



ESPAÑA:
ADDENDA EN ATENCIÓN A LA LISTA DE CUESTIONES
FORMULADAS POR EL COMITÉ EN RELACIÓN CON EL
INFORME PRESENTADO POR ESPAÑA EN VIRTUD DEL
ARTÍCULO 29.1 (CED/C/ESP/Q/1)

INTRODUCCIÓN

Tal y como avanzamos en nuestro informe del pasado mes de marzo¹, tras la publicación de la **lista de cuestiones en relación con el informe presentado por España** en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención (CED/C/ESP/1)², **Rights International Spain (RIS)** y la **Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)** presentan el siguiente documento en el que se incluye información adicional y actualizada en relación con las concretas cuestiones formuladas por el Comité a España.

Para su elaboración se han tenido también presentes las **observaciones preliminares del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias al término de su visita a España el 30 de septiembre de 2013³ (GTDFI)**, no sólo por su evidente importancia general, sino también y muy especialmente por la *“estrecha y coordinada cooperación”* que el Grupo debe llevar y lleva a cabo con el Comité, en las propias palabras de este último⁴.

De otro lado, en este documento no se incorporan referencias adicionales respecto a los aspectos o cuestiones formuladas por el Comité que ya abordamos con anterioridad y/o sobre las que a nuestro juicio, el Comité ya tiene información suficiente y actualizada.

En lo que sigue, la estructura de este documento responde pues a los apartados-cuestiones seleccionadas de la Lista enviada por el Comité a España.

Deseamos hacer constar, finalmente, nuestro agradecimiento al Comité y a su secretaría, por la oportunidad de presentar estas Addenda a nuestro informe preliminar.

¹ http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/Session5/RIS_AEPDIDH_Spain.pdf.

² http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/Session5/CED-C-ESP-Q-1_sp.pdf.

³ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe del Comité contra la Desaparición Forzada. Primer período de sesiones (8 a 11 de noviembre de 2011). Segundo período de sesiones (26 a 30 de marzo de 2012)”, Documento de las Naciones Unidas: A/67/56, 2012, pp. 1 y 5. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/AnnualReports.aspx>.

I. INFORMACIÓN GENERAL. PÁRRAFO 2-DENUNCIAS RELATIVAS A CASOS DE DESAPARICIÓN FORZADA.

El Comité consulta a España en el párrafo 2 lo siguiente: *“Sírvanse informar si recientemente hubo denuncias relativas a casos de desaparición forzada y, de ser el caso, sírvanse proporcionar información acerca de cómo se llevaron adelante las investigaciones y de sus resultados. Asimismo, y si los hubiere, sírvanse proporcionar ejemplos de jurisprudencia en la que se hayan invocado las disposiciones de la Convención”*. Sobre este particular, el Comité ya ha recibido amplia información por parte de la sociedad civil sobre el modo en que en España se han llevado *“adelante las investigaciones”* y *“de sus resultados”* respecto a la práctica totalidad de denuncias relativas a casos de desaparición forzada que comenzaron en la Guerra Civil y el franquismo: **antes y después de la entrada en vigor de la Convención.**

A los efectos de suministrar información adicional actualizada, valga señalar dos decisiones recientes suficientemente ilustrativas: los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2013 (D.P. 1116/2012)⁵ y de 18 de septiembre de 2013 (D.P. 427/09)⁶. En cuanto al primero, contiene lo que puede entenderse como la **doctrina general** seguida en lo más cercano por los tribunales españoles **para justificar el archivo de plano de cualquier denuncia en estas causas, o como es el caso, desestimar los recursos subsiguientes:**

“... es preciso referirnos al caso concreto y a la Jurisdicción Penal, y así el al auto del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 2012, que también recoge la Juez a quo, señala:

*A) Que el principio de legalidad y el de **interdicción de la retroactividad** de las normas sancionadoras no favorables (art. 9,3 CE), prohíben la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras a los hechos anteriores a su vigencia, impiden operar con la categoría “delitos contra la humanidad” para denotar jurídicamente y tratar procesalmente las acciones criminales de las que fueron víctimas las personas a las que se refieren las denuncias que motivan las actuaciones de referencia.*

*B) Que, consecuentemente por la fecha de iniciación de tales causas, las acciones criminales sobre las que versan deben considerarse **prescritas**, a tenor de lo previsto en los arts. 131 y 132 C. Penal. Es así, debido, de una parte, a **que el delito de detención ilegal de carácter permanente sin dar razón del paradero de la víctima**, presente en el Código Penal de 1928, desapareció en el de 1932, para ser reincorporado al de 1944, de*

⁵ Disponible en

https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxiYUV3TXFzZUJLWFE/edit?usp=sharing.

⁶ Disponible en:

https://docs.google.com/file/d/1ii0YccCPsZoYXOTEZBMGFO3oM11YM_82xzSRSwLzrBzSUbYO4fGkae3P_Epp/edit?usp=sharing.

*modo que no estuvo vigente durante la mayor parte del tiempo en que tuvieron lugar las acciones que se trataría de perseguir. De otra, porque, como se dice en la STS 101/2012, **el argumento de la permanencia del delito fundado en la hipotética subsistencia actual de situaciones de detención producidas en torno al año 1936, carece de plausibilidad.** Y, en fin, porque, aun admitiendo razonablemente -según también allí se dice- que, por la imposibilidad para los familiares de los afectados de instar la persecución de esos delitos durante la dictadura, hubiera que posponer el inicio del cómputo de la prescripción a la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, incluso en este supuesto, el plazo de 20 años, habría transcurrido en todo caso.*

*C) Que la **Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía** -por lo razonado en la STS 101/2012, que la considera confirmada recientemente en su contenido esencial por el acuerdo del Congreso de los Diputados de 19 de julio de 2011, que rechazó la proposición de ley dirigida a modificarla-forma parte del ordenamiento vigente. Por ello, porque a tenor de lo que dispone su art. 6, la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de penas impuestas o que se pudieran imponerse; y porque, conforme a su art.9, será aplicable cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso, **no podría dejar de proyectar sus efectos sobre los hechos a que se refieren las denuncias que están el origen de las actuaciones en las que se han suscitado las cuestiones que ahora se decide**".*

Por su parte, el Auto de 18 de septiembre ya citado, además de reiterar los argumentos recién resumidos y acordar igualmente la desestimación del recurso y consiguiente confirmación del archivo de la denuncia, incorpora una mención expresa relativa a otra de las cuestiones concretas formuladas por el Comité, esto es: **"ejemplos de jurisprudencia en la que se haya invocado las disposiciones de la Convención"**. A este respecto, se dice en el Fundamento Jurídico Quinto de este Auto lo que sigue:

*"Aunque el recurrente vincula su pretensión a que se garantice su derecho a un recurso efectivo reconocido por el Derecho internacional de los derechos humanos, refiriéndose en concreto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y a la **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (2010)**, la aplicación de estos instrumentos internacionales al caso examinado resulta más que cuestionable, pues *ratione temporis* su eficacia no se extiende a los hechos sucedidos antes de su entrada en vigor"*.

Sin necesidad de volver a insistir en lo que ya pusimos de manifiesto en nuestro anterior informe en cuanto al ámbito de aplicación temporal de la Convención⁷, la cita reproducida responde a la pregunta del Comité de un modo concluyente: **lo que mantiene la “jurisprudencia” es que la Convención ni es aplicable ni tiene incidencia jurídica alguna respecto a todos los casos de desaparición forzada de personas que comenzaron durante la Guerra Civil y posterior represión franquista**, desconociendo por completo, y por citar una sola previsión, la obligación codificada en el artículo 24.5 de la Convención; es decir: la *“obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida”*.

Es importante hacer notar que como ya destacamos, España omite toda información en su informe al Comité respecto a todos estos hechos, pero en otras ocasiones y foros ha mantenido ya lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico español los Jueces y Tribunales instruyen y juzgan todas las denuncias sobre desapariciones que ante ellos se formulan y resuelven las mismas desde los principios que rigen el ejercicio de la función judicial en España: independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente a la Ley y al Derecho.

21. El ordenamiento jurídico vigente en España obliga, de modo indudable y suficiente, a la persecución de los crímenes contra la humanidad y de genocidio, en los términos y con el alcance recogido, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio para la sanción del genocidio, en la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y en el resto de la legislación nacional e internacional que nuestra Constitución reconoce y ampara”⁸.

Frente a ello, el Comité tiene evidencias e información suficientes sobre el modo en que los tribunales españoles *“instruyen y juzgan”* esas denuncias⁹; esto es, **archivándolas de plano sin realizar la más mínima diligencia de investigación, ni para localizar/exhumar e identificar los restos, ni para conocer la suerte de la persona desaparecida, ni para averiguar nada respecto a los posibles**

⁷ Véanse especialmente sus páginas 3 a 6: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/Session5/RIS_AEPDIDH_Spain.pdf.

⁸ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. España. Adición. Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado”, Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/15/6/Add.1, 13 de septiembre de 2010, p 4.

⁹ Además de toda la información presente en los Informes Alternativos presentados por la Sociedad Civil al Comité, para una visión pormenorizada puede consultarse: CHINCHÓN ÁLVAREZ, JAVIER: *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2012; disponible en <http://eprints.ucm.es/19832/> y en http://books.google.es/books?id=of0I_Df-accC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false.

responsables. En consecuencia, la valoración final entendemos que no puede ser otra que la que expuso el GTDFI en sus observaciones preliminares de 30 de septiembre de 2013. Es decir, que en España: **“no hay [ni ha habido] ninguna investigación judicial efectiva en contra de una persona determinada en curso, ni hay persona alguna condenada por las desapariciones durante la Guerra Civil y la dictadura.”** En detalle, señaló el GTDFI que: **“... la combinación de un marco legislativo deficiente, una judicatura que no ha interpretado la ley a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, fiscales que no han impulsado las investigaciones y la presencia de una Ley de Amnistía, han creado un patrón de impunidad para los casos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la dictadura (...). El Tribunal Supremo en sus sentencias de absolución y competencia estableció expresamente que no procede la investigación penal por casos de desapariciones forzadas dado que los casos estarían prescriptos, los presuntos responsables estarían muertos, el carácter continuado de las desapariciones sería una ficción inaceptable jurídicamente y, de todas maneras, sería aplicable a ellos la Ley de Amnistía de 1977”.** Consecuentemente, se concluía que: **“A criterio del Grupo de Trabajo, esta combinación de factores es contraria a los principios que emergen de las obligaciones internacionales de España, incluida la Declaración”¹⁰.**

Por lo tanto, para atajar la impunidad reinante en España, el GTDFI **instó al Estado español a juzgar las desapariciones forzadas a la luz de sus obligaciones internacionales y a establecer legislativamente la imprescriptibilidad de las desapariciones forzadas y/o la determinación de que la prescripción sólo puede comenzar a computarse a partir del cese de la desaparición forzada.** También pidió a España **que ratifique la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.** Y, por lo que respecta a la Ley de Amnistía de 1977, el GTDFI instó a España a adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía; en particular privando de todo efecto jurídico en este punto a la Ley de Amnistía de 1977, como ya ha sido recomendado por distintos organismos internacionales.

II. DEFINICIÓN Y CRIMINALIZACIÓN DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS (ARTÍCULOS 1 A 7)

En relación con las preguntas formuladas por el Comité en los párrafos 3 y 4: **“Sírvanse informar si en el marco del proyecto de reforma del Código Penal al que se hace referencia en el informe (...) se prevé incorporar la desaparición forzada como un delito autónomo o si existe alguna iniciativa al respecto (arts. 2 y 4). 4. En relación con los delitos de lesa humanidad tipificados en el artículo**

¹⁰ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

607 bis del Código Penal (...), sírvanse informar si se prevén en el ordenamiento jurídico otras consecuencias específicas con motivo de su comisión más allá de la pena privativa de la libertad y de la imprescriptibilidad del delito (art. 5)”, hemos de agregar a la información ya suministrada al Comité que el pasado 20 de septiembre el Consejo de Ministros aprobó el definitivo texto del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal¹¹. Más allá de algunos cambios en su Exposición de Motivos, **en el mismo no se ha incorporado modificación alguna respecto al delito de desaparición forzada. En otras palabras, este tipo penal sigue sin existir, como tal, en el Derecho penal español.** Tampoco se ha realizado modificación alguna en relación con los crímenes contra la humanidad del artículo 607 bis del Código Penal; ni respecto al mandato previsto en el artículo 6 de la Convención.

A este respecto, sólo añadir la reciente conclusión del GTDFI, pues es meridianamente clara: **“la tipificación española no es suficiente en materia de desapariciones forzadas”**. En mayor detalle: **“El Grupo de Trabajo ha analizado las disposiciones del Código Penal español indicadas por diferentes autoridades que regularían la desaparición forzada (artículos 163-168 y 530). El análisis individual de estos artículos o la conjunción de todos o algunos de ellos, demuestra que el Código español no contiene un delito autónomo de desaparición forzada ya que los delitos mencionados carecen de todos los elementos constitutivos de una desaparición forzada. No requieren la participación de un agente estatal ni la posibilidad de la tolerancia, aquiescencia, o cooperación estatal en el caso de comisión de una desaparición forzada por un particular o grupo de particulares. Solo cubren el supuesto de detención ilegal o secuestro cuando la Declaración se refiere a otras posibilidades como el arresto, el traslado contra su voluntad a las personas, o “que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma”. Además, la fórmula utilizada por el Código Penal “no dar razón del paradero de la víctima” no es lo suficientemente amplia para abarcar el tercer elemento constitutivo de una desaparición forzada de personas, a saber “la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la protección de la víctima”. Por último, el Código Penal omite estipular que la consecuencia de la desaparición es sustraer a la persona de la protección de la ley”¹².**

¹¹http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/200913Enlace_ReformaCodigoPenal.htm.

¹²<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

III. RESPONSABILIDAD PENAL Y COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA (ARTÍCULOS 8 A 15)

En relación con la pregunta hecha por el Comité en el párrafo 11: **“*Sírvanse informar si, con arreglo al derecho interno, pueden oponerse limitaciones o condiciones a las solicitudes de auxilio judicial o cooperación en los términos previstos por los artículos 14 y 15 de la Convención (...) De existir, sírvanse asimismo proporcionar ejemplos de auxilio judicial o cooperación en relación con casos de desaparición forzada (arts. 14 y 15)*”**, cabe indicar lo siguiente:

Como ya pusimos de relieve en nuestro informe al Comité del pasado marzo (epígrafe 2.3), se ha dado un notable número de trabas y obstáculos por parte del Estado español a los pedidos de auxilio judicial en el marco del procedimiento penal seguido en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº1 de Buenos Aires. La ausencia de consideración por parte de España a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la Convención en el caso aquí presentado, puede seguir ilustrándose mediante la posterior actuación del Ministerio de Asuntos Exteriores. Así, el mencionado Ministerio impidió la toma de declaración judicial por videoconferencia en el Consulado de la Argentina en Madrid de testigos de desapariciones forzadas ocurridas durante la Guerra Civil y la posterior represión franquista, llamados a declarar el día 8 de mayo de 2013 por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº1 de Buenos Aires¹³.

Más recientemente, con fecha 18 de septiembre de 2013, el tribunal argentino ordenó la detención internacional con fines de extradición de Jesús Muñecas Aguilar, Celso Galván Abascal, José Ignacio Giralte González y Juan Antonio González Pacheco, para que prestasen declaración indagatoria como imputados sobre su responsabilidad en la comisión de delitos de torturas, constitutivos de crímenes de lesa humanidad. El Ministerio Público español ha informado en contra de la detención preventiva apoyándose en la **Ley de amnistía y la antigüedad de los hechos (prescripción). Posición que *mutatis mutandi* todo indica que mantendría de igual manera respecto a casos de desaparición forzada; pues como ya le consta al Comité, hasta la fecha el Ministerio Fiscal también se ha opuesto a cualquier investigación relativa a estos crímenes.** Al respecto, baste agregar aquí que en palabras del GTDFI: **“ningún fiscal impulsó investigación alguna sobre desapariciones forzadas”**¹⁴; debiendo sólo añadir que no sólo no se ha impulsado, sino que siempre la han rechazado.

¹³ Ver RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: “Boicot a la investigación judicial de los crímenes de la Guerra Civil y franquismo: la declaración de víctimas españolas ante la juez argentina causa “descontento y malestar”, en <http://ris.hrahead.org/home/blog/boicot-a-la-investigacion-judicial>

¹⁴ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

En consecuencia, no ha de extrañar que con carácter general, el mismo GTDFI viera la necesidad de concluir en sus observaciones preliminares de 30 de septiembre de 2013 que en España impera una situación de impunidad de los responsables de desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y la dictadura, por lo que víctimas españolas han solicitado a los tribunales de Argentina ejercer la jurisdicción universal. Por lo que el GTDFI instó ***“al Estado español a prestar todo el auxilio judicial en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a delitos de desaparición forzada que se lleve a cabo en cualquier país por casos de desapariciones forzadas en España”***¹⁵.

En un orden de ideas similar, destacar que como es sabido, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha restringido de manera considerable la competencia de los tribunales españoles y la aplicación del principio de jurisdicción universal; lo que ha supuesto que por lo menos dos querellas que incluían alegaciones de desapariciones forzadas hayan sido archivadas por la Audiencia Nacional. Al respecto, **el GTDFI llamó a los tribunales españoles a asegurar que esta reforma no obstaculice el ejercicio de su jurisdicción universal sobre actos de desaparición forzada.**

En relación con los hechos y órdenes de detención ahora en trámite en el ejercicio de la jurisdicción universal por el referido tribunal argentino, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional decidirá si finalmente se debe proceder a las detenciones solicitadas. No obstante, las extradiciones deberán ser acordadas por el Ejecutivo en última instancia.

IV. MEDIDAS PARA PREVENIR LAS DESAPARICIONES FORZADAS (ARTÍCULOS 16 A 23)

En cuanto a las preguntas del Comité, párrafo 12: ***“Sírvanse proporcionar información acerca de los mecanismos y criterios que se aplican en el marco de los procedimientos de expulsión, devolución, entrega o extradición para evaluar y verificar el riesgo de que una persona pueda ser sometida a una desaparición forzada u otros perjuicios graves para su vida o integridad (art. 16) ”***, y párrafo 15: ***“Sírvanse informar si hubo casos en los que se procedió a la extradición, entrega, devolución o expulsión de una persona sin adherirse a los mecanismos legales pertinentes y en los que se podría haber puesto en juego el pleno respeto del principio de no devolución. De ser el caso, sírvanse informar qué medidas ulteriores se adoptaron al respecto. Asimismo, sírvanse informar si existen excepciones a la aplicación de las garantías previstas en el ordenamiento jurídico relativas al principio de no devolución (art. 16),”*** resulta importante señalar lo siguiente:

¹⁵ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

En julio de 2013 la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional aprobó la extradición del disidente Kazajo Antón Pavlov por supuestos delitos de terrorismo y fraude bancario al “*no encontrar razones fundadas de persecución política*” y a pesar del riesgo de violaciones de derechos humanos¹⁶. La decisión fue recurrida y el Pleno de la Sala de lo Penal deliberó el recurso de súplica de su extradición el pasado 27 de septiembre. La decisión se ha dejado en suspenso hasta el 25 de octubre de 2013.

Por otro lado y en relación con el programa de vuelos de la CIA con detenidos/desaparecidos a bordo por el espacio aéreo español, aunque la mayor parte de los hechos habría tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Convención, correspondería preguntar sobre las responsabilidades depuradas por las autoridades españolas, con el fin de asegurar su no repetición. Al respecto, cabe recordar que en su informe al Consejo de Derechos Humanos de marzo de 2013, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, instaba a los Estados que supuestamente hubieran facilitado el uso de su espacio aéreo y sus instalaciones aeroportuarias a revisar sus normas y prácticas internas, incluyendo la revisión de las investigaciones que, en su caso, se hubieran llevado a cabo hasta el momento por sus autoridades nacionales en orden a adecuarlas al derecho a la verdad y al principio de rendición de cuentas (*‘accountability’*)¹⁷. En España, el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional asumió definitivamente la competencia para investigar los supuestos vuelos de la CIA e incluso aterrizajes en territorio español de aeronaves que presuntamente podían transportar o estar destinadas al transporte de personas ilegalmente detenidas/desaparecidas por los servicios secretos de los Estados Unidos, incoando las diligencias previas número 109/2006¹⁸.

Ahora bien tras más de 7 años de instrucción, apenas ha habido avances en orden a esclarecer los hechos, determinar responsabilidades individuales y también precisar la responsabilidad del Estado español¹⁹. España tiene suscrito

¹⁶ Ver noticia de Amnistía Internacional en el siguiente link: <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/no-debe-extraditarse-a-aleksandr-pavlov-a-kazajistan-porque-existe-riesgo-de-tortura/>

¹⁷ REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS WHILE COUNTERING TERRORISM: Framework Principles for securing the accountability of public officials for gross or systematic human rights violations committed in the context of State counter-terrorism initiatives. A/HRC/22/52, 1 de marzo de 2013, párrafo 52.

¹⁸ El proceso fue iniciado a raíz de una denuncia interpuesta en virtud de la acción popular en la Fiscalía de Palma de Mallorca en 2005. El Juzgado de Palma de Mallorca se inhibió finalmente a favor de la Audiencia Nacional.

¹⁹ Para más información ver el Informe de OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE: “Globalizing torture. CIA secret detention and extraordinary rendition” 2013 disponible en <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/globalizing-torture-20120205.pdf>

un Convenio de Cooperación en materia de defensa con Estados Unidos desde 1988, que ha sido actualizado en 2011. No hay información pública respecto al mismo. Por último, recordar que el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, con motivo del aniversario del 11 de septiembre **ha señalado la necesidad de que España, entre otros Estados, dé explicaciones sobre su cooperación con el programa ilegal de Estados Unidos**, en particular, en lo que respecta al uso de su espacio aéreo y de sus aeropuertos para los vuelos/rendiciones de la CIA²⁰.

En relación con la pregunta del Comité prevista en el párrafo 16: **“Sírvanse describir en detalle el régimen de incomunicación previsto en el ordenamiento jurídico interno (...), con especial referencia a la intervención judicial, y comentar acerca de su compatibilidad con el artículo 17, párrafo 2, apartado d), de la Convención”**, hay que destacar que en la propuesta del Gobierno de reforma (Anteproyecto) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que pasaría a denominarse Ley Procesal Penal) se regula la *“incomunicación de detenidos y presos”* en el nuevo capítulo IV (artículos 174-147)²¹. En ella, desaparece la referencia a los delitos *“cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”* (art. 384 bis en relación con el 520 bis de la actual Ley, que hoy motivan la incomunicación). **Es decir, el nuevo régimen de incomunicación que se propugna se amplía, pudiéndose aplicar a cualquier persona, por cualquier delito.** La nueva regulación propuesta es tan vaga y poco clara (se refiere a la incomunicación de detenidos y presos a la vez) que igualmente se pudiera entender que el período de incomunicación total de 13 días podría ser en custodia policial y luego otros 13 días en prisión preventiva ampliándose el tiempo total en dicho régimen.

En este contexto, cabe recordar que el Parlamento Europeo aprobó la propuesta de Directiva de la Comisión en materia del derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención. Una vez sea finalmente adoptada por el Consejo de Ministros y entre en vigor, España tendrá que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos recogidos en ella²². Ciertamente, la Directiva permite excepciones al derecho de acceso a un abogado pero en circunstancias excepcionales. Así, toda excepción debe justificarse por razones imperiosas relacionadas con la urgente necesidad de evitar un peligro para la vida o la integridad física de una o más personas, así como ajustarse al principio de proporcionalidad, de conformidad

²⁰ COUNCIL OF EUROPE, COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS: “Time for accountability in CIA torture cases” disponible en <http://humanrightscomment.org/2013/09/11/time-for-accountability-in-cia-torture-cases/>.

²¹ El último borrador de la Ley Procesal Penal está disponible en el siguiente link https://docs.google.com/file/d/0ByBM8_x9YdxiaWN5Y1FsWGhSNDQ/edit

²² Para más datos, RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: “Directiva UE relativa al derecho de acceso a un abogado en los procesos penales: en España también”, en <http://ris.hrahead.org/home/blog/directiva-ue-relativa-al-derecho>.

con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, **el régimen de incomunicación tal y como está previsto en la actual ley –así como la nueva regulación prevista en la futura Ley Procesal Penal–, supone una excepción sustancial a las garantías procesales.**

Por otro lado, en el último informe publicado en mayo 2013 por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa (relativo a la visita realizada en 2011) se ha puesto de relieve que las preocupaciones que desde los años 90 lleva señalando al Estado español, así como las trabas con las que se ha encontrado en cada una de sus visitas a España, siguen dándose sin que desde las instituciones se hayan ofrecido respuestas adecuadas: *“al CPT le preocupa señalar que se ha hecho poco o nada en relación con ciertas recomendaciones clave hechas en informes previos”*²³. El CPT reitera la necesidad que *“se adopten las medidas necesarias para garantizar que se aplican las tres salvaguardias antes citadas [notificación a la familia del hecho de la detención de la persona y del lugar en el que se encuentra detenida; posibilidad de ser visitada por un médico de confianza junto con un médico forense designado por el juez de instrucción; vigilancia mediante cámaras de vídeo y grabación de las zonas de detención las 24 horas] respecto a todas las personas que se encuentren detenidas en régimen de incomunicación”*. En lo que puede concernir a la Convención, recordar que el CPT señaló igualmente **problemas de cooperación a la hora de acceder a determinados centros de detención**. El CPT reiteró también su recomendación *“de que las personas sujetas a las disposiciones del Artículo 520 bis de LECrim sean conducidas ante el juez competente antes de que se adopte una decisión sobre la extensión del periodo de custodia por un plazo superior a 72 horas”*; así como de *“garantizar que se permite a las personas detenidas en régimen de incomunicación consultar con un abogado en privado, desde el comienzo de su detención y después si fuera necesario. Asimismo, deberían tener derecho a la presencia de un abogado durante cualquier interrogatorio por parte de oficiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”*. Por otro lado, el CPT también insistió en la necesidad de mejorar de forma sustancial el **“sistema de registro de datos por parte de las fuerzas de seguridad en casos de detención en régimen de incomunicación. Asimismo, debería ampliarse la aplicación de las grabaciones de audio y vídeo”**; así como de que los jueces adopten *“una actitud más proactiva en relación con los poderes de supervisión que les atribuye el art. 520 bis, 3 párrafo de la Ley Enjuiciamiento Criminal.”*

Por último, destacar que el GTDFI también se refirió a la incomunicación de los detenidos en sus observaciones preliminares de 30 de septiembre de 2013. Recordando que *“de acuerdo a la legislación española el juez de instrucción*

²³ Informe al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT), llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011, CPT/Inf(2013)6, disponible en www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-06-inf-esp.pdf.

pueda ordenar que una persona detenida permanezca incomunicada hasta cinco días en cualquier caso y hasta 13 días si el detenido es sospechoso de integrar o estar relacionado con bandas armadas o de delitos de terrorismo”; y subrayando que “durante ese plazo el detenido no tiene derecho a contar con un abogado de su elección ni consultar con un abogado en privado, ni a comunicarse con un familiar u otra persona de su elección el hecho y lugar de su detención ni a ser examinado por un médico de su elección”. En consecuencia, el GTDFI recomendó: **“que se deroguen los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen el régimen de incomunicación”**²⁴.

En su párrafo 17, pregunta el Comité sobre: **“los registros de personas privadas de la libertad (art. 17) (...) y en particular en los centros de internación para extranjeros”**; así como si existe **“algún registro que centralice y almacene toda la información relativa a la privación de la libertad de las personas desde su detención, estancia en centros de prevención de la libertad y salida de los mismos”**. En cuanto a los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE), recordemos el informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia tras su visita a España los días 21 a 28 de enero de 2013, en concreto su párrafo 41 en el que el Relator mostraba su preocupación acerca de: **“que no exista ningún reglamento que regule el funcionamiento de [tales centros], como requiere la ley y que la falta de ese reglamento incida negativamente en los derechos humanos de los inmigrantes indocumentados en los CIE”**. Continuaba señalando que según algunos informes **“en la gestión de los CIE, se ha dado prioridad a las medidas policiales de control. A este respecto, se espera que el reglamento que se apruebe traslade la gestión de los CIE a la administración civil y establezca el ejercicio de las competencias policiales solamente para garantizar la seguridad”**²⁵. Recomendaba además: **“que se establezca un sistema para que las ONG de defensa de los derechos humanos tengan acceso a estos centros periódicamente”**²⁶.

A modo de ejemplo paradigmático, en relación con el acceso a estos Centros y a la información vinculada a los mismos y a los en ellos detenidos, podemos señalar los hechos acaecidos a fines del año pasado en Algeciras cuando **“el comisario del Cuerpo Nacional de Policía en Algeciras (Cádiz), Pedro Ríos, ha prohibido ... el acceso al Centro de Internamiento para Extranjeros (CIE) a representantes del Sindicato Unificado de Policía (SUP), quienes querían inspeccionar las condiciones de las instalaciones en las que se encuentran 120 inmigrantes custodiados por cinco agentes”**²⁷. **Este no ha sido, de cualquier modo, el único caso de obstaculización al acceso a tales centros**: por referir un caso reciente, en mayo de 2013 la Delegación de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias

²⁴ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

²⁵ Doc. A/HRC/23/56/Ad11d. 2 párr. 41, p. 11

²⁶ *Ibidem*, Párr. 73, p. 19

²⁷ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/11/22/andalucia/1353588341_977781.html.

impidió la entrada al CIE 'Barranco Seco', de las Palmas de Gran Canaria, a 24 jueces de la asociación Jueces para la Democracia y 5 fiscales de la asociación Unión Progresista de Fiscales; visita que tenía igualmente como objeto comprobar las condiciones del Centro²⁸.

La realidad resumidas pues, es a nuestro entender claramente **contraria a las garantías que dispone el art. 17.2.d) y e) de la Convención.**

En conexión con lo anterior, deseamos hacer nuestra la reciente observación general 2 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. A su tenor, esas personas tienen derecho a no ser sometidas, individual o colectivamente, a detención o prisión arbitraria. Para no ser arbitraria, la detención de los migrantes en situación irregular deberá *“estar prescrita por ley, perseguir un fin legítimo en virtud de la Convención y ser necesaria en esas circunstancias concretas y proporcional al fin legítimo que se persiga”*²⁹. El Comité agregó que *“no constituye delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización... ni la permanencia...una vez vencido el plazo autorizado. La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados partes de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias. La entrada y estancia irregulares en un país pueden constituir infracciones administrativas, pero no son en sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional”*³⁰.

Por consiguiente, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares concluyó que las medidas privativas de la libertad deben: *“tener carácter excepcional y estar basadas, en todos los casos, en evaluaciones exhaustivas e individuales en que se valore la necesidad y la idoneidad de cualquier tipo de restricción de la libertad, así como si dicha restricción es proporcional al fin perseguido. El principio de proporcionalidad exige a los Estados partes que procedan a la detención de los trabajadores migratorios únicamente como medida de último recurso y que den prioridad a alternativas menos coercitivas, especialmente medidas no privativas de libertad, cuando estas basten para lograr el fin que se persiga. En cualquier caso deberá aplicarse la medida menos restrictiva e intrusiva posible a cada caso concreto”*³¹.

En conclusión, consideramos que el mantenimiento del régimen actual de los CIE en España es incompatible con los estándares propios al Derecho internacional de los derechos humanos, y en particular con el principio estructural de no

²⁸ Ver noticia en <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-denuncian-impide-24-jueces-fiscales-entrada-cie-20130511134617.html>

²⁹ Observación general 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, doc. CMW/C/GC/2, de 28 de agosto de 2013, párr. 23 *in fine*.

³⁰ *Ibidem*, párr. 24. Concordantemente, véase el informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes al Consejo de Derechos Humanos, doc. A/HRC/20/24, párr. 13.

³¹ *Ibidem id*, párr. 26.

discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de las personas, **toda vez que la detención en CIE no es proporcional al legítimo objetivo del Estado de controlar las migraciones.**

Desde una perspectiva ciertamente más amplia, aunque relacionada con el registro centralizado de información relativa a la privación de libertad de personas, valga destacar también un punto de las observaciones preliminares del GTDFI de 30 de septiembre de 2013; esto es, que en España: *“existe una fragmentación y dispersión de la información disponible sobre las desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y la Dictadura. Esta información no está centralizada y produce confusión, entre otros, sobre el número de desapariciones forzadas. Una base de datos central es crucial para promover la transparencia, la precisión y certeza sobre la persona desaparecida”*³².

En el párrafo 20, indica el Comité: ***Sírvanse proporcionar información detallada acerca de la formación brindada específicamente sobre la Convención a los agentes públicos, tanto a nivel estatal como autonómico, más allá de los que se mencionan en el informe, en particular a los miembros del Poder Judicial, el Ministerio Público, el personal médico, las autoridades migratorias o cualquier otro agente estatal que pueda intervenir en la custodia o tratamiento de personas privadas de libertad. Sírvanse informar si, como se indica en el párrafo 226 del informe, se ha incorporado y/o profundizado el estudio de la Convención y, de no ser el caso aún, en qué plazo se prevé que se podrá dar cumplimiento al compromiso asumido por la Secretaría de Estado de Seguridad al respecto (art. 23).***

Nuevamente, cabe resaltar lo señalado por el GTDFI tras sus diversas visitas y reuniones celebradas en España; esto es, el *“llamado a la judicatura a realizar un uso consistente de la Declaración y de otros instrumentos internacionales relevantes. También insta al Estado a desarrollar una capacitación mayor a los jueces y fiscales sobre la Declaración y otros instrumentos internacionales”*³³.

En este mismo orden de ideas, recordar que el CPT también ha recomendado que *“el personal destinado a la escolta [en las operaciones de expulsión de extranjeros en el aeropuerto de Barajas] reciba la adecuada formación”*, así como asegurar *“que el personal que presta su servicio en los centros de internamiento para extranjeros sea atentamente seleccionado y reciba la formación adecuada”*³⁴.

³² <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

³³ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

³⁴ Informe al Gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT), llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011, CPT/Inf(2013)6.

V. MEDIDAS DE REPARACIÓN Y DE PROTECCIÓN DE NIÑOS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS (ARTÍCULOS 24 A 25)

El Comité señala en el párrafo 21: ***“Sírvanse precisar quién sería responsable por la restitución, reparación del daño e indemnización previstas en el Código Penal (...). Asimismo, sírvanse informar si en el ordenamiento jurídico se prevén otras formas de reparación como la readaptación, la satisfacción y las garantías de no repetición. Sírvanse informar también si, además de la indemnización, se prevé reparación para toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. Por último, sírvanse informar si se prevé un plazo para que las víctimas de una desaparición forzada puedan acceder a la reparación (art. 24)”; así como “qué medidas lleva adelante actualmente el Estado parte para la asistencia de los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil y el régimen de Franco en la búsqueda e identificación de los restos de sus seres queridos (art. 24).”***

La víctima y los perjudicados por el delito son los titulares de la acción civil, para reclamar el resarcimiento de los daños causados o la indemnización inherente a la responsabilidad por el delito cometido. Éstos pueden ejercitarla o no (conjuntamente con la penal u optando por acudir con posterioridad a la jurisdicción civil); y, para exigirla, se deben mostrar como partes en el proceso penal, como perjudicado, ejercitando la acusación particular. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la acción civil como resultado de delito prescribe a los 15 años (artículo 1964 del Código Civil). No obstante, según cierta doctrina del Tribunal Supremo, este período sólo se aplicaría en caso de una condena. De lo contrario, se aplicaría el plazo de 1 año (artículo 1968.2 del Código Civil).

A partir de lo anterior, y tal y como ya hemos destacado *supra* y como ha constatado y concluido el GTDFI, la realidad no es otra que en España: ***“no hay [ni ha habido] ninguna investigación judicial efectiva en contra de una persona determinada en curso, ni hay persona alguna condenada por las desapariciones durante la Guerra Civil y la dictadura”***³⁵. Por lo tanto y como premisa, como en España no hay un recurso efectivo, no hay responsabilidad penal del posible autor, tampoco puede haber responsabilidad civil derivada del delito, ni subsidiaria del Estado.

De otro lado, conviene llamar la atención del Comité sobre que en cualquier caso, tras las recientes reformas legislativas en España, el ejercicio de posibles acciones en vía civil y contencioso-administrativa conllevaría anejo la obligación de pagar

³⁵ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

una tasa judicial, en muchos casos de una cuantía muy elevada³⁶; dicha cuantía, además, no se recuperaría por el demandante aun en el supuesto de que su pretensión fuera aceptada.

Respecto a la última cuestión, el Comité ha recibido amplia y completa información por parte de la sociedad civil respecto a la **ausencia de medidas reparatorias de naturaleza estatal, en sentido jurídico-internacional estricto, respecto a las víctimas de desapariciones forzadas que comenzaron en la Guerra Civil y la posterior dictadura**. Sólo cabe entonces aportar como información adicional actualizada, la valoración realizada al respecto por parte del GTDFI en su informe de 30 de septiembre de 2013, cuya esencia puede resumirse en la constatación de que las medidas previstas en la conocida como Ley de Memoria Histórica: **“dependen de la iniciativa de los familiares que las soliciten lo que ha creado varias dificultades en el disfrute de los derechos contenidos en la Ley. Según el artículo 11 de la Ley, las administraciones públicas solo tienen la obligación de cooperar con los particulares y facilitar las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas, transfiriendo de hecho la responsabilidad de estas actividades desde el Estado hacia los familiares”**. Así, y como bien ha subrayado el mismo GTDFI, la clave de fondo es que, **como ha ocurrido durante décadas y sigue ocurriendo a día de hoy en España: “la búsqueda de los desaparecidos no puede ser una tarea o iniciativa de los familiares sino una obligación del Estado”**³⁷.

En relación a la aplicación del artículo 24 de la Convención, cabe también recordar que el derecho a la verdad de las víctimas de desapariciones conlleva el derecho al acceso a los documentos públicos, también como mecanismo de prevención y facilitador del esclarecimiento de desapariciones forzadas. A este respecto, la realidad en España puede resumirse en la siguiente conclusión del GTDFI: **“el acceso a la información y a los archivos constituye un problema principal para las víctimas en el proceso de obtención de la verdad. En algunos casos ha habido una destrucción deliberada de documentos. Los archivos de seguridad todavía son de difícil o casi imposible acceso. En general hay una cierta resistencia a desclasificar o permitir el acceso a documentos. Falta una ley integral que regule el acceso a la información y a los archivos, lo que crea una situación por la cual el acceso a los archivos públicos puede estar reglamentado diferentemente en función de las distintas áreas geográficas. Esto crea situaciones en donde es posible que el acceso a la información pueda depender de la buena voluntad y/o la interpretación normativa del particular que atienda la**

³⁶ La tasa está compuesta por una cantidad fija a la que se sumaría un variable en función de la cuantía del litigio. Ver, RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: Series Análisis Jurídicos. Acceso a la Justicia: “La ley de tasas vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, en <http://ris.hrahead.org/home/blog/laleydetasasvulneraelconvenioeuropeodederechoshumanosylibertadesfundamentales>.

³⁷ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

demanda.” En consecuencia, el GTDFI destacó que: **“España debería promulgar una ley de acceso a la información y un marco legislativo apropiado sobre archivos para garantizar el derecho a conocer la verdad”**³⁸.

A estos efectos, y de igual modo, apuntar que España debería ratificar el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a documentos públicos oficiales³⁹, y en todo caso, desarrollar una ley que reconozca el derecho de todo ciudadano a acceder a información pública. A falta de esta ley, **el acceso a los archivos históricos correspondientes a la Guerra Civil y posterior represión franquista resulta en muchos casos imposible**, en especial si se trata de archivos custodiados por las autoridades militares. Los investigadores y familiares de desaparecidos reclaman insistentemente el acceso a esa documentación, que les podría proporcionar valiosa información sobre la suerte de sus seres queridos.

Señalar, finalmente, que aunque el GTDFI en sus observaciones preliminares de 30 de agosto de 2013 señala el *“limitado alcance de la Ley de Memoria Histórica”*, y *“la carencia de presupuesto para su implementación”* como un aspecto censurable adicional, la realidad es que la partida aprobada por el Gobierno en los últimos Presupuestos Generales del Estado a este respecto fue sencillamente de **cero euros**⁴⁰.

³⁸ <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13800&LangID=S>.

³⁹ Abierto a la firma el 18 de junio de 2009, ratificado por 10 Estados y no en vigor todavía.

⁴⁰ Véase:

http://www.infolibre.es/noticias/politica/2013/07/08/el_niega_dedicar_solo_euro_las_victimass_del_franquismo_guerra_civil_5627_1012.html.