la última novedad es que un agente del propio cuerpo ha certificado los maltratos sufridos, reabriéndose la causa judicial.

- **4 de febrero de 2006 | Barcelona | Guardia Urbana**

En el curso de la presencia policial ante una casa *okupada*—desvinculada de la Asamblea d’Okupes— un agente policial de la Guardia Urbana de Barcelona es agredido y herido gravemente, quedando en estado de coma. La agresión se produce desde la casa, pero la policía detiene tres jóvenes activistas en la calle. Los tres deben pasar por dependencias médicas tras la detención y denuncian agresiones, golpes y brutalidad ensañada, certificada por hematomas y equimosis y *shock* post-traumático. Permanecen encarcelados desde aquellos hechos, pero en febrero de 2007 la juez imputa por torturas a los agentes que los detuvieron. Uno de los agentes policiales llega a declarar en sede judicial que se trataba de una cuestión de “sangre por sangre”.

5. La tortura y el maltrato en la calle. Los abusos policiales

El ciclo de militarización de la protesta y el orden público en el mismo marco de referencia temporal y espacial (1996-2006) se inicia el 28 de octubre de 1996 con el espectacular desalojo del Cine Okupat Princesa. Más de 200 agentes, helicóptero incorporado, con una violencia escénica ejemplar, comenzaron una etapa represiva que se ha saldado con centenares de heridos, 150 desalojos y cerca de 800 detenciones. En el presente caso concurren también nuevamente grupos especiales de intervención: la Unidad de Intervención Policial de la policía estatal, la Brigada Móvil de los Mossos d’Esquadra y las UPAS de la policía local.

Los episodios de brutalidad policial y abuso de la autoridad en la calle se enmarcan en el contexto de grandes movilizaciones sociales, pero también de rutinas policiales de identificación de activistas sociales a barrios y ciudades en una auténtica batalla judicial, ideológica y social por el espacio público, que acontece un espacio en litigio. Los siguientes ejemplos patentizan la represión a la expresión del malestar y la disconformidad social, la criminalización de la disidencia —incorporada como “nueva amenaza a la democracia”— y el control panóptico del derecho a la participación social y política.

- **28 de octubre de 1996 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía**

Desalojo espectacular del Cine Princesa con 48 detenidos, golpeados e insultados. En abril de 2006, 30 de los detenidos son absueltos y la sentencia tilda la operación policial como “antijurídica, ilegal e ilegítima” calificándolo al fin y al cabo como “un servicio anómalo de los servicios públicos”.

- **14 de enero de 1999 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía**

En el curso de una protesta en defensa de la enseñanza pública a la Universitat Autònoma de Barcelona es duramente reprimida una protesta estudiantil. Los 562 rectores de las universidades europeas condenaron y denunciaron aquella acción policial.

- **18 de julio de 1999 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía**

En el curso del intento de desalojo ilegal del centro social okupado Kasa de la Muntanya, un joven es herido de gravedad al ser impactado por una pelota de goma disparada a corta distancia. Trasladado al hospital se diagnostica que se ha reventado la córnea y que la pérdida de visión es total y absoluta, implantándose posteriormente un ojo de vidrio. Los hechos han quedado impunes. El 1995 la ciudadana vasca Rosa Zarra murió al recibir el impacto de una pelota de goma disparada por la Ertzaintza, la policía autonómica vasca.

- **15 de octubre de 1999 | Valencia | Cuerpo Nacional de Policía**

En el curso del desalojo policial del Teatre Okupat de València y ante la llegada de numerosos efectivos policiales, un activista se precipita accidentalmente al vacío desde la platea del teatro. Informados los mandos policiales de la gravedad, se tarda más de una hora en conseguir que llegue una ambulancia. 52 personas serán detenidas entre golpes de porra, golpes de culata e insultos. José Luis Enguidanos muere dos días después como consecuencia de la gravedad del traumatismo.

- **26-27 de mayo de 2000 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía**

En el marco de la protesta antimilitarista y pacifista contra el desfile del ejército, el regidor del Ayuntamiento de Barcelona Joaquim Forn (CIU) es agredido por agentes antidisturbios que le fracturan la muñeca mientras observaba el desalojo y las cargas policiales contra la protesta.

- **de junio de 2001 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía**

En el curso de una movilización altermundista contra el Banco Mundial bajo el lema “Otro mundo es posible”, decenas de agentes con estética de manifestante y barras de cobre ilegales revientan la manifestación y detienen 22 personas. 35 personas son heridas, entre ellas profesionales de la comunicación. 70 entidades cursan una querrela judicial contra la delegada del Gobierno, Júlía García Valdecasas, máxima responsable de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- **16 de agosto de 2001 | Barcelona | Policía Nacional**

En el marco de la solidaridad con los inmigrantes sin papeles, y en plena negociación para buscar un alojamiento y una salida digna a su situación, 30 furgonetas policiales rodean a los 200 inmigrantes acampados en la plaza André Malraux y se inician las detenciones entre cargas, fugas y una brutal actuación en la boca de la estación de metro, donde los concentrados caen y se golpan en las escaleras.

- **16 de marzo de 2002 | Barcelona | Cuerpo Nacional de Policía**

90 personas son detenidas en el decurso de la masiva manifestación —350.000 personas— “Contra la Europa del Capital y la Guerra” convocadas por una amplia coalición social. Grupos de policías de paisano encapuchados detienen indiscriminadamente casi un centenar de perso-

nas, 18 de las cuales serán rápidamente absueltas y la mayoría en los sucesivos juicios. Sergio Leal es detenido por un grupo de cinco encapuchados, introducido en un furgón policial y apaleado. Los golpes y los maltratos se reproducen en comisaría y finalmente se le traslada al hospital, donde se diagnostican numerosas lesiones. La denuncia continúa abierta con el apoyo de dos entidades de defensa de los derechos humanos.

- **26 de noviembre de 2002 | Madrid | Cuerpo Nacional de Policía**

En el marco de una sentada pacífica para pedir la abolición de la deuda externa, una carga policial en las escaleras del Congreso de los Diputados se salda con 58 personas atendidas por los servicios médicos de urgencia. Meses después el Ministerio de Interior reconoce los excesos cometidos contra aquella movilización, así como contra otras dos protestas: una manifestación sindical de Sintel y una movilización antifascista.

- **14 de septiembre de 2003 | Castellar del Vallès | Guardia Civil**

Durante la Fiesta Mayor se registran diversos ataques fascistas. En el último concierto acuden ciudadanos de todas las edades y de otras localidades. Al finalizar el acto y mientras centenares de jóvenes se dirigen a otro espacio lúdico, grupos de fascistas les increpan y atacan. A la vez, los *skins* son defendidos por la Guardia Civil, con un gran despliegue de antidisturbios. Empieza una carga con pelotas de goma y botes de humo contra las personas que se encuentran en la calle. Una de las personas heridas interpone una denuncia por lesión en la cara por el impacto de una pelota, que llegará hasta la Audiencia Nacional. En la sentencia se reconoce el derecho a indemnización, ya hecho efectivo.

- **30 de septiembre de 2006 | Sabadell | Cuerpo Nacional de Policía**

Pau Rigol es detenido el 30 de septiembre en la puerta de su casa interesándose por una operación policial contra una agresión fascista que se desarrolla junto a su casa, un centro social okupado. Detenido por cinco agentes policiales, es tirado al suelo, inmovilizado y apaleado. Pau Rigol fue absuelto en marzo de 2007.

- **16 de noviembre de 2006 | Barcelona | Mossos d'Esquadra**

Los Mossos agreden a varios periodistas en el decurso de una protesta estudiantil. Un año antes los Mossos habían detenido, en una movilización contra el proceso de Bolonia, 46 estudiantes que permanecieron 45 minutos esposados y arrodillados en el suelo. Los 46 estudiantes resultaron absueltos.

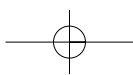
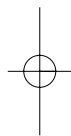
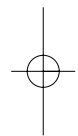
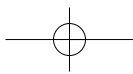
- **13 de enero de 2007 | Barcelona | Mossos d'Esquadra**

En el decurso de una protesta social por el desalojo del centro social Kan Mireia, y cuando se interrumpe el tránsito viario, la Brigada Móvil de los Mossos d'Esquadra acomete sin contemplaciones contra los manifestantes con pelotas de goma y cargas policiales, resultando heridas de diversa consideración 8 personas. Marcela Salagre es intervenida de urgencia con un implante quirúrgico para resolver la fractura del cúbito izquierdo.

Concluyendo el apartado de estudio de los casos concretos, se puede determinar que la brutalidad policial en la represión de movilizaciones sociales no ha sido excepcional, sino reiterada y reincidente. Por ello se han querido señalar casos concretos que se sitúan antes y después de 2001, año en el que verdaderamente se centra el comienzo de la investigación aquí presentada.

En los casos concretos de maltratos y torturas, se constatan mayoritariamente casos de brutalidad policial y violencia gratuita en el momento de la detención y traslado de los detenidos, restando los

casos concretos de tortura instrumental (buscar una confesión o autoinculpación) y de castigo en una realidad no sistemática, pero que acumula varios episodios que tampoco la hacen esporádica. Estos graves casos, desgraciadamente y años después de haberse sucedido los hechos, continúan algunos archivados y otros dilatados judicialmente, contribuyendo a la consolidación de un escenario de impunidad de los maltratos y las torturas.



CAPÍTULO 14

El discurso mediático en el tratamiento de la tortura en el Estado español

1. Introducción

Fijar la agenda pública es, sin duda, una de las aspiraciones esenciales en todo proceso político.²⁶² Para los politólogos Joan Subirats y Ricard Gomà “cada política sería el producto de la compleja interacción de personas e interacciones. Cada uno de esos actores transporta cierta definición del problema a abordar, una cierta imagen de la realidad sobre la que se quiere intervenir”.²⁶³ Esta regla también se cumple en el análisis de la privación de libertad y su relación con los derechos humanos en el Estado español, donde el comportamiento pivota entre el silencio mediático²⁶⁴ y la criminalización tanto de las víctimas como de algunos de los grupos de defensa de los derechos humanos. Según el lingüista Teun van Dijk, “las definiciones dominantes de la desviación o la marginalidad son las que se ven reproducidas en las noticias”.²⁶⁵

Por ello, dirá el prestigioso periodista Ryszard Kapuscinski, que esa antigua censura policial tosca y absurda ha sido sustituida en muchas ocasiones por una “censura refinada” donde el mercado, la publicidad y la manipulación son las nuevas herramientas.²⁶⁶ Jeremy Bentham es muy claro al respecto: “La inspección: éste es el principio para establecer el orden y para conservarlo [...]. Estar incesantemente a la vista de un inspector es perder en efecto el poder de hacer el mal, y casi el pensamiento de intentarlo”.²⁶⁷

Y es que en el caso de la elaboración de noticias relacionadas detectamos una serie de estrategias y fenómenos que hacen muy relevante su estudio, especialmente bajo la premisa conceptual que en estas páginas reseñaremos. Salvo contadas excepciones que a reseñaremos en estas páginas, los medios de comunicación mantienen la tesis oficial de que en el Estado no se tortura, y todo discurso en sentido contrario se silencia o no se legitima.²⁶⁸

²⁶² La agenda “is the list of subjects or problems to which governmental officials, and people outside of government closely associated with those officials, are paying some serious attention at any given time”, en KINGDON, John W. (1995:3).

²⁶³ GOMÀ, R. y SUBIRATS, J. (1998:25).

²⁶⁴ Estamos dentro del modelo que acertadamente describe Neil Postman, uno de los principales ensayistas norteamericanos dedicados al ámbito de los medios de comunicación social: la política televisada muestra exclusivamente un discurso reducido a la mínima expresión basado en pocas ideas en forma de tópico. POSTMAN, N. (1991) *Divertirse hasta morir*. La Tempestad: Barcelona.

²⁶⁵ VAN DIJK, Teun A. (1990:30).

²⁶⁶ KAPUSCINSKI, Ryszard (2003:101).

²⁶⁷ BENTHAM, J. (1979:35-37).

²⁶⁸ “In the gallery of types that society erects to show its members which roles should be avoided and which should be emulated, these groups have occupied a constant position as folk devils: visible reminders of what we should not be”. Más pistas muy interesantes al respecto se pueden encontrar en COHEN, Stanley (1972:10).

Un ejemplo claro de reforzamiento de esta postura lo detectamos en *El Periódico de Aragón*, que titula con un elocuente “La poca tortura policial en España queda impune” en informe del Consejo de Europa (10/11/2005). Y destaca: “la policía española no tortura de forma sistemática pero, cuando lo hace, los agentes pocas veces pagan por ello. A esa conclusión ha llegado el comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, Álvaro Gil-Robles, cuyo informe, además, critica al Gobierno español por devolver masivamente a 70 inmigrantes a Marruecos en la crisis de Melilla”. La expresión acrítica de “la policía española no tortura de forma sistemática” la encontramos en numerosas ocasiones en las unidades informativas analizadas.

En el presente artículo pretendemos analizar de qué modo los medios de comunicación en España tratan la cuestión de la tortura como hecho noticiable. Aunque en ocasiones el fenómeno de las torturas pasa desapercibido por los llamados “mass media”, en otros momentos acapara la atención periódica de manera muy singular (como sucedió con el llamado “caso Roquetas”²⁶⁹ al que nos referiremos en las próximas páginas²⁷⁰). La pregunta retórica de Durandin no es baladí: “¿Qué sería una información que no tuviera relación con la realidad?”.²⁷¹ Vicente Verdú parece contestarte: podemos acabar situándonos frente a “una segunda realidad o realidad de ficción”.²⁷²

En rasgos generales, ¿de qué forma la prensa española muestra la tortura?, definida claramente en el art. 1.1. de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o Degradantes de la ONU (1984). ¿Se recoge en los medios que las torturas son un “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales”? Según Iñaki Rivera, las implicaciones de este enunciado de carácter general son muy claras: existe una “intencionalidad específica que puede ser: a) con el fin de obtener de ella —persona sometida a torturas— o de un tercero información o una confesión; b) de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido; c) de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras; d) por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.²⁷³ Además, y es uno de los elementos definitorios clave, el autor debe ser una autoridad pública.

Así, hemos detectado en este punto que el poder de la autoridad (ya sean políticos, prensa, cuerpos de seguridad o expertos) acaba produciendo el desplazamiento y la difusión de la responsabilidad del individuo. En este sentido, el psicólogo canadiense Albert Bandura asegura que se puede detectar el empleo de recursos persuasivos (tanto mediáticos como no mediáticos) que colaboran a que una conducta rechazable se convierta en aceptable. ¿Cómo se logra? A través de justificaciones morales y caracterizaciones paliativas.²⁷⁴ En este campo, la deshumanización y la demonización de las víctimas

²⁶⁹ Como recoge *El País* (27 de julio de 2005), “el Ministerio del Interior ha suspendido en sus funciones y ha abierto un expediente disciplinario por falta muy grave al teniente J. M. R., quien hizo uso de dos armas no reglamentarias, dos porras, para intentar reducir al detenido J. M. G., de 39 años, que falleció el domingo en el cuartel de Roquetas (Almería). Esta medida ha sido adoptada por Interior después de que ayer sus responsables fueran informados de que el teniente hizo uso de dos armas no reglamentarias, una porra eléctrica y otra extensible, para intentar reducir a un detenido, de 39 años, que falleció por un paro cardíaco en el patio de las dependencias del cuartel de la Guardia Civil de Roquetas. El suceso ocurrió el pasado domingo, cuando al parecer el fallecido, J. M. G., fue detenido por la Guardia Civil por alterar el orden público, desobediencia y resistencia grave a los agentes de la autoridad”.

²⁷⁰ En este sentido, tiene especial relevancia el efecto que describen Paul F. Lazarsfeld y Robert K. Merton, y que definen como ‘disfunción narcotizante’. Según este proceso, se percibe que un aumento en la intensidad informativa puede provocar la narcotización de las audiencias, con lo que se reduce la acción del lector u oyente. Es decir, con una creciente dedicación a estar informado decrece el tiempo y el interés por actuar dentro de ese campo de información.

²⁷¹ DURANDIN, G. (1995:15).

²⁷² VERDÚ, Vicente (2003:11).

²⁷³ RIVERA BEIRAS, Iñaki, en BERGALLI, Roberto y RIVERA BEIRAS, Iñaki (coords.) (2006:45-47).

²⁷⁴ BANDURA, A. (1996:103).

forman parte de las justificaciones morales; en cambio, los estereotipos sociales sobre ciertos colectivos son caracterizaciones paliativas, tal y como analiza el citado Stanley Cohen.

Siguiendo las tesis del lingüista Teun van Dijk, resaltamos que nuestra consideración del concepto noticia se acerca más a una construcción de la realidad que a un mero reflejo de lo real. No es casual que la mayoría de las estrategias discursivas sobre la privación de libertad y su relación con los derechos humanos en el Estado español pivoten entre el ya referido silencio mediático y la criminalización de las víctimas, pasando por discursos exculpatorios que permiten una “doble estrategia de discurso y de interacción comunicativa, es decir, la presentación negativa del otro (mostrarse despectivo) y la autopresentación positiva (mantener el honor)”.²⁷⁵ Otras estrategias pasan por la lucha semántica que supone no usar el término tortura: uno de los ejemplos más claros en este ejercicio de preferencia semántica lo encontramos en el caso de la referida labor del comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Álvaro Gil-Robles, sobre el estado de los derechos humanos en España. Con motivo de esa visita, *La Vanguardia* (17/03/2005) titula “las cárceles catalanas inquietan al Consejo Europeo” mientras que *El País* (17/03/2005) señala la preocupación de Gil-Robles “por los malos tratos en las prisiones catalanas”. La palabra “tortura” queda eliminada.

La noticia implica en todos los casos una elaboración textual a partir de una determinada ideología, creencia o aspiración individual o colectiva. Numerosos estudios ahondan en estas tesis: “es posible afirmar que los medios de comunicación no se ciñen exclusivamente a decir lo que pasa sino que construyen la realidad social y la expresan en un discurso hecho de enunciaciones y estrategias que se pueden estudiar, y que constituyen el discurso de la información”.²⁷⁶

El objetivo de estas páginas es, por tanto, analizar cuál es la línea dominante de pensamiento en el ámbito de las torturas bajo privación de libertad a partir del estudio de los medios de comunicación y de la agenda política. En las páginas precedentes ya se ha cuantificado y cualificado la importancia de estos terribles comportamientos en el Estado español. En este punto, los autores de este informe consideramos que es necesario estudiar, desde el análisis del discurso, por qué existe cierta empatía hacia políticas penales y comportamientos rechazables concretos. Y es que, ¿cuáles son las reglas de esta ‘elaboración textual’?, ¿cómo se construye la “realidad social”?, ¿qué corrientes identificables se producen en la creación periodística?, y, sobre todo, ¿cuál es la misión de los medios dentro del debate cívico y político?

La persuasión es un elemento clave en este proceso. Así lo aseguran Pratkanis y Aronson respecto a la consecución de la legitimidad: “toda sociedad necesita un mecanismo para tomar decisiones, para limar diferencias y coordinar actividades. Nuestra sociedad ha optado por la persuasión”.²⁷⁷ Van Dijk coincide con una expresión similar: “la noticia promueve implícitamente las creencias y opiniones dominantes de grupos de élite en la sociedad”.²⁷⁸

Para descifrar la estrategia discursiva dominante (es decir, la que se deriva de los medios de comunicación) el presente apartado se centra en el análisis de las cerca de 10.000 unidades informativas recogidas sobre estas cuestiones en los principales medios españoles desde el año 2003 hasta la mayo

²⁷⁵ VAN DIJK, Teun A. (1997:212).

²⁷⁶ Según analiza María José Quiroga en el artículo “Las fuentes de información y la construcción de la realidad” publicado en Revista Latina de Comunicación Social y recogido en www.saladeprensa.org/art36.htm

²⁷⁷ PRATKANIS, A. y ARONSON, E. (1994:24).

²⁷⁸ VAN DIJK, Teun A. (1990:124).

de 2006, según la completa recopilación realizada por Jorge del Cura, activa personalidad contra la tortura y miembro de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura (CPT).

Según el análisis del propio Del Cura, si bien “las noticias sobre tortura y agresiones policiales son muy frecuentes en los medios de comunicación escritos regionales o locales, excepcionalmente puede referirse a ellos un periódico de tirada estatal”;²⁷⁹ y señala que durante 2004 el Centro de Documentación sobre la Tortura de Madrid recogió más de 2.700 noticias periodísticas sobre agresiones policiales o de funcionarios de prisiones.

Esta percepción sociológica y política tiene grandes consecuencias: apostamos que para entender e interpretar los futuros procesos legislativos (uno de los objetivos del macro proyecto europeo de investigación *CHALLENGE* y del OSPDH) es necesario analizar cuáles son las percepciones que crean los medios en la opinión pública a través de las noticias. Estas tesis reconocen que existe un poder que no opera directamente con instrumentos jurídicos o políticos.

Hannah Arendt resume acertadamente este proceso: “el poder sólo es realidad donde palabra y acto no se han separado, donde las palabras no están vacías y los hechos no son brutales, donde las palabras no se emplean para velar intenciones, sino para descubrir realidades, y los actos no se usan para violar y destruir, sino para establecer relaciones y crear nuevas realidades”.²⁸⁰ El poder no se manifiesta, pues, bajo lo que se considera el “control de acción” (acciones punitivas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado...), sino en el llamado el “control de pensamiento” (que se produce en la escuela o en los medios de comunicación). Al respecto, el ya citado van Dijk advierte: “la mayor parte de la información ‘utilizada’ para escribir un texto periodístico ingresa de forma discursiva [...]. Los acontecimientos, por lo general, llegan a conocerse a través de los discursos ya codificados e interpretados por otros, y de manera más relevante a través de los despachos de las agencias informativas”.²⁸¹

Para dar respuesta a estas inquietudes, metodológicamente, aplicamos una tradición positivista fundamentada en el concepto de marco o encuadre (*frame*) de los mensajes.²⁸² Según la profesora María José Canel hay una base ideológica: “la información está condicionada por las propias creencias”.²⁸³ Porque, como ya hemos recalado, los medios poseen la capacidad de fabricar el consenso y de facilitar la aceptación de una visión de la realidad determinada. Es decir, tratamos de analizar tanto el aspecto psicológico del receptor como el sociológico de todo emisor que elabora su producto informativo de acuerdo con unas coordenadas culturales y estructurales.²⁸⁴

En la línea de Herbert Marshall McLuhan,²⁸⁵ la premisa de la que parten estas páginas es que la noticia puede entenderse como una ventana abierta al mundo mediante la cual conocemos lo que está más allá de la capacidad perceptiva de nuestros sentidos. Al respecto, Tuchman afirma que “la objetividad está referida a los procedimientos de rutina que pueden ser considerados como características formales [...] que protegen a los profesionales de errores y críticas. Destaca el hecho de que el término

²⁷⁹ <http://www.tuttilimundi.com/modules.php?name=News&file=article&sid=148>

²⁸⁰ ARENDT, Hannah (1993:223).

²⁸¹ VAN DIJK, Teun A. (1990:141).

²⁸² RIVAS, A. (1998:181-215).

²⁸³ CANEL, María José (1999) *El País, ABC y El Mundo: tres manchetras, tres enfoques de las noticias*, en Zer: Revista de Estudios de Comunicación, número 6, páginas. 97-117

²⁸⁴ <http://www.ehu.es/zer/zer8/8carlos12.html>

²⁸⁵ Sociólogo canadiense conocido por su tesis de que el mensaje es el medio. McLuhan entiende que las tecnologías deben entenderse como prolongaciones de los sentidos humanos, y otorga la misma función a los diversos canales de comunicación. Por todo ello, anuncia una nueva sociedad tribal planetaria, que denomina la aldea global. MCLUHAN, H. M. (1998).

‘objetividad’ se utiliza como ritual estratégico de defensa”.²⁸⁶ De forma gráfica, continúa Tuchman, esa ventana desde la que se percibe el mundo puede ser grande o pequeña, tener cristales más o menos opacos, más o menos transparentes, más o menos grandes, más o menos pequeños...²⁸⁷ Lo ideal es que sean lo más grandes y abiertas posible, y, precisamente, tal es la misión de este documento.

2. Reflejo del fenómeno en los medios

Conviene recordar que el delito de tortura resulta extremadamente grave al atentar a diferentes bienes jurídicos tales como la integridad personal, física y mental, la dignidad humana... Todo ello, sumado a determinadas circunstancias agravantes de alevosía o ensañamiento que le son inherentes por parte de funcionarios en claro “abuso de poder”. Esta preocupación queda manifiesta en nuestro texto constitucional, donde existe una total interdicción de la práctica de tortura y de cualquier otro trato humillante. En consecuencia, la tipificación del delito de tortura en nuestro Código Penal resulta una consecuente protección del mandato constitucional. Incluso, y para contribuir a evitar la censurable práctica de tratos vejatorios y torturas, toda declaración de detenidos en sedes policiales carece de valor probatorio a los efectos del oportuno proceso, habida cuenta de la inexistencia de tutela judicial alguna.

Con ello se pretende “disuadir” al funcionariado de la “tentación” al recurso de tales prácticas. Pero detectamos en ocasiones comportamientos que tratan de salvar estas limitaciones. Un ejemplo es el diario *La Vanguardia*, que titula con un inequívoco “El TC no anula una sentencia contra 6 etarras pese a admitir que se les torturó” (17/02/2004), y destaca en el interior del texto que, si bien “el Tribunal Constitucional (TC) hizo pública anoche una sentencia en que acepta que las declaraciones de seis etarras ante un juez de la Audiencia Nacional estuvieron ‘viciadas’ por las torturas que padecieron durante el período de incomunicación por parte de la Guardia Civil”, el diario asegura que el tribunal “considera que en el proceso judicial hubo otras pruebas que certifican su condición de terroristas ETA o colaboradores de la banda”.

Se observa, pues, que a nivel legislativo (en los ámbitos constitucional, penal y procesal) se efectúa un perfecto cierre encaminado a evitar la práctica de torturas. El Estado moderno, y el nuestro entre ellos, censura tales prácticas y se protege frente a ellas. Al mismo tiempo, se firman los oportunos convenios internacionales dirigidos también a erradicarlas. Ahora bien, ¿se respeta siempre en la práctica esta voluntad “teóricamente” abolicionista del Estado? Hemos visto que no.

¿Es ello síntoma de una grave hipocresía, de una falta de control o de una objetiva dificultad de detección de las torturas? Probablemente, y como sucede normalmente, la respuesta sea necesaria buscarla en una mezcla de esas tres posibilidades. Ciertamente, no resulta sencilla la detección de las torturas dado que los lugares en donde cabe su práctica gozan de una extrema opacidad respecto al conocimiento del resto de la ciudadanía —comisarías, centros de detención, cárceles, establecimientos psiquiátricos, etc.-. Precisamente, esta opacidad (que también afecta a los periodistas) permite la inmunidad de esas prácticas abusivas que puedan existir y se contribuye a hacerlas todavía más reprobables y factibles, lo que consideramos que debería ser ya de por sí rechazable. Según recoge el diario *El Mundo* de forma aséptica, un informe de la ONU “pide que se suprima la incomunicación y que se grabe en vídeo todos

²⁸⁶ TUCHMAN, Gaye (1983).

²⁸⁷ CANEL, María José (1999:97-117).

los interrogatorios policiales” (6/03/2004). Es una de las garantías básicas, pero desde los medios no se ha realizado una campaña por ella de forma manifiesta, que sí se han hecho en otros ámbitos.

Como hemos visto, en España la tortura queda tipificada en el CP en el art. 174, que la define con las siguientes palabras: “1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiende a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años. 2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

Recogemos tres elementos esenciales: autoridad o funcionario público que abusa de su cargo, discriminación, y sufrimientos físicos o mentales. En el caso del tratamiento mediático de las torturas, detectamos que estos tres requisitos son reducidos con varias estrategias mitigadoras. La confrontación de estos mecanismos las recoge José Ignacio Calleja, Profesor de Ética Social, en el diario *Deia*: “Hace lo que debe el obispo Uriarte cuando denuncia en la ‘misa mayor’ de la Fiesta del Corpus que, también entre nosotros, ‘aunque las torturas no sean sistemáticas, no son excepcionales’. No necesito hablar con el obispo Uriarte para saber que esta afirmación se ha hecho después de recabar testimonios varios y bien contrastados. Otro tanto afirmaba hace unos días la prestigiosa organización Amnistía Internacional. El ministro de Justicia ya ha dicho que ‘el cien por cien de las denuncias son falsas’. Un porcentaje tan perfecto, es decir, absoluto, suena a frase hecha” (17/06/2004).

En primer lugar, el esquema de autoridad o funcionario público que abusa de su cargo queda reflejado en escasas unidades informativas. De hecho, numerosas sentencias van más lejos y señalan que existe una verdadera “situación de poder” para anular la voluntad de la víctima. En casi todos los casos en los que se recalca la posición privilegiada de los funcionarios, se debe sólo a la relación hombre-mujer. Por ejemplo, *El Mundo* (12/03/2003) señala que “la Sala Penal del Tribunal Supremo ha confirmado la condena a dos años de prisión impuesta a un policía municipal de Melilla que se aprovechó de su condición para conseguir que una joven marroquí, a la que acababa de detener, mantuviera relaciones íntimas con él. El Alto Tribunal considera que el hecho —de que la mujer no fuera forzada a realizar el acto sexual no elimina el delito, ya que, el acusado se prevaleció de su ‘situación de poder’ para anular la voluntad de la víctima”. Este tipo de “situación de poder” que sí reconoce la legislación no se traslada al resto de casos en las noticias publicadas al respecto, y se justifican con otros mecanismos.

En segundo lugar, la discriminación es un elemento intrínseco a las torturas, y se explica por un sistema institucional que discrimina. Pero esa discriminación, más que a un mal diseño institucional-garantista o a una mala formación de los funcionarios públicos, se expresa en clave de hecho ‘excepcional’. Así lo expresa Jorge del Cura: “estas informaciones siempre se presentan como casos aislados y excepcionales”.²⁸⁸ ¿Cómo es posible? Se repiten constantemente en las noticias sobre torturas y malos tratos que son hechos “excepcionales”.

²⁸⁸ <http://www.tuttilimundi.com/modules.php?name=News&file=article&sid=148>

Por ejemplo, la *agencia EFE* titula una reunión con el ministro del Interior, José Antonio Alonso, con las palabras “Alonso afirma casos de malos tratos o tortura son ‘excepciones’” (27/04/2005), y en el interior del texto se hace referencia a que “los malos tratos o torturas que puedan ser infligidos por miembros de las fuerzas de seguridad o funcionarios de prisiones en España son ‘excepciones’ que se investigan y castigan”. Frente a esta postura, *El Mundo* recoge las palabras del relator para la tortura del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el holandés Theo van Boven, que asegura que “no se puede considerar una invención’ las denuncias de malos tratos realizadas por personas acusadas de terrorismo en España en este campo. Aunque las torturas ‘no constituyen una práctica regular’ su frecuencia es ‘más que esporádica e incidental’, dice” (6/03/2004). Fue una noticia que recogemos en casi todos los diarios, tanto de tirada estatal como regional, pero se produce en el caso concreto de la presentación de un informe sobre el comportamiento de España. En general, la dinámica informativa corresponde al esquema marcado por Alonso en el teletipo de *efe*.

Aún así, detectamos que el llamado “caso Roquetas” ha despertado en parte de la población y de los medios una mayor conciencia de la tortura (recogemos hasta 968 unidades informativas sobre este caso), y numerosos diarios se hicieron eco en verano de 2005 de otros casos muy similares. Así, *Diario Sur* señala que “más de 80 policías y guardias fueron condenados en cuatro años” (10/09/2005), fruto no de una investigación propia que podría realizarse desde el periodismo, sino del trabajo de la Asociación Pro Derechos Humanos (APDH) y de Amnistía Internacional. Según este informe que recoge *Diario Sur*, “existen más de 1.000 denuncias por abusos de autoridad que han dado lugar a 80 condenas a policías y guardias civiles en los últimos cuatro años. A este respecto, recordaron las conclusiones de la ONU, en 2004, en las que se expresaba que ‘los malos tratos policiales existen y, aunque no son sistemáticos, sí son más que esporádicos e incidentales en España’”.

El informe de Amnistía Internacional de 2003 titulado *Contra la Tortura. Manual de Acción* se refiere al menos a cuatro colectivos minoritarios que ya sufren de por sí el silencio mediático: las mujeres, los inmigrantes, las minorías sexuales y a las personas bajo el umbral de la pobreza en forma de delincuencia de baja intensidad.²⁸⁹ En el caso de la inmigración, los hechos son especialmente graves: “La sala considera probado que, sobre las ocho y media de la tarde del 19 de diciembre de 1996, un sargento, un cabo y una agente introdujeron en un coche patrulla a la víctima, de nacionalidad argentina y quien dos horas antes había sido trasladado a comisaría tras ser expulsado de un bar por estar borracho. El sargento comunicó a otro policía, cuyo testimonio fundamenta el fallo, que iban a llevarlo a ‘un lugar de donde no iba a volver más’, y lo trasladó a un descampado de la ciudad. Allí, ‘le propinaron patadas y golpes y lo abandonaron a su suerte’, según se recoge en la sentencia” (*La Voz de Galicia*, 17/05/2003)

El diario *Avui*, uno de los periódicos que más rotundamente se ha posicionado contra la tortura junto a *Gara* y el ilegalizado *Egunkaria*,²⁹⁰ publica una columna de Martí Estruch i Axmacher titulada con todo sentido “El silenci de les tortures” a propósito de los malos tratos denunciados por el direc-

²⁸⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2003:28-29).

²⁹⁰ El 20 de febrero de 2003 se produjo el cierre del diario *Egunkaria* y sus directivos quedaron detenidos por el magistrado de la Audiencia Nacional, Juan del Olmo. Cinco días más tarde, con la salida del centro penitenciario, el director de *Egunkaria*, Martxelo Otamendi, acusó a la Guardia Civil de torturas. El ministerio de Interior se respondió a estas acusaciones con una querrela contra el propio Otamendi. El 21 de febrero los principales artículos de opinión ante estos hechos fueron: “Un tancament injustificable” (*Avui*), “Un tancament perillós” (*El Periódico*), “Cierre de un diario” (*El País* *Cataluña*), “El injustificado cierre de un periódico” (*El Mundo* *Cataluña*),

tor del diario *Egunkaria*. En la tribuna describe el proceso informativo del conjunto de la prensa: “Si no fos que el resultat seria de vergonya aliena, m’agradaria que algú analitzés quina presència mediàtica han tingut les denúncies del senyor Otamendi. Estic segur que deu ser un volum ínfim en comparació a la grip recent de dos jugadors del Barça, que feia perillar la seva alineació. Aquí sí que tenim un tema interessant, que omple pàgines de diari i minuts de ràdio i televisió. Si el senyor Otamendi fos un jugador de la Reial Societat que denuncia l’entrada d’un rival, potser els editors i els caps de secció hi mostrarien cert interès, però un periodista que denuncia tortures, ves quina mandra comprovar si és cert, i el qui i el com i el quan”²⁹¹ (11/03/2003).

Tenemos muchos ejemplos, y sólo algunos casos escapan del silencio mediático. Uno de ellos es la denuncia de un transexual gijonés a la policía vasca por trato vejatorio que sólo recogemos en *El Comercio de Gijón*, pese a que los hechos que se describen: “la presidenta del colectivo transexual Soy Como Soy, con un centenar de afiliados en toda España, ha denunciado a la Ertzaintza por someterla a un ‘trato humillante y vejatorio’ en Bilbao durante un cacheo. Según su relato, los policías hicieron bromas acerca de su apariencia durante el trayecto y, después, la tuvieron desnuda durante veinte minutos en una sala con la puerta abierta” (24/12/2003).

En el caso de la inmigración, los casos registrados son un fenómeno creciente que no van acompañados de una mayor visibilidad mediática como debería corresponder. Y es que como publica *La Vanguardia*, “SOS Racisme advierte que las denuncias contra la policía se han duplicado en un año” (22/03/2003). Además, en el interior del texto se destaca en boca del portavoz de SOS Racisme que, “en la práctica totalidad de los casos, cuando una persona denuncia haber sido apaleada o haber recibido trato vejatorio por parte de un miembro de las fuerzas de seguridad, el denunciado acusa a la víctima alegando desobediencia o resistencia a la autoridad, por lo que acaba sin haber sanción”. Pese a la publicación de esta noticia, no detectamos un celo posterior en este sentido ni en *La Vanguardia* ni en otros diarios que también recogieron las palabras del miembro de SOS Racisme. Además, los medios normalmente no asumen este tipo de afirmaciones y remiten siempre a declaraciones entrecomilladas de organizaciones de defensa de los derechos humanos.

El abuso a personas inmigradas en muchas ocasiones se ve agravado por abusos sexuales. Como recoge *ABC* en su edición Andalucía, “Un policía pedía favores sexuales y dinero a inmigrantes por legalizarlos” (22/05/2004), y en el interior de la noticia se describe que “un agente de la Policía Nacional, destinado en el puesto fronterizo de Algeciras, ha sido detenido por sus propios compañeros, sospechoso de haber solicitado dinero y favores sexuales a mujeres inmigrantes a cambio de legalizar su

“*Egunkaria*, bajo sospecha” (ABC), “Instrumento del euskera” (*La Mañana*) y “Tancar un diari” (*Regió 7*). *La Vanguardia* publicaba un día después “Sin *Egunkaria*”. El 12/03/2003 el diario analizaba claramente los hechos con un revelador “El denunciante denuncia”. *El Mundo* publicó al respecto: “Tratándose de un medio de comunicación, su clausura representa una medida de enorme trascendencia porque afecta a un principio constitucional como es el derecho a la información [...] Por eso la apoyatura legal debería ser irreprochable, para que no se pueda sospechar siquiera que se trata de acallar una voz representante de una ideología determinada, que además es la del único diario en euskera”. En marzo de 2003, *Egunkaria* y Martxelo Otamendi recibieron muestras de apoyo de diversos periodistas y medios de comunicación y el Parlamento vasco exigió la legalización del diario. Hoy en día continúa ilegalizado. CARDÚS, Salvador (coord.) (2004).

²⁹¹ “Si no fuera que el resultado sería de vergüenza ajena, me gustaría que alguien analizara qué presencia mediática han tenido las denuncias del señor Otamendi. Estoy seguro que debe de ser un volumen ínfimo en comparación a la gripe reciente de dos jugadores del Barça, que hacía peligrar su alineación. Aquí sí que tenemos un tema interesante, que llena páginas de diario y minutos de radio y televisión. Si el señor Otamendi fuera un jugador de la Real Sociedad que denuncia la entrada de un rival, quizás los editores y las cabezas de sección mostrarían cierto interés, pero un periodista que denuncia torturas, mira qué pereza comprobar si es cierto, y quien y lo cómo y lo cuándo”.

situación. Se le considera presunto autor de un delito de cohecho, de falsificación documental y contra los derechos de los inmigrantes”. Como en todos los casos, la noticia destaca que “los sindicatos policiales insistieron ayer en que es un caso aislado y que no hay ningún otro funcionario policial implicado”.

Casos aislados en la descripción, o, todavía más allá, pura invención por parte de las víctimas. Incluso, en este caso, los medios recalcan positivamente las iniciativas que el Departamento vasco de Interior emprendió a partir de 2003 para “para hacer frente a las ‘falsas acusaciones de torturas’ que se producen desde la izquierda abertzale cada vez que se produce una operación policial contra la violencia callejera o el terrorismo” (*El Correo Español*, 20/02/2003). Lo mismo sucede con el resto de los colectivos que en España son los principales afectados por las torturas, aunque lo detectamos especialmente sobre los movimientos *abertzales*. La supuesta “falsedad” de las acusaciones de tortura queda asumido, aquí, de forma peligrosamente acrítica.

En tercer lugar, los sufrimientos físicos o mentales son de diversa índole que ya se ha detallado en las páginas precedentes. Dentro del análisis mediático, de todas maneras, este sufrimiento se presenta con mecanismos retóricos como la criminalización de la víctima, donde encontramos con todo detalle sus posibles antecedentes a modo de justificación; también es justificadora la posible confusión, donde las autoridades se equivocaron de persona y nunca de actuación. Un ejemplo entre la gran cantidad que hemos recogido lo publica el *Diari de Girona* (05/03/2003): “Antonio Montijano Pereira, un detingut de 35 anys, amb antecedents per robatori, furt i estafa, va morir ahir a la comissaria dels Mossos d’Esquadra d’Olot, la seva població. El difunt, que era drogadicte, havia estat arrestat per assaltar una botiga”.²⁹²

3. Reflejo de las sentencias en los medios

Uno de los periódicos más combativos contra la tortura en el Estado español es *Gara*, editado en Guipúzcoa y profundamente marcado por el llamado conflicto vasco. Este diario critica frecuentemente los casos de posibles torturas, y, además, problematiza los recursos retóricos que en las páginas precedentes hemos apuntado. En el caso de las sentencias, el diario *Gara* recoge, por ejemplo, la sentencia que absuelve a una ertzaina acusada de malos tratos a un joven (22/01/2003). Según la noticia, “el fallo judicial añade, además, que ‘no puede olvidarse que la denuncia trae su origen en la previa detención del hoy denunciante por hechos que pudieran estar tipificados como de terrorismo o relacionados con los mismos’. En esta línea, estima que en la querrela presentada por Beloki había ‘un interés adicional’”. En este caso, el trabajo de *Gara* es desenmascarar las estrategias dominantes que tratan de justificar una posible tortura en aras de un supuesto bien común que todo justifica frente al terrorismo.

Y es que el diario *Gara* es un caso único dentro del esquema periodístico del Estado como veremos en el punto 6 de este trabajo, especialmente en lo referido al movimiento *abertzale*. Al respecto, es muy ilustrativo el artículo de Iñaki Iriondo titulado “¿Está alguna vez justificada la tortura?” (19/01/2003). Por su interés recogemos una extensa cita: “Esta era la pregunta que en su portada del número de la pasada semana hacía la revista británica *The Economist*. A informar sobre la tortura dedicaba varios artículos y a responder a la cuestión nuclear, su editorial. [...] La pregunta de fondo que se

²⁹² “Antonio Montijano Pereira, un detenido de 35 años, con antecedentes por robo, hurto y estafa, murió ayer a la comisaría de los Mossos d’Esquadra de Olot, su población. El difunto, que era drogadicto, había sido arrestado para asaltar una tienda”.

hace el editorial de *The Economist* es si, ante la posibilidad de que torturando a un detenido se pueda evitar un ‘ataque terrorista’, es admisible el uso de los malos tratos. La revista admite que mucha gente respondería que sí. Pero entonces hace más preguntas: ¿Cuánta crueldad es admisible? ¿Las amenazas contra su familia son correctas? ¿Y contra sus vecinos? ¿Y contra su país? Añade que cualquier admisión de la tortura, por limitada que sea, será desbordada por las autoridades, como ocurrió en Israel. Además, demuestra con un caso histórico que bajo tormento se puede hacer que el reo diga lo que su torturador desea, aunque no sea cierto. Por todo ello, ‘*The Economist*’ concluye que ‘la prohibición de la tortura es un tabú que las democracias occidentales no deben eliminar, aunque el precio sea caro’. Otra cosa es que, al final, prohíban la tortura pero la practiquen”.

En clave regional también encontramos críticas en este sentido, pero menores. Encontramos planteamientos justificadores en casi el resto de los diarios. Por ejemplo, el diario *Levante-EMV* titula una noticia (11/04/2003) con “la Audiencia confirma la sentencia que absuelve a dos funcionarios de Picassent por la muerte de un preso”, donde se destaca acriticamente especialmente a modo de justificación: “considera el carácter violento del interno que obligó a reducirlo y su grave enfermedad”. Más aún, en ocasiones las autoridades públicas recurren a todo tipo de justificaciones; como publica *Metro News* “la Audiencia Provincial ha condenado a un policía nacional a pagar una multa de 1.440 euros a un joven por romperle el tabique nasal. Su excusa fue que no le mostró la documentación” (29/01/2003).

En el caso de otros colectivos amenazados que ya hemos descrito, otros diarios también se suman a este ejercicio de no cuestionamiento. Por ejemplo, el diario *El Mundo* recoge la sentencia por la que se condenan a prisión dos policías por la detención ilegal de un hombre tras insultarle por homosexual. La sentencia impone a los policías penas de 3 años de prisión, de 8 y 10 años de inhabilitación, y el pago de 553 euros por las lesiones causadas al perjudicado. En el interior del texto (18/01/2003) se detalla la dureza de las penas, aunque la sentencia recoge que “recomienda a los policías ‘la petición de un indulto, si así lo estiman oportuno’”. Las razones: la pena comporta la pérdida definitiva de la profesión y eso repercute en las familias de los policías. Incluso, en otras ocasiones, las agencias de prensa y los periódicos aprovechan para dar a conocer la absolución de los presuntos autores de ese tipo de delitos a través de titulares como “El juez absuelve de homicidio al policía que mató a un joven pero dice que el disparo *no fue fortuito*” (*Europa Press*, 18/11/2005) o la “Audiencia de Valladolid archiva el caso de tres presos que denunciaron haber sido golpeados por funcionarios” (*Europa Press*, 21/11/2005).

4. El papel de los medios en la transparencia

En ocasiones el hecho de que la tortura salga a la luz pública se legitima desde algunos medios como un “mal menor” necesario para la seguridad del Estado. En esa línea, cabe recordar el asesinato a tiros del ciudadano brasileño, Jean Charles de Menezes, en manos de Scotland Yard unos días más tarde de los atentados del 7-J en Londres (22/07/2005). La policía londinense admitió el error, pero ante la lucha antiterrorista legitimó la medida de “disparar a matar contra sospechosos”. Es obvio que tras la “tortura como no-noticia” existe una interesada carga ideológica: los medios como “correa transmisora” del discurso oficial. Por desgracia, los medios de comunicación no asumen en su totalidad el papel de “guardianes del pueblo”, según palabras de Noam Chomsky,²⁹³ para denunciar las situaciones de

²⁹³ CHOMSKY, Noam, y HERMAN, E.S. (1990).

abuso de poder: la tortura no tiene justificación y no hablar de su existencia perpetúa las irregularidades del propio sistema.

Existe aquí una clara contradicción entre aquella teórica voluntad garantista y la dificultad en el uso de medios para controlar de forma absolutamente imparcial que la práctica real no contradiga aquella intención. Esto nos conecta con las dos posibilidades antes citadas —hipocresía y falta de control—. En resumen, si ante unas conductas inicialmente de difícil detección existe un escaso control o mal control para su evitación (y ello además obedece a que los enunciados teóricos no se corresponden realmente con la voluntad política), nos hallamos frente un problema. Y aquí los medios tienen un papel clave.

Ante esta situación, no puede dudarse que los medios de comunicación en general y, la prensa escrita en concreto, podrían convertirse en unos amplificadores idóneos de aquello que aconteciendo intramuros llegue de forma excepcional al exterior. Sin embargo, se constata la pasividad de los medios (excepto casos reseñados como *Gara* o *Avui*). En consecuencia, el propio público no ejerce una demanda constante de noticias, y los medios de comunicación, por ende, tampoco consideran especialmente noticiable lo que ocurre en el día a día en las comisarías, cárceles... Los medios tan sólo focalizan parte de su atención en aquellos eventos puntuales de suma importancia que se producen en esos espacios (normalmente motines o suicidios). Y, además, la forma de interpretar estos eventos es más difícil porque no existe tradición informativa ni contexto: el periodista no trabaja habitualmente con esos parámetros y se encuentra ante una crisis informativa de la que debe rendir cuentas en menos de seis horas (lo que dura el período de redacción periodística).

La raíz del problema queda casi siempre invisible. Tiene sentido, así, que el evento explicado como un fenómeno aislado, surgido por generación espontánea pueda ser objeto de una tremenda manipulación periodística, sin que los lectores puedan ser excesivamente conscientes de tal manipulación (incluso el propio periodista). Uno de los casos paradigmáticos es la afirmación de que cuando un interno manifiesta que ha sido objeto de vejaciones lo habitual por parte de los representantes del funcionariado y de las instituciones es neutralizar tal acusación desacreditando la versión de la víctima bajo las apreciaciones de “que todos manifiestan lo mismo para llamar la atención” o que se resistieron a la autoridad. Es necesario cuestionar tales afirmaciones, especialmente las similares a las que recoge *Europa Press* de la Consejería de Interior que dirige Javier Balza: “la Ertzaintza pretende rechazar ‘la campaña de falsas acusaciones de malos tratos y torturas’ que se desarrolla contra este cuerpo ‘cada vez que tiene lugar un operativo policial’ contra personas acusadas de relación con *kale borroka* o actos de terrorismo” (18/02/2003). Las afirmaciones de este estilo por parte de representantes públicos deberían ser medidas y cuestionadas por los medios.

En segundo lugar, los propios medios están en una situación de inferioridad en relación a las Administraciones Públicas. La dificultad que los propios profesionales del periodismo registran en el momento de cubrir esas cotidianidades, y aún más, cuando se trata de un hecho relacionado con prácticas de tortura, sólo se explica por la opacidad del inherente al sistema. Más aún porque, ya lo hemos analizado, cuando los medios se interesan por el fenómeno de las torturas se encuentran con barreras que les impiden realizar cualquier investigación alejada de las fuentes oficiales. Es necesario que los medios ejerzan un ejercicio constante que coloque a las instituciones en una difícil situación si perduran en el oscurantismo. Por ejemplo, dentro de las rutinas propias del periodismo, el trabajo de Chibnall resalta cómo los contactos diarios entre periodistas y cuerpos policiales “los llevan a casi una reproducción inevitable de las definiciones oficiales e informales del cri-

men que sustenta la policía, y a la inversa, a una confirmación a través de los medios de la acción policial”.²⁹⁴

Porque la opacidad de los centros y los intereses creados dificultaran tal investigación y obstaculizaran la tarea de aquellos medios que quieran informar sobre la verdad de lo sucedido. Está claro, como advierte van Dijk, que “los medios de comunicación no son un mediador neutral, lógico o racional de los acontecimientos sociales, sino que ayudan básicamente a reproducir ideologías reformuladas”.²⁹⁵

Por ello, en este sentido, es una de las preocupaciones esenciales de los colectivos de defensa de los derechos humanos y del ámbito académico. Recogemos al respecto 85 unidades informativas que hacen referencia a ‘obstáculos estatales’ en la investigación de la tortura, que cierran el sistema bajo las tesis dominantes sobre la tortura (o, mejor dicho, la no-tortura). Muy claro al respecto ha sido el propio OSPDH, según recoge el diario *El Mundo*: Un estudio elaborado por el Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona denuncia la práctica de torturas y malos tratos a los presos de las cárceles catalanas por parte de los funcionarios de prisiones. [...] No obstante, aclararon que por culpa de los ‘obstáculos’ de la Generalitat a la hora de estudiar las prisiones de Catalunya, que ‘nos negó la entrada a las 11 cárceles catalanas’, no han podido ‘investigar a fondo’ si estas situaciones son ‘generalizadas’” (15 de octubre de 2003).

Pero no se observa por parte de la Administración demasiadas intenciones de romper la citada opacidad. Y aquí, una vez más, se constata la contradicción entre la declaración de principios de los Estados, en cuanto a la condena de las torturas y al control de lo que sucede en las cárceles-comisarías para evitar los abusos, y la negativa real de las instituciones en promover una mayor transparencia y de los medios en trabajar para conseguirla.

5. El retrato de las víctimas frente al de los funcionarios

Hemos detectado una remisión expresa a los antecedentes de la víctima de torturas o malos tratos en 471 noticias, la mayoría de los casos para reducir la importancia de las lesiones que recibe. Por ejemplo el *Diario de Sevilla* (18/01/2006) publicaba la noticia “un joven muere tras denunciar una paliza de la Policía Local”, en la que hacía referencia a la muerte de un joven de 20 años que fue hallado muerto en su casa sólo 48 horas después de afirmar que recibió malos tratos policiales. En la tercera frase del texto de la noticia se describe a ese joven con una estrategia que lo criminaliza y pretende restar valor a la información: “El joven, que tiene varios antecedentes policiales y es adicto a las drogas, fue detenido por robar un radiocasete”. Más relevante para la información, pero cualitativamente colocada dentro de la noticia en una posición inferior según el esquema de la pirámide invertida, se recoge que el joven “fue puesto a disposición judicial y, en su declaración en el juzgado, manifestó que había sido golpeado con dureza y que no era la primera vez que recibía estos supuestos malos tratos policiales”.

Otro de los ejemplos más claros se produce en el *Diario de Navarra* (14/01/2004), que recoge el fallecimiento de un séptimo inmigrante fruto del incendio de la Comisaría de Málaga. En este texto se describe el suceso en el tercer párrafo con las siguientes palabras: “el siniestro se produjo en los cala-

²⁹⁴ VAN DIJK, Teun A. (1990:27).

²⁹⁵ VAN DIJK, Teun A. (1990:28).

bozos de la Comisaría Provincial de Málaga, según la Policía, fue originado de forma intencionada por uno de los inmigrantes, quien al parecer pertenecía a una red dedicada a la introducción de ciudadanos extranjeros en España y que impidió salir a los demás de la celda cuando fue abierta para aprovechar la confusión e intentar posteriormente la fuga”. El esquema informativo de diarios como *El País* ese mismo día difiere de la postura del *Diario de Navarra*. En el primer párrafo del texto se pone en cuestión la actuación policial con la incorporación de fuentes no estrictamente oficiales: “según las ONG, este rosario de decesos pone en entredicho la versión del Gobierno de que la actuación policial fue correcta y se produjo 20 segundos después de que fuera detectado el fuego. El presidente de la Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España (ATIME), Karnal Rahmuni, cree que el balance de víctimas refleja que existieron ‘fallos y negligencias’”. Aquí *El País* realiza un encomiable ejercicio de aumento y diversificación de las fuentes informativas más allá de las institucionales.

Finalmente, como recoge *ABC* (19/02/2003), el juez archivó el caso: “Carpetazo judicial. El juez ha decidido no continuar con la investigación abierta por el incendio provocado el pasado 27 de diciembre en los calabozos de la Comisaría de Málaga en el que murieron siete inmigrantes” y destaca que no hay indicios de responsabilidad penal en el incendio de los calabozos, “salvo la que pudiera atribuírsele al autor del incendio: Ahmed Ahagan, el presunto autor del fuego y supuesto integrante de una red de tráfico de inmigrantes, quien murió también en el siniestro”.

Una de las excepciones a esta criminalización se produce ante las querellas que elaboró el colectivo de pensamiento cristiano HazteOir.org contra la policía antidisturbios por agresiones durante una protesta frente al Congreso de Diputados en marzo de 2005. Las crónicas y las numerosas cartas al director destacan la indefensión de las víctimas, muchas de ellas jóvenes, ante la actuación policial. Este tipo de denuncias no se producen en otras situaciones, por lo que consideramos que este contraste es todavía más rechazable. Incluso, desde los propios medios se destacan las palabras de organizaciones que, en ocasiones, realizan manifestaciones en este sentido, cuando otros colectivos nunca logran una voz directa en los medios.

Más aún, la crítica a estas voces no oficiales es constante. Como publica *El Mundo*, la Confederación Española de Policía (CEP) exigió ayer a SOS Racismo que “no criminalice a los agentes para des-criminalizar a los inmigrantes y recordó que en el 90% de los casos de supuestas agresiones, los policías son absueltos o las denuncias son archivadas por falta de pruebas” (23/03/2005).

Las víctimas no se suelen presentar más allá de sus antecedentes penales. Una de las excepciones es la noticia de *El Mundo* (24/02/2003), que describe a la actuación de vida de un mimo que ha sufrido malos tratos por un mando policial según sentencia de la Audiencia de Madrid: “Norberto es un actor. Su trabajo es divertir a la gente. Y eso es lo que hacía en las Navidades de 1999 en la calle de Preciados. Aprovechaba para sacar todo su arte a relucir en unas fechas en las que los niños no tienen clase y en las que los madrileños acuden masivamente al centro para comprar los últimos regalos de Reyes. Subido en un cubo, con la cara pintada de blanco y arropado por una sábana, actuaba como mimo frente a un conocido centro comercial. Hasta que llegó un agente de la Policía Municipal y le pidió que dejase de actuar. Amparado por una instrucción municipal que le permite realizar este tipo de actividad en la vía pública, el actor se negó a obedecer. Después de intimidarle, el funcionario le agredió con el walkie-talkie que portaba. La Audiencia de Madrid ha ratificado la condena que le impuso el juzgado de instrucción número 46 por una falta de malos tratos”. Este tipo de redactado es una completa excepción en el conjunto de la prensa analizada, pero consideramos que las características de la víctima explican esta novedad.

En general, las víctimas de malos tratos o torturas se describen según el colectivo al que pertenecen: movimiento *abertzale*, mujeres, inmigrantes, minorías sexuales, personas bajo el umbral de la pobreza... Y esta descripción funciona, también, a modo de justificación: “Los principales sindicatos policiales defendieron la actuación que las unidades de antidisturbios están teniendo en manifestaciones contra la guerra en Iraq, como algunas celebradas en Madrid, donde se produjeron incidentes al hacer frente las fuerzas policiales a individuos que trataban de cortar las calles o protagonizaban algún otro tipo de altercado” (*La Razón*, 24/03/2003).

Frente a esta estrategia, la descripción de los supuestos torturadores cobra especial relevancia. Más aún, como advierte Iñaki Rivera, si “es requisito indispensable para poder tipificar tales actos como constitutivos del delito de tortura, cierta cualidad específica que se exige del autor. En efecto, [...] éste ha de ser: a) un funcionario público; u b) otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”.²⁹⁶ Lo que sucede en esos establecimientos (cerrados al público y olvidados tanto por la prensa como por el propio público), tan sólo es conocido por quien practica la tortura —es decir, una persona con “cierta cualidad específica”— y por quien la padece. Por ejemplo, cuando el militante octogenario de Izquierda Unida José Carlos López quedó detenido por la policía municipal se presentaron al juicio como víctimas y acusados. Como señala el *Faro de Vigo*: “Por un lado, el agente acusa a López Losada, de 82 años, de desobediencia a la autoridad, solicitando por ello una condena de 10 días de multa a razón de 3 euros por día; y a su vez éste acusa al policía por maltrato y lesiones, requiriendo una indemnización por los 45 días que precisó para la recuperación de una dolencia que le afectó a la cervical” (25/06/2003).

Por ello, el conocimiento general de la tortura se logra exclusivamente por las manifestaciones del torturado, inmediatamente neutralizadas y descalificadas por el estamento al que pertenece el torturador de forma prácticamente sistemática. Uno de los casos más claros de esta estrategia lo encontramos en *La Razón*: “Funcionarios de prisiones piden a Interior que se querelle contra quienes les acusan de falsas torturas” (12/03/2003). Pero detectamos casos todavía más allá: “Casi la mitad de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía de Eivissa han firmado el documento de una demanda, que ayer fue presentada ante el juzgado de primera instancia e instrucción número uno de Eivissa, contra todos aquellos que les acusaron de causar malos tratos en la comisaría de Eivissa. [...] El objetivo, tal y como señalaron los sindicatos pocos días después a través de un comunicado, es ‘acabar de una vez por todas con los ataques sistemáticos al Cuerpo Nacional de Policía’. Los agentes creen que este tipo de declaraciones ‘tienen como único objetivo perjudicar a un colectivo’, e incluso llegaron a acusar a Els Verds de realizar este tipo de declaraciones para ganarse el voto inmigrante” (*El Día de Baleares* — *El Mundo*, 05/04/2003). La primacía del funcionario por su propia condición es más que evidente.

6. Un caso específico: el diario *Gara*

En contraposición a la corriente mayoritaria, expuesta hasta ahora, la habitual invisibilización de la tortura en el discurso periodístico (no disfrazada como mero accidente fortuito o delito de lesiones) se rompe en el caso concreto y casi excepcional del diario vasco *Gara*, al que ya nos hemos referido brevemente en páginas anteriores y que publica un total de 778 unidades informativas sobre esta cuestión

²⁹⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki, en BERGALLI, Roberto y RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coords.) (2006:45-47).

(casi el doble que *El País* o *ABC* en el mismo período de análisis). Incluso, hay que contextualizar a *Gara* como un caso único en País Vasco: supera cuantitativamente a otros diarios de País Vasco como *Deia* (201 unidades informativas), *El Diario Vasco* (184 unidades informativas) o *El Correo Español* (169 unidades informativas). Dentro del caso único que supone *Gara* también hay que incluir, como hemos adelantado, los casos de *Avui* y del ilegalizado *Egunkaria*.

En el contexto de la violencia armada de ETA —hasta la reciente tregua de alto al fuego decretada el pasado 22 de marzo—, este periódico *abertzale* habla abiertamente del fenómeno de las torturas, interpreta sus posibles causas, y se hace eco del testimonio de sus presuntas víctimas, la mayoría de ellas presos o detenidos vinculados a la organización terrorista. Así, por ejemplo, destacamos las noticias “Txapartegi: Me llevaron a un cuarto, me desnudaron entre cuatro y me violaron” (*Gara*, 20/04/2006) y “Desde la muerte de Mikel Zabaltza hasta hoy ha habido 3.500 denuncias de tortura” (*Gara*, 19/11/2005).

Contabilizaciones similares, pero de temática distinta, encontramos en otros diarios españoles en relación a la violencia de género o las muertes por accidentes de tráfico (especialmente en los últimos 20 meses), pero no detectamos el mismo tratamiento informativo para las torturas. En este caso el paradigma informativo no se ha roto con la llegada al poder del gobierno socialista. Hay que tener en cuenta, además, que el número de suicidios en cárceles o dependencias policiales en lo que va del presente año (2006) es superior al de fallecimientos por violencia de género. Éste es un hecho destacable que no puede pasar desapercibido.

El diario *Gara* también hace de amplificador de otros casos de torturas no relacionados estrictamente con el conflicto político, pero no menos importantes. Mediante su página web²⁹⁷ encontramos un link sobre la tortura en *Euskal Herria*, donde se explican los distintos métodos (golpes, extenuación física, impedir la visión, amenazas y gritos, agresión sexual, simulacro de ejecución, bolsa, bañera, electrodos...) que se emplean por parte de los cuerpos policiales (estatales y autonómicos —la Ertzaintza—) para torturar a los detenidos según las denuncias recogidas de las presuntas víctimas. También en la versión digital de este mismo periódico existe otro link sobre la impunidad o los indultos a funcionarios condenados por torturas. El indulto es una estrategia frecuente. Como recoge *El País* ante un caso contra dos agentes acusados por la detención ilegal de una persona, la propia sentencia del Tribunal Supremo, condenatoria a tres años de cárcel y a la expulsión de la Guardia Urbana de Barcelona, “les sugiere que pidan el indulto al Gobierno” (18/01/2003).

Este posicionamiento de *Gara* es todavía más expreso con la pregunta “¿cuál es la función de la tortura? ¿Obtener información, conseguir autoinculpaciones o extender el terror a todo un sector social?”. Es una pregunta que no encontramos en el resto de los medios, más aún cuando los periodistas de este diario, Iñaki Irondo y Ramón Sola, se la realizaron al líder de la ilegalizada Batasuna, Arnaldo Otegi, mediante el libro *Mañana, Euskal Herria. Entrevista con Arnaldo Otegi*.²⁹⁸ El entrevistado contestó: “Una combinación de todo ello. La parte mínima es la de obtener información. Otra parte es la pura venganza. Y otra parte es instalar a un sector social amplio en el terror de ser torturado. Se tortura a gente que se sabe que no es combatiente ni tiene información, lo que sólo tiene sentido en la autocomplacencia de quien lo hace, que es un psicópata, o para que al salir de comisaría esa perso-

²⁹⁷ <http://www.gara.net/dosierrak/euskalgatazka/tortura/metodos.php>

²⁹⁸ IRONDO, Iñaki y SOLA, Ramón (2005:191). Capítulo “Tortura, cárcel y víctimas”.

na expanda lo que se hace dentro para intentar infundir el máximo terror posible entre la gente y evitar que se tomen compromisos”.

En definitiva, *Gara* constituye una de las pocas fuentes alternativas de información donde se trata sin filtros la problemática de las torturas. Según su línea editorial, los malos tratos y la tortura son prácticas no erradicadas de los centros de detención. En su opinión, al amparo de legislaciones especiales, los detenidos vascos se ven privados de derechos. Durante el período de incomunicación, la persona detenida no tiene derechos: no puede comunicar a su familia el lugar en que se encuentra, no puede ser asistida en los interrogatorios por su abogado, no recibe la visita de un médico de confianza, no tiene derecho a ser informado de los cargos que pesan contra ella, etc. Para *Gara*, esta situación de incomunicación, tal como destacan los más prestigiosos organismos de derechos humanos, ampara y facilita la tortura.

Este debate, en gran medida, forma parte del nada sencillo conflicto vasco. La ya citada visita del Relator contra la Tortura de las Naciones Unidas, Theo van Boven, ofrece una pista. *El Diario de Cádiz* titulaba su información con “La ONU dice que ETA se ‘burla’ de los derechos humanos”²⁹⁹ (6/03/2004), mientras que *Gara* ese mismo día publicaba al respecto: “El relator de la ONU pide suprimir la incomunicación”³⁰⁰ (6/03/2004). Dos enfoques contrapuestos ante el mismo hecho noticiable que describen claramente la posición combativa y solitaria de *Gara* en el panorama periodístico del Estado.

Muy relevante en este sentido es el artículo titulado “Podrías ser tú mismo” que recoge las palabras de Gaizka Larrinaga, que acusó de haber sido torturado por la Guardia Civil en Madrid desde el 2 hasta el 6 de noviembre de 2004: “ellos lo saben, te lo hacen saber, y te lo repiten una y otra vez. ‘Nunca saldrás vivo de aquí, y no serás ni el primero ni el último, tenemos un maletero muy grande en el coche, también te puedes fugar, tú mismo, solamente has de saber que nosotros a cada hora que pase seguiremos subiendo el pistón, no tienes nada que hacer’. [...] Eres sospechoso, todo a tu alrededor es sospechoso, conocer a alguien es sinónimo de conspiración y vivir en *Euskal Herria* es la evidencia directa de tu esencia terrorista”. (*Gara*, 19/11/2004). Finalmente, la Audiencia Nacional decidió que no había pruebas contra Gaizka Larrinaga.

7. Definición de rutinas, palabras clave de medios y de agencias

Estamos ante un paradigma, ante un marco actual en el que se desarrolla una actividad concreta por parte de una comunidad. En el ámbito de la Ciencia Política, el concepto de “policy paradigms” ha sido ampliamente estudiado por Peter Hall,³⁰¹ que señala que el paradigma supone que se percibe un

²⁹⁹ “El relator de la ONU sobre la tortura, el jurista holandés Theo van Boven, denuncia que ‘muchos españoles viven en constante temor’ debido a las ‘amenazas de muerte personales y contra sus familias’ por parte de ETA. En el informe que presentará a la Comisión de Derechos Humanos, que comienza en Ginebra el próximo día 15, Van Boven considera que los crímenes de la organización terrorista representan ‘una burla de los derechos humanos reconocidos en la legislación internacional y nacional, así como de los dictados de la conciencia pública’”.

³⁰⁰ “El Relator contra la Tortura de las Naciones Unidas, Theo van Boven, solicitará al Gobierno español que elabore ‘un plan para prevenir la tortura y otros tratos crueles’, así como ‘suprimir el régimen de incomunicación de los detenidos’. El jurista holandés incluye estas recomendaciones en el informe que presentará a la Comisión de Derechos de la ONU el próximo 15 de marzo, y cuyo contenido adelantó ayer en parte la agencia Efe. Según estas fuentes, Van Boven considera en su informe que ‘la incomunicación crea condiciones que facilitan la tortura, además de que puede constituir por sí misma una forma de trato cruel e inhumano’.

³⁰¹ HALL, Peter (1993:275-296).

todo coherente entre los decisores públicos y la percepción de las metas y técnicas que podrían lograrse a través de una determinada política. ¿Cuáles son esas percepciones?

Detectamos cuatro estrategias principales, que articulan el resto de los comportamientos de los medios en relación con las torturas y los malos tratos bajo el régimen de privación de libertad en el Estado español.

7.1. La prensa evita usar el término torturas a favor de los malos tratos

Violencia y malos tratos, pero es muy difícil encontrar en la prensa mayoritaria (especialmente en la no regional) una referencia expresa al término tortura. Del total de noticias analizadas el término “malos tratos” está el texto de 2.581 unidades informativas, frente a las 2.672 unidades que emplean la palabra “tortura”. Para ajustar esta cuantificación, es necesario resaltar que sólo el ya referido diario *Gara* publica 409 noticias con el término “tortura”, por lo que podemos asegurar que —en general— la prensa opta por la designación “malos tratos”, en especial la de tirada estatal.

Como constatación de lo hasta ahora expuesto y, en relación con la autoría de las supuestas prácticas de torturas (funcionarios y agentes policiales), algunos periódicos se hacen eco a través de titulares como “La Policía Nacional abre expediente disciplinario a dos agentes por *presunta extralimitación en el uso de la fuerza*” (*La Voz de Lanzarote*, 18/11/2005); “La Policía local, *bajo sospecha*” (*Metro-Valencia*, 25/11/2005); “Condenado a seis años de prisión un policía nacional que *agredió sexualmente a una detenida* en un calabozo de Madrid” (*Europa Press*, 10/01/2006); “Condenan a un año de cárcel a dos policías que *agredieron a dos menores* a los que confundieron con otras personas” (*Europa Press*, 12/01/2006); “Un *joven muere* tras denunciar una *paliza* de la Policía Local” (*Diario de Sevilla*, 18/01/2006); “Condenado en Granada a dos años de inhabilitación y seis meses de cárcel un funcionario que *pegó a un recluso*” (*Europa Press*, 24/03/2006); “Un joven de 26 años *murió* mientras era reducido por agentes de la Policía Local” (*ABC*, 20/04/2006); “Un hombre *fallece* en un calabozo de la Policía Local de Valencia tras ser detenido por drogas” (*El Periódico de Catalunya*, 09/05/2006); etc. Como se puede comprobar, todas esas noticias no hablan explícitamente de actos de tortura.

Los medios optan, en cambio, por referirse a delitos de lesiones, de homicidios, de agresiones sexuales; como si estos no estuvieran relacionados o formaran parte del delito de torturas. Se muestran, eso sí, muy cuidadosos a la hora de hacer hincapié en la presunción de inocencia del sujeto activo. En ocasiones minoritarias, la palabra “tortura” aparece en titulares: “Un Funcionario de prisiones acusado de *torturas* reconoce haber pegado *un par de palos* a un interno en Granada” (*Europa Press*, 17/01/2006) o “Dos policías de Trujillo están imputados por supuestas *torturas* a un menor” (*Hoy*, 01/03/2006) son algunos ejemplos.

Además, las torturas de funcionarios del Estado no se destacan en los medios con la importancia debida. Incluso, en el llamado caso ‘Melitón Manzanas’ del año 2003 pocos diarios se hicieron eco de las protestas porque recibiera la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo. Según recoge el diario *Ideal* (16/01/2003), “las víctimas del que fuera jefe de la Brigada Político-Social de la comisaría donostiarra acudieron ayer al Tribunal Supremo para explicar que el policía al que el Gobierno concedió el 19 de enero de 2001 la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo utilizaba la ‘tortura despiadada’ y que su trayectoria no es la de una persona que diera su vida por la ‘tolerancia y la libertad’, como contempla la Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo”. Un par de meses más tarde, según recoge *La Vanguardia*

(13/03/2003), el “TS avala la medalla a Melitón Manzanos y dice que podría haberse convertido en demócrata”.

Respecto a los malos tratos a dos detenidos —además mal identificados— la propia sentencia de la AP de Madrid evita que se haga referencia a la tortura y apuesta porque se subsuman en el delito contra la integridad moral, “homogéneo con el de torturas y de menor gravedad punitiva, no considerando grave, atendidas las circunstancias fácticas concurrentes y el resultado lesivo producido”.³⁰² Los medios nunca cuestionan esta decisión y refuerzan el esquema de poder de los tribunales.

7.2. Los mecanismos exculpatorios

En algunas noticias registramos técnicas exculpatorias. De forma muy gráfica se recoge en las palabras de presidente de la Asociación de Jueces de Alemania, Geert Mackenroth, en *El Periódico de Aragón* (21/02/2003) según declaró a la segunda cadena de la televisión pública alemana: “se pueden dar situaciones en las que se puede justificar el empleo de la violencia para salvar los valores supremos de la justicia”. Frente a esta postura, *El Mundo* (13/03/2003) recoge las palabras de Amnistía Internacional, una de las pocas instituciones que tienen espacio en los medios mayoritarios, por las que expresa “su inquietud por el impacto de la guerra contra el terrorismo, que los gobiernos utilizan muchas veces como pretexto para ‘erosionar la protección de los derechos humanos’ y abogó por una resolución que exija de los estados garantías para evitarlo”. Ya hemos analizado la postura inequívoca del diario *Gara* al respecto.

Pero caben otro tipo de justificaciones. Por ejemplo, el error en la persona que sufre las torturas pretende ser un resguardo. Uno de los ejemplos, pero no el único, lo encontramos en *Yahoo Noticias* (11/02/2003): “El joven que recibió un tiro de un agente de la Guardia Civil que lo confundió con un atracador en una gasolinera de Cullera murió la tarde de este martes”. Este tipo de mecanismos retóricos pretendidamente justificadores se repiten en el teletipo de *Europa Press* (12/01/2006), titulado inequívocamente con las siguientes palabras: “Condenan a un año de cárcel a dos policías que agredieron a dos menores a los que confundieron con otras personas”. También en *Diari de Tarragona* (20/02/2003): “El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) ha confirmado la sanción a una agente de la Guardia Urbana de Barcelona por agredir con una patada en los genitales al rehén de un robo que fue detenido al confundirle con un delincuente”. Resulta muy criticable, además, que se haga referencia a la confusión en la identificación de las personas por encima de los malos tratos y antirreglamentarios que probablemente realizaron las fuerzas de seguridad. En un caso similar en Villaviciosa de Odón, *El País* (20/01/2003) va más allá y señala respecto al comportamiento de dos policías locales que “las denuncias por malos tratos no son nuevas para la policía local de Villaviciosa de Odón. Miembros de, este cuerpo ya han sido anteriormente demandados por golpear a algún joven”.

Pero, incluso, en el orden de los elementos informativos en el titular detectamos este tipo de estrategias. Con una sola muestra basta: *La Razón* (03/01/2003) titula “Condenados por torturar a un cura pederasta tres guardias de prisiones”, cuando el orden normal desde el punto de vista semántico sería: “Tres guardias de prisiones condenados por torturar a un cura pederasta”.

³⁰² http://actualidad.terra.es/nacional/articulo/condenan_carcel_policias_agredieron_menores_680706.htm

Más graves, incluso, son los hechos recogidos por el *Diario Vasco* (11/03/2003), que señala que “Interior se querrela contra cuatro directivos de ‘Egunkaria’ por sus denuncias de torturas”, y en la noticia se destaca que se les imputa a los detenidos “un delito de colaboración con banda armada por seguir ‘a pies juntillas’, en palabras de Ángel Acebes, las órdenes de ETA a sus miembros de ‘denunciar siempre, y en cualquier caso, malos tratos después de una detención’”.

7.3. Las circunstancias: resistencia, huidas y caídas...

Resistencia a la autoridad, huidas y caídas son tres de las circunstancias más repetidas en la prensa para explicar lesiones de personas privadas de libertad. No sería verdad si concluyéramos que la prensa en España no hace referencia a la existencia de torturas, si bien en ocasiones intenta obviar en lo posible el tema. No obstante, cuando lo trata, como ya se ha comentado, a nivel semántico prefiere no recurrir a la palabra “tortura” y utiliza otros términos como, “accidente”, “suicidio”, “malos tratos”, “legítima defensa”... En relación con las víctimas, algunos titulares de noticia refuerzan un clima de suspense e incertidumbre sobre aquello que realmente ha podido suceder: “Un preso fallece tras precipitarse de la sexta planta del Clínico” (*Málaga Hoy*, 22/11/2005); “Muere un preso cuando estaba bajo custodia policial en Málaga” (*Gara*, 22/11/2005); “Muere un preso custodiado por la policía tras tirarse desde una ventana del hospital” (*La Voz de Galicia*, 22/11/2005); “Un detenido aparece muerto en el calabozo del acuartelamiento de Villarrobledo (Albacete)” (*Diario Siglo XXI*, 17/01/2006); “Hallan a otro preso ahorcado en su celda de la cárcel de Zuera” (*El Periódico de Aragón*, 21/03/2006); “Muere ahorcado un detenido en los calabozos de la Guardia Civil de Murcia” (*Europa Press*, 21/04/2006) o “Fallece de un ataque de asma un inmigrante en los calabozos de la Policía Nacional en la frontera de Ceuta” (*Europa Press*, 27/04/2006), entre otros.

A veces esta información se traduce en ‘desinformación’, ya que los periódicos difícilmente indagan sobre aquello que se oculta tras un suicidio, por lo que suelen reproducir la versión ofrecida por las fuentes oficiales. En este sentido, los medios de comunicación en general refuerzan un clima de opinión favorable a pensar que la tortura es un fenómeno pre-democrático en nuestro país, propio del régimen franquista, y que en la actual democracia no hay cabida a esas prácticas. Este mensaje no ayuda en la interpretación crítica de la realidad. ¿Qué hay detrás del suicidio de un preso?; ¿se habla de suicidio para ocultar posibles malos tratos (recogemos 558 unidades informativas que se refieren a suicidios en situaciones de privación de libertad)?; ¿por qué no son noticia el número de denuncias por tortura en España a diferencia de las noticias relacionadas con la violencia doméstica?..

Se reproduce el discurso que garantiza la permanencia del *status quo*. Un ejemplo lo recoge *El Diario de Sevilla* (18/01/2006) en un caso de posibles malos tratos que “el atestado realizado por la Policía Local de Tomares relata que las lesiones visibles que presentaba el joven —gran hematoma en el ojo izquierdo, casi cerrado, una brecha en la ceja derecha y en la frente, y múltiples contusiones— se habían producido al caerse en el transcurso de la persecución policial previa a su arresto. El atestado refleja además que se le había intervenido una navaja y que el joven había llegado a lanzar el arma blanca contra los agentes”.

Incluso, la ya reseñada tendencia al silencio informativo con relación al entorno de la privación de la libertad se rompe, ciertamente ante sucesos en que casi siempre el rol de agresor/transgresor lo desempeña el propio interno. En consecuencia, ni aún de forma excepcional es sencillo recoger informaciones respecto a torturas en donde el rol de agresor se invierte en contra de la institución. Cuan-

do los medios de comunicación se ven obligados —por la trascendencia del suceso— a informar de torturas resulta que en la versión oficial que ellos mismos reproducen esa agresión queda maquillada bajo la rúbrica de lesiones, riñas entre internos, peleas, accidentes, suicidios, autolesiones...

Se presupone en todo momento que el funcionario ha mantenido un comportamiento del todo correcto, dentro de la legalidad vigente, y a lo sumo ha tenido que aplicar la mínima fuerza legalmente permitida, por ejemplo, para separar a los presuntos contendientes en una riña.

Del mismo modo, frecuentemente en el ámbito de las comisarías se alega agresión por parte del detenido hacia el agente y la necesidad de respuesta defensiva por parte de éste. En este capítulo, es especialmente bochornosa la actuación de cuatro policías nacionales que se equivocaron en la detención de un mellizo en Ceuta. Como publica *Yahoo Noticias*, “la sección VI de la Audiencia provincial de Cádiz en Ceuta ha sentado en el banquillo a cuatro agentes de la Policía Nacional miembros de la Unidad contra la Delincuencia y el Crimen Organizado (Udyco) acusados de participar en un delito de detención ilegal y una falta de lesiones contra un mellizo, cuando, según consta en el escrito de acusación, se produjo una confusión entre dos hermanos mellizos a la hora de practicar las diligencias” (04/02/2005).

7.4. El doble rasero interior y exterior

Si, como recoge *Terra*, “España no ha aplicado las recomendaciones del relator de la ONU contra la tortura para suprimir el régimen de incomunicación al que somete a los detenidos sospechosos de implicación con terrorismo” (18/03/2005), la prensa se ha centrado más en atacar la tortura del exterior que la que existe en el interior del Estado español. El caso paradigmático es Guantánamo, y ese debate ha cobrado especial relevancia con el caso de los vuelos secretos de la CIA.

La publicación *Mallorca Diario* editaba la siguiente noticia: “Piden a la Fiscalía de Baleares que investigue la presencia de aviones de la CIA en el aeropuerto” (16/03/2005), y se destacaba que “los hechos pueden constituir delitos de detención ilegal, tortura y secuestro”, designación que, como hemos visto, en general se evita en el caso interno del Estado. Incluso, el diario *El Mundo* publica una tribuna de Stephen Glover, articulista del diario británico *Daily Mail*, que asegura que “los norteamericanos están equivocados, totalmente equivocados, si creen que es imposible vencer a hombres y regímenes malvados sin recurrir a la tortura. La tortura destruye nuestros valores” (05/03/2003), pero no realiza trabajos similares más allá del “caso Roquetas”.

Hemos recogido hasta 189 noticias relacionadas con los vuelos secretos de la CIA y la externalización de la tortura. En todas ellas, los partidos políticos, las entidades sociales de todo tipo, y los medios de comunicación se han posicionado fuertemente en contra de este tipo de actuaciones lamentables. El debate ha sido público, y la justicia parece decidida a emprender medidas legales contra estos hechos. Detectamos aquí, especialmente en el caso de la prensa de tirada estatal, un posicionamiento mucho más rotundo que en otro tipo de casos, en los que se pasa del silencio a la criminalización total de la víctima de la tortura. En ninguna de las noticias analizadas, la cuestión sobre los supuestos antecedentes de las personas que han sufrido torturas es un elemento justificador. Es, en nuestra opinión una postura positiva, que debería inspirar el comportamiento de los medios de cara al interior del Estado.

Como se ha visto, la tortura no forma parte ni de la agenda pública ni de la agenda mediática. Esta impresión se ve reforzada con un breve análisis del seguimiento informativo cuantitativo del número de muertes por violencia de género o por los accidentes de tráfico en los últimos años, que ha sido empleada para forzar cambios políticos. En definitiva, las noticias sobre “torturas” son inmensamente menores que las que se publican sobre delitos, lo cual contribuye a ocultar el fenómeno de semejante violencia institucional y a aumentar la demanda de seguridad y de mayor penalidad o castigo ante la publicación de eventos delictivos.

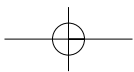
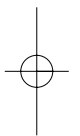
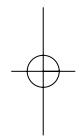
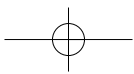
Los propios medios están en una situación de inferioridad en relación a las Administraciones Públicas. Los medios de comunicación no ejercen de forma constante un ejercicio responsable ante las instituciones para evitar el oscurantismo. La opacidad de los centros y los intereses creados reducen la capacidad de investigar, pero los medios no están emprendiendo actuaciones ni individuales ni conjuntas para combatir estas obstaculizaciones. En general, se mantiene desde los diarios la tesis interesada de que en el Estado no se tortura: los discursos en sentido contrario se silencian o no se legitiman. Entendemos la noticia más como una construcción de la realidad que como un reflejo completo de lo real.

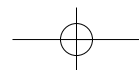
Desde un punto de vista del análisis del lenguaje periodístico, como ha podido verse, generalmente, se evita el empleo del término tortura, a favor de “*malos tratos, resistencia a la autoridad, huidas y caídas o suicidio*” en casos muy extremos y aislados. Los diarios de tirada estatal tienden a publicar menos noticias sobre tortura y agresiones policiales que los de tirada regional o local. Fruto de la propia agenda política, en casi todos los casos en las que se recalca la posición privilegiada de los funcionarios se recoge sólo la variable hombre-mujer.

El mensaje mayoritario refuerza la percepción generalizada de que la tortura es un hecho ‘excepcional’. Incluso, desde algunos medios de comunicación se legitima la afirmación que señala que muchos posibles casos de tortura son fruto de invenciones enmarcadas dentro del mundo *abertzale* (al y como expresamente fue analizado en el Capítulo 12). La credibilidad juega sistemáticamente en contra del interno-detenido. Que la tortura se explique como un fenómeno aislado facilita la manipulación, sin que ni los lectores ni los periodistas puedan ser excesivamente conscientes de ella.

Asimismo, cabe destacar que los antecedentes de las víctimas de las torturas operan, en muchas ocasiones, como mecanismo de justificación de la actuación de los funcionarios. En otras ocasiones, la tortura se legitima desde algunos medios como un ‘mal menor’ necesario para la seguridad del Estado. El presunto torturado es presentado frecuentemente como alguien poco fiable, mientras que el presunto torturador —que goza de *status* o prestigio social, ya que es una autoridad democrática— se percibe con ‘buenos ojos’ sin ponerse en duda su versión. Ante esta dinámica, resulta evidente que es difícil romper el silencio informativo y promover líneas de investigación periodística.

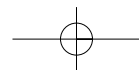
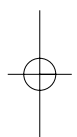
El tratamiento mediático de la tortura en el caso español se presenta con un esquema propio dentro de la sección Sucesos de los diarios. El tradicional esquema autor-víctima que se utiliza a nivel periodístico se ve alterado en función de este tipo de noticia: si normalmente se tiende a presentar positivamente a la víctima y negativamente al agresor (que estimula la capacidad de empatía del público) en el caso de las víctimas de la tortura no detectamos este ejercicio.

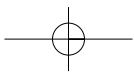
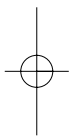
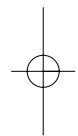
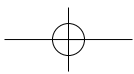




PARTE 4

CONCLUSIONES Y DEMANDAS





CAPÍTULO 15

Conclusiones sobre la tortura y conclusiones sobre la impunidad de la tortura

La investigación que se ha volcado en el presente Informe, el cual acumula una vasta cantidad de información, arroja numerosas reflexiones y conclusiones. Asimismo, permite identificar una serie de indicadores sobre la violencia institucional en el ámbito de la privación de libertad en el Estado español. Finalmente, también permite formular una serie de recomendaciones.

Para presentar todo ello de modo más claro y sistematizado, se ha optado aquí por incluir en el presente Capítulo dos órdenes de conclusiones:

- a) unas conclusiones sobre la tortura y otras formas de violencia institucional en la privación de la libertad;
- b) unas conclusiones sobre la impunidad de la tortura.

Una vez presentados ambos conjuntos de conclusiones, el próximo Capítulo cerrará este Informe con la formulación de las demandas de los sectores afectados por las problemáticas que se han analizado. Pasemos pues a su ordenada exposición.

a) Conclusiones sobre la tortura y otras formas de violencia institucional en la privación de libertad

Para una mejor comprensión, se ha optado por presentar estas conclusiones ordenadas numéricamente, del modo siguiente.

1) La tortura es un fenómeno transcultural y transhistórico que en el presente del Estado Español adopta —entre otros— los rostros analizados en este estudio en forma de subjetividades estructural y sistemáticamente vulneradas y vulnerables. Que la tortura sea transcultural y transhistórica no significa naturalizarla sino, más bien, todo lo contrario; se pretende aquí remarcar su carácter eminentemente social e histórico como técnica y ritual de dominación que se inscribe en el cuerpo y mente de la víctima, de una manera implacable, estableciendo una relación de poder radicalmente asimétrica —dominador/dominado— basada en la violencia —real o simbólica— dentro de un determinado orden. La tortura vendría a suponer por tanto uno de los extremos más sórdidos de los mecanismos de control que utiliza una determinada sociedad para el mantenimiento de un determinado orden social. La tortura no solo busca la extracción de información, el castigo o la humillación de la víctima, sino inscribir en su cuerpo y en su mente, haciendo patente de manera inapelable, dicha relación de dominación —sus jerarquías y sus distancias—. Se busca mediante el uso sistemático y ritualizado de

la violencia lograr el sometimiento del cuerpo y una destrucción psíquica del individuo —que acepte su condición, la ubicación que le corresponde, su lugar en el orden social en mente del torturador, es decir, que se someta—.

2) La investigación desarrollada pone de manifiesto la diferencia existente entre el concepto de tortura, respecto de los de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Se ha puesto de relieve la existencia de distintos grados de dolor y de sufrimiento, de humillación y de envilecimiento (como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia europea y española). Es decir, además de los golpes y agresiones físicas, otras situaciones estructurales también han sido consideradas dentro de los tratos vejatorios analizados (hacinamiento, sobrepoblación, condiciones materiales de la privación de libertad muy deterioradas, mala praxis y negligencias médicas...). En consecuencia, puede afirmarse que los datos revelados inicialmente sobre denuncias por torturas (consignados en el Capítulo 7 del presente Informe), aunque abultados, graves y por ello preocupantes, constituyen en realidad la “punta del iceberg” de un fenómeno mucho más extendido, difuso, invisible (e invisibilizado) que constituye una (como se verá, no es la única) cara de la “cifra negra” que se puede hallar respecto del fenómeno de violencia institucional examinado.

3) La tortura y tratos crueles que se producen en el ámbito de la privación de libertad en el Estado español no constituyen, mal que nos pese, situaciones aisladas o esporádicas. Muy por el contrario, han encontrado allí un ambiente muy propicio en el cual desplegar su violencia más irracional, institucionalizando el reparto por parte del Estado de elevadísimas dosis de sufrimiento fatalmente degradantes para sus víctimas.

Los datos aportados inicialmente sobre las denuncias por torturas ocurridas en el Estado español entre los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 (aportadas por instituciones públicas y organizaciones de derechos humanos), revelan la existencia de aproximadamente 4.000 denuncias por episodios de tortura, malos tratos y otras manifestaciones de violencia institucional. Ello equivale a una media anual de unas de 700 denuncias por torturas y malos tratos a presos y detenidos en las distintas áreas de privación de libertad que han sido examinadas. Dichas denuncias afectan:

- a) a todas las Comunidades Autónomas del Estado español;
- b) a la totalidad de los Cuerpos encargados de la custodia de personas privadas de su libertad;
- c) a todo tipo de personas que han formulado denuncias (nacionales, migrantes, trabajadores, jóvenes, mujeres, personas procesadas por aplicación de legislación ordinaria o antiterrorista).

Por ello, puede afirmarse que dicha situación se halla “generalizada” en lo que hace a los ámbitos —espacial y subjetivo— señalados.

4) Como se ha expuesto en el Informe, el mismo Sistema Penal aloja en su seno las condiciones de posibilidad y reproducción de esta práctica. Muchos son los mecanismos que la hacen posible: desde el marco normativo hasta la arquitectura penitenciaria, desde la construcción discursiva acerca del “otro” hasta la impunidad o la condecoración a los torturadores, desde determinados discursos políticos que niegan o minimizan su existencia hasta determinadas prácticas formales o informales de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

5) Dichas situaciones no pueden ni deben ser entendidas como simples “fallos” en las formas de ejecución de las privaciones de libertad (lógica según la cual, el problema estaría en el “ser” —una “realidad defectuosa”—, que no realizaría materialmente los mandatos del “deber ser” —normativo—), sino que hemos podido constatar la existencia de una legislación que facilita la práctica de actuaciones violentas por parte del Estado, a lo que ha de sumarse el rol jugado por los máximos tribunales estatales y locales —supuestos garantes de los derechos fundamentales— en el afianzamiento de la devaluación de los derechos de los reclusos.

6) Asimismo, se ha puesto de manifiesto que, pese a la indudable existencia de un auténtico Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tanto en el ámbito de la ONU cuanto en el europeo), es dentro de las propias estructuras del Derecho donde se aloja y acecha la posibilidad, la probabilidad de la práctica de estas violencias institucionales. Si ello de por sí puede ser constatado ya en el nivel de la legislación ordinaria, semejantes situaciones se perfilan con mucha mayor crudeza en el contexto de la llamada legislación de emergencia o excepción. En efecto, las modalidades de privación de libertad consistentes en aislamientos diversos, aplicación de normas legales que permiten largos períodos de incomunicación de los detenidos, prohibición de designación y entrevista confidencial con el abogado libremente designado y similares, son algunas de las “zonas” donde, desde el propio Derecho, acecha la posibilidad de la tortura. Pese a que ello ha sido reiteradamente denunciado por multitud de organismos nacionales e internacionales (y por el ex Relator de la ONU para España, Theo van Boven), no se han producido reformas sustanciales en este sentido en el último quinquenio, ni con el anterior Gobierno ni con el actual. Por ello, y aunque parezca en principio inconcebible, podría hablarse de un “marco jurídico de/para la tortura”.

7) Unido a lo anterior, es llamativa la impunidad en que suelen quedar los episodios vinculados a la tortura. Como se verá con mayor amplitud en el epígrafe b) del presente Capítulo, ya sea por la imposibilidad de contar con pruebas (testificales, médicas) debido a la propia situación de aislamiento de la víctima, ya sea por el posterior archivo procesal de las denuncias, o por el miedo a denunciar (de quien ha de continuar luego en las dependencias de privación de libertad), o por la imposibilidad de identificar a los agresores, o por los indultos y/o condecoraciones concedidos y otorgados a los victimarios; la suma de todo ello produce el resultado de una muy escasa (aunque existente) cifra de sentencias condenatorias por estos hechos.

8) Ahora bien, cuanto se ha señalado en los puntos anteriores, debe indicarse antes de continuar que ello no supone una novedad que no hubiese sido detectada anteriormente. En efecto, si se realiza una revisión sobre la doctrina que se ha publicado en el Estado español desde los años setenta hasta la fecha por diversos autores, podrá constatarse cómo hace ya tres décadas destacados penalistas advertían de los riesgos que luego se transformarían en evidencias. Por ello, si después de treinta años debemos continuar señalando la existencia de la utilización de la tortura, malos tratos y otras formas de violencia institucional (existencia que como se ha visto se verifica tanto en el nivel de la producción del derecho cuanto en el de su interpretación y aplicación), entonces la situación adquiere unos contornos especialmente sombríos.

9) A su vez, se constata en no pocas ocasiones una descalificación, cuando no directa criminalización, de los denunciantes de torturas. La cerrada y corporativa reacción de las autoridades públicas

pone de manifiesto, también con estas actuaciones, el incumplimiento de los compromisos propios de un Estado de derecho deteriorando la calidad de un sistema democrático. Ello es particularmente acusado en el ámbito penitenciario en el cual, la necesidad de armonizar la vida en prisión con las demandas de algunos Sindicatos de funcionarios de prisiones, provoca (y así se ha puesto de manifiesto con las resoluciones que archivaron investigaciones —*Informaciones Reservadas*— abiertas por las Administraciones penitenciarias) que quede en entredicho dónde reside el principio de autoridad que debe regir la vida institucional.

10) Resulta, también, altamente preocupante el surgimiento de una legislación de emergencia que, embanderada en la “lucha contra el terrorismo”, ha creado un verdadero derecho penal, procesal penal y penitenciario de excepción —en variadas ocasiones mediante simples circulares administrativas, lo que pone en entredicho la vigencia efectiva de los principios de legalidad y reserva de ley-, fuertemente vejatorios para aquellos que pudieren resultar implicados en delitos de esta índole.

11) Dentro de los colectivos de víctimas de las torturas y padecimientos institucionales a que se hizo referencia, destacan por su especial vulnerabilidad algunas subjetividades específicas. Especial atención cabe poner aquí al empleo de la llamada “tortura sexual” que, en el caso de mujeres víctimas de la misma, constituye la modalidad vejatoria por excelencia, reproduciéndose también en esta forma de violencia institucional, el abuso machista que aquí se revela con una crudeza especial.

Otro de los colectivos especialmente vulnerables es el de los migrantes por todas las condiciones que se han señalado en el Capítulo respectivo: ya sea por su propia precariedad derivada de la carencia de documentos, o por su forzada situación de inferioridad cultural, étnica o lingüística. Estas variables ahondan la victimización a que se alude.

También los menores y las personas detenidas por aplicación de legislación antiterrorista constituyen otros grupos sociales de especial vulneración como se ha puesto de manifiesto en la investigación.

12) No menos alarmante resulta el notorio desconocimiento, por parte de la opinión pública, de la frecuencia y dramáticas circunstancias en que fallecen las personas privadas de su libertad. Se ha detectado una falta de interés por parte de los lectores de los principales medios gráficos, por la existencia de torturas en España, término este último que resulta poco menos que “tabú” para los *media*, los cuales optan mayormente por emplear la alocución “malos tratos”, y enviándose un mensaje que refuerza la percepción generalizada que la tortura es un hecho “excepcional”, llegándose en ocasiones a legitimar a ésta mediáticamente como un “mal menor” necesario para la seguridad del Estado. Ello, evidentemente, hace difícil romper el silencio informativo y promover líneas de investigación periodística que coadyuven a poner al descubierto tamañas violaciones a los derechos fundamentales.

Es muy significativo y revelador el papel desempeñado por los medios de comunicación en el tratamiento de la cuestión examinada. Como es bien sabido, el rol que desempeñan los *mass media* en la construcción de la opinión pública, la conciencia colectiva y el imaginario social, es decisivo. El Capítulo dedicado a un exhaustivo examen del tratamiento periodístico de la tortura y otras manifestaciones de violencia institucional arroja numerosas reflexiones que allí fueron consignadas. Ahora, y en función de la síntesis que pretendemos efectuar, conviene recordar que la tortura no forma parte ni de la agenda pública ni de la agenda mediática. Esta conclusión se ve reforzada con el análisis del segui-

miento informativo cuantitativo del número de muertes por violencia de género o por los accidentes de tráfico en los últimos años, que ha sido empleada para forzar cambios políticos. En definitiva, las noticias sobre “torturas” son inmensamente menores que las que se publican sobre delitos, lo cual contribuye a reducir y a ocultar el fenómeno de semejante violencia institucional y, por el contrario, a aumentar la demanda de seguridad y de mayor penalidad o castigo ante la publicación constante de noticias de eventos delictivos. Todo ello convierte a esta problemática, sin duda alguna, en un fenómeno que se retroalimenta y que se autoperpetúa como característica estructural de las privaciones de libertad en el Estado español.

13) Las deficiencias en el Sistema de Sanidad Penitenciaria y en políticas de prevención de enfermedades, resultan caldos de cultivo para patologías que se terminan convirtiendo en verdaderas pandemias dentro de los centros de privación de libertad. La pasividad y desentendimiento de buena parte de los profesionales de la salud respecto de esta situación, resulta fatal y hace que las cifras de mortalidad en estos espacios se eleven hasta niveles alarmantes.

14) Como luego se tratará específicamente, el grado de impunidad de numerosas medidas y penas inhumanas o degradantes es demasiado alto. Diferentes razones personales, políticas o judiciales hacen que esta ilicitud no sea reparada. Algunas de ellas se relacionan con el temor a presentar una denuncia, como ser el caso de los migrantes sin papeles que temen ser expulsados.

En este sentido, la paulatina construcción de una “Europa fortaleza” ha dado lugar a que se gestione el fenómeno migratorio mediante su control punitivo (aun cuando la normativa que lo avala es mayormente de carácter administrativo). Los Centros de Internamiento de Extranjeros en los que son ingresados los mismos hasta su expulsión, resultan con elevada frecuencia verdaderos *espacios de no-derecho*, en los que se han constatado tratos discriminatorios y altamente vejatorios, protagonizados por el personal a cargo del cuidado y la custodia en tales centros, así como ausencia de asistencia social y médica, limitados espacios de recreación y esparcimiento, malas condiciones de habitabilidad, todo lo cual implica el sometimiento de los allí internados —que no han hecho más que migrar huyendo de la miseria y de los abusos de sus países— a tratos que por sus condiciones resultan inhumanos y/o degradantes.

15) Hemos constatado, y ejemplificado con casos concretos, la existencia de torturas y malos tratos por parte de las policías locales, autonómicas y estatales. Tales situaciones de brutalidad policial han tenido lugar, fundamentalmente, en la represión de movilizaciones sociales y de colectivos que han mostrado disidencia social y política, sobre todo en las detenciones y traslados a los detenidos, aunque también se han verificado casos de tortura y mal trato instrumental (para obtener confesiones o autoinculpaciones).

Estos casos alarmantes, en su mayoría, han quedado cubiertos por el velo de la impunidad, que constituye —como claramente se ha expuesto a lo largo del presente Informe— la regla en lo que a represión y castigo de los responsables de estas violaciones de los derechos fundamentales se refiere.

16) Las altas cifras de encarcelamiento son responsables del hacinamiento provocado por la superpoblación penitenciaria, situación extremadamente grave por cuanto se genera allí un ámbito de reproducción de la violencia, en el que muchas veces se constatan importantes deficiencias en funciones ele-

mentales como la higiene, la alimentación, la salud, el descanso, el régimen de visitas o de visitas íntimas, la educación, la recreación o el trabajo.

Como se ha puesto de manifiesto en el capítulo respectivo, la jurisprudencia internacional que ha recaído sobre este punto, en particular a partir del pronunciamiento del TEDH en la causa “Kalashnikov c/ Federación Rusa”, ha sido concluyente en el sentido que no se exige necesariamente una acción deliberada o un dolo específico para que estemos en presencia de torturas o malos tratos, sino que ciertas condiciones o situaciones estructurales en que se cumplen las privaciones de libertad —como el hacinamiento— pueden hacer que estemos en presencia de las mismas.

17) En orden a las conclusiones de carácter político internacional, resulta evidente que, en el período que ha abarcado esta investigación (recuérdese que es el quinquenio exactamente posterior a los atentados del 11 de septiembre de 2001, hasta diciembre de 2006), se han producido infinidad de medidas orientadas por la obsesión securitaria, la “guerra global”, los ataques “preventivos”, la militarización del sistema penal internacional, la práctica de la tortura, la transterritorialización ahora empleada para la práctica de la misma y, en fin, la difusión de miedos y alarmas que retroalimentan las demandas de mayor severidad.

Si ello ha sucedido a escala planetaria, qué duda cabe que Europa occidental ha sido recipiendaria de semejantes políticas. El Estado español, que conoce en su propia historia los efectos de la violencia política, no iba a ser ajeno a la recepción regresiva y autoritaria que se señala. La concepción de la política como aquella relación amigo/enemigo, de perversas connotaciones *schmittianas*, está regresando de la mano de las políticas a que se alude.

La tortura, que nunca se había marchado, “regresa” así bajo los nuevos velos señalados. En un contexto internacional semejante, el crecimiento de actitudes autoritarias y violentas en la sociedad constituye casi una obviedad. Los ámbitos opacos del Estado de derecho, allí donde no penetra la sociedad ni ésta tiene apenas noticia de cuanto sucede en su interior (y los establecimientos de privación de libertad constituyen un acabado ejemplo de ello), no iban a ser ajenos precisamente a las tendencias señaladas.

18) Las llamadas “leyes antiterroristas” han creado un régimen de excepción que ha supuesto, para todos aquellos calificados como sospechosos de participar o colaborar con organizaciones terroristas, la restricción de la mayor parte de sus derechos fundamentales y garantías procesales: detenciones incommunicadas, declaraciones en sede policial, utilización por parte de las FCSE de métodos violentos para conseguir confesiones, políticas de dispersión territorial, aislamientos, impunidad de los responsables de las vejaciones; que hacen que la tortura sea una práctica que continúa bien presente en el Estado español.

19) El sombrío panorama que dibujan las conclusiones anteriores debe ser conocido y difundido, y ello constituye una de las finalidades de esta investigación. Pero, además, existe hoy un instrumento novedoso para que las organizaciones de la sociedad civil que trabajan (con escasísimos medios, pero con numerosísimos impedimentos) en la tarea de la visualización y denuncia de la tortura, puedan ser actores de primer orden (y no secundarios) en la lucha contra la tortura.

En efecto, la entrada en vigor del Protocolo Facultativo (de 2002) a la Convención contra la Tortura de la ONU (de 1984), que permite la creación de los llamados “Mecanismos Nacionales de Prevención”

representa un hito —un antes y un después— en la materia que analizamos. Pero, claro está, como siempre, todo dependerá de cómo se articule el proceso de implementación de dicho Mecanismo y, sobre todo, de que las aludidas organizaciones tengan un papel decisivo en su constitución y participación; de no ser así, las expectativas que en dichas organizaciones de derechos humanos han despertado las disposiciones del Protocolo Facultativo se verán defraudadas y asistiremos a otra ocasión perdida.

No puede olvidarse que el mencionado Protocolo habla de auténtica “independencia” del Mecanismo y de la “participación” de la sociedad civil. Actualmente, este es uno de los *desideratum* más importantes que el Estado democrático tiene en la materia examinada. Habrá que esperar acontecimientos para saber la dirección que asuma esta iniciativa. Pero, como señalamos al inicio de esta investigación, el trabajo con las organizaciones sociales de los afectados por la tortura y otras formas de violencia institucional no sólo es gratificante; definitivamente, se pone de manifiesto que es imprescindible. Ahora, el Protocolo Facultativo, por primera vez, permite y alienta una participación semejante. También a esta tarea, modestamente, ha pretendido contribuir nuestro trabajo aquí presentado.

b) Conclusiones sobre la impunidad de la tortura

Una vez expuesta las conclusiones en torno a la tortura y otras formas de violencia institucional en la privación de la libertad en el Estado español, se presentan, separadamente, las conclusiones que aluden a la impunidad de semejantes prácticas. La decisión de presentarlas de tal modo ha venido motivada por la importancia especial que en esta materia presenta el fenómeno de la impunidad y las variables que la hacen posible. Todo ello, se expone a continuación.

De todo cuanto se ha dicho, puede indicarse que no caben dudas en torno a la existencia de un amplio conjunto normativo internacional (tanto en el nivel de la ONU cuanto en el propio del Consejo de Europa y en el ordenamiento jurídico interno español), que proscribe clara y rotundamente la práctica de la tortura. Asimismo, tampoco existen dudas acerca de las claras obligaciones (nacionales e internacionales) que los estados miembros de los Tratados analizados han asumido en orden a prevenir, investigar, denunciar y sancionar la práctica de torturas y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Por su parte, la tarea interpretativa de los Tribunales que se ha analizado (tanto en el ámbito europeo como en el español de nivel constitucional), da cuenta del esfuerzo por delimitar conceptos que no son tan claros como *a priori* podría pensarse y, por allí, empiezan a surgir algunas dudas pese a la contundencia de las prohibiciones y obligaciones estatales antes indicadas.

En efecto, pese a todo cuanto ha sido visto, cabe preguntarse: ¿existen zonas oscuras en este ámbito?; ¿se esconden en la legislación y aplicación de normas espacios que permitan, amparen o promuevan aquellas prácticas aberrantes?; ¿hay impunidad frente a las mismas? Conocemos que las autoridades políticas suelen negar sistemáticamente la existencia de torturas (pues de lo contrario se reconocería un aberrante crimen de Estado que nunca se acepta), con el eterno argumento de la inexistencia de sentencias condenatorias por estos delitos.

Pero ¿no será que no hay más resoluciones judiciales en esa dirección debido a la impunidad con que la tortura se verifica y la imposibilidad muchas veces de demostrarla? Veamos un poco más detenidamente esta cuestión analizando algunas situaciones que pueden permitir, amparar o promover los delitos a que nos referimos. ¿Cuáles son entonces las situaciones que permiten la impunidad de la tortura? Veamos.

1. El aislamiento en la privación de la libertad

Evidentemente, la propia situación de aislamiento (carcelario o de otros centros), donde generalmente se verifican los malos tratos, constituye por sí mismo un lugar y rito de impunidad, toda vez que la víctima carece de pruebas testificales que acrediten haber sido maltratado. Es más, se produce una inversión de la situación por la cual, la víctima, adquiere muchas veces la condición de culpable al ser denunciado por funcionarios quienes, entre sí, y al constituir un grupo, están en condiciones de prestar diversas declaraciones inculpatorias donde señalan haber sido ellos los agredidos que tuvieron que defenderse empleando la “fuerza física indispensable”, los “medios coercitivos” u otras expresiones similares.

Tras lo que en la presente investigación ha sido exhaustivamente examinado ya en este informe, no creemos necesario en este apartado añadir más consideraciones.

2. Ascensos, condecoraciones y nombramientos de funcionarios previamente condenados por delitos de torturas

Por otra parte, y respecto de las sentencias condenando a funcionarios por delitos de tortura o agresiones contra personas privadas de libertad, cabe destacar cómo son en ocasiones anuladas *de facto* por responsables políticos que, a veces, llegan a premiar (ascensos, condecoraciones...) a funcionarios condenados. A mero título de ejemplo, y como muestra de algunos episodios actuales, conviene recordar que:

- a) en abril de 2005, el Alcalde de la localidad valenciana de Benifaió nombró jefe de la policía local a un agente que había sido condenado por agredir y lesionar a una persona;
- b) el Gobierno español ha nombrado Comisario provincial de Tenerife a un agente condenado por torturar en Madrid a Joseba Arregui, quien murió a consecuencia de las torturas sufridas;
- c) el Ayuntamiento de Vigo (Pontevedra) solicitó el Indulto de cuatro policías municipales condenados por detener ilegalmente y agredir a un ciudadano senegalés;
- d) en el marco de las I Jornadas Penitenciarias que organizó el Sindicato Unión General de los Trabajadores (FSP-UGT de Cataluña) se concedió una condecoración a algunos funcionarios de prisiones. Entre ellos figuraba el Sr. Manuel Allué Pastor, funcionario condenado en sentencia firme del año 2000 por haber maltratado a presos en las cárceles. Dicho funcionario, además, ha sido denunciado por malos tratos a presos en otras ocasiones, aunque las mismas no prosperasen. Asimismo, dicho señor viene destacándose en los últimos veinte años, en el marco del sindicalismo penitenciario catalán y español, por sus constantes declaraciones, artículos de opinión y otras publicaciones en diarios y revistas, en las que siempre ha manifestado su desprecio por la tutela de los derechos fundamentales de los presos y su incitación hacia opciones de política penitenciaria profundamente reaccionarias, y en todo caso ajenas a los mandatos internacionales y constitucional en la materia.³⁰³

³⁰³ Además de todo lo dicho, las Jornadas del Sindicato UGT en las que se condecoró al probado maltratador, contaron con la participación —orgánica— de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil del Gobierno catalán. La Coordinadora Catalana para la Prevención de la Tortura se dirigió al Secretario General de Servicios Penitenciarios (Albert Batlle) haciéndole saber la profunda gravedad de un acto semejante. También, en estas Jornadas participaron como ponentes, el Alcalde de la ciudad de Barcelona, representantes de cuatro de los entonces cinco grupos parlamentarios catalanes (con la única excepción de Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa), y otros representantes de la judicatura y de algunos medios de comunicación.

3. Imposibilidad procesal de identificar a responsables de malos tratos

Además de cuanto se está indicando, en orden a identificar zonas de impunidad de torturas y malos tratos a detenidos y presos, cabe añadir la situación que se produce cuando, pese a constatar la existencia de episodios de malos tratos denunciados, las investigaciones acaban con resoluciones de archivo (administrativas o jurisdiccionales) al no poderse identificar a los autores de tales delitos.

Un ejemplo de ello lo constituye el caso de los malos tratos causados a más de veinte internos del Centro penitenciario de Quatre Camins en Catalunya el pasado año 2004. En efecto, la Administración Penitenciaria del Gobierno de Cataluña ha archivado, sin hallar culpable alguno, una investigación abierta en 2004 por las agresiones que —reconoce expresamente—, sufrieron 26 presos de la cárcel de Quatre Camins en abril de aquel año tras unos altercados donde resultó gravemente herido el subdirector de dicha prisión.

En atención a los obstáculos procesales para el esclarecimiento de estos hechos, cabe señalar también a los siguientes.

- La prescripción del delito como razón para la absolución.
- La imposibilidad de sancionar a nadie ya que no se puede a veces identificar a los agentes que directamente habrían realizado los malos tratos. En el campo de la responsabilidad por torturas no directamente infligidas se ha producido una suerte de viaje de ida y vuelta. En el ámbito de aplicación de la legislación antiterrorista, en un principio los tribunales se mostraron contrarios a sancionar a quienes no fueran autores directos de las torturas. Posteriormente se fue imponiendo una línea jurisprudencial en función de la cual los instructores y secretarios de los atestados policiales, en tanto en cuanto personas responsables de la custodia y guarda de las personas detenidas, respondían penalmente de los malos tratos que otras personas hubieran ejercido a personas bajo su custodia. De hecho la mayor parte de las condenas impuestas a partir de 1985 no son a autores directos sino a este tipo de responsables policiales. Sin embargo, recientes sentencias (2003) del TS han vuelto a la tesis de que la responsabilidad de estos instructores y secretarios no puede establecerse de manera cuasi automática, sino que deben apreciarse otras circunstancias, abriéndose la puerta a la absolución de los mismos.
- La apreciación de atenuantes analógicas debido al paso del tiempo y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Esto resulta particularmente indignante si se tiene en cuenta que las dilaciones son imputables exclusivamente a la falta de colaboración de los mismos cuerpos policiales.
- La admisibilidad, por “razones de seguridad”, de que las personas detenidas permanezcan encapuchadas. En otras ocasiones, el nivel de imputabilidad se desdibuja, y la acusación se dirige no en términos de plena culpabilidad sino a través de la figura de la imprudencia temeraria. Esta es la técnica jurídica empleada para atenuar la responsabilidad de los policías en casos delicados. Por ejemplo, los policías condenados por la muerte de Mikel Zabaltza o Xabier Kalparsoro no lo fueron por un delito de torturas sino como responsables de un delito de imprudencia temeraria. Lo que se sanciona no son comportamientos dolosos sino la negligencia de los policías en la custodia de las personas detenidas y a su cargo y que permitió —siguiendo la versión policial— que el primero de ellos se arrojara por la ventana y que el segundo tratara de escapar nadando.

A esta primera fase le ha seguido una segunda, en la que nos encontramos en la actualidad, en la que, como consecuencia de una nueva y más científica combinación de los métodos de tortura, ésta apenas deja marcas en las personas que la sufren, por lo que la mayor parte de las denuncias —sobre el 98% aproximadamente— ni tan siquiera llevan a la celebración de una vista oral, archivándose durante la instrucción de la causa precisamente por falta de pruebas.

Finalmente, las sentencias condenatorias apenas tienen consecuencias reales, proporcionales a la gravedad del delito. Este punto lo veremos en el epígrafe dedicado a la impunidad.

4. Los Indultos concedidos a torturadores

Otros casos que promueven la impunidad de la tortura residen en las dificultades de investigación y/o los Indultos concedidos *a posteriori* a quienes se ha declarado probado que causaron torturas o malos tratos a detenidos y/o presos.

Sólo a título de ejemplo, y aunque existen más casos, caben destacar los Indultos otorgados a todo un conjunto de funcionarios de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, condenados previamente por delitos de torturas como son los casos de:

Abel Alberto Núñez Álvarez, Aníbal Gustavo Machín Llamas, Paulino Navarro González-Lafont, Carlos Prieto Bragado, Damián Vinaya Gutiérrez, Juan José Fernández Lagunilla, Pedro Laiz González, José Luis Fraile Ayuso, Luciano García Gómez, Juan María García Reche, Laureano Ortiz Ortiz, José Luis Torres García, Juan Pedro Zapata Saldaña, Amador Miralpeix del Pino y otros. Todos ellos fueron Indultados por los Reales Decretos de 1 de Diciembre de 2000 (publicados en el BOE el 2 de enero de 2001), firmados por el entonces Ministro de Justicia, Ángel Acebes Paniagua.

Debe destacarse, en este sentido, que en no pocos casos los Indultos concedidos a torturadores lo han sido por otras figuras delictivas —detenciones ilegales y lesiones— que son muy cercanas a la tortura pero que dificultan en extremo su búsqueda pudiéndose así establecer la hipótesis de una “cifra negra” que oculta un fenómeno de mayor magnitud que el que a simple vista pudiera parecer. Así, por ejemplo, los Indultos concedidos por los dos delitos mencionados a los siguientes funcionarios: José María Cáceres Esteban (BOE 110 de 8-5-2003), José Ignacio Revuelta Martín (BOE 99 de 23-4-2004), Juan Manuel García Blanco (BOE 169 de 14-7-2004), Juan Pizarro Martínez (BOE 268 de 6-11-2004), Juan Manuel Pérez Rodríguez (BOE 300 de 16-12-2005), Sebastián Fernández Estévez (BOE 300 de 16-12-2005), Elena Fernández Bouzas (BOE 300 de 16-12-2005), Celso Alonso Blanco (BOE 300 de 16-12-2005).

Vinculado con cuanto se está señalando, cabe destacar la noticia relativa a que el Ayuntamiento de Vigo acepta el reingreso de los agentes apartados por la agresión y detención ilegal de un inmigrante (cfr. *Europa Press*, 30-1-2006), gracias al Indulto que el Consejo de Ministros acordó el pasado 25 de noviembre de 2005 al conmutar las penas.³⁰⁴

³⁰⁴ La Junta de Gobierno Local de Vigo aprobó la solicitud de reincorporación a la plantilla de la Policía Municipal que formularon los cuatro ex agentes apartados del cuerpo en noviembre de 2001 por la detención ilegal y agresión al inmigrante senegalés Mamadou Kane, que ejercía como vendedor ambulante. El Gobierno local aceptó la petición de los afectados y declaró su incorporación al servicio activo en un plazo de tres días desde la notificación del acuerdo, que ser trasladó también al jefe de la Policía Local, al jefe de Recursos Humanos y a varios servicios municipales. Celso Alonso Blanco, Elena Fernández Bouza, Sebastián Fernández Estévez y Juan Manuel Pérez Rodríguez perdieron su puesto en la Policía local por resolución de la Alcaldía en noviembre de 2001, cuando presidía la Corporación viguesa Ventura Pérez Mariño, por un caso que se produjo en 1997. El alcalde decretó el cese de los cuatro agentes en cumplimiento de una sentencia firme de la AP de Pontevedra, que condenó a los tres primeros a dos años de prisión e inhabilitación absoluta y decretó cuatro años de prisión e inhabilitación para Juan Manuel Pérez Rodríguez.

Lamentablemente, cuanto se está señalando no puede considerarse como la expresión de casos aislados. Lo más grave de esta situación es que la mayoría de las denuncias por tortura y/o malos tratos contra las Fuerzas de Seguridad del Estado y Funcionarios de prisiones han finalizado en archivo o sobreseimiento de las causas abiertas. Archivos que se producen tras una insuficiente investigación judicial (cuando ésta se produce), dando por válidas las versiones oficiales (es decir, de los funcionarios denunciados), afirmando que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito, o alegando el no haberse identificado a los responsables directos de las agresiones denunciadas.

5. La criminalización de los denunciantes de torturas

Como se ha señalado, en las ocasiones en que ha sido posible sentar en el banquillo de los acusados a los agentes que habían sido identificados por las personas agredidas, ya sea por ser los agresores directos, ya sea por haber tenido conocimiento de las agresiones y no haber hecho nada para evitarlas o denunciarlas, los Tribunales mayoritariamente absuelven a los funcionarios alegando, de forma reiterativa que las lesiones del denunciante eran consecuencia del uso de la “fuerza mínima necesaria para reducirle” o fueron causadas “en cumplimiento del deber”. Pero, en ocasiones, ello se revuelve contra los denunciantes terminando estos por ser acusados por delitos de denuncias falsas.

En efecto, a veces se reconocen las agresiones y su ilegalidad, pero no se puede determinar cuál de los varios funcionarios encausados era el autor de cada una de las lesiones del detenido, como se vio en el caso catalán de los sucesos de abril de 2004 en la cárcel de Quatre Camins. Otras veces se ha convencido a los Tribunales de la existencia de las agresiones y de la identidad del agresor. Como consecuencia de ello, muchas veces el denunciante de una agresión institucional termina por ser acusado como autor de “denuncia falsa” iniciándose un proceso contra él, en el cual deja de ser *víctima* para transformarse en *culpable* al no haber podido acreditar ante los Tribunales la existencia de los hechos denunciados.

Esta cuestión (*efecto boomerang de la denuncia*), fue también mencionado por el Relator para la Tortura de las Naciones Unidas en su informe: “*el temor, repetidamente expuesto al Relator especial de que las denuncias de tortura sean respondidas con querellas de difamación*” son algunos de los factores de preocupación que mostró.

6. Obstaculizaciones al cumplimiento de resoluciones judiciales

En otras ocasiones, en efecto, se han verificado ciertas resistencias al acatamiento a resoluciones jurisdiccionales que han condenado a distintos funcionarios por delitos como los aquí analizados. Baste citar al menos un ejemplo. Tal y como se tuvo noticia por la prensa (cfr. *Europa Sur*, 25-1-2006), en la ciudad andaluza de La Línea, el alcalde, Juan Carlos Juárez, ratificó el apoyo total del equipo de gobierno a los agentes José Pacheco y José Toro, condenados a tres años de prisión por un delito de detención ilegal contra Antonio Mejías Ruiz. El Regidor añadió que aunque acata la decisión de la AP por su respeto a la justicia, cree firmemente en la inocencia de los agentes. El Alcalde Juárez confirmó que el Ayuntamiento ha presentado ante la Audiencia un recurso e hizo referencia a un caso que sigue abierto en los juzgados de La Línea y que, en su opinión, podría evitar la ejecución de la sentencia.³⁰⁵

³⁰⁵ A este respecto, hay que recordar que los juzgados núms. 1 y 3 abrieron diligencias previas después de la primera retractación de Mejías Ruiz, que tras la sentencia declaró que no había sido objeto de la citada detención ilegal. Sin embargo, estas diligencias fueron

Cabe destacar también que el Alcalde valoró de forma positiva y agradeció el apoyo todo el apoyo y comprensión de la sección sindical de Comisiones Obreras en el Ayuntamiento. *“Era un respaldo necesario al que se suman los demás policías, el equipo de gobierno y seguramente muchos ciudadanos. Conozco bien a los dos agentes, con los que debo estar ahora y siempre”*, añadió Juárez.

Se puede afirmar, tras lo que se ha examinado recientemente, que la impunidad constituye otra de las caras de la “cifra negra” en que se halla la tortura y que ya fue mencionada. La impunidad de una lacra semejante no sólo reproduce y aumenta la humillación de las víctimas, sino que por sí misma revela la escasa voluntad de las autoridades en prevenir, denunciar y terminar con estas prácticas, de acuerdo a los compromisos internacionalmente asumidos a que se ha hecho mención anteriormente.

Como ha podido verse, numerosas son las conclusiones que arroja el tratamiento y examen de la cuestión de la tortura y de otras formas de violencia institucional en la privación de libertad en el Estado español. Asimismo, también son numerosas las conclusiones que arroja la impunidad en la que se desenvuelven semejantes prácticas. Por ello, en forma de Indicadores numerados, se presentaron separadamente en las páginas anteriores. Frente a ello, aún cabe formular entonces algunos reclamos; ello es cuanto hará, finalmente, en el siguiente capítulo.

archivadas el pasado mes de diciembre y, tal y como adelantó *Europa Sur* hace dos semanas, el fiscal ha solicitado a los juzgados de La Línea la apertura de diligencias previas contra los abogados municipales Ricardo Fernández de Vera y Luis Landero y el coordinador de Obras y Servicios, Francisco Núñez, por un presunto delito contra la administración de la justicia por soborno o coacción. Estas diligencias obedecen a una segunda retractación de Mejías, que recientemente ha ratificado ante la Fiscalía su primera declaración contra Pacheco y Toro. Respecto a Mejías Ruiz, Juárez

CAPÍTULO 16

Las demandas de los afectados

La presente investigación culmina en este Capítulo, en el cual, tras las Conclusiones que se han vertido en el anterior, se pretenden mostrar las principales peticiones y recomendaciones que, respecto del tema examinado, provienen de los sectores de la sociedad civil comprometidos en la promoción de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en el Estado español.

Es por cuanto acaba de decirse, que el Equipo de investigación que ha trabajado en la confección del presente Informe, de común acuerdo con las organizaciones que constituyen la **Coordinadora para la Prevención de la Tortura** (CPT), hemos optado por transcribir textualmente las demandas que provienen de esta Coordinadora. Creemos que ello cumple, por un lado, con el respeto que tales organizaciones sociales y profesionales merecen por su compromiso en esta tarea y, por otro lado, refleja acabadamente, como antes se ha mencionado ya, el carácter absolutamente imprescindible que imprime el trabajo de/con las organizaciones sociales de lucha contra la tortura. Por todo ello, desde aquí queremos agradecer a la CPT por su trabajo y por su generosidad a la hora de permitir la literal transcripción de las demandas que a continuación se presentan bajo el título de “*Recomendaciones de Barcelona*” (Barcelona, 3 y 4 de febrero de 2006).

Con ello se alude a la celebración, los días 3 y 4 de febrero de 2006, en Barcelona, de las *Jornadas sobre la prevención de la tortura, la implantación del protocolo facultativo contra la tortura y las recomendaciones del relator de la ONU*, con la presencia activa de Theo van Boven, ex-Relator de la ONU sobre la Tortura y con la participación de organismos de derechos humanos internacionales de reconocido prestigio y autoridad en la lucha contra la tortura. Las Jornadas fueron organizadas por la CPT, plataforma en la cual se integran más de 40 organismos que están en contacto directo con las víctimas de la tortura, que vehiculan sus denuncias y que, en definitiva, tienen la información exhaustiva y real de la situación en torno del fenómeno de la tortura y los malos tratos en el Estado español. El objetivo principal de estas Jornadas era incidir en el debate abierto ante la firma, ratificación y posterior implementación por parte del Gobierno español del Protocolo Facultativo de Naciones Unidas. En esta voluntad, contó con participaciones, tanto de ponentes como del propio público asistente de alta calidad y ciertamente clarificadoras sobre los pasos que ha de seguir la lucha contra la tortura en el Estado español.

Durante los debates que tuvieron lugar en estas Jornadas, quedó patente la persistencia de la tortura en el Estado español, tanto por las denuncias y los testimonios de aquellas personas que la han sufrido directamente, como por la presentación de los Informes publicados por la CPT. De la misma forma, quedó constancia de la impunidad que rodea la práctica de la tortura en el Estado español: comenzando por una falta de investigación real e independiente de las denuncias, y acabando por el mantenimiento de indultos y medidas de gracia a los pocos funcionarios que, finalmente, son condenados por los Tribunales de Justicia, como se acaba de ver en los epígrafes anteriores.

Pasemos pues, sin más dilación, a la mencionada transcripción de las demandas que pone fin al Informe que se presenta:

1. *Las más altas autoridades e instituciones de todo el Estado español deberán reafirmar pública y oficialmente la prohibición, en toda circunstancia, de cualquier forma de tortura y/o trato inhumano o degradante; asimismo, reconocerán la existencia más que esporádica de este fenómeno en el Estado.*
2. *Se deberá garantizar, con rapidez y eficacia, que toda persona detenida por las Fuerzas de Seguridad del Estado tenga garantizado los derechos de:*
 - a) *Acceder a un abogado de confianza antes de prestar declaración; en el caso de que la persona detenida escoja ser asistida por un abogado de oficio, la actividad de éste deberá seguir un protocolo de actuación, además de contar con experiencia en la asistencia.*
 - b) *Ser examinada por médicos de su confianza, garantizando que los médicos forenses que intervengan en casos de tortura y/o malos tratos trabajen sobre la base de protocolos y estándares internacionales —entre ellos el Protocolo de Estambul— y acrediten una formación especial para el diagnóstico de las torturas tanto físicas como psíquicas y para la valoración de sus secuelas.*
 - c) *Que su familia y afines sean informados del hecho y lugar de su detención, así como su estado de salud y situación judicial.*
3. *La detención incomunicada y el régimen de aislamiento penitenciario crean condiciones que facilitan la práctica e impunidad de la tortura, dotando de sistematicidad a su aplicación. Por ello, estos mecanismos excepcionales deberían ser inmediatamente suprimidos, así como aquellas legislaciones y tribunales que los utilizan y amparan, como la Audiencia Nacional, recuperándose la figura del juez natural. Asimismo, deberían suspenderse y archivarse todos los procedimientos penales sustentados en inculpaciones o autoinculpaciones arrancadas bajo tortura a las personas detenidas.*
4. *Sin perjuicio de lo anterior, se pondrán en marcha mecanismos de prevención que impidan la práctica de la tortura. Por ello, toda detención ha de comenzar con una toma de declaración a la persona detenida sobre si se acoge al derecho constitucional a no declarar. En este último caso, el detenido será puesto inmediatamente a disposición judicial, y ningún interrogatorio ni declaración del mismo, emitida con posterioridad a estas manifestaciones y hasta su comparecencia ante el juez, tendrá validez. Los interrogatorios constarán de la identificación de las personas presentes y la acreditación de su función en el interrogatorio y/o proceso judicial. Los interrogatorios, así como toda la estancia en comisaría, deberán ser registrados con mecanismos audiovisuales, el control y revisión de los cuales debería ser realizado por organismos independientes de las fuerzas policiales y de sus responsables políticos directos. Se deberá prohibir expresamente que haya personas que vayan encapuchadas a las dependencias policiales y a las sesiones de interrogatorio.*
5. *Ninguna persona detenida o presa ha de verse sometida a aislamiento sensorial de ninguna clase y se debe prohibir expresamente que sus ojos sean vendados o sus cabezas encapuchadas o sus oídos tapados. Asimismo, se ha de confiscar todo material antirreglamentario (tanto defensivo como ofensivo) que pueda hallarse en las dependencias de los funcionarios. Igualmente, se garantizará que ninguna técnica de interrogatorio de las expresamente prohibidas por el art. 16 de la Convención contra la Tortura sea aplicada en el Estado español.*
6. *El Gobierno ratificará el Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y garantizará la independencia del*

Mecanismo Estatal de Prevención y de los Mecanismos Locales de Prevención previstos en este Protocolo. Por ello, aceptará que el desarrollo real de este Protocolo ha de desarrollarse en consenso con la sociedad civil, las organizaciones activas en la materia y los Mecanismos Internacionales de control. Los Mecanismos diseñados en desarrollo del Protocolo Facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes tendrán plena libertad para visitar e inspeccionar los centros de detención —en el sentido amplio del término que recoge este Protocolo—, supervisar la actividad de los médicos forenses y, en especial, el uso de los estándares internacionales de actuación, asesorar la investigación de las denuncias, informar y ser informado por los jueces, así como supervisar la efectiva ejecución de las sanciones a los funcionarios infractores.

7. *El Gobierno y las autoridades correspondientes garantizarán que todo funcionario que haya de ejercer trabajos de custodia esté informado sobre la prohibición de la tortura, tenga la formación adecuada sobre los protocolos internacionales de garantía de los derechos humanos y tenga los conocimientos socioculturales adecuados para poder respetar en todo momento los derechos y libertades que siguen asistiendo a toda persona detenida o presa.*
8. *Se deberá garantizar la independencia, prontitud y eficacia de las investigaciones ante las denuncias por torturas y malos tratos, asegurando que se aplica la legislación internacional y las resoluciones de los organismos internacionales para su sanción. Igualmente, deberá garantizarse una rápida y eficaz investigación de todos aquellos casos de defunción en custodia. El Fiscal deberá realizar de oficio actuaciones indagatorias sobre los hechos denunciados como tortura. El Gobierno, por conducto del Fiscal General del Estado, instruirá a los fiscales para que sean activos en la represión de la tortura. Sin perjuicio de todo esto, la víctima de torturas disfrutará siempre del derecho a la asistencia jurídica gratuita especializada.*
9. *En caso de denuncia de torturas se adoptarán medidas preventivas legales y disciplinarias contra los funcionarios acusados, comenzando por la suspensión cautelar del ejercicio de sus funciones hasta el esclarecimiento de los hechos. La investigación deberá llevarse a cabo con independencia de los presuntos autores y del cuerpo al que sirven. Las investigaciones deberían hacerse de conformidad con los Principios establecidos por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 55/89.*
10. *Declarar la imprescriptibilidad del delito de tortura y garantizar que ninguna persona que haya cometido torturas quede impune. En relación a los indultos a funcionarios condenados por torturas, esta gracia no puede ser potestad gubernamental. La acusación a los denunciantes de tortura por calumnias, denuncia falsa, falso testimonio e incluso colaboración con banda armada únicamente por intermediar denuncia de tortura no puede considerarse sino una represalia para generar un estado de miedo a denunciar los hechos y procurar así la impunidad de los hechos ocurridos.*
11. *Al determinar el lugar de reclusión de las personas privadas de libertad, se debería prestar especial atención al mantenimiento de las relaciones sociales y familiares, así como a las necesidades del proceso de rehabilitación social en cumplimiento del art. 25.2 de la Constitución española. Se prohibirá la utilización del alejamiento o la dispersión penitenciaria como política sistemática por contravenir frontalmente este principio.*
12. *Tanto en prisiones como en comisarías, las necesidades propias de la mujer han de verse cubiertas. Ha de prohibirse taxativamente el trato vejatorio y/o sexista que pueda agredir la condición sexual de toda persona presa o detenida. El derecho a la libertad e identidad sexual de las personas detenidas o presas ha de estar garantizado durante su custodia policial, judicial o penitenciaria, con independencia de su condición de hombre, mujer o transexual, así como de su orientación sexual.*

13. *Igualmente, deben observarse con especial precaución los casos de torturas y/o malos tratos basados en discriminaciones étnicas, religiosas, por razón cultural, de procedencia o cualquier otra razón. En estos casos deberá garantizarse que el denunciante de torturas y/o malos tratos no será objeto de represalias. Igualmente, deberá ponerse el acento en el hecho de que la expulsión/devolución de inmigrantes a países donde se practica la tortura es una práctica prohibida, que hace responsable al país que acuerda la expulsión/devolución.*
14. *Adoptar con especial urgencia todas las medidas necesarias para erradicar las torturas y/o malos tratos a personas menores de edad, tanto en comisarías, como en Centros de Reforma de Menores, como bajo cualquier tipo de custodia. Las buenas condiciones de acogida y trato al menor han de estar garantizadas en todo momento y los jueces y fiscales de menores han de ser los garantes de estas condiciones con su presencia física en los espacios de custodia. Especialmente, ha de prohibirse la detención incomunicada y el aislamiento de los menores que cumplen penas privativas de libertad.*
15. *El derecho fundamental a la salud y a la integridad física y psíquica de las personas detenidas y presas ha de estar totalmente garantizado. Ninguna persona gravemente enferma o la enfermedad de la cual pueda verse agravada por la custodia en prisiones o comisarías será ingresada en estas instituciones. Igualmente, se tendrá especial cuidado por el respeto a estos derechos en los psiquiátricos de custodia de las administraciones públicas. Las condiciones de higiene, salubridad y dignidad de los lugares de custodia o detención deberían estar garantizadas.*
16. *Las personas que hayan sufrido torturas o malos tratos deberían recibir remedio y reparación adecuados, incluyendo el reconocimiento del daño, la rehabilitación, la indemnización, la satisfacción de las necesidades derivadas de su nueva situación personal y la garantía de no repetición.*

Bibliografía, fuentes periodística, web site

- AA.VV., (2002), *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIV. Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de publicaciones e intercambio científico da Univerddade de Santiago de Compostela.
- AA.VV., (1993), *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*. Madrid, Trotta.
- AA.VV., (1994), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XV, Vol. No. 1, Madrid.
- aa.vv., (1994), *La ley de seguridad ciudadana*, Anuario 1992, Barcelona.
- AGAMBEN, G., (1998), *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-textos.
- AGAMBEN, G., (2004), *Estado de excepción. Homo sacer II*. Valencia, Pre-textos.
- AGAMBEN, G., (2000), *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Valencia, Pre-textos.
- ALMEDA, E., (2002), *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*. Barcelona, Ediciones Bellaterra.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., (1985), *El juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, Civitas.
- ÁLVAREZ CONDE, E. / GONZÁLEZ, H., (2006), “*Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales*” en www.institutoelcano.org/analisis/891/891_Alvarezcondegonzalez.pdf.
- ÁLVAREZ, M. A. / COBOS F. J., (1983), “La legislación antiterrorista, una huida hacia el derecho penal” en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 68.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2002), *España: Crisis de Identidad. Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del estado*. Madrid.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2003), *Contra la Tortura. Manual de Acción*. Editorial Amnistía Internacional. Madrid.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2005), *España Frontera Sur: El Estado da la espalda a los derechos humanos de refugiados e inmigrantes*, Madrid.
- ANDRES IBÁÑEZ, P., (1981), “Democracia autoritaria y Administración de Justicia en España” en VENTURA PÉREZ M., (comp.), *Justicia y Delito*, Madrid, Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- ANDRES IBÁÑEZ, P., (1996), “Presunción de inocencia y prisión sin condena” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. XVIII, Madrid.
- ANDRES IBÁÑEZ, P., (1995), “El modelo procesal de la “Ley Corchera”. La contra-reforma implícita” en MUÑAGORRI LAGUIA, I., (ed.), *La Protección de la Seguridad Ciudadana*, Oñate Proceedings, No. 18. Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñate.
- AÑÓN ROIG J. M. / MARTÍNEZ VIDAL S., (1986), “Notas sobre una legislación amenazante” en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 29.
- ARANDA OCAÑA, M., (2004), “Análisis descriptivo de la situación penitenciaria en España” en DORES, A.P. (org.) *Prisões na Europa. Um debate que apenas começa*, Oeiras, Celta.
- ARENDT, H., (2003), *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Barcelona, Lumen.

- ARENDT, H., (1993), *La condición humana*, Barcelona, Paidós.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1985), "Terrorismo y sistema penal" en AA.VV., *Reforma Política y Derecho*. Madrid, Ministerio de Justicia.
- ASENCIO MELLADO, J. M., (2004), "La libertad de movimientos como derecho fundamental" en *Manuales de Formación continuada*, No. 22. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- ASENCIO MELLADO, J. M., (2005), "Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad" en *La Ley*, No. 2.
- ASSEMBLEA D'OKUPES DE TERRASSA, (1999), "Okupació, repressió i moviments socials" en *Medis de comunicació i moviments socials: el cas de l'Okupació*, Barcelona, Edicions Kasa de la Muntanya-Diatriba.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, (2006), "Informe Día Mundial de Lucha contra el SIDA". Federación Andaluza de Drogodependencias y SIDA ENLACE.
- AUGÉ, M., (2002), *Diario de Guerra. El mundo después del 11-S*, Barcelona, Gedisa.
- AYMERICH CANO, C. I., (1997), "Régime penitenciário fechado e cárceres de máxima segurança. Unha reflexión desde o Dereito Administrativo" en AA.VV. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, No. 1.
- AYO FERNANDEZ, M., (2004), *Las Garantías del Menor Infractor*, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, No. 12. Pamplona, Thomson-Aranzadi.
- AYUSO VIVANCOS, A., (2003), *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Valencia, Nau Llibres.
- BACIGALUPO, E., (1991), *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Akal.
- BALAGUER SANTAMARÍA, J., (1992), "Enfermos mentales en el derecho penitenciario: Regulación y derechos fundamentales" en RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, J. M. Bosch.
- BANDRÉS SANCHEZ CRUZAT, J. M., (1983), *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Barcelona, J. M. Bosch.
- BANDRÉS, J. M., (1981), "Veinte años de leyes y jurisdicciones especiales" en VENTURA PÉREZ MARINO, *Justicia y Delito*. Madrid, Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- BANDURA, A., (1996), "Teoría del aprendizaje social" en BRYANT J. / ZILLMANN D., (comps.), *Los efectos de los medios de comunicación*. Barcelona, Paidós.
- BARBERO SANTOS, M., (1983), "La delincuencia juvenil en España: imagen y realidad" en Separata del Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Madrid.
- BARONA VILAR, S., (2004), "Garantías y derechos de los detenidos" en *Manuales de Formación continuada. Derechos Procesales Fundamentales*. No. 22, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- BARQUÍN SANZ, J., (1992), *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, Edersa.
- BARQUÍN SANZ, J., (1999), "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral" en *Comentarios al Código Penal*, Tomo VI. Madrid, Edersa.
- BATISTA, A., (1999), *Diario privado de la guerra vasca*, Barcelona, Plaza & Janés.
- BAUDRILLARD, J., (1991), "La guerra del Golfo no ha tenido lugar", Barcelona, Anagrama.
- BAUMAN, Z., (2000), *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa.
- BECK, U., (2001), "El mundo después del 11-S" en <http://www.llistes.pangea.org/pipermail/infomoc/Week-of-Mon-20011015/000124.html>
- BENITO LÓPEZ, R., (2004), "Régime cerrado: La détention spéciale en Espagne" en AA.VV. *La détention en isolement dans les prisons européennes. Les régimes spéciaux de détention en Italie et en Espagne et les mesures administratives en France et au royaume uni*. Bruselas, Bruylant.

- BENJAMÍN, W., (1999), *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., (coord.) (2001), *Manual de Derecho penitenciario*, Madrid, Colex.
- BERGALLI, R., (1988), "Prólogo" a SERRANO PIEDECASAS, J. R., (1988), *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona, PPU.
- BERGALLI, R., (coord.) (2006), *Flujos migratorios y su (des) control: puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, Anthropos.
- BERGALLI, R. / RIVERA BEIRAS, I., (coords.) (2005), *Política criminal de la guerra*, Barcelona, Anthropos.
- BERGALLI, R. / RIVERA BEIRAS, I., (2006), "Torturas y abuso de poder" en *Desafío(s)*, No. 2, Barcelona, Anthropos.
- BERGALLI, R. / BODELÓN, E., (1992), "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XI. Madrid, Nueva Época.
- BILIXEN, S., (1998), *Operación Cóndor. Del archivo del terror y el asesinato de Letelier al caso Berrios*, Barcelona, Editorial Virus.
- BODELÓN, E., (1998), "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres" en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 7, No. 11/12, Buenos Aires.
- BODELÓN E., (1998), "Género y derecho" en AÑON, M. J. / BERGALLI, R. / CALVO, M. / CASANOVAS, P., *Derecho y Sociedad*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- BODELÓN, E., (2003), "Género y Sistema Penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal" en BERGALLI, R., (coord.), *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., (ed.) (2002), "El nuevo derecho penal juvenil español" en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, V. Zaragoza, Gobierno de Aragón.
- BORRAT, H., (1989), *El periódico, actor político*, Barcelona, Gustavo Gili.
- BOURDIEU, P., (1997), *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., (2002), "Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES 1 (CD)" en AA.VV., *Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela.
- BUENO ARÚS, F., (1963), "El derecho de comunicación de los detenidos y presos" en *Revista Derecho Procesal*, No. 2. Instituto Español de Derecho Procesal.
- BUENO ARÚS, F., (1988), "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria" en *Poder Judicial*, No. especial III.
- BUSTOS RAMÍREZ J., (1986), "Pena Privativa de Libertad y Política Criminal. Los Establecimientos de Máxima Seguridad" en *Jueces para la Democracia: Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Barcelona, Hacer.
- BUSTOS RAMÍREZ J., (1983), "El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público" en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas.
- BUSTOS RAMÍREZ J., (1986), *Manual de derecho penal español. Parte Especial*, Barcelona, PPU.
- BUSTOS, J. / LARRAURI, E., (1993), *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona, PPU.
- CACCIARI, M., (1982). "Il "gioco" inquisitorio" en *Politica del Diritto*, Año XIII, No. 2.
- CALELLO, H., (1987), *Terrorismo de Estado y violencia psíquica*. Caracas, Fondo Editorial Tropikos.
- CANCIO MELIÁ, M., (2003), "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas.
- CANEL, M. J., (1999), "El País, ABC y El Mundo: tres manchetras, tres enfoques de las noticias" en *Zer. Revista de Estudios de Comunicación*, No. 6.

- CANO LÓPEZ, F., (2005), "La política criminal para una justicia juvenil. ¿Es necesaria una política penal para los problemas de los jóvenes?" en RIVERA BEIRAS, I., *Política criminal y Sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, Anthropos.
- CARBONELL MATEU, J. C., (2000), "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad" en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. III, Nos.1 y 2.
- CARDÚS, S., (coord.) (2004), *Anuari de l'Opinió Publicada 2003*. Barcelona, Fundació Centre de Documentació Política (CDP).
- CASTAÑO, M., (2001), "Nuevos Tratamientos contra el VIH-SIDA en el entorno penitenciario" en *Revista Panóptico*, No. 1. Nueva época, Barcelona, Virus.
- CASTELLS ARTECHE, M., (1982), *Radiografía de un modelo represivo*. San Sebastián, Ediciones Vascas.
- CEA D'ANCONA, M. A., (1991), *La justicia de menores en España*. Tesis Doctoral. Madrid, Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., (2001), *Derecho Penitenciario*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- CHACHUAN, M., (10/2006), "Sobre el derecho penal del enemigo. (O el otro derecho penal)" en *Revista Hoja de Ruta* No. 2, <http://www.hojaderuta.org>
- CHAZARRA QUINTO, M. A., "La lucha contra el terrorismo versus el respeto de los derechos fundamentales: La política criminal española tras los macroatentados terroristas" en www.derechopenalonline.com
- CHOMSKY, N. / HERMAN, E. S., (1990), *Los guardianes de la libertad: propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas*. Barcelona, Crítica.
- CHOMSKY, N., (2002), *11/09/2001*, Barcelona, Edicions de La Magrana.
- CHOMSKY, N., (2003), *Piratas y emperadores. Terrorismo internacional en el mundo de hoy*. Barcelona, Civitas.
- COHEN, S., (1972), *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers*, Londres, MacKibbon and Kee.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, (2004) *Informe presentado por la Relatora Especial Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. Visita a España. Grupos e individuos: Trabajadores migrantes*.
- COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO [CEAR], (2006). *La Situación de los Refugiados en España*. Madrid, Asociación los libros de la Catarata.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, (2003), *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las reformas penales*. Madrid, Centro de Documentación Judicial.
- COOK, R. J., (1994), "State Accountability under the Convention of the Elimination of All forms of Discrimination Against Women" en *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. Philadelphia, University of Pensilvania Press.
- COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JÓVENES, (2006), "A la Comisión para la Defensa de los Derechos de la Infancia. Resumen de la situación de vulnerabilidad de los menores inmigrantes bajo la tutela de los servicios de protección de menores de las Comunidades Autónomas del Estado español", Madrid.
- COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, (2005) *Informe sobre la tortura en España*. <http://www.apdha.org/documentos/Informetortura2005.pdf>
- COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, (2005), *Informe sobre la tortura en España* en <http://www.prevenciontortura.org>
- COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, (2006), *Informe 2006. La Tortura en el Estado Español*. Sevilla.

- CRESPI, I., (2000), *El Proceso de Opinión Pública*. Barcelona, Ariel.
- CUERDA RIEZU, A., (1991), "El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penal de 1990" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales No. III*. Madrid, Ministerio de Justicia.
- DAL LAGO, A., (2005), "La guerra-mundo" en BERGALLI, R y RIVERA BEIRAS, I., (coords.), *Política criminal de la guerra*. Barcelona, Anthropos.
- Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial*, (1995), XXIX Asamblea Médica Mundial, Tokio.
- DE GIORGI, A., (2005), *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Barcelona, Virus.
- DEL BUEY, F., (2003), "Sida (más) cárcel = pena de muerte también "nunca más"?" en *Revista Panóptico*, No. 6. Nueva época. Barcelona, Virus.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., (1990), *El Delito de Tortura. Concepto, Bien Jurídico y Estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*. Barcelona, Bosch.
- DEL TORO MARZAL, A., (1980), "El nuevo delito de tortura" en Mir S., (coord.), *La reforma del Derecho Penal*. Barcelona, Bellaterra.
- DENCKER, F., (1988), "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? —Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung—", StV 6/1988.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., (2004), "Prisión provisional e intereses constitucionalmente protegidos" en *La Ley*, No. 1.
- DÍAZ PITA, M. M. / FARALDO CABANA, P., (2002), "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995" en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, No.7.
- DÍEZ PICAZO, L. M., (1996), *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona, Crítica.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (1986), "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario" en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 30.
- DOLZ LAGO, M. J., (2000), "La nueva responsabilidad penal del menor. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero" en *Revista General de Derecho*. Valencia.
- DURANDIN, G., (1995), *La información, la desinformación y la realidad*. Barcelona, Paidós.
- ECHEVERRÍA GURIDI, J. Fr., (1993), "Particularidades procesales en materia terrorista. Análisis de su constitucionalidad y su justificación" en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 36.
- EGUILUZ, M., (2005), "Impresiones de la pluralidad: Las ventanas de Zygmunt Barman" en *Revista Anthropos*, No. 206. Barcelona, Anthropos.
- ELÍAS ORTEGA, A., (1997), "Los departamentos especiales en el nuevo reglamento penitenciario" en DOBÓN, J. / RIVERA, I., (1997), *Secuestros institucionales y derechos humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*. Barcelona, Bosch.
- ELKARRI, (2002), *Claves para hacer las paces. El libro de la Conferencia de paz*. Pamplona, Pamiela Argitaletxea.
- FACIO, A. y FRIES, L., (ed.), (1999), *Género y Derecho*. Santiago, LOM Ediciones.
- FARALDO CABANA, P., (2003a), "El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional" en *Actualidad Penal*, No. 25.
- FARALDO CABANA, P., (2003b). "La reforma de los presupuestos de la prisión provisional" en *Revista Panóptico*, No. 6. Nueva época. Barcelona, Virus.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., (1994) "El régimen cerrado" en AA.VV., *Derecho Penitenciario y democracia*. Sevilla, Fundación El Monte.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., (1988), *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*. Madrid, Editorial Tecnos.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., (1986). *Detención y prisión provisional en Jornadas sobre privación de libertad y derechos humanos*. Barcelona, Hacer.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., (1976), "La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el ordenamiento jurídico interno" en AAVV., *Política y Derechos Humanos*. Valencia, Fernando Torres Editor.
- FERNÁNDEZ, C., (2006), *Els Centres d'Internament d'Estrangers*. Treball Doctorat en Dret. Universitat de Barcelona.
- FERRAJOLI, L., (1984), "Emergencia penale e crisi della giurisdizione" en *Dei Delitti e Delle Penne*, Año II.
- FERRAJOLI, L., (1987), "La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza" en *Questione Giustizia*, No. 2.
- FERRAJOLI, L., (1998), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta.
- FEUCHTWANG, S., (2006), "Images of sub-humanity and their realization" en *Critique of Anthropology*, Vol. 26.
- GARCÍA FERRANDO, M. / IBÁÑEZ, J. / ALVIRA, F. (comps.) (1994), *El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación*. Madrid, Alianza.
- GARCÍA INDA A. / LOMBARDO E., (2002), "El Feminismo ante la violencia de género" en AA.VV., *Género y Derechos Humanos. Terceras Jornadas Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. Universidad de Zaragoza.
- GARCÍA MORILLO, J., (1985), *El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Ministerio de Justicia.
- GARCÍA MORILLO, J., (1980), *Régimen constitucional español*. Barcelona, Labor.
- GARCÍA PEREZ, O., (1993), "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- GARCÍA VALDÉS, C., (1982), *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Madrid, Civitas.
- GARRIDO FALLA, F., (1983), *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*. Vol. II. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GARRIDO GUZMÁN, L., (1983), *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
- GRAVEN, J., (1970), "Perspectiva actual del problema del arresto y la detención preventiva de acuerdo a la Declaración de los derechos del Hombre" en AA.VV., *Homenaje al profesor Don Luis Jiménez de Asúa. Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Argentina, Pannedille.
- GIMBERNART ORDEIG, E., (1982). *Constitución y Derecho Penal en la Constitución Española de 1978. Un análisis comparado*. Instituto Jurídico Español y Universidad Menéndez Pelayo.
- GIMBERNART ORDEIG, E., (1993), "El marco legal de la tortura" en Diario *El Mundo*, 29-09-1993. España.
- GIMENO SENDRA J. V., / VIVES ANTON, T. S., (1977). *La detención gubernativa y la detención judicial*. Barcelona, Editorial J. M. Bosh.
- GOMÀ, R. / SUBIRATS, J., (1998), *Políticas públicas en España: contenidos, redes de actores y niveles de gobierno*. Barcelona, Ariel.
- GÓMEZ BENITEZ, J. M., (1982), "Crítica a la política penal del orden público" en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 16.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., (1984), "Eficacia y garantismo en la legislación especial antiterrorista" en *II Jornadas de Derecho Penal*, C.U.T.
- GONZÁLEZ GUITIÁN L., (1996), "Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos" en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VII. Madrid.
- GONZÁLEZ PASTOR, C. P., (2003), "Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de su constitucionalidad" en *Actualidad Penal*. Madrid.
- GONZÁLEZ VICENTE, P., (1988), "Traslado de internos" en *Poder Judicial*, No. III (especial). Vigilancia Penitenciaria. IV reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

- GONZÁLEZ ZORRILLA, C., (1985), "La justicia de menores en España" en DE LEO, G., (1985), *La justicia de menores*. Barcelona, Teide.
- GUALLART DE VIALA, A., (2002), "La minoría de edad en nuestra legislación penal. Evolución" en BOLDOVA PASAMAR, M. A., (ed.), *El nuevo derecho penal juvenil español*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública No. V. Zaragoza, Gobierno de Aragón.
- HALL, P., (1993), "Policy paradigms, social learning and the state. The case of. policymaking in Britain" en *Comparative Politics*, Vol. 25, No. 3.
- HERSH, S. M., (2005), *Obediencia debida. Del 11 de septiembre a las torturas de Abu Ghraib*. Madrid, Santillana.
- HIGUERA GUIMERÀ, J. F., (2003), *Derecho penal juvenil*. Barcelona, Bosch. S.A.
- HOCHMAN, H. / MONTERO, M. (1986), *Investigación Documental (Técnicas y procedimientos)*. Caracas, Editorial Panapo.
- HUMAN RIGHTS WATCH, (2005), *¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España*. Informe de enero de 2005, Vol. 17, No. 1(D).
- IDOIAGA, P. / RAMÍREZ DE LA PISCINA, T., (2002), *Al filo de la (in)comunicación. Prensa y conflicto vasco*. Madrid, Editorial Fundamentos.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., (2003), *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- INFORME DESDE EUSKADI, (2001), "Manifiesto sobre la situación sanitaria y estado de salud de las personas presas" en *Revista Panóptico*, No. 2. Nueva época. Barcelona, Virus.
- INFORME DEL RELATOR PARA LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS tras su visita del 6 al 10 de octubre de 2003 al Estado español E/CN.4/2004/56/Add.2 de 6 de febrero de 2004.
- INFORME CRC/C/15/Add.185 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 13 de junio de 2002, 30º período de sesiones.
- INFORME AUTORIZADO DE LA REVISTA DE CIENCIAS FORENSES: Spain: The doctor's role in the prevention of Ill-treatment. Authorized Report from Journal of Forensic Sciences, March 2002 Valoración sobre la Calidad de los Documentos Médicos emitidos en la Comisaría Central de la Policía en Madrid, España: el papel del medico en la prevención de los malos tratos.
- IRIONDO, I. / SOLA, R., (2005), "Mañana, Euskal Herria. Entrevista con Arnaldo Otegi" en *Diario Gara*. Bilbao.
- JAKOBS, G. / CANCIO MELIÀ, M., (2006), *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Civitas.
- JIMENEZ ASEÑO E., (1959), "Detención gubernativa" en *NEJ*, No. VII. Barcelona.
- JORGE BARREIRO, A., (2004), "La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional I" en *Jueces para la Democracia*, No. 51.
- JORGE BARREIRO, A., (2005), "La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional II" en *Jueces para la Democracia*, No. 52.
- JUSTICIA Y PAZ, (2002), *Boletín Informativo*. Madrid, Comisión Nacional Justicia et Pax.
- KALLIOPI KOUFA K., (2004), Relatora Especial sobre terrorismo y los derechos humanos de Naciones unidas, *Informe: Terrorismo y derechos humanos*, 03-2004, (E/CN.4/Sub.2/2004/40).
- KAPUSCINSKI, R., (2003), *Lapidarium iv*. Barcelona, Editorial Anagrama.
- KINGDON, J. W., (1995), *Agenda, Alternatives and Public Policies*. Nueva York, Hallper Collins College Publishers.
- KLEIN, N., (2006), "Never before. Our amnesic torture debate" en <http://antroposmoderno.com>
- KRAUS, D., (1978), "Sulla riforma del processo penales nella Repubblica Federale Tedesca" en *La Questione Criminale*, Año IV, No. 2.

- KURY, H., (2001), "Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?" en *aa.vv., Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Madrid, UNED.
- LA TORRE, E., (2005), "La cárcel de Abu Ghraib" en *Revista Panóptico*, No. 7. Nueva época. Barcelona, Virus.
- LAGARDE, M., (2005), *Fin al Feminicidio. Día V. Hasta que la Violencia termine*. Discurso pronunciado en Ciudad Juárez, Chihuahua, el 14 de febrero de 2004. México, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, LXI Legislatura.
- LAMARCA, C., (1985), *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- LAMARCA, C., (1989), "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- LAZARSFELD, P., (1971), *La sociología y el cambio social*. Buenos Aires, Paidós.
- LEVASSEUR, G., (1969), "La protection internationale des droits de l'homme et le procedure penale française" en *René Cassin amicorum*, Vol. VI.
- LEVINAS, E., (2001), *La realidad y su sombra. Libertad y mandato. Trascendencia y altura*. Madrid, Trotta.
- LIÑAN NOGUERAS, D. J., (1980), *El detenido en el convenio europeo de los derechos humanos*. Granada, Universidad de Granada.
- LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M., (1996), *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, Eurojuris.
- LÓPEZ PALAU, I., (1999), *Violencia contra la Mujer*. San Juan de Puerto Rico, Ediciones Lego.
- LÓPEZ PINA, A., (1991), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (obra colectiva), Madrid, Civitas.
- LUZÓN PEÑA, D., (1991), "Delitos contra el sistema constitucional y los derechos fundamentales" en *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid, Universidad Complutense y Edersa.
- MACKINNON, C. A., (1989), *Toward a Feminist Theory of the State*. London, Harvard University Press.
- MAGISTRATURA DEMOCRÁTICA, (1980), "Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979, No. 625, concernente misura urgente per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica" en *Quale Giustizia*, Nos. 49 y 50.
- MAIER, J. B., (1991), "La víctima y el sistema penal" en *Jueces para la Democracia*, No. 12.
- MAPELLI CAFFARENA, B., (1994), *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la Jurisprudencia constitucional*, ponencia presentada en las Jornadas organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demòcrates. Barcelona.
- MAPELLI CAFFARENA, B., (1998), "Los establecimientos de máxima seguridad en la Legislación Penitenciaria" en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 12. San Sebastián, Eguskilore.
- MAQUEDA ABREU, M. L., (2003), "Crítica a la reforma penal anunciada" en *Jueces para la Democracia*, No. 47.
- MAQUEDA ABREU, M. L., (1986), "La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes" en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Madrid.
- MARESCA, M., (2005), "Antes del Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley" en PORTILLA G., *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Universidad Internacional de Andalucía, Akaúl.
- MARTINEZ FRESNEDA, G., (1981), "Las garantías de defensa en los juicios penales" en VENTURA PÉREZ M., (comp.), *Justicia y Delito*. Madrid. Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- MAYNTZ, R. / HOLM, K. / HÜBNER, P. 1993. *Introducción a los métodos de la sociología empírica*. Madrid, Alianza.

- MESTRE DELGADO, E., (1987), *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid, Centro de publicaciones Ministerio de Justicia.
- MCLUHAN, H. M., (1998), *La galaxia Gutenberg*. Barcelona, Círculo de Lectores.
- MIR PUIG, S., (2004), *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor.
- MIRO, G., (2003), “*Cárcel, Droga y Salud*”, Tesina. Universitat de Barcelona.
- MIRÓ LLINARES, F., (2006) “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas: Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro derecho penal del enemigo de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá” en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y jurídicas de Elche*, Vol. I, No. 1.
- MOCCIA, S., (2000), “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales” en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, No. 5.
- MONCLÚS, M., (2005), *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Tesis Doctoral. Barcelona, Universitat de Barcelona.
- MORENEO PEREZ, J. L., (2004), “El espacio de lo político en Carl Schmitt. Estudio preliminar a Carl Schmitt” en SCHMITT, C., *El Leviatán en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Granada. Comares.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., (1988), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: textos internacionales de aplicación*. Madrid, Ministerio de Justicia.
- MORENO ARRACAS, P. / ZAMORO DURÁN, J. A., (1999), “Las políticas de aislamiento penitenciario. La especial problemática del Fichero de Internos de especial Seguimiento (F.I.E.S)” en RIVERA BEIRAS, I., (1999), *La cárcel en España en el fin del milenio (A propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*. Barcelona, Bosch.
- MORENO LÓPEZ A., (1995), “La tipificación del delito de tortura por el Derecho Internacional” en *Anuario del seminario permanente de Derechos humanos*, No. II.
- MORENTÍN CAMPILLO. B., (1996), “Valoración judicial de la tortura: aspectos médico-legales” en *Actualidad Penal*, No. 3.
- MUÑAGORRI LAGUIA, I., (1982), “Leyes especiales y Estado autoritario. Un punto de vista jurídico” en AA.VV., *Tortura y Sociedad* (ed. preparada por el Seminario contra la tortura de la Facultad de Filosofía de Zorroaga). Madrid, Revolución.
- MUÑAGORRI LAGUIA, I., (1983), “La Administración de justicia y los procesos de criminalización” en *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 7.
- MUÑAGORRI, LAGUIA, I., (1991), “El papel de las prisiones especiales de máxima seguridad en la política criminal española y europea” en AA.VV., *Control social del delito: críticas y alternativas*. Bilbao, Salhaketa.
- MUÑAGORRI LAGUIA, I., (1995), “Del Estado protector a la autoprotección del Estado. ¿Hacia una nueva codificación?” en MUÑAGORRI LAGUIA, I. (ed.), *La protección de la Seguridad Ciudadana*, Oñate Proceedings No. 18. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate.
- MUÑAGORRI LAGUIA, I., (2005a), “Derecho Penal Intercultural y Omisión del Principio de Soberanía” en PORTILLA G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Universidad Internacional de Andalucía, Akal.
- MUÑAGORRI LAGUIA, I., (2005b), “Las actuales políticas criminales como institucionalización de la inseguridad” en MANZANOS C., (coord.), *Políticas sociales para la seguridad ciudadana*. Vitoria, Ikusbide.
- MUÑOZ CONDE, F., (2003), *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F., (1999), *Derecho penal y control social*. Colombia, Temis.
- MUÑOZ CONDE, F., (2001), *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, F., (2003), "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *El País*, 15-01-03. España.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., (2004), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial II*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- NACIONES UNIDAS, (2004), *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Theo Van Boven, sobre su visita a España*, E/CN.4/2004/ADD.2.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., (2002), *Ejecución de la pena privativa de libertad*. Barcelona, Bosch.
- NEPPI-MODONA, G., (1978), *Poderi dello Stato e sistema penale*. Torino, Tirrenia.
- NEUMAN, E., (2001), "Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo" en AA.VV. *La Administración de Justicia*. Buenos Aires, Universidad.
- NISTRAL BURÓN, J., (2003), "Clasificación de los internos: especial referencia a los FIES" en DE LEÓN VILLALBA, F. J., (coord.), *Derecho y prisiones hoy*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- NOBILI, M., (1977), "La procedura penale tra dogmatica e sociologia, significato politico de una vecchia polemica" en *La Questione Criminale*, Año III, No. 1.
- NOELLE-NEUMANN, E., (1995), *La espiral de silencio*. Barcelona, Paidós.
- OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (2004), *L'empresonament a Catalunya*. Barcelona, Edicions 1984.
- OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (2005), *Populisme punitiu. Anàlisi de les reformes i contrareformes del Sistema Penal a l'Estat espanyol (1995-2005)* en Quaderns de Barcelona, Ciutadania i drets, Barcelona.
- OLSEN, F., (1990), "The Sex of the Law" en *The Politics of Law. Reised Edition. A Progressive critique*, Nueva York, Pantheon Books.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., (2005), *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio*. Barcelona, Bosch,
- OSBORNE, R., (coord.) (2001), *La violencia contra las Mujeres. Realidad Social y Políticas Públicas*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- PANOS INSTITUTE, (1995), *Armas para luchar, brazos para proteger. Las mujeres hablan de la guerra*. Barcelona, Icaria-Antrazyt.
- PAVARINI, M., (1983), *Control y dominación, teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México, Siglo XXI.
- PECES BARBA, G., (1980), *Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Latina Universitaria.
- PEGORADO, J., (2004), "Las políticas de seguridad ciudadana: un desafío al pensamiento crítico" en MUÑAGORRI LAGUIA, I. / PEGORARO, J., (2004), *La relación seguridad-inseguridad en centros urbanos de Europa y América Latina. Estrategias, políticas, actores, perspectivas y resultados*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, Dykinson.
- PEREZ ALONSO, E., (1999), "Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 2.
- PÉREZ MACHÍO, A., (2005), *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*. Bilbao, UPV.
- PITCH, T., (2003), *Un Derecho para Dos: La Construcción Jurídica de Género, Sexo y Sexualidad*. Madrid, Trotta.
- PORTILLA CONTRERAS G., (1992), *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Madrid, Edersa.
- PORTILLA, G., (1995), "Desprotección" de la libertad y seguridad personal" en MUÑAGORRI LAGUIA I., (ed.), *La Protección de la Seguridad Ciudadana*. Oñate Proceedings No. 18. San Sebastián, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate.

- PORTILLA, G., (1996), "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral" en COBO DEL ROSAL, M. *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*. Madrid, Marcial Pons.
- PORTILLA, G., (1997), "Delitos contra la Constitución" en COBO DEL ROSAL, M., *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial ii*. Madrid, Marcial Pons.
- POSTMAN, N., (1991), *Divertirse hasta morir*. Barcelona, La Tempestad.
- PRATKANIS, A. y ARONSON, E., (1994), *La era de la propaganda. Uso y abuso de la persuasión*. Barcelona, Editorial Paidós.
- PUNTE ABA, L. M., (2005), *Privación de libertad en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Facultad de Derecho de A Coruña. Inédito.
- PUIG PEÑA, F., (1959), "Detenciones" en *NEJ*, No. VII. Barcelona.
- QUERALT, J., (1992), *Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona, J. M. Bosch.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., (2005), *Una aproximación a las condiciones determinantes de la superpoblación carcelaria en el Estado español*. Universidad de A Coruña.
- RENART GARCÍA, F., (2003), *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*. Madrid, Edisofer.
- RESTA, E., (2001), "La enemistad, la humanidad y las guerra. Introducción a Albert Einstein y Sigmund Freud" en EINSTEIN A. / FREUD, S., *¿Por qué la guerra?* Barcelona, Minúscula.
- REYZÁBAL, M. V., (1999), *Propaganda y manipulación*. Madrid, Acento Editorial.
- RÍOS MARTÍN, J. C., (1995), "Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones" en AA.VV., *Niños y jóvenes criminales. Prevención. Tipología. Criminología. Procedimiento y Derecho Correccional de menores. Medidas y ejecución*. Granada, Comares.
- RÍOS MARTÍN, J. C. / CABRERA CABRERA, P. J., (1998), *Mil voces presas*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- RÍOS MARTÍN, J. C. / CABRERA CABRERA, P. J., (2002), *Mirando el abismo. El régimen cerrado*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- RÍOS MARTÍN, J. C., (2004), "Realidad penitenciaria: La justicia penal vista desde las consecuencias" en AA.VV., *Derecho Penitenciario II*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- RIVAS, A., (1998), *El análisis de marcos: una metodología para el estudio de los movimientos sociales* en IBARRA, P. y TEJERINA, B., (eds.), *Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural*. Madrid, Trotta.
- RIVERA BEIRAS, I., (1992), *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona, J. M. Bosch.
- RIVERA BEIRAS, I., (1997), *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona, J. M. Bosch Editor.
- RIVERA BEIRAS, I., (2000), "La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona de "no derecho")" en MUÑAGORRI LAGUÍA, I. / RODRIGUES, A. M. / PINTO DE MIRANDA / RIVERA BEIRAS, I., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*. Barcelona, M. J. Bosch.
- RIVERA BEIRAS, I., (coord.) (2005), *Política criminal y sistema penal*. Barcelona, Anthopos.
- RIVERA BEIRAS, I., (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- RIVERA, I. / SILVEIRA, GORSKY H., (2006), "¿Qué son los centros de internamiento de extranjeros?" en <http://indy-media.org>
- ROCA AGAPITO, L., (2003), "Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas" en *La Ley*, No. 2.
- RODRÍGUEZ ALONSO, A., (2003), *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Granada, Comares.

- RODRIGUEZ MESA, M. J., (2000), *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Granada, Comares.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. (1975), *Libertades cívicas y Derecho penal*. Madrid, Civitas.
- ROXIN, C., (1991), "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones" en AA.VV., *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- RUIZ, G., (2006), "Informe Médicos del Mundo y Plataforma de Solidaridad con los/las Inmigrantes de Málaga. Cronología de incidentes en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga (Capuchinos) desde su puesta en funcionamiento" en <http://indymedia.org>
- SALHAKETA, PRESTEN ALDEKO ELKARTEA (2005), *Mujer y cárcel*. Dossier Informativo. Nanclares de la Oca, Langraitz.
- SANTAMARÍA PARTOR, J. A., (2002), *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- SANTISTEVE ROCHE, P., (1996), "Cárceles. ¿Tratamiento o exterminio?" en Revista Panóptico, No. 2. Barcelona, Virus.
- SCHMINK-GUSTAVUS, C. U., (1982), *El renacimiento del Leviatán*. Barcelona, Fontanella.
- SCHNEIDER, H., (2001), "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der "Bekämpfung" der Organisierten Kriminalität", ZStW.
- SEGOVIA BERNABÉ, J. L., (2004), "Problemática en torno a la reinserción social" en AA.VV., *Derecho Penitenciario II*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- SERRANO GOMEZ, A., (1978), "La detención: garantías del detenido en la Constitución Española de 1978" en *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*.
- SERRANO-PIEDecasas, J. R., (1988), *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona, PPU.
- SERRET, E., (2002), *Identidad Femenina y proyecto Ético*. Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género. México, Porrúa.
- SHEFFIELD, C. J., (1997), "Sexual Terrorism" en O'TOOLE L. / SCHIFFMAN, J. R., (1997), *Gender Violence, Interdisciplinary Perspectives*. Nueva York, New York University Press.
- SPERDUTI, G., (1975), "De la notion de "Delai raisonnable" cualificant la duree de la detention preventive selon l'article 5.3 de la Convention Europeenne des droits de L'Homme" en *Revue des droits de L'Homme*, Vol. 8, No. 4.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., (1993), "Medios no judiciales de reparación a la víctima" en ROMEO CASABONA, C. M., (dir.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*. La laguna, Universidad de La Laguna.
- SMART, C., (1998), "La búsqueda de una teoría feminista del derecho" en Dossier feminismo en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Año 7, No. 11/12. Buenos Aires.
- SMAUS G., (1998), "Análisis Feminista del Derecho Penal" en BERGALLI, R. (ed.) *Contradicciones entre Derecho y Control Social*, Goethe Institute, Barcelona, M. J. Bosch.
- SMITH, D., (1994), "War, Peace and Third World Development", International Peace Research Institute, Oslo, http://hdr.undp.org/docs/publications/ocational_papers/oc16.htm
- SOS RACISMO, (2002), *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Barcelona, Icaria Editorial.
- SOS RACISMO, (2003). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Barcelona, Icaria Editorial.
- SOS RACISMO, (2004). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Barcelona, Icaria Editorial.
- SOS RACISMO, (2005). *Informe anual sobre el racismo en el Estado español*. Barcelona, Icaria Editorial.

- SOS RACISMO, (2005). *Memoria Oficina d'Informació i denúncies contra el racisme*, Barcelona.
- SOUTO, E. M., (2006), *Extranjeros e inmigrantes ante el derecho penal: especial referencia a la respuesta penal frente a la inmigración irregular*, Universidad de A Coruña.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (coord.) (2004), *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte general*. Madrid, Thomson Civitas.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. y otros, (2005), *Curso de Derecho Penitenciario*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., y otros, (2004), *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona, Aranzadi.
- TAYLOR, I. / WALTON, P. / YOUNG, J., (1990), *La nueva criminología*. Buenos Aires, Amorrortu.
- TOMÁS y VALIENTE, F., (1973), *La tortura en España. Estudios Históricos*. Barcelona, Ariel.
- TORTURAREN AURKAKO TALDEA, *Informes de Tortura*, Años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005. Euskal Herria.
- TRINIDAD FERNÁNDEZ, P., (1996), "La Infancia delincuente y abandonada" en BORRÁS LLOP J. M., (dir.), *Historia de la Infancia en la España contemporánea. 1834-1936*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales - Fundación Germán Sánchez Ruipérez.
- TUCHMAN, G., (1983), *La producción de la noticia*. Barcelona, Gustavo Gili.
- URBANO, E. / DE LA ROSA, J. M., (2001), *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Pamplona, Aranzadi.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., (2005), *El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas privadas de libertad en relación con la asistencia sanitaria prestada en las instituciones. Especial referencia a la situación de los internos drogodependientes*. Universidad de Vigo.
- VAN DIJK, T. A., (1990), *La noticia como discurso. Comprensión, estructura y producción de la información*. Barcelona, Paidós.
- VAN DIJK, T. A., (1997), *Racismo y análisis crítico de los medios*. Barcelona, Paidós.
- VARGAS REBOLLO, R., (2004), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo I. Barcelona, Marcial Pons.
- VERDÚ, V., (2003), *El estilo del mundo. La vida en el capitalismo de ficción*. Barcelona, Anagrama.
- WACQUANT, L., (2000), *Las cárceles de la miseria*. Madrid, Alianza Editorial.
- YOUNG, K., (1969), *Psicología social de la propaganda*. Buenos Aires, Paidós.
- ZORILLA, M., (2005), "La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual" en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. Bilbao, Universidad de Deusto.
- ZULUETA, E., (2002), "Política interior común de la Unión Europea: el llamado espacio de libertad, seguridad y justicia" en *Revista Panóptico*, No. 4. Nueva época. Barcelona, Virus.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., (1993), *Libertad personal y seguridad ciudadana*. Barcelona, PPU.

Diarios consultados

El Mundo
El País
La Razón
Gara
El Periódico
La Vanguardia
El Punt
Deia
Diario Vasco

El Correo Español
La Voz de Galicia
Levante
Diario de Mallorca
Avui

Páginas de consulta en la web

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION:

<http://www.aclu.org>

AMNISTÍA INTERNACIONAL:

<http://www.es.amnesty.org>

ANADALUCÍA ACOGE:

<http://www.acoge.org>

ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA:

<http://www.apt.ch>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

<http://www.cidh.org>

COMITÉ CONTRA LA TORTURA:

<http://www.ohchr.org/spanish/bodies/cat>

COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES:

<http://www.cpt.coe.int/en>

COORDINADORA PER LA PREVENCIÓ DE LA TORTURA:

<http://www.prevenciontortura.org>

DEFENSOR DEL PUEBLO:

<http://www.defensordelpueblo.es>

DIARIO GARA:

<http://www.gara.net>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:

<http://www.echr.coe.int/ECHR>

HUMAN RIGHTS WATCH:

<http://www.hrw.org>

INDYMEDIA ESTRECHO/MADIAQ:

<http://estrecho.indymedia.org>

MINISTERIO DEL INTERIOR:

www.mir.es

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS DE LA UB:

<http://www.ub.es/OSPDH>

ONU:

<http://www.ONU.org>

ORGANIZACIÓN UNDIAL CONTRA LA TORTURA:

<http://www.omct.org>

Anexo

Índices de sentencias y otras resoluciones judiciales citadas

- Ponente: D. Jerónimo Arozamena Sierra Recurso de Amparo N° 855/1984. STC N° 103/1985 (Sala Segunda), de 4 Octubre de 1985.
- Ponente: D. Jerónimo Arozamena Sierra Cuestión de Inconstitucionalidad N° 274/1983, STC N° 178/1985 (en Pleno), de 19 Diciembre de 1985.
- Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater Recurso de Casación N° 1258/2000, STS N° 2036/2001 (Sala de lo Penal), de 6 Noviembre de 2001.
- Ponente: D^a. Gloria Begué Cantón, Recurso de Amparo N° 92/1980. STC N° 21/1981 (Sala Primera), de 15 Junio de 1981.
- Caso Brogan and Others v. The United Kingdom, application N° 11209/84, 11234/84, 11386/85, STEDH de 29 de Noviembre de 1988.
- Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde, Recurso de Amparo N° 3501/1996, STC N° 127/2000 (Sala Primera), de 16 Mayo de 2000.
- Ponente: D. María Emilia Casas Baamonde Recurso de Amparo N° 565/2003. STC N° 22/2004 (Sala Primera), de 23 Febrero de 2004.
- Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio Recurso de Casación N° 1073/2003, STS N° 918/2004 (Sala de lo Penal), de 16 Julio de 2004.
- Ponente: D. Pedro Cruz Villalón, Recurso de Amparo N° 1764/1994, STC N° 86/1996 (Sala Primera), de 21 Mayo de 1996.
- Ponente: D. Pedro Cruz Villalón, Recurso de Amparo N° 3467/1994. STC N° 61/1998 (Sala Primera), de 17 Marzo de 1998.
- Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio, Recurso de Amparo N° 510/1993. STC N° 97/1995 (Sala Primera), de 20 Junio de 1995.
- Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García Causa Especial N° 2530/1995, STS N° 2/1998 (Sala de lo Penal), de 29 Julio de 1998.
- Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil, Cuestión de Inconstitucionalidad N° 286/1984. STC N° 196/1987 (en Pleno), de 11 Diciembre de 1987.
- Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil Recurso de Amparo N° 659/1986, STC N° 46/1988 (Sala Primera), de 21 Marzo de 1988. Ponente: D. Eugenio Díaz Eimil, Recurso de Amparo N° 443/1990, STC N° 120/1990 (en Pleno), de 27 de Junio de 1990.
- Ponente: D. Manuel Díez de Velasco Vallejo Recurso de Amparo N° 175/1985. STC N° 8/1986 (Sala Primera), de 21 Enero de 1986.

- Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León Recurso de Amparo N° 368/1982, STC N° 77/1983 (Sala Segunda), de 3 Octubre de 1983.
- Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Recurso de Amparo N° 344/1986. STC N° 98/1986 (Sala Primera), de 10 Julio de 1986.
- Ponente: D. José Gabaldón López, Recurso de Amparo N° 2955/1992, STC N° 35/1996 (Sala Segunda), de 11 Marzo de 1996.
- Ponente: D. Pablo García Manzano, Recurso de Amparo N° 2935/1997. STC N° 224/1998 (Sala Primera), de 24 Noviembre de 1998.
- Ponente: D. Pablo García Manzano Recursos de Amparo N° 3918/1995 y 3948/1995, STC N° 166/1999 (Sala Primera), de 27 Septiembre de 1999.
- Ponente: D. Pablo García Manzano Recurso de Amparo N° 5341/1998, STC N° 5/2002 (Sala Primera), de 14 Enero de 2002.
- Ponente: D. Pablo García Manzano, Recurso de Amparo N° 5316/1997, STC N° 7/2004 (Sala Primera), de 9 Febrero de 2004.
- Ponente: D. Fernando García— Mon y González Regueral Recurso de Amparo N° 205/1986, STC N° 22/1988 (Sala Segunda), de 18 Febrero de 1988.
- Ponente: D. Fernando García— Mon y González Regueral Recursos de Inconstitucionalidad N° 1045/1992, 1279/1992, 1314/1992 y 2810/1992. Cuestión de Inconstitucionalidad N° 1372/1993. STC N° 341/1993 (en Pleno), de 18 Noviembre de 1993.
- Ponente: Giménez García, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), Recurso N° 45/2004, Sentencia 24 Febrero 2005.
- Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra Recurso de Amparo N° 1944/1989. STC N° 34/1993 (Sala Primera), de 8 Febrero de 1993.
- Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra Recurso de Amparo N° 1789/1996, STC N° 207/1996 (Sala Primera), de 16 Diciembre de 1996.
- Ponente: D. Julio Diego González Campos Recursos de Amparo N° 1445/1991 y 2302/1990, STC N° 57/1994 (Sala Segunda), de 28 Febrero de 1994.
- Ponente: D. Julio Diego González Campos Recurso de Amparo N° 2376/1992, STC N° 129/1995 (Sala Segunda), de 11 Septiembre de 1995.
- Irlanda c. Reino Unido, Demanda N° 5310/71, STEDH N° 1978/2 (en pleno), de 18 de Enero de 1978.
- Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera Recurso de Amparo N° 678/1994. STC N° 127/1996 (Sala Primera), de 9 Julio de 1996.
- Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera Recurso de Amparo N° 4214/1998, STC N° 119/2001 (en Pleno), de 29 Mayo de 2001.
- Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, Recurso de Amparo N° 2148/1996. STC N° 224/2000 (Sala Segunda), de 2 Octubre de 2000.
- Caso Kalashnikov v. Rusia, application N° 47095/99, STEDH de 15 de Octubre de 2002.
- Ponente: D. Ángel Latorre Segura, Recurso de Amparo N° 858/1983, STC N° 65/1986 (Sala Segunda), de 22 de Mayo de 1986.
- Caso Lawless v. Ireland, application N° 332/57, STEDH de 1 de Julio de 1961.
- Ponente: D. Jesús Leguina Villa Recurso de Amparo N° 1220/1985. STC N° 32/1987 (Pleno), de 10 Marzo de 1987.
- Ponente: D. Jesús Leguina Villa, Recurso de Amparo N° 397/1990, STC N° 137/1990, (en pleno), de 19 de Julio de 1990.

- Ponente: D. Luis López Guerra Recurso de Amparo Nº 612/1992, STC Nº 297/1993 (Sala Segunda), de 18 Octubre de 1993.
- Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego Recurso de Casación Nº 1506/1996, STS Nº 1041/1997 (Sala de lo Penal), de 4 julio de 1997.
- Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Marañón Chávarri Recurso de Casación Nº 831/2000-P, STS Nº 1416/2001 (Sala de lo Penal), de 26 Noviembre de 2001.
- Caso Matznetter v. Austria, application Nº 2178/64, STEDH 10 de Noviembre de 1969.
- Caso McGoff v. Sweden, application Nº 9017/80, STEDH de 26 de Octubre de 1984.
- Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, STS Nº 1105/1998 (Sala de lo Penal), de 3 Octubre de 1998.
- Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Recursos de Amparo Nº 940/1985 y 949/1985, STC Nº 2/1987 (Sala Primera), de 21 de Enero de 1987.
- Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Recursos de Inconstitucionalidad Nº 285/1985 y 292/1985, STC Nº 199/1987 (en Pleno), de 16 Diciembre de 1987.
- Ponente: D. Francisco Rubio Llorente Recurso de Amparo Nº 20/1985. STC Nº 107/1985 (Sala Segunda), de 7 Octubre de 1985.
- Ponente: D. Francisco Rubio Llorente Recurso de Amparo Nº 216/1986, STC Nº 89/1987 (Sala Primera), de 3 junio de 1987. Ponente: D. Francisco Rubio Llorente, Cuestiones de Inconstitucionalidad Nº 1001/1988, 1629/1990, 2151/1990, 291/1990 y 669/1990, STC Nº 36/1991 (en Pleno), de 14 Febrero de 1991.
- Ponente: D. Enrique Ruiz Vadillo Recurso de Amparo Nº 2072/1994, STC Nº 195/1995 (Sala Primera), de 19 Diciembre de 1995.
- Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz Recurso de Casación Nº 535/2002, STS Nº 532/2003 (Sala de lo Penal), de 19 Mayo de 2003.
- Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar Recurso de Casación núm. 2544/2000, STS Nº 819/2002 (Sala de lo Penal), de 8 Mayo de 2002.
- Caso Schiesser v. Switzerland, application Nº 7710/76, de 4 de Diciembre de 1979.
- Caso Skoogström v. Sweden, application Nº 8582/79, STEDH de 2 de Octubre de 1984.
- Caso Stögmüller v. Austria, application Nº 1602/62, STEDH de 10 de Noviembre de 1969.
- Ponente: D. Francisco Tomás y Valiente Recurso de Amparo Nº 96/1983, STC Nº 24/1984 (Sala Segunda), de 23 Febrero de 1984.
- Ponente: D. Francisco Tomás y Valiente, Recurso de Amparo Nº 669/1984. STC Nº 74/1985 (Sala Segunda), de 18 Junio de 1985.
- Asunto Tyrer, Demanda Nº 5856/1972, STEDH 1978\3, Estrasburgo de 25 Abril 1978.
- Caso Vallón v. Italy, STEDH de 3 de Junio de 1985.
- Ponente: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz Recurso de Casación Nº 2791/1996, STS Nº 285/1998 (Sala de lo Penal), de 2 Marzo de 1998.
- Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer, Recurso de Amparo Nº 993/1995. STC Nº 128/1995 (Sala Segunda), de 26 Julio de 1995.
- Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer, Cuestiones de Inconstitucionalidad Nº 1125/1995, 2736/1995 y 961/1994, STC Nº 55/1996 (en Pleno), de 28 Marzo de 1996.
- Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer, Recurso de Amparo Nº 3081/1993, STC Nº 119/1996 (Sala Segunda), de 8 Julio de 1996.

Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer Cuestión de Inconstitucionalidad Nº 4198/1996, STC Nº 161/1997 (en Pleno), de 2 Octubre de 1997.

Ponente: D. Tomás S. Vives Antón Recursos de Amparo Nº 195/1995, 254/1995, 255/1995, 256/1995, 257/1995 y 260/1995. STC Nº 49/1999 (en Pleno), de 5 Abril de 1999.

Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, Recurso de Amparo Nº 889/1996, STC Nº 47/2000 (en Pleno), de 17 Febrero de 2000.

Ponente: D. Tomás S. Vives Antón Recurso de Amparo Nº 3868/1998, STC Nº 91/2000 (en Pleno), de 30 Marzo de 2000.

Asunto Weeks, Demanda Nº 9787/1982, STEDH 1987\1, de 2 de Marzo de 1987.

Caso Wemhoff v. Germany, application 2122/64, STEDH de 27 de Junio de 1968.

