



Asociación Pro Derechos Humanos de España

MR. JOAO NATAF

Secretario A.I - Comité contra la Tortura
C/o OACNUDH, Palais Wilson.
Ginebra, Suiza.

Madrid, a 14 de octubre de 2009

Estimado Sr. Nataf,

Adjunto le remito informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) en relación a las respuestas que ha realizado el Gobierno español a la lista de cuestiones CAT/C/ESP/Q/5, de 24 de julio de 2009, que han de ser objeto de examen, de conformidad con lo dispuesto en CAT/C/ESP/5, de 22 de enero de 2009.

Agradeciéndole su importante labor y quedando a su entera disposición, reciba un cordial saludo,

Fdo. Manuel Ollé Sesé
Presidente APDHE

OBSERVACIONES DE LA ADPHE A LAS RESPUESTAS DEL GOBIERNO DE ESPAÑA

CAT/C/ESP/Q/5, de 24 de julio de 2009

CAT/C/ESP/5, de 22 de enero de 2009

Artículo 2

Pregunta 1. Medidas para evitar demoras en el acceso a un abogado.

Según la ley los Tribunales valorarán como prueba la practicada en el juicio¹ y, a tenor de la jurisprudencia, sólo tendrán valor probatorio las declaraciones prestadas ante un juez pues toda diligencia policial no tiene sino el valor de mera denuncia. De otro lado, viene establecido que no se podrá realizar interrogatorio alguno si no es en presencia de un abogado. Pero lo cierto es que, según informaciones obtenidas, los tribunales vienen a atribuir valor probatorio también a las declaraciones policiales relativas a información obtenida en interrogatorios “informales” durante el período de custodia policial, antes de comparecer ante el juez competente. Como pone de relieve Amnistía Internacional en su informe *España: Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación*, “[a]demás, pueden aprovecharse estos interrogatorios para ejercer presión –física o psicológica- de forma ilegítima sobre la persona detenida”.²

Pregunta 3. Según información de que dispone el Comité, las disposiciones de los artículos 572 a 579 del Código Penal (de los delitos de terrorismo) son demasiado amplias y no observan cabalmente el requisito del principio bien establecido de legalidad. Al respecto, sírvanse también indicar si ha efectuado algún seguimiento de las recomendaciones formuladas recientemente por el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de que se inicie un proceso en el que expertos independientes examine si esos artículos del Código Penal se ajustan a las definiciones vigentes.

En España no resulta necesario acudir a la vía de suspensión (o derogación) de derechos fundamentales tal y como exige/contempla el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, pues el propio artículo 55.2 de la Constitución legitima un régimen de excepcionalidad para el terrorismo, sin tener que acudir a una “declaración del estado de excepción o de sitio”.³ Así pues, la propia Constitución ha venido a “normalizar”⁴ lo que el

¹ Artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

² Índice EUR 41/001/2009, de 15 de septiembre de 2009, página 5.

³ El artículo 55.2 de la Constitución establece 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 suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.” En relación con el apartado 1 “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3; artículos 19, 20, apartados 1, a y d, y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.”

⁴ Lo cual ha sido objeto de críticas. Ver, por ejemplo Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. Marcial Pons. 2000. Página 1069 (“La Constitución española toma nota del fenómeno terrorista tanto de forma

marco internacional establece como algo “temporal”, sometido a estrictos criterios.⁵

Los expertos en la materia opinan que nos encontramos ante una normativa cada vez más rigurosa que supone una continua **degradación de las garantías** propias del Estado de Derecho.⁶ Tampoco han faltado constantes alegaciones de inconstitucionalidad de las correspondientes normas.⁷ La postura mantenida por España se aleja de la tendencia de tribunales nacionales e internacionales que niegan que la excepcionalidad pueda justificar un menoscabo a los derechos humanos.⁸

El Código Penal español no define de forma expresa el delito de terrorismo sino que contempla un catálogo de tipos delictivos que se aplicarán a “los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.⁹ Así, además de no recoger ninguna definición expresa de terrorismo admite junto a la finalidad política de subversión del orden constitucional¹⁰ la más indeterminada de alterar gravemente la paz pública¹¹, lo que supone una grave distorsión del concepto mismo de este fenómeno.

expresa, algo insólito en el Derecho Comparado, como de forma implícita, ya que, como vimos al estudiar el Art. 17 CE, el plazo de la detención preventiva de setenta y dos horas frente a las veinticuatro horas usuales en los demás países europeos únicamente se explica por la presión del terrorismo. El Art. 55.2 CE, al establecer la suspensión individual de garantías en estos supuestos, es de una incoherencia notable y se presenta como una de las cuestiones más polémicas desde que la Constitución se puso en vigor a finales de 1978.”)

⁵ Por ejemplo, respecto de aquellos derechos que se consideran como derogables y que por tanto pueden ser limitados o suspendidos legítimamente, el derecho internacional establece ciertos criterios que deberán cumplirse ciertos requisitos. Así, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que deberán constar de forma clara y precisa (es decir, cumplir con el principio de legalidad, que es en sí mismo una protección contra la arbitrariedad), perseguir un fin legítimo o exigencia social imperiosa debidamente justificada (en este sentido, los Principios de Siracusa ofrecen una orientación de cómo deben ser definidos tales fines), ser necesarias en una sociedad democrática, razonable y proporcional con el objetivo legítimo perseguido (es decir, que sea la más efectiva y eficiente para la consecución del fin pretendido). Ver TEDH, Olsson c. Suecia, nº 10465/83, sentencia de 24 de marzo de 1998, pár. 67, Observación general nº 31 Doc. ONU/HRI/GENI/Rev.7 at 225 (2004), 80º período de sesiones.

⁶ Ver Carmen Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985. Asimismo, Esteban Mestre Delgado, *El Tribunal Constitucional ante el terrorismo*. Cuadernos Jurídicos, nº 13, noviembre 1993.

⁷ Ver Javier Boix Reig, *La Constitución Española de 1978 y el Derecho Penal*, Universidad de Alicante, 1988. (“La excepcionalidad material de alguna de esas normas supondría, por el contrario, un incremento de riesgo para los ciudadanos en general, precisamente, por la nota de «normalización» que comporta su inclusión en el Código penal.”) Asimismo, Federación de Asociaciones de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos “Los Derechos Humanos en la Detención Incomunicada: Adecuar la Ley de Enjuiciamiento Criminal al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Mayo 2006.

⁸ Así, la decisión de la House of Lords del Reino Unido en 2005 excluyó la posibilidad de utilizar como prueba aquellas obtenidas por medio de torturas. En este sentido, la propia sentencia del Tribunal Supremo español de 2006 en el caso del talibán español que declaró nulas las actuaciones llevadas a cabo por funcionarios españoles en Guantánamo. La sentencia de septiembre de 2008 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Kadi* (donde el Consejo de la Unión Europea apoyaba la tesis de falta de control judicial en relación con las “listas negras”) restauró ciertas garantías básicas del debido proceso en la medida que afectaban los derechos de propiedad, honor y dignidad de las personas. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Saadi* puso límite al ejecutivo a la hora de ejecutar una expulsión a países donde habría riesgo de torturas. El Tribunal Supremo de Estados Unidos que en junio de 2008 –en contra de la ley aprobada por el Congreso y del ejecutivo americano– reconoció el habeas corpus para todos los detenidos en la base naval de Guantánamo.

⁹ Artículo 571 del Código Penal.

¹⁰ Según algunos expertos, “la subversión del orden constitucional es el clásico fin político mediante el cual se reconoce que el terrorismo pertenece a esta categoría de delitos, sin perjuicio de que tanto en nuestro texto constitucional (artículo 13.3) como en la mayoría de los tratados no se reconozca este carácter a efectos de extradición.” Ver, José Antonio Martín Pallín. *Derecho Aplicado al Enemigo Terrorista*. Documento presentado en

Sorprende –cuando menos- el lenguaje y la agresividad con la que el Gobierno español ha procedido a responder al Comité de Derechos Humanos mediante escrito de 8 de enero de 2009. Y ello a pesar del compromiso adquirido tan sólo un mes antes en el Plan de Derechos Humanos de 12 diciembre de 2008 de adoptar un “Protocolo de actuación para dar cumplimiento a los Dictámenes y Recomendaciones de los distintos Comités de protección de los Derechos Humanos”.¹² Así, el Gobierno manifestó que,

“El Comité no precisa qué artículos concretos ni qué derechos del Pacto han sido conculcados por la definición que España mantiene del delito de terrorismo en su Código Penal. El Gobierno español **no acierta a entender qué definición internacional del delito de terrorismo es la que sustenta el Comité ni acierta a ver, además, que esté en el mandato del Comité la propuesta de tal definición**”.¹³

Pues bien, el Pacto establece aquellos derechos absolutos o inderogables -incluso en tiempos de guerra o de emergencia- así como los límites que deben cumplir los Estados si quieren suspender temporalmente aquellos derechos que no lo son. De tal forma, en la medida en que los contornos de los delitos son considerablemente vagos y amplios se puede llegar a vaciar el contenido esencial de tales derechos.

La definición del concepto de terrorismo, de acto terrorista o, en general, “de lo terrorista” en el Código Penal, tal y como ha puesto de manifiesto la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en sentencia nº 31/2009 de 30 de abril de 2009 “está fuertemente condicionado por la fenomenología terrorista española” y por tanto “atiende especialmente a un concepto de terrorismo puramente local o interno, de carácter meramente político o de tinte nacionalista, afectando singularmente a la convivencia pacífica de los ciudadanos españoles (...)”.¹⁴ Así, la Sala entiende que existen limitaciones en la redacción actual pues no contempla “el fenómeno del terrorismo internacional”, lo que ha provocado que, para salvar la limitación del artículo 571, “la jurisprudencia ha tratado de elaborar una exégesis constructiva a partir de la definición o descripción contenida en dichos preceptos donde cupieran esa clase de conductas (...) enlazando, en el caso, por ejemplo, del **terrorismo de corte radical islámico, como una**

julio de 2007 ante el Panel de Juristas Eminentes sobre Terrorismo, Lucha Antiterrorista y Derechos Humanos de la Comisión Internacional de Juristas. http://ejp.icj.org/hearing.php3?id_rubrique=51 . Asimismo, ver Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo* febrero 2008 (en http://www.gepc.es/index.php?mod=galeria&accion=ver_noticia&cat=9&id=126). Asimismo, ver José Ricardo de Prada Solaesa. *Delitos Relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*. Jueces para la democracia, Nº 25, 1996, págs. 73-77 y Carmen Lamarca Pérez, *Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLVI, fascículo nº 2, mayo-agosto de 1993.

¹¹ La indeterminación de tal concepto, que no se encuentra definido en la legislación penal, resulta en una imprecisión contraria al principio de legalidad. Así “el terrorismo ya no se concibe entonces exclusivamente como un delito de finalidad política por lo que difícilmente cabrá su distinción de otros tipos delictivos y muy singularmente de los desórdenes que también requieren la actuación en grupo”. Ver José Antonio Martín Pallín. *Derecho Aplicado al Enemigo Terrorista*. op cit. y Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, op. cit. Asimismo, según el voto particular discrepante que formula el Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa en el relación con el auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de fecha 11 de mayo de 2000, Sumario 36/98, rollo de Sala 48/98, del Juzgado Central de Instrucción nº 2, declara que se trata de “un concepto valorativo que indudablemente introduce una importante inseguridad jurídica”.

¹² IV. Acción Exterior. Punto 1. ONU. Medida 4.

¹³ Doc CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 13 de enero de 2009, página 3.

¹⁴ Razonamiento jurídico 1º. Calificación jurídica de los hechos. Primero. Pertenencia o integración en organización terrorista.

de las manifestaciones más comunes del terrorismo internacional, los planteamientos yihadistas, con el concepto de subversión del orden constitucional o de alteración grave de la paz pública, por considerar, en esencia, que aquellos, en su última expresión pretenderían la extensión universal del Islam en el mundo cambiando con ello el orden mundial” cuando en realidad “no tienen verdadero encaje dentro” de tales conceptos.¹⁵

Lo cierto es que el artículo 571 debería adecuarse/acercarse a la “definición” actual/existente de actos de terrorismo que según académicos, expertos y textos internacionales incluye tres elementos básicos comunes sobre los que se está de acuerdo: (i) la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves y/o daños materiales a la propiedad pública o privada; (ii) aunque los blancos sean normalmente aleatorios, las víctimas son predominantemente civiles y no-combatientes y (iii) con la intención de intimidar a la población (o a un segmento), u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo o intentar desestabilizar a un gobierno o a la sociedad.¹⁶

Es interesante/relevante resaltar un pedido de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la sentencia antes referenciada:

“[España] ha suscrito y ratificado la mayoría de los Tratados internacionales universales y europeos en la materia, además de verse directamente obligado por las Resoluciones de Naciones Unidas dictadas (...). Sin embargo, en puridad, no sirven las apelaciones al contenido de los Tratados internacionales y a los compromisos internacionales de España **para llenar la insuficiente regulación que hace nuestro Código Penal del concepto de terrorismo. Las definiciones contenidas en ellos no se han incorporado de forma inmediata a nuestro ordenamiento y, por el contrario, la mayoría de las normas contenidas en dichos ordenamientos internacionales no son directamente aplicables** (self-executing), sino que en general establecen una obligación para los Estados de castigar con penas razonables determinados tipos de conductas, pero sin que ello en realidad permita o sirva de justificación o fundamento para hacer directamente una interpretación extensiva del concepto o definición de terrorismo, sin que pueda ir en serio detrimento del debido respeto del principio de legalidad penal (...)” y termina reconociendo que “[e]s, sin duda alguna, al legislador al que verdaderamente **compete la actualización del concepto de terrorismo, dando cumplimiento, además de a los compromisos internacionales en la materia, a las propias necesidades internas de contar con una definición actualizada, omnicompreensiva, pero también estricta y precisa del terrorismo, evitando los peligros de la manipulación del**

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Ver Letschert et al, chapter I, 2008 and Bassiouni, International Terrorism, in International Criminal Law, Crimes 765 (M. Cherif Bassiouni, ed., 2d ed., 1999). Asimismo, UN Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, annexed to UN General Assembly Resolution 49/60, UN Doc. A/RES/49/60, de 7 de febrero de 1995, artículo 3. Asimismo, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr, de 22 de octubre 2002. Introducción, sección B, párrafo 17 y Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Informe a la Comisión de Derechos Humanos, 62 período de sesiones, Doc. E/CN.4/2006/98, 28 de diciembre de 2006, pár. 37. Informe final del Grupo de expertos de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y los Cambios (“Cualquier acto, además de los ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los Convenios de Ginebra y la Resolución 1566 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2004) destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un **civil o a un no combatiente**, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar una acción o abstenerse de hacerla.”)

concepto o que sea la jurisprudencia la que se vea forzada a asumir el papel definidor, que claramente no le corresponde”.¹⁷

En cambio, y a pesar de lo anterior, el Gobierno español se empeña en sostener que,

“la definición de terrorismo que maneja el Código Penal es conforme con la legalidad internacional y, en el ámbito regional, se ajusta a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo, que vincula jurídicamente a España (...)”.¹⁸

Es curioso que el Gobierno no haya hecho expresa alusión ni a las Convenciones y Protocolos de la ONU en la materia -y de las que forma parte, por tanto teniendo el deber de incorporar en su derecho interno-, ni al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 2005 sobre Prevención del Terrorismo en cuyo Preámbulo figuran los elementos antes mencionados.¹⁹

Incluso en los informes que España ha presentado al Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad, el Gobierno ha admitido y declarado que,

“[l]a **noción de delito terrorista es muy amplia** en nuestro Derecho Penal, (...)” o que “[d]esde el punto de vista normativo, la legislación española establece un **marco muy amplio** de protección penal frente al terrorismo” contenido básicamente en los artículos 571 a 580 del Código Penal.²⁰

La actuación al servicio o en colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista prevista en el artículo 571 del Código Penal,

¹⁷ Razonamiento jurídico 1º. Calificación jurídica de los hechos. Primero. Pertenencia o integración en organización terrorista.

¹⁸ Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1 Página 3. Además, cabe recordar que la figura de la decisión marco “vincula a los Estados miembros en cuanto a los resultados que deben alcanzarse y **deja a las instancias nacionales** la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos” (http://europa.eu/scadplus/glossary/framework_decisions_es.htm) por lo que los Estados disponen de margen de discreción a la hora de introducir figuras de tipo ordinario que no necesariamente merecen ser calificarse como actos de violencia grave contra la población en general. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su Informe sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de 2 de junio de 2008, ha llamado también la atención precisamente sobre este extremo al manifestar que, “Algunos Estados han incluido actividades no violentas en sus definiciones nacionales del terrorismo. Ello ha aumentado el peligro y la práctica de enjuiciar a personas por el ejercicio legítimo y no violento de derechos consagrados en el derecho internacional, o de que comportamientos delictivos que no constituyen "terrorismo" sean calificados como tal”. *Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Consejo de Derechos Humanos, 8º período de sesiones, Doc. A/HCR/8/13, de 2 de junio de 2008, página 9.

¹⁹ CETS. No 196. (“Acts of terrorism have the purpose by their nature or context to seriously intimidate a population or unduly compel a government or an international organization to perform or abstain from performing any act or seriously destabilize or destroy the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organization”) y define en su artículo 1 como “delito de terrorismo” cualesquiera de los delitos contemplados en 10 de las 12 convenciones vigentes (las excepciones son el Convenio de Tokio relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves y el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección). En este sentido, como ha puesto de manifiesto el Grupo de expertos de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y los Cambios “(...) demasiados son los Estados que permanecen al margen de ellos [convenios internacionales contra el terrorismo, el derecho consuetudinario internacional, los Convenios de Ginebra o el Estatuto de Roma] y **no todos los países que los ratifican adoptan seguidamente medidas internas de aplicación**”. Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004.

²⁰ Ver documento S/2001/1246, de 26 de diciembre de 2001. Esto es, incluso con anterioridad a las reformas del Código Penal que en 2003 endurecieron el sistema penal español.

“indica una relación esporádica desde el exterior de la banda armada u organización terrorista. Esta **actuación terrorista en colaboración con organización terrorista puede plantear problemas de concurso de normas con el específico delito de colaboración con banda armada u organización terrorista (art. 576)**”²¹

Así pues pertenencia se convierte sinónimo de integración y,

“por tanto, es una **conducta también punible a tenor de lo establecido en el artículo 516-1º o 2º**, que según la doctrina mayoritaria debe castigarse como un concurso de delitos, lo que, por otra parte, **puede plantear los mismos problemas de posible «bis in idem»** que en la regulación anterior, **al poderse estimar que se esta castigando doblemente el hecho de pertenecer a una organización terrorista.**”²²

El artículo 576 del Código Penal sanciona cualquier tipo de conducta de favorecimiento, **sin necesidad de resultado alguno de puesta en peligro concreto o lesión de un bien jurídico.**²³ Por otro lado, el apartado 2º del artículo 576 del Código Penal describe una serie de conductas específicas que se consideran como actos de colaboración que, en algunos casos, podrían rozar la participación delictiva en concretos delitos. Algunos expertos reprochan esta identificación que se produce entre autoría y participación así como entre delito consumado y actos preparatorios.²⁴

El precepto constituye un cajón desastre,

²¹ Ver José Ricardo De Prada Solaesa. *Delitos Relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995*. op cit.

²² *Idem*. Según el artículo 8 del Código Penal establece que “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

²³ De hecho la amplitud del tenor de este precepto permite entender comprendidas conductas tales como el reclutamiento de miembros. Así lo ha expresado el Gobierno al Comité Contra el Terrorismo, “El Código Penal español (...) castiga cualquier acto de colaboración con banda armada, organizaciones o grupos terroristas (art. 576). El **reclutamiento de miembros sería una forma de colaboración**” (Ver informe S/2001/1246. El artículo 576 ya castiga las “prácticas de entrenamiento”). No obstante, “otro problema interpretativo es el de la consideración, “*in abstracto*”, como terrorista, de la mera adhesión a la insurgencia radical islámica en Irak, **sino queda acreditado, además, que es a uno de los grupos que utiliza, cuando menos, tácticas terroristas, y que la voluntad del sujeto, por inferencias de otro tipo, es la de llevar a cabo alguna de las actividades que se vienen a considerar como incuestionablemente terroristas**”. Ver voto particular concurrente que formula el Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa a la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 31/2009.

²⁴ Ver Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*. Op cit. Asimismo, según la Sentencia núm. 36/2005, de 26 de septiembre, de la sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, “el delito del art. 576 CP anticipa la protección penal por razones de política criminal, de modo que, de un lado si los actos de colaboración estuvieran en relación de causa-efecto con un hecho delictivo concreto, la **acción del sujeto activo integraría una de las formas de participación en el delito de resultado como coautor o cómplice** (...) no se puede descartar la existencia de formas incipientes de comisión que, **rebasando el límite de lo impune, no llegue a constituir un verdadero acto de cooperación** (...) En estos casos, ciertamente excepcionales o límites, siendo todo enjuiciamiento un acto esencialmente individualizador, **no parece inadecuado acudir a las figuras de la conspiración o proposición para delinquir** (art. 17 en relación con el 579 PC) o incluso a la tentativa del art. 16 CP”.

“cuya existencia ayuda a **obviar ciertas dificultades de prueba**, (...) el tipo de colaboración **ofrece una vía para la incriminación de unas conductas que, de otro modo, constituirían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes**. Por otro lado, la enumeración de actos es meramente ejemplificadora pues al final se **utiliza una cláusula analógica que indica que puede consistir en cualquier otra forma de cooperación**, ayuda o mediación económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas armadas”.²⁵

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la sentencia nº 31/2009 ha reconocido que,

“resulta cierta la **falta de precisión y dificultades interpretativas del artículo 576 CP** referido, en relación a lo que debe ser considerado como un acto de colaboración terrorista, fuera de las situaciones obvias. Sobre todo, en casos como el presente, donde no es fácil determinar, por la propia naturaleza del acto de ayuda, si es verdaderamente coadyuvante o hasta que punto lo es y si lo es en suficiente medida de un acto terrorista en concreto o de la acción terrorista (...)”.²⁶

Es más, si el artículo 576 del Código Penal castiga “la episódica o eventual colaboración”, no importando que los actos definidos en su párrafo 2º “sean desempeñados (propriadamente, ejecutados) por activistas de la organización”, sin exigir por tanto “vínculo con aquella organización” y situando “la ayuda a un nivel más bajo y periférico”, mientras que la “condición de integración” del artículo 516 del Código Penal supone una “comunidad más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda [estructurada y jerarquizada]”²⁷, ¿qué sentido tiene el artículo 577 del Código Penal? En un afán criminalizador del terrorismo, el Código Penal se extiende también a conductas individuales cubiertas por el artículo 577.²⁸ En este

²⁵ José Antonio Martín Pallín. *Derecho Aplicado al Enemigo Terrorista*. Op cit. y Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, op. cit. En cuanto al tema de la prueba, recordar que el criterio de valoración de la prueba aplicable en el proceso penal es el de la prueba que excluye toda duda razonable.

²⁶ Razonamiento Jurídico primero, Segundo colaboración con organización terrorista. Ver *Informe del Relator Especial sobre la Promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Martin Scheinin, Adición Misión a España. Doc ONU A/HRC/10/3/Add.2 del 16 de diciembre de 2008.

Español, Original en Inglés, parr. 53 b). Pág. 24. Asimismo, según ha expresado Amnistía Internacional “el concepto de “colaboración” en actividades terroristas del artículo 576 del Código Penal español por considerar que es excesivamente amplio y puede interpretarse de manera que se procese a personas por el ejercicio legítimo y pacífico de derechos consagrados en el derecho internacional o que determinadas conductas delictivas que no constituyen “terrorismo” se traten como tal. En particular, el artículo 576 criminaliza a toda que persona que “lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista”, lo cual puede, por tanto, dar lugar a que se trate como delito la conducta de quien, por medios pacíficos, propugne mayor autonomía para el País Vasco.” Ver comunicado de prensa https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=SAI&SORT=-tdoc_-FPUB&DOCR=3&RNG=10&SEPARADOR=&&ENLA=ESPA%flA

²⁷ “No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”. Sentencia del Tribunal Supremo nº 503/2008, de 17 de Julio de 2008, Fundamentos de Derecho, Preliminar, 1º. Y Sentencia de la Audiencia Nacional nº 31/2009, Razonamiento Jurídico 1º.

²⁸ Ver Sentencia núm. 89/1993, del Tribunal Constitucional, de 12 de marzo (“El terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, **lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser consideradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones, grupos o bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas**.”)

sentido, resulta interesante un voto particular discrepante de un magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que pone de manifiesto la necesidad de concretar

“cuales son los elementos diferenciales verdaderamente existentes entre las conductas que se tipifican en el Artículo 577 del CP –tipo básico de desórdenes públicos (...)– en relación con algunas de las modalidades previstas en el art. 560” pues en relación con **“las derogaciones de derechos fundamentales contenidas en el art. 55.2 de la Constitución, sin embargo, no permite la extensión indiscriminada a cualquier otra clase de conductas que no tengan la gravedad equivalente a las terroristas. (...) La existencia de especialidades procesales extraordinariamente gravosas para ciertos derechos fundamentales amparadas en el art. 55.2 de la CE para supuestos de terrorismo implica necesariamente la concretización del concepto de terrorismo y la imposibilidad de extender artificialmente el ámbito subjetivo de aplicación de dichas situaciones excepcionales por la vía de la “manipulación” legal del referido concepto jurídico-penal”**.²⁹

Además, en el informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal presentado por el Ministro de Justicia y aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de diciembre de 2008 introduce la figura de “asociación transitoria” y por tanto la creación de un nuevo tipo delictivo. El nuevo artículo 385 bis vendría a castigar (de aprobarse la reforma) “a los que se agruparen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos”, si bien el Código Penal ya sanciona en su artículo 17 la conspiración que existe “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo” lo que no exige requisito alguno de permanencia o estabilidad.

La cláusula abierta utilizada por el artículo 574 del Código Penal (“cualquier otra infracción”) ejemplifica la preocupación del Relator Especial sobre terrorismo relativa al “deterioro gradual”, donde la noción de “actos de terrorismo” se amplía a actos (figuras de tipo ordinario) que no constituyen violencia grave. Más aún cuando se [suele] dar por hecho que a quien se aplica el artículo 574 es a quien se dice ha cometido acto de colaboración (por su menor vinculación con la organización terrorista) cualquiera que sea o integra tal organización. En realidad el artículo 574 lo que es una “exasperación punitiva” ya que se utiliza para cualquier acto para atraerlo a la esfera de “lo terrorista” cuando, en todo caso, sólo deberían ser

Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma e inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esa actividad delictiva.”) No obstante, ver Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, que literalmente declara: “En primer término, cabe mencionar la modificación del artículo 577, que se ocupa del denominado «terrorismo urbano». En su actual redacción, dicho artículo tipifica las acciones de los que, sin pertenecer a banda armada, comparten sus fines y contribuyen a subvertir el orden constitucional o a alterar gravemente la paz pública. La experiencia demuestra, sin embargo, que estas previsiones no están cumpliendo el objetivo perseguido. Por una parte, porque los sucesos de terrorismo urbano sólo vienen considerados como tales en el caso de que exista riesgo para la vida o la integridad física de las personas. Por otra, porque la actual legislación no facilita que se condene a quienes interviniendo en estas acciones portan, no ya los explosivos o armas que provocan incendios o destrozos, sino solamente los componentes necesarios para provocar la explosión. Frente a estas complejidades, la nueva redacción del artículo 577, partiendo de que, según se dice ahora expresamente, estas acciones no se limitan a dañar bienes materiales individuales o colectivos, sino que persiguen atemorizar a toda una población o colectivo para favorecer los fines terroristas, poniendo con ello en entredicho valores constitucionales que, como el respeto a la vida o a la dignidad de las personas o la propia libertad, deben ser objeto de la máxima protección, incorpora el delito de daños al elenco de los enumerados en dicho precepto y resuelve las dudas interpretativas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo.”

²⁹ Voto particular discrepante en relación con el auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de fecha 11 de mayo de 2000, Sumario 36/98, Rollo de Sala 48/98 del JCI nº 2.

susceptibles de más punibilidad aquellas conductas que engendran violencia grave.

Los artículos 515 y 516 del Código Penal –integración en asociación ilícita– adolece de las mismas vaguedades conceptuales señaladas respecto de los artículos 571 y 576 del Código Penal. Las bandas, organizaciones o grupos terroristas son asociaciones ilícitas para el Código Penal. El problema es que no se define en ninguna parte cual es el contenido, naturaleza, extensión y fines que se persiguen por medio de tales “asociaciones ilícitas” para que puedan ser calificadas de “terroristas”. Por tanto, ha sido la jurisprudencia la que ha ido aclarando las características de tales organizaciones (pluralidad de personas asociadas, una organización más o menos compleja, consistencia y permanencia en el tiempo actividad criminal querida y pretendida).³⁰ No obstante, también es cierto que los tribunales españoles incluyen dentro del tal concepto a “las meras tramas o redes informales de personas que, sin verdaderos vínculos reales ni estables entre ellos, ni ninguna clase de estructura orgánica ni organizativa, ni tampoco jerarquía y (...) sin elementos reales de adherencia”.³¹ Además, ser promotor, director e integrante de una organización terrorista es un delito *per se*, con independencia de que se cometan actos de terrorismo en concreto (artículos 571 a 580 del Código Penal) y que se castigarían aparte. De tal forma, se castiga el mero hecho de formar parte de una organización terrorista (no definida) y al desvincular la integración de cualquier resultado material (acto de terrorismo), los límites del artículo 516 en relación con el 515 son amplios y vagos. ¿Cómo se prueba la integración o dirección?³² Entre otras cuestiones, se corre el riesgo de aceptar como prueba “las meras afirmaciones apoyadas únicamente en la “información” o “inteligencia policial”, y como tales no ser susceptibles ni de verificación ni contrastación de clase alguna, constituyendo por tanto, un mero indicio referencial, de carácter y valor probatorio no descartable, pero si muy relativo”.³³

De hecho el concepto excesivamente amplio y difuso de las disposiciones en materia de terrorismo está dando lugar, en muchos casos, a aplicaciones superextensivas de los tipos penales por parte de los Tribunales que abarcan muchas veces lo que sería la actividad meramente política del entorno.³⁴ Esto, unido a la simplificación de los problemas de prueba entraña graves consecuencias para las garantías del proceso debido.³⁵

³⁰ Ver, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo nº 1127/2002, de 17 de junio.

³¹ Ver voto particular concurrente que formula el Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa a la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 31/2009. Continúa diciendo que “es posible que, desde un punto de vista político criminal, resulte necesario prever su castigo (...)” si bien **“resulta sumamente dudosa su inclusión al menos sin que ello implique de alguna manera forzar interpretativamente el tipo penal, en serio detrimento del principio de legalidad penal”**. Asimismo, el voto particular recuerda que “las previsiones extraordinarias contenidas en dichos preceptos penales [artículos 515.2 y 516 del CP], que anticipan la protección penal (...) incluso a situaciones tales en las que un grupo no ha cometido (...) pero siendo previsible que lo pudieran hacer en el futuro, un acto terrorista”, siendo la **“tendencia en derecho penal internacional [el] progresivo abandono, después de Nüremberg, de figuras como la pertenencia a organización criminal o la conspiración y referirse en este ámbito internacional, exclusivamente, a la punición de hechos concretos y no del mero peligro**, por muy concreto que éste sea (...)”

³² Por ejemplo, el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 26 de enero de 2009, diligencias previas 72/08, donde se argumenta que las “marcas de la casa” son el “referente político de ETA” para dinamizar y dirigir “todas las iniciativas del entramado terrorista en el ámbito institucional”. Las conductas descritas (entrada en el ámbito institucional o político) son tachadas de “terroristas” a pesar de carecer del elemento violento y de la finalidad subversiva o de “infundir terror”. Así, basta con considerar que se está en la “órbita” de ETA o que ésta ha servido de “inspiración” para cometer el delito de los artículos 515 y 516.

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional nº 31/2009, Razonamiento jurídico primero.

³⁴ Por ejemplo, ver sentencia de la sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el sumario nº 18/98 (el denominado “macro-proceso”) de 19 de diciembre de 2007.

³⁵ Por ejemplo, ver voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional nº 31/2009 “(...) el carácter terrorista que le atribuye a la organización (...) parece que le exime de cualquier clase de prueba de la finalidad terrorista de los actos realizados por los captados”.

En cuanto a la “apología”, solo será delictiva como forma de provocación “si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”.³⁶

A pesar de ello, y

“con la finalidad de **penalizar comportamientos de apología del terrorismo con independencia y mayor amplitud que la apología regulada en el Artículo 18 del Código Penal**, la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre reformó el artículo 578 del Código Penal **introduciendo un nuevo tipo penal (exaltación del terrorismo) que regula unas conductas ajenas al fenómeno terrorista que despiertan un profundo reproche popular**. (...) La conducta regulada en el artículo 578 (apología del terrorismo) **no es un delito de terrorismo. La apología cuando se persigue penalmente es un delito (de opinión)** que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: los delitos de terrorismo (regulados en los artículos 571-577), con el que no puede confundirse. Cuando las conductas del artículo 578 del Código Penal sean susceptibles de ser encuadrados en el Artículo 579 como forma de provocación, será este precepto de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad.”³⁷

Desvincular la apología de la exigencia expresa del requisito a una incitación directa a delinquir va en contra de la tendencia internacional en la materia.³⁸ Asimismo, cabe recordar la preocupación expuesta por Amnistía Internacional en relación con la imprecisión que supone la utilización de conceptos como “enaltecimiento”, “justificación” o “por cualquier medio de expresión pública”, los cuales adolecen en gran medida de falta de claridad y precisión, requisitos exigidos por el derecho internacional.³⁹

Por último, la inclusión en el artículo 578 del Código Penal de “actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares” es “productora de un trato desigual en la protección de los diferentes tipos de víctimas” pues

³⁶ Artículo 18 del Código Penal (parte general). Según Lamarca Pérez, “todos los supuestos de la denominada parte especial del Código Penal donde se regula esta conducta **exigen, aunque no se recoja expresamente, un elemento de incitación a la comisión de delitos cuya ausencia determinará la atipicidad del hecho**”, en *Apología: Un residuo de incriminación de la disidencia*, La Ley Penal: revista de derechos penal, procesal y penitenciario, nº 28, 2006, págs. 41-51.

³⁷ Ver Informe S/2007/164 al Comité contra el Terrorismo por parte del Gobierno español. No obstante, esto último que sugiere el Gobierno plantea problemas de compatibilidad entre ambas disposiciones ya que el artículo 579 *sigue manteniendo la punibilidad general de la provocación y, por tanto, de la apología concebida como un acto preparatorio para estos casos de terrorismo*” Ver Carmen Lamarca Pérez, *Apología (...) op. cit.*

³⁸ Ver, entre otros, Declaración Conjunta de los tres Relatores para la Libertad de Expresión de la OEA, de Naciones Unidas y de la OSCE de 21 de diciembre de 2005 (“los Estados no deben emplear términos vagos tales como “glorificando” o “promoviendo” el terrorismo cuando restringen la libertad de expresión. La incitación debe ser entendida como un **llamado directo a cometer terrorismo, con la intención de que promueva el terrorismo**, y en un contexto en el que el llamado es **directamente responsable de incrementar la probabilidad de que ocurra un acto terrorista**”); asimismo, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión IDH el curso del 108º Período de Sesiones en octubre de 2000, principio 4. Asimismo, ver caso *Vogt v. Germany*, ECHR, 26 September 1995 (paras. 61, 65) y caso *Kim v. Republic of Korea*, Caso No. 574/94, 3 de noviembre de 1998, . Asimismo, ver los Principios de Johannesburgo (una serie de principios voluntarios redactados por una comisión de expertos internacionales sobre derechos humanos y leyes sobre medios de difusión). Por último, OSCE-ODIHR *Background paper on Human Rights Considerations in Combating Incitement to Terrorism and Related Offences*. OSCE/CoE Expert Workshop, Viena, octubre 2006.

³⁹ Amnistía Internacional, *España: Recomendaciones preliminares de Amnistía Internacional ante la Reforma del Código Penal. Respetar y proteger los derechos humanos – Combatir la impunidad conforme a la legalidad internacional – Garantizar un debate informado*. Marzo 2009. En sentido similar, ver Amnistía Internacional, *Reino Unido: Información de Amnistía Internacional sobre el anteproyecto de Ley Antiterrorista de 2005*. Índice AI: EUR 45/038/2005, páginas 7 a 11.

“todas las víctimas y sus familiares, y no sólo las de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se lleven a cabo contra ellas este tipo de actos”.⁴⁰ En todo caso, la humillación o el menosprecio no es un acto de terrorismo por lo que no debería estar sometido al régimen excepcional, ni su conocimiento debería estar atribuido a la Audiencia Nacional. En todo caso, se asemejaría más a un delito de injurias por lo que existiría una duplicidad de normas.⁴¹

El Código Penal de 1995 ya introdujo el artículo 575 que castiga a los que “atentaren contra el patrimonio” con el fin de allegar fondos o favorecer las finalidades de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Esta previsión legal, no obstante, no es un tipo *per se* relativo a la financiación de organizaciones terroristas. Responde, más bien a las actuaciones de ciertas organizaciones que recurren[ían] al atraco como forma de procurarse fondos.⁴² Pero este precepto merece dos importantes críticas por parte de los expertos: la referencia a que resulta delictivo el favorecimiento de finalidades de la organización pues,

“pudiera entenderse como que éstas son, en sí mismas constitutivas de delito, lo que resulta claramente contrario a la libertad ideológica”.⁴³

Y el último inciso que fija el castigo: “la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, **sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración**”. Efectivamente, como se ha explicado anteriormente, la colaboración abarca “cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género”; colaboración que en este caso necesariamente implica el favorecimiento –consciente- de las finalidades de la banda, organización o grupo. Es decir, dado que en el Código Penal los delitos patrimoniales con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas ya se conceptúan como actos específicos de colaboración al terrorismo, tal medida viene a constituir un plus de agravamiento. Esto es así pues, en este caso, se aplicaría la pena superior en grado a la que corresponda por el delito cometido –por ejemplo, robo o extorsión- para luego, ser castigado como acto de colaboración del artículo 576. Y ello, supone una exasperación punitiva desproporcionada.

En la actualidad, la financiación de grupos o actividades terroristas –así como las actividades de blanqueo de capitales- viene propiciando el establecimiento de deberes de identificación e información de las actividades financieras. Las consecuencias negativas que tales mecanismos tienen sobre los derechos humanos son notables, entre otros (tales como el derecho al uso y goce de la propiedad), el desarrollo y aplicación de las garantías del debido proceso⁴⁴. Así se relaja el nivel de exigencia probatoria del elemento volitivo –la intención o conocimiento- del

⁴⁰ Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, op. cit. Asimismo, ver Carmen Lamarca Pérez, *Terrorismo, seguridad internacional y Derechos Humanos*, en *Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional*. Universidad Internacional de Andalucía (Ed. Manuel Ollé Sesé), 2008, pgs 31 a 33. Asimismo, Carmen Lamarca Pérez, *Apología*, op. cit. El principio de no discriminación también debe ser aplicado a todos los aspectos del trato que el Estado proporciona a las personas en relación con las iniciativas “antiterroristas”.

⁴¹ *Idem*.

⁴² José Antonio Martín Pallín. *Derecho Aplicado al Enemigo Terrorista*. Op cit. y Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, op. cit. De hecho, el artículo 575 impone, entre otras, la pena que correspondiere por el delito patrimonial en cuestión (por ejemplo, robo con violencia e intimidación, etc).

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Ver Scott Vesel, *Combating the financing of terrorism while protecting human rights: a dilemma?* OSCE-ODIHR. 2008.

delito de financiamiento del terrorismo, y aunque no se encuentren evidencias suficientes para avalar el presunto delito de financiación, dada la cercanía al entorno operativo terrorista, también se tiende a relajar las reglas de imputación. Igualmente cabe el riesgo de incurrir en excesos e irregularidades policiales.⁴⁵

El Gobierno español mediante nota de fecha 10 de febrero de 2009 procedió a dar respuesta al informe sobre España del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de fecha 16 de diciembre de 2008 (doc. A/HRC/10/3/Add.2). En dicho documento, el Gobierno español lamentaba que,

“Pese al intenso diálogo mantenido y la total cooperación ofrecida, algunas de las valoraciones y observaciones que realiza el Relator en su informe sobre España no se correspondan a la realidad de la lucha contra el terrorismo (...) **el Gobierno español debe rechazar aquellas valoraciones y recomendaciones del Relator que pretendan cuestionar el marco legal e institucional** sobre los que se asienta la actuación de un Estado democrático en la lucha contra el terrorismo (...). El Gobierno español **rechaza el cuestionamiento que hace el Relator del marco jurídico- penal español en la lucha contra el terrorismo**, cuya definición y desarrollo, ateniéndose al estricto respeto del principio de legalidad, corresponde al poder legislativo que representa a la soberanía popular. **El Gobierno español rechaza que este marco legal pueda impactar en los compromisos de derechos humanos asumidos por España.**”⁴⁶

Cabe recordar que el Comité de Derechos Humanos al examinar el quinto informe periódico de España se pronunció de forma similar al Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo respecto del marco legal español en materia de terrorismo.⁴⁷ Así, observaba con preocupación

“el alcance potencialmente excesivo de las definiciones de terrorismo en el derecho interno, en particular las que figuran en los artículos 572 a 580 del Código Penal español, que podrían dar lugar a la violación de varios derechos enunciados en el Pacto.”

Y recomendaba al Estado español,

⁴⁵ Por ejemplo, ver auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en virtud del cual se decreta el sobreseimiento libre con archivo de las actuaciones con relación a un procedimiento seguido contra el ciudadano sirio *Bassam Dalati* y a otros dos procesados acusados de financiar el “terrorismo yihadista” al concluir que durante la investigación policial se ocultaron pruebas favorables; pruebas que se habrían manipulando para establecer que el dinero investigado provenía de asuntos ilegales. El auto señala que “nada aparece *ab initio* que pueda considerarse indicio mínimamente demostrativo de los hechos que el M. Fiscal imputó a los querellados. (...) Y a tal respecto la Sala se va a abstener de deducir testimonio de tal divergencia por considerar, en una benevolente hermenéutica, que su incorporación a los autos pudo deberse a error, ello, naturalmente, sin perjuicio de que la parte interesada pueda ejercitar las acciones pertinentes”. La Sala concluye “con la mención de una **lamentable muestra de la precipitación y ligereza en la actuación policial** (...) ajena a lo que debe ser una investigación coherente y seria” que por otro lado “**pasó desapercibido al M. Fiscal y al Instructor**”, sin embargo no se ordena ninguna investigación para establecer las responsabilidades penales que pudieran existir. Auto de 2 de diciembre de 2008, Sumario nº 7/08 del Juzgado Central de Instrucción nº2, Consideraciones y Fundamentos de Derecho 8º y 10º.

⁴⁶ Respuesta y observaciones del Gobierno español al informe sobre España del Relator Especial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin, doc. A/HRC/10/G/2, de 18 de febrero de 2009, páginas 3-4.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, 94º periodo de sesiones, 13 a 31 de octubre de 2008. Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008, párrafo 10.

“definir el terrorismo de manera restrictiva y hacer de modo que sus medidas contra el terrorismo sean plenamente compatibles con el Pacto. En particular, el Estado parte debería prever la modificación de los artículos 572 a 580 del Código Penal para limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia.”⁴⁸

El Gobierno español presentó igualmente comentarios a las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos por medio de escrito de 8 de enero de 2009 en el que expresaba que,

“pese al intenso diálogo mantenido con el Comité en este quinto informe periódico, la visión general que las observaciones finales ofrecen del estado de la cuestión en España no se corresponde con la realidad ni refleja las aportaciones escritas y orales ofrecidas por España en este examen. El Gobierno español considera que el Comité recoge ampliamente, por el contrario, opiniones distorsionadas de esta cuestión, que hacen que el proyecto de observaciones sea desequilibrado”⁴⁹.

Cabe recordar que el Consejo de Ministros aprobó el 14 de diciembre de 2008 el Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal presentado por el Ministro de Justicia. Si bien el Anteproyecto de Ley fue remitido al Consejo de Estado, al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), y al Consejo Fiscal para recabar los informes correspondientes, antes de su aprobación definitiva por el Gobierno, ni se ha producido ningún debate ni puesto en marcha un proceso de revisión integral en los términos sugeridos por el Relator Especial y además se introducen nuevas figuras en el marco de la legislación antiterrorista, tales como, la asociación transitoria (nuevo artículo 385 bis), un tipo específico de financiación del terrorismo (nuevo artículo 576 bis) y una nueva pena la de libertad vigilada: artículo 49 bis) según el Anteproyecto.

En cuanto al nuevo delito de financiación (que añade un nuevo artículo 576 bis), no alcanza a implementar el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. El artículo 2 del Convenio se refiere a 9 tratados y protocolos en materia de terrorismo enumerados en anexo, que España aún no ha llegado a incorporar en su derecho interno.⁵⁰ Incluso el CGPJ, en su Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal, ha declarado respecto de esta medida que **“pese a que toda posible conducta del propuesto artículo 576 bis está incluida en la mención a la ayuda económica del vigente artículo 576, lo mismo no ocurre a la inversa”** pues aquel abarcaría el concepto de “ayuda económica”. Así como que **“varios elementos subjetivos son redundantes”** así como que **“no se entiende fácilmente qué es financiar “el terrorismo” sin financiar los actos o delitos terroristas ni sus bandas”** y que **“en cualquier caso, no parece que esta mención supere el umbral constitucional de taxatividad: si el prelegislador sabe a qué concretas conductas se refiere con esta financiación de “el terrorismo”, debe redactarlas cumpliendo con los estándares constitucionales de taxatividad”⁵¹.**

El Informe al Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal introduce una nueva pena

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 13 de enero de 2009, página 2.

⁵⁰ Ver Amnistía Internacional. España: Recomendaciones preliminares (...), *op. cit.*

⁵¹ Ver Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, (ver <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=default>) páginas 144-6. Se trata, no obstante de un informe no vinculante, aprobado el 26 de febrero de 2009.

accesoria de libertad vigilada, cuyo cumplimiento será sucesivo a la pena de prisión y de un tiempo máximo de 20 años –en función de la gravedad del delito- para los delincuentes sexuales y terroristas. Según la Exposición de Motivos esta pena accesoria resulta necesaria dada la “especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento” y está adecuada al fin principal “de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad”. Pero es que estas dos finalidades son incompatibles/contrapuestas entre sí: prevención (mediante sanción o retribución) y reinserción.⁵² El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) también ha criticado la nueva pena de libertad vigilada. Así señala que la regulación de la libertad vigilada se basa en una presunción *iuris tantum* de peligrosidad al dictarse sentencia –es decir, antes de que [el penado] cumpla su condena. De esta forma, se presume que el tratamiento penitenciario en prisión no va a ser suficiente para su reinserción. Asimismo, critica que “el análisis técnico de la misma [ejecución de la pena] padece insuficiencias esenciales” por lo que sería técnicamente necesario incluir normas específicas sobre su cumplimiento para evitar “antinomias y retrocesos penitenciarios con respecto al régimen de cumplimiento de las penas de prisión”.⁵³

Hasta el momento aún no existe el correspondiente proyecto de Ley Orgánica elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley.

Artículos 2, 12 y 16

Pregunta 4. Medidas sobre violencia sexual.

En España, la cuestión de la violación sexual cometida bajo custodia todavía no refleja la naturaleza real de crimen de derecho internacional.⁵⁴

El Código Penal español define el delito de violación como un atentado contra la libertad sexual, ejercida con violencia o intimidación, y consistente en el “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”.⁵⁵ Si no hay invasión del cuerpo (pero si violencia o intimidación) se calificará el delito como agresión sexual (artículo 178) y en caso de no mediar violencia o intimidación y sin que medie consentimiento será abuso sexual (artículos 181 y 182), ambos delitos con penalidad inferior al delito de violación.⁵⁶ El Código Penal español reconoce y tipifica la violación como un delito de lesa humanidad si bien omite toda referencia a los actos de violencia sexual dentro del capítulo relativo a los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”. Tampoco se configura como un delito de genocidio ni de tortura.

⁵² Algunas organizaciones han expresado que la reforma proyectada “no apunta, precisamente, en esa dirección [reinserción], sino hacia el inconstitucional reforzamiento de la exclusión social de los afectados”. Ver Manifiesto por un debate político-criminal racional suscrito por AVJD, ACJD, Grupo de Estudios de Política Criminal, JpD, SSJ y UPF (<http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2008/04marzo08.html>).

⁵³ Ver CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, página 37 y 39 (“El artículo 49 bis) 4 es, pues, el primer objeto de análisis crítico, precisamente por no ir acompañado de estas normas esenciales para el análisis de la pena de libertad vigilada y no prever, tampoco, aspectos esenciales de la ejecución de esta pena en el propio Anteproyecto”).

⁵⁴ Ver Amnistía Internacional, España: Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad, Índice EUR 41/017/2008, octubre 2008, páginas 23 a 25 así como España: Recomendaciones preliminares (...), op. cit, páginas 23 a 25.

⁵⁵ Artículo 179 del Código Penal. El artículo 180 contiene las circunstancias agravantes aplicables tanto a las conductas de los artículos 178 como 179.

⁵⁶ Todos estos delitos se incluyen bajo el título “De los delitos contra la Libertad e indemnidad Sexuales” (Título VIII del Código Penal), que fue modificado por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril y Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por las que se modificó el Código Penal.

No obstante, el Informe al Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal, de aprobarse, en su artículo 83 castigará expresamente los atentados contra la libertad sexual de una persona protegida, “cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual”.

El delito de **esclavitud sexual** no se encuentra expresamente tipificado como tal en el Código Penal español. Lo más cercano es el delito relativo a la prostitución que, a diferencia del de esclavitud sexual propiamente dicha, tiene necesariamente carácter comercial o lucrativo.⁵⁷ El Código Penal español castiga a los que “trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima” como un crimen de lesa humanidad.⁵⁸ No obstante, tal regulación restringe el concepto de esclavitud al optar por sólo uno de los elementos de tal delito, que es diferente a que sólo sea necesario que se “ejerza” alguno de los elementos para que exista el delito. Por el momento, la esclavitud sexual no figura dentro de la categoría de crímenes de guerra prevista en el Código Penal.

La **esclavitud**, comprendida la trata de personas - en particular de mujeres y niños -, tampoco se encuentra definida como delito en el Código Penal español (ver respuesta a pregunta 31). Por otro lado, el Código Penal español sí incluye el delito de esclavitud como constitutivo de un crimen de lesa humanidad, si bien no incluye de forma expresa mención alguna a la trata de personas en su definición, que queda limitada al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona.⁵⁹ En la actualidad, como ocurre con la violación y la esclavitud sexual, la esclavitud tampoco figura dentro de la categoría de crímenes de guerra contemplados en el Código Penal.

El **embarazo forzado** tampoco se encuentra tipificado en la legislación penal española como un delito ordinario. El Código Penal ha incluido el embarazo forzado “con intención de modificar la composición étnica de la población”, como un crimen de lesa humanidad. No obstante, cualquier acto de confinamiento de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, como consecuencia de su violación, y sin más limitaciones, debe considerarse un delito. En la actualidad, el delito de embarazo forzado, como ocurre en general con los crímenes por motivos de género, no constituye un delito contra las personas protegidas en caso de conflicto armado en la legislación española.

En cuanto al delito de **esterilización forzada**, el Código Penal en su artículo 149(1) castiga al que “causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”. No obstante este tipo no contiene todos los elementos del delito de esterilización forzada, [a saber, la intención de causar la esterilización, como privación de la capacidad reproductiva, y que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico ni se haya llevado a cabo con el libre consentimiento de la víctima.] El Código Penal sí incluye el delito de esterilización forzada como constitutivo de un crimen de lesa humanidad. No obstante, al remitirse a “las lesiones del artículo 149” dicho precepto, adolece de los mismos defectos que se han señalado para el tipo ordinario. La regulación relativa a los delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado por el momento no hace mención explícita a la esterilización forzada. Por último, la

⁵⁷ Ver artículos 187 y 188 del Código Penal.

⁵⁸ Artículo 607 bis, apartado 2, 9º, segundo párrafo del Código Penal.

⁵⁹ Artículo 607 bis) apartado 2, 10º del Código Penal.

legislación española considera como un acto de genocidio producir “alguna de las lesiones previstas en el artículo 149”.⁶⁰

El Código Penal tipifica otras formas de violencia sexual así como la mutilación genital, en tanto que delito de lesiones. El artículo 607(1)(2) del Código Penal establece que uno de los actos que constituyen genocidio es la agresión sexual, así como la mutilación genital. Estas dos conductas se encuentran igualmente incluidas entre los delitos de lesa humanidad.⁶¹

Además de la necesidad de tipificar los delitos de violencia por motivo de género y adecuar las definiciones al derecho internacional, es igualmente importante que las normas procedimentales aseguren la protección y rehabilitación de las víctimas. En España, la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incorporó en el ordenamiento jurídico una serie de “medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas”. No obstante, medidas similares a las contenidas en el Estatuto de Roma así como las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, para la protección de las víctimas de delitos de violencia por motivo de género de acompañamiento judicial, facilitando información y formando a los actores de la justicia involucrado serían más adecuadas para asegurar una protección integral y evitar una segunda victimización o revictimización por el sistema judicial y el aparato del Estado.

El informe al Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal propone una serie de modificaciones en la regulación de los delitos de índole sexual. Así, suprime las referencias a las personas menores de 13 años de los artículos 180 (agresión sexual) y 181 - 182 (abuso sexual) llevándolas al artículo 183.⁶² La nueva redacción del artículo 183 prevé un aumento considerable de las penas.⁶³ Dichas penas son mayores que las previstas para el delito de trata – que introduce la reforma como se verá adelante-, la tortura, algunos delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis, 2. 8º a 10º) y que algunos crímenes de guerra (artículos 612 a 614), todos ellos crímenes de derecho internacional, que incluso pueden consistir en o comprender delitos de índole sexual contra mujeres, niñas y niños. No obstante, el Anteproyecto no relaciona ni aborda estos extremos para asegurar su consistencia a la vez que su completa adecuación con el derecho internacional. En cuanto a los delitos relativos a la prostitución, el Anteproyecto introduce un inciso final al apartado 1 del 187 una disposición que tendría el carácter de una medida disuasoria para reducir la demanda de servicios sexuales.⁶⁴ Por otro lado, el Anteproyecto de Ley introduce igualmente un aumento de pena para la prostitución forzada de personas menores de edad (artículo 188) del Código Penal.

Artículo 3.

Pregunta 6. Con respecto al principio de no devolución, sírvanse aclarar: a) si el Estado Parte lleva a cabo una evaluación individual de cada caso para evitar el retorno, la extradición o la expulsión a un país donde correría peligro de ser víctima de tortura; b) si ese principio se ha introducido expresamente en el Reglamento de Extranjería que complementa la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España; (...) d) si se puede extraditar, devolver o expulsar , sobre la

⁶⁰ Artículo 607(1)(2) del Código Penal.

⁶¹ Artículo 607 bis) apartado 2. 2º y 3º del Código Penal.

⁶² El nuevo apartado 4 del artículo 183 incluye una serie de circunstancias agravantes.

⁶³ También en relación con los artículos 178 y 179 del Código Penal.

⁶⁴ El nuevo apartado 2º a dicho artículo se refiere a las penas cuando la víctima sea menor de 13 años.

base del ofrecimiento de garantías diplomáticas, a un país donde existe riesgo de tortura. Caso Gasayev.

Unos días después de la aprobación por el Consejo de Ministros del Plan de Derechos Humanos donde se afirma que “en un país los derechos humanos valen lo que valen sus garantías” así como que se dará cumplimiento “a los Dictámenes y Recomendaciones de los distintos Comités de protección de los Derechos Humanos”, el Consejo de Ministros acordaba el 12 de diciembre de 2008 autorizar la extradición a Rusia de Murat Gasayev por delitos de terrorismo, que fue finalmente extraditado el 31 de diciembre. El Sr. Gasaev, de origen checheno, llegó a España en 2005 donde solicitó asilo. El Sr. Gasayev fue detenido a raíz de una orden de búsqueda y captura con vistas a su extradición por la Federación Rusa. La solicitud de asilo fue finalmente denegada en base a un informe confidencial elaborado por las autoridades españolas y al que no tuvo acceso ni él ni su abogado. Tras una primera decisión judicial de la Audiencia Nacional a favor de la extradición en mayo de 2007, la Sala de lo Penal acabó confirmando la misma el 8 de febrero de 2008 y aceptando las garantías ofrecidas por la Fiscalía General de la Federación Rusa de que el detenido no sería condenado a muerte ni a cadena perpetua así como que el Sr. Gasayev podría recibir las visitas del Comité contra la Tortura de la ONU.⁶⁵

España resolvió proponer que el Comité contra la Tortura llevara a cabo visitas. El Relator Especial sobre terrorismo tras su visita a España declaró que,

“existe un acuerdo generalizado de que las **garantías diplomáticas no funcionan con respecto al riesgo de tortura u otros malos tratos. El Relator Especial observa con sorpresa que la Audiencia Nacional** parece haber combinado las garantías tradicionales sobre pena de muerte en el caso pendiente, con la condición de que el Comité contra la Tortura de la ONU pueda enviar a una delegación que visite a esta persona. Consciente de que el Comité contra la Tortura no efectúa tales visitas, y de que son inadecuadas las garantías sobre riesgo de tortura (...)”.⁶⁶

Como alternativa, la Audiencia Nacional decidió el 14 de noviembre de 2008 proponer que fuera el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa el que llevara a cabo esta tarea. No obstante, y con razón, el 3 de diciembre de 2008 dicho Comité escribía al Secretario General del Consejo de Europa declarando que no sería apropiado para el Comité jugar ningún papel en el contexto de las garantías diplomáticas por tratarse de una cuestión muy controvertida en tanto que medida de protección contra la tortura y los malos tratos. Además aclaraba que el Comité no está en una situación de llevar a cabo una supervisión continuada – que sería lo necesario en tales casos- pues para ser efectiva, el órgano supervisor, entre otras cosas, debería estar en el país de recepción.⁶⁷ Recibida dicha comunicación por parte de las

⁶⁵ La Audiencia Nacional en su auto de 27 de julio de 2007 declaraba que “adicionando a las garantías establecidas [en auto de 23 de mayo de 2007 relativas a la no aplicación de la pena de muerte ni cadena perpetua] que, en el plazo de 30 días, debe ofrecer el Estado requirente la relativa a la adquisición, sin condicionamientos ni restricciones, del compromiso de permitir a los funcionarios que designe el Comité contra la Tortura (...) que puedan visitar y entrevistarse reservadamente con el reclamado en el Centro Oficial de Detención donde deberá ser internado, a disposición de las autoridades judiciales, con observancia de las previsiones contenidas en la referida Convención”.

⁶⁶ Informe de Relator Especial sobre terrorismo tras su visita a España en mayo de 2008, *op. cit.*

⁶⁷ Fax del Presidente del Comité para la Prevención de la Tortura al Secretario General del Consejo de Europa en respuesta al fax de 20 de noviembre enviado por el Sr. Jiménez Náchter de la Representación española ante el Consejo de Europa.

autoridades españolas, el Ministerio de Justicia informó a la Audiencia Nacional de fecha 17 de diciembre de 2008 de que,

“el Secretario General del Consejo de Europa ha señalado que **por una cuestión de principios no considera adecuado llevar a cabo ese cometido** (...). A la vista de lo expuesto, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación ha expuesto que la **Embajada española en Moscú tendrá que asumir subsidiariamente esas labores**, alternativa ésta incluida en el Auto de la Sala de lo Penal antes citado. Nuestra Embajada ha manifestado que **existen precedentes sobre el ejercicio de tareas similares por otras representaciones diplomáticas en Moscú, que a veces tropezaron con algunos obstáculos**. Por regla general las Embajadas proceden a visitar al penado a su llegada al territorio ruso y una segunda vez cuando se dicta el veredicto final contra el mismo por el tribunal que juzga”.⁶⁸

El Ministerio de Justicia afirmaba que existían precedentes al respeto, si bien no ofreció mayor claridad al respecto aunque reconoce que existen obstáculos.

Si bien el Juzgado ruso acordó la libertad provisional de Gasayev el día 28 de agosto de 2009. Su familia ha sido objeto, repetidamente, de acoso policial, con visitas intempestivas, registros, detenciones de familiares y falsas noticias sobre el fallecimiento de Gasayev.

Por otro lado, también se suscita la siguiente interrogante: ¿qué pasa cuando son los agentes del Estado los que provocan a cometer hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos o llevan a cabo actuaciones ilegales en el extranjero en el marco de la lucha contra el terrorismo?⁶⁹ Las normas de derecho internacional vinculantes para España obligan a estos agentes a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas aunque actúen fuera de territorio español. Además, la Corte Internacional de Justicia ha mantenido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio.⁷⁰

Por ejemplo, en el caso de *Hamed Abderraman Ahmed* ni en el de *Lahcen Ikassrien* se han llevado a cabo investigaciones para establecer las responsabilidades de los funcionarios españoles. Ello a pesar de que tanto el Tribunal Supremo⁷¹ – en el primero de los casos reseñados- y la Audiencia Nacional⁷² -en el segundo- declararon nulas toda actuación practicada en la base naval de Guantánamo donde estuvieron recluidos los dos imputados y donde

⁶⁸ Oficio expedido por la Sra. Aurora Mejía al Presidente de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2008.

⁶⁹ Los artículos 174 a 176 regulan lo relativo al sometimiento a condiciones o procedimiento, y el uso de otros medios, por autoridad o funcionario público que atentan contra la integridad moral de las personas así como permitir que sean otros los que ejecuten tales medidas.

⁷⁰ Corte Internacional de Justicia, Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Reports (2004) 136, párrafo 111.

⁷¹ Sentencia núm. 4527/2006, del Tribunal Supremo de 20 de Julio (“La detención (...) sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo (...) toda diligencia o actuación practicada en ese escenario, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por inexistente la (...) “entrevista policial” lo que en realidad fue un interrogatorio porque éste se produce en una situación de desigualdad).

⁷² La Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en octubre 2006 absolvió a Lahcen Ikassrien pues la acusación se había basado en pruebas similares a las que fueron anuladas por el Tribunal Supremo.

funcionarios españoles los interrogaron⁷³ El propósito de contactar con Lahcen Ikassrien fue el de convencerle para que “colaborase con las autoridades españolas”, ofreciéndole la posibilidad de abandonar Guantánamo si primero accedía a facilitarles esta información,

“Ante las reiteradas negativas por parte de Lahcen a colaborar con las autoridades españolas en este asunto, y a pesar de la insistencia con la que se trató de hacerlo, se optó por decirle a Lahcen que en el caso de que cambiase de opinión (...) y así poder hablar de nuevo con él para llegar a algún tipo de acuerdo”.⁷⁴

Cualquier Estado que envía a sus agentes a realizar tales interrogatorios o haya participado o estado involucrado de alguna manera en situaciones que suponen violaciones de los derechos humanos, no puede carecer de consecuencias jurídicas. Es un principio general del derecho internacional que los Estados responden unitariamente por los actos de las autoridades públicas –ergo de sus agentes, realizados al amparo de su carácter oficial- y por las omisiones de los mismos.⁷⁵ Y ello generaría de manera necesaria la responsabilidad jurídica del Estado que autoriza la acción de sus agentes cuando cooperan o prestan su aquiescencia a graves violaciones de derechos humanos.⁷⁶ [Además, como se ha dicho antes, es precisamente bajo el principio de aplicación extra-territorial del Pacto –así como del resto de tratados de derechos humanos ratificados por un Estado- que se ha considerado aplicable a los actos de Estados Unidos –y por tanto, debería hacerse lo mismo respecto de España- en Guantánamo.⁷⁷]

Por último, el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que se encuentra en la actualidad en tramitación parlamentaria, reconoce por primera vez de forma expresa en la legislación de extranjería el principio de no devolución.⁷⁸

Pregunta 7. Repatriaciones o expulsiones de extranjeros.

La Resolución 1373 del Consejo de Seguridad también hace mención a las leyes de inmigración. Por un lado el párrafo 2(g) hace referencia a la necesidad de tener “controles efectivos en frontera” para impedir “la circulación de terroristas o grupos de terroristas”. Además, en el párrafo 3 se exhorta a los Estados a adoptar las medidas apropiadas “antes de conceder el estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que el solicitante de asilo no haya planificado o facilitado actos de terrorismo ni participado en su comisión” así como

⁷³ Ver Amnistía Internacional. Destinos Inconfesables, obligaciones incumplidas. España en la “guerra contra el terror”, 2008.

⁷⁴ Extracto del informe de los policías españolas de la Unidad Central de Información Exterior sobre su visita a Guantánamo en julio de 2002.

⁷⁵ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nº 53/96; Caso 8074, Guatemala, 6 de diciembre de 1996.

⁷⁶ Ver Fernando Mariño, *Interrogatorios en Guantánamo*. Tribuna. El País, 22 de febrero de 2006.

⁷⁷ Informe de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Leila Zerrougui, del Relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak; de la Relatora Especial sobre la libertad de religión y creencias, Asma Jahangir, y del Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, *Situation of detainees at Guantanamo Bay*, doc. E/CN.4/2006/120, de 27 de febrero de 2006, párrafos 10-11.

⁷⁸ Ver Amnistía Internacional *España: Análisis y Recomendaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Legislación de Extranjería*, 21 de septiembre de 2009.

asegurar “que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por los autores, organizadores o patrocinadores de los actos de terrorismo, y que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de presuntos terroristas”.⁷⁹ No obstante, estas disposiciones de la Resolución son las únicas que hacen una alusión expresa a los derechos humanos al establecer que los Estados deberán actuar “de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales en materia de derechos humanos”. De tal manera, se reconoce que el respeto a tal cuerpo normativo/legal debería ser una limitación efectiva a las actividades antiterroristas de los Estados.

No obstante, que la Resolución 1373 haya puesto en el punto de mira a los solicitantes de asilo y los refugiados como posibles amenazas a la seguridad es motivo de preocupación pues puede tener efectos negativos o perjudiciales sobre los derechos humanos.⁸⁰ Disfrazar como “control migratorio” la lucha contra el terrorismo y así abordar aquél como un problema de seguridad conlleva no sólo el inevitable resultado de fracasar a la hora de afrontar de forma adecuada y eficaz el problema -pues la amenaza terrorista no está limitada a los extranjeros- sino, precisamente por esto último, se contraviene el principio de no discriminación en el marco de protección de los derechos humanos.⁸¹ Los procedimientos establecidos por las leyes de inmigración son menos rigurosos que la vía penal-judicial, permitiendo mayor margen de discrecionalidad y por tanto abusos del poder ejecutivo.⁸²

En su informe de 2001 al Comité contra el Terrorismo España señalaba, en relación con la cuestión del asilo que,

“El artículo 5.6 de la Ley de Asilo establece que, en los casos anteriores, [supuestos previstos en los artículos 1 F y 33.2 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados] **incluso la petición de asilo podrá ser directamente inadmitida a trámite.**”⁸³

Se reconoce el derecho de los Estados a regular la entrada de extranjeros a su territorio, siempre y cuando se respeten las obligaciones en materia de derechos humanos que pesan sobre los mismos.⁸⁴ Sin embargo, la posibilidad existente en la actual ley de rechazar de plano una solicitud de asilo sin un previo procedimiento en que se puedan contrastar o impugnar las evidencias e informaciones en las que se basen las alegaciones de terrorismo entraña/supondría

⁷⁹ Letras (f) y (g).

⁸⁰ Por ejemplo, al exigirse un menor grado/nivel probatorio, debido a la posibilidad de haber obtenido la información de fuentes dudosas o al afectar el derecho de defensa alegando la protección de las fuentes de información por motivos de seguridad nacional, todo lo cual hace que sea más fácil denegar la entrada, expulsar o extraditar a un extranjero que someterlo a las normas generales penales. Ver caso de la extradición del ciudadano checheno Gasaev.

⁸¹ Por ejemplo, para empezar, los extranjeros no gozan de todos los derechos que los nacionales. Entre otros, ver Caso *A and others v Secretary of State for the Home Department* (2004) UKHL 56, parr. 43

⁸² Así, tales normas permiten expulsiones o detenciones administrativas de hasta [-] meses, la información utilizada suele provenir de fuentes de inteligencia, sin control judicial, es decir no se aplican todas las garantías que ofrece el derecho penal. Por tanto, el derecho penal debería ser el único que permitiera limitar la libertad de las personas –sean estas nacionales o extranjeras- por motivos de seguridad, evitando recurrir a medidas administrativas.

⁸³ Informe S/2001/1246, remitido el 21 de diciembre de 2001.

⁸⁴ Ver Amnistía Internacional. *Detención relacionada con la migración: una guía de investigación de las normas de derechos humanos referentes a la detención de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiado*. Índice AI: POL 33/005/2007, de noviembre de 2007.

una grave violación de las salvaguardias/garantías de debido proceso y juicio justo y por tanto un incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

Según el Comité Ejecutivo del ACNUR, en su conclusión no. 8, reafirmada en la conclusión no. 82 es necesario/importante el completo respecto al derecho de acceso a procedimientos efectivos y justos para la determinación de la condición de refugiado.⁸⁵ Según el Comité es necesario admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo que implica que no pueden ser rechazados en la frontera sin acceso a un procedimiento efectivo y justo para determinar su estatuto. Además, las graves consecuencias que podrían derivarse de un rechazo injustificado/infundado o abusivo, exigen que al solicitante se le da la oportunidad de tener una entrevista personal completa (derecho a una audiencia justa) con una autoridad competente y cualificada, que examine y valore de forma exhaustiva todas las circunstancias del caso particular.⁸⁶ De tal manera/así un solicitante de asilo debería contar con asistencia letrada efectiva –para el pleno y más completo ejercicio de sus derechos- y poder disponer de un período de tiempo razonable para presentar personalmente su caso y aportar las pruebas que estimare pertinentes y necesarias ante la autoridad decisoria.⁸⁷ Además, un extremo que recalca el Manual del ACNUR sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado es que no se puede penalizar a quien huyó de cualquier tipo de persecución y por tanto sin llevar consigo documentos personales por lo que existe un deber compartido de búsqueda de pruebas y evidencias y una presunción de credibilidad (o de inocencia) en caso de duda.⁸⁸ Toda solicitud rechazada/desestimada debe contener de forma clara y exhaustiva las razones que motivan tal rechazo y debe ofrecerse/habilitarse una vía para poder recurrir la misma.⁸⁹ Y ello, porque la gravedad que supone una tal decisión requiere del más alto grado de cumplimiento de los derechos individuales.

⁸⁵ ExCom Conclusion nº 8 (1977) (XXXVIII) (e) (i) y ExCom Conclusion nº 82 (1997) (XLVIII) on Safeguarding Asylum (d)(ii).

⁸⁶ ExCom Conclusion no. 30 (1983) (XXXIV) así como Observación general no. 13 del Comité de Derechos Humanos.

⁸⁷ Ex Com Conclusion no. 30 (XXXIV) (e)(i). Asimismo, Módulo 2 UNHCR/ACNUR: Determinación de la Condición de Refugiado. Como identificar quien es un Refugiado, (RSD Module), de 1 de septiembre de 2005. Y Resolución del Parlamento Europeo A 3-0337/92, párrafo 7(2) de 5 de noviembre de 1992. El equilibrio entre el derecho a ser oído y poder confrontar las pruebas que procedan notoriamente de fuentes de inteligencia que pueden ser secretas deberá regirse por los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, objetividad y no discriminación expuestos. En cuanto al derecho a poder consultar todas las informaciones y pruebas contenidas en el expediente, ver sentencia del TEDH en el caso *Feldebrugge v. The Netherlands*, aplicación nº. 8562/79 y sobre la obligación de revelar toda la información tras el rechazo de la solicitud ver sentencia del TEDH en el caso *D. v. Turkey*, aplicación nº. 24245/03, de 22 de junio de 2006. Asimismo ver comentarios generales nº 13 y 32 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 del Pacto (derecho a igualdad de armas, a un juicio justo y a una audiencia pública. Documento de 16 de diciembre de 1966,999, UNTS. 171 y CCPR/C/GC/32 (2007), respectivamente.

⁸⁸ Ver Manual/Guía del ACNUR sobre el Procedimiento y Criterios para Determinar el Estatuto de Refugiado de 1992.

⁸⁹ La decisión de rechazo de la solicitud debe asimismo contener un análisis/valoración de las pruebas –si se consideró que aquellas aportadas por el solicitante eran insuficientes y por qué razón- así como los hechos y normas en los que se basa. La misma deberá incluir instrucciones claras sobre el acceso a recurso para su impugnación. Ver Módulo RSD del ACNUR, *op.cit.*, y Directrices de ECRE sobre procedimientos justo y efectivos para la determinación de la condición de refugiado, septiembre 1999, párr.64. Asimismo, Recomendación (81) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1981, sobre la armonización de procedimientos nacionales en relación con el asilo de 5 de noviembre de 1981, párr.7 y Resolución (77) 31 sobre la protección individual en relación con los actos de autoridades administrativas de 28 de septiembre de 1977, Principio IV, párrs. 28 a 31.

En definitiva, se trata de las mismas garantías procesales y no derogables que se aplican en los procedimientos penales a las que todos los no ciudadanos, independientemente de su estatuto jurídico tienen derecho. El derecho a un juicio justo en procedimientos de carácter penal o de otra naturaleza, debe considerarse plenamente aplicable a personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son nacionales ya que “está fuera de toda duda que estos procesos [de selección o expulsión de extranjeros tienen implicaciones sustanciales para la vida y la seguridad de las personas afectadas.”⁹⁰

Es positivo el compromiso contenido en el Plan de Derechos Humanos del Gobierno relativo a la nueva Ley de asilo para proteger a aquellas personas a quienes es de aplicación el estatuto de refugiado, “procurando un marco de transparencia a las decisiones que se adopten en su aplicación”.⁹¹ El Gobierno debería garantizar la implementación de tal medida a la mayor brevedad posible, de conformidad con las prescripciones del derecho y normas internacionales. Sin embargo, es preocupante el hecho de que el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Asilo y Refugio no modifique el artículo 5.6(a) para evitar *de facto* situaciones como las que plantea el Gobierno al Comité contra el Terrorismo y garantizando los derechos de debido proceso y juicio justo tal y como prescribe el derecho y las normas internacionales.

El artículo 5.6 a) de la Ley 5/1984, de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado debería interpretarse de manera compatible con las obligaciones que tiene España de conformidad con el derecho internacional, de modo tal que los derechos del solicitante de asilo no se vean perjudicados. O bien que se modifique el artículo para evitar aplicación/interpretación que sea contraria al derecho internacional.

En su informe de 2001 al Comité contra el Terrorismo España llamaba a la atención del Comité como medidas para “impedir la circulación de terroristas” que,

“Se viene **realizando un chequeo selectivo de personas originarias de zonas donde operan grupos y organizaciones terroristas**” así como que “se dedica especial atención a aquellas personas susceptibles de haber participado en contiendas bélicas”.

Esta práctica choca con las Líneas Directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el Terrorismo del Consejo de Europa. Estas líneas directrices [plantean el vínculo] entre trato discriminatorio y las conductas arbitrarias:

“Las medidas tomadas por los Estados para luchar contra el terrorismo deben respetar los derechos humanos y el principio de primacía del derecho, excluyendo toda arbitrariedad así como todo trato discriminatorio o racista, y deben ser objeto de un control apropiado”.⁹²

Además ¿sobre la base de qué informaciones se toma la decisión de hacer estos “chequeos selectivos”? Como hemos dicho con anterioridad, las fuentes pueden plantear problemas en cuanto a la legalidad, ya que suelen provenir de actividades de inteligencia.⁹³ Además, se estaría

⁹⁰ Ver Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, *op. cit.*, Sección H. Trabajadores migratorios, personas que buscan asilo, refugiados y otros no nacionales, número 3.

⁹¹ Sección V. Acción Interior. Punto 8. Derecho de asilo y respeto del principio de non-refoulement. Medida 108.

⁹² Aprobadas por el Comité de Ministros el 11 de Julio de 2002 en la 804ª reunión. Directriz II.

⁹³ Fuentes que por otro lado no serán reveladas.

tratando de forma discriminatoria [y situando a los ciudadanos de un gran número de países en un plano de desigualdad] por el hecho precisamente de ser nacionales de tales Estados.

En materia de inmigración, España explicaba al Comité contra el Terrorismo que,

“el también artículo 26 de su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, establece que **se considerará prohibida la entrada de los extranjeros, y se les impedirá el acceso al territorio español, aunque reúnan los requisitos exigidos para la entrada**, entre otros supuestos, cuando: (...) **Por sus actividades contrarias a los intereses españoles** o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, hayan sido objeto de prohibición expresa, en virtud de resolución del Ministro del Interior.”⁹⁴

Así se deja en manos de una autoridad no judicial –Ministerio del Interior⁹⁵- la decisión relativa a la entrada a España de una persona que tendría derecho por cumplir con lo establecido por la ley.⁹⁶ Esto supone una gran discrecionalidad pues quedará en manos de la autoridad administrativa/ejecutiva determinar qué conductas se considerarán “contrarias a los intereses españoles”, extremo que no fija la norma dejando un enorme margen de discrecionalidad.

Pero más graves son las previsiones del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadano de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Tales personas tendrían derecho a la libertad de circulación en virtud del Derecho Comunitario. Sin embargo, el artículo 15 establece que se podrá impedir la entrada en España de tales ciudadanos –o con los miembros de su familia-, aunque presenten la documentación prevista por la ley, así como ordenar la expulsión o devolución del territorio español cuando “así lo **impongan razones de orden público, seguridad** y salud pública”.⁹⁷ Además, incluso podrá adoptarse,

“una **decisión de expulsión** respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, **o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública**”.⁹⁸

El artículo 15.5.d) establece que cuando se haya adoptado tal decisión por razones de orden público o de seguridad pública,

“deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá **constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad**, y que

⁹⁴ Informe S/2001/1246.

⁹⁵ Recordar que el Ministerio del Interior es el encargado de elaborar un Plan Nacional de Lucha contra el Terrorismo. Como hemos dicho con anterioridad la adopción de medidas o planes de lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico o las redes de inmigración ilegal están igualmente imbuidas de la lucha antiterrorista.

⁹⁶ En cuanto a lo que esto implica en relación con las menores garantías de debido proceso y juicio just ver párrafos anteriores.

⁹⁷ Artículo 15.1 letras a) y c). Además, durante el tiempo en que se examine la solicitud, el afectado no podrá entrar en España (artículo 15.2, *in fine*).

⁹⁸ Artículo 15.1, último párrafo.

será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.”

Pero esto no es todo. El artículo 15.6 prevé que podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación si **existen motivos imperiosos de seguridad pública** aunque la persona –ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo EEE- “hubiera residido en España durante los diez años anteriores” o **“fuera menor de edad**, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador”.⁹⁹

Como broche para este desafortunado capítulo, el artículo 17.2 contempla que,

“la sustanciación del recurso judicial, el interesado **no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio.**”

Tal regulación contiene innumerables referencias a conceptos indeterminados –lo que sin duda afecta a la seguridad jurídica- y exigencias de orden y seguridad pública que, como se ha indicado en la sección 3 anterior, no pueden justificar limitaciones arbitrarias que supongan el recorte de garantías frente a posibles abusos. Como hemos dicho con anterioridad, estos procedimientos deben estar sujetos a las mismas protecciones procesales básicas y no derogables que se aplican en los procedimientos de carácter penal.

Si bien es cierto, tal y como dice el Real Decreto 240/2007 en su Exposición de Motivos, que dicha norma es consecuencia de la transposición de la Directiva 2004/38/CE, aprobada el 29 de abril de 2004, cabe hacer una serie de puntualizaciones al respecto. En primer lugar, una Directiva, a diferencia de los Reglamentos comunitarios, obliga a los Estados miembros en cuanto al objetivo a alcanzar, pero les permite cierta discreción a la hora de tomar y aplicar las medidas oportunas para conseguir el objetivo. Los Estados, por tanto, pueden otorgar mayor protección en el sentido de reconocer a los particulares más derechos y garantías que los previstos en la Directiva –que establece las disposiciones comunitarias mínimas. Así pues, nada impediría, por ejemplo, “transponer” las garantías de debido proceso y juicio justo aplicables en los procesos penales a los trámites administrativos. Por otro lado, los individuos son titulares de tales derechos –y los Estados deben asegurar su pleno y efectivo ejercicio- con independencia de que las medidas sean consecuencia directa de un acto normativo emanado de una institución Europea.

Por otro lado la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social establece una serie de infracciones que pueden dar lugar a la expulsión de los extranjeros. Así el artículo 54.1.a) establece como infracción muy grave,

⁹⁹ Recordemos que la Exposición de Motivos del Informe al Anteproyecto de Ley fija como una de las razones prioritarias que suscitan la necesidad de la reforma la protección por “la mayor vulnerabilidad de los menores de edad”; vulnerabilidad que no se circunscribe únicamente al ámbito de los delitos sexuales.

“Participar en **actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado** o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en **actividades contrarias al orden público** previstas como muy graves (...)”.¹⁰⁰

Pero incluso podrán ser expulsados, cuando se trate de una infracción del 54.1.a) o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los **extranjeros (i) nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años; (ii) que tengan reconocida la residencia permanente; (iii) que hayan sido españoles de origen** y hubieran perdido la nacionalidad española; y (iv) los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.¹⁰¹

Esto supone un enorme margen de discrecionalidad administrativa/ejecutiva.

Por medio de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros se introdujeron sendas reformas tanto en el Código Penal como en la Ley Orgánica 4/2000 (“de extranjería”). De tal forma, el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería (expulsión) hay que leerlo conjuntamente con el artículo 89 del Código Penal (sustitución de las penas privativas de libertad). Así, el artículo 89 establece que,

“Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero **no residente legalmente** en España **serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español** (...). Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, **acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente** en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, **en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena**, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.”¹⁰²

Es decir, en este último caso, la regla general sería “acordar” –el juez, a instancia del Fiscal- la sustitución de la **pena que resta por cumplir (es decir, ha habido ingreso en prisión) por la expulsión**. Pero hay que recordar que la expulsión conlleva además la prohibición de regresar a España en un plazo de 10 años así como el archivo de cualquier procedimiento administrativo

¹⁰⁰ En relación con el artículo 57.1: “cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves (...) podrá aplicarse **en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.**”

¹⁰¹ Artículo 57.4 de la Ley Orgánica 4/2000 que pasaría a ser el nuevo artículo 57.5 según el Proyecto de Reforma de dicha Ley.

¹⁰² Artículo 89.1, párrafos 1º y 2º del Código Penal en relación con el artículo 57.7.a) de la Ley de Extranjería. Asimismo, ver artículo 89.4 del Código Penal (no cabe sustitución de pena) en relación con el 57.7.c) de la Ley de Extranjería (no cabe expulsión) en caso de haberse cometido delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6 -si bien este apartado fue suprimido por la Ley Orgánica 15/2003-, 517 y 518 del Código Penal (relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra, inmigración clandestina, asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación, el odio y la violencia).

que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.¹⁰³ Esto supone cuanto menos un trato discriminatorio así como un plus de castigo –sino una doble sanción- para el extranjero no residente legalmente en España. Por un lado, no cabría la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad¹⁰⁴ y con la expulsión se estaría impidiendo el acceso a los beneficios penitenciarios (y así, proseguir –si fuese acreedor de ello- el cumplimiento de su pena en régimen de tercer grado, o disfrutar de la libertad condicional). Además, si la expulsión está sustituyendo el cumplimiento de parte de la condena –para penas superiores a seis años-, el penado estaría siendo objeto de ambos supuestos: tanto la condena (su cumplimiento en parte) como la expulsión.

A pesar de la dicción literal del precepto ("*serán sustituidas*", "*acordarán en sentencia*") el Tribunal Constitucional ha declarado en sus sentencias 87/04 y 247/06, que la expulsión no puede tener carácter automático, sino que debe efectuarse, previa contradicción, y previa ponderación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas, incluidas personales y familiares, del extranjero.

No obstante, lo cierto es que, efectivamente, la expulsión, tanto en los supuestos del primer párrafo (penas inferiores a 6 años) como en el segundo (penal igual o superior a 6 años) se produce un plus de condena para el extranjero.

En el primer caso, no se permite ni la suspensión de la pena privativa de libertad (en condenas de menos de 2 años [artículo 80]) ni la sustitución (en penas inferiores a 1 ó 2 años [artículo 88]), por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad ni la suspensión (en penas inferiores a 5 años [artículo 87]) a drogodependientes. Sin perjuicio de que, además, en los casos en que hubiera habido aplicación de prisión preventiva, no se produciría estrictamente una sustitución, sino una acumulación sucesiva del cumplimiento de parte de la pena con la medida de expulsión.

Esta última sobre-punición se da también en los casos previstos en el segundo párrafo (pena igual o superior a 6 años).

Pero el artículo 57.8 de la Ley de Extranjería va más allá aún al establecer que,

“Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.”

Esta norma ahonda en el trato discriminatorio además, en este caso, afectando tanto a residentes como no. Si el delincuente ya cumplió el castigo impuesto por la autoridad judicial por el delito cometido, en los mismos términos y condiciones que un nacional, ¿por qué han de sufrir los extranjeros –residentes o no- además, el rigor de las autoridades gubernativas?¹⁰⁵

El 26 de junio el Consejo de Ministros aprobaba el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España

¹⁰³ Artículo 89.1, párrafo 4º y apartado 2 del Código Penal.

¹⁰⁴ Artículo 89.1 párrafo 3º del Código Penal.

¹⁰⁵ Un procedimiento administrativo, como hemos dicho, es menos riguroso que uno penal; las autoridades disponen de mayor discreción/arbitrariedad, salvando dificultades de prueba y contando con fuentes dudosas de información.

y su Integración Social que ha sido remitido al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria. En su informe *España: Análisis y Recomendaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Legislación de Extranjería*, Amnistía Internacional ha puesto de relieve “que las políticas de seguridad desarrolladas en los últimos años (...) han tenido un impacto importante en el recorte de los derechos de las personas inmigrantes” y ha mostrado su preocupación “por el hecho de que estas políticas de seguridad estén impidiendo que las personas que huyen de violaciones de derechos humanos puedan llegar a territorio europeo y solicitar asilo.”¹⁰⁶

Pregunta 9. Según la información de que dispone el Comité, se ha creado recientemente una comisión de investigación del Ministerio de Relaciones Exteriores encargada de determinar la presunta participación del Estado parte en las entregas extrajudiciales llevadas a cabo mediante vuelos organizados por la CIA procedentes de la bahía de Guantánamo o con ese destino entre 2002 y 2007. Sírvanse informar al Comité de cualquier novedad al respecto.

La Asociación Pro Derechos Humanos de España, a fecha de emisión del presente documento, no tiene noticia de que se haya producido alguna novedad al respecto.

Artículo 4 (en relación con artículo 1)

Pregunta 10. Sírvanse aclarar si el delito de tortura está sujeto a prescripción.

El Código Penal ubica el delito de tortura sólo en la parte de los delitos ordinarios o comunes¹⁰⁷ y no dentro del título dedicado a los ‘Delitos contra la Comunidad Internacional’ (Título XXIV). Los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado,” son los únicos que de acuerdo a los artículos 131.4 y 132.2 del Código Penal son imprescriptibles –así como sus penas. De tal forma, el delito de tortura que no alcance la categoría de delito de lesa humanidad –porque es llevado a cabo de manera esporádica o aislada- o de crimen de guerra –es decir, cometido en el contexto de un conflicto armado - está sujeto a plazos de prescripción.

La definición del delito de tortura en España adolece aún de defectos respecto de la contemplada en el artículo 1 de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*. Así, el artículo 1 de ésta alcanza en materia de autoría a “funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia” Sin embargo, el Código Penal sólo contempla como posibles autores a “la autoridad o funcionario público”.¹⁰⁸ En segundo lugar, entre las finalidades establecidas en la Convención se abarca la de “intimidar o coaccionar a esa persona o a otras”, lo que no se encuentra reflejado en el tipo penal de tortura del Código Penal.

Por último el Código Penal no menciona expresamente como tortura la violación sexual

¹⁰⁶ Amnistía Internacional, Sección Española, Informe hecho público el 21 de septiembre de 2009.

¹⁰⁷ El Código Penal española regula el delito de tortura en el artículo 174, agrupándose bajo la rúbrica del Título VII (“de la tortura y otros delitos contra la integridad moral”), dentro del Libro II.

¹⁰⁸ Ver artículo 174.1 del Código Penal.

cometida bajo custodia, de manera que, no será tortura, la violación o agresión sexual u otras formas de violencia sexual cometida por agentes del Estado o terceras personas cuando el Estado no ha actuado con la diligencia debida para prevenir o castigar el delito. Con ello se hace caso omiso a la naturaleza real de crimen de derecho internacional que reviste el delito de tortura tal y como ha sido reconocido en sendos avances de la jurisprudencia internacional¹⁰⁹ así como a la recepción de las cuestiones de género en materia de tortura.¹¹⁰

Pregunta 11. Sírvanse aclarar el motivo de la diferencia reflejada en las penas previstas para el delito de tortura en el artículo 174 del Código Penal. ¿Cuándo se considera grave el atentado y cuándo no?

El Código Penal establece una pena para el delito de tortura de prisión de dos a seis años en caso de atentado grave y de uno a tres años si no lo es. Así pues, el delito de tortura tiene una pena pareja a la de delitos de menor gravedad (así, el delito de estafa cuando se efectúa mediante cheque o pagaré para el que prevé una pena de entre uno o seis años).¹¹¹ El Título XXIV del Código Penal, donde se integra el delito de tortura, no especifica qué ha de entenderse por atentado grave. Las disposiciones relativas a los delitos de lesa humanidad tampoco especifican lo que se considera “tortura grave” (por lo demás, castigada con una pena de cuatro a ocho años de prisión).¹¹²

La parte general del Código Penal (Libro I “Disposiciones Generales sobre los Delitos y las Faltas, las Personas responsables, las Penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”)¹¹³ contiene en su Capítulo IV (artículo 22) las circunstancias que agravan la responsabilidad penal. Por la propia naturaleza del delito de tortura (el sujeto activo es una autoridad o funcionario público que abusa de su cargo) la mayor parte de las circunstancias agravantes –genéricas- previstas en el artículo 22 (2ª, 4ª, 6ª y 7ª) constituirían elementos específicos del delito de tortura.¹¹⁴

¹⁰⁹ Caso *Fiscal c. Jean Paul Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, (ICTR.96-4-T, Trial Chamber I), párs 597-8, Caso *Fiscal c. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998 del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (IT-95-17/1, Trial Chamber II), párs 182-4, Caso *Aydin v. Turquía*, sentencia de 25 de septiembre de 1997 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso nº 57/1996/676/866, pár. 83 a 86) y Caso 10.970, *Mejía v. Perú* de 10 de marzo de 1996, Informe final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos nº5/96, sección 3 (análisis), apartado (a). Asimismo, ver Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, E/CN.4/Sub.2/1998/18.

¹¹⁰ Ver: Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak Doc ONU A/HRC/7/3, de 15 de enero de 2008.

¹¹¹ Ver artículo 250.3 del Código Penal.

¹¹² Y de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

¹¹³ Que se aplica a los delitos de la parte especial (Libro II).

¹¹⁴ Artículo 22. “Son circunstancias agravantes: 1. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. 2. Ejecutar el hecho mediante disfraz, **con abuso de superioridad** o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que **debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente**. 3. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa. 4. **Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación** referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. 5. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. 6. **Obrar con abuso de confianza**. 7. **Prevalerse del carácter público que tenga el culpable**. 8. Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.”

Asimismo, el artículo 21 establece cuales son las circunstancias genéricas que atenúan la responsabilidad criminal. La 1ª contempla “[l]as causas expresadas en el Capítulo anterior (el relativo a las eximentes), cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.” De esta manera la circunstancia 7ª del tal artículo 20 establece que entre los que están exentos de responsabilidad criminal se encuentra “[e]l que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Destacamos que el artículo 616 bis del Código Penal (dentro del Título relativo a los ‘Delitos contra la Comunidad Internacional’) impide aplicar la eximente de responsabilidad penal de cumplimiento de un deber en los casos de genocidio y delitos de lesa humanidad. No existe una disposición similar en el título dedicado a la ‘Tortura y otros delitos contra la Integridad Moral’, por lo que se excluye de tal prohibición al delito de tortura –en tanto no alcance la categoría de delitos de lesa humanidad-, incluso por tanto cuando aquel revista el carácter de crimen de guerra.

Por otro lado el Código Penal sí castiga al jefe o superior por delitos de torturas cometidos por subordinados u otras personas, siempre que aquél “hubiera faltado a los deberes a su cargo”.¹¹⁵ Esta disposición encuentra su correspondencia en el artículo 615 bis, apartado 1, en lo que respecta a actos de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Pregunta 12. Sírvanse aclarar si la tentativa de cometer tortura y la complicidad o participación en la tortura también están sancionados en el derecho penal del Estado parte.

En España son punibles el delito consumado y la tentativa.¹¹⁶ También lo son la conspiración y la provocación para cometer un delito, aunque éstas sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley.¹¹⁷ Así, el artículo 615 del Código Penal castiga expresamente la provocación, conspiración y la proposición para la ejecución de actos de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. No existe una disposición similar en el título dedicado a la ‘Tortura y otros delitos contra la Integridad Moral’ por lo que en España no se sancionan ni la conspiración, provocación y la proposición para cometer actos de tortura - salvo cuando éstos constituyan delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.¹¹⁸

¹¹⁵ El artículo 176 establece que “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”.

¹¹⁶ Artículo 16 del Código Penal.

¹¹⁷ Artículo 17 “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. 3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.”

Artículo 18 “1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.”

¹¹⁸ Artículo 27 del Código Penal. Según el artículo 28, “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: 1. Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. 2. Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se

Artículos 5 y 7

Pregunta 13. Con respecto al párrafo 67 del informe del Estado parte, sírvanse informar al Comité sobre cualquier caso en que tribunales españoles hayan ejercido la jurisdicción universal por el delito de tortura.

El artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (LOPJ) recoge el principio de jurisdicción universal de la siguiente forma:

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a. Genocidio. b. Terrorismo. c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d. Falsificación de moneda extranjera. e. Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. i. Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”¹¹⁹

A pesar de que el delito de tortura no figura de forma expresa en el artículo 23.4, se encuentra amparado por la fórmula abierta de la letra i) ya que la Convención contra la Tortura obliga a los Estados a instituir su jurisdicción para investigar el delito de tortura y enjuiciar a los presuntos responsables. No obstante, el 19 de mayo de 2009, el Congreso aprobó una resolución instando al Gobierno a promover con urgencia la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ. Tan sólo un día después, se introdujo una enmienda que no sólo restringe, sino que deforma el espíritu de lo que es y representa la jurisdicción universal, aprovechando el trámite de enmiendas al proyecto de ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial y obviando el debido diálogo y debate parlamentario. El 7 de octubre el Senado aprobó la reforma de tal forma que solo podrá perseguirse a los presuntos criminales (i) si estos se encontraran físicamente en España; o, (ii) si las víctimas fueran españolas, o (iii) si existiera algún vínculo de conexión relevante con España; y (iv) en todo caso, siempre y cuando en otro país competente o ante un tribunal internacional no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de los hechos.

Es decir, los primeros tres requisitos en realidad quedan supeditados o subordinados a la acreditación de inactividad o de inexistencia de una investigación en otra jurisdicción. Ahora bien, la reforma no especifica con claridad cómo se acreditará tal extremo y tampoco que constituye una “persecución efectiva”.¹²⁰ De tal forma, se favorece la discrecionalidad (tanto del

habría efectuado.” El artículo 29 establece que “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.”

¹¹⁹ El listado de delitos para los que se prevé la jurisdicción universal se ha ampliado en los últimos años (por ejemplo, para la persecución del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, así como para la mutilación genital femenina). Ver Amnistía Internacional, España: Ejercer la Jurisdicción Universal para Acabar con la Impunidad. EUR 41/017/2008, 15 de octubre de 2005. Asimismo, la LOPJ contempla los criterios de jurisdicción extraterritorial siguientes: principio de personalidad activa (art. 23.2), y principio real o de protección de intereses nacionales (art. 23.3). A pesar de la LOPJ no contempla de forma expresa el principio de personalidad pasiva, los Tribunales españoles han recurrido al mismo. Ver, *op. cit.*

¹²⁰ Ver <http://www.es.amnesty.org/jurisdiccion-universal-espana/que-se-pretende-cambiar-con-la-reforma/>

Ministerio Fiscal como de los Tribunales) lo que creará una grave inseguridad jurídica para las víctimas de torturas, que además tendrán un trato diferente en función de la nacionalidad (pues las víctimas que no tengan nacionalidad española podrían ser denegadas acceso a justicia). Además, dado que tampoco se establecen “criterios para valorar la disposición de otro tribunal para llevar a cabo las investigaciones y, en su caso, el juicio” ni se exigen “garantías de un proceso justo y debido”¹²¹ la reforma abre espacios de impunidad y fraude de ley que, entre otras, contravendrían la Convención contra la Tortura.

Todos los procesos de jurisdicción universal en España, que tienen por objeto defender intereses de inapreciable valor para la sociedad, se han iniciado a instancia de parte y ello, a pesar de que el Ministerio Fiscal tiene la obligación de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público.¹²² La postura del Ministerio Fiscal en los casos de jurisdicción universal ha sido cambiante en los últimos diez años.¹²³ Difícilmente podrá el Ministerio Fiscal ejercer el rol de garante de los derechos de los ciudadanos -a obtener justicia y reparación- y a satisfacer los interés de la sociedad -que no queden impunes los responsables de delitos graves de derecho internacional- si no actúa de oficio y en sus actuaciones promueve interpretaciones restrictivas del principio de jurisdicción universal, solicitando el archivo de los procedimientos. Además, entre otros obstáculos al ejercicio efectivo de la jurisdicción universal, Amnistía Internacional ha identificado, entre otros, las interpretaciones restrictivas judiciales.¹²⁴

Además del paradigmático caso *Pinochet* y la primera y única sentencia condenatoria en el caso *Scilingo*, el resto de casos o bien han sido rechazados/archivados¹²⁵ o se encuentran aún en fase de instrucción¹²⁶:

Caso Guatemala. En el año 1999 se presentó querrela por delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal cometidos entre los 1978 y 1986 por los generales y mandatarios guatemaltecos Efraín Ríos Montt, Carlos Mejía Vítores, durante el conflicto armado sufrido por el país donde más de 250.000 víctimas perdieron la vida. El caso inicialmente se topó con/encontró la oposición/el rechazo tanto de fiscalía como de los jueces y

¹²¹ *Idem.*

¹²² Artículo 124 de la Constitución española.

¹²³ Por ejemplo, en el caso Guatemala, en el recurso ante el Tribunal Constitucional, el fiscal, todo lo contrario a lo que había informado con anterioridad, interesó la estimación del amparo por considerar inadmisibles la posibilidad de apertura del proceso a requisitos no previstos legalmente o exigidos de forma tan rigurosa que imposibilitasen o dificultasen la incoación y tramitación del proceso. Ver STC 237/2005, FJ 8°. Con posterioridad, la Fiscalía ha vuelto a mostrarse contrario a las querrelas en los casos “Tíbet” y “Falun Gong”. Otros casos contra los que se ha opuesto el Ministerio Fiscal son el “caso Atenco” y el caso Guantánamo.

¹²⁴ Como el criterio de necesidad (que exige a las víctimas la aportación de indicios serios y razonables de que los delitos no han sido perseguidos de modo efectivo en la jurisdicción territorial (caso Perú –Fujimori), criterio de subsidiariedad (el ejercicio de la jurisdicción por parte los Tribunales españoles es aquella que corresponde a los Tribunales del territorio donde se cometió el delito, que tendrían prioridad (caso Guatemala, Atenco), criterio de conexidad con intereses nacionales (que entraña en realidad el principio de personalidad pasiva no exigido por la LOPJ (caso Guatemala, Scilingo, Falun Gong), criterio de concurrencia (para establecer en realidad “una regla de prioridad” para no vulnerar el “ne bis in idem”) y el criterio de razonabilidad (una vez constatada la inactividad del Estado “territorial”, se ejercerá la jurisdicción universal sólo si no se aprecia abuso de derecho). Ver Amnistía Internacional. España: Ejercer la jurisdicción universal (...), op. cit, páginas 51 a 54. Para ver otros obstáculos a la jurisdicción universal, ver sección 6.

¹²⁵ Por ejemplo, ver <http://www.es.amnesty.org/temas/justicia-internacional/otros-casos-abiertos-en-espana/> Así, han sido rechazados el caso Perú, Colombia, Cuba (contra Fidel Castro) y Guinea Ecuatorial (contra Teodoro Obiang). Asimismo, ver Amnistía Internacional. España: *Ejercer la jurisdicción universal para acabar con la impunidad*, página 42

¹²⁶ Por ejemplo ver <http://www.es.amnesty.org/jurisdiccion-universal-espana/casos-tribunales-espanoles/> así como

tribunales hasta que en 2005, el Tribunal Constitucional mediante una sentencia [que marcó un antes y después] vino a reconocer de forma amplia el principio de jurisdicción universal, anulando las resoluciones de las instancias anteriores y ordenando a la Audiencia Nacional retomar la instrucción/investigación. En 2006, el Juez de Instrucción se desplazó a Guatemala para practicar allí ciertas pruebas, sin éxito. A su regreso a España, dictó órdenes de busca y captura internacional de Ríos Montt y otros siete imputados. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala dictó sentencia en 2007 desconociendo la competencia de los Tribunales españoles y denegando las extradiciones a España. Tal resolución no dejó más remedio al Juez instructor a hacer un llamamiento en 2008 a todas aquellas personas que tuviera información en relación con los hechos objeto de persecución penal en ejercicio de la jurisdicción universal, continuando así con la instrucción, lo que le sirvió una querrela criminal en Guatemala contra su persona. Hasta el momento, el Gobierno español no ha emitido ni una sola nota diplomática por la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ni ha adoptado ningún tipo de acción concreta para exigir a las autoridades guatemaltecas el cumplimiento del Tratado de Extradición que permitiría el enjuiciamiento de las violaciones por los Tribunales españoles.

Caso Tibet. El 28 de junio de 2005 se presentó la primera querrela por delitos de genocidio, torturas, terrorismo y delitos de lesa humanidad contra dirigentes del Partido Comunista Chino responsables de la brutal represión en Tíbet/contra el pueblo tibetano entre los años 80 y finales de los 90. Tanto el fiscal como el Juzgado Central de Instrucción, inicialmente se opusieron a la investigación de los hechos. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en 2006, aplicando la reciente [doctrina]/basándose en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala, acabó declarando la competencia de la jurisdicción española para conocer del caso. El juez instructor ha pedido información a los querellantes en relación a las torturas denunciadas y numerosas víctimas (torturados) han testificado ante el juez. En 2008, se presentaron por un lado ampliación de querrela por casos de torturas ocurridos en el período 1998-2003, así como nueva querrela por los hechos ocurridos en Tíbet en marzo de 2008 Ambas han sido admitidas a trámite. Los jueces españoles han enviado varias comisiones rogatorias a China con interrogatorios, que o bien no han obtenido respuesta por parte de las autoridades chinas o bien éstas han informado que no procederán a dar curso a la comisión solicitada.

Caso Falun Gong. Hay un total de cuatro querellas acumuladas y finalmente admitidas a trámite en la Audiencia Nacional contra 5 querellados (miembros del Partido Comunista Chino en el poder) cometidos en China desde el año 1990 por la persecución de millones de practicantes de la enseñanza religiosa Falun Gong. Las cuatro querellas fueron inicialmente inadmitidas a trámite a pesar de la absoluta inactividad y no efectividad de acciones en los Juzgados chinos. El Ministerio Fiscal se opuso a todas ellas. No fue hasta 2006, primero con una sentencia del Tribunal Supremo que vino a aplicar/se basó en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala, y con posterioridad el propio Tribunal Constitucional mediante sentencia de 22 de octubre de 2007, que vino a confirmar la competencia de los Tribunales españoles para conocer del caso. Desde 2007 se han practicado varias testificales por parte del juez instructor. Por el momento no hay todavía ninguna orden de arresto ni solicitud de extradición.

Caso Ruanda. La querrela fue inicialmente admitida a trámite en 2005 sólo para conocer e investigar las circunstancias en que se produjeron las muertes de 9 ciudadanos, seis religiosos y tres cooperantes asesinados entre 1994 y 2000 en Ruanda. En 2006, el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre la cuestión de la impunidad en Africa instando a la Unión Africana a cooperar en materia de justicia con las autoridades de otros continentes con el fin de luchar contra la impunidad. Tras la toma de declaraciones de 22 testigos y otras diligencias practicadas,

en 2008 el juez instructor dictó auto de procesamiento contra 40 altos cargos del Frente Patriótico Ruandés (FPR) por la comisión de delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y terrorismo a lo largo de los años 90 hasta 2002 en Ruanda y RD Congo, librándose las oportunas órdenes internacionales de busca y captura e ingreso en prisión. La Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados aprobó el 26 de noviembre de 2008 una proposición no de Ley instando al Gobierno español a activar los mecanismos internacionales para la entrega de los 40 altos cargos rwandeses presuntos responsables de crímenes internacionales ante la justicia española. Ese mismo año, se denunció que cinco de los procesados están trabajando para la ONU en Sudán y Nepal. Hasta el momento, el Gobierno español no ha adoptado ningún tipo de acción concreta al respecto.

Caso Sahara. En fecha 14 de septiembre de 2006 se presentó querrela contra 13 personas (gobernantes, militares y otras autoridades marroquíes responsables del mantenimiento del orden en el territorio del Sahara Occidental) por un delito de genocidio, en concurso con asesinatos, lesiones y torturas, contra personas saharauis entre 1976 y 1988. El 29 de octubre de 2007, fue admitida a trámite, librándose Comisión Rogatoria a las autoridades judiciales del Reino de Marruecos acerca de si los hechos que se recogían en la querrela fueron o están siendo investigados y cuál fue el resultado de la investigación. Desde ese momento se han practicado diferentes declaraciones testificales de víctimas denunciando de los hechos, principalmente de torturas. El procedimiento sigue su curso y, en estos momentos, se está pendiente de que Argelia conteste a la petición de comisión rogatoria interesada por el Juzgado con el fin de ir a tomar declaraciones a diferentes testigos-víctimas que en la actualidad viven en Tinduf.

Caso Atenco. El 25 de enero de 2008 la ciudadana española Cristina Valls presentó ante la Audiencia Nacional la primera querrela basada en un crimen de género (en este caso, la violación como tortura) por los hechos que sufrió en mayo de 2006 durante la represión de las revueltas en San Salvador Atenco, México. La fiscalía solicitó la inadmisión de la querrela. El Juzgado Central de Instrucción tras recibir 3 folios de las autoridades mexicanas informando que se encuentran abiertas causas tanto ante el Procurador General de la República como ante la Fiscal Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres, sin nombrar las personas que estaban siendo investigadas, los delitos por los que se estaba investigando, y tampoco sobre la existencia de alguna investigación por lo ocurrido a la española Cristina Valls, decidió inadmitir la querrela en julio de 2008, dando por bueno el oficio remitido por las autoridades mexicanas y considerando por tanto que ha quedado suficientemente demostrada la actividad efectiva del Estado territorial. El caso está pendiente ante el Tribunal Constitucional. Los hechos siguen estando impunes en México.

Caso campos de concentración nazis. El 19 de junio de 2008 se presentó querrela en representación de varios sobrevivientes y familiares de víctimas españolas por delitos de lesa humanidad, incluidos asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, tortura y otros actos inhumanos contra cuatro ex SS Totenkopf que actuaron en campos de concentración nacionalsocialistas en Austria y Alemania. El Fiscal informó favorablemente al considerar acreditado que por los tres campos (Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg). pasaron, al menos, 7.000 republicanos y que estos prisioneros “fueron sometidos a programas de exterminio diseñados por el sistema nacionalsocialista”. Entre los querrelados figuran Johann Leprich, Anton Titjung, Josias Kumpf e Iwan (John) Demjanjuk, que presuntamente fueron miembros del Batallón de la Calavera (Totenkopf-Sturmbann). Todos ellos se encuentra en Estados Unidos, donde entraron ilegalmente. Demjanjuk ha sido recientemente extraditado a Alemania donde será juzgado. La Audiencia Nacional admitió a trámite la querrela en julio de 2008 (basándose igualmente en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Guatemala y

considerando que “*el Código Penal vigente puede aplicarse retrospectivamente a conductas anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional*”), declarando la competencia de los Tribunales españoles para conocer del caso. En 2009, han prestado declaración testifical ante el Juez Instructor varias víctimas. El 17 de septiembre de 2009 el juez instructor dictó auto de procesamiento de tres ex guardias de las SS - Johann Leprich, Anton Tittjung, Josias Kumpf-, así como ordenando su prisión provisional y cursando una orden europea de detención.

Caso Guantánamo. El 17 de marzo de 2009 se presentó querrela criminal por delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, “así como cualquier otro delito que aparezca en el transcurso de la investigación de los hechos que se denuncian”, contra el anterior Fiscal General de Estados Unidos, Alberto Gonzáles y otros 5 asesores jurídicos de la administración Bush por elaborar un cuerpo de derecho que permitió practicar y amparar actos de tortura así como hizo posible el limbo jurídico de Guantánamo. Los querellantes entendieron que el Juzgado que debía de conocer era el Juzgado Central de Instrucción nº 5 por antecedentes por los que conoció previamente parte de los hechos expuestos en la querrela (la instrucción que resultó de la denominada “operación dátil” iniciada en 2001 y que culminó con el procesamiento de Osama Bin Laden y otros 34 miembros de Al Qaeda por utilizar a España como “lugar o base para el descanso, la preparación, el adoctrinamiento, el apoyo y la financiación” del grupo terrorista). Fiscalía rechazó la admisión a trámite (sin tan siquiera plantear la posibilidad de estudiar si existía o no un procedimiento previo en Estados Unidos) y resolvió que debería devolverse al Decanato “para que en estricto cumplimiento de las normas de reparto acuerde su envío al Juzgado Central nº 2 (encargado de investigar los Vuelos de la CIA) como único órgano judicial competente, al objeto de que proceda a su inadmisión a trámite”. El Juez Instructor turnó la querrela a reparto que fue remitida al Juzgado nº 6, el cual, previo a acordar sobre la admisión o inadmisión a trámite de la querrela, mediante auto de 4 de mayo de 2009 dirigió Comisión Rogatoria Internacional Estados Unidos a fin de que informen si los hechos denunciados están siendo investigados o perseguidos en Estados Unidos.

Por otro lado, en abril de 2009, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dictó auto incoando diligencias previas por presuntos delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, en relación con el IV Convenio de Ginebra y la Convención contra la Tortura contra los posibles autores materiales e inductores, cooperadores necesarios y cómplices, en virtud de las denuncias Hamed Abderraman Ahmed, Lahcen Ikassrien, Jamiel Abdulatif Al Banna y Omar Deghaye de que “habían sufrido la práctica de diferentes actos de agresiones físicas o psíquicas sobre sus personas durante el tiempo de sus detenciones en diferentes países, siempre bajo la autoridad de personal del ejército norteamericano”. También solicitó al Juzgado nº 2 si estaba investigando eventuales torturas o malos tratos que los citados individuos hubieran podido sufrir y, en su caso, si tiene interés en plantear cuestión de competencia, cosa que no ha ocurrido.

Caso Birmania. El 18 de septiembre de 2009 se interpuso querrela por crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crimen de tortura y terrorismo, ejerciendo la acción popular, contra destacados miembros de la Junta Militar Birmana. Por el momento el Ministerio Fiscal todavía no ha informado a favor de admitir o archivar la querrela, y por tanto, el juez instructor tampoco ha resuelto la admisión –o inadmisión- a trámite de la misma.

Pregunta 14. Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité contra la Tortura se preocupan por la aplicación de la ley de amnistía de 1977, El Comité nota que en consideración al reconocimiento de la prohibición jus cogens de la tortura, el

procesamiento de actos de tortura no debería estar sujeto a prescripción ni a la doctrina de nullum crimen sine lege. Considera el Estado parte que la ley de amnistía de 1977 entra en conflicto con sus obligaciones bajo el artículo 5 en el sentido de establecer jurisdicción sobre el crimen de tortura, y enjuiciar o extraditar individuos acusados de infligir actos de tortura? Cuáles son las políticas del Estado parte en cuanto a la persecución de los actos de tortura a los cuales se aplicaría la ley de amnistía?

La Constitución española garantiza el principio de legalidad y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.¹²⁷ En igual sentido se expresa el artículo 2 del Código Penal. En España, el debate sobre la interpretación del principio de legalidad no está aún definitivamente resuelto. En el caso *Scilingo*, el Tribunal Supremo declaró que los hechos que le eran imputados no eran constitutivos de un delito de lesa humanidad, por no estar previsto el mismo en el Código Penal español al tiempo de su comisión.¹²⁸ Por el contrario en el caso del campo de concentración de *Mauthausen* el juez de instrucción, en el auto de admisión a trámite, y reproduciendo la tesis del Fiscal consideró que,

“el CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en esa época, aunque aún no hubieran sido tipificadas en el CP español (...) El crimen de lesa humanidad (prohibida por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal”.¹²⁹

Los Tribunales de justicia españoles se muestran reacios a la aplicación directa del derecho internacional, en tanto no se encuentre éste materialmente incorporado al derecho interno mediante una ley. Los tribunales acuden a las normas de derecho internacional sólo como una fuente de interpretación del derecho interno. Esta resistencia se encuentra, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*.¹³⁰

En la práctica, los Tribunales españoles han considerado de manera reiterada que las amnistías, así como cualquier otra medida análoga, concedidas por terceros Estados para crímenes de derecho internacional, no son vinculantes y por tanto carecen de validez en España.¹³¹

El 14 de diciembre de 2006, organizaciones de familiares de víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo presentaron ante la Audiencia Nacional denuncias respecto de hechos presuntamente constitutivos de crímenes contra la humanidad “sin que hasta la fecha pudieran conocer la suerte que corrieron sus seres queridos y el paradero de sus restos”. Con fecha 29 de enero de 2008, el Fiscal informó en contra de la admisión a trámite, sosteniendo, por ejemplo, que la condición de imprescriptibilidad no se aplica a los hechos denunciados, en razón de que éstos solo pueden ser calificados como delitos comunes de acuerdo a los tipos penales contemplados en el Código Penal de la época y, en la medida que la ley penal no puede ser de aplicación retroactiva así como la aplicación de los artículos 1 y 2 de

¹²⁷ Artículo 9.3 en relación con el artículo 25.2 de la Constitución española.

¹²⁸ Tribunal Supremo, sentencia número 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

¹²⁹ Juzgado Central de Instrucción N°2, Diligencias Previas 211/09 L, auto de 17 de julio de 2008, Hechos, 2°.

¹³⁰ Tribunal Supremo, sentencia n° 798/2007, de 1 de octubre, fundamento jurídico 6°.

¹³¹ Ver por ejemplo, Juzgado Central de Instrucción No.5, auto de 25 de marzo de 1998, confirmando la jurisdicción española, FJ° 15 .

la Ley 46/ 1977 de Amnistía por tratarse de delitos comunes.

Mediante auto de 16 de octubre de 2008, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dispuso asumir la competencia para investigar presuntos delitos de desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero¹³², torturas, y el exilio forzados, entre otros, constitutivos de crímenes contra la humanidad. El 20 de octubre el Fiscal formuló recurso de apelación argumentando la irretroactividad de la ley penal,¹³³ la prescripción de los delitos¹³⁴ y la aplicación de la ley de amnistía para solicitar su archivo, es decir, la no apertura del proceso.¹³⁵

E Ministerio Fiscal, en su función de defensa de la legalidad, está llamado a conocer y aplicar la legalidad internacional que forma parte del ordenamiento jurídico español. No ha sido éste el proceder seguido por el Ministerio Fiscal en el proceso abierto por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 (diligencias previas 399/2006, transformadas en sumario 53/08), sino más bien el contrario ya que, como se ha dicho anteriormente, en sus informes el Ministerio Fiscal se opuso sistemáticamente al ejercicio de la jurisdicción española tendente a la investigación de los graves delitos de derecho internacional denunciados bajo argumentos, todos ellos, destinados a poner fin a la investigación iniciada.¹³⁶

Es más, al obviar el cauce de los recursos ordinarios establecidos en la ley, y plantear el incidente de competencia ante la Sala de lo Penal, solicitando que se declarase la incompetencia del juzgado de instrucción con nulidad del auto de 16 de octubre de 2008 por la vía del cauce extraordinario del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y al asumir el Pleno de la Sala dicho cauce) se buscaba excluir que la Sala de lo Penal se pronunciara –como así reconoció el propio Pleno en su auto- sobre “las materias relativas a la prescripción, a la ley de amnistía o el examen de si los hechos sobre los que se pretende investigar están indiciariamente acreditados, de personas presuntamente responsables de ellos”.¹³⁷

¹³² El delito de desaparición forzada de personas no se encuentra tipificado como tal en el Código Penal español. Ver artículo 166.

¹³³ “La calificación jurídica de los hechos denunciados como crímenes de lesa humanidad no es aplicable al caso, ya que el cuerpo normativo escrito y consuetudinario que conforma la legalidad penal internacional no existía al tiempo de la comisión de los hechos, y además semejante calificación jurídica no puede aplicarse retroactivamente como indica la STS de 1-10-2007. En caso contrario, se produciría una manifiesta vulneración de la legalidad penal en toda su dimensión, porque la comisión de los hechos es incluso anterior a la tipificación de tales delitos en el Derecho penal internacional, tanto consuetudinario como convencional.”

¹³⁴ “Cualquiera que sea la legislación penal aplicable –Código Penal de la 2ª República (art. 116) o Código Penal vigente (art.131)- la prescripción de las conductas delictivas denunciadas –excluida por las razones antes mencionadas la calificación jurídica de crimen de lesa humanidad, únicas infracciones penales sujetas a la regla de la imprescriptibilidad- y la consecuente extinción de cualquier responsabilidad criminal son incuestionables al haber transcurrido sobradamente los plazos previstos por las legislaciones penales anteriormente citadas desde las fechas de comisión de los hechos denunciados”.

¹³⁵ Para ver la cronología de las actuaciones judiciales, ver Amnistía Internacional. España: “La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el franquismo”. Noviembre de 2008 (el 16 de octubre de 2008, el JCI nº 5 acordó tramitar la denuncia formulada por las víctimas el 14 de diciembre de 2006; el 20 de octubre de 2008, el Ministerio Fiscal formula recurso de apelación directamente ante la Sala de lo Penal; el 21 de octubre de 2008, el Ministerio Fiscal plantea incidente de competencia ante el Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; el 18 de noviembre de 2008, el JCI nº 5 se inhibió a favor de los Juzgados territoriales de aquellas provincias en las que autorizó la apertura de fosas solicitadas por las víctimas y el 28 de noviembre de 2008, el Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional declara la incompetencia de la Audiencia Nacional.

¹³⁶ Lydia Vicente, “La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la Guerra Civil y el Franquismo”. Coloquio Internacional sobre la Memoria Histórica: Se puede juzgar la historia? Madrid, 27 y 28 de marzo de 2009. Asimismo, Amnistía Internacional. España: La obligación de investigar los crímenes del pasado (...), *op. cit.*

¹³⁷ Razonamiento jurídico 0.

Por otro lado el auto de la Sala de lo Penal de 28 de noviembre de 2008 incurre en una serie de incongruencias. Según la Sala, si bien su resolución no pretendía “prejujgar el carácter delictivo o no de los hechos denunciados”, lo cierto es que para declarar la incompetencia del juez instructor necesariamente abordó cuestiones que son de fondo, como la calificación jurídica.¹³⁸ Una vez que la Sala entró en cuestiones de fondo –y a pesar de no ser el procedimiento adecuado y oportuno- el caso es que tuvo inmejorable oportunidad para haberse pronunciado respecto de los temas controvertidos aducidos por el Ministerio Fiscal. Al evitar pronunciarse sobre los mismos, se ha puesto de relieve la incomodidad para el propio Tribunal de tener que aclarar si pueden o no aplicarse tales mecanismos de impunidad.¹³⁹

En lo que respecta a la aplicación de la Ley de Amnistía, el Fiscal sostuvo que,

“La doctrina jurídica sentada por el Tribunal Supremo en el único caso que ha llegado a dicha Sala sobre posible aplicación de los delitos de genocidio y/o lesa humanidad –STS de 1-10-2007, caso Scilingo- descartando esa calificación jurídica, permite la aplicación al caso sin reservas de la Ley 46/1977 de 15 de octubre, reguladora de la Amnistía. (...) En consecuencia, todas las infracciones penales que se denuncian se incluyen sin excepción bajo la cobertura de la Ley de Amnistía. Este mecanismo de extinción de la responsabilidad criminal es aplicable igualmente a los casos de detención ilegal con desaparición, erróneamente considerados por el Instructor como delitos permanentes mientras no sea hallado el cuerpo. (...) además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la Constitución Española, la norma tuvo plena efectividad y vigencia jurídica hasta ese momento, con aplicación a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia y que no habían producido efectos jurídicos en el momento de su entrada en vigor.”

Cabe señalar que en octubre de 2008, el Comité de Derechos Humanos al examinar el quinto informe periódico de España, abordó la cuestión de los derechos de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo y requirió al Estado español una respuesta ajustada al derecho internacional. El Comité señaló a la atención de España su observación general nº 20, según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y concluyó que España debe “considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977”.¹⁴⁰

La respuesta del Gobierno español al Comité fue la siguiente,

“El Estado español también quisiera resaltar que el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley”.¹⁴¹

¹³⁸ Ver Lydia Vicente, “La obligación de investigar (...)”, *op. cit.*

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5, de 27 de octubre de 2008, párrafo 9.

¹⁴¹ Doc. ONU CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 13 de enero de 2009.

Así pues, desconoce que la Ley de Amnistía infringe normas internacionales vinculantes para el Estado español tanto en el momento de promulgarse, como en la actualidad.

Cabe recordar que el Plan de Derechos Humanos aprobado en diciembre de 2008 por el Consejo de Ministros contempla medidas de desarrollo de la Ley de Memoria Histórica, si bien no articula ningún tipo de asistencia en el contexto judicial para las víctimas de la guerra civil y el franquismo. Y ello, a pesar de que, por ejemplo, el Plan sí prevé el reforzamiento del estatus de la víctima del terrorismo en el proceso penal para lo cual se compromete a promover la “consolidación de los programas de acompañamiento judicial” y que uno de los ejes prioritarios que, se dice, estaría presente en todo el Plan es “el principio de igualdad y no discriminación de las personas”.

El 26 de mayo de 2009, el Tribunal Supremo admitió a trámite una querrela del sindicato Manos Limpias presentada el 26 de enero de 2009 contra el Juez Baltasar Garzón por prevaricación en la se afirmaba que las resoluciones del juez Garzón en el caso de los desaparecidos del Franquismo son “manifiestamente injustas” acusando al juez de incurrir en un “fraude de ley” al

“eludir por un lado las normas de prescripción de delitos, irretroactividad de la norma penal y por otro lado aplicar otras normas no precedentes como convenios internacionales y delitos de detención ilegal permanente y contra la forma de gobierno”.

La asociación denunciaba así la “ilegalidad” del proceso por **no haber**

“respetado la Ley de Amnistía de 1977, que fuera establecida por las mismas Cortes Constituyentes que elaboraron la Constitución, y que supuso el perdón a todas las personas implicadas en posibles delitos en la Guerra Civil y posteriormente”.

El Ministerio Fiscal solicitó el 13 de febrero de 2009 el archivo de las actuaciones por no apreciar indicios de delito.

En este sentido la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) en un comunicad de prensa publicado el 7 de septiembre de 2009 -dos días antes de que el Juez Baltasar Garzón fuera citado por el Tribunal Supremo para declarar como imputado- ha mostrado su preocupación por el intento de “interferir en el procedimiento judicial” que en este caso es “de particular preocupación puesto que concierne una investigación por crímenes contra la humanidad, por los que España tiene el deber internacional de investigar y perseguir judicialmente”. Asimismo, la CIJ ha tenido que recordar que “las investigaciones penales de jueces por actos enmarcados dentro de sus funciones profesionales constituyen una interferencia injustificada e inapropiada con la independencia de los procedimientos judiciales contraria al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Principios, 4, 17, y 18 de los Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura”.

Pero es más, dos juzgados territoriales a favor de los cuales se inhibió el Juzgado Central de Instrucción nº 5 no han aceptado dicha inhibición, entendiendo que debería ser la Audiencia Nacional competente para investigar. Uno de ellos, en la provincia de Granada, no permitió la personación de ninguna de las partes, salvo del Ministerio Fiscal, y ha continuado con su hermetismo aún después de declarar su incompetencia y remitir su

resolución a la Audiencia Nacional. El otro, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Lorenzo de El Escorial, provincia de Madrid, mediante auto de 2 julio de 2009 acordó no aceptar la inhibición.¹⁴² En dicho auto, el Juez, dejando claro que

“sin que tenga cabida pronunciamiento relativo a (...) la razón o razones que, según se alega en las resoluciones remitidas, han impedido la instrucción de los hechos durante el período anterior a la entrada en vigor de nuestra Constitución; sobre el respeto en la instrucción del principio de legalidad; (...) el carácter permanente de las figuras delictivas instruidas y, en su caso, la prescripción o no de aquellas; (...) sobre la aplicación de la Ley de Amnistía (...)”

acepta la calificación de los hechos realizada por el Juzgado Central de Instrucción (a saber, detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima en el marco o contexto de crímenes contra la humanidad por la desaparición forzada de personas, en conexión con delitos contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno) para justificar la incompetencia del Juzgado de Instrucción de El Escorial.¹⁴³ Asimismo, afirma que si bien el artículo 23.4 de la LOPJ no establece de forma expresa la jurisdicción española para perseguir estos delitos en España “debemos de considerar que tal delito también es perseguible en España y por la Audiencia Nacional en fase de enjuiciamiento (...)”. Finalmente establece que

“todos los actos delictivos (detenciones, secuestros, asesinatos, torturas) estaban encuadrados y dirigidos para el mismo fin, es decir, para subvenir el orden constitucional y el poder legítimamente constituido, por lo que no se puede admitir una competencia para instruir de forma sesgada unas concretas detenciones ilegales sin dar razón del paradero ocurridas en el partido judicial de San Lorenzo de El Escorial, independiente del resto de hechos delictivos cometidos a nivel nacional (...)”¹⁴⁴

El Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional elevó, por tanto, al Tribunal Supremo cuestión de competencia, que hasta el momento no ha sido resuelta.

Artículo 11.

Pregunta 21. Doctrina Parot.

El Gobierno en sus “Respuestas al Cuestionario del CAT para el Quinto Informe Periódico de España (CAT/C/ESP/5)” publicadas el 7 de septiembre de 2009, recuerda que la Constitución atribuye a la pena como orientación esencial de reinserción – rehabilitación (artículo 25.2), aunque igualmente en su respuesta que la pena tiene otras finalidades que deben tomarse en consideración. No obstante, ¿no es cierto que el hecho, obvio, de que la aplicación de la nueva doctrina se traducirá en más tiempo de cumplimiento efectivo puede perjudicar la finalidad esencial que la propia Constitución le atribuye a las penas?. Además, la ley prevé unos límites

¹⁴² La Fiscalía por el contrario el 19 de junio de 2009 informaba a favor de aceptar la inhibición cursada por el JCI 5 en virtud del auto de 26 de diciembre de 2008.

¹⁴³ Es más, dice el Juez instructor que entiende que el Ministerio Fiscal también la aceptó a pesar de lo declarado en su informe de 19 de junio de 2009 porque sino “**debería haber expuesto cual entendía que era la que procedía a fin de justificar la competencia de uno u otro Juzgado**”. Razonamiento Jurídico 3º.

¹⁴⁴ Razonamiento Jurídico 5º.

máximos de cumplimiento, por lo que, con relación a ello ¿qué sucederá cuando, por el cumplimiento sucesivo de las penas -aplicando a cada una, sucesivamente, los beneficios penitenciarios, se pueda llegar al límite sin haber cumplido todas? ¿Hasta donde se puede extender el cumplimiento efectivo en ese caso? Tampoco ha dado respuesta el Gobierno a la incidencia que la doctrina *Parot* tiene sobre la libertad condicional. Puesto que el cumplimiento pasa a ser sucesivo ¿cuando podrá el penado pasar a disfrutar de ese beneficio si no se va a tener en cuenta a esos efectos el límite máximo de cumplimiento?

Asimismo, en la Memoria del Ministerio Fiscal presentada el 21 de septiembre de 2009 se afirma que en cuanto al cumplimiento de las penas, no se ha aprobado ninguna redención extraordinaria a penados por delitos de terrorismo y que muy al contrario se ha aplicado la llamada “doctrina *Parot*” a 12 presos etarras cuya salida de la cárcel se ha retrasado “considerablemente”.¹⁴⁵ Lo cierto es que dicha Doctrina se aplica de forma automatizada e indiscriminada a cualquier penado que hubiera cometido más de un delito de terrorismo (aunque igualmente se aplica a otros delitos, muy específicamente, a casos de violación). Es decir se aplicará por igual a quien causó la muerte de dos personas que de 50, o a quien hubiera sido condenado por dos delitos de tentativa sin resultado de muerte o lesiones.

Pregunta 29. Derecho a la indemnización. Procedimientos penales y/o civiles.

En la respuesta del Gobierno de 7 de septiembre de 2009 no se aclara si la posibilidad de reparación (caso de responsabilidad disciplinaria, que no penal) cuando se dice que la vía posible para ello iría por “un procedimiento distinto” ¿se está refiriendo exclusivamente al cauce civil (a instancias de la víctima) o existe otro cauce? Tampoco se aclara si es posible (fuera de los supuestos de responsabilidad penal del autor), y por qué vía, pedir la responsabilidad subsidiaria del Estado cuando el autor sea funcionario público.

Artículo 16

Pregunta 31. Trata de seres humanos y de explotación sexual con fines.

El delito de trata de seres humanos no está tipificado como tal en el Código Penal. El artículo 318 bis del Código Penal confiere el mismo tratamiento penal a la “trata” de seres humanos que al “tráfico” de inmigrantes. Sin embargo, las conductas previstas en los artículos 318 bis, apartado 2º (tráfico ilegal con fines de explotación sexual) y 313.1 del Código Penal (favorecer la inmigración clandestina) en modo alguno pueden equipararse a una definición del delito de trata coherente y que responda a las exigencias del derecho internacional.

Hay que tener en cuenta que el artículo 59 de la Ley 4/2000, establece que,

“El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar **exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o**

¹⁴⁵ <http://www.fiscal.es/fiscal/public> (documentos> Memorias> 2009)

coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.”

Tratar a una víctima como tal, sólo y únicamente si coopera es inadmisibile. Las víctimas deberían ser otorgadas la mayor protección posible con independencia del nivel o grado de colaboración con las policía o la fiscalía. Según el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas,

“La protección y la asistencia no estarán subordinadas a que las víctimas de la trata de personas puedan o quieran cooperar en un procedimiento judicial”.¹⁴⁶

Por tanto, la actual regulación a todas luces, no supone una “efectiva protección” de las víctimas.

Con frecuencia, como sucede en España, se confunden los términos de “trata” y “tráfico” de personas. Y si bien es cierto que ambos delitos se encuentran íntimamente ligados,¹⁴⁷ hay que distinguir claramente “trata” (“*trafficking in persons*”)¹⁴⁸ de lo que es el “tráfico ilícito de migrantes” (“*smuggling of aliens*” o “*illegal migrant smuggling*”).¹⁴⁹

Parece que finalmente el Informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal ha entendido la diferencia entre ambos delitos. Así, la Exposición de Motivos declara que,

“El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos”.

No obstante, no se trata de una cuestión resuelta ya que el desconocimiento o falta de entendimiento de lo que es el delito de trata –como crimen de derecho internacional- sigue patente a la luz de lo expresado por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal. Así, resulta preocupante lo declarado por el órgano de gobierno del poder judicial español,

¹⁴⁶ Principio 8. Documento ONU E/2002/68/Add.1, de 20 de mayo de 2002.

¹⁴⁷ Ver por ejemplo, <http://www.noalatrata.org/> Otro elemento que podría haber favorecido la confusión entre ambos delitos es que el sujeto activo (el autor) suele ser un grupo delictivo organizado a nivel transnacional, esto unido a la naturaleza transfronteriza que comparten tanto la trata como el tráfico de personas. No obstante, si bien la trata de personas también puede ocurrir en el ámbito doméstico, el tráfico ilegal es siempre internacional (se requiere de la entrada ilegal a un país del cual una persona ni es nacional ni residente).

¹⁴⁸ Se encuentra definido en el artículo 3(a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 12 de diciembre de 2000. Son tres los elementos esenciales del delito de trata de personas según el Protocolo: la explotación (*dolus specialis*), el engaño y el traslado (como *actus reus*).

¹⁴⁹ Se encuentra definido en el artículo 3(a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000.



Asociación Pro Derechos Humanos de España

“[p]ara justificar la mayor gravedad del delito de trata de personas conviene reforzar en este tipo la necesaria vinculación de las conductas típicas con el tráfico de personas, pues es éste el que atribuye un juicio de desvalor muy específico a las conductas”, o que “el propio concepto de trata incluido en el tipo penal implica el tráfico” e incluso que “será muy difícil distinguir el delito de trata de personas del antes referido delito de prostitución del artículo 188.1, cuando, por ejemplo, se capte a una persona para prostituirla, pues éste exige los mismos medios comisivos previstos en el delito de trata”.¹⁵⁰

El Informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal por tanto introduce un nuevo Título VII bis denominado “De la Trata de seres humanos” donde tipifica en el nuevo artículo 177 bis el delito de trata. Se observa que la ubicación de este delito en el Código Penal lo es en la parte de los delitos ordinarios o comunes, a pesar de que la trata, en cuanto que es una de las formas contemporáneas de esclavitud, forma parte de la categoría de los delitos de derecho internacional.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ver CGPJ, Informe al Anteproyecto (...), *op. cit.*, páginas 91 y 92.

¹⁵¹ Ver Amnistía Internacional. España: Recomendaciones preliminares (...), *op. cit.*, páginas 51 a57.