

JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
POR LA APLICACIÓN INDEBIDA DE LA DETENCIÓN
INCOMUNICADA

Autora: Laura Pego Otero

Director de Tesis: Ignacio Muñagorri Lagua

Donostia, 2017



Facultad de Derecho/Zuzenbide Fakultatea

**JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
POR LA APLICACIÓN INDEBIDA DE LA DETENCIÓN
INCOMUNICADA**

I.- Introducción.....9

**CAPÍTULO I
Justicia Transicional**

1.- Contextualización.....15

- 1.1.- Siglo XX. Cambio de estrategia frente a los conflictos armados.....15
- 1.2.- Últimas décadas del siglo XX. Lucha contra la impunidad y leyes de amnistía.....26

2.- Justicia Transicional, Justicia en Transición y Justicia Postconflicto.....36

- 2.1.- Definición de Justicia Transicional. Dificultades en su elaboración.....37
- 2.2.- Los Principios de Chicago.....45

3.- Aplicación de la Justicia Transicional. Elementos básicos que deben darse para su aplicación.....56

- 3.1.- Existencia de un conflicto, armado o violento, interno.....56
 - 3.1.1.-Conflicto interno violento.....56
 - 3.1.2.- Transición y cambio de régimen.....61
- 3.2.- Graves violaciones de derechos humanos.....66

3.3.- Implicación de las partes en la construcción de la paz ¿Quién debe tomar parte en la adopción y desarrollo de los mecanismos de JT?.....	74
3.4.- Planteamiento de intervención global: pasado, presente y futuro.....	77
3.5.- Los principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad.....	79
3.5.1.- Derecho a la verdad.....	81
3.5.2.- Derecho a la Justicia.....	89
3.5.3.- Derecho a la reparación.....	97
3.5.4.- Garantías de no repetición.....	99
3.6.- Sobre los mecanismos de actuación de la Justicia Transicional.....	101
3.6.1.- Procesos judiciales.....	101
3.6.2.- Mecanismos de búsqueda de la verdad.....	105
3.6.3.- Reparación a las víctimas.....	107
3.6.4.- Reformas institucionales.....	110
4.- Justicia Transicional y su aplicación en el ámbito vasco. La tortura como principal cuestión a abordar.....	112
4.1.- Dictadura franquista, transición y violencia de motivación política. El caso vasco.....	117
4.2.- Existencia de un conflicto, interno, armado o violento y político.....	132
4.3.- Graves violaciones de derechos humanos.....	145
4.4.- Implicación de las partes en la construcción de la paz: Instituciones vascas; gobierno central; Europa; sociedad civil; víctimas; ¿Quién debe tomar parte?.....	151
5.- Conclusiones.....	158

CAPITULO II

Sistema internacional de garantías contra la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes

1.- Introducción.....	167
2.- La privación de libertad: especial consideración al periodo de Detención.....	168
3.- Ámbito Universal. Naciones Unidas.....	171
3.1.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y sus artículos 7 y 9. La detención y sus condiciones.....	174
3.1.1.- Prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes: artículo 7.....	177
3.1.2.- Los derechos de las personas privadas de libertad: artículo 9.....	188
3.1.3.- El Comité de Derechos Humanos y España: el caso Mari Cruz Achaval Puertas c. España, comunicación 1945/2010...	194
3.2.- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984.....	200
3.2.1.- Finalidad y contenido de la Convención.....	203
3.2.2.- Definición de tortura y de Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.....	204
3.2.3.- El Comité contra la Tortura.....	213
3.2.3.1.- Informes de los Estados Parte: España.....	215
3.2.3.2.- Denuncias de los particulares: Casos contra España.....	220
3.2.4.- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 2002.....	227

3.3.- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.....	256
3.4.- Síntesis.....	263
4.- Ámbito Regional Europeo.....	268
4.1.- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.....	268
4.1.1.- Artículo 3.....	268
4.1.2.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, España y tortura.....	271
4.2.- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de la Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes 1987.....	281
5.- Conclusiones.....	283

CAPÍTULO III

Justicia Transicional y el tratamiento de las víctimas: Tortura y otros malos tratos bajo el régimen de la detención incomunicada.

1.- España y el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes.....	289
1.1.- Regulación de la prohibición de la Tortura, Tratos inhumanos y Degradantes. La Constitución y el Código Penal.....	290
1.1.1.- El bien jurídico protegido “integridad moral”.....	294
1.1.2.- El artículo 174: el delito de tortura entendido de manera autónoma.....	298
1.1.3.- El artículo 175 de atentado contra la integridad moral.....	302
1.1.4.- El artículo 176 regula el tipo omisivo puro y el artículo 177 concurso.....	304
1.1.5.- Diferencias entre el 174 y 175 y acciones sancionadas por los mismos según la jurisprudencia.....	306
1.1.6.- Prescripción del delito contra la integridad moral de los artículos 174 y 175 del Código Penal.....	314
1.2.- Los derechos de los detenidos: La Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	317
1.3.- Los derechos de las personas detenidas y la normativa de excepción: la incomunicación del detenido en supuestos de terrorismo.....	324
1.3.1.- Los artículo 520 bis y 527 de de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: La incomunicación y su relación indisoluble con la	

prórroga de la detención.....	326
1.3.2.- Los derechos suspendidos y su justificación.....	332
1.4.- Normativa de excepción, incomunicación, tortura y malos tratos en contextos de lucha contra el terrorismo de ETA: supresión de garantías para la persona detenida.....	352
1.4.1.- La disminución de las garantías de los detenidos bajo el régimen de incomunicación.....	355
1.4.2.- El contexto de violencia.....	361
1.4.3.- La incomunicación vacía de contenido los artículos 174 y 175 del Código Penal.....	364
2.- Postura del Estado frente al problema vasco y la violencia de ETA: ofensiva antiterrorista y negación de la validez de la Justicia Transicional.....	370
3.- Postura del Gobierno Vasco ante el conflicto vasco y la interlocución con el Estado.....	383
4.- Policía Autónoma Vasca y mecanismos de justicia transicional.....	387
4.1.- Los datos.....	388
4.2.- Justificación y marco jurídico.....	390
4.2.1.- Dificultades.....	392
4.2.2.- Establecimiento y funcionamiento del órgano de investigación.....	396
5.- Conclusiones finales.....	399
BIBLIOGRAFÍA.....	414
JURISPRUDENCIA.....	437
OTRAS RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS.....	439

I.- INTRODUCCIÓN

En los últimos años se vienen produciendo avances importantes en la construcción de la paz y el fin definitivo del conflicto de violencia padecido en la sociedad vasca. La declaración de “alto el fuego” definitivo realizada por ETA en 2011 marca el contexto propicio para la Justicia Transicional y enfrentar, con la aplicación del paradigma de esta nueva forma de abordar los conflictos, cuestiones de gran calado que deben ser resueltas en aras a consolidar una paz definitiva. Frente a este planteamiento, sin embargo, diferentes voces se levantan declarando su no procedencia ante un Estado democrático y de derecho que cuenta con los mecanismos suficientes para garantizar los derechos de todas las personas.

Pese a estas reticencias, lo cierto es que nos encontramos ante un nuevo modelo de justicia, avalado por diferentes organismos internacionales con experiencia en resolución de conflictos violentos, que trabajan acompañando a sociedades que han padecido graves y numerosas vulneraciones de derechos humanos y que transitan hacia la paz. La Justicia Transicional se presenta como una herramienta de ayuda, un conjunto de mecanismos, que vienen a suplir la incapacidad de las estructuras internas de los Estados para avanzar en la reconstrucción de sociedades destrozadas por la violencia interna.

En los últimos años, las políticas públicas de paz y convivencia desarrolladas en el País Vasco, respondiendo a las peticiones de la sociedad vasca, han iniciado un camino de reconocimiento hacia otras víctimas de la violencia. Se impone la necesidad de realizar una visión

integral y global de las vulneraciones sucedidas en el pasado y el deber de afrontar todas ellas para lograr una convivencia pacífica.

Entre las acciones impulsadas, señalamos como relevante para esta Tesis la Acción 6 del Plan de Paz y Convivencia 2013-2016 del Gobierno Vasco, que impulsará una investigación sobre la tortura y otros malos tratos sucedidos en Euskadi entre 1960-2013. El Objetivo de esta investigación es conocer las dimensiones reales de este problema con aplicación de una investigación científica.

Sin embargo, los obstáculos a salvar son importantes como: el gran número de víctimas afectadas, la prescripción de los delitos, la limitación del acceso a información sensible, entre otros. Como decimos, impedimentos importantes, sobre los que la Justicia Transicional ha demostrado su eficacia

La presente Tesis tiene como objetivo discutir sobre la posibilidad y conveniencia de recurrir al paradigma de la Justicia Transicional para abordar cuestiones de difícil solución, como el tratamiento de las víctimas de tortura, tratos inhumanos y degradantes producidas en el contexto de la violencia de motivación política. Para ello, en esa mirada al pasado, queremos entender cómo ha sido posible la comisión de un número tan importante de actos de tortura y otros malos tratos, en un Estado que desde 1978 está dotado de una Constitución que garantiza los derechos fundamentales a todas las personas. Un Estado que forma parte del sistema internacional de garantías contra esas prácticas.

Con este fin se inicia el presente trabajo, que consta de una parte descriptiva, entendemos que fundamental para poder acercarnos al concepto de Justicia Transicional y al contexto normativo en el que se produce esta problemática, para posteriormente sobre la crítica a

diferentes cuestiones sustanciales en esta materia se llegará a las conclusiones y propuestas de acción.

Con esta finalidad, se estructura la presente Tesis en los siguientes apartados: Capítulo I donde se plantea un acercamiento al concepto de Justicia Transicional, cómo surge, cuáles son sus elementos nucleares, las líneas fuerza sobre las que aplica sus principios así como sus dificultades y debilidades. Una vez conocido la herramienta debemos decidir sobre su utilidad en el contexto actual vasco. A continuación, se procede a realizar un análisis del caso vasco sobre la constatación de los elementos básicos que pueden justificar la aplicación de la Justicia Transicional. La cuestión de la tortura será introducida como uno de los principales problemas pendientes de abordar. La constatación de esta problemática y el contexto en el que se ha producido, derivarán hacia la necesidad de conocer el sistema internacional e interno de garantías contra la tortura y otros malos tratos, en aras de comprender dónde se encuentran las debilidades de todos los mecanismos de prevención impulsados e implementados en las últimas décadas.

Para ello, el Capítulo II se destinará a realizar un recorrido sobre los diferentes tratados y normas internacionales. La constatación de la persistencia de la tortura y otros malos tratos, nos llevará a abordar el análisis de esta problemática desde una perspectiva dual, es decir, en primer lugar procederemos a señalar los derechos afectados/anulados/suspendidos en los supuestos de detención y en consecuencia cómo afecta a las personas, como sujetos titulares de derechos y obligaciones, esa situación de sometimiento especial a la autoridad pública. En segundo lugar, la suspensión de derechos (fundamentales) y la situación de vulnerabilidad en que se sitúa al sujeto al ser desprendido de forma temporal del derecho a la libertad personal, se acompaña de una serie de derechos específicos “protectores” para

situaciones excepcionales, garantías aplicables en situaciones de privación de libertad que someteremos a valoración.

Por último, el Capítulo III se destinará al desarrollo de los compromisos internacionales adoptados por España en esta materia, así como al cumplimiento de los mismos con su implementación en el ordenamiento jurídico interno y su aplicación. Serán cuestiones centrales en este Capítulo el análisis de la utilización de mecanismos que limitan los derechos de las personas detenidas, como la incomunicación o la prórroga de la detención. Su aplicación indiscriminada como herramientas fundamentales de la lucha antiterrorista contra ETA, pese a las reiteradas manifestaciones de organismos internacionales censurando su vigencia, constituye un ejemplo del modelo de defensa de los derechos de las y los detenidos en el Estado.

Por último, volviendo al momento actual de esperanza en la consolidación de una sociedad reconciliada y en paz. La postura mantenida por el Gobierno Central, pese al nuevo tiempo de fin de la violencia, y la postura del Gobierno Vasco serán finalmente valoradas ante la posibilidad de aplicación de mecanismos de Justicia Transicional que asistan a las víctimas de la aplicación indebida de la incomunicación.

CAPÍTULO I

JUSTICIA TRANSICIONAL

1.- Contextualización.

1.1.- Siglo XX. Cambio de estrategia frente a los conflictos armados

Las guerras, la violencia, vienen acompañadas de graves vulneraciones de derechos humanos. Es al finalizar estos episodios bélicos cuando se muestran en toda su crudeza los desastres de la guerra, desastres principalmente humanos, víctimas ignoradas al ser consideradas una consecuencia natural de la lucha entre bandos.

Históricamente ha sido de esta forma. Sin embargo, a partir de las macrovictimaciones¹ acaecidos durante el pasado siglo XX, consecuencia fundamentalmente de los graves acontecimientos bélicos acaecidos, así como de la respuesta de la comunidad internacional ante los desastres humanos y materiales resultantes, marcarán un antes y un después en el orden jurídico mundial y en el valor de la paz. Es por ello que situaremos el punto de partida del presente estudio en el final de la II Guerra Mundial y el nacimiento de la Organización de Naciones Unidas.

En efecto, la antesala de ese momento, nos referimos al periodo comprendido entre 1914 y 1945, se caracteriza en el plano internacional por la forma en que los Estados defienden frente al exterior su propia soberanía, utilizando métodos salvajes y sin límites, lo que se traduce en el recurso inmediato a la guerra al colisionar con los intereses de terceros. Se puede decir que en esa época en la esfera internacional se da una situación de naturaleza anómica donde prima el valor de la fuerza².

¹El término "macrovictimación" es utilizado también por BERISTAIN al referirse a las víctimas causadas por estructuras socio-económicas injustas. La utilizó el Profesor en XVI Conferencia del Consejo de Europa *sobre las investigaciones acerca de de la victimación*, recogida en CONSEIL DE L'EUROPE: Seizième Conference de Recherches Criminologiques, Rapport du Secrétariat General, Restricted PC-CRC (85), Strasbourg, 1086, pág. 104, Citado también en BERISTAIN IPIÑA, *Victimología, nueve palabras clave*, pág. 69

² FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pág. 137

La situación interna de los Estados también fue decisiva para los posteriores sucesos. En Europa, las monarquías absolutistas y las pseudo-democracias, condicionadas por determinados intereses económicos, serán los modelos políticos predominantes. Estos sistemas carecerán de todo reconocimiento de las garantías y de los derechos fundamentales a sus ciudadanos. A modo de ejemplo, citaremos el caso de la Rusia de los Zares, un régimen semifeudal que encontró su final en 1917 con la revolución bolchevique y la imposición del socialismo en el intento por establecer una "dictadura revolucionaria"³. En Alemania, otra de las grandes potencias militares del momento, persistía el autoritarismo del Kaiser Guillermo II. Por último, citar el sistema parlamentario británico, donde sólo tenían representación las capas altas de la sociedad.

Ese fue en gran parte el caldo de cultivo propicio para el estallido de dos guerras mundiales en menos de un cuarto de siglo, ambas saldadas con un alto coste humano y material. Así fue, una vez finalizada la I Guerra Mundial se creó la Sociedad de Naciones - organismo internacional fundado en 1919 por el Tratado de Versalles -, con el principal objetivo de mantener la paz a través de la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos entre Estados. Lo cierto es que su fracaso fue rotundo y no pudo impedir el desenlace de la II Guerra Mundial. Finalizada ésta, ante el escenario desolador resultante y la necesidad de preservar a las generaciones futuras de experiencias similares o peores - una vez comprobados los resultados de las armas nucleares-, en 1945 se celebra la Conferencia de San Francisco, promovida por un grupo de 51 Estados comprometidos en mantener la paz y la seguridad mundial. Esta reunión tendrá como resultado más notable la elaboración de la Carta de las

³ COLOMER, *Transiciones estratégicas: Democratización y teoría de juegos*, pág. 31

Naciones Unidas, utilizando como base los trabajos previos realizados en las Conferencias de Dumbarton Oaks (1945) y de Yalta (1945)⁴.

La Carta fundacional de esta organización, se convertirá en el primer texto internacional de reconocimiento del principio de los Derechos Humanos⁵, en el primer eslabón de una cadena perfeccionada en años posteriores por diversos Tratados y Convenios que dotarán de mayor reconocimiento y efectividad al compromiso inicialmente adquirido por los Estados fundadores de la Organización de Naciones Unidas (ONU)⁶.

Este hito histórico que representa la internacionalización de los Derechos Humanos logrado por la Carta de Naciones Unidas pronto quedará ensombrecido ante la certeza de su falta de eficacia. En efecto, este texto carece de capacidad para imponer obligaciones a los firmantes, esta realidad llevará a algunos autores a calificarla como *"un mero legado de buenas intenciones sin fuerza vinculante"*⁷.

Efectivamente, pronto se constatará la necesidad de avanzar en el desarrollo de otras formulas convencionales que permitan proporcionar mayores cotas de garantías para la preservación de la paz. Unos años después se aprobará la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, texto que proclamará una relación de derechos inherentes a todo ser humano. En su preámbulo, el mismo texto reconoce como germen de la barbarie sufrida en los tiempos anteriores el desconocimiento y desprecio hacia los derechos humanos, señalando como objetivo común de todas las naciones y pueblos el respeto de estos

⁴ La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. El documento completo se puede consultar en: <http://www.un.org/es/documents/charter/>

⁵ URIOS MOLINER, "Garantía de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos", pág. 87

⁶ PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, pág. 33

⁷ PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, pág. 35 y 42; NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos*, pág. 269

derechos y libertades y apelando a la implementación de medidas de carácter nacional e internacional tendentes a su logro⁸.

Siguiendo a FERRAJOLI, ambos textos – La Carta de la ONU y la Declaración Universal de derechos del hombre – ponen fin a la libertad absoluta de la que gozaban los Estados en el statu quo anterior al ejercer su soberanía externa quedando, a partir de ese momento, subordinados de forma jurídica al imperativo de la paz y también a la tutela de los derechos humanos.⁹ En efecto, los derechos humanos gozarán de un reconocimiento a nivel interno de alto rango al ser recogidos en las constituciones estatales, pero asimismo tendrán la consideración de derechos supranacionales, limitando la potestad de los Estados también en el ejercicio de su soberanía externa. Se consagra de esta forma el nacimiento de un nuevo derecho internacional que, en palabras de FERRAJOLI, representa un genuino “pacto social internacional” a partir del cual se abandona el sistema de pactos (pactos bilaterales entre Estados) para crear un ordenamiento jurídico supraestatal¹⁰.

Esta transformación sin precedentes del derecho internacional reconoce al Estado como sujeto de derecho internacional, pero también a los pueblos y al individuo. Este último también podrá, por primera vez en la historia, hacer valer sus derechos ante instancias internacionales, denunciando las violaciones realizadas por su propio Estado.

En definitiva, la internacionalización de la lucha por el respeto y la defensa de los derechos humanos se verán perfeccionadas con la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, paradójicamente y utilizando la expresión acuñada por el Catedrático de

⁸ Texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

⁹ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pág. 144

¹⁰ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pág. 145

Historia Contemporánea GONZALEZ, NAZARIO, "es hija de la II Guerra Mundial"¹¹.

Una vez reconocidos los derechos fundamentales de las personas en la esfera internacional y también interna de los Estados, la reacción ante los actos que los vulneran debía cambiar. Así fue, previo incluso a la Declaración, la ONU impulsa en 1945 la celebración del primer Juicio de Nuremberg, donde se investigaron y sancionaron los principales actos de abusos y crímenes contra la humanidad del III Reich¹². El juicio tuvo como objetivo aplicar la justicia sobre los máximos responsables del bando derrotado por las graves violaciones de derechos cometidas durante la II Guerra Mundial. El proceso finalizó con 12 personas condenadas a muerte y 7 condenas de prisión de diez años a cadena perpetua.

Sin embargo, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, - norma que regulará la constitución y funcionamiento del órgano *ad hoc* creado para juzgar a los altos responsables nazis, y cuyo contenido será confirmado como principios de derecho internacional¹³-, lo cierto es que no hay referencia alguna a las víctimas y sus derechos. Los conceptos generales y estructuras jurídicas desarrolladas en el texto están centrados principalmente en los actos sancionables en sí, el procedimiento y la figura del victimario y sus derechos, relegando la participación de la víctima durante el proceso al papel de mero testigo de la acusación, ejercida en todo caso por el fiscal.

¹¹ GONZALEZ, *Los Derechos Humanos en la Historia*, pág. 170

¹² Con base jurídica en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 6 de octubre de 1945, denominado también "La Carta de Londres", se crea el Tribunal para el enjuiciamiento y condena de los crímenes llevados a cabo por el denominado Eje Europeo, declarando su competencia sobre los siguientes actos: crímenes contra la paz; crímenes de guerra; crímenes contra la humanidad. Los principios establecidos en el Estatuto serán confirmados por las Sentencias de dicho Tribunal y aprobados finalmente por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Estos principios serán adoptados y desarrollados en los estatutos de los posteriores tribunales internacionales y también en los nacionales.

¹³ CASSESE, "Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg", http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-l/ga_95-l_s.pdf

El déficit de atención hacia la víctima se refleja en el propio texto de la Declaración de los Derechos Humanos, con la honrosa excepción de su artículo 8. Este precepto recoge el derecho de las víctimas de violaciones de derechos fundamentales a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes reconocidos por la constitución o la ley.

En consecuencia, si bien es cierto que la macrovictimación resultante de la II Guerra Mundial, impulsará el reconocimiento de los derechos humanos, será necesaria la presión y reivindicación de diferentes actores sociales para que unas décadas después se empiece a poner en valor la figura de la víctima. En efecto, la celebración del Simposio en Jerusalén (1973) se señala como fecha del nacimiento de la Victimología como ciencia, hecho que a nuestro modo de ver será uno de los impulsos determinantes que, finalmente, situará la cuestión de la protección de los derechos de las víctimas entre los temas relevantes a abordar, también durante los procesos de transición.

La invisibilidad de la víctima no es una cuestión novedosa del siglo XX, por el contrario se produce a lo largo de la historia, exceptuando tiempos muy lejanos, cuando disfrutó de su "edad dorada" marcada por el carácter plenamente vindicativo que concedió a la víctima o a su familia la facultad de vengar por su propia mano el daño sufrido. Más tarde, con el denominado sistema de justicia moderno y la "neutralización de la víctima" en aras a lograr una aplicación de la ley más imparcial y justa, su figura se difumina en el proceso penal en beneficio del papel protagonista desempeñado por el Estado¹⁴. De esta forma, con la intervención del Estado en la impartición de justicia, la aplicación de la pena cobró un valor de venganza institucional, transformando el enjuiciamiento del delito en un contencioso entre dos actores, el propio Estado y el infractor, sin apenas

¹⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "El redescubrimiento de la víctima: Victimación secundaria y programas de reparación del daño", pág. 220

presencia de la persona agraviada. En este sentido, GIMÉNEZ GARCÍA habla de delito, pena y delincuente, como la “trinidad” que conformaba todo el saber penal a principios del siglo XX, atribuyendo a la Criminología y concretamente a la Victimología el mérito de devolver a la víctima al entramado de relaciones que surgen alrededor del hecho delictivo¹⁵.

Volviendo a los años setenta y ochenta del siglo XX, las reivindicaciones victimales van siendo aceptadas por las organizaciones internacionales y también por los estados, su acogida empieza a ser un hecho constatable. En efecto, en 1983 se celebra en Estrasburgo, en el seno del Consejo de Europa, la Convención Europea sobre la asistencia a las víctimas de delitos violentos, un año después en 1984, en el encuentro interregional de expertos organizado por Naciones Unidas en Ottawa se elaboró la Declaración sobre justicia y asistencia a las víctimas. Citaremos también como texto relevante en la materia la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso del poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985¹⁶. Este conjunto de normas, junto con otras posteriores, constituyen el estatuto jurídico internacional de las víctimas¹⁷, cuyos efectos jurídicos han sido desplegados en un importante número de ordenamientos de los Estados que forman parte de estas organizaciones internacionales.

Son avances importantes que suceden en el contexto político y social mundial, en el último cuarto de siglo XX, que se puede calificar de convulso y cambiante a un ritmo no conocido hasta el momento. En este sentido, FERRAJOLI nos habla de una crisis histórica tan radical como la vivida hace cuatro siglos con el nacimiento del Estado moderno en Europa,

¹⁵ GIMÉNEZ GARCÍA, “Justicia victimal. Contribuciones y retos”, pág. 64 y ss.

¹⁶ Sobre origen y evolución de la Victimología, BERISTAIN, A, “¿La sociedad/judicatura atiende a “sus” víctimas/testigos?”, pág. 166 y ss.

¹⁷ FERNANDEZ CASADEVANTE/MAYORDOMO RODRIGO, *Código de normas internacionales relativas a las víctimas*, pág. 13

donde existe un importante potencial destructivo en armas nucleares, con crecimiento de la desigualdad y la miseria, explosión de conflictos entre diferentes nacionalidades dentro de los Estados, y otros hechos que en opinión del autor dificultan de forma grave el mantenimiento de la paz. En opinión de FERRAJOLI es un hecho la crisis actual del Estado nacional, que se produce como consecuencia de su vaciamiento de poder, por arriba – a favor de estancias supra-nacionales como la ONU o la Unión Europea – y por abajo, en referencia a los procesos de disgregación, acompañados en ocasiones de violencia. Finalmente, concluye con el reconocimiento de la dificultad, cada vez más agravada, para garantizar la unificación nacional y la pacificación de los conflictos internos, funciones ambas ejercidas históricamente por el antiguo concepto de Estado¹⁸.

En efecto, esta última reflexión junto con la cuestión que venimos desarrollando a lo largo de este primer apartado, sobre el reconocimiento y garantía de los derechos humanos y el reconocimiento de las víctimas producidas en conflictos violentos, nos permite avanzar hacia nuevas formas de afrontar los períodos de transición y en concreto las nuevas teorías sobre la Justicia Transicional, cuestión que abordaremos en el apartado 2.

Sobre la denominación “Justicia Transicional”, nos recuerda REYES MATE parafraseando a JOHN ELSTER, que *“la Justicia Transicional democrática es tan antigua como la democracia misma”* y se refiere a ella como la *“vieja figura jurídico-política especializada en saldar cuentas con el pasado”*¹⁹. En efecto, diferentes autores defienden que la utilización de la justicia de transición ha sido una constante desde hace siglos. Entre ellos destaca ELSTER, quien en una de sus libros realiza un recorrido desde

¹⁸ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pág. 150 y ss.

¹⁹ REYES MATE, *Tratado de la injusticia*, pág. 216

Atenas en 411 a C hasta el siglo XX, analizando 30 casos, considerados por el autor como “de Justicia Transicional”²⁰.

Sin embargo, tal y como veremos más adelante, los elementos y contextos que ELSTER identifica como de este tipo de justicia poco tienen que ver con los medios, objetivos y fines que conforman la actual. Esta cuestión es reconocida de alguna forma por el autor al establecer en su obra una diferencia clara entre, por un lado, los procesos de transición sucedidos a partir de la segunda guerra mundial y la derrota del eje fascista, y por otro los casos anteriores a esa fecha que se extienden hasta la Antigua Grecia. A la señalada en primer lugar la denomina “*la historia moderna de la justicia de transiciones hacia la democracia*”²¹. Podemos decir que lo recogido por el autor en su obra forma parte de la evolución sufrida por los mecanismos de resolución de conflictos a lo largo de la historia.

En efecto, en las últimas décadas del siglo XX se produce una notable variación en las formas utilizadas para abordar procesos de transición de la guerra a la paz, de la dictadura a la democracia, en definitiva, de un escenario de conflicto armado a un nuevo orden político y social garante de los derechos humanos en el que los específicos para la víctima empiezan a ser tenidos en cuenta²². Surge un nuevo concepto de “Justicia Transicional”, como un conjunto de medidas y mecanismos cuya finalidad principal será lograr una paz duradera, para lo cual se muestra necesaria la lucha contra la impunidad con la reclamación de responsabilidad por las violaciones de derechos sufridas en el período de tiempo anterior. La exigencia de justicia se llevará a cabo sobre la base del

²⁰ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 17 y ss.

²¹ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 73

²² UPRIMNY/SAFFON, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, pág. 211 y ss

respeto a los derechos humanos, la centralidad de la víctima y la respuesta a las necesidades de éstas.

Desde Naciones Unidas, el Secretario General, en su informe titulado "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflicto" publicado el 3 de agosto de 2004²³, definió la Justicia Transicional como:

"toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos."

En este apartado introductorio, queremos poner de relieve un segundo elemento que cobra protagonismo de forma coetánea a la Justicia Transicional, nos referimos a la incorporación de la perspectiva del género femenino tanto en materia victimal en general como en los procesos de resolución de conflictos²⁴. La reivindicación de la presencia de

²³ Secretario General de Naciones Unidas, informe "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", de 3 de agosto de 2004, S/2004/616 <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a895b752>

²⁴ Sobre esta cuestión, a modo de ejemplo del auge que también en la doctrina viene dándose sobre esta cuestión, señalamos algunas obras: GUZMAN/UPRIMNY, *Justicia transicional desde abajo y con perspectiva de género*. Edit. UNIFEM, Bogotá, 2010; VALJI, "Gender, justice and reconciliation" en *Bulding a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009; MAGALLÓN PORTOLES, "Las mujeres en los procesos de paz en el mundo: pensamiento y prácticas", Congreso Internacional Sare

la mujer será en dos niveles: en primer lugar en su condición de víctima del delito, de forma directa e indirecta; en segundo lugar, como protagonista relevante en la resolución de conflictos y motor de cambio social. Será en 1985, en Nairobi, con la celebración de la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, cuando se establezca la necesidad de lograr la igualdad por parte de las mujeres en todas las facetas de la actividad humana, sin límites y principalmente en cuestiones relativas exclusivamente a ellas. Desde la Conferencia se instará a las propias Naciones Unidas para que adopte mecanismos de defensa de los derechos de las mujeres, en concreto de los derechos de las que han sido víctimas de violaciones y discriminación por cuestión de género²⁵. Posteriormente, en 1995, se celebró en Beijing la Cuarta Conferencia Mundial, donde se reivindicó el papel activo de la mujer en los procesos sobre solución de conflictos y la consecución de la cultura de paz, destacando la necesidad de reconocer la gravedad de las violaciones de derechos humanos sufridos por las mujeres en situaciones de guerra o inestabilidad²⁶.

Finalmente, y directamente vinculado a estos movimiento de reconocimiento de los derechos y necesidades de las víctimas, más recientemente entre nosotras y nosotros se desarrolla la denominada Justicia Victimal, que en palabras del Profesor Beristain Ipina se puede definir como *“una nueva e innovadora teoría y praxis que introduce radicales innovaciones en el Derecho penal tradicional, que elabora una justicia*

2006: Mujeres generando las paces, EMARUNDE, 2007; BELL, “Women address the problems of peace agreements” en Peace Work, Women, Armed conflict and Negotiation. Women unlimited. Delhi, 2004; JACOBSON, *Women and Peace in Northern Ireland: A complicated relationship*. Zab Borton. New York. 2000;

²⁵ UNITED NATIONS; *Report of The World Conference to review and appraise the Achievements of the United Nations decade for woman: equality, development and peace. Nairobi, 15-26 July 1985*, pág. 178 y ss.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Nairobi/Nairobi%20Full%20Optimized.pdf>

²⁶ Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, de 4 a 15 de septiembre de 1995, pág. 66 y ss.

reparadora que implica a las personas relacionadas con la comisión de una infracción de ley penal (victimación), con el fin de conocer y responder colectivamente a las víctimas y a los autores de la infracción, sin recurrir a la sanción vindicativa y creando en su lugar la reparación de los daños causados”²⁷.

En definitiva, nos estamos refiriendo a conceptos diferentes – Justicia Victimal, Justicia Transicional- pero relacionados y que pueden ser complementarios en contextos determinados. Ciertamente el nexo común de todas ellas es la reivindicación del papel central que debe ocupar la víctima como sujeto de derecho en los procesos que atañen a sus intereses. En este sentido, nos encontramos con la Justicia Victimal identificada con una justicia reparadora propia de las víctimas de delitos y, también con la Justicia Transicional en cuanto a proceso de resolución de conflictos, cuyo objetivo central coincide en el reconocimiento de los derechos de la víctima pero que se diferencian en el contexto de aplicación. Finalmente, común para ambas –Justicia Victimal y Justicia Transicional- se debe incluir la cuestión de género de forma transversal, como elemento relevante y revelador de la importancia de la contribución de la mujer en la construcción de una sociedad más democrática e incluyente²⁸.

1.2.- Últimas décadas del siglo XX. Lucha contra la impunidad y leyes de amnistía

La impunidad es definida por M Louis Joinet como *“la ausencia, de iure o de facto, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores*

²⁷ Sobre la Justicia Victimal, se puede consultar el número monográfico de dedicado a esta cuestión, con el título “Hacia una Justicia Victimal”, *EGUZKILORE*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Donostia, nº 26, 2012.

²⁸ GUZMAN/UPRIMNY, *Justicia transicional desde abajo y con perspectiva de género*, pág. 16

*de violaciones de derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquellos escapen a toda investigación tendente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpa, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas”*²⁹.

Podemos afirmar que la impunidad, frente a cualquier tipo de vulneración de derecho, produce unos efectos nefastos en la víctima por ser privada de la protección mínima que un estado debe proporcionar ante un acto ilícito. Como nos dice JOINET, para evitar esta injusticia, será necesario que se investiguen los hechos, que se juzgue y castigue adecuadamente a las y los autores del acto delictivo y que se repare a la víctima. La impunidad tiene una dimensión individual, pero también colectiva, produce efectos perversos en la esfera de lo social, propiciando la repetición crónica de las vulneraciones. En efecto, la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de las y los responsables tiene como consecuencia directa la indefensión de la víctima pero también de sus familiares y allegados³⁰.

Los Estados, en aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, están obligados a combatir la impunidad. Sin embargo, en procesos de tránsito de regímenes dictatoriales a la democracia³¹, donde la estabilidad del nuevo estado es débil, una de las principales escorias que se deben salvar es cómo se afrontan las violaciones manifiestas de derechos humanos y los delitos graves

²⁹ Esta definición se encuentra recogida en el Informe realizado por M. Joinet, titulado La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos (civiles y políticos), E/CN.4/Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 de Octubre de 1997. en su Anexo II. Principios básicos para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad, en el apartado “Definiciones”.

³⁰ En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, en el *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37, párrafo 173.

³¹ En opinión de Uprimny, la Justicia Transicional enfrenta un problema muy antiguo, cómo deben enfrentar las sociedades los graves atentados contra la dignidad humana acaecidos en el pasado. En “Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y complementariedades”.

sucedidos en el pasado³². Esta misma cuestión está presente en procesos de resolución de conflictos políticos enquistados en sistemas formalmente democráticos y caracterizados por la utilización de una violencia extrema.

En efecto, la preocupación es importante, no son pocos los ejemplos que constatan la deriva de procesos de resolución de conflictos hacia la adopción de mecanismos que permiten, de iure y/o de facto, la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos. Las críticas más duras van dirigidas a las leyes de amnistía.

Así es, en la década de los años setenta y ochenta, principalmente en Latinoamérica, se promulgaron un número importante de leyes de amnistía en contextos de fin de la violencia armada³³. Lo que en un primer momento se entendía como una herramienta facilitadora del tránsito a la democracia, pronto empezará a ser cuestionada. Sin despreciar los factores positivos alegados en defensa de su aplicación, sobre los que volveremos más adelante, se comprobará sin embargo que la amnistía será utilizada también de forma torticera, procurando la impunidad a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos, nos estamos refiriendo a las denominadas auto-amnistías. La preocupación por esta cuestión se refleja en el Informe realizado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1979, cuando en referencia a la Ley de amnistía Chilena, decretada en 1978, cuestiona la procedencia de su aplicación a personas que habían sido acusadas de graves violaciones de derechos humanos, como las desapariciones forzosas sucedidas durante la dictadura³⁴.

³² Principios actualizados para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1), informe realizado por Diane Orentlicher.

³³ MALARINO, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", pág. 415 y ss.

³⁴ Informe del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Asamblea General, Suplemento No. 40(A/34/40) 1979, párrafo 81

En efecto, la aplicación de la amnistía que en un principio fue reivindicada por amplios sectores democráticos con el objetivo principal de lograr la puesta en libertad de los prisioneros políticos de las dictaduras, va ampliando su ámbito de impacto hasta convertirse en una garantía de impunidad para los responsables de esos regímenes totalitarios y culpables de las graves violaciones de derechos humanos realizadas bajo su mandato. Es decir, las leyes de auto-amnistías dictadas por los gobiernos ilegítimos tendrán como finalidad principal eximir de toda responsabilidad a sus miembros frente un nuevo escenario político y social en ciernes.

La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas se hace cargo de las posibles repercusiones negativas que este tipo de normas pueden causar en la protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y encarga un estudio, de naturaleza técnica, sobre las leyes de amnistía y su relación con la salvaguarda de los derechos humanos. En respuesta al encargo, Louis Joinet, como Relator Especial sobre la amnistía, entrega en 1985 su informe titulado "Estudio sobre las leyes de amnistía y el papel que desempeñan en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos"³⁵.

JOINET limitará su estudio a las amnistías aplicadas a delitos políticos, excluyendo de él expresamente los delitos ordinarios. El autor plantea como punto de partida una visión positiva de esta herramienta, definiendo el concepto amnistía como "*la expresión jurídica de un acto político*" cuyos efectos esperados están directamente relacionados con la protección y promoción de los derechos humanos y el regreso o consolidación de la democracia³⁶. El autor del informe, razona este planteamiento con base en la idea de que la amnistía fomenta el consenso nacional si los cambios políticos se producen en un contexto democrático,

³⁵ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1. Párrafo 1

³⁶ E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1. Párrafo 7

puede ser el primer paso en el camino hacia la democracia o el retorno a ella, afirmando también puede ser útil para bloquear crisis internas o ser el punto final de un conflicto armado internacional.

Sin embargo, a continuación advierte de los peligros, señalando que para que la amnistía logre alcanzar su objetivo – contribución en la protección y promoción de los derechos humanos y el regreso o consolidación de la democracia - debe cumplir una serie de requisitos, en caso contrario, estará avocada al fracaso. JOINET no es ajeno al fenómeno que está sucediendo en muchas de las transiciones hacia la democracia, llamando la atención sobre el hecho de que a medida que el logro del fin del totalitarismo se acerca, se acentúa el interés por parte de los gobiernos de las dictaduras de aprobar leyes de amnistía, con el claro objetivo de garantizar a sus miembros, responsables de las violaciones de derechos humanos, una solución ante el previsible castigo que traerá consigo la democracia.

El informe de JOINET trae al debate la cuestión de las víctimas. En el apartado destinado a las víctimas de violaciones de derechos políticos y en general de derechos humanos³⁷, el autor constata y censura las amnistías que garantizan la impunidad de los torturadores y que incluso pretenden privar a la víctima, bajo la aplicación del silencio forzado, de cualquier derecho de resarcimiento moral o material que le pueda corresponder legalmente. Esta última cuestión, en opinión de autor, tiene una clara finalidad, que no es otra que evitar, a través de las reclamaciones de indemnización civil, se inicie un proceso judicial que abra una investigación sobre los hechos con la consiguiente publicidad de los mismos. Este hecho, en opinión de JOINET confirma la tesis de que el conocimiento por la opinión pública de los autores de violaciones de derechos humanos es, en definitiva, la sanción más temida.

³⁷ Nos referimos al apartado A, número 3 del citado Capítulo III, con el título: Amnesty and the victims of political offences including victims of violations of human rights

Finalmente, el informe concluye señalando como primera cuestión relevante y de fondo que la amnistía hace frente a los “efectos” de las disensiones nacionales sucedidas cuando no se respetan los derechos democráticos de las personas, pero no a “sus causas”. Esto será de aplicación también cuando se producen violaciones de derechos básicos culturales, sociales y económicos. En consecuencia, JOINET afirma que la amnistía no es la solución por sí sólo, que sólo será eficaz si viene acompañada de otras medidas – sociales, económicas o políticas – destinadas a afrontar las causas del conflicto, proponiendo de forma genérica tres categorías:

- Medidas a corto plazo, en concreto la derogación de las leyes de emergencia que permitieron las detenciones masivas y apresamiento de los presos políticos en aras a evitar que su aplicación (causa) vuelva a producir la violación de los derechos humanos (efecto).
- Medidas a medio plazo, la celebración de elecciones en cumplimiento del artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁸.
- Medidas a largo plazo, serán las de contenido económico y social que tengan como objetivo afrontar las causas estructurales del conflicto nacional.

En conclusión, el Estudio realizado por JOINET parte del análisis de las leyes de amnistías aplicadas en diferentes países del mundo, entre ellos Chile, Argentina o Uruguay, y de los efectos de las mismas. Afirma el autor

³⁸ El artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene el siguiente contenido:

- 1.- *Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos*
- 2.- *Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país*
- 3.- *La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto*

que la amnistía es un recurso válido, que puede contribuir a la protección y promoción de los derechos humanos y el regreso o consolidación de la democracia, pero sin embargo existe un riesgo importante y constatado, de que su utilización tenga otros objetivos, concretamente el de garantizar la impunidad a los responsables de violaciones de derechos humanos sucedidas en el pasado con el consiguiente daño a sus víctimas. Para garantizar el éxito de esta medida su objetivo debe ser claro y su aplicación ir acompañada de otras medidas tendentes a solucionar las causas que generan el conflicto.

La repercusión del informe de JOINET sobre las leyes de amnistía y el papel que venían desempeñando en la salvaguardia y la promoción de los derechos humanos, tendrá una importante influencia. Su contenido impulsará la decisión adoptada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías en 1991, de encargar a dos de sus miembros, MM. El Hadji Guissé y nuevamente a M Louis Joinet otro Estudio, esta vez sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. En el proceso de elaboración del citado documento se creyó más apropiado abordar esta cuestión de forma diferenciada según los derechos, de esta forma MM. El Hadji Guissé realizará un informe referido a las violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales, mientras M Louis Joinet será el encargado de elaborar un documento sobre las violaciones graves de los derechos civiles y políticos conocido. Así nacerán los nombrados "Principios de Joinet" o también "Los Principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad" sobre los que volveremos en el epígrafe 3.5

Continuando con la cuestión objeto de estudio de este epígrafe, es evidente que surge un conflicto entre los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la aplicación de las leyes de amnistía a los responsables de esas vulneraciones, si bien es un resultado no deseado

-la impunidad de los autores – por ser contrario al objetivo inicial señalado para la amnistía -contribución en la protección y promoción de los derechos humanos y el regreso o consolidación de la democracia –.

En este sentido se viene pronunciando la jurisprudencia internacional y, de forma aventajada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los ejemplos más destacados de esta Corte abordan la cuestión de la amnistía desde su presunta colisión con el derecho a la verdad, compromiso recogido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁹. Sobre el derecho a la verdad, la jurisprudencia de la Corte lo reconoce para todas las violaciones manifiestas de los derechos humanos, ampliando su ejercicio también a los familiares de las víctimas⁴⁰.

Sobre esta cuestión, citar brevemente el Caso el 10.488, Ignacio Ellacuría y otros visto en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y recogido en su informe nº 136/99. Un análisis más detallado de este asunto se realizará en el epígrafe 3.5.- *Los principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad*
a) Derecho a la verdad

En esta ocasión, señalaremos simplemente que la aplicación de la Ley de Amnistía General del Salvador - declarada constitucional por su Corte Suprema de Justicia – supuso no solo la libertad de los militares condenados por los hechos enjuiciados, sino también impidió profundizar en la investigación de los asesinatos con base en lo constatado por la Comisión de la Verdad y poder conocer la verdad completa.

³⁹Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969,

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia 7 de septiembre de 2004. Párrafo 256. El texto de la sentencia se puede consultar en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.doc

El proceso abierto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se resolvió a favor de los demandantes, afirmando que el Estado del Salvador había violado el derecho a conocer la verdad, y en consecuencia, había incumplido la Convención Americana, en concreto los artículos 1(1), 8(1), 25 y 13. El reconocimiento del perjuicio ocasionado se extendió a los familiares de las víctimas y también a los miembros de su comunidad religiosa y académica y a la sociedad salvadoreña en su conjunto⁴¹.

En la actualidad, en el contexto internacional el concepto de amnistía ha cambiado y es una herramienta en desuso. La ONU, en 2009, la definió como una de las medidas jurídicas que tienen como efecto:

- a) la imposibilidad de impedir el enjuiciamiento penal, y en algunos casos, las acciones civiles contra ciertas personas o categorías de personas con respecto a una conducta criminal específica cometida antes de la aprobación de la amnistía; o,*
- b) La anulación retrospectiva de la responsabilidad jurídica anteriormente determinada*⁴²

Así es, su aplicación ha sido claramente limitada para garantizar otros derechos de las víctimas, como por ejemplo el citado anteriormente derecho a la verdad. Lejos de la valoración positiva realizada por JOINET en su Estudio sobre la Amnistía de 1985, Naciones Unidas actualmente, si bien no se opone a su utilización de forma absoluta y reconoce sus efectos positivos en determinados casos, sin embargo fija límites claros a su alcance, con más restricción si cabe en los supuestos de graves violaciones

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 136/99. En este sentido, también AMBOS, *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, pág. 42, sobre el derecho de los familiares de las víctimas que en los casos de Amnistías permite una forma de reparación.

⁴² ONU, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, pág. 11

de derechos humanos y del derecho internacional humanitario⁴³. La organización internacional afirma que las amnistías aplicadas a perpetradores de violaciones de derechos humanos, lejos de producir un efecto disuasorio que evite la reincidencia, por el contrario, puede ser interpretado como un acicate que incite a la comisión de nuevos delitos, como sucedió con los Acuerdo de Paz de Lomé de 1999 y las posteriores atrocidades cometidas en Sierra Leona⁴⁴.

Naciones Unidas advierte que las amnistías ilícitas no cobrarán legalidad en democracia, ni tan siquiera cuando se argumente su necesidad en aras a conseguir un acuerdo de paz o fomentar la reconciliación nacional⁴⁵. Nos encontramos ante un instrumento de difícil aplicación conforme a la normativa de protección de los derechos humanos. En este sentido, nos parece conveniente citar uno de los últimos textos de referencia sobre esta cuestión, *Las Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad*. Publicadas por el Instituto de Justicia Transicional de la Universidad del Ulster. Estas directrices han sido elaboradas por expertos internacionales con el loable propósito de facilitar la toma de decisión sobre la aplicación de este mecanismo siempre respetando la legalidad internacional⁴⁶.

Con todo ello, ciertamente la amnistía es uno de los mecanismos que con mayor frecuencia se utilizó en procesos transicionales, principalmente de dictadura a democracia en los años 70 y 80. Este mecanismo se identifica como parte de la Justicia Transicional –que a continuación abordaremos-, lo que en mi opinión, es uno de los motivos

⁴³ ONU, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, pág. 45

⁴⁴ ONU, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, pág. 3

⁴⁵ ONU, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*, pág. 46

⁴⁶ Instituto de Justicia Transicional, Universidad del Ulster, "Las Pautas de Belfast sobre Amnistías y Responsabilidad" 2013, <http://studylib.es/doc/7664755/las-pautas-de-belfast-sobre-amnist%C3%ADa-y-responsabilidad>

que genera reticencias para su aceptación en sociedades democráticas, al ser identificada la amnistía con impunidad. Lo cierto, es que se ha producido una evolución en el tratamiento de la resolución de conflictos y también un perfeccionamiento de sus mecanismos como es éste caso, reduciendo su aplicación y el contenido de esta herramienta. En nuestra opinión, no podemos despreciar de forma completa este mecanismo, su aplicación puede ser útil siempre que no contravenga la legalidad – amnistías parciales y condicionadas- y cuando se constituya como último recurso. Me estoy refiriendo a situaciones donde proporcionar verdad a la víctima pasa, ineludiblemente, por la colaboración de las y los implicados en la vulneración del derecho, como sucede tantas veces en el caso de la tortura.

2.- Justicia Transicional, Justicia en Transición y Justicia Postconflicto

Como hemos señalado en el epígrafe precedente, durante el Siglo XX y principalmente desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se ha venido produciendo un cambio importante en la forma de abordar el fin de los conflictos violentos internos que han generado importantes vulneraciones de derechos humanos. Este cambio viene provocado por diferentes factores, entre los que destaco: el reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales, los derechos de las víctimas y la necesidad de avanzar hacia un mundo seguro y en paz. Ha sido un camino de aprendizaje, en el que sobre la base de la experiencia se ha producido un perfeccionamiento de los procesos y mecanismos de consolidación de la paz.

En este contexto surge el paradigma de la Justicia Transicional, que desde los años 80 viene siendo utilizada en diferentes contextos violentos. En este corto periodo de tiempo –algo más de 30 años- ha evolucionado y

madurado, siendo su utilización avalada e impulsada por Naciones Unidas. Sin embargo, como veremos seguidamente, esta nueva forma de hacer justicia en periodos de transición no está exenta de dificultades, contradicciones y lagunas.

A continuación, y en cumplimiento del objetivo de la Tesis, procederemos al necesario análisis de esta Justicia, abordando su concepto, elementos y mecanismos que la constituyen, para de esta forma, más adelante, valorar su posible aplicación al problema vasco.

2.1.- Definición de Justicia Transicional. Dificultades en su elaboración

Nos recuerdan ALIJA FERNANDEZ Y BONET PÉREZ que no existe una definición precisa de Justicia Transicional, también denominada Justicia en Transición o Justicia de Transición⁴⁷ y, asimismo, Justicia Postconflicto, término este último empleado en ocasiones y en ciertos contextos, para eludir utilizar el vocablo "transición". Sobre esta controvertida cuestión volveremos más adelante, cuando hablemos sobre la Transición Española.

Esta falta de concreción, en opinión de los autores, es consecuencia de la multidimensionalidad del fenómeno al que debe enfrentar la Justicia Transicional. Por ello, requiere de una noción amplia y flexible que le permita adaptarse a la diversidad de procesos violentos⁴⁸. En efecto, no hay dos conflictos iguales, pudiéndose afirmar que cada caso es único.

La utilización del término "Justicia Transicional", como se ha apuntado anteriormente, es relativamente nuevo, surge en los años 80,

⁴⁷ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 97

⁴⁸ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 97

fruto de los cambios que se producen en diferentes países que, de forma dificultosa, transitan de regímenes autoritarios a sistemas democráticos. Recordemos, por ejemplo, el importante número de procesos de transición de dictaduras a la democracia que se llevaron a cabo en Latinoamérica en ese decenio.

No es un modelo de justicia estático, todo lo contrario, es el resultado de la evolución durante estas últimas décadas de los mecanismos utilizados por sociedades que sufren conflictos violentos con graves y numerosas vulneraciones de derechos humanos. Esa evolución se ha tenido como objetivo la búsqueda y adaptación de mecanismos que garanticen la no vuelta atrás, soluciones que ayuden en la consolidación de la paz y del Estado de Derecho.

En este proceso de elaboración y perfeccionamiento de la Justicia Transicional han sido fundamentales las experiencias de diferentes Organizaciones que trabajan en la consecución de la paz y promoción de los Derechos Humanos en sociedades que han sufrido conflictos. Sus informes han venido alertando sobre la necesidad de tener en cuenta diferentes factores que permitan consolidar la paz, señalando los siguientes⁴⁹:

- Una vez producido el cese de la violencia, la paz y su mantenimiento solo será posible si la población tiene la garantía de que se producirá la reparación de las injusticias padecidas. Reparación que debe llevar a cabo las estructuras legítimas del Estado que gestionan ese nuevo tiempo.
- La paz solo será duradera si los problemas de gran calado social pueden resolverse de forma justa y con procedimientos legítimos, en referencia a cuestiones como:

⁴⁹ ONU, Informe del Secretario General "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", pág. 4

- la distribución desigual de la pobreza, el abuso de poder, controversias territoriales, discriminación étnica, entre otros.
- Debe existir una verdadera voluntad política para reformar las estructuras del Estado. Reformas encaminadas a garantizar la independencia de la administración de justicia, el respeto a los derechos humanos por los poderes públicos, lograr la confianza de la ciudadanía en sus instituciones.

Estas aportaciones son aceptadas e incorporadas a la Justicia Transicional desde su receptividad y flexibilidad, en beneficio de la consecución de su objetivo, elemento que sí permanece estático, concretado en alcanzar la paz social armonizando los derechos de las víctimas con los correspondientes a los victimarios. La aplicación de los principios de verdad, justicia y reparación con garantía de no repetición son también incuestionables para esta Justicia, en aras de garantizar los derechos de las víctimas. No cabe duda que ésta es una tarea compleja, donde surgen fuertes tensiones y equilibrios difíciles⁵⁰.

Dicho lo anterior, sobre su dinamismo, adaptabilidad, flexibilidad, etc., lo cierto es que estos rasgos positivos y necesarios, traen consigo también dificultades. En efecto, la falta de concreción en el concepto de Justicia Transicional apuntada anteriormente, tiene como resultado un importante número de definiciones de este término, que no siempre son coincidentes en todas las características descritas y pueden derivar en problemas de interpretación. Lo cierto es que existen diferencias notables con respecto al énfasis sobre algunos aspectos importantes.

Centrándonos en las más aceptadas, señalaremos las siguientes:

⁵⁰ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 124

El Secretario General de Naciones en 2004, con el objetivo de proporcionar a la organización una terminología común, describe de la siguiente forma la Justicia Transicional: *“toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”*⁵¹.

Sin duda alguna, nos encontramos con la definición mayoritariamente aceptada y versionada, posiblemente por ser abierta. Más adelante tendremos oportunidad de comprobar cómo sus elementos esenciales persisten en otras definiciones posteriores en el tiempo⁵².

Por su parte, el Centro Internacional para la Justicia Transicional define esta como la respuesta a violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos. Nos dice que el objetivo de esta Justicia es reconocer a las víctimas y también promover iniciativas de paz, así como la reconciliación y la democracia. Aclara que no estamos ante una forma especial de justicia, sino que nos encontramos ante una justicia adaptada a sociedades en transformación después de haber sufrido un periodo de tiempo con violaciones de derechos humanos de forma generalizada. En cuanto a la duración de este proceso de transformación, se indica que es variable, desde periodos cortos hasta décadas⁵³.

⁵¹ Secretario General de Naciones Unidas, informe “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, de 3 de agosto de 2004

⁵² Utilizada, entre otros, por ENGELHART, “Objetivos de la Justicia de Transición” en *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, pág. 35 y ss.

⁵³ Centro Internacional de Justicia Transicional
<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

Otra definición es la acuñada DIAZ COLORADO, en nuestra opinión, también acertada por hacer hincapié en el carácter excepcional y de necesidad de las medidas que se adoptan y la finalidad de las mismas. El autor dice que la Justicia Transicional será el *“mecanismo de urgencia, que una sociedad se ve precisada a utilizar para pasar de un estado de caos político y social a un estado de orden y justicia, donde la democracia sea viable y las libertades y garantías ciudadanas se restablezcan”*⁵⁴

Por su parte, OLASOLO, explica de forma brillante los motivos por los que la Justicia Transicional requiere de flexibilidad y, en consecuencia se caracteriza por su indefinición⁵⁵. El profesor, partiendo de la definición acuñada por Naciones Unidas en 2004, se centra en las diferentes propuestas realizadas para abordar el problema de los abusos a gran escala sucedidos en el pasado según los modelos socio-económicos imperantes.

- a) Modelo Neoliberal. Característico de los años 80 y ya superado por el concepto actual de Justicia Transicional. El principal objetivo será instaurar y proteger la democracia y el Estado de Derecho con base en las garantías de los derechos civiles y políticos. Esta teoría defiende que será la democracia quien dé solución a las vulneraciones masivas de derechos fomentando el sistema de mercado neoliberal. Conforme a ello, la justicia redistributiva y las medidas sociales y económicas son rechazadas, buscando un equilibrio entre la justicia retributiva y la restaurativa. Un ejemplo de este modelo será la transición española.

⁵⁴ DIAZ COLORADO, “La Justicia Transicional y la Justicia Restaurativa frente a la necesidad de las víctimas”, pág. 117-130

⁵⁵ Este planteamiento fue expuesto por el Profesor en la Conferencia emitida en la Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho, invitado por el Instituto Vasco de Criminología el 19 de diciembre de 2016, en el desarrollo de las Jornadas sobre el proceso de paz en Colombia. Ver también OLASOLO, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*; Sobre la Justicia Transicional y el modelo liberal TEITEL, *Globalizing Transitional Justice*, pág. 95 y ss.

b) Modelo Socialdemócrata. La protección de los derechos civiles y políticos no es suficiente, los derechos económicos y sociales deben ser también tenidos en cuenta. Esta teoría parte de la constatación de que los abusos a gran escala también afectan a estos últimos y que su abordaje es indivisible del resto. En este sentido, se afirma que la democracia y el Estado de Derecho, por si solos, no solucionan los problemas económicos y sociales, es necesaria una mayor intervención del Estado.

Sobre la reparación a las víctimas, diferencia claramente entre la individual y la colectiva. Es sobre esta cuestión donde surgen divisiones entre los seguidores de esta teoría:

- Por un lado, están los que defienden que los recursos son limitados, por lo que se debe optar por un desarrollo de estas medidas que sea sostenible. En consecuencia, se inclinan en mayor medida por la reparación colectiva por ser más económica, acercándose de esta forma a la Teoría Liberal.
- Una segunda postura, exige el cumplimiento de los derechos individuales de las víctimas y discrepan de la limitación impuesta a los recursos para estos fines, pidiendo una redistribución conforme a las necesidades de las víctimas.

c) Teorías Críticas. Estos parten de la afirmación de que las injusticias que se producen en esas sociedades donde ha imperado la violencia son estructurales y, por lo tanto, las medidas que no vayan destinadas a una reforma profunda del sistema no serán eficaces. La violencia, la desigualdad, es estructural por lo que hay que desarrollar políticas más costosas que incidan en cuestiones transversales como la igualdad de género, la discriminación por motivos étnicos, etc. En caso contrario, la repetición del ciclo de la violencia será una posibilidad real.

Como hemos leído hasta ahora, existen diferencias entre las definiciones señaladas, sin embargo, hay aspectos que parecen formar parte incuestionable del núcleo de este nuevo enfoque de Justicia. Siguiendo a ALIJA FERNANDEZ Y BONET PÉREZ, con base en la definición del Secretario General de Naciones Unidas, señalamos los siguientes componentes esenciales⁵⁶:

a) *“Una sociedad que quiere enfrentar los problemas derivados de su pasado”*. Hace referencia a un periodo de cambio político, precedido de un espacio de tiempo en el cual se han cometido graves violaciones de derechos humanos que deben ser enfrentadas por la sociedad en el nuevo contexto de cese de la violencia⁵⁷. En sus inicios, esta nueva Justicia tenía como objetivo hacer frente a vulneraciones de derechos llevadas a cabo de forma sistemática por regímenes autoritarios, en su proceso de tránsito hacia la democracia. Sin embargo, la evolución de la Justicia Transicional hacia un “enfoque creativo” ha hecho posible su aplicación en otros contextos, cuestión ésta no exenta de debate como veremos más adelante⁵⁸.

Son sociedades que, por decisión propia, inician un proceso de transformación interna, donde la implicación y compromiso por construir la paz de la clase política es fundamental, así como de la población civil. Este proceso, no está sometido a un plazo

⁵⁶ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 97

⁵⁷ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 97

⁵⁸ Centro Internacional para la Justicia Transicional (<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>), También UPRIMNY/SAFFON, “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, *Entre el perdón y el piedad: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Capítulo 143 y ss-. En ese mismo sentido Término acuñado por FIONNULA NÍ AOLÁIN Y COLM CAMPBELL en “The Paradox of Transition in Conflicted Democracies”, págs. 172-213

concreto de tiempo, no existe una duración determinada, es variable según las características del caso en concreto.

b) *“Un pasado de abusos a gran escala”*⁵⁹

c) *“La finalidad del proceso de afrontar las violaciones sucedidas en el pasado será: que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”*. Para ello se utilizarán las herramientas y mecanismos de justicia transicional⁶⁰.

d) *“La variedad de procesos y mecanismos, mecanismos que pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”*. La utilización de esos mecanismos estará orientada a lograr diferentes objetivos que responden a una noción compleja de justicia, tales como: *“la acción a favor de las víctimas, la reacción frente a los responsables de las vulneraciones de derechos humanos y la reconciliación entre fuerzas sociales y actores enfrentados”*⁶¹.

Dicho lo anterior, en nuestra opinión, la definición elaborada por Naciones Unidas establece un marco lo suficientemente elástico para dar cabida a otras definiciones -como las citadas supra- elaboradas más ad hoc, pero siempre y cuando éstas se desarrollen dentro de los elementos nucleares señalados –a, b ,c y d-. Es por ello que, en nuestra opinión, es la más adecuada porque responde al espíritu de la Justicia Transicional en

⁵⁹ En este sentido, también AMBOS, *Justicia de Transición*, pág. 28

⁶⁰ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 97

⁶¹ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 97

cuanto a la flexibilidad requerida por ésta y que le permite ser aplicada a los diferentes tipos de conflictos violentos.

2.2.- Los Principios de Chicago sobre Justicia transicional

Como decíamos, para su puesta en práctica, la Justicia Transicional ha venido haciendo frente a una serie de obstáculos derivados principalmente de la falta de directrices claras para su aplicación y de la ausencia de una terminología común. A principios del siglo XXI, con el objetivo de avanzar y dar solución a estos problemas, un conjunto de especialistas de ámbito internacional, liderados por BASSIOUNI, comienzan una ardua labor de elaboración de una serie de principios que permitan dotar de mayor eficacia y coherencia a esta nueva forma de abordar los procesos de resolución de conflictos⁶².

Los siete estándares propuestos, que se recogen más adelante, han sido diseñados con el objetivo de maximizar la acción de la justicia y reducir al mínimo la impunidad. En este sentido, los Principios de Chicago, siguiendo el elemento nuclear de la Justicia Transicional, desplazan su atención del conflicto hacia la víctima, y proponen nuevas fórmulas que permitan mejorar el diseño y la aplicación de las políticas de defensa de los derechos humanos en estos contextos. No encontramos ante la fase más reciente de transformación de ésta Justicia.

Cada Principio, que corresponde a una obligación o elemento fuerza de esta Justicia, señala y describe la aplicación de los diferentes mecanismos y procesos que serán utilizados para lograr el objetivo señalado. Los elementos propuestos son variados, conforme a la

⁶² Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional. Un proyecto conjunto del "International Human Rights Law Institute", "Chicago Council on Global affaire", "Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali" y la "Association Internationale de Droit Pénal". (2007). Proyecto dirigido por M. Cherif Bassiouni.

versatilidad y flexibilidad característica, como por ejemplo los siguientes *“La acción rápida, la planificación a largo plazo, las consultas nacionales, la participación de diversos grupos, la sensibilidad hacia el contexto y la cultura locales, la reforma institucional amplia compromiso de todos los componentes nacionales e internacional con la justicia, la paz y la reconciliación”*.

A la vista de la elaboración doctrinal existente sobre los Principios de Chicago, a continuación se recogen de forma resumida una reproducción de los mismos⁶³:

Principio 1 – Investigación, acceso a la justicia

Los estados deberán juzgar a los presuntos autores de las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario.

Se establece la primacía de los tribunales nacionales para investigar y juzgar las violaciones graves de derechos humanos y del Derecho Humanitario sucedidas en su territorio. Sin embargo, en los supuestos en que los tribunales internos no ofrezcan las garantías necesarias de imparcialidad e independencia intervendrán los tribunales penales internacionales o los tribunales de otros países.

⁶³ Resumen realizado sobre la base de la información obrante en los siguientes textos:

- BASSIOUNI, M. Cherif (ed.), *“The Pursuit of International Criminal Justice: A world Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice. Volume 1”*. Intersentia . Antwerp – Oxford – Portland. 2010

-Los Principios de Chicago sobre Justicia Transicional. Un proyecto conjunto del *“International Human Rights Law Institute”*, *“Chicago Council on Global affaire”*, *“Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali”* y la *“Association Internationale de Droit Pénal”*. (2007). Proyecto dirigido desde sus inicios por M. Cherif Bassiouni.

- INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE, *“The Chicago Principles on Post-Conflict Justice”*. United States of America, 2007,
http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihri/pdf/chicago_principles.pdf

Una versión más extensa de este apartado se puede consultar en el trabajo realizado por el IVAC-KREI para la Diputación Foral de Gipuzkoa en el año 2011, proyecto titulado *“Evaluación de políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas del terrorismo”* y publicado en *Evaluación de las políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas*, Editorial EAE, Alemania, 2012

El cumplimiento de este principio implica la obligación de los Estados a cooperar entre sí y con las organizaciones de Derecho Internacional, proporcionando información que verse sobre las violaciones graves de los derechos humanos, colaborando en su recopilación y conservación, así como en la investigación de estos hechos atroces. El compromiso de los Estados con las estrategias de Justicia Transicional implica, también, la extradición de los presuntos culpables para ser juzgados y también mostrar apoyo a las sentencias dictadas en otras jurisdicciones. En todo caso, no se permitirán la utilización de tribunales militares para enjuiciar violaciones graves de los derechos humanos.

La investigación de los hechos denunciados se deberá llevar a cabo con imparcialidad e independencia, en particular por parte del Ministerio Fiscal y de la Judicatura como órganos principales encargados de estas tareas. En los supuestos en que se confirmen las acusaciones, los Estados deben proporcionar mecanismos adecuados de enjuiciamiento. Ello, siempre en cumplimiento del derecho al debido proceso, de la prohibición del "*non bis in ídem*", proporcionando la debida protección a los testigos y otras personas involucradas en los procesos judiciales. Asimismo, se facilitará información de manera pública sobre este tipo de procesos, logrando de esta forma una mayor repercusión social de los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, no deberán existir excepciones o limitaciones que protejan a los culpables y obstaculicen las investigaciones. Las altas autoridades son legalmente responsables de aquellas violaciones, incluidos los Jefes de Estado, y también lo serán otras escalas jerárquicas inferiores, no siendo defensa válida la alegación de la "obediencia debida". A ello se debe añadir el compromiso de los Estados de no conceder asilo a los denunciados por estos crímenes.

La Justicia Transicional garantiza el respeto a los derechos de los acusados y condenados en su condición de seres humanos. Estos, estarán provistos de las debidas garantías procesales, reconocidas y aceptadas internacionalmente, entre las que destaca la presunción de inocencia. Con respecto a las personas privadas de libertad deberán de ser tratadas humanamente y de forma digna.

Ante el reconocimiento de la imposibilidad real de procesar a todos los culpables, el Estado debe desarrollar una estrategia de enjuiciamiento, lo más eficaz posible, dando mayor importancia a la persecución de agentes de alto nivel. Se le reconoce la posibilidad de retrasar los procesos judiciales, en el caso de que fuera necesario, para respetar el derecho al debido proceso o garantizar la seguridad de las personas que en él participan. Destacan por su relevancia los casos de enjuiciamiento de menores, en estos casos, debe cobrar mayor consideración la rehabilitación y reinserción de los mismos.

Finalmente, con respecto a las concesiones de amnistías, se prohíbe su aplicación a los responsables de genocidio, y graves crímenes contra la humanidad y de guerra, si bien se acepta la amnistía como requisito previo a la finalización de los conflictos pero de forma muy restrictiva y sujeta a las obligaciones del Derecho Internacional. En todo caso, las políticas de amnistía deberán responder a los mecanismos que se diseñen para la rendición de cuentas, evitando de esta forma la impunidad de los responsables y aconsejando su aplicación en los casos de menores y de responsables de delitos menos graves.

Principio 2 – Búsqueda de la verdad e investigaciones por los delitos del pasado

Los estados deben respetar el derecho a la verdad y fomentar las investigaciones de comisiones de la verdad y otras iniciativas similares por las denuncias de graves violaciones de derechos humanos

Derecho a la verdad

Se establecen dos niveles sobre la verdad. El primero, sobre las violaciones generales, se reconoce el derecho de las víctimas, familiares y sociedad en general a conocer la verdad sobre las violaciones sistemáticas, la identidad de los perpetradores y la historia de lo que sucedió. En segundo lugar, las violaciones específicas, otorgando a las víctimas y a sus familiares el derecho a conocer la verdad sobre los hechos que les afectaron directamente, incluyendo las circunstancias de las violaciones, el paradero de los desaparecidos y la recuperación de los restos humanos.

Las comisiones de la verdad

Son entidades, no judiciales, de carácter temporal, creadas *ad hoc* de forma oficial. Su objetivo será investigar las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Humanitario del pasado. Este mandato incluye la elaboración de registros históricos sobre las violaciones, determinar la responsabilidad individual y también la de las organizaciones, realizar recomendaciones y facilitar la reconciliación social.

Su labor finalizará con la presentación pública de unas conclusiones, normalmente con formato de informe escrito, pero también se podrá utilizar para su exposición otros medios de comunicación. En su contenido se establecerá las responsabilidades por las violaciones cometidas, pudiendo recoger los nombres de los responsables. También se formularán recomendaciones, principalmente dirigidas al Estado. Esta información deberá ser divulgada de forma amplia, que permita ser del conocimiento de la población en general, utilizando para ello, si fuera necesaria la apertura de oficinas en diferentes partes del territorio, celebración de charlas, etc.

Otros organismos y acciones para buscar la verdad

Se reconoce la posibilidad de crear otro tipo de entes diferentes a las comisiones de la verdad que investiguen diferentes sucesos que, por su especificidad o por su excesiva generalidad, quedan fuera del ámbito de estudio de las primeras.

En cumplimiento de este segundo principio, se debe destacar la importancia de dos elementos fundamentales: las exhumaciones de cuerpos que deberán ser apoyadas por el Estado. En segundo lugar, la creación de archivos que tengan la finalidad de preservar la información existente sobre las violaciones del pasado.

Principio 3 – Derechos de las víctimas, recursos y reparaciones

Los estados deben reconocer la especial situación de las víctimas, garantizar el acceso a la justicia y el desarrollo de recursos y reparaciones.

Se define víctima como la persona que, de forma individual o colectiva, ha sufrido daños, tanto físicos, mentales, emocionales, económicos o menoscabo importante de sus derechos básicos. Este concepto se extiende también a sus familiares más inmediatos.

El cumplimiento de este principio implica la responsabilidad del Estado de velar por los derechos de las víctimas y de garantizar su seguridad e intimidad. Entre sus obligaciones, el Gobierno deberá proporcionar a éstas el acceso efectivo a la justicia, incluyendo el proporcionar la información sobre sus derechos.

El Estado también estará obligado a proveer reparación a las víctimas, tanto por los actos como por las omisiones causantes del daño. Velará por el cumplimiento de las sentencias contra los responsables de las

violaciones, ya sean éstas internas como resoluciones provenientes del exterior. Se establecen los siguientes tipos de reparación:

- Restitución. Consiste en devolver a la víctima a la situación, en la medida de lo posible, en la que se encontraba antes de sufrir el daño. Ejemplo de actuaciones de restitución serán: puesta en libertad, eliminación de los registros de antecedentes penales, devolución de los bienes, unidad familiar, restitución del empleo, etc.
- Indemnización. Se materializará con el abono de una cantidad económica por los daños y perjuicios sufridos. La indemnización corresponderá a los daños físicos, mentales y a las pérdidas económicas, pero también a la educación, oportunidades perdidas, daños en la reputación y dignidad, gastos médicos y de asistencia jurídica.
- Rehabilitación. Se deberá proporcionar a la víctima asistencia médica y psicológica, así como asistencia social, de inserción laboral y educación que le permita rehacer su vida. En este apartado se deberá dedicar especial atención a los menores de edad.
- Satisfacción y garantías de no repetición. Las víctimas deberán ser informadas sobre los avances en las investigaciones, ello incluye datos sobre desaparecidos, niños secuestrados, localización de fosas, etc. El Estado deberá tomar medidas que garanticen a las víctimas la no repetición en el futuro de las violaciones sufridas.

El cumplimiento de este tercer principio requiere que las reparaciones sean proporcionales al daño causado y su reparto deberá ser equitativo entre todas las víctimas.

En materia de reconciliación, los homenajes y conmemoraciones, así como la petición de perdón por parte del Estado, facilitarán el proceso de reconstrucción social.

Principio 4 – Inhabilitaciones, sanciones y medidas administrativas

Los estados deberán aplicar políticas de inhabilitación, sanciones y medidas administrativas

Se deberá impedir la participación en el Gobierno o en puestos oficiales a las personas responsables de las violaciones de derechos humanos y del Derecho Humanitario. Para ello, el Estado puede aplicar la inhabilitación mediante tribunales judiciales o instancias administrativas, llevándose a cabo a través de procesos públicos o confidenciales. En este sentido, se deberá ejercer especial control sobre las fuerzas militares, de inteligencia y seguridad. También es necesario limitar la participación en las instituciones políticas de las personas relacionadas, de forma directa o indirecta, con las vulneraciones de derechos, así como aplicar la inhabilitación a miembros de la judicatura vinculados a antiguos regímenes.

Junto con la inhabilitación, se pueden aplicar otro tipo de sanciones o medidas no penales, como pueden ser la retirada de licencia profesional o la negativa a obtener beneficios públicos.

Principio 5 - Conmemoración, educación y preservación de la memoria histórica

Los estados deben apoyar programas oficiales e iniciativas populares en memoria de las víctimas, para educar a la sociedad con respecto a la violencia política pasada y preservar la memoria histórica

Las conmemoraciones tendrán como objetivo honrar el honor y la dignidad de las víctimas vivas y fallecidas, reconocer su sufrimiento y humanidad. A nivel individual y colectivo pueden proporcionar reparación y ayudar a la reconciliación social. Los actos conmemorativos deben contar con las víctimas, pero dentro de un contexto de participación ciudadana que permita un proceso de compromiso social con el cambio y la memoria. Estos actos pueden ser impulsados por organismos oficiales, pero también por asociaciones, grupos sociales o iniciativas particulares. Ejemplo de estos serán: la construcción de monumentos, museos temáticos, homenajes en fechas señaladas, nombre a calles, etc.

Los Estados también deben mantener un compromiso con la educación, integrando en los programas de enseñanza materias que aborden las violaciones de derechos humanos y Derecho Humanitario, con la finalidad de que las nuevas generaciones sean conscientes de los hechos sucedidos, logrando crear una nueva cultura de paz y respeto.

Conjuntamente con lo anterior, el Estado tendrá como objetivo la preservación de la memoria histórica. Será fundamental para evitar que sea reescrita o negada, no olvidando lo sucedido como mejor garantía de no repetición. Para ello, se muestra de gran ayuda la difusión pública de las conclusiones de las comisiones de la verdad, así como la creación de archivos documentales, entre otras medidas.

Principio 6 – diferentes enfoques de acceso a la justicia y reparaciones a grupos indígenas y religiosos.

Los estados deben apoyar y respetar las tradiciones de los grupos indígenas y de otros grupos religiosos. Criterios sobre esas violaciones

Se deben valorar las tradiciones indígenas y los enfoque religiosos sobre justicia y reparación, si bien los Estados, la sociedad civil y las comunidades deben buscar un equilibrio entre la aplicación de estas

costumbres y la protección de los derechos fundamentales, en relación principalmente a las garantías al debido proceso.

En materia de reconciliación, son numerosas las comunidades indígenas y religiosas que desarrollan procesos rituales colectivos de deliberación pública, que permiten la reparación a la víctima y a la comunidad, y el restablecimiento de la relación con esta última, con Dios y las tradiciones. De esta forma se produce un reconocimiento de la responsabilidad, logrando la reparación de la víctima y la reintegración del victimario en el orden social.

Principio 7 – Reforma institucional y gobierno eficaz

Los estados deben brindar apoyo institucional a la reforma del estado de derecho, para restaurar la confianza pública, promover los derechos fundamentales y apoyar el buen gobierno

Los Estados deberán llevar a cabo reformas de calado que permitan la buena gobernanza de la nación. Deberán construir una nueva sociedad basada en el Estado de Derecho y los principios democráticos fundamentales. Para ello, será necesario ejecutar acciones como la reestructuración de las instituciones anteriores, reformas en la justicia, en la seguridad y otras que ayuden a la reconstrucción y democratización de la sociedad.

Con el fin de que estas reformas contribuyan a la prevención de la repetición de actos pasados, se deberán adoptar teniendo en cuenta la participación de las víctimas y demás sociedad civil en el debate sobre su adopción. Estas reformas institucionales deben estar diseñadas para perdurar en el tiempo, garantizando la defensa de los derechos humanos en el futuro.

Cuestión importante en estos procesos transitorios es el desarme de los grupos, la desmovilización de éstos y su reintegración. En cumplimiento de este principio, el Estado debe procurar estas actuaciones para facilitar que los grupos armados se vinculen a las políticas de justicia post-conflicto armado.

Junto con las reformas institucionales, se deberá ejercer un estrecho control sobre los cuerpos militares, de inteligencia y seguridad interior, que en todo caso deben operar bajo control y supervisión civil. Estos cuerpos recibirán formación educativa sobre derechos humanos y Derecho Humanitario, debiendo respetar sus principios básicos.

En el ámbito judicial, se debe garantizar la independencia, imparcialidad y eficacia de la justicia, así como el derecho al debido proceso. En los casos que se plantee, los Estados deben reconocer el valor de los mecanismos locales de resolución de conflictos como un elemento válido de Justicia Transicional.

Las reformas realizadas deben tener entre sus objetivos principales la lucha contra la corrupción, por lo que se favorecerá la transparencia en el funcionamiento de las instituciones y la rendición de cuentas.

Finalmente, los Estados deberán integrar el concepto de derechos humanos en todos los ámbitos de la gobernabilidad. Se ejecutarán políticas con ese objetivo, llevando a término las reformas sociales y económicas que permitan abordar las causas estructurales que se encuentran en la base de los conflictos. Asimismo, se destinará una protección especial a garantizar las libertades civiles y políticas de las personas.

3. Aplicación de la Justicia Transicional. Elementos básicos que deben darse para su aplicación

Una vez definida la Justicia Transicional y señalados los elementos básicos que la conforman, nos planteamos la siguiente cuestión ¿cuándo es factible recurrir a la aplicación de esta Justicia? ¿El contexto de violencia debe cumplir unos requisitos determinados? Responder a estas preguntas es fundamental para avanzar en el logro del objetivo planteado en la Tesis.

En los próximos subepígrafes analizaremos los que en nuestra opinión son los criterios principales que se vienen planteando como delimitadores del campo de aplicación de la Justicia Transicional. Como veremos a continuación, existen diferentes posturas entre la doctrina.

3.1.- Existencia previa de un conflicto, armado o violento, interno, cuyo objetivo es un cambio de régimen político

3.1.1.-Conflicto interno violento

Este elemento, "conflicto interno" de un Estado, se presenta en contraposición a los conflictos externos entre diferentes Estados. La diferencia entre ambos escenarios se muestra clara, pero no está exenta de debates sobre las reglas a aplicar en estos contextos, defendiendo algunos expertos, con base en la "teoría de la guerra", la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en ambos casos⁶⁴.

Ello nos lleva a abordar cuestiones determinantes sobre la naturaleza de este tipo de conflictos y la denominación "guerra irregular".

⁶⁴ Rama del Derecho Internacional Público, que tiene como objetivo evitar y limitar los efectos de los conflictos armados. Está compuesto por un conjunto de convenios internacionales y normas consuetudinarias, entre ellas Convenio de la Haya, Convenios de Ginebra y el de New York.

Como nos recuerda FRANCO en su artículo "Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral"⁶⁵, el artículo 3 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, común al Protocolo Adicional de las Convenciones del 12 de agosto de 1949, está formulado para ser aplicado en conflictos de ámbito no internacional y su finalidad será, también en estos casos, proteger a las víctimas⁶⁶. El texto convencional establece obligaciones que deberán cumplir las partes enfrentadas, por un lado el Estado y por otro una fuerza subversiva a éste pero de origen interno. Como dice la autora, la previsión realizada en el artículo 3 del Convenio rompe con la "estatalización de la guerra", y abre la posibilidad a que sea de aplicación el derecho de guerra a los casos en que el Estado se enfrente a otro agente jurídicamente desigual y de ámbito interno.

Siguiendo con este discurso, parece necesario acercarse a la definición de guerra, entendida ésta de forma genérica como un conflicto socio-político armado o conflicto bélico que enfrenta a dos o más Estados o bandos.

⁶⁵ FRANCO, "Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral", pág. 39 y ss.

⁶⁶ Artículo 3

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Volviendo con FRANCO, no hay duda de la aplicación de esta norma en conflictos no internacionales, pero el contenido del precepto aludido anteriormente no aborda otro tipo de elementos necesarios para la concreción del concepto, tales como las técnicas o armas utilizadas, los objetivos perseguidos o el tipo de estrategia utilizada, entre otras. Estas omisiones dificultan la aplicación del artículo 3 de la Convención y avalan las reticencias de los Estados que sufren conflictos internos⁶⁷.

Este tipo de violencia intra-estatal es denominada de diferentes maneras según diferentes autores: conflictos armados internos, conflictos de baja intensidad, guerras de tercer tipo y también guerras irregulares⁶⁸. De esta forma se pretende establecer la diferencia entre las situaciones de guerra convencional y otro tipo de confrontaciones violentas consideradas en parte similares por sus graves consecuencias, pero que no responden al concepto clásico de guerra, principalmente por ser conflictos no internacionales, es decir la actividad violenta se desarrolla dentro de los límites del Estado y por agentes internos.

Por ejemplo, THOMPSON establece cinco características definitorias de lo que se debe entender por conflicto de baja intensidad⁶⁹, a diferencia de lo que sucede en la guerra convencional: este tipo de enfrentamientos requieren de algo más que la fuerza para ser ganadas; El objetivo primordial del oponente es ganar la simpatía y el apoyo de la población civil, privando a la otra parte de su respaldo y de la legitimidad necesaria para su representación y defensa; El enfrentamiento entre las partes no se produce en lo que tradicionalmente se entiende por campo de batalla, ni bajo la apariencia de ejércitos regulares uniformados; Las actuaciones militares están supeditadas a las consideraciones políticas, ello tiene como resultado que las organizaciones políticas tienen mayor control sobre el

⁶⁷ FRANCO, "Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral", pág. 39

⁶⁸ FRANCO, "Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral", pág. 40

⁶⁹ FRANCO entiende que el concepto utilizado por THOMPSON es similar a la guerra de baja intensidad.

resultado de la guerra que las fuerzas militares; Por último, el autor llama la atención sobre el hecho de que cada conflicto es diferente, ello requiere para su abordaje de procedimientos especialmente diseñados para cada caso⁷⁰.

Otra característica de este tipo de guerras irregulares, así denominadas por FRANCO, y elemento destacado, es la *asimetría básica* entre las partes contendientes, en cuanto a *status jurídico y poder militar*. Como nos dice la autora, el escenario de partida es una clara superioridad política y militar del Estado, situación dada por la condición de regular de éste, frente a la parte sublevada –inferior en número de efectivos y recursos materiales- que tendrá como objetivo invertir esa situación. En estos casos, para poder superar esa inferioridad se aplica la *fuerza indirecta*⁷¹ que conlleva la utilización de estrategias irregulares que produzcan como resultado la deslegitimación del adversario⁷². Se busca el debilitamiento, la derrota del enemigo para la consecución del fin político, afrontando con esas tácticas no convencionales esa situación de desventaja. La utilización de este tipo de estrategias irregulares, tal y como afirma FRANCO, “*tiende a hacer más difusa la línea de batalla y a dificultar la distinción entre lo que es estrictamente militar y lo que no lo es*”. Se puede afirmar que, la dificultad de regular estos contenciosos, tal y como se ha llevado a cabo con las guerras convencionales, radica en este tipo de cuestiones. Con este obstáculo se enfrenta también la aplicación del artículo 3 de la Convención y los instrumentos jurídicos del Derecho Internacional Humanitario que regulan la guerra.

Nos enfrentamos a escenarios caracterizados por la utilización de estrategias de guerra no convencional, donde la violencia no se ejerce de

⁷⁰ THOMPSON, citado por FRANCO, “Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”, pág. 40; Citado por STEPHENS, ALAN; “The transformation of low intensity conflict”. Small wars and insurgencies Vol 5, N°2, Londres, 1994

⁷¹ TZU, SUN; The Art of War.

<http://classics.mit.edu/Tzu/artwar.html>

⁷² FRANCO, “Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”, pág. 43

Estado contra Estado sino *“de Estado contra ciudadano, de ciudadano contra Estado y ciudadano contra ciudadano”*, tales como la guerra de guerrillas, el terrorismo o la contrainsurgencia⁷³. Esta realidad lleva a concluir a FRANCO en la inaplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario para este tipo de conflictos y la necesidad de una nueva regulación de la guerra en su conjunto, proponiendo nuevos parámetros de humanización que puedan ser aplicables a los conflictos internos, reconociendo su especificidad política y militar⁷⁴.

Uno de los elementos destacados por la autora, que imposibilita a su juicio la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en este tipo de guerras irregulares es *“la protección a la población civil”* garantizada por los tratados internacionales aludidos. Entre las razones esgrimidas apunta las siguientes: dada la condición asimétrica de fuerzas entre los contendientes una de las partes recurre a las estrategias irregulares, con la consiguiente creación de unidades militares irregulares. Los enfrentamientos entre estas unidades militares y la contraparte no se llevan a cabo en el tradicional campo de batalla, con un enfrentamiento directo de las diferentes fuerzas, sino que se produce una flexibilidad en las tácticas militares y el centro de gravedad de la confrontación se desplaza de lo militar a la población civil. En efecto, uno de los elementos fundamentales de las guerras irregulares es la involucración de la parte civil, tanto como soporte, como víctima, dificultando de esta forma la aplicación de las reglas de distinción -entre combatiente y civil- y de proporcionalidad⁷⁵.

Esta reflexión elaborada por la autora con un objetivo diferente al buscado por este nuestro trabajo, nos lleva a ahondar en cuestiones esenciales relacionadas con el concepto de víctima que veremos más adelante y la dificultad para abordar en ocasiones la cuestión del

⁷³ FRANCO, *“Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”*, pág. 45

⁷⁴ FRANCO, *“Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”*, pág. 66

⁷⁵ FRANCO, *“Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”*, pág. 65

reconocimiento de su victimación a determinadas personas por concurrir en ellas, en algún grado, la condición de victimario.

Recapitulando, lo expuesto hasta este momento nos lleva a afirmar que el derecho de guerras no es el más adecuado para hacer frente a este tipo de conflictos violentos de carácter interno. Sin embargo, se puede afirmar que el desarrollo gradual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos así como del Derecho Penal Internacional - principalmente en la segunda mitad del siglo XX- y los mecanismos de Justicia Transicional, ofrecen a los Estados directrices adecuadas para el diseño de políticas tendentes a lograr y asentar la paz en sus procesos de transición. En este sentido, tal y como afirman BOTERO y RESTREPO, tiene una importancia fundamental que las políticas diseñadas para la transición respeten las directrices del derecho internacional, incorporadas por los Estados a sus ordenamiento jurídicos como resultado de la firma de los tratados. Estas pautas, se constituyen en reglas infranqueables, de su cumplimiento dependerá el éxito del proceso⁷⁶.

3.1.2.- Transición y cambio de régimen

Debemos partir del marco originario y natural de la Justicia Transicional, es decir "las transiciones políticas". Conforme a lo expresado por ALIJA FERNANDEZ éstas, con carácter general, se describen como el proceso de cambio de régimen político sucedido dentro de un Estado. Ese cambio político, puede afectar también a la esfera de lo social y/o jurídica⁷⁷.

⁷⁶ BOTERO, C/RESTREPO, E; "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en *¿Justicia transicional sin transición?* pág. 50

⁷⁷ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 111

Sin embargo, la autora recuerda que en el ámbito jurídico internacional no existe una definición precisa de "transición". Autores como AMBOS o TEITEL, se inclinan por un concepto amplio que deja a las claras un cambio de entorno, en este mismo sentido ENGELHART, señala que se puede tratar de un periodo prolongado de paz en una situación de postconflicto⁷⁸. En efecto, esta laguna propicia una interpretación amplia del concepto para incluir en él una gran variedad de procesos de cambio político diferentes al tránsito entre dictadura y democracia. Sin embargo, esa ambigüedad también representa un grave obstáculo cuando se utiliza como argumento por parte del Estado para negar su aplicación, alegando la ausencia de una transición entre regímenes⁷⁹.

En contraposición a los autores citados, ELSTER afirma que los mecanismos de Justicia Transicional - que él limita a los procesos de juicios, las purgas y la reparación-, se utilizan en contextos muy determinados, definidos como el tránsito de un régimen político a otro⁸⁰. Los escenarios señalados por el autor incluyen como ejemplos las sucesivas restauraciones de la democracia llevadas a cabo en Grecia en 411 y 403 aC, o la restauración de la monarquía borbónica en Francia a principios del siglo XIX posterior a las eras napoleónicas.

En nuestra opinión, calificar este tipo de contextos como de Justicia Transicional en aplicación de los parámetros que conforman la misma, es muy cuestionable. Realizamos esta afirmación ante porque lejos de referirse a la Justicia Transicional únicamente en procesos que transitan de

⁷⁸ Ver TEITEL, *Globalizing Transitional Justice*, pág. 3. También AMBOS, "The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC", pág. 21 y 22 y ENGELHART, "Objetivos de la Justicia de Transición", pág. 35

⁷⁹ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 111 y 112

⁸⁰ ELSTER, y su libro *Rendición de cuentas. La Justicia Transicional en perspectiva histórica* define la justicia transicional como "los procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de transiciones de un régimen político a otro". Los casos seleccionados por el autor suceden todos ellos en un contexto de cambio de régimen político dentro de un Estado, en su opinión éste será uno de los aspectos fundamentales de su Justicia Transicional.

regímenes dictatoriales a la democracia, el autor acepta también la aplicación de los tres elementos citados por él en otro tipo de cambios políticos, alejados de la búsqueda de las garantías de los derechos de las y los ciudadanos. Es decir, ELSTER califica diferentes episodios históricos como casos de Justicia Transicional cuando en los supuestos en cuestión se aplican los tres elementos citados en un contexto de cambio de régimen político, sin tener en cuenta otros aspectos fundamentales de la Justicia Transicional contemporánea como es la centralidad de las víctimas y el avance hacia sociedades que respeten los derechos fundamentales de las personas⁸¹.

Ciertamente, es innegable que a lo largo de la historia se han producido innumerables ejemplos de conflictos violentos, sucedidos en sociedades en evolución y con consecuencias dramáticas para su población, conflictos donde se han aplicado diferentes mecanismos que permitieron avanzar hacia sociedades más justas y democráticas o retroceder hacia estados totalitarios. Enfrentando la postura defendida por ELSTER, la nueva Justicia Transicional que se viene acuñando desde aproximadamente 30 años tiene un significado diferente al señalado por el autor, donde si bien la esencia de la misma estará basada en el cambio, se discrepa con los anteriores modelos de resolución de conflictos fundamentalmente en cuanto a las prioridades marcadas: el derecho de las víctimas, la cuestión de la verdad, la reconciliación o la responsabilidad legal y moral. Será a partir de ahora cuando estas cuestiones se convertirán en elementos esenciales e irrenunciables en las negociaciones de paz⁸².

⁸¹ Recordemos el nacimiento de la victimología como ciencia en los años 70. La centralidad de la víctima en los procesos de justicia transicional como elemento nuclear de la misma y el reconocimiento de esta figura a partir del Simposio de Jerusalén que constituye, en mi opinión junto con otros acontecimientos, el sustrato de donde nacerá la Justicia Transicional actual.

⁸² INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE, *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, pág. 6 y 7

En síntesis, efectivamente, también esta nueva Justicia en sus inicios (años 80) se destinó a tratar en exclusiva los conflictos violentos derivados de transiciones políticas en sentido estricto – dictadura a democracia-. Sin embargo, el enfoque creativo, flexible e innovador que la caracteriza ha propiciado su aplicación con éxito en otro tipo de escenarios, en otra clase de tiempos de transición, como por ejemplo en conflictos políticos violentos desarrollados en sociedades dotadas de garantías de respeto a los derechos fundamentales de las personas⁸³. En efecto, este tipo de justicia se viene aplicando también en escenarios políticos democráticos, caracterizados por el padecimiento de una violencia de baja intensidad pero sostenida en un periodo largo de tiempo. Son las denominadas “democracias en conflicto” donde el objetivo no es la ruptura con un régimen autoritario anterior, la finalidad fundamental será la resolución del conflicto violento que persiste en el tiempo y el perfeccionamiento del sistema de garantías y derechos⁸⁴. Podemos denominarlas “transiciones” a la paz, que pueden venir acompañadas de ciertos cambios políticos, como por ejemplo el restablecimiento de la Autonomía en Irlanda del Norte.

Por lo tanto, no se duda del hecho de que es factible la aplicación de la Justicia Transicional en “democracia”, en referencia a situaciones de violencia padecidas durante un largo periodo donde las consecuencias para la población han sido muy graves y los mecanismos de justicia ordinaria no pueden dar solución a todas las cuestiones que, con base en las exigencias derivadas de un régimen garante de los derechos humanos, necesariamente se deben hacer frente⁸⁵.

⁸³ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ BONET, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, pág. 110.

⁸⁴ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ BONET, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, pág. 115. “Democracias en conflicto” es un término acuñado por Fionnula Ní Aoláin y Colm Campbell en “The Paradox of Transition in Conflicted Democracies”, pág. 172-213

⁸⁵ OLASOLO, H; *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, pág.

Plantear esta posibilidad no es una cuestión baladí y de ella se deriva, en gran medida, las reticencias de algunos Estados democráticos con conflictos violentos persistentes para utilizar mecanismos de Justicia Transicional. En definitiva, aceptar la aplicación de esta justicia conlleva asumir que las bases mismas del estado de derecho no están bien cimentadas: cuestiona la legitimidad del Estado, la capacidad del ordenamiento jurídico vigente y la eficacia de las instituciones. Pero fundamentalmente es admitir la responsabilidad del Estado frente a las vulneraciones de derechos humanos sucedidas en democracia.

Sin embargo, democracias de larga trayectoria han aplicado estos mecanismos, piénsese por ejemplo en el caso de Colombia o el Reino Unido e Irlanda con el conflicto norirlandés. La efectividad de este tipo de Justicia para lograr extender el respeto a los derechos humanos pese a las limitaciones estructurales y legales de los diferentes contextos, la ha llevado a ser de utilidad y aplicación en otros escenarios como los señalados anteriormente⁸⁶. Nuevamente, se impone el pragmatismo y la flexibilidad.

En conclusión, nos inclinamos por no se requiere que la violencia ejercida en el conflicto tenga conexión con cambio de régimen u orden político para que sea pertinente recurrir a mecanismos de Justicia Transicional⁸⁷.

⁸⁶ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ BONET, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, pág. 95

⁸⁷ SEALS, "Capítulo 1. La restitución de la confianza cívica mediante la justicia transicional", pág. 22

3.2.- Violaciones graves de derechos humanos

La violencia ejercida en este tipo de conflictos internos se caracteriza por índices de victimación y de impunidad muy altos. El problema suele ser de tal magnitud que la justicia ordinaria se muestra impotente para dar respuesta. A ello se debe sumar otras cuestiones fundamentales, como la gravedad de los delitos cometidos y la autoría de los mismos. Estos dos últimos elementos -gravedad y autoría- requieren de mayor explicación.

La utilización de mecanismos de Justicia Transicional viene siendo justificada para contextos caracterizados por la gravedad de las vulneraciones de derechos humanos sucedidas. Es en este elemento "gravedad del acto" en el que se aprecia una falta de concreción, derivada principalmente por los términos utilizados para su descripción. Por ejemplo, la expresión "violaciones graves de derechos humanos" es utilizada por Naciones Unidas en diferentes contextos, sin ofrecer una descripción exacta de su contenido y, en consecuencia, sin señalar la diferencia entre una "violación" y "una violación grave"⁸⁸. Esta cuestión ya fue planteada por Cherif Bassioni en 1998 en su informe sobre el derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y las libertades fundamentales⁸⁹. BASSIONI en ese texto reprocha la falta de coherencia con respecto al significado

⁸⁸ La primera vez que Naciones Unidas utilizó "Graves violaciones de Derechos Humanos" en el texto original en inglés "gross violations" traducido al castellano como "violaciones notorias" fue en la resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada el 6 de junio de 1967, apartado 2: "Autoriza a la Comisión de Derechos Humanos y a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de conformidad con lo previsto en la resolución 8 (XXIII) de la Comisión, a examinar la información pertinente sobre violaciones notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales que ilustran la política de apartheid practicada en la República de Sudáfrica y en el Territorio del África Sudoccidental bajo la responsabilidad directa de las Naciones Unidas y ocupado ilegalmente en la actualidad por el Gobierno de la República de Sudáfrica, y la discriminación racial que se practica especialmente en Rhodesia del Sur, información que figura en las comunicaciones consignadas en la lista preparada por el Secretario General de conformidad con la resolución 728 F (XXVIII) del Consejo Económico y Social, de 30 de julio de 1959";

⁸⁹ E/CN.4/1999/65

exacto de algunos términos de ese conjunto de palabras, afirmando el autor que la ausencia de una definición jurídica del concepto ocasiona importantes problemas de interpretación. En efecto, los diversos textos existentes emanados de Naciones Unidas no aclaran esta cuestión. En sus informes, es usual encontrar diferentes palabras para calificar hechos violentos similares como “violación” y “grave violación”, “violación seria”, “flagrante” o “manifiesta”, que no dejan claro la diferencia entre el grado de gravedad de la acción punitiva.

En 1993, Theo Van Boven, Relator de Naciones Unidas, en su informe titulado *“Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”* identifica ciertas conductas que requieren particular atención por ser violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre las que incluye: el genocidio; la esclavitud y prácticas similares; las ejecuciones sumarias o arbitrarias; la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; la desaparición forzada; la detención arbitraria y prolongada; la deportación o el traslado forzoso de poblaciones; y la discriminación sistemática, en particular por motivos de raza o sexo⁹⁰.

Tampoco la Justicia Transicional es ajena a esta confusión cuando se hace referencia al tipo de violencia a la que debe hacer frente. En muchos textos se plantea su aplicación en un contexto de comisión de “graves violaciones de derechos humanos” o de “violaciones a gran escala de derechos humanos”⁹¹. En otros, sin embargo, se utiliza la expresión “abusos a gran escala” al referirse al tipo de violencia padecida en los conflictos donde es pertinente su utilización.

⁹⁰ E/CN.4/Sub.2/1993/8

⁹¹ SEALS, “Capítulo 1. La restitución de la confianza cívica mediante la justicia transicional”, pág. 22

Sobre la utilización de ambos términos “violación o abuso” se plantea un problema de interpretación en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ambos se utilizan en ocasiones indistintamente, como sinónimos, pero sin embargo este planteamiento no es correcto, existe una diferencia fundamental: la autoría.

Sobre esta cuestión, nuestra reflexión debe girar en torno a la siguiente pregunta: ¿es necesario establecer de forma rígida en qué contexto de violencia se puede aplicar esta forma excepcional de justicia o, por el contrario, la flexibilidad debe seguir imperando en la Justicia Transicional?

Antes de abordar esta cuestión debemos aclarar con mayor detalle cuándo un acto de violencia cualquiera puede ser considerado una “violación” de derechos humanos. La Defensoría del Pueblo de Colombia en una serie de textos divulgativos incluye la siguiente definición:

*“Por violación a los Derechos Humanos debe entenderse toda conducta positiva o negativa mediante la cual un agente directo o indirecto del Estado vulnera, en cualquier persona y en cualquier tiempo, uno de los derechos enunciados y reconocidos por los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.*⁹²

Esta definición es adoptada por el Centro de Investigación y Educación Popular de Colombia (CINEP) en su documento de elaboración del marco conceptual del Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política. En su descripción y análisis se diferencian dos

⁹² Defensoría del Pueblo de Colombia; “Algunas Precisiones sobre la Violación de los Derechos Humanos en Colombia”, Serie Textos de Divulgación, Santafé de Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1993, No. 2, Citado por Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP); *Marco Conceptual. Banco de Datos de Derechos y Humanos y Violencia Política*, pág. 8

elementos específicos y fundamentales para tipificar un acto de violencia como una violación de derechos humanos:

En primer lugar la autoría estatal, el autor de la conducta positiva o negativa debe ser un agente del Estado con intervención directa o indirecta en el acto.

Junto con este primer elemento se debe cumplir el requisito de que el derecho vulnerado en cuestión debe estar recogido en alguno de los tratados internacionales de derechos humanos⁹³.

Sobre el móvil o finalidad de la conducta, el CINEP concluye que estos no modifican su calificación y que, por lo tanto, será indiferente que se cometa el hecho violento por motivo de persecución política, por intolerancia social o por abuso o exceso de autoridad⁹⁴.

Conforme a este planteamiento, la o el autor de una violación de los derechos humanos solo puede ser el Estado. Es también el Estado el responsable de que se respeten y promuevan los derechos fundamentales. Tener en cuenta ambas cuestiones no es baladí.

En ocasiones, se ha llegado a poner al mismo nivel de gravedad las acciones violentas llevadas a cabo por el gobierno y las ejecutadas por organizaciones armadas no institucionales, como por ejemplo en Colombia o en El Salvador. Esta equiparación ha preocupado seriamente a las organizaciones de defensa de los derechos humanos. Estas manifestaciones han llevado a HUHLE a plantear si la violación de los derechos humanos es un "privilegio" de los Estados o por el contrario puede haber otros autores responsables.⁹⁵

⁹³ Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP); *Marco Conceptual*, pág. 8

⁹⁴ Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP); *Marco Conceptual*, pág. 8

⁹⁵ HUHLE, *La violación de los derechos humanos ¿Privilegio de los Estados?*; KO'AGA ROÑE'ETA, <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>

Se debe de recordar que el Estado, visto como legítimo representante del bien común, es a su vez el único garante de los derechos de las y los ciudadanos. Partiendo de esta afirmación, el calificar un acto que atenta contra los derechos humanos como “violación” radicará en la autoría. En efecto, en estos casos el Estado-autor en su condición de garante único de los derechos humanos hace que la calificación de ese hecho sea más reprochable. Como decimos, esta gravedad viene derivada de la legitimidad formal del Estado y de la responsabilidad que tiene en la defensa y garantía de los derechos de las personas⁹⁶. En otras palabras, el Estado detenta una responsabilidad mayor porque está actuando contra su propia legitimidad, contra su propia “natura”, que tiene su base en la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos los derechos fundamentales.

Negar la diferencia que la autoría imprime en la calificación del hecho implicaría, tal y como dice la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz de Colombia, aceptar la legitimidad de otras fuerzas diferentes a las del Estado para garantizar los Derechos Fundamentales a sus ciudadanos⁹⁷. La Comisión concluye que ello nos haría llegar a una especie de “Feudalismo jurídico” donde el ciudadano optaría por la opción que le ofreciera mejores garantías de protección de sus derechos fundamentales, creándose grupos desiguales y, en consecuencia, la destrucción del Estado de Derecho.

Sin embargo, HUHLE en su artículo afirma que para las víctimas es indiferente la calificación del acto vulnerador de los derechos humanos según la autoría (Estado o ciudadano particular) y que estas disquisiciones les resultan incomprensibles. Continúa el autor afirmando que desde la óptica de la víctima, el efecto de un mismo acto ilícito puede ser incluso

⁹⁶ HUHLE, *La violación de los derechos humanos ¿Privilegio de los Estados?*, pág. 3

⁹⁷ HUHLE, *La violación de los derechos humanos ¿Privilegio de los Estados?*, pág. 3

peor en el caso de que el Estado, con su inactividad, permitiera la comisión del acto aunque éste fuera llevado a cabo por un particular, en clara referencia a situaciones donde la justicia y la policía no enfrentan el delito.

Sin duda, la omisión del deber de garantizar la seguridad y perseguir el hecho delictivo es sancionable e indignante para las víctimas. Como bien se ha recogido supra, el Estado como actor internacional y legítimo representante del bien común, tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales a sus ciudadanos y, como bien afirma HUHLE, si por omisión permite la comisión de delitos por parte de particulares estará incumpliendo con su mandato y, en consecuencia, violando los derechos de las personas. Sin embargo, sigue sin ser el autor del delito que ha originado la victimación directa, si bien se le puede atribuir la responsabilidad de la doble victimación o victimación sobrevenida como consecuencia de esa inactividad del Estado.

En todo caso, debemos afirmar que la gravedad es mayor cuando, el autor-Estado, desde su posición prevalente, no solo incumple sus obligaciones sino que niega de facto la posibilidad a la víctima de hacer valer sus derechos. Es decir, no podemos olvidar que es el Estado quien dispone de todos los mecanismos de investigación y de justicia, lo que a su vez le permite garantizar la impunidad de sus propios actos ilícitos. Por ello, desde la óptica de la víctima, si bien el daño físico e incluso psicológico puede ser igual, independientemente de la autoría, es indudable que el acceso a la verdad, justicia y a la reparación se presenta con mayores dificultades cuando es el Estado el responsable directo de esos actos.

Dicho lo anterior, es completamente comprensible que, desde la mirada de la víctima, la autoría no sea lo más relevante. Pongamos como ejemplo la muerte de dos personas, la primera a manos de una organización paramilitar, la segunda de la policía de forma ilícita, por lo tanto nos encontramos ante dos asesinatos de autoría diferente. En

consecuencia y aplicando lo anteriormente expuesto, en el primer caso tendríamos que calificar el hecho como una vulneración del derecho a la vida, por el contrario, en el segundo supuesto se podría calificar como violación del derecho a la vida. Esta utilización de los términos jurídicos puede ser incomprensible para los familiares de la primera víctima quienes pueden interpretar esa diferencia como una degradación de la importancia de la vida y la muerte de su ser querido.

Sin embargo, la autoría es un elemento clave del derecho penal, si bien el resultado, derecho vulnerado, puede ser el mismo. Los textos de reconocimiento de los derechos de las víctimas emanados de Naciones Unidas son elaborados en función de esa diferencia: la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985⁹⁸, aprobará la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso del poder. Este texto, si bien se refiere exclusivamente a las víctimas de delitos y de abuso del poder, desarrolla un concepto de "víctima" que será asumido por diferentes instrumentos internacionales y cuyos elementos esenciales serán: personas que, tanto de forma individual o colectiva, hayan sufrido daños como consecuencia de las acciones u omisiones que infrinjan la legislación penal del Estado; también sus familiares más cercanos; el concepto de daño abarcará a las lesiones físicas o mentales, pero también la pérdida financiera o al menoscabo sustancial de los derechos humanos; y, en última instancia, la consideración de víctima no dependerá de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena del perpetrador, ni de la no existencia de relación familiar entre éste y la víctima, sino fundamentalmente del daño sufrido.

Posteriormente, trascurridas dos décadas desde la publicación de aquel primer texto, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobará por

⁹⁸ Sobre origen y evolución de la Víctimología, BERISTAIN, "¿La sociedad/judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos?", pág. 166 y ss.

Resolución de 60/147 de 16 de diciembre de 2005, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recurso. Este texto asume el concepto de víctima amplio introducido por los Principios de 1985 y caracterizado por sujetos individuales o colectivos que sufren directa o indirectamente daños físicos o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales. Sin embargo, la diferencia sustancial se introduce con respecto al hecho causante de la victimación, en este caso serán las acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario y no, como en el caso de los Principios de 1985, de la legislación penal del Estado.

Por lo tanto, volviendo a lo dicho por HUHLE, se denominan "violaciones de derechos humanos" no un determinado tipo de actos crueles e inhumanos, como puede ser la tortura, sino una autoría concreta, en este caso la correspondiente al Estado y sus agentes.

¿Esta diferencia limita la aplicación de la Justicia Transicional? Pese a que en sus inicios su utilidad se circunscribía a transiciones de regímenes dictatoriales a la democracia, contextos en los que era el Estado el mayor responsable de las vulneraciones cometidas y, por lo tanto, consideradas violaciones de derecho humanos, actualmente, como se ha venido explicando en otros apartados, la evolución y flexibilidad de este nuevo tipo de justicia la vincula a otros contextos diferentes, como por ejemplo las "democracias en conflicto". En efecto, en los conflictos violentos a los que se enfrenta la Justicia Transicional también se cometen actos atroces por parte de particulares, u organizaciones opositoras a las dictaduras y a los poderes legítimos vigentes, que con la violencia han podido ocasionar graves daños a la población.

Por ello se puede afirmar que, limitar la aplicación de mecanismos de Justicia Transicional a situaciones donde se hayan producido graves violaciones de derechos humanos, dejando a un lado otros actos ilícitos por motivo de la autoría, sería contraproducente al espíritu y finalidad de esta modalidad de justicia, que busca un tratamiento integral del problema y donde la víctima (todas ellas) ocupa un espacio central en el proceso de resolución.

Por último, recordar lo dicho por AMBOS cuando afirma que la Justicia de Transición se enfrenta a problemas similares a los que hace frente la justicia ordinaria, si bien la diferencia entre ambas radica en que la primera se ocupa de abusos a gran escala de especial gravedad ocurridos en el pasado⁹⁹. Compartiendo esta afirmación, sin embargo en nuestra opinión, uno de los elementos que determina la necesidad de recurrir a mecanismos de Justicia Transicional para superar las dificultades en la aplicación de la justicia ordinaria será “la autoría estatal” de una gran parte de los hechos ilícitos a los que se deben hacer frente en el proceso de construcción de una sociedad en paz. No podemos obviar el hecho de que el Estado utiliza el sistema de justicia para luchar contra los delitos cometidos con independencia de la autoría y sean estos o no a gran escala pero, en estos contextos de inestabilidad el verdadero problema se presenta cuando se deben enjuiciar las violaciones de derechos humanos.

Para finalizar con este apartado y continuando con AMBOS, la referencia del autor a la cantidad de las vulneraciones sufridas, calificadas de “gran escala”, no es una cuestión desdeñable para la Justicia Transicional. En este mismo sentido OLASOLO afirman que es la cuestión principal que delimita el ámbito de actuación de la Justicia Transicional, de sus objetivos y los mecanismos que se deben utilizar¹⁰⁰.

⁹⁹ AMBOS, *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, pág. 28

3.3.- Implicación de las partes en la construcción de la paz ¿Quién debe tomar parte en la adopción y desarrollo de los mecanismos de JT?

Tal y como plantea ELSTER, existen dos tipos de procesos de Justicia Transicional: En primer lugar están los impulsado por el propio estado que ha sufrido el conflicto, denominados por el autor como procesos de Justicia Transicional endógena; En segundo lugar, por el contrario, los supuestos promovidos y apoyados por gobiernos u potencias extranjeras, a los que se refiere como Justicia Transicional exógena¹⁰¹. Como ejemplos del primer grupo se citan el caso de Sudáfrica o Rumanía. En el segundo grupo, entre los casos más recientes, se recogen el de la República Democrática Alemana.

En esta ocasión, ELSTER en referencia a regímenes que transitan de la autocracia a la democracia, plantea una nueva división en dos grupos, los regímenes autocráticos endógenos (como España y la dictadura franquista, la Grecia de los coroneles o la Sudáfrica del apartheid)¹⁰² y los regímenes autocráticos exógenos (Argelia bajo la influencia francesa o Hungría y la Unión Soviética).

Recordemos que el autor en ningún momento aborda la posibilidad de llevar a cabo procesos de Justicia Transicional, endógena o exógena, en contextos con democracias asentadas o en países con estructuras democráticas perdurables que sufren conflictos violentos.

¹⁰⁰ Así lo manifestó en la conferencia emitida en la Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho, invitado por el Instituto Vasco de Criminología el 19 de diciembre de 2016, en el desarrollo de Las Jornadas sobre el proceso de paz en Colombia.

¹⁰¹ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 93, Cuadro 3.1

¹⁰² Es cierto que Elster sí analiza el proceso de transición español y lo incluye en el grupo de "Regímenes autocráticos endógenos con procesos de transiciones endógenas". Sin embargo, al referirse a ese periodo de tiempo desde la muerte del dictador, dice textualmente en la página 80, que "El caso español es único dentro de las transiciones a la democracia, por el hecho de que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional".

Lo dicho en los párrafos anteriores plantea una cuestión muy debatida en la práctica, se trata de la conveniencia o no de la internacionalización de estos procesos transitorios. Autores como CARSTEN STAHN afirman que cierto grado de intervención externa puede ser útil a la hora de superar lagunas internas de los Estados sobre capacidad y legitimidad, como por ejemplo en referencia al sistema de justicia, cuando éste no se encuentra restaurado de forma adecuada¹⁰³. En sus conclusiones, destaca el hecho de que la relación entre la justicia penal internacional y la justicia interna de los Estados ha cambiado, ya no se muestran enfrentadas sino que, por el contrario, son mutuamente interdependientes, que están dotadas de sistemas que se superponen y complementan facilitando los procesos de transición. Dice el autor que el éxito de esta relación estará supeditado al cumplimiento de dos requisitos: en estos casos las estructuras internas deben ser flexibles y permitir la externalización temporal durante el periodo de transición; en segundo lugar, los marcos institucionales externos deben de facilitar e impulsar que los actores locales adopten sus propias soluciones, respetan de esta forma la autonomía y necesidades locales¹⁰⁴.

Sin embargo, una de las cuestiones más importantes en el logro de la paz y el afianzamiento de ésta será lograr que las políticas de Justicia Transicional tengan un alto grado de legitimidad, en otras palabras, que estén plenamente respaldadas por los representantes políticos que se encuentran dentro y fuera del gobierno y también apoyadas por la sociedad civil. Para ello, el Estado deberá diseñar un plan integral y flexible que le permita poner en práctica estas políticas y que tenga en cuenta las demandas específicas de la realidad local. Las medidas planteadas en ese

¹⁰³ Ver también BASSIOUNI, *Los Principios de Chicago*; DAVIS, *EU Foreign Policy, Transitional Justice and Mediation*, pág. 21 y ss.; RETTBERG, "Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de la paz y Justicia Transicional", pág. 4 y ss.

¹⁰⁴ CARSTEN, "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional", pág. 135

plan deberán intentar maximizar la acción de la justicia, reduciendo al mínimo la impunidad así como proporcionar reparación a las víctimas¹⁰⁵.

Ciertamente, como veremos más adelante, el impulso de la sociedad civil y un consenso político suficiente para legitimar la decisión – por su puesto cuanto más amplio mejor- se presentan como elementos imprescindibles para poner en práctica los mecanismos de Justicia Transicional

3.4.- Planteamiento de intervención global: pasado, presente y futuro

En un contexto de resolución de conflicto se establecen diferentes planos temporales a los que se deben destinar mecanismos adecuados que permitan la consolidación de la paz.

En referencia al periodo de tiempo que se somete a examen. La necesidad de afrontar el pasado - *dealing with the past* –, llevando a cabo su revisión con la mirada puesta en la víctima, con el reconocimiento de sus derechos y con el objetivo de evitar la impunidad de las vulneraciones sufridas, será uno de las claves para el futuro¹⁰⁶.

Para analizar estas cuestiones, la revisión del pasado y la lucha contra la impunidad, debemos partir del hecho de que la Justicia Transicional se sustenta sobre la base de tres principios fundamentales: derecho a la verdad, derecho a la justicia y derecho a la reparación, a ellos se debe sumar también la garantía de no repetición.

¹⁰⁵ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE, AND MORE: *"The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, pág.8

¹⁰⁶ DAVIS, *EU Foreign Policy, Transitional Justice and Mediation*, pág.16, ENGELHART, "Objetivos de la Justicia Transicional", pág. 41 y ss. SEILS, "La restauración de la confianza cívica mediante la Justicia Transicional". Pág. 21 y ss.

Estos principios fueron elaborados y desarrollado por Joinet en 1996 en su informe titulado *Los principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad*¹⁰⁷, documento realizado por encargo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la ONU, para abordar la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos tanto civiles como políticos¹⁰⁸. Estos principios serán estudiados en el siguiente epígrafe.

El presente es el momento en que se toman las decisiones y se diseña el plan de actuación. Será en ese momento cuando se busque garantizar a la víctima el Derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Las medidas de no repetición se destinarán a garantizar que en el plano temporal "futuro", cuando el conflicto violento se de por zanjado, no existan elementos que permitan y o justifiquen una vuelta a la violencia.

Es importante no olvidar el carácter temporal de la Justicia Transicional. ELSTER habla de la dimensión temporal estableciendo diferentes tipos: la Justicia Transicional inmediata, cuando ésta se aplica poco tiempo después del inicio de la transición y finaliza en un plazo aproximado de no más de cinco años. La Justicia Transicional prolongada, que como la anterior, su aplicación se inicia de forma inmediata pero se perpetúa por un largo periodo de tiempo hasta la resolución de todos los problemas. También establece otra tipología: la Justicia Transicional de segunda ola, sucede cuando después de un periodo de Justicia Transicional inmediata, se produce un periodo de tiempo en el que no se aplica ninguna medida, para posteriormente, transcurridos unos años (incluso décadas), los procesos de Justicia Transicional vuelven a ser aplicados. Otra categoría será la Justicia Transicional pospuesta, en este supuesto las primeras

¹⁰⁷ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II. Versión original en francés e inglés. Traducción al castellano consultada, realizada por el Equipo Nizkor.

¹⁰⁸ Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 octubre de 1997.

<http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

medidas se adoptarán pasados muchos años desde el inicio de la transición (el autor habla de 10 años o más)¹⁰⁹. Sobre este último modelo volveremos más adelante, en el epígrafe 4 del presente Capítulo en relación al caso español.

Señalar, a modo de ejemplo paradigmático, el caso de Alemania donde los procesos de Justicia Transicional empezaron después de finalizar la guerra y continúan en el presente¹¹⁰.

3.5.- Los principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad

Recordando lo ya señalado en este epígrafe 1.2, en 1991 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías, integrada en la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, decide encargar a dos de sus miembros, MM. El Hadji Guissé y M Louis Joinet, un Estudio sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos". En el proceso de elaboración del citado documento, se optó por dividir en dos el trabajo propuesto, por un lado MM. El Hadji Guissé realizaría un informe referido a las violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales, mientras M Louis Joinet sería el encargado de elaborar un documento sobre las violaciones graves de los derechos civiles y políticos.

La necesidad de ambos estudios nace de la preocupación que surge tras la constatación de la deriva de los procesos de resolución de conflictos hacia la adopción de mecanismos que permiten la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos, principalmente las leyes de amnistía. Este hecho es revelado previamente en informe realizado en

¹⁰⁹ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 95 y 96

¹¹⁰ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 73

1985 por Joinet sobre la legislación de amnistía, texto citado anteriormente. En efecto, lo que en los años 70 fuera una reivindicación de amplios sectores democráticos para la puesta en libertad de los prisioneros políticos en regímenes dictatoriales, va evolucionando hasta convertirse en una garantía de impunidad. Son las “leyes de auto-amnistías” dictadas por los gobiernos ilegítimos, violadores de derechos humanos, con el objetivo de garantizar la impunidad de sus miembros en un nuevo escenario político y social.

Los principios recogidos en este documento se consagrarán como el marco general de la estrategia para la lucha contra la impunidad en multitud de procesos de resolución de conflictos y negociaciones de paz¹¹¹, impunidad definida por el autor de la siguiente manera:

“La impunidad se define por la ausencia, de iure o de facto, de la imputación de la responsabilidad penal de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de su responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, de modo que aquéllos escapen a toda investigación tendente a permitir su imputación, su arresto, su juzgamiento y, en caso de reconocerse su culpabilidad, a su condena a penas apropiadas, y a reparar los perjuicios sufridos por sus víctimas.”

Estos principios jurídicos internacionales que analizaremos a continuación, llegarán a convertirse en estándares de respeto a los derechos humanos y proporcionaran a los Estados que se encuentran procesos de transición, pautas objetivas sobre las que podrán guiar sus pasos para lograr la superación del conflicto¹¹². En 2004 la Comisión de Derechos Humanos resuelve sobre la necesidad de actualizar estos

¹¹¹ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, párrafo 46

¹¹² BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 109

Principios conforme a la evolución del derecho y de la práctica internacional¹¹³. El nuevo texto actualizado confirma y preserva prácticamente en su totalidad los Principios elaborados por Joinet, siendo una de sus mayores aportaciones aclarar determinados aspectos de su aplicación en un contexto actual diferente, derivado de la evolución sufrida por el derecho internacional en los años precedentes. El informe realizado por ORENTLICHER constata la importancia que los Principios han tenido para el logro de importantes progresos contra impunidad, si bien estos cambios serán el motivo principal que exige la actualización de los mismos, en aras de hacer frente a la nueva situación ¹¹⁴. Entre los logros alcanzados, destacan los siguientes ejemplos: *“enjuiciamiento de los responsables en países que han soportado la devastación producto de una dictadura; una nueva clase de tribunal, en que se combinan elementos nacionales e internacionales, ha pasado a formar parte del lenguaje de las instituciones concebidas para impartir justicia por crímenes atroces; los Estados han cooperado para asegurar el enjuiciamiento de funcionarios de los más altos niveles del gobierno ante tribunales internacionales, internacionalizados y nacionales; y los gobiernos y la sociedad civil han ido adquiriendo una gama creciente de instrumentos de lucha contra la impunidad.”*

3.5.1.- Derecho a la verdad

Los primeros antecedentes del derecho a la verdad se sitúan en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario sobre la segunda mitad del siglo XIX. Serán los familiares de los combatientes desaparecidos durante las batallas los que persistiendo en la reivindicarán del derecho a conocer el paradero de sus seres queridos lograrán su reconocimiento en la Conferencia Internacional de París de 1867 y la Conferencia Internacional de Berlín de 1869. Desde entonces, el deseo de “saber” se reconoce como

¹¹³ Resolución 2004/72

¹¹⁴ Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1.

una necesidad humana básica que debe ser satisfecha¹¹⁵. Esta idea se ha venido asentando y es reconocida en *24th International Conference of the Red Cross, Manila, 7–14 November 1981, Resolution II. Forced or involuntary disappearances*¹¹⁶. En efecto, hoy en día es incuestionable que “La verdad es fundamental para la dignidad inherente del ser humano”¹¹⁷.

Conforme a estos orígenes, el significado inicial del derecho a la verdad fue conocer el destino y paradero de estas personas.¹¹⁸ Su posterior evolución le llevará a incluir nuevos elementos en su contenido y ampliar la aplicación material que permitirá su reconocimiento a todas las violaciones manifiestas de derechos humanos y también a las infracciones graves del derecho internacional humanitario¹¹⁹.

JOINET, en sus Principios, presenta la Verdad entendida como un derecho individual de la víctima pero también como un derecho colectivo del conjunto de la sociedad. Posteriormente, ORENTLICHER en su actualización, corrobora la vigencia de ambas dimensiones, con base la evolución de la jurisprudencia internacional y la práctica de los Estados¹²⁰.

El Informe ACNUDH establece como contenido del derecho a la verdad los siguientes elementos:

- el conocimiento pleno y completo de los hechos,
- la identificación de las personas que participaron en ellos,
- las circunstancias específicas en las que se practicaron las violaciones de derechos humanos,

¹¹⁵ General Assembly resolutions 3220 (XXIX), consultar este documento en:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/738/22/IMG/NR073822.pdf?OpenElement>

¹¹⁶ Documento que se puede consultar en: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_Nov-Dec-1981.pdf página 318 y ss.

¹¹⁷ ACNUDH, *Estudio sobre la verdad*, párr. 57 (Conclusiones)

¹¹⁸ ACNUDH, *Estudio sobre la verdad*, párr. 38

¹¹⁹ ACNUDH, *Estudio sobre la verdad*, párr. 33 y 34

¹²⁰ Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1. pág. 10 y 11

- así como la motivación de estas acciones.

El derecho a la Verdad es independiente al ejercicio de las diferentes acciones que pueda proporcionar el sistema de justicia a las víctimas y sus familiares, se presenta de esta forma como un derecho imprescindible¹²¹.

La búsqueda de la verdad debe convertirse en el objetivo primordial de las instituciones que deben impulsar la investigación de las violaciones sucedidas en el pasado. Esa labor de investigar debe dar luz sobre la parte de verdad que se negó hasta ese momento, teniendo en cuenta la dignidad a las víctimas y de sus familiares¹²² *Los Principios y directrices básicos sobre el derechos de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recurso y obtener reparación*¹²³ precisan que la investigación de este tipo de vulneraciones debe ser eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso deberá adoptar las medidas correspondientes contra los responsables.

Esta función, deberá ser realizada por entes, no necesariamente de carácter judicial, que garanticen su independencia e imparcialidad. En el desarrollo de esta labor se favorecerá la recogida de los testimonios de las víctimas, pero garantizando en todo caso el derecho a la defensa de las personas acusadas.

El derecho a la verdad garantiza el derecho a recordar de los familiares, allegados y de la sociedad en general, permitiendo mantener "la memoria" de lo ocurrido. Existe también el "deber" de recordar como

¹²¹ ACNUDH, *Estudio sobre la verdad*, párr. 4. En este sentido AMBOS, "El marco jurídico de la Justicia de Transición", pág. 41

¹²² Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 6. Explicación de las modificaciones aplicadas al Principio 5 y 6 en: Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1. pág. 12 y 13

¹²³ Naciones Unidas, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, Apartado II b), pág. 11

obligación que incumbe a los Estados, en aras de garantizar a los pueblos poder conocer su historia de opresión que integrará su patrimonio. Para ello, será necesario adoptar medidas de preservación y acceso de las víctimas a la información y las pruebas existentes sobre las violaciones¹²⁴. Conservar y proteger los archivos que permitan a las sociedades saber sobre la represión padecida es una cuestión de importancia universal¹²⁵. En efecto, prevenir el olvido colectivo significa evitar deformaciones de la historia, como el revisionismo y el negacionismo¹²⁶.

La imprescriptibilidad del derecho a la verdad se ha venido ampliando abarcando otros delitos, de esta forma no será solo de aplicación a crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, sino que las diferentes resoluciones internacionales la aplican también para otras violaciones de derechos, como por ejemplo la tortura¹²⁷.

El derecho a la verdad es uno de los elementos base que garantiza la Justicia Transicional en esa obligación de afrontar el pasado de forma integral. Sin embargo debemos llamar la atención sobre la posible colisión de éste con alguno de los mecanismos propuestos por esta justicia. Nos estamos refiriendo a las leyes de amnistía y lo ya señalado en el epígrafe 1.2. Como ya apuntábamos, la incompatibilidad entre ambos puede no existir si se tienen en cuenta ciertos requisitos. Para abordar esta cuestión nos parece ilustrativo traer a este apartado el asunto Ellacuria para sobre la base del análisis de caso poder comprender mejor los límites infranqueables que permitan respetar el derecho a la verdad.

¹²⁴ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principios 14, 15 y 16

¹²⁵ Naciones Unidas. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, Apartado II b), pág. 11

¹²⁶ Principio 3

¹²⁷ Naciones Unidas. Resolución 2005/35, adoptada por la Comisión de Derechos Humanos el 19 de abril de 2005. Apartado II b), pág. 22

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho a la verdad se sustenta principalmente en el deber que tienen los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, compromiso recogido en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹²⁸. Esta Corte reconoce que el derecho a la verdad no solo es aplicable a los casos de desapariciones forzadas sino que el Estado estará obligado a investigar los hechos y sancionar a los responsables siempre que se produzca cualquier tipo de violación manifiesta de los derechos humanos¹²⁹, en definitiva reconoce el derecho a la verdad que asiste a las víctimas y sus familiares.

En este sentido, recordando lo dicho en el epígrafe 1.2, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe nº 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros, concluye que el Estado del Salvador violó el derecho a conocer la verdad, perjudicando de esta forma no solo a los familiares de las víctimas, sino también a los miembros de su comunidad religiosa y académica y a la sociedad salvadoreña en su conjunto. Conforme a ello, se concluye que el Estado incumplió la Convención Americana, en concreto los artículos 1(1), 8(1), 25 y 13. La Comisión Interamericana realiza esta afirmación con base a la investigación llevada a cabo por la Comisión de la Verdad para el Salvador¹³⁰ y recogida en su informe publicado en el año 1993. Las conclusiones alcanzadas por este organismo implican a oficiales de alto mando del ejército como autores intelectuales de los asesinatos de seis sacerdotes jesuitas y dos mujeres. Estos eludieron la acción de la justicia, siendo condenados en el proceso

¹²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia 7 de septiembre de 2004. Párrafo 256. El texto de la sentencia se puede consultar en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.doc

¹³⁰ La firma del Acuerdo de Paz para el Salvador entre el Gobierno y el FMLN se llevó a cabo en Chapultepec (México) el 16 de febrero de 1992, El proceso negociador se extendió durante los años 1989 a 1992, en este intervalo se firmaron una serie de Acuerdos, dando lugar a la creación de la Comisión de la Verdad para el Salvador. El contenido del apartado IV del Acuerdo de México de 27 de abril de 1991 establece que "La Comisión tendrá a su cargo la investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad".

penal abierto por estos hechos los ejecutores de las órdenes. Sin embargo y pese al contenido del informe de la Comisión de la Verdad, la Ley de Amnistía General aprobada en el Salvador y declarada constitucional por su Corte Suprema de Justicia supuso la libertad de los militares condenados e impidió profundizar en la investigación de los asesinatos con base a los hechos constatados en el citado informe para conocer la verdad completa. En consecuencia, los autores intelectuales identificados pertenecientes al Alto Mando del ejército salvadoreño, no fueron juzgados ni castigados por los asesinatos.

El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos analiza el incumplimiento de la Convención Americana en que incurre la Ley de Amnistía General salvadoreña. En referencia al derecho a la verdad (artículos 1(1), 8(1), 25 y 13 de la Convención) se recuerda que los Estados no deben dictar normas en contra de los derechos y libertades recogidos en la Convención, esto es que limiten, restrinjan o supongan su anulación. En efecto, tal y como ha establecido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³¹, los Estados miembros de la Convención no solo están obligados a apartar de su ordenamiento las normas y también las prácticas que contravengan las obligaciones contraídas, sino que deberán dictar disposiciones y también establecer prácticas que permitan garantizar la aplicación de los derechos contemplados en el tratado.

Conforme a lo expuesto, la Comisión Interamericana declara contraria al contenido de la Convención la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, aprobada por el Salvador mediante Decreto 486 de 20 de marzo de 1993, por entender que viola el derecho de la víctima a

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Párrafo 207. El texto de la sentencia se puede consultar en:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.doc

obtener una reparación integral. En efecto, la entrada en vigor de aquella norma supuso la puesta en libertad de un número importante de condenados por crímenes graves pero también que las personas procesadas o involucradas en graves violaciones de derechos humanos no fueran investigadas ni enjuiciadas. En conclusión, se garantizó la impunidad de los perpetradores no cumpliendo el Estado salvadoreño con el deber jurídico, contemplado en la Convención, de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas en su territorio, identificar a los culpables, promover su sanción y proporcionar a la víctima la adecuada reparación. El Informe de la Comisión Interamericana concluye recomendando al Estado Salvadoreño que deje sin efecto la Ley de Amnistía General con el fin de adecuar su legislación interna a los preceptos de la Convención Americana y no incurrir en la violación de la misma.

En conclusión, se puede afirmar que la consecuencia más grave derivada de la aplicación de la Ley General de Amnistía no fue por lo tanto la puesta en libertad de las personas condenadas, sobre las que se aplicó la ley, se investigaron sus crímenes y cumplieron en parte su castigo, sino el hecho de que esta norma puso fin a las investigaciones que se encontraban en curso sin esperar al resultado y acabó con la posibilidad de abrir y llevar a cabo nuevas investigaciones judiciales que permitieran encontrar la verdad para otros casos. Es decir, con el objetivo de la consolidación de la Paz, se ofreció un gran espacio de impunidad a los perpetradores de violaciones de derechos humanos, vulnerando de forma grave el derecho de las víctimas, de sus familiares y allegados y de la sociedad en su conjunto a saber la verdad.

Esta postura es mantenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ante las dificultades que pueden ocasionar tanto las amnistías como otras figuras legales viene a decir *"que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el*

*establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*¹³²

La conveniencia o no de dictar leyes de amnistía en estados sometidos a procesos de transición es una cuestión controvertida sin embargo su colisión con el derecho a la verdad es evitable, siempre que la "gracia" se aplique con limitaciones, como por ejemplo en fase de ejecución de condena.

Para concluir con este apartado, podemos afirmar que el derecho a la verdad es un derecho autónomo e inalienable, estrechamente vinculado a otros derechos, tiene aspectos individuales y colectivos, no admite suspensión ni restricciones ni prescripción¹³³. El derecho a la verdad como un derecho colectivo que pertenece a toda la sociedad y cuya finalidad principal será evitar la repetición de los hechos en el futuro, la garantía de no repetición¹³⁴. Esa verdad debe incluir las razones y circunstancias en las que se cometieron las vulneraciones de los derechos¹³⁵.

3.5.2.-Derecho a la justicia

Se establece una obligación de carácter general para los Estados de adoptar las medidas necesarias para el enjuiciamiento de las y los

¹³² SCIDH 2001, Barrios Altos, case Chumbipuma Aguirre et al. v. Peru

¹³³ ACNUDH, *Estudio sobre la verdad*, parr. 60 (Conclusiones)

¹³⁴ Sobre esta cuestión, ver DIAZ COLORA, "La Justicia Transicional y la Justicia Restaurativa frente a las necesidades de las víctimas", pág. 126. También TOJEIRA, J.M.; "Verdad, Justicia y Perdón", pág. 257; SEILS, "La restauración de la confianza cívica mediante la Justicia Transicional", pág. 30 y ss.; AMBOS, "El marco jurídico de la Justicia Transicional", pág. 43; KENP, "La investigación penal y su relación con la jurisdicción, la extradición, la cooperación y las políticas penales", pág. 317 y ss.

¹³⁵ CDIH, Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser. L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre 1986. Capítulo V, (párr. 12 y 13). Este texto se puede consultar en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Indice.htm>

sospechosos responsables de las violaciones de derechos, especialmente en el ámbito del proceso penal, utilizando los tribunales internos para que sean juzgados y condenados debidamente¹³⁶. Pero también, se establece un compromiso de colaboración, cuando las circunstancias así lo requieran, con otros Estados y con los Tribunales Internacionales con el objetivo de garantizar este derecho¹³⁷.

Es importante el diseño y adopción de normas procesales que permitan a la víctima, a sus familiares o herederos, iniciar el enjuiciamiento y la amplia participación en el proceso de todas las partes perjudicadas con un interés legítimo en la causa¹³⁸.

Los Principios introducen ciertas restrictivas a la utilización de medidas legales en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados que, por su utilización desviada, pueden ser favorecedoras de la impunidad. Es decir, admite su aplicación pero con limitaciones y bajo control férreo. Es el caso de las amnistías, ya citadas, pero también:

- La prescripción, no aplicable a delitos graves conforme al derecho internacional, ni tampoco en las acciones civiles o administrativas iniciadas por las víctimas para obtener reparación¹³⁹.
- El derecho de asilo, no podrá ejercerse en beneficio de personan sobre las que recaigan motivos fundados de su participación en delitos graves¹⁴⁰.
- No se podrá negar la extradición de nacionales responsables de delitos graves. Por el contrario, se debe negar la petición

¹³⁶ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 19

¹³⁷ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 21

¹³⁸ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 19

¹³⁹ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 23

¹⁴⁰ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 25

de extradición cuando existan fundadas sospechas de que la persona puede sufrir torturas u otras violaciones de sus derechos.¹⁴¹

- No se tendrá en cuenta el principio “non bis in ídem” cuando el procedimiento al que fue sometido el sospechoso absuelto no se llevó a cabo con todas las garantías¹⁴².
- La obediencia debida o seguir ordenes del Gobierno a superior jerárquico no eximirá de culpa al autor/a de los hechos delictivos. Sin embargo, la responsabilidad del mando frente a los actos del subordinado será exigible si estos eran concedores de los mismos¹⁴³.

La cuestión principal que a continuación se intentará responder es qué significado tiene la Justicia en el contexto de la Justicia Transicional. De forma genérica podemos decir que la Justicia Transicional es la justicia que se debe impartir en situaciones de excepción con el objetivo principal de facilitar el tránsito de un escenario de conflicto violento a una la paz¹⁴⁴.

El concepto de Justicia, en sentido estricto, engloba un amplio número de medidas de carácter judicial tendentes a proporcionar unos mínimos de justicia, medidas que van más allá de las proporcionadas por la jurisdicción penal ordinaria¹⁴⁵. Así es, recordemos la definición presentada por el Secretario General de Naciones Unidas en el informe sobre el Estado de Derecho y la Justicia Transicional presentado en 2004: *“la “justicia” es un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los*

¹⁴¹ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 26

¹⁴² ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 26

¹⁴³ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 27

¹⁴⁴ En este sentido citaremos a AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC”, pág. 23 TEITEL, *Globalizing Transitional Justice*, pág. 22, 23, 49 y ss. También FERRAJOLI, “La Justicia Penal Transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, pág. 148, 149 y 150

¹⁴⁵ AMBOS, “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC”, pág. 28; TEITEL, *Globalizing Transitional Justice*, pág. 49 y ss.

*derechos, también de prevención y castigo de las infracciones. La justicia implica tener en cuenta los derechos de la persona acusada, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Se trata de un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, a pesar de que su administración normalmente implica la existencia de mecanismos judiciales de carácter oficial, los métodos tradicionales utilizados para dar solución a controversias pueden ser igualmente pertinentes”*¹⁴⁶.

Partiendo de esta definición, podemos afirmar que el derecho a la justicia en la Justicia Transicional tiene como objetivo proporcionar a la víctima un recurso justo y eficaz que le permita, principalmente, el esclarecimiento de los hechos. También deberá garantizar, en la medida de lo posible, el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes por medio de un procedimiento con todas las garantías para las partes y, finalmente, la reparación debida a la víctima.

Este derecho solo se puede hacer efectivo con la implicación del Estado, valedor legítimo del sistema de justicia. Dentro del marco legal establecido, las instituciones responsables de esa labor deberán investigar las violaciones y abusos sucedidos, determinar la responsabilidad de los infractores sancionando en su caso a los declarados culpables y garantizar el derecho de las víctimas a ser parte en el proceso judicial¹⁴⁷.

Pero, tal y como se puede interpretar del contenido de la definición reseñada, se acepta la aplicación de otras formas de justicia diferentes a las establecidas en el sistema legal penal del Estado, abriendo la puerta a mecanismos alternativos que puedan permitir el ejercicio de este derecho a la víctima cuando la justicia ordinaria no es viable. Se puede decir que, dentro de unos límites que garanticen los derechos de las partes, la

¹⁴⁶ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Informe del Secretario General, “El Estado de derecho y la Justicia de Transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” de 3 de agosto de 2004, S/2004/616

¹⁴⁷ ROHT-ARRIAZA/BERNABEU, “Justicia Transicional como un proceso híbrido”, pág. 296

flexibilidad se impone en aras de proporcionar justicia, este será el motivo por el que se acepta la aplicación de mecanismos de Justicia Tradicional como las comisiones de la verdad.

Así mismo y con la finalidad de evitar que se obstaculice la acción de la justicia, se acepta la aplicación de restricciones a ciertas normas de Derecho, ya señaladas supra y a otras no nombradas como son: los procesos en rebeldía, las leyes sobre arrepentimiento, tribunales militares, o el principio de inamovilidad de los jueces.

El planteamiento realizado hasta este momento en referencia a la flexibilidad de la justicia parece correcto pero, sin embargo, su encaje en las estructuras del Estado plantea grandes dificultades. Con el fin de realizar una reflexión sobre los problemas que acarrea la puesta en práctica de los mecanismos de Justicia Transicional empezaremos nuestra exposición con ELSTER y su explicación sobre las diferentes instituciones que se han dado en la justicia¹⁴⁸.

El autor diferencia entre 3 formas institucionales de justicia: la justicia legal, dividida a su vez en pura e impura; la justicia administrativa; y la justicia política. En una línea imaginaria dibujada por el autor, la justicia legal pura se situaría en un extremo y la justicia política pura en el opuesto. La justicia administrativa estaría ubicada en el centro, más cerca de una o de la otra, atendiendo a las circunstancias.

Como decíamos, en un extremo del espectro se encuentra la justicia política pura, que se da cuando el nuevo gobierno o, en su caso, la potencia ocupante que ejerce esas funciones, detenta el poder para decidir quiénes son los criminales y qué se debe hacer con ellos de forma unilateral y sin posibilidad alguna de recurso. Así mismo, se incluirá también en esta categoría, la atribución por una parte del ejecutivo de la capacidad de

¹⁴⁸ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 104

decidir cuál será el destino final de la persona condenada, como por ejemplo su libertad con la aplicación del indulto¹⁴⁹. Se cita como caso paradigmático de estas formas políticas de interferir en la justicia el exilio de Napoleón a la Isla de Santa Elena en 1814, decisión adoptada por las potencias aliadas. Emblemático también son los procesos de Tokio. Otro ejemplo se encuentra a finales de la Segunda Guerra Mundial (1944-1945), en Francia, cuando los *préfets* y los comités de liberación departamental, vinculados directamente al gobierno nacional y a la resistencia respectivamente, ante situaciones de personas absueltas por los tribunales o ante la imposibilidad de ser juzgadas por falta de pruebas, ejercieron la capacidad de someterlas a reclusión o arresto domiciliario. Dentro de esta categoría de justicia, denominada también “justicia de los vencedores”, el autor sitúa los “juicios orquestados” con apariencia de legalidad pero totalmente dirigidos.

En el espacio central de esta línea imaginaria está la justicia administrativa, que hace referencia a las purgas que se realizan en la administración pública. La tendencia de esta justicia, más cerca de la legal o de la política, dependerá de la capacidad de recurso que se les reconozca a los sancionados ante los tribunales. Ejemplo de ello serán las purgas realizadas en la administración francesa una vez finalizada la II Guerra Mundial.

En el otro extremo del espectro se sitúa la justicia legal pura, de la que ELSTER destaca cuatro elementos esenciales. En primer lugar las leyes deben de estar libres de ambigüedades, logrando de esa forma evitar al máximo la discrecionalidad del juez en sus interpretaciones. En segundo lugar, el poder judicial debe estar completamente separado -aislado dice el autor- del resto de poderes. En tercer lugar, tanto los jueces como, en su caso, los jurados deben ser imparciales en la aplicación de la ley. Por último, la justicia legal debe estar supeditada a los principios del “justo

¹⁴⁹ Elster cita el caso De Gaulle en 1945 y el ejercicio del poder de gracia.

proceso", estos son: *"audiencias públicas y de oposición; el derecho a elegir un abogado defensor; derecho a apelar; irretroactividad de la ley; respeto de los plazos de prescripción; determinación de la culpabilidad individual; presunción de inocencia que coloque la carga de la prueba en la parte acusadora; el derecho a una audiencia rápida; el derecho a la debida deliberación"*.

ELSTER afirma que estos principios pueden ser violados de forma sistemática en la Justicia Transicional, en ocasiones por motivos justificados, en otras por el contrario, no tanto. Así es, nos habla de infracciones de estos principios que pueden estar justificadas, pero alerta de que cuando la exigencia se relaja sin responder a una verdadera necesidad y el número de incumplimientos de los criterios señalados es importante, la justicia legal transita hacia la justicia política pudiendo alcanzar la posición más extrema de ésta –la justicia política pura-.

Otro elemento destacado en el planteamiento del autor es la incertidumbre. El grado de incertidumbre ante el resultado de la justicia nos sitúa más cerca de un extremo o del otro de nuestra línea imaginaria. A mayor incertidumbre ante el resultado de un juicio el sistema de justicia se situará más cerca de la justicia legal pura. En referencia a PREZWORSKI, se afirma que una de las características de la democracia es la incertidumbre del resultado de la justicia.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la flexibilidad requerida por la justicia en la Justicia Transicional parece situar a esta más cerca de la justicia política que de la justicia legal. Una justicia legal, dibujada por ELSTER, con ausencia total del elemento nuclear de la Justicia Transicional, esto es "la víctima". Nos describe el autor la justicia legal ajena a la influencia de la victimología y donde sólo el victimario es actor y titular de derechos.

Así es, en ninguno de los cuatro elementos descritos por el autor tiene encaje la víctima, ni tan siquiera en el derecho al “justo proceso” y los principios que lo conforman, que parecen obviar cuál debe ser el objetivo principal de la impartición de justicia. Ciertamente, la incertidumbre es un elemento clave del proceso penal en cuanto al resultado que afectará al victimario, pero no lo debiera ser en cuanto al reconocimiento de los derechos que asisten a la víctima. Entendemos que el planteamiento descrito por ELSTER se presenta viciado por el marco temporal de los ejemplos que analiza, lejos del nacimiento de las ciencias victimológicas y de la Nueva Justicia Transicional, adoleciendo de toda consideración a una de las partes principales del proceso como es la persona perjudicada por el delito.

Como decimos, en el reconocimiento de los derechos de la víctima la incertidumbre no debe tener cabida pese a que ello suponga, en interpretación de ELSTER, que la Justicia Transicional se acerca más a la justicia política, en cierta manera al albor de los vaivenes de los gobiernos de turno. O por el contrario, nos podemos encontrar ante una justicia legal más abierta a otras formas de justicia, que la complementa y auxilia en aras a paliar sus límites. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de coexistencia de diferentes formas de justicia, necesidad constatada en los procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transición hacia ellas, contextos definidos en los Principios revisados contra la impunidad de la siguiente forma¹⁵⁰:

“esta expresión se refiere a las situaciones al término de las cuales, en el marco de un proceso que da lugar a un diálogo nacional en favor de la democracia o a negociaciones de paz para poner fin a un conflicto armado, se llega a un acuerdo, sea cual fuere su forma, en virtud del cual los

¹⁵⁰ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add., del 18 de febrero de 2005, pág. 6

protagonistas o las partes interesadas convienen en tomar medidas contra la impunidad y la repetición de las violaciones de los derechos humanos.”

De esta forma, podemos concluir que el concepto de justicia dentro de la Justicia Transicional tiene un marcado enfoque hacia las víctimas, es justicia para las víctimas¹⁵¹. Sin embargo, es cierto que existen líneas rojas que no se pueden traspasar, como son el derecho a un proceso justo con todas las garantías para la parte acusada. La cuestión que se debe resolver es cómo se mantiene un equilibrio que permita garantizar a todas y todos el ejercicio de una justicia justa. En este nuevo esquema de hacer justicia, es indudable que la víctima no solo debe ser parte –pasiva- en el procedimiento, también debe desarrollar una presencia activa, disponer de capacidad de acción. Para lograr este objetivo, las propuestas realizadas por la Justicia Transicional, en cuanto a mecanismos para impartir justicia, pueden llegar a ser más satisfactorias para las víctimas que las estructuras rígidas establecidas en la justicia ordinaria. En efecto, la flexibilidad en la impartición de justicia en beneficio de los intereses de las víctimas pero también más dúctil en cuanto al castigo del victimario, no tiene por qué responder a planteamientos injustos que provoquen nuevas victimaciones, como veremos en el epígrafe 3.6.1 y 3.6.2

3.5.3.- El derecho a la reparación

A toda persona víctima de la violación de un derecho o en su caso a sus herederos, se le reconoce el derecho a la reparación, el cual debe ser garantizado por el Estado que tendrá el derecho de dirigirse contra el autor¹⁵². Por su parte, ARDILA dice que el titular de ese derecho será toda

¹⁵¹ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 33

¹⁵² ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005*, Principio 31. En este sentido AMBOS, “El marco jurídico de la Justicia de Transición”, pág. 45

persona que haya sufrido daños como consecuencia de una acción u omisión que tenga como resultado la vulneración de los derechos consagrados en la constitución legalmente establecida en el Estado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario¹⁵³.

El derecho a la reparación, como el derecho a la verdad, se reconoce en el plano individual y en el plano colectivo. Las medidas diseñadas para proporcionar reparación serán de carácter individual, destinadas a la víctima, es decir, a la persona afectada directamente por la violación, sus familiares o personas a su cargo. Este derecho será reconocido con independencia de que el autor de la violación hubiera sido identificado, detenido, juzgado o condenado. Tampoco se tendrá en cuenta la relación de parentesco con la víctima¹⁵⁴.

Este derecho debe tener como primer objetivo finalizar con la situación de incertidumbre e ignorancia sobre lo sucedido¹⁵⁵. Para ello, a la víctima se le debe posibilitar el ejercicio de un recurso accesible y rápido que le permita -por la vía penal, civil, administrativa o disciplinaria- conocer la verdad de forma completa y pública¹⁵⁶.

La reparación tiene que ser proporcional a la gravedad de las violaciones y del daño sufrido, debe ser plena y eficaz adoptando las formas siguientes: medidas de restitución; medidas de indemnización;

¹⁵³ Definición recogida por ARDILA, D. en "Justicia transicional: Principios Básicos Los Derechos de las Víctimas en Procesos de Paz o de Transición a la Democracia"
<http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>

¹⁵⁴ Artículo 9 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2006, A/RES/60/147

¹⁵⁵ Informe nº 136/1999 de 22 de diciembre de 1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros. Párrafo 227. Este texto se puede consultar en:

<http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/el%20salvador10.488.htm>

¹⁵⁶ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 32

medidas de readaptación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición¹⁵⁷. Estas se establecerán mediante programas adoptados por medidas legislativas o administrativas que pueden estar financiados por fuentes internas o internacionales y están dirigidos a los individuos y a la comunidad en su conjunto¹⁵⁸.

Entre las medidas de reparación a nivel colectivo, señalaremos como principal el reconocimiento por parte del Estado y de forma pública del daño causado. Otros ejemplos son: los monumentos conmemorativos o la designación de nombres a las vías públicas.

En todo caso, llamar la atención sobre el concepto de "reparación" entendido en un sentido amplio, utilizado en términos de "paraguas" bajo el cual se da cabida a diferentes expresiones como la restitución integral, o las ya señaladas de: compensación, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición¹⁵⁹.

Para finalizar con este apartado, queremos señalar que, desde los postulados defendidos por la Justicia Transicional, la reparación que merece la víctima tiene connotaciones intensas con el reconocimiento de su dignidad. En este esquema de justicia y reparación el victimario puede contribuir a ese fin a través de procesos de mediación y reconciliación.

3.5.4.- Garantías de no repetición

¹⁵⁷ Artículo 18 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2006, A/RES/60/147; También AMBOS, *El marco jurídico de la Justicia Transicional*, pág. 46 a 51

¹⁵⁸ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 32

¹⁵⁹ AMBOS, "The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC", pág. 37

*“Las mismas causas producen los mismos efectos”*¹⁶⁰. Partiendo de esta afirmación, JOINET propone la aplicación de medidas en tres ejes principales con el objetivo de que las víctimas no puedan ser objeto en el futuro de violaciones de sus derechos¹⁶¹.

- La disolución y desmantelamiento de los grupos armados¹⁶².
- La derogación de todas las leyes y jurisdicciones de excepción y demás normas que contribuyan a la impunidad¹⁶³.
- La reforma de las instituciones y la destitución de los altos funcionarios relacionados con las violaciones de derechos humanos¹⁶⁴.

Este último será uno de los elementos destacado por las Organizaciones que trabajan en la consecución de la paz, destacando su aplicación en la administración de justicia y en las instituciones competentes en materia de seguridad¹⁶⁵

La aplicación de una justicia reparadora junto con el reconocimiento y la solidaridad con las víctimas serán elementos fundamentales que permiten la reconciliación de la sociedad con su pasado e impiden la vuelta atrás¹⁶⁶. Desde el reconocimiento de la necesidad de reconstruir la convivencia, evitando su exclusión y promoviendo la necesaria empatía de

¹⁶⁰ E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 2 de octubre de 1997, párrafo 43

¹⁶¹ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 35

¹⁶² ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 37

¹⁶³ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 38

¹⁶⁴ ONU, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 36

¹⁶⁵ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Informe del Secretario General, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” de 3 de agosto de 2004, S/2004/616

¹⁶⁶ DIAZ COLORA, “La Justicia Transicional y la Justicia Restaurativa frente a las necesidades de las víctimas”, pág. 117-130

la sociedad hacia ellas, generando la creación de una convivencia nueva que permita el logro de la verdadera paz¹⁶⁷.

En este mismo sentido, mantener la memoria individual y colectiva de lo sucedido posibilitará la construcción de un futuro en paz y libertad que impida repetir los errores atroces causantes de tanto sufrimiento. En definitiva, se trata de avanzar hacia la construcción de una sociedad que garantice los derechos y libertades a todas las personas, sociedad en la que se encuentren reconocidos todos sus miembros, logrando una convivencia integradora y respetada por todas y todos¹⁶⁸.

Por último, otro factor importante para lograr una paz duradera será trabajar en la promoción y generalización de una cultura de paz como garantía. Para ello, desde un marco de garantías y desde la solidaridad con las víctimas como medida efectiva de prevención, se deberán valorar los valores de respeto más absoluto por todos los derechos humanos de todas las personas.

3.6.- Sobre los mecanismos de actuación de la justicia transicional

Por norma general, la Justicia Transicional distingue cuatro principales ámbitos de actuación entorno a los cuales desarrolla diferentes medidas, acciones o mecanismos que pretenden responder a las necesidades y peculiaridades del conflicto en cuestión. A continuación señalaremos las herramientas más utilizadas, agrupadas en los cuatro ámbitos siguientes: Procesos judiciales o rendición de cuentas ante la

¹⁶⁷ Una reflexión más desarrollada de este concepto se puede consultar en el trabajo realizado por el IVAC-KREI para la Diputación Foral de Gipuzkoa en el año 2011, proyecto titulado "Evaluación de políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas del terrorismo" en DE LA CUESTA/ PEGO/ PÉREZ MACHÍO/ FERNANDEZ, *Evaluación de las políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas*

¹⁶⁸ El informe Primavera 2009 de Lokarri, realizado sobre la base de opiniones ciudadanas, concluye que la reconciliación se asienta en el final de la violencia, el respeto a los derechos humanos y también en el diálogo.

justicia penal; Mecanismos de búsqueda de la verdad; Reparación a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos; Reformas institucionales.

3.6.1.- Procesos judiciales o rendición de cuentas ante la justicia penal.

Como nos dice GIL GIL, también en la Justicia Transicional parece imponerse las posturas de aquellos que defienden el tratamiento penal de las violaciones como formula irrenunciable de justicia¹⁶⁹. En efecto, el ejercicio de la acción penal está contemplado como un derecho de la víctima. Claramente, nos encontramos ante la aplicación de la justicia mayormente retributiva en el contexto de violaciones masivas de los derechos humanos como un recurso aceptado y pertinente. Pero, sin embargo, se puede afirmar que la nueva Justicia Transicional ha abierto la puerta hacia otras formas no tradicionales de hacer justicia para suplir las limitaciones de alcance de la ordinaria¹⁷⁰.

En efecto, los primeros ejemplos coincidentes con la aplicación de la justicia penal en procesos destinados a enjuiciar crímenes de guerra, los encontramos al finalizar la II Guerra Mundial, en los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio. Posteriormente, en los años 90 se crearon también *ad hoc* el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda como consecuencia de las graves violaciones de derechos humanos que se perpetraron en ambos países. No será hasta el año 1998 cuando se apruebe, en Roma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, texto que faculta a la Corte para ejercer su jurisdicción sobre personas en relación a

¹⁶⁹ GIL GIL, "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", pág. 10 y 11, citando a BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, pág. 109

¹⁷⁰ KEMP, "La investigación penal y su regulación con la jurisdicción, la extradición, la cooperación y las políticas penales", pág. 313 y ss.

crímenes más graves, de trascendencia internacional, señalando los siguientes: el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión¹⁷¹.

Partiendo de estos antecedentes, el marco de actuación de la Justicia Transicional en sociedades que han sufrido un conflicto se caracteriza por un Estado de derecho débil con capacidad limitada para la aplicación de la ley y la administración de justicia. A ello se puede sumar la falta de confianza de la población en el sistema de justicia y en la administración pública en general y también la falta de recursos¹⁷².

Cuando la falta de capacidad o de voluntad política impide el ejercicio de la justicia frente a las graves violaciones de derechos padecidas, se plantea la necesidad de internalización de esta función, por medio de la creación de tribunales mixtos o, en su caso, internacionales.

En el desarrollo de la justicia interna, es fundamental el compromiso político con respecto a la exigencia de la responsabilidad penal. Para lograr este objetivo, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos destaca la necesidad: por un lado de no politizar el compromiso de la búsqueda de la justicia¹⁷³; por otro lado, que los

¹⁷¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ONU A/CONF.183/9

¹⁷² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, ONU, 2006, New York y Ginebra, Pág V. Este manual, pese a estar diseñado para abordar el enjuiciamiento de los crímenes «del sistema» (definidos como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra si se cometen en gran escala) se entiende de gran valor para otros contextos como las sociedades en transición a la paz con un pasado de violaciones de derechos humanos en número importante.

¹⁷³ El ACNUDH Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, ONU, 2006, New York y Ginebra, explica que *“Entre los mecanismos que pueden ayudar a despolitizar la aplicación de medidas de enjuiciamiento figuran el nombramiento de una junta independiente que supervise las investigaciones y los enjuiciamientos (como la junta de investigación designada en Sudáfrica a mediados de los noventa), y la creación de una capacidad de supervisión u otras formas de supervisión civil. Los sistemas que permiten la participación directa de las víctimas en los procesos pueden proporcionar salvaguardias adicionales. Es común que la ausencia de voluntad política se manifieste en forma de multitud de obstáculos técnicos, legales o de otro tipo.”*

objetivos establecidos en la aplicación de la ley penal sean bien comprendidos y las expectativas se gestionen de forma adecuada¹⁷⁴.

El éxito de la actuación judicial dependerá de un plan estratégico bien diseñado, que parta de las dificultades existentes en cuanto a la imposibilidad de poder investigar todos los casos por su número elevado, y en consecuencia, reconocer el escoyo insalvable de que la justicia penal no podrá enjuiciar a todas los responsables de las violaciones de derechos sucedidas. Con el fin de evitar complicaciones que perjudiquen la aplicación de la justicia, será necesario actuar con transparencia y de forma clara, siguiendo los siguientes pasos¹⁷⁵:

- Realizar un mapa de enjuiciamiento detallado, haciendo constar el universo de sospechosos y víctimas
- Realizar actividades de divulgación que permitan explicar los objetivos de las políticas y estrategias de enjuiciamiento.

La investigación de los crímenes, especialmente en el foro interno de los Estados, es un tema crucial y requiere de elementos específicos. La OACNUDH propone el siguiente modelo para la estructura de las investigaciones y los procesamientos:

- “• abogados bien familiarizados con las particularidades de la investigación de crímenes del sistema;*
- analistas especializados en diversos campos, incluidos expertos en historia, organización militar, y política;*
- un número de investigadores del lugar del crimen suficiente para el universo de casos previsto;*
- una unidad de enlace con ONG y organizaciones de víctimas que ayude en la preparación y la sensibilización de las víctimas y*

¹⁷⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, pág. 3

¹⁷⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, pág. 5

- *expertos que se ocupen de las necesidades particulares de mujeres y niños.”*

Importante también lo que dice el Alto Comisionado sobre la participación de las víctimas en el proceso de enjuiciamiento, reconociendo la necesidad de dotarles de un lugar apropiado sin que su presencia cree la impresión de que puedan ejercer un veto sobre el proceso¹⁷⁶. Deberán ser informadas de forma comprensible y adecuada antes y durante la evolución del proceso, recibir un trato adecuado por parte de los operadores, ser claro en cuanto a las expectativas.

En todo caso, el enjuiciamiento de las vulneraciones en contextos de tránsito hacia la paz tienen que enfrentar numerosas dificultades, entre ellos la de afrontar esa responsabilidad de forma autónoma y sin necesidad de auxilio externo. La necesidad de una buena planificación es fundamental para que el resultado sea aceptado y se legitime el proceso de construcción de una sociedad garante de los derechos humanos y en contra de la impunidad.

3.6.2.- Mecanismos de búsqueda de la verdad.

La necesidad de conocer la verdad de lo sucedido implica la obligación de investigar los hechos. Esta es la función de las comisiones de la verdad, realizando un esfuerzo por comprender el alcance de las violaciones cometidas en el pasado, sus causas y consecuencias¹⁷⁷. La Justicia Transicional, desde sus postulados, impulsa la creación de estos mecanismos oficiales, diferentes de las iniciativas no gubernamentales,

¹⁷⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, pág. 5

¹⁷⁷ ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 1

que también se pueden denominar “comisión investigadora”, “comisión clarificadora” etc.¹⁷⁸

Su carácter oficial no es baladí, proporciona a estos órganos legitimidad y facilita el acceso a la información¹⁷⁹. Pese a no ser órganos judiciales, serán las encargadas de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas en el periodo anterior, con mandato y objetivo específico, finalizando su labor con la redacción de un informe que se hará público¹⁸⁰.

Se puede entender también que las comisiones de la verdad son mecanismos muy útiles para avanzar en el camino a la reconciliación de la sociedad. Lo cierto es que, su labor necesitará también del paso del tiempo y de otras medidas destinadas a paliar los problemas estructurales y de fondo. Por ello, como con otros mecanismos de esta justicia, se debe ser cauto con las expectativas que en muchas ocasiones se presentan exageradas¹⁸¹.

El éxito de estas comisiones dependerá de diferentes factores, entre los que destacan: que exista una verdadera voluntad política de impulso y apoyo a la investigación de las vulneraciones de derechos humanos; que la situación de violencia –conflicto violento, guerra o prácticas represivas– hayan tocado a su fin; las víctimas y testigos deben tener interés en la investigación y prestar su colaboración¹⁸².

En consecuencia se puede afirmar que los rasgos más característicos de este tipo de Comisiones, que las diferencian de otras serán:

¹⁷⁸ Entre otros, AMBOS, “El marco jurídico de la Justicia de Transición”, pág. 46 y ss.; LAPLANTE, “Transitional Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing The socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights”, pág.3

¹⁷⁹ BONET PÉREZ/ALIJA FERNÁNDEZ, *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*, pág. 156

¹⁸⁰ LAU HAIZETARA GOGOAN, “Comisión de la verdad de Euskal Herria”, pág. 43

¹⁸¹ ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 2

¹⁸² ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 3

- Objetivo: investigar la violación de derechos humanos producidos de forma reiterada en el pasado.
- Mandato:
 - Son de carácter temporal, se disolverán al finalizar su labor.
 - Se determinará el tipo de infracción objeto de investigación
- Independencia funcional.
 - Elección de sus componentes
 - Capacidad para investigar
- No son órganos judiciales, ni pueden sustituir la labor que desempeñan estos.
- Redacción de un informe y divulgación del mismo

Como ejemplos paradigmáticos y creadas para abordar cuestiones diferentes citaremos: la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica creada en 1995; o más reciente, la chilena Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, llamada Comisión Valech, creada en 2003 para investigar en todo el país únicamente ese tipo de violaciones¹⁸³. Por último, la Comisión de investigación del Bloody Sunday finalizada en 2004, constituida específicamente para investigar los hechos acaecidos el 30 de enero de 1972, domingo, en la ciudad de Derry (Londonderry) donde murieron 14 personas y otras 15 resultaron heridas por los disparos de las fuerzas armadas británicas, en el contexto de una manifestación por la reivindicación de los derechos civiles de la población católica¹⁸⁴.

En consecuencia, estos órganos de investigación oficialmente autorizados, no judiciales y de carácter temporal, serán utilizados cuando resulte prácticamente imposible poder enjuiciar los crímenes del pasado,

¹⁸³ <http://noticias.terra.es/2010/mundo/1214/actualidad/la-comision-valech-pide-mas-tiempo-para-analizar-32000-casos-nuevos.aspx>

¹⁸⁴ CAIN Web Service. The civil Rights Campaign – A Chronology of Main Events
<http://cain.ulst.ac.uk/events/crights/chron.htm>

ya sea por su número o por otras circunstancias que lo impidan, como por ejemplo la prescripción. En cuanto a estructura, composición y atribuciones, las comisiones de la verdad pueden variar de forma notoria de un ejemplo a otro. Su objetivo es encomiable y sus beneficios pueden llegar a ser enormes, sin embargo tendrán que hacer frente a importantes obstáculos que necesitarán para su superación del consenso e impulso político y una adecuada planificación. En todo caso, como bien dice ACNUDH, constituyen uno de los elementos de una amplia estrategia de Justicia Transicional, debiendo considerar su función conjuntamente con otros mecanismos también utilizados con el fin de la consolidación de la paz¹⁸⁵.

3.6.3.- Reparación a las víctimas

La exigencia de este principio emana directamente del derecho internacional y obliga al Estado a proporcionar resarcimiento a la víctima. El incumplimiento por parte de las autoridades de garantizar al ciudadano el pleno ejercicio de sus derechos será la razón que legitime su exigencia.

La Asamblea de Naciones Unidas aprobó en 2006 *“Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*. Este texto reconoce a las víctimas el derecho a la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido que como último para en la aplicación de la “justicia”. Así mismo, la reparación deberá ser proporcional

¹⁸⁵ ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 5

a la gravedad del daño causado, resultando plena y efectiva, en las siguientes formas¹⁸⁶:

- Restitución. En la medida de lo posible, se debe devolver a la víctima a la situación anterior a la violación sufrida. Puede consistir, por ejemplo, en el restablecimiento de la libertad de la persona, la recuperación de la ciudadanía, su vuelta a la vida familiar o reintegración de su empleo.
- Indemnización. Deberá ser adecuada y proporcional al daño sufrido y responderá a los perjuicios económicamente evaluables, entre los que destacamos: daño físico y mental, daños materiales, pérdida de oportunidades y perjuicios morales.
- Rehabilitación. Se entiende como un concepto amplio donde se incluye la atención médica, la psicológica pero también los servicios jurídicos y sociales.
- Satisfacción. Que se obtendrá con la aplicación de medidas como la verificación de los hechos y la revelación pública de la verdad; La búsqueda de las personas desaparecidas o la obtención de una disculpa pública que reconozca los hechos con aceptación de la responsabilidad.
- Garantía de no repetición. Para lo que se podrán aplicar medidas como el control efectivo por parte civil de las fuerzas armadas y los cuerpos de seguridad, la protección de los profesionales del derecho o la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales, entre otras.

¹⁸⁶ *Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* A/RES/60/147

<http://www.arxiv.org/docs/N0549645.pdf>

Ciertamente, la experiencia derivada de la práctica de los últimos años ha facilitado mucha información de cómo deben constituirse los programas públicos de reparación para que sean eficaces. En este sentido se impone el concepto “integral de la reparación”, en coordinación con otras medidas de carácter judicial principalmente¹⁸⁷.

3.6.4.- Reformas institucionales y procesos de depuración.

El cuarto y último ámbito de actuación de la Justicia Transicional se concentra en el fortalecimiento de las instituciones democráticas con la finalidad principal de prevenir futuros abusos y violaciones de derechos humanos. En éste ámbito de actuación la flexibilidad sobre cómo deben

¹⁸⁷ En esta sentido, Orentlicher en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add., del 18 de febrero de 2005, pág. 27, dice lo siguiente:

“59. La experiencia reciente da una gran información sobre la elaboración eficaz de programas

administrativos de reparación:

a) Idealmente, el programa debe ser “completo” en el sentido de que el conjunto de los beneficiarios debe coincidir con el conjunto de las víctimas. Con tal fin, debería prestarse especial atención al definir categorías de delitos que dan lugar a beneficios. Por la forma en que se han seleccionado estas categorías los tradicionalmente marginados, en particular las mujeres y algunos grupos minoritarios se han visto a menudo excluido de los beneficios. (Demás está decir que indemnizar a todas las víctimas no significa que todas recibirán los mismos beneficios.)

b) La posibilidad de que el programa sea completo -que brinde beneficios a todas las víctimas- depende de su amplitud, es decir el abanico de categorías de delitos para los cuales ofrece reparación. Si se limita a una serie reducida de delitos se excluirá injustamente a un gran número de víctimas, y como consecuencia, es probable que las reclamaciones de las excluidas sigan siendo un problema político sin resolver durante mucho tiempo.

Para poder brindar beneficios a todas las víctimas de todas las categorías de delitos pertinentes, es importante elaborar un programa que distribuya diversos beneficios materiales y simbólicos y lo haga de forma coherente. El programa de reparación es internamente coherente si establece relaciones de complementariedad o apoyo mutuo entre las diversas clases de beneficios que distribuye.

d) El programa de reparación también debería coordinarse con otras medidas judiciales. Si funciona sin dichas medidas, se corre el peligro de que los beneficios que distribuye se vean como la moneda con la que el Estado intenta comprar el silencio o la aquiescencia de las víctimas y sus familias. Por lo tanto, es importante velar por que las iniciativas de reparación coincidan con otras de carácter judicial, en particular los procesos penales, la confesión y la reforma institucional.

e) Dado que dos de los objetivos críticos de un programa de reparación son dar un reconocimiento a las víctimas (no sólo en su condición de víctimas, sino también en su condición de ciudadanos y titulares de derechos humanos iguales) y promover su confianza en las instituciones del Estado, es esencial que las víctimas participen en el proceso de su elaboración y aplicación.”

adoptarse estos procesos de reforma y depuración es destacable, consecuencia derivada de la diferencia entre las características de las sociedades afectadas, que deben ser especialmente tenidas en cuenta como son: la historia, políticas o sociales¹⁸⁸.

Después de un conflicto o régimen autoritario se constatan importantes deficiencias en las instituciones, el nuevo contexto requerirá de un enfoque amplio de reformas que incidirán en las estructuras de ejercicio de poder, destacando entre ellas la judicatura y la policía¹⁸⁹. Para ello, el Estado deberá llevar a cabo las reformas legislativas y administrativas necesarias que permitan que la función pública responda a las exigencias de un Estado de Derecho y de respeto a los Derechos Humanos¹⁹⁰

El objetivo de esta tarea se traduce en lograr que las instituciones públicas que perpetuaron o sostuvieron el conflicto, que vulneraron los derechos humanos y mantuvieron intereses partidistas, que discriminaban y eran temidas por la ciudadanía, esas mismas instituciones pasen a ser garantes de la paz, protejan y defiendan los derechos humanos y desarrollen su labor de forma justa y eficiente, logrando la aceptación y confianza de la ciudadanía¹⁹¹.

El proceso de reforma institucional tiene mayor probabilidad de éxito si está respaldado por un mandato formal, recogido en un acuerdo o resolución, como por ejemplo "El acuerdo de Viernes Santo" en el Caso Norirlandés. ACNUDH señala de la forma siguiente los pasos necesarios para diseñar un programa de reforma adecuado¹⁹²:

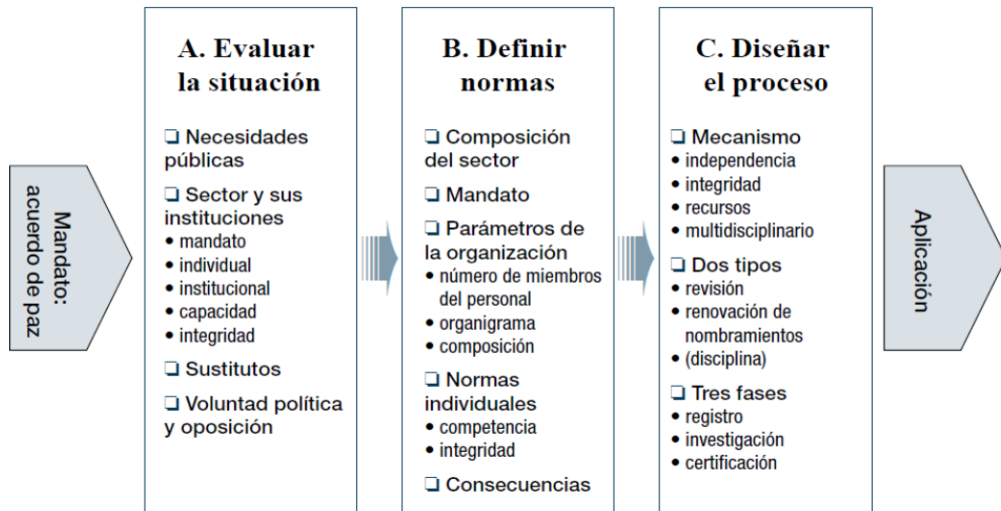
¹⁸⁸ ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 35

¹⁸⁹ ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 1

¹⁹⁰ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 36

¹⁹¹ ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 3

¹⁹² ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 13



En efecto, las reformas institucionales llevan consigo la aplicación de procesos de depuración destinados, en palabras de ACNUDH, “a excluir de las instituciones públicas a las personas que carecen de integridad.”¹⁹³ La experiencia ha constatado la necesidad de remover y destituir de sus cargos a las personas involucradas en abusos en el pasado como garantía de que en el futuro no se volverán a repetir y para tratar la “brecha de impunidad” principalmente con los altos mandos¹⁹⁴.

Si bien es cierto, como se ha dicho, que las actuaciones prioritarias en este ámbito consistirán fundamentalmente en la reforma de las estructuras públicas y en el correcto funcionamiento de los órganos constitucionales, es importante impulsar la creación de otros organismos independientes destinados a la protección de los derechos humanos y las consiguientes reformas en el ordenamiento jurídico¹⁹⁵. Otro elemento

¹⁹³ ACNUDH; *Estudio sobre la verdad*, pág. 1

¹⁹⁴ En esta sentido, Orentlicher en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add., del 18 de febrero de 2005, pág. 31

¹⁹⁵ BONET, J; ALIJA, R. *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, pág. 162 y ss.

importante, junto al señalado, es el establecimiento de mecanismos de queja y denuncia eficaces que garanticen a las personas una tutela inmediata ante vulneraciones de sus derechos, como por ejemplo las torturas y otros malos tratos. Por último, los Estados deben capacitar de forma adecuada en el respeto de los derechos humanos a los funcionarios públicos, principalmente a los militares, a los policías y resto de cuerpo de seguridad, a los de inteligencia, así como a la judicatura y resto de personal de la administración de justicia¹⁹⁶.

4.- Justicia Transicional y su aplicación en el ámbito vasco. La tortura como principal cuestión a abordar

En la bibliografía y demás literatura sobre la Justicia Transicional podemos encontrar referencias a España y la transición, definida ésta como un proceso de cambio del régimen dictatorial franquista a la democracia monárquica. Sin embargo, es escasa o prácticamente inexistente la mención al conflicto violento vasco como caso susceptible de aplicación de los mecanismos transicionales, pese a ser uno de los contenciosos políticos violentos que perdura en la Unión Europea¹⁹⁷. Así es, desde diferentes sectores de la academia y de la política se han producido tímidos intentos en la defensa de la aplicación de esta Justicia, obteniendo por respuesta fuertes descalificaciones, principalmente desde sectores de poder¹⁹⁸. Lo cierto, como veremos a continuación, es que el encaje del

¹⁹⁶ Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad 2005, Principio 36

¹⁹⁷ HAZAN, "El último conflicto armado de Europa: pasos definitivos hacia la paz en el País Vasco", pág. 307 ss.

¹⁹⁸ Como ejemplo citaremos las declaraciones del presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Juan Luis Ibarra o de la vicepresidenta del Tribunal Constitucional, Adela Asua, ver <http://www.noticiasdegipuzkoa.com/2016/06/11/politica/ibarra-y-asua-coinciden-en-que-la-justicia-transicional-no-es-el-marco-adecuado> También la diferente postura mantenida por el Presidente del Gobierno Mariano Rajoy sobre el conflicto de

conflicto vasco dentro del proceso de cambio de régimen político – dictadura a democracia- y su pervivencia hasta bien consolidada la democracia no ha sido suficientemente analizado desde la óptica de esta nueva justicia.

Esta omisión puede sorprender, máxime cuando existen ejemplos muy cercanos -también en el contexto europeo- con elementos comunes al vasco, como por ejemplo el caso Norirlandés, donde los beneficios de la aplicación de la Justicia Transicional han quedado claramente probados.

En contradicción con lo manifestado hasta ahora, en estos últimos años se han impulsado diferentes iniciativas de carácter político y legislativo que pueden cuestionar en parte el aparente desprecio hacia los postulados y mecanismos de la Justicia Transicional. Nos estamos refiriendo a las iniciativas públicas de reconocimiento del derecho de las víctimas desarrolladas por la Comunidad Autónoma Vasca en el marco de un, no mencionado, proceso de paz.

La capacidad de autogobierno de las Autonomías reconocida en la Constitución Española de 1978, ha posibilitado la creación y desarrollo de un marco normativo, aún incompleto, sobre reconocimiento y asistencia a las víctimas del conflicto. Será en este ámbito de actuación donde las instituciones vascas han intentado subsanar la falta de intervención del Estado sobre uno de los grupos de afectados por la violencia – víctimas de motivación política-, y también completar la cobertura ya reconocida por el gobierno central a las víctimas del terrorismo.

El Estatuto de Autonomía de Gernika, en su artículo 9, establece entre sus principios rectores que los poderes públicos vascos velarán y garantizarán el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de las y

Colombia y el vasco http://www.naiz.eus/eu/hemeroteca/gara/editions/2015-06-29/hemeroteca_articles/rajoy-y-el-espiritu-de-la-contradiccion

los ciudadanos, e impulsarán una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo. Asimismo, deberán adoptar medidas que promuevan las condiciones y remuevan los obstáculos para que la libertad e igualdad de las personas y los grupos donde se integran éstas sean efectivas¹⁹⁹. El contenido de este precepto tiene su base en el artículo 9.2 de la Constitución Española, con una redacción muy similar al citado²⁰⁰.

Partiendo de estos principios, y sobre la base de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Euskadi en su Estatuto -artículos 10.12 sobre asistencia social, 10.39 de desarrollo comunitario y el artículo 18 que atribuye la competencia de sanidad-, se desarrollan una serie de políticas de acompañamiento y asistencia a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos²⁰¹. Este reconocimiento se inicia con las víctimas del Terrorismo, para posteriormente y desde hace algunos años abordar la cuestión de las denominadas “víctimas de violencia de motivación política”.

¹⁹⁹ Artículo 9 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco:

“1. Los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos del País Vasco son los establecidos en la Constitución.

2. Los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia:

a) Velarán y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos.

b) Impulsarán particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo.

c) Adoptarán aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica.

d) Adoptarán aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales.

e) Facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco.”

²⁰⁰ Artículo 9.2 CE: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.*

²⁰¹ Los contenidos de las disposiciones citadas del Estatuto de Autonomía Vasco son los siguientes:

“Artículo. 10.- La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

12. Asistencia social.

38 Desarrollo comunitario. Condición femenina. Política infantil, juvenil y de la tercera edad.”

“Artículo. 18.- Corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior.”

Citar también, entre otras iniciativas desarrolladas con el objetivo de avanzar en la construcción de la paz presentadas por los diferentes ejecutivos vascos, las siguientes: *Plan Vasco de Educación para la Paz y los Derechos Humanos 2008-2011*; *El Plan de Convivencia democrática y deslegitimación de la violencia 2010-2011*; o el más reciente *Plan de Paz y Convivencia 2013-2016*.

Por su parte, el Gobierno central inició su acercamiento a las víctimas resultantes de la violencia de ETA con el Real Decreto Ley 3/1979 de 26 de enero, sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana²⁰². Desde entonces se ha producido una evolución normativa en este ámbito, destacando la extensión del concepto de víctimas del terrorismo a las provocadas por las acciones de los GAL y otras grupos armados, principalmente de extrema derecha pero también de extrema izquierda. Destacar entre todas las normas aprobadas a lo largo de los años la *Ley 29/2011, de 22 de septiembre de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo* y su *Reglamento aprobado por el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre*.

Sin embargo, con la excepción de la *Ley 52/2007, de 26 de diciembre de 2007, de la Memoria Histórica*, lo cierto es que las víctimas de violencia de motivación política no han sido acogidas en el arco normativo desarrollado por el Estado como un grupo específico y diferenciado del resto de víctimas de delitos violentos comunes. Por lo tanto, su tratamiento se someterá a la aplicación de la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* y la reciente *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*.

²⁰² Esta norma reconoce por primera vez el derecho de indemnización de las víctimas de terrorismo, haciendo referencia a los daños sufridos por este grupo de personas como "especialmente indemnizables" por parte del Estado. El contenido de ese texto legal fue desarrollado por el Real Decreto 484/1982 de 5 de marzo, un texto breve que limita su contenido a reconocer como indemnizables los daños y perjuicios corporales, excluyendo de su ámbito de aplicación expresamente los daños materiales.

Llegado este punto y una vez esbozado el marco jurídico – autonómico y estatal- desarrollado a favor de las víctimas del terrorismo y de la violencia de motivación política y recordando que ETA en 2011 declara el cese definitivo de la violencia procediendo a la entrega de sus armas en 2017, debemos volver al inicio de la exposición de este epígrafe para preguntarnos sobre la viabilidad de la aplicación de la Justicia Transicional al caso vasco para la consolidación de la paz y lograr la reconciliación social. Para ello se deben afrontar los argumentos de sus detractores que afirman que las características de la violencia y sus efectos no son susceptibles de ser abordados bajo el paradigma de esta nueva Justicia. Siguiendo a algunos de los autores mencionados anteriormente, entre los que destaca ELSTER, cabe preguntarse también si para la Justicia Transicional el caso vasco es una parte de un proceso más amplio que incumbe a todo el Estado, compuesto por otras cuestiones pendientes de resolver desde la Transición Española, en alusión a la categoría acuñada por el autor de “Justicia Transicional Pospuesta”²⁰³ y que una vez finalizada la violencia –de ETA- se debería abordar de forma integral.

Iniciaremos nuestro análisis abordando, a continuación, algunas cuestiones relevantes del conflicto violento vasco, siguiendo el análisis de los elementos básicos que constituyen la Justicia Transicional, descritos anteriormente en los apartados 2 y 3 de este capítulo.

Previo al análisis de estas cuestiones se citarán ciertos episodios de nuestra historia más reciente. Pese a iniciar este recorrido en el siglo XIX, será relevante el periodo de tiempo comprendido entre los últimos años de la dictadura y la consolidación de la democracia. En efecto, bajo la óptica del presente estudio, es importante traer a la memoria el cambio que

²⁰³ En referencia a los supuestos en que las primeras medidas de Justicia Transicional se adoptan pasados 10 o más años desde el inicio de la transición, como por ejemplo el procesamiento de Pinochet.

supuso el tránsito entre regímenes - de dictadura a democracia-, hecho relevante en cuanto a la valoración de la responsabilidad del Estado por las violaciones de derechos humanos sucedidas bajo el régimen dictatorial y las llevadas a cabo en el periodo democrático.

4.1.- Dictadura franquista, transición y violencia de motivación política. El caso vasco.

Euskal Herria está conformada por siete territorios (Bizkaia, Alava, Gipuzkoa, Navarra, Lapurdi, Zuberoa y Nafarroa Behera) distribuidos políticamente entre dos Estados: los cuatro primeros en España y el resto en Francia. Pese a mantener desde hace siglos unos estrechos lazos culturales y la misma lengua, lo cierto es que, exceptuando un periodo no despreciable de tiempo en el Medievo²⁰⁴, no han llegado a constituir un estado propio aglutinador de todos esos territorio²⁰⁵.

Siguiendo lo ya recogido en el libro *"Evaluación de las políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas"* donde se describe con mayor profusión de detalles la contextualización histórica del conflicto vasco y al cual nos remitimos para mayor ahondamiento en esa materia, nos parece necesario citar algunos acontecimientos políticos y efemérides sucedidas en el siglo XIX y XX, que ayuden a una mejor comprensión de lo que posteriormente se presentará²⁰⁶.

Continuando con este breve repaso histórico, desde el siglo XIII hasta entrado el siglo XIX, los cuatro territorios situados en la Península

²⁰⁴ En los siglos IX a XII, cuando el Reino de Navarra se extendió sobre todos esos territorios.

²⁰⁵ DE LA CUESTA, "Efforts to put an end to E.T.A's terrorism: evolution, present situation and perspectives of future", pág. 23 ss.

²⁰⁶ DE LA CUESTA/ PEGO/ PÉREZ MACHÍO/ FERNANDEZ; *Evaluación de las políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas*, pág. 220

Ibérica disponen de cotas de autogobierno importante, entendido éste como la facultad del manejo de la fiscalidad, el control del comercio y de la defensa militar de sus dominios.

Sin embargo, ese estatus quo del que también disfrutaban otros territorios del Estado, se verá amenazado por el constitucionalismo liberal español y las corrientes centralistas que devinieron finalmente en la abolición de los Fueros Vascos por medio de la *Ley de 21 de julio de 1876*²⁰⁷. Aquellas facultades de autogobierno se preservaron en parte, para el caso de Navarra con la *Ley "Paccionada" de 1841*. En el caso de Gipuzkoa, Araba y Bizkaia se logrará conservar parte de la autonomía con el reconocimiento, en 1878, de los Conciertos Económicos.

Pese a ello, el descontento ante ese vaciamiento de poder era patente en los sectores influyentes de esos territorios. Esa situación provocó que frente al movimiento centralista español se aglutinaran diferentes fuerzas que dieron lugar a las primeras reivindicaciones de corte nacionalista vasco. Estas tensiones con el Estado se agudizarán entrado el siglo XX, propiciadas por el importante desarrollo industrial que se dio en los territorios vascos. Ante esa realidad, las competencias de corte económico y administrativo reconocidas hasta ese momento son consideradas insuficientes por las fuerzas políticas y las élites económicas vascas para la gestión de los territorios. De esta forma se reavivarán las reivindicaciones sobre el derecho al autogobierno pleno, exigencia planteada con base en el pasado.

En aquellos tiempos se llevaron a cabo iniciativas muy importantes en esa materia, como por ejemplo la redacción acordada por las Diputaciones de Alava, Bizkaia y Gipuzkoa (a la que no se sumo Navarra) del documento de corte autonomista denominado "Mensaje", entregado al Gobierno en 1917. En este texto manifestaban de forma unánime "(...) su

²⁰⁷ ARRIETA, "La idea de España entre los vascos de la edad moderna", pág. 39-61

*aspiración de obtener, dentro de la unidad de la Nación española, las más amplias facultades autonómicas para el feliz y próspero desenvolvimiento de los intereses que les están encomendados,(...)*²⁰⁸.

Pocos años después, en 1931, la II República española posibilitó el reconocimiento de los diferentes pueblos del Estado (Catalán, Gallego y Vasco) y la redacción de sus proyectos de estatutos de autonomía. En el caso vasco se encargó la elaboración de ese documento a Eusko Ikaskuntza, texto que después de innumerables vicisitudes fue aprobado, ya una vez iniciada la Guerra Civil, el 1 de octubre de 1936.

Los 3 años que duró la Guerra Civil española y los casi 40 de postguerra y dictadura fueron devastadores para el futuro de esta parte de Europa. Recogiendo algunos datos proporcionados por GIL, se calcula que fueron entre 300.000 y 400.000 las personas muertas como consecuencia de la guerra²⁰⁹. Al exilio innumerables combatientes y defensores de la República, se debe sumar el envío al extranjero de miles de menores que permanecerán separados de sus padres por largo tiempo, sin poder olvidar, entre otras atrocidades los fusilamientos arbitrarios y “paseos” que fueron una constante en los primeros años de postguerra y no cesaron hasta los años 50, destacando el “trienio del terror” entre 1947 a 1949²¹⁰. Siguiendo con este recuento macabro, recordar también los Consejos de Guerra con juicios sumarísimos a los que fueron sometidos miles de personas, el incalculable número de torturados durante todos los años de dictadura, la represión política con la aprobación de normas como la Ley de Represión de la Masonería y el comunismo de 1940, o posteriormente Ley de Orden Público de 1959 y de esta forma se podría continuar durante muchas páginas.

²⁰⁸ Enciclopedia Auñamendi: <http://www.euskomedia.org/aunamendi/95176>

²⁰⁹ GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, pág. 26, si bien la autora señala el hecho de que se manejan cifras dispares sobre esta cuestión

²¹⁰ GIL GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, pág. 29

Efectivamente, la tragedia alcanza dimensiones humanas incalculables, o mejor dicho no calculadas completamente hasta este momento, pese a los esfuerzos realizados por diferentes asociaciones y organizaciones memorialísticas. Sin embargo, y pese a la importancia de todo lo acontecido y señalado, a continuación nos detendremos únicamente en dos episodios señalados como “hitos” por la gran mayoría de las políticas sobre víctimas llevadas a cabo durante los últimos años. Teniendo en cuenta el objeto de estudio de este trabajo, la relevancia alcanzada por los mismos nos obliga a detenernos en ellos para poder abordar el análisis de cuestiones que se plantearán más adelante. Estos son: el nacimiento de ETA y el periodo de transición a la democracia.

Nacimiento de Euskadi Ta Askatasuna (ETA)

Siguiendo una de las líneas interpretativas más aceptadas y sin querer entrar en debates contra otras tesis que pudieran ser en ciertos aspectos más acertadas, se recuerda a continuación lo ya dicho en *“Evaluación de las políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas”*. Finalizada la Guerra Civil, una vez impuesto el nuevo orden por los golpistas y con el objetivo de garantizar su consolidación, se ejerció una intensa y constante represión política dirigida principalmente hacia los diferentes movimientos sociales y nacionalistas que fueron considerados una amenaza por el régimen. Muchos de sus militantes serán encarcelados y, una vez en libertad, controlados gubernamentalmente, otras y otros muchos tuvieron como destino el exilio.

Volviendo al ámbito del País Vasco y de Navarra, son reseñables los ataques a la cultura vasca y a cualquier tipo de manifestación nacionalista en general. La escasa respuesta hacia estas agresiones por parte de sectores conservadores del nacionalismo vasco causará la irritación entre

grupos de jóvenes, malestar que se canalizará a través de la creación de organizaciones como EKIN (1952) compuesta por un pequeño número de estudiantes universitarios decididos a replicar los ataques²¹¹. Constituido como un grupo de estudio, mantenía una estrecha relación con las juventudes del PNV (Euzko Gaztedi)²¹². En 1959 se producirá una escisión de este grupo que dará lugar al nacimiento de Euskadi Ta Askatasuna (ETA).

En 1961, ETA cometerá su primera acción armada contra un tren que circulaba con destino a San Sebastián. En sus vagones viajaban simpatizantes del régimen franquistas que acudían a la ciudad con la intención de participar en un acto conmemorativo del inicio de la Guerra Civil. Finalmente, el ataque no tuvo éxito y no se llegó a producir el descarrilamiento²¹³. En mayo de 1962 tendrá lugar la Primera Asamblea de ETA, se definirá como el Movimiento Revolucionario Vasco de Liberación Nacional, estableciendo su carácter clandestino y la utilización de la lucha armada como medio para lograr la independencia de Euskadi.²¹⁴

El relato hasta ahora realizado nos lleva a compartir lo dicho por JAUREGI cuando afirma que *"El fenómeno de ETA es el resultante de la composición o interacción de dos factores, a saber: la ideología nacionalista sabiniana, y el franquismo"*²¹⁵.

²¹¹ DE LA CUESTA, "Efforts to put an end to E.T.A's terrorism: evolution, present situation and perspectives of future", pág. 24

²¹² BRUNI, *E.T.A. Historia política de una lucha armada*, pág. 29

²¹³ Algunas fuentes consideran que la primera acción armada atribuible a la organización la explosión de una bomba el 27 de junio de 1960 en San Sebastián, suceso en el que falleció la niña de 22 meses de edad, Begoña Arroz Ibarrola, si bien las tesis mayoritarias otorgan la autoría de ese atentado al DRIL (Directorio Revolucionario Ibérico de Liberación).

²¹⁴ Algunos autores afirman que será desde este momento cuando se produce la separación irreversible entre ETA y el PNV: JAUREGI, G., *Ideología*, pág. 88

²¹⁵ JAUREGI, *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*, pág. 460

Otra característica reseñable de los años 60 y 70 que no podemos obviar por la influencia que produjo en la organización ETA fueron los importantes flujos de población que se dieron en el Estado, impulsados principalmente por la necesidad y el desarrollo industrial que tomaba auge en zonas como el País Vasco o Cataluña. En pocos años, el incremento de población fue notable tanto en Bizkaia, Gipuzkoa y Araba, como resultado de la incorporación al mercado de trabajo de hombres y mujeres procedentes de Galicia, Extremadura, Castilla y León, entre otras zonas del Estado.

REPERCUSION DE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS EN EL
 CRECIMIENTO DE LA POBLACION VASCA (1950-75) ²¹⁶

	Crecimiento real (1975)	Crecimiento natural estimado (1950-1975)	Crecimiento debido a la inmigración
ALAVA	120.291	43.033	77.257
GUIPUZCOA	308.477	148.405	160.027
NAVARRA	100.935	118.828	-17.893
VIZCAYA	582.492	221.419	371.073
PAISVASCO	1.112.195	531.685	590.464

En esos años se reactivó nuevamente el movimiento obrero, surgen las primeras comisiones obreras en Asturias, Gipuzkoa y Bizkaia, en respuesta a la conflictividad laboral que existía en ese momento. Serán organizaciones que tenían como finalidad la defensa de los derechos de los y las trabajadoras frente a la patronal.

En este sentido, la evolución ideológica de ETA es importante. En efecto, partiendo de sus posicionamientos iniciales en contra del comunismo - elemento claramente heredado del nacionalismo

²¹⁶PIKABEA, "Situación de los estudios de geografía de la población en el País Vasco. Coyuntura demográfica actual"

<http://www.ingeba.org/liburua/topake2/picaenc2/picaenc2.htm>

histórico²¹⁷- abandonará esas posturas hasta plantear un acercamiento a las clases obreras y la guerra revolucionaria, alejándose definitivamente de las tesis sabinianas²¹⁸.

Siguiendo con la descripción cronológica realizada en "*Evaluación de las políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas*" será en la V Asamblea, celebrada en dos fases - finales de 1966 y marzo de 1967-, cuando las posiciones ideológicas de ETA se muestren claramente marxistas-leninistas²¹⁹. Unos años más tarde, las fracturas internas y la división en el seno de la organización eran evidentes lo que auguraba la inminente desaparición de la misma. Así fue como en la VI Asamblea de 1970 se diferenciaban cuatro corrientes dentro de la organización: las Células Rojas defensoras del marxismo clásico; los colonialistas; las y los defensores de la constitución de un partido para la clase obrera²²⁰; por último, los "milis" que propugnaban la actividad armada como medio para alcanzar los objetivos.

Constatada la división en el seno de la organización, sin embargo, el Proceso de Burgos que tuvo lugar a finales de ese mismo año 1970²²¹ y su repercusión internacional logrará suscitar el apoyo y reconocimiento entre diferentes sectores de la población sobre la lucha llevada a cabo por la organización. De esta forma, en los años siguientes lograrán un incremento

²¹⁷ JAUREGI, *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*, pág. 106, tendencia que se refleja de forma clara en la Segunda Asamblea (1963) y en la Tercera (1964)

²¹⁸ Este cambio se dará a partir de 1964, constatándose en la Cuarta Asamblea celebrada en 1965.

²¹⁹ JAUREGI, *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*, pág. 394

²²⁰ Tesis defendida por la dirección de ETA, finalmente serán expulsados y se autodenominarán ETA VI.

²²¹ JAUREGI/VEGA, *Crónica del antifranquismo*, pág. 377 y ss.

El Proceso de Burgos será uno de los episodios más graves y relevantes del final del franquismo. Serán juzgados por un tribunal militar dieciséis miembros de la organización ETA, entre los que se encontraban dos sacerdotes. La sentencia condenará a nueve de ellos a muerte y al resto a penas que sumaron más de quinientos años de prisión. El juicio traspasó las fronteras del estado y llegó a la esfera internacional a través de los medios de comunicación logrando en el exterior una fuerte oposición contra el régimen franquista y contra su represión. Finalmente, el gobierno se verá obligado a no ejecutar las penas de muerte.

importante de sus activos y ejecutarán acciones de gran envergadura, como el atentado contra el Presidente del Gobierno Carrero Blanco de 1973, o el de la Cafetería Roland de Madrid en 1974²²². Las consecuencias de este último atentado - 12 civiles muertos y más de 80 personas heridas - avivarán las discusiones internas persistentes y desembocará en la división entre ETA militar, defensora de ese tipo de acciones, y ETA político-militar, que aceptaba la utilización de la violencia pero con reservas²²³.

Fallecido el dictador en 1975, se aprobará la Ley 46/1977 de Amnistía y se celebrarán las primeras elecciones el 15 de junio de 1977. En ese momento, ambas facciones defenderán opciones irreconciliables: por su parte ETA político-militar mostrará su apoyo al partido político Euskadiko Ezkerra, por el contrario ETA militar decidirá no tomar parte en los comicios al no ser aceptada su propuesta, la Alternativa KAS, y continuará con la lucha armada²²⁴. Hasta el último asesinato cometido por la organización en 2010, serán finalmente 829 las víctimas, como se puede observar en el siguiente gráfico realizado por la Fundación Víctimas del Terrorismo²²⁵

²²² Este ataque se saldó con la muerte de 12 civiles y más de 80 personas heridas.

²²³ DE LA CUESTA, "Efforts...", cit., p. 25

²²⁴ Simplificando su contenido, las pretensiones contenidas en la Alternativa KAS son las siguientes: reconocimiento de todas las libertades democráticas; Amnistía completa; Adopción de medidas para la mejora de las condiciones de vida de las masas populares y, en particular, de la clase obrera; Disolución de las fuerzas represoras; Reconocimiento de la soberanía nacional de Euskadi, lo que conlleva el derecho a decidir de los vascos en entera libertad su destino, incluyendo la creación de un nuevo estado si ésa fuera su voluntad.

²²⁵ Gráfico extraído de su página web

http://www.fundacionvt.org/index.php?option=com_dbquery&Itemid=82&task=ExecuteQuery&qid=1&previousTask



Será a finales de los años 70 y principios de los 80 cuando el Estado iniciará el camino hacia el reconocimiento legal de las víctimas del terrorismo, con la aprobación del Real Decreto Ley 3/1979 de 26 de enero. Este texto reconocerá por primera vez el derecho de indemnización de estas víctimas, refiriéndose a ellas como personas “especialmente indemnizables” por parte del Estado. Esta norma fue desarrollada por el Real Decreto 484/1982 de 5 de marzo. Posteriormente se ha ido ampliando la cobertura jurídica proporcionada a este colectivo, como ya hemos señalado supra.

El País Vasco inició su actuación en esta materia con la aprobación de un programa de ayudas (Decreto 221/1988, de 4 de agosto) compuesto por las siguientes prestaciones: asistencia psicopedagógica prioritaria para los alumnos de Preescolar y EGB; becas de estudio, ayudas de transporte y comedor; asistencia sanitaria gratuita para los afectados que no fueran beneficiarios de la misma; ayudas a empresas consistentes en avales y subvenciones; ayudas a particulares que hayan sufrido daños en sus bienes.²²⁶ Con posterioridad se ha venido ampliando la cobertura dada a estas víctimas.

Transición hacia la democracia

²²⁶ Decreto 221/1988, de 4 de agosto

Como se ha señalado anteriormente, el 20 de noviembre de 1975 muere por causas naturales el dictador Franco. Este hecho se identificará con el inicio de la transición española a la democracia, por el contrario fijar la fecha del final de ese periodo abre un apasionado al que nos acercaremos más adelante.

Como decíamos supra, el 15 de octubre de 1977 se aprueba la *Ley de Amnistía* de aplicación a todos los responsables de actos de intencionalidad política, delitos o faltas, independientemente de cuál fuera su resultado. Se aprueba la Constitución de 1978²²⁷, resolviendo la cuestión de la estructura territorial con las autonomías, y dando solución a las reivindicaciones de un sector de la sociedad vasca y navarra con la incorporación de la Disposición Adicional Primera y la garantía de los derechos forales²²⁸. Un año después, el 18 de diciembre de 1979, se aprobará el Estatuto de Autonomía del País Vasco y posteriormente refrendado en las urnas²²⁹. En el caso de Navarra, su Parlamento aprobará la Ley Orgánica de reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. De esta forma, Navarra y el País Vasco se constituirán en dos comunidades diferenciadas dentro del Estado español. De esta forma, la democracia se empieza a consolidar con un proceso de transición sin transición.

Transición modélica para algunos por haber sido ejemplo de "tránsito pacífico", postura ésta rechazada por otros, como por ejemplo GIL GIL, sobre la base de los datos que aporta la autora: *"entre 1975 y 1982 hubo 644 muertes violentas relacionadas con la política, la mayoría causadas por la banda terrorista ETA -356-, otras por el GRAPO -64- y otras por diversas*

²²⁸ Disposición Adicional Primera: *"La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía."*

²²⁹ El resultado del referéndum fue de 58,85% de los votos afirmativos y una notoria abstención, del 41,1%.

organizaciones de extrema derecha -68-, o de extrema izquierda -11-, u otros grupos independentistas -5-, y 140 muertes son achacables al Estado, pues se produjeron en el transcurso o en la represión policial de manifestaciones callejeras, etc., a lo que habrá que añadir posteriormente la guerra sucia de los GAL contra el terrorismo.”²³⁰

Al conflicto sobre las fechas, podemos sumar la guerra de las cifras sobre víctimas. Cuestiones ambas que no son baladíes, como se puede concluir del examen de los datos ofrecidos por GIL. Sin obviar el hecho de que la autora se está refiriendo exclusivamente a vulneraciones del derecho a la vida, lo cierto es que leyendo esas cifras se podría interpretar que la responsabilidad del Estado, en cuanto a las violaciones de derechos humanos cometidas durante los años 1975 a 1982 e incluso posterior, es de menor importancia frente a la violencia ejercida por los diferentes grupos armados, ¿puede ser eso cierto? o sin serlo ¿puede parecerlo?

Parece que en el imaginario colectivo, una vez iniciada la transición, la responsabilidad del Estado en cuanto a la violencia de motivación política se refiere, se reduce a las acciones de los GAL. Sobre lo sucedido en el periodo anterior, la dictadura franquista, el pacto de silencio alcanzado por las diferentes fuerzas políticas, cuyo objetivo fue lograr y consolidar una débil democracia, ha logrado el visto bueno de una parte mayoritaria de la sociedad donde se ha instaurado el “mejor no remover el pasado y mirar hacia delante”.

La cuestión que se debe plantear es por qué esa fórmula ha tenido éxito y, atendiendo al carácter “modélico” del proceso transicional español que defienden algunos, por qué sin embargo su ejemplo no ha sido aplicado en otros conflictos. A TAMARIT también le sorprende el escaso interés mostrado para con el caso español por parte de los y las especialistas en estas cuestiones, pero no por su ejemplaridad

²³⁰ GIL GIL, *La Justicia de Transición en España*, pág. 45

precisamente sino más bien por sus características claramente diferenciadas de otros procesos²³¹.

Para argumentar su postura, el autor destaca tres elementos específicos del caso español que, a nuestro entender, pueden explicar también el por qué de su “éxito” como mecanismo de consolidación de un nuevo estatus político: en primer lugar, las violaciones más graves de derechos humanos y llevadas a cabo de forma masiva, se ejecutaron al finalizar la guerra y en los primeros años de la dictadura, cuando la oposición del bando contrario era mucho menor o prácticamente nula. Pese a la gravedad de los hechos, el tiempo transcurrido desde entonces ha podido amortiguar las ansias de justicia²³²; en segundo lugar, llegada la transición, el dictador así como una parte importante de los responsables de aquellas atrocidades habían fallecido y, por lo tanto en cierta manera se desdibuja la responsabilidad; en tercer lugar, fallecido el dictador, las élites franquistas continuaron detentando amplias cotas de poder político, social y económico, no cuestionado por una gran parte de la sociedad española de los años 80²³³. En consecuencia, podemos afirmar que una parte importante del control económico, político, judicial y por extensión social continuaba en manos de los representantes del antiguo régimen durante el proceso de creación de la nueva democracia, esto es durante la transición y posteriormente.

Llegados a este punto, no podemos dejar de recordar lo sucedido durante esos años y que forma parte de nuestra historia, asumida por

²³¹ TAMARIT, “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, pág. 75

²³² Elster, en *Rendición de cuentas* pág. 95-96, establece una relación importante entre la duración del régimen autocrático y la demanda de retribución por los daños sufridos. El autor llega a la conclusión de que en el caso de regímenes dictatoriales de larga duración la intensidad de la emoción y la exigencia de retribución dependerá de cuándo sucedieron las peores atrocidades, cuanto más lejanas éstas al fin de la dictadura la petición de retribución será menor. Sin embargo, en los casos en que la duración de la autocracia ha sido corta (algunos años) su demanda es más inmediata porque el recuerdo de lo sufrido es más vivo.

²³³ TAMARIT, “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, pág. 75

algunos como un buen acuerdo –recordemos el ruido de sables en el 23 F-, realidad insoportable para otros y otras por lo que tiene de indigna. Nos referimos a la transición de la dictadura – una de las más longevas y crueles de Europa- a la democracia, sin aplicación de justicia alguna, es decir: no se juzgará a ningún cargo franquista; no se removerán a los funcionarios y cargos en justicia, policía o del ejercito; no se investigarán las graves violaciones de derechos humanos sucedidas ni tan siquiera en los últimos años; no se buscarán a los miles de desaparecidos, etc.

Con estos mimbres no es de extrañar que el éxito de la transición no fuera tal. Durante aquellos años no sólo no se consiguió solucionar la cuestión de ETA, aun pendiente en nuestros días, sino que nacerán otras organizaciones que optarán por la utilización de la violencia como arma para lograr sus objetivos, entre ellas: Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP); Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO) 1975; Terra Lluire (1975); Loita Armada Revolucionaria (1978)²³⁴. Estos nuevos grupos fueron desapareciendo pero durante los años de actividad - recordemos los datos ofrecidos por GIL GIL- las consecuencias de sus actividades fueron importantes e irreparables.

Sorprendentemente, partiendo de estos antecedentes han sido necesarios más de 30 años desde la muerte del dictador para que algunas posiciones oficiales empiecen a marcar diferencias con las posturas más reaccionarias y su interpretación reduccionista y negacionista que limita el problema de la violencia y sus consecuencias a la acción de ETA. Sectores que niegan a su vez la existencia de un conflicto con base política y, en consecuencia, la existencia de otras víctimas. Estas posturas han sustentado un status quo que no sólo ha impedido el tratamiento de las "otras" víctimas, creando diferencias abismales en cuanto a asistencia y reconocimiento, sino que han sido revictimizadas acusándolas de querer

²³⁴ SANCHEZ SOLER, *La transición sangrienta*, pág. 281 y ss.

abrir viejas heridas, de rencorosas o de mentir, esto último en referencia a las víctimas de tortura.

Como decimos, en los últimos años se han producido pequeños cambios, en efecto, sobre el reconocimiento a las víctimas del franquismo, a nivel estatal no se abordará esta cuestión hasta la Ley 52/2007 promulgada el 26 de diciembre de 2007 (BOE 27 diciembre 2007), conocida popularmente como la Ley de Memoria Histórica²³⁵. Han sido muchos las y los detractores de esta norma que la han tildado de tibia e insuficiente.

En la Comunidad Autónoma de Euskadi podemos señalar de forma destacada el Decreto 280/2002, de 19 de noviembre, sobre compensación de quienes sufrieron privación de libertad por supuestos de la Ley de Amnistía. Posteriormente, el Decreto 22/2006, de 14 de febrero, por el que se establecen disposiciones para compensar económicamente a las personas privadas de libertad, incluida la padecida en Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores²³⁶.

Sin embargo, el inicio del reconocimiento institucional de un grupo más amplio de víctimas se dará de con la elaboración de dos informes: el *Informe sobre Víctimas de vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la violencia de motivación política*, presentado por el anterior Director de Derechos Humanos del Gobierno Vasco, el Sr. Landa Gorostiza, en junio de 2008; el *Informe de Víctimas de vulneraciones de Derechos Humanos y sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política*, presentado por la Dirección de Víctimas de Terrorismo del Gobierno Vasco, a finales del año 2010.

²³⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Spanish Legislation on Historical Memory", pág. 983-1000 (también publicado en español "La legislación española sobre memoria histórica", en *Studi in onore di Mario Pisani* (a cura di P.Corso e E.Zanetti), vol. II. *Diritto processuale penale e profile internazionali. Diritto straniero e Diritto comparato*, Milano, 2010, pp. 815-834)

²³⁶ Estos con las mismas condiciones y requisitos regulados en el decreto 280/2002, de 19 de noviembre, sobre compensación a quienes padecieron privación de libertad

Todas estas son medidas que miran al pasado, intentando arrojar algo de verdad y reparación a las víctimas, que no justicias, muchos años después de las elecciones generales de 1982 y la victoria del PSOE por mayoría absoluta. Recordando lo dicho por ELSTER *“el caso español es único dentro de las transiciones a la democracia, por el hecho de que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional”*. Continúa más adelante el autor afirmando que esa decisión consensuada de olvidar el pasado no ha sido imitada por otros casos y afirma que *“De hecho, es posible que la misma “desmemoria” española esté llegando a su fin”* en alusión a la demanda de reparación presentada en 2002 a favor de más de 250.000 prisioneros republicanos de batallones de trabajo forzados durante la Guerra Civil²³⁷.

Esa amnesia temporal de la que está despertando la sociedad de forma mayoritaria -es obligado recordar que una parte de ella nunca asumió el olvido- nos lleva a nuevamente al concepto de “Justicia Transicional Pospuesta”.

Es cierto que ELSTER en su apunte sobre el caso español se refiere a las atrocidades cometidas por la dictadura franquista y el no enfrentamiento de las mismas una vez logrado el cambio de régimen con la implantación de la democracia. Sin embargo, no hace alusión a la violencia que persistió. Esta cuestión, como veníamos apuntado anteriormente y siguiendo el objetivo marcado por este trabajo, nos lleva a diferenciar dos planos, en ocasiones superpuestos: el común a todo el territorio del Estado, en referencia a las violaciones de derechos humanos acaecidas en tiempo de dictadura pendientes de resolver actualmente y apuntado por ELSTER; En segundo lugar, el caso vasco y el recurso a la violencia, que nace en el franquismo y se perpetúa durante todo el periodo

²³⁷ ELSTER, *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, pág. 80 y 81

democrático y la respuesta del Estado durante todo este ciclo en el que las denuncias por violaciones de derechos humanos no han cesado.

Es en este segundo supuesto y, en concreto, sobre las violaciones de derechos humanos por aplicación de la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, donde queremos centrar el desarrollo de los próximos apartados.

4.2.- Existencia de un conflicto, interno, armado o violento y político

El conflicto intra-estatal, como decíamos en el apartado 3.1, no responde al concepto clásico de guerra convencional básicamente porque se desarrolla dentro del territorio del propio Estado. También denominado conflicto de baja intensidad, en palabras de THOMPSON, o guerra irregular según FRANCO, nos recuerda esta última autora que la característica principal de ésta será la asimetría de fuerzas entre las partes enfrentadas, tanto en cuanto al status jurídico como militar.

En el contexto geopolítico actual, el problema de la violencia en Euskadi se debe calificar como un conflicto intra-estatal. Es cierto que, como hemos señalado supra, una parte de los territorios vascos afectados en mayor o menor medida por esta cuestión, se encuentra situado en la República francesa. Sin embargo, el marco jurídico y político actual, esa división del territorio entre dos Estados, se respeta en el proceso de abordaje del problema siendo afrontado como un asunto intra-estatal, tanto en el caso de Francia como en España, y también así lo reconoce la Unión Europea y otros organismos internacionales.

Por el contrario, la utilización del término "conflicto" no está exenta de debate. Actualmente, se pueden distinguir dos posturas enfrentadas: en primer lugar la mantenida por los diferentes gobiernos del Estado desde la

democracia, salvo excepciones temporales concretas –treguas de ETA-, tesis reduccionista que limita el problema de la violencia a la ejercida por ETA y que define a esta organización como un grupo de criminales cuyo objetivo es sembrar el terror e imponer un proyecto totalitario, negando a su vez la existencia de un “conflicto con raíces políticas” y, en consecuencia, la existencia de otras víctimas provocadas por la acción del Estado. Frente a ésta se levanta la postura adoptada en estos últimos años por las instituciones vascas, con una visión más integral de lo sucedido, que reconoce otros agentes causantes de la violencia y distingue claramente dos tipos de víctima: a) las víctimas del terrorismo, entre las que se encuentran las de ETA, los GAL y otras bandas o grupos armados de extrema derecha; b) las víctimas de la violencia de motivación política, con un reconocimiento posterior en el tiempo y coloquialmente denominadas como “las otras víctimas”.

Por lo tanto, ante la dificultad por consensuar un marco de actuación común entre las administraciones concernidas (estatal, vasca y navarra) como veremos más adelante, con excepción de la anteriormente reseñada “Ley de la Memoria Histórica” de ámbito estatal y para un periodo concreto de tiempo²³⁸, el Gobierno Vasco inició el impulso de diferentes políticas públicas. El desarrollo de esta materia se presenta dividida en dos bloques estancos, iniciando esta labor con las acciones destinadas a la victimación causada por el terrorismo, y en segundo lugar con el bloque referido a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivados de la violencia de motivación política.

²³⁸ Recordemos que desde el Gobierno Vasco se ha venido elaborando un cuerpo normativo propio de reconocimiento de los derechos de ambos grupos de víctimas, desarrollo legal iniciado, en primer lugar, a favor de las víctimas del terrorismo con la aprobación de un programa de ayudas (Decreto 221/1988, de 4 de agosto), destacando en esta materia la Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo del País Vasco. Más recientemente, se aprobará el Decreto 107/2012, de 12 de junio, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco, modificado por el Decreto 426/2013, de 16 de octubre²³⁸, se iniciará de esta forma el camino de reconocimiento a “las otras víctimas”.

La división con base en el origen de la victimación (violencia terrorista//violencia de motivación política) parece responder a la necesidad de establecer una separación nítida entre ambos grupos de víctimas. Este planteamiento pone en evidencia el enfrentamiento existente entre ambos bandos (Estado y grupos enfrentados a él, en los últimos años ETA), enfrentamiento trasladado también de forma mimética a las víctimas. La protección ofrecida a las víctimas también es un reflejo de esa pugna, pese al contexto democrático en el que se desarrolla el conflicto desde 1978, el Estado impulsará las acciones correspondientes a las víctimas ocasionadas en la ofensiva contra él y, por el contrario, negará la existencia del resto atribuidas a su autoría o minimizará su atención (víctimas del franquismo y de la guerra civil). Este modo de actuar nos lleva a afirmar que el Estado ha ejercido una instrumentalización ideológica de la victimación de un signo, que le ha permitido negar la existencia de la violencia ilegítima ejercida por él y el resultado de la misma.

Llegados a este punto nos planteamos si el problema vasco es una cuestión exclusivamente de violencia terrorista, o por el contrario, nos encontramos ante un conflicto violento interno con base política. Una tercera opción, a tenor de la división de las políticas públicas vascas en materia de víctimas señaladas, puede ser que en el caso vasco confluyan ambas problemáticas claramente diferenciadas – Terrorismo y violencia política-.

Sobre el concepto de violencia de motivación política, según indica LANDA GOROSTIZA en Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política (2008)²³⁹, la Criminología entiende que este término se refiere a un

²³⁹ El 5 de octubre de 2007 el Parlamento Vasco, en el Pleno Monográfico sobre Víctimas del Terrorismo, aprobó 21 resoluciones a favor de las víctimas. La primera de ellas recoge la necesidad de realizar un informe sobre otras víctimas de vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la violencia de motivación política:

determinado contexto en el que se produce la acción criminal. Esta acción punible tendrá un sentido político dependiendo de diferentes elementos, como el sujeto activo, el tipo de acción que se lleve a cabo o por el resultado buscado. De esta forma, delitos como el asesinato, la tortura, etc. pueden considerarse vulneraciones de derechos humanos de motivación política o, por el contrario, si son cometidos en otros contextos ajenos al señalado no tendrán esa consideración, piénsese por ejemplo en la tortura infligida en el contexto de "la delincuencia común"²⁴⁰.

Continuando con los tres elementos señalados (autor, acción e intencionalidad), el informe establece que para que un crimen sea categorizado como "violencia de motivación política" el autor de éste debe ser el Estado y/o otros grupos que hayan desarrollado su actividad con la colaboración de aquel o su aquiescencia. La acción de carácter político será la realizada con cierta organización, que no sea aislada sino que respondan a un patrón de actuación y que tenga como finalidad influir en la sociedad y/o en la política. Por último, la intencionalidad política se reflejará en la selección del objetivo contra el que se ejerce la acción, principalmente la víctima, individual o grupalmente, como elemento a eliminar, paralizar su acción o la de su organización. También se hace

"1. Elaboración por parte de la Dirección de Atención a Víctimas del Terrorismo de un informe exhaustivo y riguroso sobre la realidad de las víctimas del terrorismo practicado por los grupos incontrolados, de extrema derecha y el GAL, con atención especial a la identificación de las víctimas y estudios del grado de reconocimiento de los derechos reconocidos en la legislación vigente.

2. Elaboración por parte de la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco de un informe exhaustivo y riguroso sobre la realidad de otras víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política, con atención especial a la identificación de las víctimas y estudio de las medidas necesarias que den respuesta a su reconocimiento moral y reparación.

3. El primero de los informes aludidos deberá ser presentado por el Gobierno ante la Ponencia de Víctimas del Terrorismo antes del 31 de marzo de 2.008

4. El segundo de los informes aludidos deberá ser presentado ante la Comisión de Derechos Humanos antes del 30 de Junio de 2008".

Dando cumplimiento al mandato recogido en el punto 2 y 4, el 24 de junio de 2008 se presentó ante la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Vasco el Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política

²⁴⁰ LANDA GOROSTIZA, *Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política*, pág. 14

referencia a los ataques indiscriminados donde la finalidad será sembrar el terror en la sociedad independientemente de las características de las víctimas.²⁴¹

El texto al que nos estamos refiriendo, señala de forma expresa que el concepto apuntado no es una definición cerrada, ni mucho menos. Como sucede con el término "terrorismo", la definición de "violencia de motivación política" tampoco goza de un amplio consenso, llegando a afirmar el autor y su equipo que las vulneraciones cometidas en acciones terroristas no son ajenas a un contexto de "violencia de motivación política".

En efecto, atendiendo a la definición y elementos descritos por LANDA GOROSTIZA, no hay duda que la violencia ejercida por los GAL, AAA y otros grupos de extrema derecha se incluyen claramente en esa categoría. Sin embargo, la dificultad se presenta cuando nos enfrentamos a la violencia de ETA, los Comandos Autónomos Anticapitalistas o los Grapo. Estos tres ejemplos no cumplen con el primer requisito, la vinculación o apoyo del Estado, todo lo contrario atendiendo a que el objetivo de estos grupos es su derrocamiento, el cambio de "status quo" por medio de la utilización de la violencia, objetivo último puramente político.

Contrariamente a lo planteado por LANDA GOROSTIZA, el elemento "sujeto activo" Estado como sujeto político, que evidentemente lo es, no debiera limitar la inclusión de otras acciones violentas cometidas por organizaciones creadas para un logro político enfrentado al Estado y que utilizan como medio para ello la violencia. El contexto en el que se desarrolla la acción criminal, como recuerda la Criminología, en nuestra

²⁴¹ LANDA GOROSTIZA, *Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política*, pág. 14

opinión tiene más que ver con los objetivos y la finalidad política de la acción que con la autoría.

Volviendo a LANDA GOROSTIZA y el Informe de 2008, en su exposición introduce un último elemento, denominado "indicador de motivación política"²⁴². En la mayoría de los casos calificados en el informe como "de violencia de motivación política", el Estado ha negado rotundamente los hechos, estos no han sido investigados de forma eficaz por los tribunales y, en consecuencia, no se han producido apenas condenas por estas violaciones de derechos humanos. Concluye el autor afirmando que la impunidad es una muestra clara del carácter político de esas acciones vulneradoras de los derechos. Este elemento puede ser decisivo en cuanto a cuestionar la actuación de los poderes públicos y el desarrollo democrático de sus funciones. La utilización política de la estructura del Estado para la perpetuación del "orden establecido" y no de la democracia.

A favor o en contra, lo cierto es que la clasificación realizada en el citado primer Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política, pese a reconocer el propio documento que su objetivo no era sentar las definiciones de ambos conceptos (terrorismo y violencia de motivación política) sino realizar un texto operativo y poder categorizar los diferentes grupos de víctimas, lo cierto es que sienta las bases de una clasificación que posteriormente será asumida por un nuevo documento de continuidad al proceso iniciado de reconocimiento de "las otras víctimas"²⁴³.

²⁴² LANDA GOROSTIZA, *Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política*, pág. 14

²⁴³ La Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Vasco, partiendo de la base del primer presentado el 24 de junio de 2008 y con el objetivo de dar continuidad al camino iniciado, aprobará por unanimidad la siguiente proposición no de Ley: "El Parlamento Vasco insta a la Dirección de Derechos Humanos y a la Dirección de Víctimas del Terrorismo a continuar con el denominado "Informe de víctimas de vulneraciones de

En efecto, el mandato Parlamentario que encarga este nuevo informe, recoge una referencia expresa al realizado por LANDA GOROSTIZA en 2008. De esta forma y atendiendo al carácter continuista de este segundo documento, adoptará en su apartado 3.4.- *Aclaraciones conceptuales*, la definición contenida en el texto inicial, de la siguiente forma:

“VIOLENCIA DE MOTIVACIÓN POLÍTICA

El Informe sobre víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de violencia de motivación política, de junio de 2008, avanzó en la clarificación conceptual de los términos del mandato inicial del Parlamento. En concreto, se recoge una definición de “violencia de motivación política” que permite, en primer lugar, diferenciar esta figura de la del “terrorismo” para así, en segundo término, proceder a una mejor identificación, registro y reparación de las víctimas de aquella.

Según este Informe, la violencia de motivación política se caracteriza por la concurrencia de tres elementos:

1) Actores o sujetos activos: Los autores de las acciones violentas son agentes del Estado, que actúan con evidente abuso de poder o extralimitándose en sus funciones, así como organizaciones y grupos parapoliciales que han contado con su apoyo o aquiescencia.

2) Modus operandi: Las acciones que producen vulneraciones de derechos humanos se realizan: a) con cierto grado de

derechos humanos derivados de la violencia de motivación política” presentado como primer paso en junio de 2008, en relación con las situaciones de sufrimientos injustos por la vulneración de derechos humanos provocada en el marco de la violencia vivida en Euskadi en las últimas décadas, y desatendidas hasta la fecha, avanzando de esta forma en su reconocimiento. Dicho Informe se presentará a la Comisión de Derechos Humanos y Solicitudes Ciudadanas antes de seis meses.”

organización, lo que se manifiesta en una periódica repetición de actos y actores; b) con el intento de influir en la sociedad o en la política, provocando sentimientos de terror e impotencia; y c) bajo un contexto de impunidad, que impide no sólo la investigación judicial de los hechos en cuestión y la sanción de los culpables, sino incluso el propio reconocimiento y reparación de las víctimas y su dignidad.

3) Víctimas o sujetos pasivos: La elección de los sujetos a quienes se dirige la violencia responde a una intencionalidad política, bien porque son razones políticas o ideológicas las que llevan a la selección de las víctimas, bien porque está –aunque sea aleatoria o indiscriminada- responde a este objetivo general de amedrentar y causar terror en la población.”

A renglón seguido, en un gesto que podemos interpretar como integrador de otras autorías en esta categoría, el informe recoge una definición mucho más amplia, la elaborada por SANCHEZ SOLER en su obra *“La transición Sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)”*, destacando su utilidad para analizar nuestra realidad.

Como podemos leer a continuación, para este autor la violencia política es un concepto más amplio que consiste en *“el uso consciente de la fuerza, ya sea física o verbal, mediante amenaza, ejercido por individuos, grupos ideológicos, instituciones públicas, sectores de la administración del Estado, partidos o entidades, con el objetivo de intervenir y cambiar el rumbo de los acontecimientos políticos de un país, controlar o imponer decisiones gubernamentales, conquistar, dirigir o conservar el poder del Estado”*.²⁴⁴

²⁴⁴ SANCHEZ SOLER, *La transición Sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*. Esta definición en ningún modo limita la autoría al Estado, si bien distingue diferentes tipos de violencia política, entendiendo la institucional como *“toda la violencia desplegada para mantener el orden establecido, que es organizada,*

Sin embargo, pese a valorar positivamente la definición de SANCHEZ SOLER, el informe realizado en 2009 que tiene por título "Víctimas de vulneraciones de derechos humanos y sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política" no solo no incluye en la categoría de "víctimas de motivación política" las ocasionadas por el terrorismo, sino que limita el encaje de las "otras víctimas" con base en una clasificación temporal de los hechos. En efecto, el texto considerará que las acciones sucedidas a partir de la segunda mitad de los años 80 no se produjeron en un contexto de violencia política, si bien estas serán perseguibles y sancionables conforme a la ley penalmente vigente. Los autores de este nuevo informe llegan a esta conclusión alegando que a partir de esa fecha no se cumplen los elementos que definen el "modus operandi" de los autores de la violencia política, porque:

- a) No se aprecia el rasgo de la generalidad y la planificación, como lo prueba el hecho de que se hayan reducido de forma muy significativa los casos de graves violaciones a los derechos;*
- b) Tampoco se observa la intención de generar una situación de terror mediante la que incidir en los acontecimientos políticos;*
- c) El contexto general de impunidad que caracteriza la violencia política no existe en este período temporal, dado que la denuncia de estas violaciones de derechos pone en marcha el mecanismo – mejorable, por supuesto – de investigación de las mismas.²⁴⁵*

alentada, inspirada y/o consentida e instrumentalizada desde las instituciones del Estado en dos niveles:

- Desde el corazón del aparato del Estado, a través de estamentos y funcionarios en activo de la propia Administración gubernamental, que disponen de poder coercitivo y utilizan medios, armamento y cobertura logística para ejercer y administrar la violencia: policías, judicatura, ejército,...*
- Desde instituciones reglamentarias y/o subvencionadas por el Estado, que participan de la superestructura del poder oficial: asociaciones inscritas en los registros oficiales, entidades y partidos políticos legales con o sin representación en el Parlamento."*

²⁴⁵ GOBIERNO VASCO, *Víctimas de vulneraciones de derechos humanos y sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política*, pág 14

Resulta cuando menos contradictorio realizar estas afirmaciones cuando una de las principales razones que motivaron el encargo de estos informes -primero el 2008 y posteriormente este último de 2009-, fue conocer una realidad que afectaba a un número desconocido de víctimas. Por lo tanto, concluir a priori negando la consideración de violencia política a las vulneraciones de derechos humanos realizadas por el Estado a partir de finales de los años 80 parece más que arriesgado. Máxime si tenemos en cuenta que en el informe originario de 2008 no se llegaba a esa conclusión, recogiendo el documento ejemplos de años posteriores e incluso del siglo XXI. Por último, señalar una nueva contradicción, el documento de 2009, pese a no considerar estos actos como violencia política, defiende sin embargo su inclusión en el texto, atendiendo a su gravedad, la necesidad de investigación y su evitación en el futuro.

En los años posteriores el Parlamento Vasco aprobará el primer texto normativo de reconocimiento a las víctimas de violencia política, el Decreto 107/2012, de 12 de junio, de *declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, modificado posteriormente por el Decreto 426/2013, de 16 de octubre. En cuanto en tanto reconoce derechos a personas víctimas en el último periodo de la dictadura franquista no suscita controversia calificar las violaciones de derechos humanos sufridas por estas como violencia política²⁴⁶.

²⁴⁶ El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco anulará parte del Decreto, efecto que tendrá que ser enmendado por la Ley Vasca 12/2006 de 28 de julio, de *reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999*

Recientemente se ha aprobado la *Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999*²⁴⁷. Esta norma se presenta como un paso más en el camino emprendido hacia el reconocimiento a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos no reconocidas ni reparadas hasta ese momento, estableciendo un periodo temporal más amplio entre los años 1978 a 1999. Atendiendo a lo señalado en la Exposición de Motivos I y a su artículo 1, esta norma será de aplicación a las vulneraciones de derechos humanos producidas en el contexto de violencia de motivación política entre los años señalados, reconociendo la posible existencia de ese tipo de casos en un periodo posterior a finales de los años 80²⁴⁸.

Antes de finalizar con esta exposición debemos señalar una cuestión que puede arrojar luz sobre los cambios interpretativos del concepto “violencia política” que se evidencian en los textos y normas expuestos. Nos referimos a los cambios de gobierno y las mayorías parlamentarias que durante esos años se han producido en el País Vasco. La VIII Legislatura vasca se extendió desde el 28 de junio de 2005 hasta el 8 de mayo de 2009, con gobierno del Partido Nacionalista Vasco y mayoría parlamentaria. Es durante este mandato cuando se inicia ese camino con la elaboración del primer informe oficial (2008) sobre víctimas de de la

²⁴⁷ Actualmente recurrida por el Ejecutivo de Madrid.

²⁴⁸ El contenido del último párrafo de la Exposición de Motivos I de la Ley Vasca 12/2006 es el siguiente:

“En definitiva, cuando se haya producido una vulneración de derechos humanos en un contexto de la violencia de motivación política, entre el 29 de diciembre de 1978 y el 31 de diciembre de 1999, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, esta ley viene a reconocer y a reparar a las víctimas, con el ánimo de que sean tratadas de forma justa y equitativa.”

Artículo 1. Objeto.

“Es objeto de la presente ley la configuración de los derechos al reconocimiento y, en su caso, a la reparación de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos producidas en contextos de violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco, desde el 29 de diciembre de 1978 al 31 de diciembre de 1999, con los efectos y el alcance previstos en esta ley.”

violencia de motivación política. La IX Legislatura, desde 8 de mayo de 2009 hasta 17 de diciembre de 2012, traerá importantes cambios, por primera vez el Gobierno Vasco no será dirigido por los jeltzales y pasará a manos del Partido Socialista de Euskadi. Se continuará con la labor iniciada en la legislatura anterior de reconocimiento y reparación a las "otras víctimas" pero con variaciones sustanciales en el concepto de "violencia política" tal y como hemos señalado anteriormente. Finalmente, la X Legislatura, 17 de diciembre de 2012 hasta 28 de noviembre de 2016, devolverá el gobierno al PNV que será el encargado de impulsar la redacción de la Ley Vasca 12/2016 volviendo al concepto originario de "violencia política" recogido en el informe de 2008.

Recapitulando sobre lo expuesto en este subepígrafe, sin duda se debe entender que la cuestión de la violencia en Euskadi es un problema intra-estatal. En la actualidad, nos encontramos ante una sociedad, la vasca, que viene sufriendo un periodo muy largo de violencia cuyas raíces se encuentran ancladas a la dictadura franquista y se prolonga en democracia. El proceso de transformación interna hacia la paz que se viene dando desde hace años, se encuentra plagado de dificultades, una de ellas es la necesaria contextualización de lo sucedido. Para avanzar en las políticas públicas diseñadas con este objetivo se ha optado por reconocer dos contextos diferentes: el terrorismo y la violencia política. El uso de la fuerza ilegítima, ejercida por ETA y también por el Estado tiene como objetivo, en el primer caso intervenir y modificar el rumbo de la política en Euskal Herria, y en el caso del Estado mantener bajo control la situación existente e imponer la postura defendida por el gobierno. Atendiendo a la definición de SANCHEZ SOLER, que a nuestro parecer es la correcta, ambas se desarrollan en un contexto político. Sin embargo, se opta por negar esa categoría a la violencia ejercida por ETA, en aras de negar cualquier cariz

político a la organización, probablemente con el fin de deslegitimar el ejercicio de la violencia llevada a cabo por ese grupo²⁴⁹.

La falta de consenso político entre las diferentes fuerzas representativa del Parlamento Vasco ha desembocado en un juego de vaivenes sobre la construcción de la paz con la finalidad de evitar crispaciones. Instrumentalizar la verdad, en aras de lograr consensos entre los partidos, negando el carácter político global de la violencia sufrida, no parece un buen camino para consolidar una paz duradera. Ello deja al descubierto la falta de acuerdo sobre cuestiones básicas, que nos lleva a avanzar en un proceso que intenta sortear las dificultades sin romper con el pasado y sin enfrentarlo con valentía. Una huída hacia delante, sobre la base del reconocimiento de la existencia de dos grupos claramente diferenciados, que lleva a dar a unos primero para poder luego reconocer a los otros, nunca en igual medida para dejar claro que no hay voluntad de equiparar a ambos grupos. Forma de actuar ésta que muestra la necesidad de afirmar, de forma tácita, que las vulneraciones sufridas por aquellos tienen un rango superior a la de los estos, sin importar la entidad del derecho vulnerado o la autoría del acto ilícito.

Sin embargo, la no equiparación no impide reconocer los hechos en sí, procedan de donde procedan, y la presunta superioridad de unos sobre otros es una opción política que no procede de la materialidad de los hechos violentos sino de la instrumentalización política que se haga de los mismos. La reflexión que cabe hacer es si la actual forma de proceder permitirá la reconciliación social.

²⁴⁹ Fragmento del Informe 2009

"Conviene en este punto, reafirmar la ilegitimidad radical de la violencia de ETA, más allá de la existencia de cualquier conflicto político que pudiera plantearse y que, en democracia, solo puede ser abordado a través de cauces pacíficos y respetuosos con los derechos humanos."

4.3.- Graves violaciones de derechos humanos y/o abusos a gran escala

Decíamos en el apartado 3.2 que *“Por violación a los Derechos Humanos debe entenderse toda conducta positiva o negativa mediante la cual un agente directo o indirecto del Estado vulnera, en cualquier persona y en cualquier tiempo, uno de los derechos enunciados y reconocidos por los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*.²⁵⁰ Por lo tanto y atendiendo a esta definición, la conculcación del derecho debe de tener una autoría determinada, la del Estado, elemento cualificado necesario también en el caso de la tortura y los malos tratos, como veremos más adelante en el Capítulo II de este trabajo.

Recordemos asimismo que la gravedad de estos hechos se deriva en gran medida de la posición de poder del Estado, que tiene bajo su control los mecanismos de investigación y de justicia, pudiendo garantizar la impunidad a sus propios delitos. Este será el principal motivo por el que a las víctimas de tortura, malos tratos inhumanos y degradantes se les negará el acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación.

La dictadura franquista se caracterizó por violar sistemática los Derechos Humanos de la ciudadanía y, principalmente, de las personas, movimientos políticos y sociales contrarios al régimen. Entre las graves violaciones de derechos humanos llevadas a cabo destaca la utilización de la tortura, los malos tratos inhumanos y degradantes contra personas detenidas y presas. Ciertamente, la transición política trajo consigo la democracia, la aprobación de la Constitución y otras normas que garantizaban los derechos fundamentales a todas y todos, sin embargo las novedades normativas no supusieron un cambio inmediato en las malas prácticas policiales y la utilización de la tortura y los malos tratos de forma

²⁵⁰ Defensoría del Pueblo de Colombia, “Algunas Precisiones sobre la Violación de los Derechos Humanos en Colombia”, Serie Textos de Divulgación, No. 2

generalizada se prolongarán en los años sucesivos. No se podía esperar otra cosa, como venimos diciendo, el “tránsito pacífico” a la democracia en España fue posible sobre la premisa de no ruptura con el pasado, ese continuismo se evidenciará también en la falta de renovación de los mandos y estructuras de seguridad del Estado heredadas que, una vez aprobada la Carta Magna, continuarán realizando sus funciones.

De esa realidad se hacen eco diferentes organismos internacionales de defensa de los Derechos Humanos que en las últimas décadas del siglo XX y principios de los XXI vienen manifestando su profunda preocupación por la práctica de la tortura y otros malos tratos por parte de los funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley. La inquietud manifestada es mayor si cabe en los casos que suceden en el contexto de las operaciones antiterroristas con la aplicación de la incomunicación²⁵¹. Entre estas organizaciones destacan: el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y también otras no gubernamentales de diferentes ámbitos territoriales como Amnistía Internacional, la Coordinadora contra la Tortura o Torturaren Aurkako Taldea. Si bien es cierto que en los últimos años las denuncias realizadas sobre estos delitos han ido disminuyendo, sin embargo las críticas y condenas al Estado Español no han cesado.

Volviendo al caso Vasco, en junio de 2013 Manuela Carmena, Jon Mirena Landa, Ramón Múgica, Juan M^a Uriarte darán por finalizado el documento titulado *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*. El texto responde a un encargo realizado por la Secretaría General de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco que tiene por objetivo delimitar, de forma preliminar, el mapa de las vulneraciones de derechos humanos sucedidas en Euskadi en el contexto de la violencia de

²⁵¹ Entre otros muchos informes, destaca el realizado por Amnistía Internacional, España: Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación, 2009 (https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Salir_de_las_sombras.pdf);

motivación política desde 1960. Sobre este documento, es importante llamar la atención sobre el hecho de que incluyen tanto la victimación provocada por ETA y otras organizaciones terroristas como la de autoría estatal.

Con esa finalidad, los autores realizarán una clasificación y cuantificación de los derechos vulnerados que pudiera ser utilizado como referencia fiable para el posterior desarrollo de actuaciones en materia de memoria, reconocimiento y reparación a las víctimas. Este documento incluye, entre otros actos delictivos, la tortura como una realidad que debe ser investigada para abordar una cuestión importante: la falta de datos fiables. En efecto, se advierte de la ausencia de datos suficientemente contrastados y de las posiciones dispares que mantienen las diferentes fuentes consultadas, un arco de posibilidades que va desde la negación absoluta de su práctica hasta contabilizar unos 10.000 casos. En este baile de cifras, el informe presenta una estimación entorno a las 5.500 denuncias, incluyendo judiciales y extrajudiciales. Ante la disparidad entre las posturas, los autores se reafirman en la necesidad de una investigación con base en criterios científicos, rigurosa e independiente, que pueda acercarnos a la incidencia real del fenómeno de la tortura en Euskadi²⁵².

Bien, tomando como referencia la cantidad señalada en el informe, de 5.500 posibles casos de tortura y/o malos tratos, en una población media de algo más de 2 millones de habitantes, en un periodo de tiempo que transcurre entre la dictadura (1960-1978) y la democracia (1979-2013), podemos afirmar que nos encontramos ante un problema de magnitud muy importante, tanto por el número de casos sucedidos como por la gravedad de los mismos. La confirmación de esos datos nos llevaría a afirmar que nos encontramos ante un proceso de construcción de la

²⁵² CARMENA/ LANDA/ MÚGICA/ URIARTE, *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*, por encargo de la Secretaría de General de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, junio 2013, http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/14/informe_base_es.pdf

democracia sobre la base de sistemas y estructuras del Estado que han permitido, cuando no propiciado, la comisión de graves violaciones de derechos humanos como son las torturas que han afectado un segmento importante de la población.

Sobre el carácter sistemático o no de la tortura en el caso vasco, las fuentes más acreditadas en la materia no dudan en afirmar que hasta mediados de los años 80 su práctica fue sistemática. A partir de los años 90 y posteriormente entrado el siglo XXI ese calificativo se cuestiona y se opta por aceptar que su erradicación no se ha producido pero que, como en otros países con democracias asentadas, su presencia es anecdótica. Sin embargo, Amnistía Internacional en su informe de 2009 alertaba sobre el hecho de que su práctica es más que esporádica²⁵³:

“Amnistía Internacional no considera que en España exista una práctica sistemática de la tortura, pero las investigaciones de la organización han indicado que los casos de tortura y otros malos tratos en ese país no son incidentes aislados, sino muestras de las deficiencias estructurales que afectan a todas las facetas de la prevención, la investigación y la sanción de esos actos.”

La práctica de la tortura y los malos tratos es factible en sociedades pacíficas y con tradición democrática, este hecho es incuestionable si tenemos en cuenta que la gestión de la detención y de la pena privativa de libertad se desarrolla generalmente en lugares y tiempos que pueden estar exentos de control. Bien, por lo tanto es fácil entender que la posibilidad de que este delito suceda se incrementa en contextos de violencia de motivación política, caracterizados por ser los propios funcionarios, en su

²⁵³ AMNISTIA INTERNACIONAL, *España: sal en la herida. Impunidad policial dos años después*, pág. 4

El documento completo se puede consultar en

<https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/ESPA%C3%91A%20SAL%20EN%20LA%20HERIDA%20IMPUNIDAD%20POLICIAL%20DOS%20A%C3%91OS%20DESPU%C3%89S?CMD=VEROBJ&MLKOB=27921464141>

condición de representantes del Estado, objetivo de la violencia ejercida por los grupos armados contrarios a éste.

Lo cierto es que, pese a que las condenas por torturas dictadas por los tribunales españoles en el caso vasco no son más de 20 (número a todas luces ridículo como veremos en el capítulo III) la preocupación por este problema es de tal magnitud que el *Plan de paz y convivencia 2013-2016* del Gobierno Vasco, recoge en su *Iniciativa nº 6* la necesidad de abordar esa cuestión²⁵⁴. La ejecución de esa decisión se plasmará en el encargo realizado al Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco (IVAC-KREI) con el fin de realizar un estudio científico que permita acercarnos de forma objetiva a la realidad de ese fenómeno en nuestro contexto.

El IVAC-KREI diseña una investigación que comprende cuatro partes:

- 1.- Elaboración de un censo de personas que denuncian torturas y/o malos tratos. Este será el tronco del proyecto y permitirá una aproximación global a las dimensiones del problema, a la vez que un conocimiento específico de cada caso. Para ello, se ha diseñado una base de datos donde se recoge cada caso de forma individual con la información obtenida de la prueba documental, testifical y/o pericial de la que se disponga²⁵⁵.

²⁵⁴ GOBIERNO VASCO; *Plan de paz y convivencia 2013-2016*, noviembre de 2013, pág. 46 y 47. El texto completo se puede consultar en http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/3871/plan_paz_convivencia.pdf

²⁵⁵ El proyecto "Investigación tortura en Euskadi 1960-2013" presentó su primer informe parcial con fecha 31 de diciembre de 2014. En este documento se explica el diseño y los primeros pasos del estudio y, concretamente el apartado 5 está destinado a explicar la utilización de los instrumentos de recogida de información:

"1. Construcción de la base de datos y fuentes de información para los casos. La base de datos cuenta con información personal, datos generales de los hechos, elementos de la denuncia judicial o pública, informes médico forenses, alegaciones ante el juez y trámites judiciales, y en su caso el procedimiento de investigación de la tortura. También incluye la documentación aportada para el caso (ANEXO IX).

2. La base de datos ha sido sometida a procedimientos de control y pre-test, incluyendo el manejo de la protección de datos.

3. Protocolo de recogida de testimonios, y entrevistas con víctimas de tortura.

2.- Valoración de la credibilidad de las denuncias por medio de la aplicación pericial del Protocolo de Estambul a 200 casos seleccionados de los registrados en el censo que hubieran dado su conformidad a ello²⁵⁶.

3.- Valoración del impacto del hecho traumático en la vida de la víctima por medio de un estudio cualitativo sobre casos emblemáticos. Este apartado permitirá conocer la experiencia de las víctimas, las consecuencias sufridas y la opinión de éstas sobre las respuestas sociales e institucionales recibidas.

4.- Recopilación y análisis documental de las resoluciones, dictámenes, informes y otra documentación relevante que se haya producido durante todo el periodo estudiado. El objetivo de este estudio será concluir sobre la posible existencia de elementos que permitan la impunidad de la tortura y sobre los indicios razonables de la persistencia de la misma.

El segundo informe parcial, presentado por el equipo de investigadores en junio de 2016, afirma haber identificado más de 4000 casos de denuncia de tortura y malos tratos entre el año 1960 y 2013 a ciudadanos vascos o a personas de fuera de la Comunidad Autónoma Vasca víctimas de estas prácticas en Euskadi²⁵⁷.

4. Se lleva a cabo la recogida de toda la documentación posible sobre los casos, digitalización de fuentes la información e incorporación a las carpetas de cada caso.

5. Se ha establecido un sistema de procesamiento, archivo y resguardo de la información siguiendo los estándares habituales en este tipo de estudios."

El documento completo se puede consultar en <http://ep00.epimg.net/descargables/2015/02/06/5f054f039f03d80eb132457d27db56df.pdf>

²⁵⁶ Las características de esta herramienta pericial se pueden consultar en el primer informe parcial de fecha 31 de diciembre de 2014, anteriormente referenciado, en su página 67 y siguientes

²⁵⁷ El informe preliminar completo presentado el 27 de junio de 2016 en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, se puede consultar en: <http://www.eitb.eus/multimedia/documentos/2016/06/27/1987310/Memoria%20Proyecto%20tortura%202016.pdf>

Este trabajo pretende iniciar un camino hacia el derecho a la verdad y el reconocimiento de las víctimas de torturas, tratos inhumanos y degradantes víctimas de la violencia de motivación política y también de otros contextos. En cuanto al derecho a la reparación debemos recordar *Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999* actualmente pendiente de recurso ante el Tribunal Constitucional.

A la espera de los resultados de esta investigación y de la resolución del recurso interpuesto por el gobierno del Partido Popular contra la Ley vasca 12/2016, empiezan a surgir algunas cuestiones que, en nuestra opinión, deberán obtener respuesta en la hoja de ruta diseñada para abordar esta problemática. Reconocer y afrontar los “abusos a gran escala” cometidos con la práctica de la tortura no será una tarea sencilla, como veremos en los próximos capítulos, será necesario explorar las diferentes alternativas que el derecho ofrece para hacer frente a esta cuestión: el recurso a la justicia ordinaria, la jurisdicción universal y la aplicación de los mecanismos propuestos por la Justicia Transicional.

4.4.- Implicación de las partes en la construcción de la paz: Instituciones vascas; gobierno central; Europa; sociedad civil; víctimas; ¿Quién debe tomar parte?

La construcción de la paz requiere de una mirada integral al pasado, donde todas las vulneraciones de derechos humanos sean reconocidas, sin excepciones. Conocer la verdad, no solo la de los hechos concretos, sino también el contexto en que se han producido estos y el resultado sobre la víctima, requiere de la voluntad de todos, pero principalmente de las autoridades.

La Justicia Transicional demanda la participación de todos los agentes implicados en el conflicto. Es decir, no se puede construir una nueva sociedad en paz sin la participación de la sociedad civil, las víctimas, los agentes políticos y los responsables de las diferentes administraciones. En referencia a este último grupo y conforme a la estructura política y territorial del Estado, la participación del gobierno central es fundamental, destacando entre las razones principales las siguientes: como agente que debe asumir su responsabilidad en las violaciones realizadas en el pasado; como ente legitimado para legislar sobre materias de rango superior necesarias para el avance de la paz; y como órgano responsable custodio de información imprescindible para conocer la verdad. En este mismo sentido pero en su nivel competencial y de responsabilidad debemos referirnos al gobierno vasco.

Sobre el contexto, negar la existencia de un conflicto armado de índole político ha sido la postura más defendida por el Estado desde la democracia. Ello conlleva desarrollar estrategias de derrota del contrario, sin alternativa a un fin negociado de la violencia. Estrategias desplegadas en diferentes frentes: el legislativo, el judicial, el de la lucha antiterrorista y el mediático. Sin embargo, los diferentes gobiernos centrales han variado esa postura de forma temporal iniciando procesos de negociación, en la década de los 90 y principios del siglo XXI.

Los cambios legislativos en materia penal derivados del combate jurídico contra el terrorismo han llevado al estado de derecho, en muchas ocasiones, al límite de los estándares internacionalmente de respeto a los derechos humanos. La expansión de los tipos penales y el endureciendo de las penas para delitos de terrorismo lleva a su encaje en la teoría del "Derecho Penal del enemigo".

Ello se complementa con la acción de la justicia, de la cual en general se obtiene una verdad fragmentada y en particular en estos casos

“interesada”, participe del combate jurídico contra el terrorismo²⁵⁸. Ejercicio de la justicia que, en más ocasiones de las deseadas, ha bordeado el principio de legalidad, recordemos casos tan flagrantes como la Doctrina Parot.

En este proceso dilatado de violencia, la política penitenciaria también se ha ido deshumanizando. Ejemplo de castigo añadido a la privación de libertad aplicado desde 1989 será la dispersión de las personas presas –en ejecución o preventivas- por delitos de terrorismo, obligadas a permanecer en centros penitenciarios que se encuentran fuera del País Vasco y de Navarra. Esta medida es interpretada por muchos autores como una infracción del artículo 25 CE y el 12 de la Ley General Penitenciaria, en referencia a la finalidad resocializadora y la evitación del desarraigo del interno²⁵⁹. En este sentido, recordemos lo dicho por el Relator Especial para la Tortura Theo van Boven, en su informe de 2004 sobre España, calificando la dispersión como un mecanismo sin base jurídica aparente, que se aplica de forma arbitraria. El Relator recuerda al Estado que esa medida contraviene el principio 20 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988²⁶⁰. Último ejemplo sangrante de

²⁵⁸ Manifestaciones realizadas por el entonces Magistrado de la Audiencia Nacional José Ricardo de Prada en su ponencia “El papel del poder judicial en la emergencia de la verdad y la construcción de la memoria y su consolidación, con un enfoque especial al caso vasco”, impartida en el encuentro “Verdad y Memoria en procesos de reconciliación: experiencias internacionales y retos para el caso vasco, celebrado el 13 de octubre de 2014 en Donostia. Evento organizado por la Diputación Foral de Gipuzkoa y la Universidad de Deusto.

²⁵⁹ Otros derechos que pueden entenderse afectados son: el derecho de defensa; los comprendidos en los artículos 51 a 53 LOGP sobre el derecho de comunicación de los internos, de forma oral o escrita, con sus familiares y amigos, ténganse en cuenta que el gasto económico y en tiempo que supone para las personas del entorno del penado dificulta cuando no impide (pensemos en familiares mayores o enfermos) el ejercicio del derecho a visita que le asiste por la ley.

²⁶⁰ En su informe de 2004 sobre esta cuestión dice lo siguiente: “el principio 20 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988, dice que “si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de

deshumanización y crueldad a la que está siendo abocada la política penitenciaria es la contestación del Gobierno Español a la pregunta realizada por el Senador Jon Iñarritu sobre una Instrucción de Instituciones Penitenciaria y los plazos de excarcelación de los presos de ETA con enfermedades graves e incurables. El ejecutivo de Mariano Rajoy demostrando su catadura moral contesta que estos podrán salir de la cárcel cuando les queden menos de 2 meses de vida²⁶¹. En esta contestación también se hacía constar que en los últimos años han sido cerca de 500 personas las fallecidas en las cárceles españolas, negándolo posteriormente el Ministro Juan Ignacio Zoido ante una pregunta de la Senadora María Isabel Mora de Unidos Podemos²⁶².

La deslegitimación de la violencia de ETA practicada por la mayoría del arco parlamentario vasco, llevada a su máxima expresión, ha venido acompañada de la negación de cualquier reivindicación legítima que pudieran realizar los miembros de la organización, colaboradores, simpatizantes o a quienes se les presuma alguna de estas condiciones. De esta forma, esta estrategia de deslegitimación se ha convertido en el mayor obstáculo para conocer la verdad sobre las violaciones de derechos humanos denunciadas por un número importante de personas detenidas en el marco de la lucha antiterrorista.

Las denuncias de torturas, tratos inhumanos y degradantes denunciadas en esas operaciones policiales son negadas sistemáticamente por las autoridades, pese a las importantes sospechas de veracidad que se

residencia habitual". Además, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos Nos. 79 y 80 requieren que se preste particular atención al mantenimiento y al mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando éstas sean convenientes para ambas partes, y que se tenga debidamente en cuenta, desde el principio del cumplimiento de la condena, el porvenir del recluso después de su liberación. Se deberá alentar al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer los intereses de su familia y su propia readaptación social."

²⁶¹ www.noticiasdegipuzkoa.com/2017/05/01/politica/madrid/-solo-excarcelara-a-los-presos-si-les-queda-menos-de-dos-meses-de-vida

²⁶² http://www.naiz.eus/es/hemeroteca/gara/editions/2017-05-10/hemeroteca_articulos/con-cien-muertos-al-ano-en-prisiones-pp-psoe-y-cs-dicen-que-ya-se-cumple-la-ley

desprenden de muchas de ellas y recogidas en innumerables documentos de toda índole, también de organismos internacionales.

Por su parte, el gobierno central defiende el sistema de garantías recogido en el ordenamiento jurídico español y niega la veracidad de toda denuncia de torturas y malos tratos derivada de la acción de los cuerpos policiales en la lucha contra el terrorismo. Muestra de ello son los diferentes documentos que dan contestación a los informes del Comité de Prevención contra la Tortura o las manifestaciones realizadas en los medios de comunicación en respuesta a esas acusaciones²⁶³. En este mismo sentido se ha venido pronunciando hasta fechas recientes el Gobierno Vasco sobre las denuncias hacia la Ertzaintza²⁶⁴.

²⁶³ A modo de ejemplo señalamos la Respuestas del Gobierno Español al informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) acerca de la visita a España llevada a cabo del 19 de septiembre hasta el 1 de octubre de 2007. En este texto se defiende el régimen de incomunicación con argumentos como el siguiente *"En este sentido, hay que recordar que la detención incomunicada se lleva a efecto con todas las garantías propias de un Estado de Derecho avanzado. Su régimen legal es sumamente restrictivo, pues exige en todo caso autorización judicial mediante resolución motivada y razonada que ha de dictarse en las primeras 24 horas de la detención, y un control permanente y directo de la situación personal del detenido por parte del Juez que ha acordado la incomunicación o del Juez de Instrucción del partido judicial en que el detenido se halle privado libertad. Sobre las aclaraciones pedidas por el CPT al Gobierno de España con respecto a una actuación policial realizada en abril de 2007 en el País Vasco y Navarra, en el curso de la cual los detenidos bajo régimen de incomunicación manifestaron a los miembros del CPT haber sufrido malos tratos físicos e interrogatorios intensivos, la respuesta de las autoridades españolas se inicia de la siguiente forma "Con carácter preliminar, es preciso destacar que, durante todo el tiempo en que los detenidos permanecieron en régimen de incomunicación, todos ellos recibieron un trato correcto acorde en todo momento con la legislación y los parámetros establecidos para este tipo de actuaciones. Asimismo, fueron reconocidos por el Médico Forense. (Se explican detalladamente las circunstancias concurrentes en este caso en el informe correspondiente al párrafo 22). Argumento que se repite para otros casos. El texto íntegro del informe se puede consultar en*

<http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2011-12-inf-esp.pdf>

Destacable es también la reacción del Ministro de Interior Jorge Fernández Díaz ante las manifestaciones del Magistrado José Ricardo de Prada realizadas en unas jornadas en 2016, reconociendo la práctica de las torturas y malos tratos, pidiendo el Ministro al Consejo General del Poder Judicial la sanción de aquel http://www.eldiario.es/politica/FDiaz-CGPJ-medidas-torturas-Espana_0_507449769.html

²⁶⁴ A partir de la puesta en marcha del Plan de Paz del Gobierno Vasco 2013-2016 y la ejecución de su acción nº 6 sobre investigación de la tortura, se puede afirmar que la tendencia negacionista ha cambiado, sin embargo, serán las fuentes sindicales de la Ertzaintza quienes cierran filas ante cualquier sospecha de tortura o malos tratos, ejemplo de ello será lo manifestado en la página web del sindicato policial ERNE:

<https://www.erne.es/Web/Modulos/Medio/Medio.aspx?Cod=358>

Con todo ello, la implicación de la Unión Europea en la construcción de la paz en Euskadi no se ha producido con el mismo grado de participación, como por ejemplo que con el conflicto norirlandés. La razón principal es la actitud del gobierno español frente a las instituciones comunitarias que trata esta cuestión como un problema de índole interno. Debido a la naturaleza de la Unión Europea, conformada como una asociación de Estados, serán estos los legitimados para plantear cuestiones de política interna, respetando la organización el deseo de los Estados sin injerencias. Sin embargo, desde las instituciones comunitarias se han llevado a cabo iniciativas de apoyo en momentos claves, en los que se abre el camino hacia la paz. En este sentido, destaca la resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2006, manifestando que *"apoya la lucha contra el terrorismo, así como la iniciativa de paz en el País Vasco emprendida por las instituciones democráticas españolas en el marco de sus competencias exclusivas"*. Asimismo expresa su *"solidaridad con las víctimas del terrorismo"*, aprobada por un estrecho margen de 321 votos a favor, 311 en contra y 24 abstenciones, propuesta presentada por los grupos PSE, ALDE, GUE/NGL y Verdes/ALE²⁶⁵. Recordemos que en marzo de 2006 ETA anunció un alto el fuego abriéndose un nuevo proceso negociador con el Gobierno del Presidente, que finalmente frustrado con el atentado de la T4. También, la constitución en enero de 2006 del Basque Friendship Group, con el objetivo de promover desde las instituciones europeas el avance del proceso de paz²⁶⁶.

²⁶⁵ El texto completo de la resolución se puede consultar en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=es&type=IM-PRESS&reference=20061020IPR11899>

²⁶⁶ El 30 de noviembre de 2005 miembros del Parlamento Europeo deciden crear un grupo de apoyo al proceso de paz en el País Vasco. Estará compuesto por 11 parlamentarios si bien no será un órgano vinculado a su estructura, cada miembro tendrá una representación individual no sujeta a su partido. Su objetivo será facilitar y ayudar en el proceso. La actividad de este grupo se interrumpirá con el fin de las negociaciones y el regreso a la lucha armada. En 2010 ante el nuevo anuncio de alto el fuego realizado por parte de ETA el Basque Friendship retomará su actividad. Página oficial <https://basquefriendship.files.wordpress.com/2011/06/basque-friendship-newsletter-2.pdf>

Señalar también que la postura adoptada por el gobierno español, no externalizando el conflicto a la Unión, considerándolo un problema exclusivamente de terrorismo y de carácter interno, en la práctica ha privado de recursos importantes para su resolución y, en consecuencia, de avance en el camino de la paz. Un ejemplo de ello es el PEACE PROGRAMME del que se beneficia el proceso de paz de Irlanda del Norte. Creado en 1989 su función es apoyar financieramente diferentes proyectos que permitan avanzar en la resolución definitiva del conflicto armado. Actualmente está en desarrollo el PEACE IV²⁶⁷, con una vigencia desde 2014-2020 y un montante económico que asciende a 270 millones de euros, destinados principalmente a apoyar la inclusión social, la movilidad de trabajadores y la lucha contra la pobreza²⁶⁸.

En definitiva, podemos afirmar que en el contexto político actual el principal escollo para la aceptación de la Justicia Transicional reside en la falta de impulso político, principalmente de las instituciones del Estado, incluyendo el Congreso y Senado. El tiempo pasa y como nos recuerda REYES MATE²⁶⁹, la intensidad en la demanda de justicia decrece con el transcurso de los años, es así porque la exigencia de justicia estará condicionada por la intensidad de las emociones y por la memoria de los

²⁶⁷ Reglamento (UE) n.º 1303/2013 y el Reglamento (UE) n.º 1299/2013, ambos de 17 de diciembre de 2013

²⁶⁸ Este nuevo Programa se puso en marcha a mediados de enero de 2016 y sus objetivos y prioridades son

“El programa PEACE se ha ejecutado como un programa de cooperación transfronteriza (en el marco de la cooperación territorial europea) y persigue dos objetivos principales:

- *la cohesión entre las comunidades involucradas en el conflicto de Irlanda del Norte y los condados limítrofes de Irlanda; y*
- *la estabilidad económica y social.*

El programa aborda los problemas específicos provocados por el conflicto, con el propósito de crear una sociedad pacífica y estable. Para ello, parte de dos prioridades esenciales (la reconciliación de las comunidades y la contribución a la paz) y cuatro objetivos principales (2014-2020):

- *educación común;*
- *ayuda a niños y jóvenes;*
- *creación de espacios y servicios en común;*
- *establecimiento de relaciones positivas a escala local.*

Más información disponible en

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuid=FTU_5.1.9.html

hechos²⁷⁰. El Derecho a la verdad, conlleva la implicación de las autoridades en cuestiones fundamentales como son la desclasificación de archivos, el impulso de la justicia ordinaria en los casos que ello sea posible por cuestiones de prescripción y, en las que no sea posible por respeto a la ley, poner en marcha procedimientos alternativos. Para todo ello será necesario legislar, ad hoc, contando con el consenso de la mayoría parlamentaria.

5.- Conclusiones

El Secretario General de Naciones Unidas en 2004 elaboró una definición de Justicia Transicional que por su flexibilidad y generalidad es la más aceptada. Sin embargo, los debates sobre la utilidad y la oportunidad para aplicar este nuevo tipo de justicia continúan vigentes, discusiones derivadas principalmente de la necesidad de tener un modelo básico que pueda responder a las diferentes sociedades en conflicto, que les auxilie en el proceso de abordar los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala y lograr finalmente una paz duradera.

Esta empresa es complicada, como nos recuerda OLASOLO, atendiendo a los diferentes modelos económicos y sociales imperantes en el mundo, principalmente el neoliberalismo y la social-democracia, que condicionarán el abordaje de las cuestiones a resolver por el Justicia Transicional: los dilemas políticos y los dilemas normativos.

Pese a la ambigüedad que caracteriza a este concepto y de no contar con un régimen jurídico propio de esta justicia (a excepción de la definición de Naciones Unidas 2004, los Principios de Chicago y las Pautas de Belfast sobre Amnistía y Responsabilidad), sin embargo se puede afirmar que

²⁷⁰ REYES MATE, *Tratado de la injusticia*, pág.262

existen elementos comunes que delimitan su ámbito de aplicación, entre los que destacan: la existencia de un conflicto armado violento interno con base política; que se hayan producido vulneraciones graves de derechos humanos de forma masiva; la implicación en el proceso de las diferentes partes integrantes de esa sociedad.

La Justicia Transicional, sus mecanismos, vienen a suplir la incapacidad de las estructuras internas de los estados para avanzar en la reconstrucción de sociedades destrozadas por la violencia ejercida entre grupos integrantes de la misma y donde el propio Estado es parte. La solución que propone la Justicia Transicional actual es construir un futuro con base en el respeto a los derechos fundamentales y, para ello, será imprescindible, en primer lugar, mirar al pasado para sobre la base del reconocimiento de las injusticias sufridas por todas las víctimas para posteriormente poder construir un futuro que permita que los problemas de gran calado social, como las cuestiones territoriales o el abuso del poder, puedan ser resueltos de forma justa y con procedimientos que garanticen los derechos de todas las partes implicadas. Este será el camino que permita la deslegitimación del uso de la violencia a aquellos que la defiendan como única solución ante la injusta negación de sus pretensiones. Lograr la confianza en el Estado, en sus procedimientos, en las instituciones que lo integran, que la ciudadanía reconozca su legitimidad para dar solución a cuestiones fundamentales, es el gran reto al que se enfrenta la construcción de una paz duradera y de una sociedad que respete los derechos humanos, tanto los civiles y políticos como los económicos y sociales.

Actualmente, la Justicia Transicional demuestra ser eficaz también en conflictos donde no se requiere un cambio de régimen, sino un perfeccionamiento del existente. Nos referimos, principalmente a las "democracias en conflicto" donde la violencia enquistada persiste por la incapacidad del Estado de dar soluciones adecuadas a problemas de gran

calado, como por ejemplo las reivindicaciones nacionales de los pueblos sin Estado. Son democracias con deficiencias en cuanto a garantías de los derechos y desprovistas de la confianza de todos los segmentos sociales que la conforman. Ejemplo destacado de este tipo de casos, por su cercanía y similitudes con el caso vasco pero sin olvidar sus diferencias es el contencioso norirlandés y la aplicación de diferentes mecanismos de Justicia Transicional, recogidos en el Acuerdo de Viernes Santo.

En el contencioso vasco, sin embargo, el consenso político necesario para enfrentar el conflicto desde los postulados de la Justicia Transicional no se ha logrado. Las posiciones más reaccionarias fundamentan su negativa en afirmar que la transición española finalizó hace años y con éxito, por lo que no cabe la aplicación de ningún tipo de justicia de transición. Para las y los defensores de esta postura, el único problema es la persistencia del terrorismo de ETA, responsable principal de las vulneraciones de derechos humanos sucedidas desde la democracia. Se niega la raíz política de la violencia e incluso se desprecia la palabra "conflicto" para referirse a ella. Sin ambages, no se acepta la posibilidad de la autoría del Estado en violaciones de derechos humanos negando la existencia de esas víctimas. Por el contrario, se presenta la realidad como un problema de delincuencia terrorista interna al que el ordenamiento jurídico y la lucha antiterrorista derrotará.

Pese a ello, algunos autores se han acercado a la Justicia Transicional desde la crítica sin paliativos al proceso de transición española y como mecanismos para recuperar la memoria histórica perdida en el franquismo. Sin embargo, tampoco éstos parecen considerar como opción recurrir a este tipo de justicia para abordar las vulneraciones de derechos humanos sucedidas en democracia y circunscritas al contencioso vasco.

Sin embargo, no se puede afirmar que la postura mantenida tanto por las instituciones como por los expertos se derive de una negación del

problema. Lo cierto es que, en los últimos años se ha dado inicio a una revisión “parcial” del pasado con el desarrollo de diferentes iniciativas legales, tanto de ámbito estatal como autonómico, de reconocimiento de la victimación derivada de la violencia terrorista y de la dictadura franquista. Por parte del Gobierno Vasco también se ha abierto recientemente la puerta al reconocimiento de otras víctimas, denominadas como “víctimas de motivación política”.

Dicho lo anterior y una vez declarado el cese definitivo de la violencia por parte de ETA, cabe plantear si existe la posibilidad de recurrir a los mecanismos de Justicia Transicional para construir una paz definitiva y resolver las cuestiones pendientes del pasado.

La violencia padecida durante todos estos años ha causado miles de víctimas, muchas de ellas han sido asesinadas. Es un conflicto de carácter interno, donde algunos segmentos de la población, primero en dictadura y posteriormente en democracia, han ejercido la violencia contra el Estado y también contra parte de la población civil, con la finalidad de imponer un proyecto político. A su vez, el Estado es autor de violaciones de derechos humanos, reconocidas por todos en época del franquismo y cuestionadas e incluso negadas durante la democracia, violaciones ejercidas con la finalidad de perpetuar el status quo y derrotar a ETA. Por lo tanto, todos los actores son internos, no existe una agresión externa y, en consecuencia no sería de aplicación el Derecho Internacional Humanitario o Derecho de Guerra.

Como decíamos, han sido muchas las vulneraciones de derechos humanos y también diferentes las autorías. En referencia a las atribuidas al Estado, la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, son delitos considerados como graves violaciones de los derechos humanos, la importancia de los mismos deriva en gran medida de la autoría-estado y

del derecho vulnerado-integridad física y moral, que atenta directamente contra la dignidad humana.

Sobre esta cuestión, lo cierto es que se constatan más de 4000 testimonios de denuncias de torturas y malos tratos en el contexto de la lucha antiterrorista desarrollado por el Estado entre 1960 y 2013. Solo un número insignificante de las denuncias judiciales, 21, han obtenido una sentencia condenatoria, el resto de las tramitadas, sin embargo, fueron archivadas. Lejos de ser éste un argumento que avale la falsedad de los hechos relatados por las "presuntas" víctimas, lo cierto es que existe un convencimiento social mayoritario de que se dice la verdad y de que la justicia no está cumpliendo su función. Ello viene soportado por las sentencias dictadas en los últimos años por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que en 9 ocasiones ha condenado a España por no investigar las denuncias de torturas, a ello sumaremos los dictámenes del Comité contra la Tortura y del Comité de DDHH de Naciones Unidas. Se deben destacar también, los numerosos documentos de organismos internacionales y ONGs que dan credibilidad a esos testimonios y manifiestan su preocupación por lo que sucede.

El número de casos denunciados nos permite hablar de abusos a gran escala que, utilizados en un contexto determinado –la lucha antiterrorista- se han perpetuado hasta tiempos muy recientes. En los últimos años, si bien se cuestiona la utilización sistemática de la tortura y los malos tratos, sin embargo su práctica se considera más que esporádica.

Lo cierto es que el ordenamiento jurídico vigente ha prescrito la gran mayoría de los casos identificados en las últimas investigaciones. Hasta este momento, se ha desarrollado una visión parcial de la victimología resultante del conflicto. La deslegitimación expresa de la violencia de ETA ha tenido como consecuencia perversa la legitimación tácita de la tortura y

los malos tratos contra sus militantes, simpatizantes y/o cualquier persona que se le atribuyera esa condición.

Nos encontramos ante una violencia negada, violencia no investigada y no castigada. Se produce la desconfianza en las instituciones y en el sistema.

Para restaurar la confianza cívica mediante la Justicia Transicional es necesaria la implicación de toda la sociedad. Sin embargo, como paso previo a todo ello se debe reconocer la etiología del conflicto, su naturaleza, para poder proceder al abordaje de diferentes cuestiones como el esclarecimiento de los casos de torturas.

CAPITULO II

Sistema internacional de garantías contra la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes

1. Introducción

Como hemos señalado en el apartado Introducción de la Tesis, el nuevo escenario de paz que se abrió en 2011 con la declaración de cese definitivo de la violencia por parte de ETA, ha propiciado el impulso de acciones que permiten conocer las dimensiones de otro tipo de violaciones graves de derechos sucedidas en el contexto de la violencia de motivación política. Así es, los datos facilitados por el Instituto Vasco de Criminología cifran en más de 4000 los casos de denuncias de torturas u otros malos tratos entre los periodos 1960-2013, la mayoría de ellos en democracia²⁷¹.

Dar respuesta a esta problemática no es fácil, tanto por la magnitud de la victimación registrada como por el tipo de vulneración sufrida por las y los denunciados. En un intento por proporcionar verdad, justicia y reparación también a estas víctimas, esta Tesis plantea valorar la aplicación del paradigma de la Justicia Transicional y, con ese propósito, nos hemos acercado en el Capítulo I a su concepto, elementos y características así como a la génesis y posterior desarrollo del conflicto de violencia política vasco.

Sin embargo, esa obligada mirada al pasado requiere también de un análisis crítico sobre el sistema de garantías contra la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, vigente desde 1978 con la aprobación de la Constitución. Efectivamente, queremos saber cómo ha sido posible la comisión de un número tan importante de graves violaciones de derechos humanos pese a las normas y mecanismos que han venido garantizan los derechos de las personas privadas de libertad.

²⁷¹ El informe preliminar completo presentado el 27 de junio de 2016 en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco, se puede consultar en: <http://www.eitb.eus/multimedia/documentos/2016/06/27/1987310/Memoria%20Proyecto%20tortura%202016.pdf>

Por este motivo, destinamos el presente Capítulo al estudio de las características de los mecanismos internacionales de prohibición y prevención de la tortura de los que forma parte España, y a la valoración realizada por parte de los órganos de control de estos tratados en cuanto al cumplimiento de los mismos por parte del Estado español.

2. La privación de libertad: especial consideración al periodo de detención y su regulación

Todas las personas debemos tener garantizado el ejercicio y respeto de nuestros derechos fundamentales. Sin embargo, existen circunstancias legalmente justificadas y tasadas que permiten la suspensión temporal de alguno de estos derechos, como por ejemplo, la libertad de movimiento en los supuestos de detención o prisión.

En estos casos, la especial relación de sujeción, sometimiento y dependencia en la que se encuentra el individuo frente al poder que ejerce el Estado deja al descubierto su vulnerabilidad. Las circunstancias en las que se desarrolla el periodo de detención y prisión pueden proporcionar la coartada perfecta que impida constatar las violaciones de los derechos que puedan suceder -como las torturas y otros malos tratos-, garantizando la impunidad del agresor. En efecto, este es un hecho constatado a nivel universal y manifestado por las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos que reclaman la adopción de medidas de prevención para garantizar la protección a todas las personas detenidas y presas. También se producen estas prácticas en nuestra comunidad, como hemos señalado en el Capítulo I, epígrafe 4, donde en las últimas cinco décadas, la tortura y los malos tratos han formado parte del debate social y político en el País Vasco, constatándose en el periodo 1960/2013 más de

4000 denuncias en distintos tipos de casos, especialmente bajo el régimen de incomunicación en legislación antiterrorista²⁷².

En este sentido, diferentes tratados e instrumentos internacionales aprobados desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos han establecido, ampliado y desarrollado una serie de derechos y garantías específicas de aplicación en estos espacios temporales de privación de libertad. Asimismo, las diferentes sentencias, dictámenes y resoluciones emanadas de los órganos de control y judiciales creados en la esfera internacional han venido delimitando las dimensiones del derecho suspendido y garantizando las condiciones en que se debe llevar a cabo esa medida excepcional.

Pese a los avances legislativos y la implantación de mecanismos de prevención que protegen los derechos de las personas detenidas y presas, lo cierto es que la erradicación de la tortura y los malos tratos continúa siendo una asignatura pendiente.

Para acercarnos a esta cuestión, procederemos a analizar la eficacia de los derechos que asisten a las y los detenidos y la efectividad de los mismos como mecanismos preventivos ante posibles violaciones de derechos. Se hará especial hincapié en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico prevé medidas de excepción que implican una reducción mayor de las garantías de las personas privadas de libertad, en lo que podríamos denominar “la excepción de la excepción”, pongamos como ejemplo el caso del régimen de incomunicación en la legislación española.

²⁷² Recordemos el informe preliminar del IVAC_KREI presentado el 27 de junio de 2016 en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco: <http://www.eitb.eus/multimedia/documentos/2016/06/27/1987310/Memoria%20Proyecto%20tortura%202016.pdf>

Para realizar este análisis, utilizaremos diferentes textos del derecho internacional, de ámbito universal y también regional europeo, así como la jurisprudencia emanada de los órganos de control creados por los tratados. Se destinará especial interés a las sentencias y dictámenes que afectan directamente a España y a las garantías de las personas detenidas en aplicación de la lucha antiterrorista contra ETA.

Como cuestión previa a este análisis, se debe advertir sobre el problema que supone para el presente estudio la falta de concreción terminológica y diversidad de léxico empleado en estos instrumentos internacionales de derechos humanos y que afecta a los elementos nucleares para abordar esta cuestión. En efecto, es frecuente la utilización de diferentes términos, a modo de sinónimos, para hacer referencia a situaciones diversas de privación de libertad que confunden al lector, tales como son: detención, arresto, custodia, prisión preventiva, etc. En un intento por salvar este obstáculo, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/50, de 15 de abril, utiliza la expresión “personas privadas de libertad” para englobar en él todas esas situaciones sucedidas antes, durante y después del juicio, e incluso las padecidas por personas en situación de detención administrativa y, por lo tanto, no pendientes de juicio posterior²⁷³.

En nuestro caso, centrando la materia objeto de análisis, las cuestiones que se abordaran a continuación estarán relacionadas con la detención y prisión preventiva incomunicada aplicada en el contexto de la lucha antiterrorista. Para ello, hacemos nuestras las definiciones de “detención” y “arresto” incluidas en la Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, sobre Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión:

²⁷³ Esta denominación “personas privadas de libertad” será también empleada por el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria designado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

"a) Por "arresto" se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad"

"b) Por "persona detenida" se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de delito"

3.- Ámbito Universal. Naciones Unidas

Desde la creación de las Naciones Unidas en 1945, los Principios proclamados en su Carta fundacional reconocen el respeto a la dignidad inherente a todo ser humano y a los derechos que emanan de ella como la base en la que se sustenta la libertad, la justicia y la paz en el mundo. En este sentido, el contenido de su artículo 55²⁷⁴ obliga a los Estados a promover con carácter universal los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁷⁵.

En el caso de las personas detenidas y presas, estas son protegidas de forma expresa en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, posteriormente, en el artículo 7 y 10 del Pacto Internacional

²⁷⁴ Artículo 55: Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

²⁷⁵ La Carta pone la creación de las Naciones Unidas como organismo internacional garante de la protección de los Derechos Humanos y encargado de la promoción de los mismos. Este texto compromete a los Estados Parte a adoptar medidas de forma conjunta o separadamente que posibiliten los propósitos de la organización contenidos en el anteriormente citado artículo 55. Por el contrario, la Carta no impone obligaciones concretas y determinadas a los firmantes, hecho este que lleva a calificarla por algunos autores, PEREZ MACHIO y NIKKEN entre otros, como "un mero legado de buenas intenciones sin fuerza vinculante". No se puede negar el hito histórico que representa la internacionalización de los Derechos Humanos logrado por la Carta de Naciones Unidas pero ciertamente, pronto se verá la necesidad de avanzar en el desarrollo de otras formulas convencionales que permitan proporcionar mayores cotas de garantías. La Carta un importante déficit en la elaboración de la definición y desarrollo de los Derechos Humanos.

de Derechos Civiles y Políticos con la prohibición expresa de la tortura y los tratos o pena inhumanos y degradante. Asimismo, obliga a los Estados a proporcionar un trato humano y digno a las personas privadas de libertad.

El Pacto consagrará por primera vez el carácter vinculante de estos derechos para los Estados parte. A este tratado le seguirán más y también otros acuerdos de derecho internacional que veremos más adelante, como por ejemplo los principios y las declaraciones. Estos últimos serán el producto de consensos logrados entre expertos sobre temas concretos por encargo de Naciones Unidas que, si bien su cumplimiento no está sometido a la exigencia legal, se reconoce una obligación de los Estados para aceptar su contenido porque forman parte, también, del derecho internacional de los Derechos Humanos²⁷⁶. Conjuntamente – textos de obligado cumplimiento y vinculantes moralmente – proporcionarán los parámetros que deben respetar los Estados en el desarrollo de sus políticas públicas sobre el tratamiento de las personas privadas de libertad.

Estos instrumentos de derecho internacional de los Derechos Humanos se van perfeccionando, con el tiempo, con el objetivo de lograr garantizar una protección integral a las personas privadas de libertad.²⁷⁷. Nuestra Tesis abordará cuatro de ellos:

- En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷⁸, tratado vinculante para los Estados parte,

²⁷⁶ Sobre obligaciones jurídicas de los estados y obligaciones morales en GUZMÁN/ VERSTAPPEN, *¿Qué es la vigilancia de los derechos humanos?*

http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/11_2011/fbc43173-8b82-4733-b08b-9f0ba269418a.pdf

²⁷⁷ En Derechos de las personas privadas de libertad, marco teórico-metodológico básico. Serie Aportes n° 10, encontramos una recopilación de los instrumentos de derechos humanos y garantías de las personas privadas de libertad, del sistema de Naciones Unidas y los referentes al sistema regional de la Organización de Estados Americanos.

²⁷⁸ Pese a su proclamación en 1966 este tratado no será de aplicación hasta el 23 de marzo de 1976, fecha en que se deposita el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, en cumplimiento del contenido del artículo 49 del mismo. Su objetivo será avanzar en la protección efectiva de los Derechos Humanos consagrados en la

destacan por su relevancia para el presente estudio sus artículos 7 y 10.

- En segundo lugar, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 y ratificado por España el 21 de octubre de 1987. Destaca su Protocolo Facultativo de 8 de diciembre de 2002 como Mecanismo de Prevención,
- Junto con estos, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988,

Por último, y pese a que no va a ser objeto de análisis en el presente trabajo, se deben citar, las recientes Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), aprobadas por Resolución 70/175 de la Asamblea General en 27 de diciembre de 2015. Sus antecesoras, el texto de 1955²⁷⁹, recordemos que era un instrumento no vinculante, sin embargo ha sido considerado por el Comité de Derechos Humanos una valiosa herramienta de orientación para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸⁰, lo que se denomina en el sistema interamericano como "interpretación autorizada"²⁸¹.

Declaración Universal, en este supuesto los correspondientes al grupo de los denominados "Civiles y Políticos".

²⁷⁹ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977

²⁸⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, caso Potter c. Nueva Zelandia, Párrafo. 6.3 (1997); también caso Mukong c. Camerún, párr. 9.3 (1994).

²⁸¹ En referencia a la utilización de un instrumento internacional para interpretar otro instrumento. Ver O'DONELL, D; *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, pág. 60

3.1.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La detención y sus condiciones.

En 1966 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin embargo no será de aplicación hasta 1976²⁸². La adopción de este tratado será una pieza fundamental en el avance del derecho internacional de los derechos humanos, con su firma y ratificación los Estados se verán obligados a incorporar su contenido al ordenamiento jurídico, asumiendo de esta forma la responsabilidad de respetar y garantizar los derechos contenidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentran en su territorio y bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna²⁸³. Es, por lo tanto, una

²⁸² La Asamblea General de Naciones Unidas encargará a la Comisión de Derechos Humanos la transformación del contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en derecho positivo y posibilitar de esta forma su aplicación de forma más eficaz. Para lograr este objetivo se muestra necesaria la redacción de un nuevo instrumento convencional con capacidad para vincular a los Estados Parte en su cumplimiento. Los trabajos de elaboración mostraron innumerables dificultades para recoger en un único texto el conjunto de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Los problemas surgieron principalmente al diseñar un único sistema de control que tutelara el cumplimiento por parte de los Estados del conjunto de obligaciones, tanto las referentes a los derechos económicos, culturales y sociales como los civiles y político. Finalmente se optó por la división y redacción en dos textos, decisión calificada como "política" por algunos autores como BOU FRANCH, V; CASTILLO DAUDÍ, M, destacando otros como ALVAREZ MOLINERO o PEREZ MACHIO como motivo principal el enfrentamiento entre los dos sistemas político-económicos imperantes en aquel momento: el socialismo y el capitalismo. Finalmente, se optó por la redacción de dos convenios independientes que posibilitaran el acuerdo para sus respectivas aprobaciones, de esta forma se proclamarán en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁸³ En este sentido, el contenido del artículo 2 del Pacto dice lo siguiente:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"

1. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

vinculación proactiva la que se exige al Estado, quien deberá crear las garantías suficientes para que todas las personas puedan ejercer sus derechos en condiciones de libertad y de igualdad²⁸⁴, por medio de cuantas medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas sean necesarias²⁸⁵.

Las obligaciones contraídas por los Estados son también de carácter negativo, es decir, los Estados deberán de abstenerse de violar cualquier derecho contenido en el Pacto. Esta cuestión tendrá una relevancia especial si tenemos en cuenta, como veremos más adelante, que el tratado contempla en supuestos tasados, la restricción de garantías muy importantes, limitaciones que siempre deben llevarse a cabo dentro de los parámetros fijados por el texto. Sin embargo, esta posibilidad abre la puerta a diferentes interpretaciones que no siempre son pacíficas.

b. La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
c. Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

²⁸⁴ En virtud del contenido del artículo 2.1º, las obligaciones establecidas en este Pacto para los Estados firmantes se amplían a otros espacios situados fuera del territorio nacional, ejemplo de ello son las actuaciones llevadas a cabo en el extranjero por contingentes militares pertenecientes a un Estado, cuya finalidad es el mantenimiento de la paz en aquel territorio. En este sentido el Comité de Derechos Humanos afirma:

" Como se indica en la Observación general Nº 15 aprobada en el 27º período de sesiones (1986), el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte. Este principio se aplica asimismo a los sometidos al poder o al control eficaz de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, como las fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado Parte asignado a una operación internacional encargada de imponer la paz o de mantenerla."

²⁸⁵ Para mayor información consultar página 226 de Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/\\$FILE/G0441305.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3e4492f624f618b2c1256d5000565fcc/$FILE/G0441305.pdf)

Una de las aportaciones principales del Pacto es la creación de un órgano de control, el Comité de Derechos Humano, dotado con tres mecanismos para llevar a cabo esta función:

- La presentación de informes al Comité por parte de los Estados: estos tienen que presentar un primer informe sobre las disposiciones que hayan adoptado para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas y posteriormente, cuando así se lo requiera el Comité²⁸⁶;
- En segundo lugar, los Estados Parte pueden presentar comunicaciones sobre el incumplimiento por parte de otro Estado miembro de las obligaciones contenidas en el Pacto²⁸⁷;
- En tercer lugar, un nuevo mecanismo no contemplado en el Pacto sino introducido por su primer Protocolo Facultativo²⁸⁸, que permite a cualquier individuo que alegue ser víctima de violación de cualquiera de los derechos recogidos en el texto presentar denuncia ante el Comité.

Recordar que será este órgano el encargado de interpretar la letra del Pacto a través de la redacción de las Observaciones Generales²⁸⁹. El contenido de estas Observaciones y la doctrina producida por la resolución de las comunicaciones interpuesta por las víctimas, aclararán el verdadero sentido del contenido de las disposiciones del tratado, como veremos al analizar los artículos propuestos a continuación.

²⁸⁶ Artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

²⁸⁷ Artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

²⁸⁸ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>

²⁸⁹ Hasta el momento son 35 las Observaciones Generales realizadas por el Comité, la última en 2012 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

3.1.1.- Prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes: artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científico

La lectura de este precepto nos ofrece una prohibición clara y rotunda de tres tipos de prácticas: Tortura; Tratos crueles, inhumanos o degradantes; Penas crueles, inhumanas o degradantes. El cumplimiento de este artículo no permite ningún tipo de excepción, ni tampoco su derogación con base en el artículo 4.2 del Pacto²⁹⁰.

A partir de esa premisa, sin embargo, la primera cuestión que se deriva de su redacción es la falta de definición de esos términos, pese a ser un requisito básico que permita el cumplimiento de la prohibición impuesta a los Estados parte. Esa indefinición se ha constituido en un obstáculo que ha propiciado no pocos problemas de interpretación. Será el Comité de Derechos Humanos quien sorteará esta dificultad por medio de sus Observaciones Generales y su resoluciones, dando contenido a la que se constituirá finalmente como la definición de tortura adoptada por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984²⁹¹.

²⁹⁰ El artículo 4.1 del Pacto recoge la posibilidad de suspender ciertos derechos contenidos en el mismo cuando se den situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y que sean proclamadas oficialmente. Sin embargo, esa opción se veta expresamente para la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

²⁹¹ En 1975, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aportará la inédita definición de tortura, que será la base de la posteriormente proclamada por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Atendiendo al contenido de la Observación general nº 20²⁹², el Comité se inclina por no establecer distinciones genéricas precisas entre las diferentes formas de trato prohibidas, sino de establecer los criterios que se deben tener en cuenta para ello, que son: la índole del trato aplicado, el propósito del mismo y su severidad. De esta forma lo manifiesta en el apartado cuarto de la citada Observación:

“El Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado”

Ciertamente, la interpretación de estos conceptos emitida por el Comité se ha venido conformando en función de cada caso examinado. Por norma general, cuando se ha constatado la violación del artículo 7 del Pacto, el órgano sentenciador realiza una manifestación genérica sobre el contenido del citado precepto, sin especificar qué parte concreta del mismo ha sido vulnerada²⁹³. De esta forma, el Comité evita valorar la gravedad y severidad de los hechos que está juzgando, ambigüedad que en casos señalados juega a favor del Estado²⁹⁴

Sin embargo, como veremos a continuación, , en algunas ocasiones el pronunciamiento del Comité es claro, calificando el hecho de tortura o, en su caso, otros malos tratos (cruel, inhumano y degradante) procediendo

²⁹²Anteriormente la interpretación del artículo 7 se recogía en la Observación General nº7 de 30 de mayo de 1982, texto que será sustituido por la citada Observación general nº 20 de 10 de febrero de 1992.

²⁹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMTC); *Cómo hacer valorar los derechos de las víctimas de la tortura*, pág.176

²⁹⁴ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMTC); *Cómo hacer valorar los derechos de las víctimas de la tortura*, pág. 177. El manual cita el caso *McCallum c. Sudáfrica*, en el cual el denunciante sufrió graves actos que bien podían ser calificados de tortura atendiendo a otras resoluciones del Comité, sin embargo en esta ocasión se limitó a señalar, de forma sucinta, que los hechos presentados constituían una violación del artículo 7, sin señalar en cuál de las categorías recogidas en el mismo.

en su argumentación a diferenciar entre los elementos que definen una u otra categoría.

En consecuencia, atendiendo a las diferentes resoluciones en las que el Comité ha venido manifestando estos argumentos, podemos destacar algunos de los elementos diferenciadores entre la tortura y los otros malos tratos:

- La intencionalidad o ausencia de la misma²⁹⁵.
- La duración y la forma del trato
- Sus efectos físicos y mentales
- El sexo, la edad y el estado de salud de la víctima²⁹⁶

A continuación se recogerán, a modo de ejemplo, algunos casos calificados de "tortura". Destacamos como característica común la combinación de actos que reflejan una clara intencionalidad y gravedad por la forma del trato y su duración:

- Caso 1: Encapuchado atado a una silla durante horas; de pies, desnudo mientras se le derramaba agua fría por encima; aplicación de descargas eléctricas por el cuerpo; enrollarle alambres en el cuerpo y genitales; permanecer suspendido de los brazos. Este trato lo recibió durante 7 días²⁹⁷.
- Descargas eléctricas, Palizas reiteradas; simulacros de agresión; privación de comida y bebida²⁹⁸.

²⁹⁵ Giri c. Nepal, Comunicación N° 1761/2008, párrafo 7.5, dice "(...) Por consiguiente, el Comité considera en general que la distinción fundamental entre tortura, por una parte, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por la otra, la harán la presencia o la ausencia del elemento intencional pertinente."

²⁹⁶ Vuolanne c. Finlandia, Comunicación N° 265/1987, 7 de abril de 1989, párrafo 9.2, dice: "El Comité recuerda que el artículo 7 prohíbe la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. La determinación de que constituye un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 7 depende de todas las circunstancias del caso, como la duración y la forma del trato, sus efectos físicos y mentales y el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima"

²⁹⁷ Hugo Rodríguez v. Uruguay, Comunicación No. 322/1988

²⁹⁸ Ejemplo recogido en ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMTC); *Cómo hacer valorar los derechos de las víctimas de la tortura*, pág 176

Debemos destacar el caso *Nenova y otras c. Libia, Comunicación N° 1880/2009* por la relación de métodos de tortura que se recogen en el²⁹⁹:

“ 2.3 Durante el interrogatorio, las autoras fueron torturadas para que confesaran. Los métodos de tortura utilizados incluyeron la aplicación regular de descargas eléctricas en las piernas, los pies, las manos, el pecho y los genitales mientras estaban desnudas y atadas a una cama de hierro. Otros métodos de tortura empleados fueron la aplicación de golpes en la planta de los pies; la suspensión por las manos y los brazos; la sofocación y el estrangulamiento; las amenazas de muerte y las amenazas contra la integridad de sus familias; las amenazas de ataques por perros mientras tenían los ojos vendados; las palizas; el hecho de ser arrastradas por el pelo; las quemaduras con cigarrillos; la colocación de insectos mordedores sobre el cuerpo; la inyección de drogas; la privación del sueño; el aislamiento sensorial; el contacto con el fuego y las duchas heladas; la privación de libertad en celdas atestadas y sucias; y la utilización de luces cegadoras. Algunas de las autoras también fueron violadas. Al parecer, esas torturas continuaron durante aproximadamente dos meses. En cuanto todas ellas se declararon culpables, las torturas pasaron a ser menos frecuentes, pero no cesaron.”

Un ejemplo de caso calificado de tortura por el Comité como consecuencia de los daños físicos permanentes que causó en la salud de la víctima fue *Massera c. Uruguay, Com. N° 5/1977*³⁰⁰

²⁹⁹CCPR/C/104/D/1880/2009; Recogido también en ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMTC); *Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura*, pág 177

³⁰⁰Moriana Hernandez, Valentini de Bazzano, JoseLuis Massera v. Uruguay, Communication No. 5/1977, párrafo 10 (ii) “(...)Article 7 and article 10 (1), because during his detention he was tortured as a result of which he suffered permanent physical damage;”

En cuanto a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, al igual que sucede con la tortura, el Comité no suele diferenciar entre estos tres tipos de otros malos tratos. Sin embargo, atendiendo a algunos ejemplos, se pueden establecer diferencias entre en los que se diferencian los tratos crueles, entre los que destacamos los siguientes:

- Se califica conjuntamente trato cruel e inhumano: ejecución simulada por parte de los guardias de prisión y la denegación de la atención médica, en el caso *Linton c. Jamaica, Com. N° 255/1987*³⁰¹.
- Se califica de trato cruel e inhumano: golpes reiterados por parte de los guardias de la cárcel así como amenazas de muerte, en el caso *Hylton c. Jamaica, Com. N° 407/1990*³⁰².
- Se califica de trato inhumano: Aislamiento total en prisión durante un año y limitación de la correspondencia con su familia, en el caso 303.

El tercer elemento "degradante" se produce cuando la víctima ha sufrido un trato especialmente humillante. El Comité valorará especialmente la percepción que tiene la propia víctima sobre el hecho y la afección a su

³⁰¹ Carlton Linton v. Jamaica, Comunicación No. 255/1987, U.N. Doc., párrafo 8.5. "(...) En ausencia de una refutación detallada de tales quejas, el Comité estima que las sevicias infligidas al autor el 20 de noviembre de 1986, la ejecución simulada por los guardianes de la prisión, y la denegación de la atención médica adecuada después de las lesiones sufridas en la tentativa de fuga fracasada de enero de 1988, representan un trato cruel e inhumano en el sentido del artículo 7 y por lo tanto entrañan también una violación del párrafo 1 del artículo 10 del Pacto, que estipula que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"

³⁰² Dwayne Hylton v. Jamaica, Comunicación No. 407/1990, párrafo 9.3 "(...) Habida cuenta de la decisión detallada de los hechos por el autor y en vista de la falta de información del Estado parte, el Comité considera que las amenazas y los malos tratos a los que se ha visto sometido el Sr. Dwayne Hylton a manos de los guardianes representan un trato cruel e inhumano según los términos del artículo 7, y que entrañan también una violación del párrafo 1 del artículo 10 del Pacto"

³⁰³ Polay Campos c. el Perú, Comunicación N° 577/1994, párrafo 8.6 "(...)A juicio del Comité, este aislamiento total del Sr. Polay Campos durante un periodo de un año, al igual que las restricciones impuestas a la correspondencia entre el y su familia, constituyen un tratamiento inhumano en el sentido del artículo 7, y son incompatibles con las reglas del tratamiento humano exigido bajo el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto".

dignidad, restando valor a la opinión de terceros sobre la acción concreta³⁰⁴. Ejemplo claro de trato degradante son los siguientes:

- Exhibición del denunciante en una jaula ante los medios de comunicación. *Polay Campos c. el Perú, Com. N° 577/1994*³⁰⁵.

Sobre la extensión de la prohibición contenida en el artículo 7, el Comité realiza una interpretación amplia del alcance de la protección contra la tortura y otros tratos y penas, que incluya la prohibición de actos u omisiones que causen sufrimiento físico y psicológico. Esa prohibición se hace extensible al castigo corporal, concepto éste que abarca también los castigos excesivos impuestos como medida pedagógica o disciplinaria.

La protección contenida en el artículo 7 se entenderá reconocida a toda persona privada de libertad. Es decir, no se limitará a los y las detenidas o presas, por el contrario, el Comité reconoce de forma especial la protección de los niños y los alumnos de los centros de enseñanza y de los pacientes de los establecimientos médicos³⁰⁶.

Señala asimismo que los encarcelamientos en solitario y especialmente el régimen de incomunicación puede ser incompatible con el artículo 7 del Pacto, en todo caso se deben tener en cuenta las circunstancias en que se apliquen.

³⁰⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMTC), *Cómo hacer valorar los derechos de las víctimas de la tortura*, pág.178

³⁰⁵ Polay Campos c. el Perú, Comunicación N° 577/1994, párrafo 8.5 "(...Sin embargo, es indiscutible que el Sr. Polay Campos fue presentado en una jaula a la prensa durante su traslado al Callao; esto a juicio del Comité constituye un trato degradante, en contravención del artículo 7, así como un tratamiento incompatible con el párrafo 1 del artículo 10, ya que no se ha respetado la dignidad humana del Sr. Polay Campos en tanto y en cuanto persona."

³⁰⁶ Observación general n° 20. Prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 7). 44° periodo de sesiones (1992). Texto consultado en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008. Pp. 2008

El concepto de sujeto activo responsable de la violación también es amplio, incluyendo el Comité como posibles autores a los funcionarios y también a las personas que ostentando ese cargo actúen fuera de los límites de la función pública.

Sumado a lo anterior y, tal y como lo indica expresamente el Comité, la prohibición de la tortura, las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes del artículo 7 del Pacto, "exigencia negativa", debe ser contemplada junto con el cumplimiento por parte de los Estados de la "exigencia positiva" contenida en el artículo 10.1 que impone a las autoridades la obligación de tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto a su dignidad. El cumplimiento de este requerimiento va más allá de la simple prohibición de estas prácticas por parte de los gobiernos, será necesario incorporar mecanismos de protección eficaces para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad. En coherencia con esta exigencia, el Comité muestra su disconformidad a establecer disposiciones que permitan la incomunicación de la persona privada de libertad por disminuir la eficacia de los mecanismos de control contra estas prácticas³⁰⁷.

Sin embargo, la Observación General n°20, pese a mostrar su discrepancia con la aplicación de la detención incomunicada, no es claro en su prohibición, utilizando la siguiente fórmula "*Deberán adoptarse asimismo disposiciones contra la detención en régimen de incomunicación*". Sin embargo, en mi opinión, conforme a la postura mantenida en todo momento por este órgano en sus textos y resoluciones –como veremos más adelante en las que afectan a España–, su oposición hacia esta forma de privación de libertad es firme, propugnando su supresión.

³⁰⁷ ³⁰⁷ Observación general n° 20. Prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 7). 44º periodo de sesiones (1992)

Por último, en referencia a la inderogabilidad del artículo 7 del Pacto señalada al inicio de este apartado, característica recogida en el artículo 4 de ese mismo texto, nos parece importante hacer una referencia sobre los manidos argumentos que de forma interesada y recurrente se manifiestan con el objetivo de avalar la utilidad de la tortura en ciertos contextos y que persiguen la suspensión de esta prohibición³⁰⁸. Como decíamos, el texto Convencional, en aplicación del contenido del primer apartado de ese artículo, permite a los Estados “en situaciones excepcionales” o también denominada “estado de excepción”, dejar en suspenso las obligaciones contraídas con la firma del mismo³⁰⁹. Para ejercer este derecho de

³⁰⁸ Artículo 41. “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación”

³⁰⁹ El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N°29 Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4), indica que las medidas aplicadas que suponen la suspensión de alguna de las disposiciones del Pacto, deben ser en todo caso de excepcional y temporal. Previamente a la suspensión de los derechos se debe dar una situación que ponga en peligro la vida de la nación y el Estado debe proclamar de forma oficial el estado de excepción, en aras de garantizar el principio de legalidad., actuando en todo caso en el marco de la Constitución. Será necesario, así mismo la inmediata información de tal hecho al Secretario General de Naciones Unidas, tal y como se especifica en el artículo 4.3. El Comité advierte de que no todo disturbio, catástrofe o conflicto armado se puede considerar una situación excepcional que ponga en riesgo la vida de la nación, requisito indispensable para la aplicación del artículo 4.1 del Pacto. En ocasiones, el Comité ha manifestado su preocupación por algunas normas internas de ciertos Estados sospechosas de permitir la suspensión de los derechos garantizados en el Pacto, entre los ejemplos más relevantes para el presente estudio citaremos las Observaciones realizadas por el Comité al Informe presentado por Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 27/07/1995, CCRP/C/79/Add.55. Entre otras cuestiones, se hace referencia a la Ley de Justicia Penal y Orden Público de 1994 que prorroga la legislación aplicable en Irlanda del Norte que permite extraer conclusiones cuando los acusados de un delito deciden mantenerse en silencio. Esta norma viola diversas disposiciones contenidas en el artículo 14, pese a las garantías contenidas en la legislación del Estado. Sobre esta cuestión el Comité realiza las siguientes sugerencias y recomendaciones:

suspensión, el Estado deberá comunicar de forma inmediata a Naciones Unidas las disposiciones suspendidas y los motivos que ocasionan esa decisión. Por el contrario, en el apartado 2 de ese mismo artículo, establece de forma expresa la prohibición de la suspensión de los derechos contenidos en los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. En consecuencia y siguiendo el compromiso adquirido con la firma del Pacto, bajo ninguna circunstancia los Estados podrán ejercer la tortura, las penas y tratos inhumanos y degradantes de forma legítima, incluso ante situaciones excepcionales.

Sin embargo, al albor de situaciones especialmente graves o extremas se pone en duda la pertinencia de esa prohibición³¹⁰. Las tesis que se manifiestan a favor de emplear la tortura como medio eficaz e incluso “único” que permita evitar un peligro inminente basan sus argumentos en la necesidad de dar respuesta a ataques difícilmente previsibles o evitables, como por ejemplo los sucedidos el 11 de septiembre de 2001 o el 11 de marzo de 2004 en Madrid y justifican su utilidad como

“22. En el contexto de la elaboración de una solución pacífica para Irlanda del Norte, el Comité recomienda que se adopten más medidas concretas para permitir la pronta retirada de la suspensión hecha en cumplimiento del artículo 4 y para desmontar el aparato de leyes que quebrantan las libertades civiles y que fueron diseñadas para situaciones excepcionales. Se recomienda asimismo que se realicen esfuerzos concretos para aumentar en Irlanda del Norte la confianza en la administración de la justicia, resolviendo los casos pendientes y estableciendo procedimientos transparentemente justos para la investigación independiente de quejas. El Comité recomienda también el cierre inmediato del centro de detención de Castlereagh.

23. Dada la importante disminución de la violencia terrorista en el Reino Unido desde que se suspendieron las hostilidades en Irlanda del Norte y se inició el proceso de paz, el Comité insta al Gobierno a que siga examinando con la mayor atención si todavía existen “situaciones excepcionales”, tal como se entienden en el párrafo 1 del artículo 4 del Pacto y si sería apropiado que el Reino Unido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto, retirase el aviso de suspensión que hizo público el 17 de mayo de 1976.

24. El Estado Parte debe velar por que todos los que participen en la detención de presos sean plenamente conscientes de las obligaciones internacionales del Estado Parte en relación con el tratamiento de los reclusos, incluidas las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

25. El Comité recomienda que se revise la Ley de justicia penal y orden público de 1994 y la legislación equivalente de Irlanda del Norte con objeto de lograr que las disposiciones que permiten extraer conclusiones del silencio de los acusados no comprometa la aplicación de varias disposiciones del artículo 14 del Pacto.”

³¹⁰AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuesta en situaciones de emergencia*, pág. 35 y ss.

herramienta al servicio de la seguridad de los ciudadanos.³¹¹. La hipótesis que se plantea y de la cual se deriva esa conclusión se deduce del supuesto “ficticio” y “teórico” siguiente: en un extremo se encuentra una persona inocente a cuyo cuerpo se ha adosada una bomba con un temporizador y de la que no se puede desprender. En la parte contraria se sitúa el presunto terrorista del que el policía tiene la certeza casi absoluta que puede evitar la detonación de la bomba. Como único medio para obtener la información que permita desactivar la bomba y evitar el desastre se presenta “la tortura”. Frente a este planteamiento AMBOS recuerda que la no fiabilidad de la información obtenida bajo tortura fue la causa principal por la que en tiempos de la Ilustración fue desechada esta práctica de los códigos de procedimiento penal como medio de obtención de prueba. Se consideraba ineficaz para la persecución de los verdaderos criminales al entender que el detenido, sometido a interrogatorio bajo tortura, realizará cualquier declaración que le permita cesar en el sufrimiento³¹².

Las posturas legitimadoras de la tortura, afortunadamente, no han sido aceptadas por la comunidad internacional, si bien hay que señalar alguna excepción que podemos calificar de asombrosa, como es el caso de Israel³¹³. Considerar la tortura como una práctica lícita es incompatible con

³¹¹ Pese a que estas prácticas implican un ataque frontal a la dignidad humana y su prohibición es considerada como una de las normas de moralidad más firmes, se plantea que, en la práctica, se dan situaciones en las que la dignidad humana del sospechoso se opone frontalmente a la dignidad humana de la víctima, como por ejemplo en “la denominada bomba de tiempo”. Este caso es analizado por AMBOS, K. en *Terrorismo, tortura y Derecho Penal*.

³¹² AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho Penal. Respuesta en situaciones de emergencia*, pág.

³¹³ En 1996 el Tribunal Supremo de Israel declaró válida la “presión física moderada” ejercida por el servicio secreto de aquel país “Shin Bet” sobre un detenido palestino sospechoso de terrorismo. Esas prácticas venían siendo respaldadas por el informe de la Comisión Landau de 1987. Posteriormente, en 1999, una nueva sentencia del Tribunal Supremo corregirá esa decisión y analizará y declarará ilegales los métodos utilizados en los interrogatorios por parte del “Shin Bet” como por ejemplo: someter al detenido a música muy alta y de forma constante, mantenerle encapuchado durante periodos prolongados de tiempo, privación del sueño o estar en cuclillas. Un análisis mayor de esa resolución se puede consultar en el documento de Amnistía Internacional accesible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/148000/mde150681999es.pdf>.

un estado concernido por los convenios internacionales de protección de los derechos humanos, donde se reconoce la dignidad humana como el valor fundamental de la génesis del ser humano. Así se recoge de forma expresa en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al referirse a “la dignidad humana” como valor inherente a toda persona y fundamento de los principios que se contienen en la Carta de Naciones Unidas. Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos señalará que la dignidad humana es el pilar básico, junto con el principio de igualdad, de los derechos reconocidos a los individuos.

En conclusión, la prohibición de la tortura protege a la persona y a su dignidad. Permitir la utilización de estas prácticas frente a cualquier ser humano, aun siendo de forma excepcional, es aceptar legalmente el ataque a la dignidad, siendo esto inconcebible en una sociedad civilizada. Por esta razón su prohibición no está sujeta a ningún tipo de excepción pero, sin embargo, las garantías que tienen como finalidad su evitación sí pueden ser suspendidas –como veremos más adelante- lo que, en mi opinión, viene debilitando la protección de los derechos de las personas privadas de libertad y dejando sin eficacia la prohibición de estas prácticas. Es decir, prohibir la tortura y otros malos tratos y declarar su inderogabilidad no es suficiente para hacer efectiva la protección de las personas privadas de libertad, la firmeza con la que se ha establecido la prohibición de estas prácticas se tiene que extender, también, a los derechos que garantizan al detenido y a la detenida su protección frente a las mismas y deben ser trasladada por los Estados a sus ordenamientos jurídicos.

3.1.2.- Los derechos de las personas privadas de libertad:

Artículo 9

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

El artículo 9 del Pacto garantiza la libertad personal y la seguridad de todos los individuos. El derecho a la libertad, tal y como se afirma en la Observación General N° 35, es valiosísimo por sí mismo, su ejercicio es fundamental para las personas, pero también su valor es inestimable cuando se procede a su limitación, la supresión de la libertad propicia las condiciones que permiten obstaculizar y vulnerar el ejercicio de otros derechos de forma ilegal. Debemos recordar que el derecho a la libertad – libertad personal que se pierde con el confinamiento físico del individuo – no es absoluto, que puede ser restringido por determinadas causas justificadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella. Esa limitación de derecho, como decimos legalmente adoptada, sin embargo se ejecuta en unas condiciones que, en ausencia de medidas de control adecuadas, propician la práctica de la tortura y los malos tratos y la impunidad de sus responsables³¹⁴.

Junto con el derecho a la libertad se nos presenta el derecho a la seguridad. Este último, a diferencia del primero, no admite suspensión ni limitación alguna, por lo tanto será exigible en todas las circunstancias y beneficiará a todas las personas, también a las que hayan participado en actividades terroristas, tal y como expresamente se recoge en la Observación general N° 35³¹⁵.

El contenido del derecho a la seguridad contiene el derecho a la protección de la persona frente a las lesiones corporales y psicológicas, y a garantizar su integridad personal.

³¹⁴ Observación General N° 35 Libertad y seguridad personales, artículo 9. Aprobada por el Comité en su 112º período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014). Este texto reemplaza la observación general N° 8 (16º período de sesiones), aprobada en 1982.

³¹⁵ Observación General N° 35, párrafo 3

Siguiendo la explicación dada por el Comité, la privación de libertad consiste en la restricción del movimiento de la persona, contra su voluntad, en un espacio físico limitado y restringido. Se trata de una limitación más severa que la impuesta en los supuestos de la simple suspensión del derecho a la libre circulación, garantizado también en el Pacto, artículo 12. Entre otros ejemplos, el Comité cita la detención policial, la prisión preventiva, la prisión en régimen de cumplimiento de condena, el arresto domiciliario, la detención administrativa, el ingreso hospitalario involuntario o también el confinamiento en una zona restringida de un aeropuerto³¹⁶

Continuando con la detención y los derechos garantizados durante el periodo de la misma, el apartado 3 del artículo 9 exige la presencia sin demora ante el juez de la persona detenida por causa penal. Las resoluciones dictadas por el Comité, así como la Observación General N° 8 y N° 35 han venido estableciendo unos plazos de no más de unos pocos días, concretando finalmente el periodo límite de tiempo en no más de 48 horas, por entender que es suficiente para el traslado y preparación de la comparecencia ante el órgano judicial. Cualquier ampliación de ese plazo debe obedecer a circunstancias excepcionales y justificadas, debiendo de tenerse en cuenta que un periodo mayor al señalado supone un aumento innecesario de las posibilidades de sufrir malos tratos³¹⁷. En los supuestos de detención de menores, el requisito de prontitud debe cumplirse de forma estricta, citando como ejemplo de duración máxima 24 horas. Atendiendo a estos plazos, se afirma que la detención incomunicada que impida la comparecencia sin demora del detenido ante el juez estaría vulnerando el apartado 3 del Pacto y según las características de su ejecución también podría vulnerar los artículos 6, 7, 10 y 14 del mismo texto³¹⁸.

³¹⁶Observación General N° 35, párrafo 6

³¹⁷Observación General N° 35, párrafo 33

³¹⁸Observación General N° 35, párrafo 34, 35 y 36

La comparecencia del detenido ante el juez debe realizarse de forma física, ello permitirá al juez preguntar al detenido sobre el tratamiento recibido durante el periodo de detención. El Comité interpreta esta audiencia como una garantía del respeto al derecho a la seguridad y a no ser torturado ni maltratado³¹⁹

Atendiendo a lo anteriormente dicho respecto a la duración de la detención, es decir sobre el momento previo a la presentación del detenido ante la autoridad judicial, durante los últimos años se ha producido una evolución en la postura mantenida por el Comité para avanzar desde la indefinición de la duración de la demora expresada con “unos pocos días” (1982)³²⁰ a imponer un límite claro de 48 horas en la Observación general N° 35 aprobada en 2014. En consecuencia, a partir de esta nueva postura el límite establecido para los Estados en cuanto a la duración de la detención para no incurrir en demora se fija en no más de 48 horas³²¹, teniendo en cuenta cuál es la finalidad de ese tiempo (traslado y preparación de la comparecencia ante el órgano judicial). Sin embargo el límite no es absoluto y se acepta su ampliación siempre que se justifique debidamente la misma.

Pese al avance señalado, en nuestra opinión la falta de precisión en la letra del Pacto sobre los límites del periodo de detención, utilizando expresiones como “sin demora”, no ha sido solventada de forma completamente satisfactoria por parte del Comité en sus resoluciones ni en la reciente Observación General n° 35. Otras cuestiones importantes que continúan sujetas a interpretación son, por ejemplo, cuáles son los casos en los que se justificada la ampliación del periodo de detención, o

³¹⁹ Observación General N° 35, párrafo 35

³²⁰ Observación General N° 8, párrafo 2

³²¹ Se cita: 852/1999, *Borisenko v. Hungary*, para. 7.4; 625/1995, *Freemantle v. Jamaica*, para. 7.4; 649/1995, *Forbes v. Jamaica*, para. 7.2; 336/1988, *Fillastre v. Bolivia*, para. 6.4

cuándo la detención incomunicada viola el artículo 9.3 del Pacto. Sobre estas dos cuestiones debemos decir lo siguiente:

Sobre el periodo de detención, en resoluciones anteriores a la aprobación de la Observación General nº 35, como por ejemplo *Kovalev v. Belarus* 2120/2011, el Comité afirma que el significado de la expresión “prontitud” se debe determinar caso por caso, si bien indica que 5 meses exceden de lo establecido en la Observación 8 sobre que las demoras no deben ser superiores a algunos días. También excede de ese plazo fijado cuando transcurre más de una semana en supuestos sancionados con la pena de muerte como en *MacLawrence c. Jamaica* 702/1996. La detención de una persona por un periodo de tres días hasta comparecer ante la autoridad judicial sin justificar el Estado el motivo de su duración se considera vulneración del apartado 3 del artículo 9 en el caso *Borisenko v. Hungary* 852/1999. En este mismo sentido *Nazarov v. Uzbekistan* 911/2000, sobre un periodo de detención de cinco días sin justificación por parte del Estado de por qué se produce la demora.

Para concluir con esta cuestión, se puede afirmar que hasta la nueva Observación General, el Comité establece una suerte de “caso por caso” para analizar si la duración de la detención vulnera el Pacto. Sin embargo no se puede afirmar que esta tendencia haya cambiado, sino todo lo contrario, mantiene esta postura actualmente recurriendo nuevamente al calificativo “sin demora” y recomendando, en tal caso, una duración máxima determinada – 48 horas para los adultos y 24 horas en el caso de menores- sin establecer una exigencia preceptiva.

Sobre la segunda cuestión señalada, la aplicación de la detención incomunicada, el Comité, en *Medjnoune v. Algeria* 1297/2004 afirma que la detención en régimen de incomunicación constituye por sí misma una violación del párrafo 3 del artículo 9. Sin embargo, no fue tan rotunda su conclusión en *Marques de Morais v. Angola* 128/2002 cuando recuerda que

de por sí, la detención en régimen de incomunicación puede violar el precepto señalado, manteniendo la oportunidad frente a la certeza³²². Lo cierto es que Observación general N° 35 continúa en esta línea al recoger la siguiente redacción:

36. La detención en régimen de incomunicación que impida la comparecencia sin demora ante un juez vulnera inherentemente el párrafo 3³²³. En función de su duración y de otros hechos, la incomunicación puede violar también otros derechos consagrados en el Pacto, como los amparados por los artículos 6, 7, 10 y 14³²⁴. Los Estados partes deben permitir el acceso inmediato a un abogado de los detenidos en casos penales, desde el inicio de su detención

Llegados a este punto, tenemos que recordar lo dicho en el epígrafe anterior sobre la Observación n° 20 - prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles- y su mandato a los Estados para adoptar disposiciones contra la detención incomunicada. En esa ocasión, planteaba mi crítica ante la falta de contundencia del Comité en la prohibición de la incomunicación. Firmeza que sí muestra en la Observación n° 35 al referirse a la reclusión en régimen de incomunicación y que pedimos también sea aplicada para la detención bajo este régimen:

“56.(...). La reclusión prolongada en régimen de incomunicación vulnera el artículo 9 y se considerará en general una infracción del artículo 7. El derecho a la seguridad personal protege aspectos de la integridad física y psicológica que también están protegidos por el artículo 7”³²⁵

³²² En este mismo sentido N° 992/2001, Bousroual v. Argelia, párrafo 9.6, Dictamen aprobado el 30 de marzo de 2006.

³²³ 1297/2004, Medjnoune v. Algeria, para. 8.7.

³²⁴ 1781/2008, Berzig [Djebrouni] v. Algeria, paras. 8.4, 8.5, 8.8; 176/1984, Lafuente Peñarrieta v. Bolivia, para. 16.

³²⁵ Observación General N° 35, párrafo 56

3.1.3.- El Comité de Derechos Humanos y España: el caso Mari Cruz Achaval Puertas c. España, comunicación 1945/2010

El 2 de noviembre de 2009 Mari Cruz Achabal Puertas presenta una denuncia ante el Comité contra España por incumplimiento del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³²⁶. Previamente, como así se requiere, interpuso denuncia en la jurisdicción interna sin éxito, el recurso de amparo presentado ante el Tribunal Constitucional no fue admitido a trámite. Los hechos fueron presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien declaró la demanda inadmisibles al no observar los jueces ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio o sus Protocolos³²⁷.

Por el contrario, el Dictamen del Comité, publicado el 23 de mayo de 2013, concluirá que, efectivamente, el Estado con los hechos denunciados por la actora había violado el citado artículo 7, leído solo y conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 del mismo Pacto, explicando el significado de la condena de la siguiente forma

“10. De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a la autora un recurso efectivo que comprenda: a) una investigación imparcial, efectiva y completa de los hechos, y el procesamiento y castigo de los responsables; b) una reparación íntegra que incluya una indemnización adecuada; c) medidas de asistencia médica especializada y gratuita. El Estado parte tiene también la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro. En este sentido, recuerda la recomendación formulada al Estado parte con ocasión del examen del quinto informe

³²⁶Comunicación N° 1945/2010. Dictamen aprobado por el Comité en su 107° período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013)

³²⁷ Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos dictamina que la desestimación dictada por el TEDH no le impide entrar a valorar la cuestión planteada por la demandante por no haber entrado el órgano jurisdiccional europeo en el fondo del asunto, juzgando únicamente su admisión a trámite. Párrafo 7.3

periódico de que adopte las medidas necesarias, incluidas las de carácter legislativo, para suprimir definitivamente el régimen de incomunicación, y que se reconozca a todos los detenidos el derecho a la libre elección de un abogado que los detenidos puedan consultar de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente en los interrogatorios”

La base del razonamiento esgrimido en esta condena a España muestra de forma clara la posición del Comité sobre la defensa de los derechos de los detenidos y la exigencia de supresión de la detención incomunicada.

Los hechos alegados por la actora se resumen a continuación³²⁸:

La Sra. Achabal Puertas a las 2.30 horas de la madrugada del 7 de junio de 1996 fue detenida en su domicilio de Bilbao por la Guardia Civil bajo la sospecha de su pertenencia a la banda armada ETA. Fue incomunicada y trasladada a la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, se le vendaron los ojos y se le infligieron golpes y amenazas. En los calabozos de las dependencias policiales se le practicaron diferentes interrogatorios sin presencia de abogado, siempre con la capucha puesta, durante los cuales continuó recibiendo golpes en la cabeza, amenazas de abusos sexuales e incluso un intento de violación. Le presionaron con proceder a la detención de su hija e le hicieron creer que se encontraba en el calabozo de al lado amenazándole con que iban a abusar sexualmente de ella. Ante las presiones a las que estaba siendo sometida, la detenida respondió a las preguntas en el sentido que los agentes deseaban, implicando en actos delictivos a personas que aquellos le indicaron. Posteriormente realizó la declaración inculpatoria preparada de ante mano con los agentes ante el abogado de oficio, continuando los malos tratos hasta su comparecencia ante el juez. En presencia judicial reconoció

³²⁸ Según texto de la Comunicación N° 1945/2010

sus declaraciones y no denunció torturas, se decretó prisión provisional e ingresó en prisión.

Los servicios médicos de la cárcel constataron que experimentaba un deterioro progresivo de su salud, sufriendo pesadillas, terrores nocturnos y crisis de angustia. Como consecuencia de su estado, fue ingresada en el hospital donde se le diagnosticó trastorno por estrés postraumático crónico y trastorno depresivo mayor. Posteriormente, ya en libertad provisional, siguió en tratamiento médico y tuvo que ser nuevamente hospitalizada en un centro psiquiátrico, donde confirmaron el diagnóstico anterior. El informe del centro realizado en respuesta a las cuestiones planteadas por la Audiencia Nacional afirma que el suceso que desencadenó el trastorno sufrido por la detenida fue la detención *“con la vivencia de temer por su integridad física”*. Ante la pregunta de si médicamente se puede justificar que la detenida no denunciara a la autoridad judicial los malos tratos alegados, se responde que *“la propia patología desatada por el acontecimiento puede ser un motivo suficiente para explicar por qué no denunciara el suceso en un principio”*.

Los hechos que motivaron la detención de Achaval Puertas se juzgaron en 1998, fue absuelta de los cargos imputados. En el juicio oral relató los malos tratos sufridos en comisaría y el temor a las represalias que le impidieron su denuncia.

Posteriormente, en el año 2000, la Sra. Achaval presenta una denuncia ante el juzgado correspondiente por las torturas sufridas que no prosperará y será archivada por el juez de instrucción después de realizar algunas diligencias solicitadas.

Una vez descritos los hechos, a continuación se reseña la postura mantenida por el Comité sobre cuatro cuestiones relevantes para el presente estudio:

a) Grado de vulnerabilidad de la detenida mientras permanecía bajo el régimen de incomunicación. La Sra. Achaval, durante el periodo de detención fue asistida en las declaraciones realizadas en sede policial y judicial por abogado de oficio y reconocida por el médico forense en varias ocasiones, sin embargo no comunicó el maltrato al que estaba siendo sometida. La demandante explica que la limitación de derechos que supone la incomunicación - impidiendo la asistencia de abogado de confianza y la entrevista reservada con el mismo así como todo contacto con la familia- genera una sensación de "abatimiento" en el detenido y, a su vez, de impunidad en los agentes. El Comité entiende las razones esgrimidas por la Sra. Achaval, sentenciando que la denunciante, en esas condiciones, se encontraba sometida a una situación de especial vulnerabilidad derivada del régimen de incomunicación que provocó su silencio³²⁹.

b) Investigación oficial de las torturas y malos tratos. La Sra. Achaval, durante la vista oral del juicio por su presunta implicación en actividades terroristas, relató a la sala las agresiones a las que fue sometida durante su detención³³⁰. El Comité reprocha al Estado que la Audiencia Nacional, pese a escuchar el relato de las torturas realizado por la actora, no llevara a cabo de oficio actuación alguna. Ello, sumado al archivo del procedimiento iniciado por la denuncia de torturas interpuesta por la demandante apenas iniciada la fase de instrucción, revela la falta de investigación de los hechos con la intensidad requerida. Máxime si se tiene en cuenta la enfermedad padecida por la Sra. Achaval derivada de los

³²⁹ Párrafos 3.1 y 8.5 del Dictamen

³³⁰ Párrafo 8.5 del Dictamen

hechos denunciados, diagnóstico y tratamiento que se constata en los informes médicos aportados³³¹. En consecuencia con todo ello, el Comité concluye que la investigación realizada por los tribunales del Estado no fue suficiente para garantizar a D^a Mari Cruz Achaval el acceso a un recurso judicial efectivo y, por lo tanto se produce una violación del artículo 7 del Pacto, leído solo y conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 del mismo texto³³². Recuerda también a España el deber de adoptar medidas que eviten la repetición de violaciones semejantes³³³. Recuerda que el Estado, con la firma del Pacto, se obliga a mantener una actitud activa ante estos hechos en aras de garantizar el respeto a la dignidad de la persona detenida.

c) La carga de la prueba. El Comité reconoce la dificultad de la prueba en los casos de tortura y malos tratos, problema que se agudiza cuando estos no dejan marcas físicas. En los casos, como el sometido a su valoración, en los que se limitan los derechos de los detenidos en aplicación de medidas excepcionales como la incomunicación, el Comité se manifiesta de forma contundente de la siguiente forma *“Además, todo daño físico o psíquico ocasionado a una persona en situación de detención, más aún en régimen de incomunicación, da lugar a una importante presunción de hecho, puesto que la carga de la prueba no debe pesar sobre la*

³³¹ Otros organismos internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado en reiteradas ocasiones a España por la falta de investigación en las denuncias de torturas y malos tratos como señalaremos en el presente Capítulo, epígrafe 3.1.2.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Casos sobre España y la violación del artículo 3 del Convenio

³³² Párrafos 8.6 y 10 del Dictamen caso Achaval. El Comité da contenido al derecho a un recurso efectivo, que comprenderá: a) una investigación imparcial, efectiva y completa de los hechos, y el procesamiento y castigo de los responsables; b) una reparación íntegra que incluya una indemnización adecuada; c) medidas de asistencia médica especializada y gratuita.

³³³ Párrafo 10 del Dictamen caso Achaval

presunta víctima."³³⁴. Lo expresado por el Comité nos muestra una postura ante los hechos totalmente antagónica a la mantenida por la judicatura interna del Estado en estos casos, otorgando el órgano internacional veracidad a priori al relato de la presunta víctima. Esa presunción de veracidad del hecho denunciado se deriva del contexto creado con la limitación de derechos ejercida sobre la persona detenida, espacio que la sitúa en un plano de debilidad frente al Estado cuando éste ha incurrido en una violación de sus derechos. De todo ello se puede concluir que las y los detenidos se encuentran en una situación de vulnerabilidad derivada también de la indefensión a la que se ven sometidos por las condiciones excepcionales en las que se desarrolla la privación de libertad. Es por ello que, atendiendo a la posición de poder que detenta el Estado y a la responsabilidad de éste en aras de garantizar su integridad y seguridad, se plantea la "inversión de la carga de la prueba" obligando al Estado a demostrar que los hechos denunciados no se produjeron. Se reconoce de esta forma el alto grado de dificultad de demostración de los hechos al que se enfrenta la denunciante y que es el principal problema para el castigo de los mismos. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, realizando un análisis en profundidad en el Capítulo III.

d) La supresión del régimen de incomunicación. El Comité viene a recordar a España que ya en el año 2008 se le instó nuevamente a que procediera a la supresión definitiva del régimen de incomunicación³³⁵. Sin embargo, sorprende que la

³³⁴ Párrafo 8.6 del Dictamen caso Achaval. El Comité en su reseña se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 40351/05, Beristain Ukar c. España, sentencia de 8 de marzo de 2011, párra. 39. Esta sentencia será analizada en el apartado destinado al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

falta de cumplimiento a las reiteradas peticiones realizada por diferentes organismos no tengan repercusiones negativas directas sobre el Estado, más allá de la proyección internacional de éste. Lo cierto es que las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal realizadas en los últimos años no han suprimido, tal y como se pide, el artículo 520 bis y 517 reguladores de esta cuestión. Sobre esta cuestión, también, volveremos también más adelante.

3.2.- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984

En los años 60 y 70 numerosos movimientos sociales en todo el mundo se movilizan y llevan a cabo campañas de denuncia de la tortura y otros malos tratos que sufren las personas detenidas y presas. Se organizan y dirigen sus demandas hacia los Estados y los Organismos Internacionales con la intención de lograr un compromiso en la abolición de esas prácticas. Organizaciones como International Committee of Red Cross, The international Commission of Jurists o Amnesty International son un ejemplo de ello, esta última en diciembre de 1972 iniciará una campaña de sensibilización y lucha contra estas prácticas que culminará con la Conferencia para la Abolición de la Tortura celebrada en París, los días 10 y 11 de diciembre de 1973³³⁶.

³³⁵ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos CCPR/C/ESP/CO/5. Examen del quinto informe periódico que presentó España con arreglo al artículo 40 del Pacto. El Comité, en el párrafo 14 dice lo siguiente:

"El Comité recomienda de nuevo que se adopten las medidas necesarias, incluidas las de carácter legislativo, para suprimir definitivamente el régimen de incomunicación, y que se reconozca a todos los detenidos el derecho a la libre elección de un abogado que los detenidos puedan consultar de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente en los interrogatorios. Asimismo, el Estado parte debería hacer que los interrogatorios en todas las comisarías de policía y lugares de detención se graben sistemáticamente por medios audiovisuales."

³³⁶ La repercusión de este acto fue importante, contando con la participación de 250 personas pertenecientes a diferentes sectores políticos, sociales y culturales y religiosos

Es en ese contexto de reivindicación social cuando, en 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Resolución 3059 (XXVIII) que condena expresamente la tortura. Al año siguiente se aprobará una nueva Resolución 3218 (XXIX) que reitera el rechazo a ese tipo de prácticas y se insta a que el *V Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal* aborde esa cuestión sin demora. Entre las cuestiones principales a resolver se plantea la necesidad de adoptar una definición común de “tortura” que finalmente se consensuará en el Congreso y quedará recogida junto con la prohibición expresa de estas prácticas en un documento³³⁷.

De esta forma verá la luz “la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” aprobado por la Asamblea General en Resolución 3452 y 3453 (XXX) de 9 de diciembre de 1975³³⁸. El documento nace con la pretensión de convertirse en un instrumento internacional específico de protección y respeto de las personas frente a ese tipo de conductas³³⁹.

Pese a no tratarse de un texto convencional y, en consecuencia, carecer de capacidad jurídica vinculante para los Estados³⁴⁰, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o

de diferentes procedencias, así como representantes de gobiernos de 40 Estados. En las conclusiones, la organización requiere mayor implicación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sanciones económicas para los incumplidores, habilitación de expertos legales y médicos que trabajen en la investigación y denuncia de estas prácticas así como medidas asistenciales para las víctimas de torturas Amnesty Internacional, Conference for Abolition of Torture. Paris 10-11 December 1973. Final Report. Amnesty Internacional Publications. London.

³³⁷BOUZAT, “History of the Project”, pág. 11.

³³⁸<http://www2.ohchr.org/spanish/law/tortura.htm>

³³⁹PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal*, pág. 101

³⁴⁰Se repite lo sucedido con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la necesidad de elaborar un instrumento convencional que garantice el respeto de los Derechos contenidos en el mismo.

Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes sentará las bases y los principios inspiradores de la posterior Convención contra la Tortura³⁴¹. Su principal contribución a la Convención de 1984 proporcionar una hasta entonces inédita definición del concepto de tortura elaborada sobre la base del consenso logrado entre los Estados. Asimismo, la Declaración en su artículo 2 determinará que la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y serán consideradas una violación de los derechos y libertades fundamentales³⁴²

En efecto, la prohibición de la tortura y los malos tratos tendrá por objetivo y como principal valor a proteger la dignidad humana, elemento inherente a la persona³⁴³ y también otros, como la libertad o el bienestar de la persona³⁴⁴. Tampoco se puede obviar que las consecuencias de la práctica de la tortura tienen una dimensión colectiva, en cuanto que afectan a la integridad y fiabilidad de los sistemas políticos de los Estados y al mantenimiento del orden público³⁴⁵.

Aceptando las bases de la definición de "tortura" acordada en la Declaración, la doctrina mayoritaria de aquella época concluyó en la necesidad de avanzar en la protección de las personas privadas de libertad.

Se exige la elaboración de un tratado específico y vinculante para las partes que recoja regular los mecanismos necesarios destinados a la

³⁴¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984

³⁴² Artículo 2

"Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos."

³⁴³ RODRIGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, pág. 49-50

³⁴⁴ En este sentido BASSIOUNI, "An appraisal of Torture in international Law and Practice: the need for and Internatioanl Convention for the Preventión and Supresión of torture", pag. 105.

³⁴⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, pág. 25 y ss.

prevención y eliminación de la tortura. Entre los expertos, BASSIOUNI³⁴⁶ propone que el futuro tratado sea completado con las medidas siguientes:

- “1) Un proyecto de Código de Conducta para Funcionarios encargados de Aplicar la Ley presentado a la Asamblea para su adopción en 1977;*
- 2) La elaboración de un Código de Conducta para Profesionales de la Ley;*
- 3) La elaboración de un Código de Conducta para Profesionales de la Medicina y Otras Categorías de Personal Médico;*
- 4) Un Código de Principios para la Protección de los Detenidos.”*

No será hasta el 10 de diciembre de 1984 cuando Naciones Unidas proclame la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³⁴⁷. Este texto se constituye en el primer y único instrumento convencional de carácter universal, con vinculación jurídica para los Estados Parte, destinado específicamente a la erradicación de la tortura, los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes.

3.2.1.- Finalidad y contenido de la Convención

La Convención nace con el doble objetivo de prohibir y prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. Su contenido supondrá un importante avance en contraposición a los instrumentos existente hasta ese momento, fundamentalmente en tres aspectos:

1.- Su especialidad. Está destinada, de forma específica y exclusiva, a abordar la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

³⁴⁶BASSIOUNI, “An appraisal of Torture in international Law and Practice:the need for and Internatioanl Convention for the Preventión and Supresión of torture”, pág. 113

³⁴⁷ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

2.- Contiene una doble finalidad. En primer lugar prohíbe estas prácticas comprometiendo a los Estados Parte para introducirlas y sancionarlas en su legislación penal. En segundo lugar tiene como propósito prevenir los actos de tortura, exigiendo a los gobiernos que adopten medidas legales, judiciales y administrativas en aras de lograr ese objetivo.

3.- El ámbito de aplicación es universal. Cualquier Estado puede ser parte de este tratado³⁴⁸.

3.2.2.- Definición de tortura y de tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes.

El artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes define la tortura de la siguiente forma:

"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público, a instancia suya, o con su consentimiento o

³⁴⁸ En sentido contrario, podemos citar los instrumentos regionales como el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987, cuyo nacimiento se produce en el seno del Consejo de Europa y limitado a los Estados Europeos

aquiescencia. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o sean inherentes o incidentales a ésta

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.”.

No será hasta el artículo 16 del Convenio cuando se haga referencia a la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, pero sin aportar las definiciones de estos conceptos, de forma contraria a lo realizado con el término tortura. La redacción de este artículo será la siguiente:

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Definición de tortura del artículo 1 del Convención

Los elementos fundamentales sobre los que se construye la definición jurídica del concepto “tortura” se describen a continuación:

a.- Elemento material. Dolores o sufrimientos graves, tanto físicos como psicológicos. El grado de dolor o sufrimiento se constituirá en uno de

los elementos discriminadores que permitirán diferenciar entre “tortura” y otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes. Dicho de otra forma, será la intensidad del dolor o el sufrimiento causado a la persona en su calificación de “graves” el que establezca los límites en la configuración de lo que se debe entender por tortura³⁴⁹.

La introducción de este requisito como elemento diferenciador entre las diferentes conductas reguladas tiene su fundamentación jurídica, curiosamente, fuera del ámbito de las Naciones Unidas, en la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, este órgano judicial, ante la falta de definiciones consensuadas de los diferentes tipos de malos tratos - tortura, trato cruel, inhumano o degradante-, se inclinará por enfatizar la importancia de la intensidad del sufrimiento como criterio diferenciador entre ellos y que posibilite calificar los hechos sometidos a su examen de forma diferenciada según su importancia. En este sentido, el caso “Republica de Irlanda contra el Reino Unido” resuelto por el Tribunal en sentencia de 18 de enero de 1978, se constituirá en la base jurisprudencial que inspirará muchas de las resoluciones de posteriores asuntos planteadas ante el Tribunal sobre esta cuestión³⁵⁰.

Pese a situarnos fuera del ámbito de Naciones Unidas, sin embargo, por su relevancia nos encontramos ante la obligación de recordar brevemente el contenido de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los hechos objeto de enjuiciamiento sucedieron en el otoño de 1971, en ese año el gobierno de Irlanda del Norte puso en práctica una serie de medidas especiales que en el proceso de detención e internamiento de presuntos terroristas. El 9 de agosto de 1971 el ejército y la policía del Reino Unido procedieron a detener a 350 personas, supuestamente vinculadas

³⁴⁹ RIVERA BEIRAS, “El derecho internacional de los derechos humanos”, pág. 48

³⁵⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, pág. 53; PEREZ MACHÍO, PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal*, pág. 106

con el IRA, entre ellas se encontraban los 14 demandantes sobre los que versó la cuestión resuelta por el Tribunal.

Durante los días que permanecieron detenidos, este grupo de personas fue sometido a interrogatorios especiales, denominados "extremos". Esta forma de interrogar consiste en utilizar de forma conjunta cinco técnicas violentas contra el detenido, son las siguientes: 1º.- Colocar el detenido contra la pared en "posición de estrés" durante horas, manteniendo las piernas abiertas, con las manos sobre la cabeza; de puntillas. 2º.- Encapuchar al detenido, poniendo sobre su cabeza un saco negro o azul marino, manteniéndolo durante todo el rato excepto en los interrogatorios. 3º.- Privación del sueño entre interrogatorios. 4º.- Privación de alimento. 5º.- Privación de agua.

El Tribunal es contumaz a la hora de considerar que esas cinco prácticas realizadas en los interrogatorios están prohibidas por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, su conclusión sobre la calificación de los hechos, en nuestra opinión, no es tan exigente y encuadra estos como "tratos inhumanos"³⁵¹.

A partir de esta resolución, como veremos más adelante, la práctica jurisprudencial de Estrasburgo utilizará como criterio diferenciador entre torturas y otros malos tratos la "intensidad del sufrimiento provocado". Este elemento también será fundamental para considerar si la conducta objeto de enjuiciamiento reviste un mínimo de gravedad suficiente que permita calificarla, al menos, como constitutiva de malos tratos³⁵².

³⁵¹ Como veremos en el apartado dedicado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal, ante la falta de definición de la tortura de la Convención Europea de Derechos Humanos acudirá a la recogida en el artículo 1 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, proclamada por la ONU en 1975. El órgano judicial, sobre la base de la interpretación de este artículo, elaborará unos criterios diferenciadores entre las diferentes prácticas prohibidas por el artículo 3 del convenio Europeo.

³⁵² RODRIGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, pág. 66

Volviendo a la jurisdicción universal, la labor de interpretación jurídica de los conceptos de tortura, trato cruel, inhumano y degradante, realizada por el Tribunal de Estrasburgo sobre la base de la definición de la Declaración de 1975 de Naciones Unidas, en un espacio temporal previo a la elaboración de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, será tenido en cuenta por ésta inspirando algunas de las modificaciones recogidas en su artículo 1.

Para finalizar con el análisis del elemento material, otro aspecto que se debe reseñar es la aceptación de la concepción dual del daño infligido a la víctima de tortura, que integra de igual modo el aspecto físico y el psicológico. Con ello, se establece la prohibición de conductas que provocan dolor en la esfera física del individuo, pero también aquellas que afectan al ámbito psicológico o mental³⁵³.

b.- Elemento teleológico. En palabras de PETERS *“La tortura es uno de los aspectos más inquietantes y persistentes de la historia de la humanidad”*. Su utilización ha respondido siempre a unos fines determinados, identificados por algunos autores con la *“obtención de la verdad”* como por ejemplo ULPINIANO ya en el siglo III, o en opinión de otros como LANGBEIN *“para obtener la prueba de los procesos judiciales”*³⁵⁴.

El elemento teleológico exige que un comportamiento para ser considerado tortura deba perseguir una finalidad determinada. La Convención en este aspecto es clara y establece que el daño causado a la víctima estará destinado a obtener una información, a castigar, a intimidar, coaccionar o discriminar.

³⁵³PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código Penal*, pág. 106.

³⁵⁴PETERS, *La Tortura*, pág. 12-13.

Para conocer más sobre la tortura y su evolución histórica ver TOMÁS Y VALIENTE, F.; *La tortura en España*, Ariel, Madrid, 1994

La concreción que ofrece este listado de supuestos impide calificar como tortura otras prácticas que pudieran cumplir con los demás requisitos establecidos en esta definición³⁵⁵. En todo caso, la interpretación realizada sobre la redacción de esta cuestión defiende que esta enumeración no tiene carácter exhaustivo, sino meramente indicativo y que recoge los supuestos más representativos³⁵⁶. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que en la redacción de este artículo se pudo optar por una fórmula abierta, como por ejemplo en la Convención Interamericana y la introducción de la fórmula "cualquier otra". En consecuencia con esta decisión, la aplicación análoga debe realizarse con mesura.

c.- Sujeto activo cualificado. Continuando con el análisis del contenido del artículo 1 de la Convención, en su redacción se establece que el sujeto cualificado para infligir torturas deben ser los funcionarios públicos u otras personas en el ejercicio de la función pública y también las personas que actúen bajo su mandato o aquiescencia.

Este elemento fue una cuestión que provocó intensos debates en las sesiones preparatorias de elaboración del texto convencional. Algunos de los miembros del grupo de trabajo planteaban la desaparición de este requisito. Sin embargo, como argumentó RODRIGUEZ, la función para la que se concibió el concepto internacional de tortura fue *"para sancionar los actos más graves contra la integridad de la persona cuando éstos provengan de un representante del Estado y sean infligidos con una finalidad íntimamente relacionado con el ejercicio del poder"* y se optó por la

³⁵⁵Supuestos en los que no se persigue objetivo alguno, tal y como señala PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral...*, pág. 107

³⁵⁶DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Torturas y otros atentados contra la integridad moral", pág. 49

redacción que respondía con mayor fidelidad al espíritu con que se iniciaron los trabajos de redacción de la Convención³⁵⁷.

Sin embargo, lejos de una interpretación restrictiva del concepto de “funcionario público”, el contenido del artículo 1 presenta una concepción amplia de esta figura, integrando también a personas externas a la carrera funcional, si bien deben de tener una conexión estrecha con ellas, bien por medio de la instigación, el consentimiento o la aquiescencia. En conclusión, en todo caso se muestra necesaria la participación directa o complicidad de una persona vinculada a la función pública para poder ser considerado sujeto activo en este tipo de prácticas.

Sobre la definición de Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.

El tratamiento destinado por Convención a los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes pone de manifiesto el papel secundario desempeñado por este tipo de comportamientos frente a la relevancia otorgada a la tortura. Un ejemplo de ello es que el texto convencional regula en artículos separados la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes relegando el tratamiento de estos últimos el artículo 16.

En este mismo sentido, los Estados Parte han mostrado un escaso entusiasmo a la hora de incorporar a sus ordenamientos jurídicos la prohibición y tipificación de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, sin duda a ello ha contribuido la redacción del propio artículo 16 y su omisión de incluir las definiciones de estos conceptos. Esta falta de concreción está en el origen de las indeseables confusiones que se vienen produciendo entre las diferentes conductas.

³⁵⁷ RODRIGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, pág. 69

Lo cierto es que, ante la dificultad planteada por entender los redactores del texto que esos conceptos comprendían diversos actos de distinta intensidad, se optó por calificar esa labor como una tarea imposible de realizar. Ello supuso que, al igual que sucedió anteriormente con la definición de tortura, será la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que delimitará en sus resoluciones el contorno de lo que se debe entender por otras penas o tratos, crueles, inhumanos o degradantes³⁵⁸.

Por ello, nuevamente, nos vemos en la necesidad de acudir al Tribunal Europeo, quien aplicará, en coherencia con lo que venía haciendo, el criterio de la "gravedad del sufrimiento" como elemento base diferenciador entre la tortura y los otros tratos inhumanos y degradantes. Concluye que este tipo de tratos y penas que si bien se sitúan dentro del conjunto de actos calificados como muy graves, sin embargo se diferencian de la tortura por el carácter excepcional de esta última en referencia conductas de extrema dureza³⁵⁹. En este sentido se trae nuevamente a este texto el caso "Republica de Irlanda contra el Reino Unido" como ejemplo de la aplicación restrictiva de ambos conceptos, recordemos que el Tribunal calificó de "trato inhumano y degradante" y no de torturas la utilización de cinco prácticas de interrogatorio sobre la misma persona, denominadas por su dureza como "interrogatorio extremo"³⁶⁰.

Sobre los otros elementos constitutivos de este tipo de conductas, como la especificidad requerida para el sujeto activo, esta exigencia se recoge de forma expresa y será la misma que para la tortura. Por lo tanto,

³⁵⁸RODRIGUEZ MESA, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, pág. 72, nota 83; También RIVERA BEIRAS, "El derecho internacional de los derechos humanos", pág. 55

³⁵⁹ Caso Irlanda contra el Reino Unido, Sentencia 18 de enero 1978

³⁶⁰ Sobre la delimitación entre trato inhumano y degradante caso Tyler contra Reino Unido, Sentencia de 18 de enero de 1978.

será necesario que la autoría del acto recaiga sobre funcionario público o persona relacionada con ella en los mismos términos que los contenidos en el artículo 1 del Convenio. Sin embargo, sobre el elemento teleológico el artículo 16 no expresa la necesidad de una finalidad determinada para esas conductas.

En todo caso, como venimos señalando a lo largo de este Capítulo, la distinción entre los conceptos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es una cuestión con recorrido, se muestra compleja y cambiante en la evolución de la jurisprudencia de los diferentes órganos de los tratados que abordan esta cuestión. Es un problema anterior a la proclamación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984 y, de alguna manera, continua vigente en nuestros días pese a los intentos realizados tendentes a darle solución, como el aludido Comentario General nº7 de 30/05/1982 del Comité de Derechos Humanos³⁶¹. Recordemos que en opinión de éste comité las diferencias entre estas prácticas se deben fundamentar con base en la naturaleza, la finalidad y la severidad del trato analizado en particular, afirmando también que no es conveniente establecer distinciones muy precisas entre las diversas formas prohibidas.

3.2.3.- El Comité contra la Tortura y España

361

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/7e9dbcf014061fa7c12563ed004804fa?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/7e9dbcf014061fa7c12563ed004804fa?OpenDocument)

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece la creación de un órgano de control muy similar al previsto en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. De esta forma, en cumplimiento del contenido del artículo 17 del texto convencional se constituirá el Comité contra la Tortura. Este órgano velará por el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones contenidas en la Convención.

Para cumplir con su función el Comité contra la Tortura dispone de unos mecanismos previstos en el propio texto de Convención: Informes de los Estados Parte; comunicación de un Estado Parte denunciando el incumplimiento de otro Estado Parte³⁶²; facultad de investigación del Comité sobre la práctica de torturas de forma sistemática³⁶³; y por último

³⁶²Comunicación realizada al Comité por un Estado Parte alegando incumplimiento de la Convención por otro Estado Parte. La primera cuestión que se plantea para la aplicación de este mecanismo regulado en el artículo 21, será la necesidad de que los Estados reconozcan por medio de Declaración la competencia del Comité para conocer de estos asuntos. Se establece un procedimiento previo, a modo de conciliación, en el que participarán exclusivamente ambos Estados con la finalidad de resolver el asunto de forma satisfactoria para las partes. En el supuesto contrario, ambos Estados pueden someter la cuestión ante el Comité, éste previamente deberá cerciorarse de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna para posteriormente analizar el caso, posibilitando la participación de las partes y resolver por medio de informe que será comunicado a ambos Estados. La redacción que se da al artículo 21 induce a pensar en procedimiento de mediación a desarrollar por el Comité. En este sentido, es significativo el apartado 1.e) por medio del cual el Comité se compromete a poner "*sus buenos oficios*" a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto". El incumplimiento de las obligaciones convencionales se aborda como una cuestión bilateral entre dos Estados, conflicto en el que la Comité se presenta como agente facilitador externo que permita a las partes acercar posturas. De esta forma, la función de control encargada por la Convención al Comité queda relegada a un plano secundario.

³⁶³Investigación de tortura sistemática. El artículo 20 de la Convención faculta al Comité para realizar investigaciones confidenciales sobre posibles actos de tortura. Para iniciar este procedimiento, el Comité ha tenido que recibir información fiable y fundamentada referente a la práctica sistemática de torturas en el territorio de ese Estado. La investigación se desarrollará en garantía de confidencialidad invitando al Estado denunciado a que coopere en el examen de la documentación y presente las objeciones que estime oportunas. Así mismo, el Comité podrá solicitar información adicional a organismos gubernamentales, pero también a organizaciones no gubernamentales. Examinada la información, los documentos aportados y tenido en cuenta las observaciones presentadas por el Estado y, en su caso los organizaciones no gubernamentales, si el Comité concluye que hay motivos suficientes que justifiquen la apertura de una investigación podrá designa a uno o varios de sus miembros para que lleven la lleven cabo en garantía de confidencialidad. Los miembros del Comité encargados de la investigación, si lo considera oportuno, pueden realizar una visita al

las denuncias interpuestas por particulares. Será en el primero y último mecanismo donde nos detendremos para analizar ciertas cuestiones de interés para el presente trabajo. Recordemos que España procedió a la firma de este tratado el 4 de febrero de 1985 y depositó el instrumento de ratificación el 21 de octubre de 1987, fecha desde la que se constituye como Estado parte.

3.2.3.1.- Informes de los Estados Parte

Estado investigado, previo aviso, para recoger in situ más información, entrevistarse con testigos y particulares. Así mismo, pueden invitar a personal técnico, tales como médicos, especialistas en prisiones, etc. para que les asistan y asesoren, estos últimos gozarán de las mismas garantías e inmunidad que los miembros del Comité. Finalizada la investigación se realizarán las consultas pertinentes con el Estado interesado y será el Comité quien decida incluir en su informe anual un resumen de los resultados de la investigación. El contenido del artículo 20 nos presenta un mecanismo de control similar al ya establecido para el Comité de Derechos Humanos en la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero perfeccionado con la introducción de las "visitas" a los Estados. Esta herramienta permite desarrollar la investigación de forma directa y más efectiva. El contrapunto se nos muestra en el artículo 28 de la Convención al otorga este precepto a los Estados Parte la posibilidad de formular reserva sobre el contenido del artículo 20, no reconociendo de esta forma la competencia del Comité para realizar este tipo de investigaciones. La aplicación de este mecanismo de control ha sido más bien escasa pero en cierto modo efectiva. Un ejemplo de ello será el caso de Turquía. El Comité actuó en 1990 en aplicación del artículo 20 de la Convención con motivo de la comunicación presentada por Amnistía Internacional contra Turquía. Se estimó que la información proporcionada por esa organización era fiable y que indicaba que se practicaba sistemáticamente la tortura en Turquía. El Comité manifestó al Estado su intención de visitar el país que finalmente se llevó a cabo del 6 al 18 de junio de 1992. En esta visita se celebraron reuniones con representantes de la administración turca, autoridades judiciales, así como lugares de detención donde se pudieron entrevistar "libremente" con personas detenidas. También se reunieron con organizaciones no gubernamentales turcas que trabajan en la defensa de los derechos humanos. En ejercicio de la facultad que le dispone el artículo 20 de la Convención, los miembros del Comité dispusieron de los servicios de un médico forense que examinó a las personas que dijeron ser torturadas. El informe recoge también aspectos negativos en la colaboración de las autoridades turcas como el hecho de que se les negara el acceso a ciertos locales dependientes del Ministerio de Interior. Finalizada la investigación, en la Declaración Final que realizó el Comité, éste confirmó *"la existencia y el carácter sistemático de la práctica de la tortura en este Estado parte"* y expresó su confianza en que el nuevo gobierno turco adoptara medidas enérgicas y eficaces que permitan acabar con la práctica de la tortura, cumpliendo con ello el contenido de la Convención. Es indudable que este tipo de afirmaciones, vertidas desde un organismo internacional, contra un Estado logran el descrédito de sus instituciones frente a la comunidad internacional, y en cierta medida tienen sus efectos. En este sentido, en el caso concreto de Turquía se muestran como un obstáculo claro en sus aspiraciones para formar parte de la Unión Europea, por ser esta una organización que exige a sus miembros garantías en el respeto de los Derechos Humanos.

El artículo 19 de la Convención obliga a los Estados a presentar al Comité informes periódicos sobre el tipo de medidas adoptadas por sus gobiernos en cumplimiento de los compromisos adquiridos en el tratado. En primer lugar, cada Estado dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la Convención deberá presentar un primer informe, a partir de ese documento se establece para los posteriores una periodicidad de cuatro años. El Comité, cumpliendo con el contenido de su Reglamento, podrá realizar recordatorios al Estado que incumpla este requisito e incluso indicarle una fecha para su presentación³⁶⁴. Lo cierto es que, en la práctica, el incumplimiento de esos plazos por parte de los gobiernos es la tónica general³⁶⁵.

El Comité invitará a los representantes de los Estados a estar presente durante la celebración del periodo de sesiones en el que se proceda al examen de sus respectivos informes. Evaluará el contenido del documento determinando si los datos que contienen son suficientes, en caso contrario puede solicitar al Estado un informe adicional³⁶⁶. Finalizado el examen, el Comité podrá formular las observaciones generales que estime, realizar consideraciones o recomendaciones a cerca del informe que serán transmitidas al Estado interesado. Este, si lo estima oportuno, podrá formular comentarios a lo expresado por el Comité³⁶⁷.

El cumplimiento de las Observaciones emitidas por el Comité podrá ser supervisado por relatores nombrados al efecto. Los informes presentados por los Estados son confidenciales, si bien se podrán publicar previo permiso otorgado por ellos. No obstante, el Comité podrá incluir en su informe anual cualquier observación que haya formulado a un Estado, junto a las alegaciones contestadas por el mismo.

³⁶⁴ Los Reglamentos del Comité Contra la Tortura, U.N. Doc. CAT/C/3/Rev.3 (1998), artículo 65

³⁶⁵ Como por ejemplo el caso de España, en el año 2004 debía presentar su quinto informe periódico pero no cumple con esta obligación hasta el 2008.

³⁶⁶ Reglamento del Comité Contra la Tortura, artículo 67

³⁶⁷ Reglamento del Comité Contra la Tortura. Artículo 68

En el caso de España, desde su incorporación ha presentado seis informes ante el Comité, sobre el último de ellos este órgano realizó sus Observaciones Generales aprobadas en su sesión 1328^a (CAT/C/SR.1328), celebrada el 15 de mayo de 2015. De las cuestiones que se reprochan a España a continuación destacamos a nuestro juicio las más importantes, y como veremos, no son cuestiones nuevas, vienen siendo requeridas por el Comité desde hace años sin éxito:

- La definición y tipificación de la tortura. El Código Penal español no recoge de forma completa la definición contenida en el artículo 1 de la Convención. Asimismo, se consideran insuficientes las penas contempladas en el artículo 174 para este tipo de delitos. Por lo tanto, vuelve a pedir al Estado que armonice su legislación incorporando todos los extremos recogidos en la definición de la Convención y proceda a castigar con la severidad debida para delitos especialmente graves estas prácticas³⁶⁸.

Esta cuestión ya se planteaba antes de la redacción del Código Penal de 1995, cuando el Comité, en sus recomendaciones y conclusiones sobre el segundo informe presentado por España de 1993³⁶⁹ reprocha al Estado que los artículos 2014 bis y 551 son de alcance muy limitado y no cumplen con lo previsto en el tratado³⁷⁰. Pese a la petición expresamente realizada, el legislador omite su obligación y redacta un nuevo artículo que si bien supone un gran avance no será lo pactado con la firma de la Convención. La petición de modificación del artículo 174 del Código Penal será reiterada en informes posteriores³⁷¹, pese a ello y a la reforma de ese precepto

³⁶⁸ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España 2015, párrafo 8.

³⁶⁹ Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España. 26/06/93. A/48/44, paras.430-458

³⁷⁰ Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1993, párrafo 434

³⁷¹ Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 2002 CAT/C/CR/29/3, párrafo 9 y 12;

legal formulada en 2003 por la LO 15/2003, el legislador continua sin incorporar la definición de Naciones Unidas, tal y como se lo reprocha en el informe redactado por el Comité de 2009³⁷²:

“Sin embargo, el Comité - a pesar de la explicación proporcionada al respecto por la delegación del Estado parte - considera que sería oportuno incluir explícitamente en la definición del artículo 174 del Código Penal dos importantes elementos ulteriores para que ésta sea plenamente conforme al artículo 1 de la Convención: que el acto de tortura también puede ser cometido por “otra persona en el ejercicio de funciones públicas” y que la finalidad de tortura puede incluir el fin “de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras” (artículo 1).”

- Imprescriptibilidad del delito de tortura. El Comité es firme en esta cuestión, valora positivamente la aceptación de la imprescriptibilidad en los casos de tortura considerados crímenes de lesa humanidad, pero insiste en la necesidad de la modificación de la legislación española y declare no prescribible el delito de tortura³⁷³. La disconformidad con el plazo máximo de prescripción de 15 años se manifiesta también en 2009³⁷⁴.
- La detención en régimen de incomunicación y las salvaguardias legales fundamentales. Este es un elemento recurrente y al que el Comité viene dedicando una especial atención solicitando a España, de forma reiterada, su supresión. Desde los primeros informes, se muestra una gran preocupación por la aplicación de esta medida de excepción, que sin embargo es utilizada de forma extendida y que parece facilitar la práctica de la tortura atendiendo a que la mayoría de los casos denunciados se corresponden con detenciones bajo ese

³⁷² Observaciones finales del Comité contra la Tortura: España 2009, aprobadas en su sesión 923 (CAT/C/SR 923), párrafo 7

³⁷³ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España 2015, párrafo 9

³⁷⁴ Observaciones finales del Comité contra la Tortura: España 2009, aprobadas en su sesión 923 (CAT/C/SR 923), párrafo 22

régimen³⁷⁵. Pese a las alegaciones del Estado defendiendo su legalidad y eficacia en casos de terrorismo, sin embargo, el Comité desprecia esos argumentos y en los sucesivos informes incrementa el tono de exigencia sobre la supresión de la incomunicación, señalando de forma específica la necesidad de garantizar a los detenidos los derechos restringidos con esta medida, como por ejemplo la elección de abogado.

En efecto, el cambio en el tono de la recriminación es notorio, en 1993 el Comité expresaba “la conveniencia” de la aplicación general de la norma general frente a la incomunicación³⁷⁶, por contrario en el informe de 2015 procede a insta al Estado a su abolición, aprovechando la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se estaba llevando a cabo. Pese a ello, este requerimiento nuevamente no fue tenido en cuenta³⁷⁷

³⁷⁵Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1997 (CAT/C/SR.311,312 y 313), párrafo 131.

³⁷⁶Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1993, párrafo 456

“El Comité reiteró las preocupaciones que había expresado al terminar su examen del informe inicial, en especial respecto de la necesidad de que se castigaran con igual firmeza todos los delitos especificados en el artículo 1 de la Convención, y de la conveniencia de la aplicación general de las normas procesales relativas al régimen de incomunicación y a la elección de un abogado de confianza”.

Es destacable también las Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura al Estado español a tenor del cuarto informe periódico presentado por España. Informe aprobado en el 29º período de sesiones del 11 al 22 de noviembre de 2002, párrafo 10

“El Comité sigue profundamente preocupado por el mantenimiento de la detención incomunicada hasta un máximo de 5 días, para determinadas categorías de delitos especialmente graves, durante la cual el detenido no tiene acceso ni a un abogado ni a un médico de su confianza ni a notificar a su familia. Si bien el Estado Parte explica que esta incomunicación no implica el aislamiento absoluto del detenido, ya que este cuenta con asistencia de un abogado de oficio y de un médico forense, el Comité considera que el régimen de la incomunicación, independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos.”

³⁷⁷Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España 2015, párrafo 10.2

“Con referencia a sus anteriores observaciones finales (CAT/C/ESP/CO/5, párr. 12), el Comité reitera su recomendación al Estado parte de que revise el régimen de incomunicación, con vistas a su abolición, y asegurar que todas las personas privadas de libertad gocen de las salvaguardias legales fundamentales a partir del mismo momento del arresto, en particular los menores. El Estado parte debe garantizar el derecho de todos los detenidos a la asistencia letrada y a comunicarse con su representante legal de forma confidencial; a ponerse en contacto con sus allegados u otras personas de su elección, quienes deberán ser informados sobre el lugar de detención; y, a ser sometido sin demora a un examen médico independiente. Asimismo, el Estado parte debe cerciorarse de que la reforma de la Ley de

- Impunidad y ausencia de investigación exhaustiva y eficaz. El Comité viene manifestando su preocupación por la falta de investigación de las denuncias de torturas y malos tratos. Según información recibida, el esfuerzo realizado por las autoridades para esclarecer los hechos no es suficiente para el esclarecimiento de los mismos. Se teme que esta actitud contribuya a asentar un clima de impunidad sobre estas formas de actuar. Facilitar la identificación de los agentes intervinientes, la exploración médica adecuada de las personas detenidas, la protección de los denunciantes y el incremento de las penas para este tipo de delitos, serán entre otras medidas propuestas que debiera adoptar el Estado³⁷⁸.

Destaca la petición realizada por el Comité desde 1993 para que España facilite información estadística sobre número de denuncias de tortura, perfil del denunciante, procedimiento y condenas³⁷⁹.

- Reparación y rehabilitación a las víctimas. La referencia a estas cuestiones en los informes sobre España es más reciente y hasta Las Observaciones de 2015 se limitaba al reconocimiento del derecho a indemnización. Sin embargo, en este último informe el Comité, reconociendo la importancia de la aprobación del Estatuto de la Víctima en el ordenamiento jurídico español, realiza una interpretación extensiva de los derechos de estas personas y pide al Estado que redoble sus esfuerzos por garantizar a la víctimas de tortura una indemnización y también una reparación adecuada al sufrimiento causado, máxime si se tiene en cuenta las dificultades denunciadas por la falta de investigación de ese tipo de delitos.

Enjuiciamiento Criminal no establezca ninguna limitación, aunque sea facultativa, a los derechos de las personas privadas de libertad."

³⁷⁸ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España 2015, párrafo 19; Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1993, párrafo 457; Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1997, párrafo 134.

³⁷⁹ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España 2015, párrafo 19; Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1993, párrafo 441

Es importante, por novedosa, el énfasis que hace el Comité en que el Estado procure la rehabilitación de estas personas, lo más completa posible³⁸⁰. Sobre la cuestión de las víctimas y su cuidado, resulta curiosa la referencia realizada por el Comité en su informe de 1993 acerca de la aportación al Fondo de contribuciones voluntaria de Naciones Unidas para Víctimas de Tortura realizado por España desde 1987 a 1989, para preguntarles si se propone volver a realizar alguna aportación más en el futuro³⁸¹

3.2.3.2.- Denuncias interpuestas por particulares

El artículo 22 de la Convención prevé la posibilidad de presentar comunicaciones ante el Comité por parte de personas que declaran ser víctimas de torturas y/o otros malos tratos también por otras personas en nombre de las primeras. El Estado denunciado debe haber reconocido, de forma expresa la competencia del Comité para investigar, en caso contrario éste no podrá aceptar la petición de la persona denunciante³⁸². En el caso de España, reconoció la competencia del Comité requerida en el artículo 22 el 21 de octubre de 1987

Cumplido ese requisito, será necesario también que previamente se hayan agotado los recursos judiciales internos del Estado denunciado, en caso contrario la se resolverá la petición con la inadmisión de la denuncia. En cuanto a la forma, las quejas se deberán realizar por escrito y no se

³⁸⁰ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España 2015, párrafo 20

³⁸¹ Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1993, párrafo 433

"El Comité se preguntó si se habían presentado a la Comisión Europea de Derechos Humanos casos relativos a la esfera de aplicación de la Convención; si se preveía publicar el acta de la visita efectuada a España en abril de 1991 por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura; y si España se proponía volver a realizar aportaciones al Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura, como lo había hecho desde 1987 hasta 1989."

³⁸² España reconoció la competencia del Comité prevista en el artículo 22 el 21 de octubre de 1987.

admitirán a trámite las anónimas o que constituyan abuso de derecho³⁸³. El Comité examinará en sesiones a puerta cerrada la información proporcionada por el denunciante y por el Estado Parte interesado y, finalmente, redactará sus conclusiones que dará a conocer al denunciante y al Estado interesado³⁸⁴.

España ha sido denunciada ante el Comité contra la Tortura por violar la Convención en más de una ocasión³⁸⁵. A continuación traemos a este estudio tres casos emblemáticos e importantes para el presente estudio. El Comité estima y declara la responsabilidad de España en los siguientes casos:

Encarnación Blanco Abad v. Spain, Comunicación No. 59/1996³⁸⁶

Los hechos denunciados por esta mujer vasca se inician con su detención en 1992, en su vivienda de Santurtzi (Bizkaia), operación policial realizada por la guardia civil en el marco de la lucha antiterrorista. En sus alegaciones, alega haber sido sometida a torturas y malos tratos durante el periodo de detención incomunicada. Presentó denuncia por esos hechos en el juzgado correspondiente aportando el informe médico del reconocimiento que se le practicó al ingreso en prisión, documento donde se hace constar la existencia de hematomas. Pese a ello, el juzgado archivó

³⁸³ Artículo 107 del Reglamento.

³⁸⁴ Artículo 112 del Reglamento

³⁸⁵ A modo de ejemplo, se recogen a continuación algunas de las comunicaciones presentadas contra España y no admitidas a trámite, las razones alegadas por el Comité fueron las siguientes: 1.- CAT/C/13/D/1993 las cuestiones planteadas continuaban siendo instruidas en sumarios judiciales, en consecuencia no se había satisfecho el requisito exigido en el apartado b) del párrafo 5 del artículo 22 de la Convención, sobre agotamiento de todos los recursos de la jurisdicción interna del Estado denunciado. 2.- CAT/C/15/D/23/1995, la comunicación no fue bien fundamentada, planteando una cuestión sobre asilo político incompatible con el contenido del artículo 22 de la Convención. 3.- CAT/C/25/D/160/2000, en este caso no se cumplió el requisito establecido en el apartado b) del párrafo 5 del artículo 22 del Convenio, por falta de agotamiento de los recursos internos. 4.- CAT/C/28/D/176/2000, en esta última denuncia la razón de la inadmisión fue la no adecuación de los motivos de queja para solicitar la aplicación de los artículos de la Convención que invocaba el denunciante.

³⁸⁶ Encarnación Blanco Abad v. Spain, Comunicación No. 59/1996, U.N. Doc. CAT/C/20/D/59/1996 (1998)

la denuncia sin apenas instrucción, auto confirmado posteriormente por la Audiencia Provincial y finalmente por el Tribunal Constitucional al que recurrió en amparo la denunciante.

Una vez examinada la queja, el Comité, en su conclusión final estima que los hechos alegados por la denunciante revelan una violación de los artículos 12 y 13 de la Convención, en relación a la obligación del Estado en investigar de manera pronta y eficaz los hechos denunciados y de garantizar el derecho a formular quejas que deben ser examinadas con prontitud e imparcialidad.

El Comité llama la atención sobre diferentes aspectos fundamentales y que le llevan a concluir con la condena a España. Entre ellos, destacan la existencia de cinco informes forenses, redactados por los médicos forenses de la Audiencia Nacional que reconocieron a la detenida durante el periodo de incomunicación. En cuatro de ellos se recogen las manifestaciones realizadas por la detenida declarando haber sido objeto de insultos amenazas, golpes, ser encapuchada y permanecer desnuda en posiciones forzadas. Estos informes recogían así mismo la no constatación por parte del facultativo de signos de violencia en la detenida, sin embargo el Comité concluya de forma tajante que *"estos elementos deberían haber sido suficientes para que se iniciara una investigación, lo que sin embargo no tuvo lugar"*.

Asimismo, este órgano se pronuncia sobre el tiempo transcurrido entre la denuncia de los hechos y la apertura de las diligencias por parte del juzgado correspondiente, declarándolo excesivo y por lo tanto resulta incompatible con el cumplimiento de la obligación recogida en el artículo 12 del Convención.

Entre los reproches realizados al Estado, el Comité llama la atención sobre el hecho de que la queja vertida por la detenida al Juez de la

Audiencia Nacional cuando es llevada ante él haciendo saber el trato recibido por la policía no fuera atendida y afirma que *“es suficiente la simple manifestación de la víctima que pone los hechos en conocimiento de una autoridad del Estado, para que surja para éste la obligación de considerarla como tácita pero inequívoca expresión de su deseo de que ellos sean pronta e imparcialmente investigados”*, todo ello en cumplimiento del artículo 13 del Convenio.

La falta de investigación por parte del órgano judicial encargado de la tramitación de la denuncia de torturas interpuesta posteriormente por la actora es también censurada por el Comité. Sorprende que no se procediera a la identificaron ni interrogatorio a los guardias civiles involucrados, todo ello pese a la petición reiterada de la denunciante de esta y otras pruebas adicionales tampoco aceptadas.

Kepa Urra Guridi v. Spain, Comunicación No. 212/2002³⁸⁷

El denunciante fue detenido en 1992 en Bizkaia, en el marco de una operación contra el terrorismo que se saldó con el arresto de 43 personas, muchas de las cuales también habrían sido víctimas de torturas y malos tratos durante el periodo de incomunicación al que fueron sometidas.

El Sr. Urra fue sometido a golpes, interrogatorios ilegales, desnudez forzada y otras técnicas que finalmente le llevaron a ser trasladado al hospital. Los médicos constataron las lesiones que padecía en la cara, estómago y otras partes del cuerpo. Los hechos fueron denunciados por el demandante, iniciándose un procedimiento judicial que finalizaría con la condena dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia en 1997 y la condena de 3 guardias civiles a 4 años, 2 mese y 1 día de prisión por el

³⁸⁷ Kepa Urra Guridi v. Spain, Comunicación No. 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 (2005)

delito de torturas y seis años y un día de inhabilitación especial, así como indemnizar a la víctima³⁸⁸.

A iniciativa del Ministerio Fiscal se recurrirá esta resolución ante el Tribunal Supremo, órgano que finalmente rebajará la pena de prisión a 1 año. Posteriormente, el Ministerio de Justicia inicia un procedimiento de tramitación de indulto para los tres condenados que finalmente fueron otorgados.

Será esta cuestión la que se someterá a la valoración del Comité, argumentando el Sr. Urra que la concesión de los indultos en la práctica otorga impunidad a los responsables y alienta a repetir esas prácticas, incumpliendo de esta forma el Estado con la obligación de actuar y prevenir la tortura. El Comité da la razón al actor y resuelve que los hechos sometidos a su consideración vulneran los artículos 2, 4 y 14 de la Convención, recordando que la falta de castigo adecuado a este tipo de violaciones es incompatible con su prevención. Argumenta su postura afirmando que las penas menos severas finalmente aplicadas a los 3 guardias civiles y el posterior indulto no son compatibles con una pena adecuada para el tipo de acto ilícito cometido. Reprocha que los agentes durante el transcurso del tiempo en que se tramitó la petición de indulto no fueran sometidos a procedimiento disciplinario interno que les impidiera seguir ejerciendo sus funciones de policía, todo ello pese a los

³⁸⁸ El Dictamen del Comité contra la Tortura recoge de la siguiente forma los argumentos del Tribunal Supremo para proceder a casar y anular la sentencia de primera instancia, modificando su fallo:

2.4. El Ministerio Fiscal apeló la sentencia ante el Tribunal Supremo, solicitando una calificación diferente de los hechos y la rebaja de las penas. Éste, en su sentencia de 30 de septiembre de 1998, decidió rebajar las penas de prisión a un año a los miembros de la Guardia Civil. La sentencia del Tribunal Supremo considera que los guardias civiles agredieron al autor con el objeto de obtener una confesión sobre sus actividades y las identidades de otros individuos pertenecientes al comando Bizkaia. El Tribunal consideró que se había probado la existencia de una tortura "indagatoria" que superaba en intensidad los tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, estimó que las lesiones sufridas por el autor no requirieron un tratamiento médico o quirúrgico, y que fue suficiente la primera asistencia médica que el autor tuvo. El Tribunal estimó que la pena de un año era proporcional a la gravedad del delito.

graves delitos imputados. Finalmente, insta al Estado a velar porque se impongan penas adecuadas a los autores de las torturas y se repare de forma completa a la víctima.

Orkatz Gallastegi Sodupe v. Spain. Comunicación nº 453/201³⁸⁹

Los hechos denunciados por Orkatz Gallastegi, tienen sus inicios en una operación policial llevada a cabo por la Ertzaintza el 24 de octubre de 2002 en Berango (Bizkaia) en la que resultó detenido el actor junto con otros cinco jóvenes, por su presunta participación en actos de sabotaje y estragos contra bienes inmuebles públicos.

La detención se produjo en su domicilio, a las 5 de la mañana, desde donde fue trasladado a las dependencias de la Ertzaintza en Arkaute (Araba) donde permanecerá bajo régimen de incomunicación durante tres días. En el transcurso de su estancia en comisaría el denunciante alega haber sido objeto de interrogatorios dirigidos a su autoinculpación, golpes en el cuerpo y los genitales, obligado a mantener posturas incómodas, fue objeto de amenazas, tirones de pelo y otros tratos ilegales. Estos hechos son manifestados al médico forense en los reconocimientos que le realizan. Cuando es llevado a presencia del juez de la Audiencia Nacional, relata el trato recibido, niega el contenido de las declaraciones policiales realizadas en comisaría y manifiesta su inocencia sobre las acciones objeto de su detención. El juez ordenará su ingreso en prisión.

Posteriormente, el 29 de enero de 2003, el actor interpondrá denuncia ante el juzgado. Finalmente el órgano jurisdiccional encargado de la investigación de los hechos será el Juzgado de Instrucción nº 2 de Gasteiz, quien después de examinar los informes forenses y sin practicar más prueba resuelve archivar el caso. Interpuesto los recursos

³⁸⁹ Orkatz Gallastegi Sodupe v. Spain. Comunicación nº 453/201, O.N. Doc. CAT/C/48/D/453/2011 (2012)

correspondientes frente a esta resolución con resultado negativo, incluido Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, Orkatz Gallastegi presentará demanda ante el Comité contra la Tortura.

Examinada la queja, este órgano convencional concluye que los hechos objeto de examen constituyen una violación del artículo 12 de la Convención³⁹⁰.

El Comité recrimina al Estado la inactividad de los diferentes órganos judiciales intervinientes frente a las alegaciones de torturas realizadas por el Sr. Gallastegi.

Señala que, pese a que el actor ante los jueces de la Audiencia Nacional, tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, manifiesta que la declaración autoinculporatoria realizada por él en comisaría fue obtenida bajo torturas, no se adoptó medida alguna que procurara la investigación de esos hechos. Por el contrario, el órgano que juzgo y condenó al Sr. Gallastegi aceptó como prueba válida la citada declaración donde el procesado asumía su participación en los hechos que se le imputaban³⁹¹.

El Comité también reprocha al Tribunal Supremo su falta de actuación cuando conoció el asunto en casación. Todo lo contrario, en interpretación del órgano convencional, la lectura de la sentencia de la Audiencia Nacional y la del Tribunal Supremo muestran que la declaración autoinculporatoria realizada por el denunciante tuvo un peso importante en el proceso seguido contra él³⁹².

Sobre la investigación realizada por el juez de instrucción, derivada de la denuncia que el actor interpuso ante el juzgado, el Comité afirma que

³⁹⁰ Artículo 12 de la Convención: *"Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial."*

³⁹¹ Orkatz Gallastegi Sodupe v. España, Comunicación n.º 453/2011, párr.7.2

³⁹² Orkatz Gallastegi Sodupe v. España, Comunicación n.º 453/2011, párr.7.4

no fue suficiente. Manifiesta su incompreensión ante la negativa a practicar pruebas adicionales que, a todas luces, eran pertinentes. Señala que, si bien los informes forenses suelen constituir una prueba importante para demostrar la existencia de torturas, procede a recordar su Comunicación sobre el caso Blanco Abad³⁹³ para destacar que, sin embargo a menudo no son suficientes y deben ser acompañados de otra información de origen diferente que permita su comparación³⁹⁴.

Finalmente el Comité concluye con la condena a España por violación del artículo 12 del Convenio que obliga a los estados parte a realizar una investigación pronta e imparcial de las denuncias de tortura y malos tratos. Sin embargo, manifiesta que la documentación aportada por el Sr. Gallastegi no le permite concluir sobre el incumplimiento del artículo 15 de la Convención³⁹⁵ en relación a la invalidez de la declaración autoinculpatoria realizada por él.

3.2.4.- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 2002 y España

Pese al perfeccionamiento de los instrumentos convencionales que regulan y castigan estas prácticas llevado a cabo durante el siglo XX, lo cierto es que nos encontramos lejos de lograr su erradicación. La constatación de este hecho evidencia la necesidad de continuar trabajando contra la tortura pero buscando otras formulas que permitan aplicar nuevos mecanismos de lucha. En este sentido, se pondrá el énfasis en la prevención como fórmula distinta para atajar este problema. Este

³⁹³ Blanco Abad c. España, Comunicación n.º 59/1996

³⁹⁴ Orkatz Gallastegi Sodupe v. España, Comunicación n.º 453/2011, párr.7.

³⁹⁵ Artículo 15

"Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración."

ámbito de trabajo no es nuevo, organizaciones internacionales no gubernamentales como por ejemplo la Asociación para la Prevención de la Tortura³⁹⁶ llevaban años desarrollando actividades en esta área³⁹⁷. Con este objetivo, Naciones Unidas aprobará El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 18 de diciembre de 2002. Su entrada en vigor no se producirá hasta el 22 de junio del 2006, transcurridos treinta días a partir de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación que correspondió a España. Esta herramienta convencional introducirá un sistema de prevención sobre la base de visitas a los lugares de detención y la participación de dos órganos nuevos de prevención: el Subcomité y los Mecanismos Nacionales de Prevención.

Desde Naciones Unidas, los trabajos preparatorios del finalmente proclamado Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, se iniciaron de manera oficial con la propuesta de proyecto de protocolo presentada por Costa Rica por medio de la carta de 15 de enero de 1991³⁹⁸, dirigida al Secretario General Adjunto de Derechos Humanos. Este proyecto, tiene a su vez origen en un trabajo anterior elaborado por ese mismo Estado en 1980, como repuesta a las propuestas realizada por Jean-Jacques Gautier³⁹⁹. Pero en el transcurso de la década de los 80, la aprobación de esta propuesta inicial quedó relegada debiendo esperar a la proclamación en 1984 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y su entrada en vigor en 1987, sin poder obviar

³⁹⁶ Fue creada en 1977 por Jean-Jacques Gautier (banquero jubilado y filántropo) en sus inicios se denominó Comité Suizo contra la Tortura. Con sede en Ginebra, esta organización, en la actualidad, esta llevando a cabo una intensa campaña a nivel mundial en favor de la adhesión y aplicación del Protocolo Facultativo. <http://www.apr.ch/>

³⁹⁷ <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G91/101/81/pdf/G9110181.pdf?OpenElement>

³⁹⁹ Recordemos que fue el fundador del Comité Suizo contra la Tortura, hoy en día denominado Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). Gautier tuvo la idea de establecer un mecanismo internacional de visitas destinadas a prevenir la tortura, después de realizar un detallado estudio sobre los mecanismos de lucha contra la tortura vigentes hasta ese momento.

la repercusión del sistema de visitas instaurado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en 1990. Por lo tanto, es destacable el hecho de que antes de la redacción de la Convención contra la Tortura de 1984 ya se estaba estudiando la posibilidad de aplicar un sistema de visitas preventivo pero, sin embargo sus redactores no introdujeron este mecanismo en el propio texto de la Convención⁴⁰⁰, facilitando de esta forma su aprobación por parte de los Estados⁴⁰¹.

Finalidad y contenido del Protocolo

Como cuestión previa y para entender en su justa medida la finalidad de este texto, se muestra necesario conocer qué es un protocolo. Se denomina protocolo los textos adicionales o complementarios a un tratado internacional, adoptados de forma coetánea o posterior a ese texto principal. Su función podrá consistir en establecer procedimientos o mecanismos nuevos, desarrollar contenidos del tratado principal, o actualizar sus disposiciones. Los protocolos facultativos son instrumentos convencionales por derecho propio, pero su firma y ratificación está supeditada a la aceptación previa por parte del interesado del tratado principal. Se denominan facultativos u opcionales porque los Estados que son Parte del tratado principal no están obligados a firmar este tipo de instrumentos.

Lo cierto es que, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, con anterioridad a la aprobación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se trabajaba en la

⁴⁰⁰ A diferencia de la Convenio Europeo de Prevención de la Tortura que destina una buena parte de su articulado a este mecanismo.

⁴⁰¹ El Secretario General del CIJ alegó que este mecanismo causaría profundas reservas en los Estados por las oposiciones que estaban mostrando ya al en ese momento proyecto de Convención contra la Tortura. Ver en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos; *Protocolo Facultativo: Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. Manual para la prevención*, pág. 46

instauración de un sistema de visitas preventivo. Una vez entrada en vigor la Convención, la aprobación de este mecanismo en forma de protocolo facultativo vinculado al primero estaba ya consensuada y fue aceptada de forma natural.

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ⁴⁰²se crea con el objetivo de establecer un sistema de visitas a los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad⁴⁰³. Estas visitas serán realizadas por un órgano internacional, denominado Subcomité pero también estarán habilitados para ello otros órganos nacionales independientes a los que el Protocolo denomina Mecanismos Nacionales de Prevención.

Los redactores del texto diseñaron esta herramienta sobre la base del principio de cooperación y diálogo entre el Estado Parte y los órganos creados por el Protocolo Facultativo, conscientes de que este requisito era indispensable para que las visitas lograran su objetivo, que no es otro que fortalecer la protección de las personas privadas de libertad. Así mismo, junto con la cooperación, se destaca la necesidad de proporcionar asistencia técnica internacional a los países en desarrollo que permita la mejora de las condiciones de vida en las prisiones y en el resto de centros de detención.

Para lograr un mayor grado de implicación de los gobiernos, se garantiza que los órganos creados por el Protocolo no tendrán facultad para denunciar las posibles violaciones de instrumentos internacionales que puedan constatar en el desempeño de su mandato, destacando de esta forma la finalidad exclusivamente preventiva de la labor desempeñada por el Subcomité y de los Mecanismos Nacionales de Prevención.

⁴⁰²<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/551/51/PDF/N0255151.pdf?OpenElement>

⁴⁰³ Artículo 1 del Protocolo Facultativo

Órganos: El Subcomité para la Prevención

Se puede definir como un órgano internacional de nueva creación para la protección de los derechos humanos, dependiente funcionalmente del Comité contra la Tortura, con competencia para actuar en todos los Estados Parte del Protocolo Facultativo⁴⁰⁴. El mandato específico del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes es preventivo y en ningún caso reactivo o de denuncia. En su calidad de órgano principal del Protocolo Facultativo, deberá entablar relaciones con los Estados visitados, siempre sobre la base de la cooperación, debiendo desarrollar una labor de asesoramiento destinada a mejorar las condiciones de las personas privadas de libertad.

El Subcomité también mantendrá una relación estrecha con los Mecanismos Nacionales de Prevención designados por los Estados Parte y será informado sobre la labor desempeñada por estos, asesorando y proporcionando asistencia técnica que les permita aumenten su capacidad de actuación⁴⁰⁵.

En todo caso, la labor desempeñada por el Subcomité estará inspirada por los principios de confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad⁴⁰⁶, disponiendo de dos herramientas principales para llevar a cabo su mandato: las visitas y la redacción de informes donde recogerá sus recomendaciones⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Artículo 2 del Protocolo Facultativo

⁴⁰⁵ Artículo 11. b) ii) y iii); 20. f) del Protocolo Facultativo

⁴⁰⁶ Artículo 2.3 del Protocolo Facultativo

⁴⁰⁷ Anualmente el subcomité publicará un informe sobre su actividad. En febrero de 2016 presentó el noveno informe anual que abarca la actividad realizada por el Subcomité durante el año 2015.

Estos documentos se pueden consultar en

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=12

Visitas

El artículo 11. a) del Protocolo Facultativo atribuye al Subcomité la capacidad de realizar visitas a los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad, bien por orden de una autoridad pública, por instigación de esta o con su consentimiento expreso o tácito. Para ello, los Estados parte deben prestar toda la colaboración que se les requiera, recibiendo al Subcomité y dándole acceso a los recintos de detención que solicite⁴⁰⁸.

El Subcomité podrá pedir a las autoridades el acceso sin restricciones a todo tipo de información relacionada con las personas privadas de libertad, como por ejemplo el número de personas presas, lugares de detención o trato recibido⁴⁰⁹. La revisión de los datos obtenidos estará destinada a la evaluación del sistema existente, para posteriormente elaborar una propuesta sobre el tipo de medidas que se recomiende adoptar al Estado en aras de mejorar las condiciones de las personas privadas de libertad⁴¹⁰.

Al finalizar su visita el Subcomité transmitirá al Estado sus recomendaciones, debiendo éste examinarlas y tenerlas en cuenta. Ambas partes entablarán un dialogo sobre las medidas propuestas y la forma de proceder a su aplicación, ofreciendo para ello el Subcomité, si fuera necesario, asesoramiento suficiente.

Sobre la labor desempeñada por el Subcomité, ésta se inició en el año 2007, en sus 10 años de vida se ha realizado visitas a más de 54 países, entre ellas no se encuentra España. Se debe tener en cuenta también que los inicios en la actividad de un organismo de estas características, con un

⁴⁰⁸ Artículo 4.1. del Protocolo Facultativo

⁴⁰⁹ Artículo 14 Protocolo Facultativo

⁴¹⁰ Artículo 12 Protocolo Facultativo

mandato excepcional como el que se le atribuye, son complejos y están sujetos a cambios y ajustes⁴¹¹. En todo caso, el primer informe anual presentado por el Subcomité corresponde a la actividad desarrollada por este en el periodo 2007-2008 e incluye las visitas realizadas a Mauricio; Maldivas y Suecia⁴¹².

De conformidad con el artículo 12, párr. 2, del Protocolo Facultativo, Suecia solicitará la publicación del informe redactado por el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Ese documento fue transmitido previamente de forma confidencial, de conformidad con el artículo 16, párr. 1, del Protocolo Facultativo⁴¹³. Otro ejemplo en el mismo sentido será la petición realizada por Maldivas⁴¹⁴.

⁴¹¹ Otras dificultades que se debieron solventar se citará como ejemplo la participación de expertos de gran prestigio. Esta cuestión se regula en el Artículo 13.3 del Protocolo Facultativo estableciéndose que la lista de expertos de reconocida experiencia que asistirán a los miembros del Subcomité en sus visitas, estará compuesta por profesionales propuestos por los Estados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención Internacional del Delito.. Los problemas administrativos y la falta de propuesta de expertos por parte de los Estados para ser integrados en la citada lista, impidió que en la primera visita participara alguno de ellos. Este problema fue subsanado en parte y se logró la asistencia de un número simbólico de especialistas en las misiones siguientes - de esta forma en la visita a Maldivas fueron dos y en Suecia uno- pero en todo caso insuficientes.

⁴¹² <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/418/31/pdf/G0841831.pdf?OpenElement>

⁴¹³ La petición realizada por Suecia y Maldivas para dar publicidad a sus informes, es interpretada por el Subcomité como muy positiva, entendiendo que es una muestra de adhesión por parte de estos Estados a los objetivos del Protocolo Facultativo, así como de cooperación y confianza entre los Estados Parte y este órgano. Ambos informes se pueden consultar en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/CountryVisits.aspx?SortOrder=Chronological

⁴¹⁴ La lectura de este documento muestra un amplio repertorio de "Recomendaciones", que se presentan agrupadas en diferentes materias: Marco jurídico e institucional; mecanismo nacional de prevención; policía; prisiones; centros de rehabilitación de menores y cooperación. Como ejemplo de "recomendación" señalaremos las siguientes: que Maldivas tipifique la tortura como delito en su legislación penal; Que los detenidos estén presentes en el tribunal cuando se decida la validez de la detención o su prórroga teniendo derecho y oportunidad de hablar y denunciar cualquier maltrato; Que se practique a todos los internos un reconocimiento médico a su llegada al centro, lo suficientemente exhaustivo que permita revelar la existencia de cualquier lesión; Se debe velar porque exista en las cárceles plantilla en número suficiente y en los centros de mujeres que el personal sea femenino. El Subcomité también realiza otro tipo de recomendaciones con contenido positivo, como por ejemplo sobre los centros de

Como métodos de trabajo, destacan la utilización de la “triangulación de la información” o contraste entre informaciones obtenidas sobre un mismo tema, provenientes de diversas fuentes. También se utiliza la entrevista, los reconocimientos médicos, así como el análisis de documentación.

Órganos: Mecanismo Nacional de Prevención

Los Mecanismos Nacionales de Prevención son entidades nacionales designadas, creadas o mantenidas por el Estado Parte⁴¹⁵, que disponen de la facultad para realizar visitas a los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad por orden de una autoridad pública, o por instigación o con consentimiento de ésta, ya sea de forma expresa o tácita⁴¹⁶.

El artículo 17 dice así:

“Cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones.”

Por lo tanto, la aceptación del Protocolo Facultativo obliga a los Estados a establecer este mecanismo interno⁴¹⁷ pero no impone un modelo de órgano determinado ni un número, dando libertad para elegir

menores que: “El Subcomité recomienda que ese tipo de centro [como el Centro de Educación y Formación para Niños de Maafushi] se utilice como modelo cuando se creen instituciones para menores en conflicto con la ley.”

⁴¹⁵ Artículo 17 del Protocolo Facultativo

⁴¹⁶ Artículo 4 del Protocolo Facultativo

⁴¹⁷ Artículo 3 del Protocolo Facultativo

entre diferentes tipos de modelos, como por ejemplo: las Defensorías del Pueblo u Ombudsman, comités parlamentarios y de derechos humanos u organizaciones no gubernamentales.

De esta forma, por primera vez un instrumento convencional regulará los criterios y garantías⁴¹⁸ que debe ostentar un órgano de carácter interno como son los Mecanismos Nacionales de Prevención⁴¹⁹.

Este nuevo ente interno trabajará de forma coordinada con el internacional o Subcomité, desarrollando de forma conjunta labores complementarias que ayuden a logra una mayor eficacia en la prevención de la tortura y otros tratos o penas inhumanas y degradantes.

Como decíamos, la facultad del Mecanismo Nacional de Prevención será realizar visitas periódicas a los lugares de detención y comprobar las condiciones y trato recibido por las personas privadas de libertad, tal y como se regula en el artículo 19 del Protocolo. Pero también tendrán capacidad para realizar recomendaciones a las autoridades competentes en aras a mejorar el trato de esas personas, así como hacer propuestas y observaciones sobre la legislación relacionada que estas materias.

Otra cuestión importante a destacar son las garantías que el Protocolo Facultativo reconoce a sus órganos que, en el caso de los Mecanismos Nacionales de Prevención, cobran especial importancia al estar estos sometidos con mayor riesgo que el Subcomité a sufrir interferencias por los Estados en el desempeño de su labor, por constituirse como órgano interno designado por el Estado. En previsión de estas dificultades, el Protocolo Facultativo en su artículo 18.4, plantea la aplicación de los *"Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos*

⁴¹⁸ Artículo 18 del Protocolo Facultativo

⁴¹⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protocolo Facultativo: Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes*, pág. 120

humanos” o también denominados “Principios de París”⁴²⁰. Según estos principios, los Mecanismos Nacionales de Prevención deben estar dotados de una total independencia funcional. En opinión de la APT, para la consecución de esta garantía será necesario que su constitución se realice de forma independiente, es decir la no intervención en los procesos de nombramiento del personal, así como la independencia financiera y la transparencia en el funcionamiento de estos mecanismos⁴²¹. En este sentido se manifiesta también el Comité Internacional de la Cruz Roja, afirmando que *“Un factor clave para el éxito del sistema contemplado será dotar a dichos mecanismos nacionales de la independencia y de los recursos necesarios para que sus actividades sean pertinentes”*.

El Estado deberá garantizar el acceso a los lugares requeridos en sentido físico y a la información sobre éstos que el Mecanismo le requiera. Esta facultad se traduce en la posibilidad de obtener datos sobre los tipos de centros existentes, el trato dispensado a los detenidos, así como el acceso a los archivos correspondientes a los detenidos. También podrán los miembros del Mecanismo Nacional de Prevención mantener entrevistas reservadas con personas privadas de libertad y constatar con las visitas el estado de las instalaciones (calabozos, celdas de castigo, enfermerías, cocinas, etc.). Con todo ello, se procederá a un análisis de la situación y se redactarán las recomendaciones que serán entregadas al Estado, debiendo este examinarlas y, a continuación, se entablará un diálogo para facilitar la implementación de las medidas recomendadas,

⁴²⁰Estos Principios fueron aprobados en los encuentros internacionales de las instituciones nacionales de derechos humanos, celebrados en París, en 1991. Se entiende por instituciones nacionales de derechos humanos, según Naciones Unidas *“órganos estatales con un mandato constitucional o legislativo de proteger y promover los derechos humanos. Forman parte del aparato del Estado y es el Estado el que las financia.”* Definición obtenida del documento http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PTS-4Rev1-NHRI_sp.pdf titulado Instituciones nacionales de derechos humanos, 2010, página 5. En “Los Principios de París” se abordan cuestiones sobre las competencias y atribuciones de estas instituciones, garantías de independencia y pluralismo, funcionamiento y otros principios complementarios. Este texto se puede consultar en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/Sparisprinciples.pdf>

⁴²¹ Asociación para la Prevención de la Tortura, *La implementación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura*, pág. 12 y ss.

que permitan mejorar las condiciones de las personas privadas de libertad⁴²².

El principio de colaboración inspirará las relaciones mantenidas entre los Mecanismos Nacionales de Prevención y sus Estados, pero siempre respetando este último la independencia funcional de los primero.

El Subcomité, en su condición de órgano principal del Protocolo Facultativo, desarrollará una labor de apoyo a los Mecanismos Nacionales de Prevención, prestando su asesoramiento y trabajará de forma coordinada con ellos.

Los Mecanismos Nacionales de Prevención realizarán, al igual que el Subcomité, un informe anual donde recogerán la actividad desarrollada durante ese periodo de tiempo, este documento será publicado y difundido por los Estados Parte, en cumplimiento del compromiso adquirido en el artículo 23 del Protocolo Facultativo. La obligación establecida en ese precepto es clara y concisa:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a publicar y difundir los informes anuales de los mecanismos nacionales de prevención.”

En interpretación de su contenido, lo cierto es que nada impide a los Mecanismos Nacionales publicar el informe por sus propios medios, pero el cumplimiento de esta obligación por parte de los propios Estados implica la asunción del trabajo realizado con base a la cooperación entre ambas partes. En opinión del Instituto Interamericano de Derechos Humanos *“Ello no solo asegura cierta transparencia en la labor de los mecanismos*

⁴²² Artículo 22 del Protocolo Facultativo

*nacionales de prevención, sino que también la divulgación de sus informes, optimizará en el largo plazo, el impacto nacional de su labor*⁴²³.

Diferentes opciones

Como ya se ha dicho anteriormente, el Protocolo Facultativo no impone un modelo único de mecanismo nacional, otorgando al Estado entera libertad para su elección y nombramiento. En este sentido, la primera cuestión que se plantea es la posibilidad de designar para esta labor un órgano ya existente o la creación de un ente nuevo. Frente a la elección de una u otra vía se plantean diversas cuestiones que los Estados previamente deben de tener en cuenta.

La creación de un nuevo órgano es indudable que exige un esfuerzo mayor de planificación, organización y financiación económica. Pero como importante argumento a favor se presenta la posibilidad de crear un mecanismo diseñado de forma específica para cumplir el mandato del Protocolo Facultativo, pudiendo dotarlo de todas las garantías y facultades necesarias para cumplir su mandato de forma correcta.

También la posibilidad de utilización de un órgano ya existente en ese Estado presenta importantes cuestiones. La primera será si ese mecanismo posee las capacidades necesarias para poder desarrollar el mandato del Protocolo Facultativo con las garantías requeridas por éste, y en relación con ello si es necesario y viable llevar a cabo reformas legislativas al respecto. Así mismo, es importante comprobar que ese ente cuenta con un equipo de trabajo con capacidades suficientes para realizar la labor que se le va a asignar, así como que los métodos y sistemas que utilice sean eficaces en el nuevo mandato. Frente a estas dificultades,

⁴²³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protocolo Facultativo: Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. Manual para la prevención*, pág. 132

como argumento principal a favor de la elección de un mecanismo preexistente se presenta el garantizar la no duplicidad de órganos que desarrollan esa función.

En efecto, como era de prever, la mayor parte de los Estados han encargado el desarrollo de esta labor a mecanismos creados con anterioridad a la aplicación del Protocolo Facultativo. Ejemplo de ello se pueden citar: el caso de Albania que designará al "People`s advocate" o defensor del pueblo; Georgia nombrará al "Public Defender"; en el caso de Francia será el "Contrôleur général des Lieux de Privation de Liberté"; o en México que encargará esa labor a la "Comisión Nacional de los Derechos Humanos"⁴²⁴.

No resulta una elección fácil optar por un tipo de institución, esta cuestión es estudiada a fondo por la APT⁴²⁵. Para esta organización, por ejemplo, las comisiones nacionales de derechos humanos, en su gran mayoría, son órganos con experiencia acreditada y reconocida independencia del ejecutivo, pero su utilización como Mecanismos Nacionales de Prevención puede plantear problemas importantes a la hora de llevar a cabo su nueva función, principalmente por dos cuestiones: la primera se plantea en relación a la capacidad de la que disponen gran parte de estos órganos para procesar o enjuiciar a personas como fruto de las investigaciones realizadas en el desarrollo de su labor. Esta facultad se muestra contradictoria con el principio de cooperación que debe primar en la relación con el Estado en su nuevo mandato. En efecto, la acumulación

⁴²⁴ En estos casos, los Estados Parte se han inclinado principalmente por las defensorías del pueblo y las comisiones de derechos humanos en detrimento de las organizaciones no gubernamentales. El más destacado será el caso de Gran Bretaña, para desempeñar esa labor se ha decidido por el nombramiento de 18 entes, coordinados por la "Inspección de Su Majestad para Prisiones". Este Mecanismo Nacional de Prevención estará constituido por una pluralidad de organizaciones, lo que proporciona composición mixta, combinando entes de orígenes diferentes como pueden ser ONGs, comisiones de derechos humanos y otras del ámbito institucional, estas últimas muy contestadas por las organizaciones defensoras de los derechos humanos por no garantizar su completa independencia del gobierno.

⁴²⁵ APT; *Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención*, pág. 92 y ss.

por parte de un mismo órgano de la facultad de denuncia e incluso de procesamiento, junto con la de prevención inspirada por el principio de cooperación se muestra contraproducente y puede minar la confianza necesaria para que el Mecanismo de Prevención Nacional logre los objetivos marcados por el Protocolo Facultativo. El segundo motivo de preocupación está relacionado con la composición de las comisiones de derechos humanos y la formación de sus integrantes. Es indiscutible que, por lo general, estos órganos están conformados por juristas, careciendo de especialistas de otras áreas del conocimiento como son los médicos, psiquiatras, arquitectos, etc., cuya participación es fundamental en el mandato que debe llevar a cabo el mecanismo.

En el supuesto de las defensorías del pueblo, a estas se les puede aplicar básicamente todo lo dicho para las comisiones nacionales de derechos humanos. Si bien son instituciones con experiencia en la realización de visitas a centros de detención, lo cierto es que esta labor no es asimilable al mandato que debe desempeñar el Mecanismo Nacional de Prevención que consiste en una detallada monitorización de los centros de detención.

Finalmente, las organizaciones no gubernamentales proporcionan un grado alto de garantía sobre su independencia del ejecutivo, pero no es menos cierto que en muchos casos una de las funciones primordiales de organizaciones es denunciar las vulneraciones de derechos constatados. En palabras de la APT *"puede resultar difícil para las ONG mantener por un lado un diálogo constructivo basado sobre la cooperación (como lo prevé el Protocolo Facultativo), y conciliar paralelamente estas actividades con campañas de sensibilización públicas, que incluyan por ejemplo algún tipo de denuncia pública"*. Ciertamente, como consecuencia del desempeño de su actividad natural, es difícil mantener una relación de confianza entre los funcionarios y/o demás personal de los lugares a visitar con los miembros del Mecanismo Nacional de Prevención como consecuencia de las

actividades de queja y denuncia pública que estos realizan. En otro sentido, también se debe tener en cuenta que las ONGs pueden no sentirse cómodas en el cumplimiento de las exigencias demandadas por el Protocolo Facultativo, al impedir éste, pese a la constatación de vulneración de derechos en el transcurso de las visitas, la denuncia de esos hechos.

Estados centralizados y Estados descentralizados

Recordando el contenido del artículo 17 del Protocolo Facultativo, los Estados Parte están facultados para nombrar más de un Mecanismo Nacional de Prevención. El texto convencional hace referencia expresa a la cuestión de la división territorial al afirmar que *“Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones”*.

Lo cierto es que existe una gran diferencia entre Estados centralizados y Estados descentralizados sobre los aspectos que se deben tener en cuenta a la hora de implementar el Protocolo Facultativo.

- a) En el primer caso, Estados centralizados, la opción se presenta sencilla, nombrando un único mecanismo que lleve a cabo el mandato del artículo 19 del Protocolo Facultativo en todo el territorio del Estado. Un ejemplo de ello será Francia: Con el nombramiento del “Contrôleur général des Lieux de Privation de Liberté”⁴²⁶, creado por el Parlamento francés por la Ley n° 2007-1545, es definido como un “organismo público independiente” cuya labor será controlar todos los lugares donde se hallen

⁴²⁶ <http://www.cglpl.fr/en/>

personas privadas de libertad, así como el respeto de sus derechos fundamentales. Se garantiza la independencia de esta figura, que será elegida para un periodo de 6 años, sin posibilidad de ser eliminado o renovado durante su mandato. Este órgano unipersonal está acompañado de un equipo multidisciplinar y con gran experiencia. Todos sus componentes deben guardar el secreto profesional y desarrollar su labor con total imparcialidad. En la actualidad será Jean-Marie el "Delarue el Contrôleur général des Lieux de Privation de Liberté".

Otro ejemplo, será la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, que fue designada por la independencia demostrada desde su creación y su experiencia en visitas a centros de detención. El 17 de febrero de 2007 fue nombrado Mecanismo Nacional de Prevención por medio del Decreto Ejecutivo 33568-RE-MSP-G-J, si bien no inicia sus funciones hasta principios de enero del 2009 cuando se resuelve la cuestión presupuestaria, aunque su habilitación para el desempeño del mandato como Mecanismo Nacional de Prevención es parcial, en tanto en cuanto no se emita la Ley correspondiente. La limitación en sus funciones se presenta porque la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica solo puede realizar visitas a algunos centros, y por ello su nueva labor se enmarcará de forma provisional "*dentro de las inspecciones que se realizan en los centros de aprehensión y detención administrativa y en los diversos centros penitenciarios*", en tanto en cuanto no se promulgue la futura ley que amplíe su competencia para poder realizar visitas también a los "organismos de investigación judicial" y hospitales psiquiátricos. Este es un claro ejemplo de órgano preexistente designado como Mecanismo Nacional de

Prevención pero que debe sufrir ciertas modificaciones legislativas para adecuarse plenamente a su nuevo mandato⁴²⁷.

- b) Los Estados descentralizados presentan mayor complejidad en su tratamiento por encontrar entre ellos diversas formas de organización territorial. Estos deberán elegir como modelo de Mecanismo Nacional Preventivo entre un único órgano nacional seleccionado por el gobierno central o federal y en su caso, si fuera necesario con la aprobación también de los gobiernos regionales; u otro modelo constituido por múltiples órganos con capacidad territorial y material diferentes, como por ejemplo: el modelo básico que consistirá en que cada mecanismo regional desempeñará su labor en un territorio concreto, o bien otros modelos más complejos como la convivencia de dos tipos de mecanismos, regional y nacional en un mismo territorio.

Es importante tener en cuenta no solo la división territorial sobre la base en la que se organizan los Estados, sino también las facultades que detentan, llámense "competencias asumidas", esos entes territoriales menores. En este sentido, la casuística es variada, citando como ejemplo los siguientes: Estados que delegan a los gobiernos municipales importantes facultades como pueden ser de policía municipal, es el caso de México; Estados federales cuyo gobierno central se reserva la materia de prisiones, como ocurre en Canadá; Finalmente, como último ejemplo, el caso español o estado autonómico, configurado por comunidades autonómicas con diferentes competencias en materia de prisiones.

⁴²⁷ La Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica ha publicado ya su primer informe, correspondiente al año 2009, que se puede consultar en:

<http://www.dhr.go.cr/descargas/informeanualmnp2010costarica.pdf>

<http://www.dhr.go.cr/mnp.html>

En estos casos, el Estado deberá tener en cuenta en el momento de elegir el modelo de Mecanismo Nacional de Prevención, si detenta capacidad suficiente para poder elaborar y aprobar por sí solo la legislación necesaria para la aprobación, implantación y correcto funcionamiento de este mecanismo o si, por el contrario, necesitará la colaboración y/o consentimiento de los entes territoriales menores⁴²⁸. En este último supuesto, estos entes tendrán un papel coprotagonista en la elección y diseño del órgano de prevención.

Así mismo, será conveniente analizar y evaluar la labor de otros mecanismos ya existentes que realicen acciones similares a las que desarrollará en el futuro el Mecanismo Nacional de Prevención, ello permitirá conocer los obstáculos con los que se podrá encontrar éste y poder intervenir antes de su entrada en funcionamiento.

En todo caso, en los supuestos en que se implanten diversos órganos como Mecanismos Nacionales de Prevención, se deberá dedicar especial cuidado a que todos los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad sean cubiertos por alguno de ellos y no caigan en descuido. Así mismo, será recomendable que sean coordinados por un único ente, que sirva de referencia al Subcomité.

Como ejemplo de Estado federal citaremos Alemania, creó un mecanismo nuevo el 20 de noviembre de 2008, denominado "Agencia Federal para la Prevención de la Tortura" definida como organización nacional independiente, que tendrá competencia a nivel de la República Federal Alemana, esto significa que podrá realizar visitas a los centros federales de detención tanto de la policía como de las fuerzas armadas federales. La dirección de la

⁴²⁸ En este sentido, el artículo redactado por POLLARD, MATT, asesor legal de APT en "Implementación del Protocolo Facultativo de la Convención para la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en Estados Federales y Descentralizados", pág. 11

Agencia será otorgada como cargo honorífico por el Ministerio Federal de Interior y el Ministerio Federal de Defensa con una duración de cuatro años. Este Mecanismo Nacional de Prevención desarrollará su labor junto con los mecanismos estatales denominados "Comisiones", que todavía están por designar en cada Estado y que tendrán competencia exclusivamente en el Estado, pero no en las instituciones federales que existan en él, de ello se ocupará la Agencia.

El caso de España

España es un Estado descentralizado, con una organización territorialmente dividida en municipios, provincias y comunidades autónomas⁴²⁹. Esta singular división político-territorial no fue tenida en cuenta en la elección del modelo de Mecanismo Nacional de Prevención.

Lo cierto es que el proceso de elección del modelo de Mecanismo Nacional de Prevención despertó gran interés en diferentes organizaciones e instituciones de defensa de los derechos humanos, procediendo éstas a la elaboración de propuestas propias. A continuación se resumirán algunas de ellas.

Diferentes propuestas

El 30 de octubre de 2007 se firmó en Madrid un documento titulado "El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Creación de los Mecanismos Nacionales de Prevención" apoyado por organizaciones de espectros diferentes pero que tienen en común la lucha por los derechos de las

⁴²⁹ Artículo 137 de la Constitución Española.

personas privadas de libertad. Entre ellas citaremos a Amnistía Internacional, la Asociación Pro Derechos Humanos, la Asociación Española para el desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos, el Consejo General de la Abogacía Española, la Coordinadora para la Prevención de la Tortura y la Coordinadora Catalana para la Prevención de la Tortura.

Estas organizaciones se inclinan por la elección de un Mecanismo de nueva creación. Consideran que esta opción será un “valor agregado” al principio de independencia funcional y evitaría las vinculaciones preexistentes con los poderes públicos que pudiera mantener los órganos ya existentes. En segundo lugar, exigen su participación activa en todo el proceso de creación y elección de los miembros que lo constituyan. Por último, los firmantes hacen hincapié en los principios que deben regir la creación designación y funcionamiento de los Mecanismos Nacionales de Prevención, que serán la independencia, transparencia y eficacia.

La propuesta defendida por las organizaciones no es compartida, al menos en parte, por otros actores principalmente del ámbito institucional, revelándose desde los inicios del proceso de elección el desencuentro y la falta de unanimidad. A continuación se presentan otras opiniones, propuestas y candidaturas presentadas por diversos entes que también trabajan en el ámbito de la defensa de los derechos humanos, poniendo de relieve las principales cuestiones sujetas a debate.

a).- El Ararteko, en la ponencia presentada el 11 de junio de 2008 en la Universidad Carlos III de Madrid, titulada “El Ararteko ante la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” da a conocer su postura sobre cuál debe ser el modelo de Mecanismo Nacional de Prevención.

El Defensor del Pueblo Vasco opta por un mecanismo de nueva creación, constituido por personas de acreditada seriedad en el

desempeño de su labor de investigación y denuncia de las vulneraciones de derechos en esos ámbitos. Se plantea un órgano piramidal, que responda a la estructura del Estado. En este sentido, se creará un órgano a nivel estatal que *“se integre en red con otros de proyección autonómica”* que también deberán de ser de nueva creación. El Ararteko indica que la delimitación de las competencias respectivas de cada órgano puede seguir los mismos criterios que rigen para estas cuestiones en el caso de las Defensorías del Pueblo Autonómico y Estatal. Con esta propuesta *“descentralizada”* se pretende facilitar la participación de la sociedad civil tanto a nivel autonómico como estatal, de forma diversa e independiente.

b) En el 5 de marzo de 2007 el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco, Ignacio Muñagorri Lagua a solicitud del Director de Derechos Humanos del Gobierno Vasco presenta el documento titulado *“Informe sobre la aplicación en Euskadi del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 77ª sesión plenaria de 18 de diciembre de 2002”*. El Profesor Muñagorri coincide en la elección de un *“mecanismos de nueva creación”* y con los argumentos esgrimidos por el Ararteko, el CAT y otros. Comparte con ellos que, esta opción otorgará al nuevo mecanismo total independencia de los poderes públicos, requisito indispensable que deberá primar tanto en el procedimiento de su creación, en la elección de sus miembros, desarrollo de sus competencias y funcionamiento.

Dice Muñagorri que con base al artículo 18.1 del Protocolo Facultativo, Euskadi está facultada para dotarse de un *“Mecanismo Propio de Prevención de la Tortura”* y el Estatuto de Autonomía⁴³⁰ también le legitima para ello, ofreciendo esta opción mayores garantías de proximidad y eficacia en la prevención de esas prácticas. En todo caso, el

⁴³⁰ Se hace referencia al ámbito competencial de la CAPV recogido en el Estatuto de Autonomía, citando los siguientes artículos de ese texto legal: Artículo 10.12. 13 y 14; Artículo 12; Artículo 16.1; Artículo 17.1; Artículo 18.1 y 4; Artículo 20.1.3 y 6

Mecanismo vasco deberá desarrollar su labor de forma coordinada con el Mecanismo estatal.

Se evidencia un problema en la función del Mecanismo Vasco de Prevención derivada de la limitación territorial de su competencia que afectaría a los ciudadanos vascos que cumplen condena en otras Comunidades Autónomas, quedando estos fuera de su tutela. Esta cuestión es especialmente sensible para el grupo de reclusos que por la aplicación de la política antiterrorista, en concreto *la dispersión*, se encuentran privados de libertad en centros penitenciarios de otras comunidades autónomas y quedarían fuera de esta tutela. Piénsese que la actividad de este órgano se circunscribirá al territorio Vasco, no pudiendo realizar visitas a otros centros situados fuera de ella. Para salvar este obstáculo, se propone que el Mecanismo Nacional de Prevención sea un órgano federal que permita la participación de miembros electos de todos los territorios del Estado en el.

c) El Sindic de Greuges de Catalunya presentó su propuesta⁴³¹ para asumir las facultades de Mecanismo Nacional de Prevención en Cataluña en mayo del 2007, proponiendo un modelo múltiple denominado "red de ombudsman españoles" que respete la descentralización, el reparto de competencias y la participación de la sociedad civil. El Sindic comparte con el Ararteko el diseño en red, es decir un órgano a nivel de todo el Estado y la designación en cada Comunidad Autónoma de otro Mecanismo Nacional de Prevención, llamémosle autonómico, que conjuntamente desempeñaran su labor.

Sin embargo, el Sindic, en contraposición al planteamiento realizado por el Ararteko, defiende que no es necesario la creación de órganos nuevos, sino que serán las defensorías de los pueblos, tanto a nivel autonómico como estatal, las encargadas de llevar a cabo esa labor, pero trabajando todos ellos de forma coordinada, respetando el marco

⁴³¹ [Propuesta de MNP \(Síndic de Greuges de Catalunya\)](#)

competencial vigente, y en colaboración para cumplir de la forma más eficaz sus mandatos.

La justificación de esta opción, en palabras del Sindic, está fundada en *“Su condición como órganos encargados de la defensa de los derechos de las personas, su independencia y su experiencia en la tramitación de quejas y problemáticas relativas a la vulneración de los derechos de las personas privadas de la libertad (que incluye la práctica de visitas in situ) son los elementos que apoyan esta convicción”*.

d) En contraste con la anterior, se presenta la “Propuesta de la Coordinadora Catalana per a la Prevenció de la Tortura⁴³² para la Implementación de un Mecanismo de Prevención de la Tortura en Catalunya de acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”. Esta organización defiende la instauración de un Mecanismo Nacional de Prevención en Cataluña pero de nueva creación, que trabajará en coordinación con el Mecanismo de ámbito estatal. Sobre este último, no hace referencia expresa a la necesidad de crear un órgano nuevo, pero las razones que fundamentan la exigencia de este requisito para el mecanismo catalán son plenamente aplicables al de ámbito estatal. La Coordinadora catalana defiende el “valor agregado” que ello conlleva al garantizar una efectiva independencia de los poderes públicos, en contraposición a lo que puede suceder con un órgano ya creado.

El texto de esta propuesta no se decanta por qué tipo de estructura debe de adoptar el Mecanismo Nacional de Prevención Catalán (ONG, Comisión, etc.) pero sobre su composición indica que debe ser un equipo de carácter multidisciplinar, integrado por juristas, médicos, forenses, psiquiatras y psicólogos, trabajadores sociales, especialistas en derechos humanos, especialistas en sistemas penitenciarios y policiales, así como representantes de ONGs, todos ellos con capacidad y conocimientos

⁴³² Organización no gubernamental. <http://www.apr.ch/npm/eca/Spain1.pdf>

probados en sus respectivas materias y con experiencia en la defensa de los derechos humanos.

En definitiva, esta propuesta es muy similar a la realizada por el Ararteko, discrepando al igual que esa con la realizada por el Sindic en la necesidad de la creación de un órgano nuevo. Si bien, los tres tienen en común la defensa de un sistema en red que respete el actual marco competencial existente entre gobierno central y autonómicos.

e) Por su relevancia, al representar a más de 40 organizaciones de todo el Estado, citaremos la "Propuesta de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura. "Implementación de un Mecanismo de Prevención de la Tortura en el Estado Español de acuerdo con el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes". Este texto no difiere en nada del contenido del anteriormente citado⁴³³, si bien se centra en el desarrollo del Mecanismo Nacional de Prevención de ámbito estatal.

Recapitulando, el marco jurídico sobre el que se basan las cinco propuestas descritas será el reparto competencial existente entre el gobierno central y los gobiernos autonómicos con base en la Constitución Española y los respectivos Estatutos de Autonomía, en relación principalmente a la facultad de vigilancia y control de establecimientos donde se hallen personas privadas de libertad. En aras a garantizar este estado de las cosas, se defiende la instauración de Mecanismos Nacionales de Prevención en red, coexistiendo órganos de ámbito autonómico con un órgano estatal, actuando cada uno en su jurisdicción. Por ejemplo, en el caso de Catalunya serán los lugares de detención de la policía autonómica y las prisiones⁴³⁴ los visitados por el mecanismo autonómico, por lo contrario, en los supuestos de las comisarías de la policía nacional y

⁴³³ <http://www.apr.ch/npm/eca/Spain2.pdf>

⁴³⁴ Recordemos que en el caso de Catalunya la competencia de prisiones esta transferida al contrario de lo que sucede en el País Vasco.

centros de extranjería, pese a estar situados en territorio catalán las visitas serían realizadas por el mecanismo estatal.

Las divergencias surgen principalmente sobre dos cuestiones: la primera la necesidad de crear órganos nuevos que garanticen la independencia funcional del mecanismo de prevención, con excepción de la propuestas de el Sindic quien plante su candidatura como Mecanismo Nacional de Prevención catalán. En segundo lugar, la composición del mecanismo estatal, planteando la necesidad de recoger en su estructura la participación de las comunidades autónomas.

Opción elegida y controversia

El 14 de marzo de 2007, el Defensor del Pueblo presenta su propuesta postulándose como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. En ese documento, defiende su capacidad para desempeñar el mandato preventivo encargado por el Protocolo Facultativo con base al artículo 54 de la Constitución Española⁴³⁵, lo que le legitima como única institución no jurisdiccional con la misión específica de proteger esos derechos y libertades fundamentales, pudiendo supervisar con este fin la actividad de la Administración.

La propuesta defiende un único organismo ya existente, lo que garantizaría la puesta en funcionamiento, sin demora, del mecanismo de prevención. Asimismo, evitaría un gran número de problemas que a su juicio se producirían si se optara por alguna de las otras opciones propuestas, señalando entre ellas *“La ausencia de entidades de la sociedad*

⁴³⁵ Constitución Española:
Artículo 54

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

civil que aúnen su especialización en estas materias con una presencia significativa en todo el territorio nacional. Ello implicaría la necesidad de encomendar esta responsabilidad a varias de ellas.” Con base en los mismos argumentos, también descarta la creación de un organismo mixto, integrado por entidades sociales, expertos a título individual, instituciones públicas y Defensores del Pueblo.

Sin embargo, propone la articulación de un sistema de colaboración con las figuras análogas existentes en las Comunidades Autónomas que permita aumentar el número de visitas y multiplicar los recursos materiales y personales. Propuesta nada innovadora, recordemos que esta forma la cooperación se viene desarrollando con las defensorías. También prevé la posibilidad de establecer convenios de colaboración con Comisionados Parlamentarios Autónomos, organismos colegiales y otros entes, que permitan disponer de acreditados especialistas en materias específicas necesarias para desempeñar el nuevo mandato.

En referencia a la participación de las organizaciones no gubernamentales en el funcionamiento del Mecanismo Nacional de Prevención, se propone la creación del “Consejo Asesor para la Prevención de la Tortura”, cuya función será asesorar al mecanismo. El Consejo podrá realizar propuestas de actuación y analizará la información periódica que el Mecanismo le facilite sobre la situación de la prevención de la tortura en España.

Finalmente, para realizar esta nueva función, el Defensor del Pueblo propone crear un nuevo departamento integrado en el organigrama de su institución que se denominará “Área para la prevención de la tortura”. Entre sus funciones se encontrarán: la organización del calendario de las visitas, conformar los equipos encargados de éstas o realizar el seguimiento de las resoluciones.

En resumen, la propuesta del Defensor del Pueblo defiende como opción más viable designar a un órgano ya existente para desempeñar la función de Mecanismo Nacional de Prevención. Sobre este argumento se postula como institución más adecuada para llevar a cabo este mandato, destacando su experiencia en la materia e independencia funcional. Hace hincapié en que con esta opción no sería necesario realizar una compleja modificación legal en aras de la habilitación de un nuevo órgano y que el desempeño de esta nueva función no desvirtuaría la hasta ese momento realizada por él.

En opinión del Defensor del Pueblo, la interpretación del artículo 20 del Protocolo Facultativo sobre las facultades que deben tener los Mecanismos Nacionales de Prevención, se opondría a la designación de una pluralidad de mecanismos que realizaran su labor sobre la base de una distribución competencial, porque ello plantearía graves problemas a la hora de proceder a realizar las visitas a todos los lugares de detención. Por el contrario, afirma que el Defensor del Pueblo detenta plenitud competencial sobre todo el territorio, evitando su designación conflictos en el reparto de lugares de visita.

Finalmente, el gobierno español respalda por completo esta propuesta que será aprobada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre de Justicia, que en cumplimiento de su artículo 3, introduce la siguiente modificación en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo:

"Se añade una nueva Disposición Final Única a la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

«Disposición Final Única. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Primero. El Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Segundo. Se crea un Consejo Asesor como órgano de cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del Mecanismo Nacional de Prevención, que será presidido por el Adjunto en el que el Defensor del Pueblo delegue las funciones previstas en esta disposición. El Reglamento determinará su estructura, composición y funcionamiento»."

De esta forma, será designado Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura el Defensor del Pueblo. Contrariamente a las propuestas citadas anteriormente, será un mecanismo ya existente, único y con competencia para actuar en todo el Estado el encargado de realizar el monitoreo de los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad. El Defensor del Pueblo, en la medida que estime oportuno, podrá recabar la colaboración de otras defensorías para el desarrollo de su nuevo mandato. Sin embargo, no se contará con los representantes de la sociedad civil para llevar a cabo las visitas, relegando su participación a una función meramente asesora por medio de su participación en el "Consejo Asesor para la Prevención de la Tortura".

Este nombramiento desató la indignación de las ONGs, apartadas del procedimiento de elección. En enero de 2010, Amnistía Internacional, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Asociación Pro Derechos Humanos de España, Coordinadora para la Prevención de la Tortura presentan un comunicado⁴³⁶ conjunto con duras críticas hacia el gobierno, sus conclusiones serán las siguientes:

"En consecuencia, las Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos afirmamos que el MNP creado de esa manera no cumple las recomendaciones internacionales en la materia puesto que:

⁴³⁶ <http://www.prevenciontortura.org/general/ante-la-reciente-designacion-del-defensor-del-pueblo-como-mecanismo-nacional-de-prevencion-de-la-tortura/>

- *en su creación, no ha existido un diálogo permanente y transparente con la sociedad civil;*
- *al estar incluido dentro de la estructura de otra institución del Estado, no se garantiza su independencia funcional del Mecanismo, ni dispondrá de recursos y financiación propios y diferenciados;*
- *al estar dentro de la estructura del Defensor del Pueblo, la amplitud de su mandato podría hacer que pasara desapercibida la función de prevención del mecanismo, basado en las visitas periódicas y que requieren alto grado de especialización.*
- *y, si bien su creación ha sido decidida por Ley, será un Reglamento el que determinará su estructura, composición y funcionamiento, por lo que quedará en manos de la propia Oficina del Defensor del Pueblo.*

En conclusión, entendemos que este comportamiento gubernamental es incompatible con los principios de democracia, transparencia, participación e inclusión que deberían haber guiado el proceso de establecimiento y designación del MNP. Se ha perdido pues una ocasión para trabajar juntos por la erradicación de la tortura y los malos tratos en España."

Sobre la labor realizada hasta el momento, apuntar el hecho de que los informes realizados por el Mecanismo Nacional de Prevención, es decir, el Defensor del Pueblo, son utilizados por el gobierno para defender la aplicación de la "detención incomunicada" y en concreto la supresión del derecho a designar abogado de confianza, frente a las reiteradas peticiones de organismos como el Comité contra la Tortura de Naciones

Unidas que le instan a su eliminación. Un ejemplo de ello lo encontramos en la información complementaria proporcionada en 2012⁴³⁷

“c) El propio Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, en su informe de 2010, reconoce que este régimen encuentra su justificación al impedir que la organización criminal —que puede contar con una capacidad de acción notable a través de familiares, amigos, abogados, etc.— pueda ejercer presión sobre el detenido para que éste dificulte la investigación o incluso coaccionarlo si decide colaborar.”

3.3.- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

En 1988 la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 43/173, de 9 de diciembre, aprueba el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. El objetivo de este texto será proporcionar una base mínima para la protección de las personas que se encuentren bajo estas circunstancias, garantizando un trato humano y digno. Las relaciones especiales de poder que se desarrollan en el interior de estos centros de detención e internamiento pueden propiciar con facilidad vulneraciones de derechos humanos, es por ello que se muestra necesario la promoción y protección de las garantías que asisten a estas personas⁴³⁸.

⁴³⁷ Información de seguimiento complementario de España a las observaciones finales del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5), publicada el 23 de abril de 2012

⁴³⁸ El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General nº21, señala la necesidad del cumplimiento de esta norma para respetar el contenido del artículo 10 del Pacto. El Comité, en referencia a este y otros dos textos de gran valía, dice lo siguiente:

5. Se invita a los Estados Partes a indicar en sus informes si aplican las normas pertinentes de las Naciones Unidas relativas al tratamiento de los detenidos, es decir, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1957), el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988), el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1978) y los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1982).

Hasta ese momento (1988), estos derechos y garantías se encontraban recogidos de forma no unitaria en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que propiciaba la confusión y facilitaba la omisión de su cumplimiento. La labor principal del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Conjunto de Principios fue su agrupación en un solo texto, lo que permitía el reconocimiento expreso a todas las personas privadas de libertad de un conjunto de derechos tan fundamentales como los siguientes: el derecho a la vida, la seguridad, la prohibición de la tortura y los malos tratos o el derecho a la igualdad ante la ley, así como un trato digno y humanitario⁴³⁹.

Destacan como textos importantes para su elaboración, la aprobación en 1975 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos y Degradantes, así como la elaboración del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁴⁴⁰ de 1979, y la posterior Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984⁴⁴¹.

Recordemos que la detención, en sí misma, no es una práctica que vulnera los derechos humanos, sin embargo, se muestra necesario definir muy bien sus límites para que no se convierta en una herramienta perversa y vulneradora de los derechos de las personas. Con este objetivo se recoge en un único instrumento una serie de derechos destinados a la protección de personas legalmente sometidas a privación de libertad y, por lo tanto, expuestas a una situación de vulnerabilidad.

⁴³⁹MORILLO, *Derechos de las personas privadas de libertad. Marco teórico – metodológico básico*, pág. 57

⁴⁴⁰Aprobado por Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979

⁴⁴¹La Convención contra la tortura se aprobará a medio camino del establecimiento de un grupo de trabajo para la elaboración de los Principios según Resolución 35/117, de 15 de diciembre de 1980 y cuya labor finalizó, recordemos, en 1988.

Es importante hacer hincapié en el significado de los términos utilizados, como por ejemplo cuando nos referimos a la "limitación" del derecho a la libertad y no la "supresión" de este. Haciendo un inciso, recordemos que el contenido del derecho a la libertad no es afectado en todas sus dimensiones por la detención. La libertad de la persona tiene diferentes manifestaciones, como puede ser la de movimiento, la de residencia, la de pensamiento. Algunas de estas dimensiones se ven anuladas de forma temporal en la aplicación de las medidas citadas – detención y prisión- pero sin embargo otras siguen plenamente vigentes, como puede ser la libertad de pensamiento.

Al iniciar la lectura de los Principios, nos encontramos con un apartado destinado a recoger las definiciones de los términos posteriormente empleados, apartado incluido con carácter previo a modo de explicación que a todas luces se presenta necesario para diferenciar entre las diferentes modalidades de privación de libertad. De esta forma, el texto divide en dos grupos las personas destinatarias de su contenido, por un lado las detenidos y por otro las presas. Se entenderá por persona detenida la que se encuentre privada de libertad personal siempre que no sea como consecuencia de una condena por la comisión de un delito⁴⁴². La no confirmación de la culpabilidad del sujeto será un dato diferenciador importante que será tenido en cuenta posteriormente en el desarrollo de los principios, como por ejemplo sucede en el principio número 8, donde se pide un trato apropiado para las personas detenidas en su condición de no condenadas, manteniéndolas en lugares separados de las sentenciadas⁴⁴³.

Por el contrario, y siguiendo con las definiciones ofrecidas por el Conjunto de Principios, las personas presas serán las privadas de libertad

⁴⁴² "b) Por "persona detenida" se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de delito"

⁴⁴³ Ver también la Guía del Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Índice AI: IOR 52/04/89/s, publicado por Amnistía Internacional en agosto de 1989

en aplicación de una sentencia condenatoria⁴⁴⁴. Se establece de esta forma como característica única que diferencia a ambos grupos la finalización del proceso judicial con la existencia y aplicación de una sentencia condenatoria firme que justifica la supresión de la libertad personal. Por lo tanto, dentro del grupo de personas detenidas se deberán incluir las personas aprehendidas por los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado en relación a la presunta comisión de un delito, las que se encuentran bajo la tutela de la administración penitenciaria a espera de juicio, pero también las internadas en instituciones de salud mental o las privadas de libertad por resolución administrativa como es el caso de los denominados inmigrantes ilegales.

En conclusión, podemos entender que los Principios serán de aplicación a diferentes formas de detención que tengan como resultado la privación de libertad del sujeto sea como consecuencia o no de la presunta comisión de un delito.

También se aclara el significado de otros términos que propician la confusión, es el caso del "arresto" definido como el acto de aprehender a una persona por la supuesta comisión de un delito o por el ejercicio de un acto de autoridad⁴⁴⁵. Y también "la detención" que hará referencia a la condición que ostenta la persona detenida⁴⁴⁶. Sin embargo el apartado destinado al ámbito de aplicación del conjunto de principios establece como objeto de los mismos la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Frente a la limitación del derecho a la libertad personal al que se ven sometidas las personas detenidas y presas, el texto pone en valor los

⁴⁴⁴ "c) Por "persona presa" se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito"

⁴⁴⁵ "a) Por "arresto" se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad"

⁴⁴⁶ "d) Por "detención" se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define supra"

derechos que no son anulados y también los específicos de aplicación a personas que se encuentran en estas situaciones. Los Estados, principio 7, tienen la obligación de prohibir por ley cualquier acto contrario a los derechos y deberes enunciados en el Conjunto de principios, sancionando e investigando su incumplimiento⁴⁴⁷. Esta última cuestión será abordada más adelante cuando analicemos el derecho a la asistencia de abogado de elección propia y las limitaciones impuestas por las legislaciones de los estados⁴⁴⁸

El texto parte de la reivindicación de un trato humanitario y de respeto a la dignidad inherente a todo ser humano para, a continuación, garantizar la aplicación del principio de legalidad en cuanto a la infracción cometida y a las atribuciones de la autoridad ejecutante de la detención y ejecución de estas medidas por funcionario competente o persona autorizada. Se suman a estos principios, el de no discriminación y el de presunción de inocencia.

Entre los derechos expresamente recogidos, señalamos los siguientes: la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes – Principio 6-, el derecho de defensa, el de información, la asistencia de letrado, el derecho a un intérprete, el de visita, el de no declarar o a ser examinada por un médico. El documento recopilatorio elaborado por Naciones Unidas en 2016, añade a pie de página una nota explicativa sobre la interpretación que se debe realizar del principio 6 que *“La expresión “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” debe interpretarse de manera que abarque la más amplia protección posible contra todo tipo de abusos, ya sean físicos o mentales, incluido el de mantener al preso o detenido en condiciones que lo priven,*

⁴⁴⁷ Principio 7.1. *“Los Estados deberán prohibir por ley todo acto contrario a los derechos y deberes que se enuncian en los presentes principios, someter todos esos actos a las sanciones procedentes y realizar investigaciones imparciales de las denuncias al respecto”.*

⁴⁴⁸ Principio 17.2 y su relación con el principio 7 citado y la incomunicación en la legislación española.

*temporal o permanentemente, del uso de uno de sus sentidos, como la vista o la audición, o de su conciencia del lugar o del transcurso del tiempo*⁴⁴⁹

Sin embargo, sorprende la aceptación de la aplicación de la incomunicación, prevista con limitaciones y la forma en que se redacta ésta. En efecto, el contenido del Principio 15 dice lo siguiente: *“A reserva de las excepciones consignadas en el párrafo 4 del principio 16 y el párrafo 3 del principio 18, no se mantendrá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o su abogado, por más de algunos días”*.⁴⁵⁰

Veamos que dicen los citados preceptos:

Principio 16, en referencia al derecho que asiste a la persona detenida o presa de notificar su arresto o traslado a un familiar u otra persona designada o en su caso oficina consular, se establece la siguiente limitación: *“4. La autoridad competente hará o permitirá que se hagan sin demora las notificaciones a que se hace referencia en el presente principio. Sin embargo, la autoridad competente podrá retrasar una notificación por un período razonable en los casos en que las necesidades excepcionales de la investigación así lo requieran.”*

Principio 18: *“3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin*

⁴⁴⁹ ONUDC, *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Edit. Naciones Unidas, New York, 2016, pág. 45.
https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/S_Ebook.pdf

⁴⁵⁰ Guía del Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Índice AI: IOR 52/04/89/s, publicado por Amnistía Internacional en agosto de 1989, pág. Apartado 6.El derecho a asistencia letrada

demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.”

Decimos que nos sorprende la tolerancia del Conjunto de Principios sobre la aplicación de la detención incomunicada, si bien con restricciones, porque ya en 1982 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en los comentarios generales emitidos por este órgano en referencia al artículo 7 de prohibición de la tortura, indica que los Estados deben adoptar disposiciones en contra de la detención bajo régimen de incomunicación⁴⁵¹.

Como venimos diciendo y veremos más adelante en referencia al caso español, la detención es una medida excepcional a la que cabe sumar otras excepciones como en este caso la aplicación de la incomunicación, y también como se prevé en la legislación española, la prórroga excepcional del periodo de detención, fenómeno este al que MUÑAGORRI denomina la excepcionalidad acumulada⁴⁵².

En este sentido, la introducción y respaldo que el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión concede a la aplicación de la incomunicación, aun estableciendo limitaciones, contradice de forma radical la estrategia

⁴⁵¹ ONU. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Observación General No. 20* (1992). Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes (artículo 7). Sustituye a la Observación General No. 7 (1982). Párrafo. 2.

⁴⁵²MUÑAGORRI, “Informe sobre la aplicación en Euskadi del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 77ª sesión plenaria de 18 de diciembre de 2002”. Documento elaborado por el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco, Ignacio Muñagorri, a solicitud del Director de Derechos Humanos del Gobierno Vasco y presentado públicamente el 5 de marzo de 2007

diseñada por Naciones Unidas en su lucha por la erradicación de la tortura y los malos tratos y su prevención. En efecto, desde El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la creación de su Comité de Derechos Humanos, con facultas para la redacción de informes, denuncias de los Estados Parte y denuncias de interesados en virtud de su protocolo facultativo. El posterior Comité contra la Tortura creado en virtud del Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, disponiendo, además de los mecanismos citados anteriormente, de la facultad de realizar visitas a los Estados Parte denunciados por ejercer la tortura.

Sin embargo, a nuestro juicio, son este tipo de contradicciones las que han venido propiciando que los resultados no sean los deseados, necesitando adoptar nuevas formulas que permitan erradicar la tortura. Lejos del reconocimiento convencional de la prohibición de la incomunicación, a todas luces inviable por no aceptarlo los Estados firmantes, se ha puesto énfasis en la prevención como formula novedosa. Como resultado de esta estrategia se redactó El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 18 de diciembre de 2002. Se introduce un sistema de visitas a los lugares de detención, con una función de control interno pero no de denuncia, introduciendo para ello un nuevo órgano, denominado los Mecanismos Nacionales de Prevención, cuya elección será decidida por el Estado.

3.4.- Síntesis

El tratamiento destinado a la tortura y otros malos tratos por los textos convencionales emanados de las Naciones Unidas ha evolucionado en aras a lograr una mayor eficacia en la lucha contra estas prácticas, destacando fundamentalmente dos aspectos:

a) Se produce una especialización progresiva de la materia de los tratados. En efecto, tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, recogen en su articulado la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanas y degradantes, pero en ambos casos se regulan junto con otros derechos. Posteriormente, en 1984, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se dedicará en exclusiva a la regulación de la prohibición de estas prácticas, en aras de lograr una mayor eficacia en su tratamiento.

b) Se introducen mecanismos de control del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea el Comité de Derechos Humanos, órgano facultado para controlar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte. Para llevar a cabo su función podrá utilizar diferentes herramientas (redacción de informes, denuncias de los Estados Parte y denuncias de interesados en virtud de su protocolo facultativo). En este mismo sentido, el Comité contra la Tortura creado en virtud del Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, realizará también una labor de control disponiendo, además de los mecanismos citados anteriormente, de la facultad de realizar visitas a los Estados Parte denunciados por ejercer la tortura. De esta forma, nos encontramos en ambos casos con Comités de control y denuncia del Estado que incumpla las obligaciones contenidas en ambos textos convencionales.

Sin embargo, el fracaso de los mecanismos empleados hasta ese momento -consistentes en el control y la denuncia-, provocó un cambio de estrategia con el impulso de la prevención como fórmula distinta para alcanzar el objetivo propuesto. Se redactará El Protocolo Facultativo de la

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 18 de diciembre de 2002 que introducirá un sistema de visitas a los lugares de detención, creando para ese mandato dos órganos nuevos, el Subcomité y los Mecanismos Nacionales de Prevención.

El Protocolo Facultativo opta por un sistema de visitas sin necesidad de denuncia previa de vulneración de derechos, basado en el monitoreo de los lugares donde se encuentren las personas privadas de libertad. Este mecanismo tiene como objetivo fortalecer la protección de los detenidos y se asienta sobre el principio de cooperación y diálogo entre el Estado Parte y los órganos creados por el Protocolo. Así mismo, junto con la cooperación, se destaca la necesidad de proporcionar asistencia técnica internacional como herramienta fundamental para la mejora de las condiciones en las prisiones y otros centros de detención.

La creación por parte del Protocolo Facultativo de dos nuevos órganos, ambos con facultad para realizar visitas pero con diferencias en su ámbito territorial de actuación, el primero internacional o Subcomité y el segundo nacional o Mecanismo Nacional de Prevención, introduce dos niveles diferenciados de prevención:

- El primero, Subcomité, se presenta como el órgano principal del Protocolo Facultativo, podrá realizar visitas a cualquier Estado Parte, obteniendo una perspectiva general de la situación de la prevención de la tortura. Así mismo, desempeñará una labor de asesoramiento a los Mecanismos Nacionales de Prevención, respondiendo a las cuestiones y problemas planteados por estos.
- En segundo lugar, los Mecanismos Nacionales de Prevención, por su propia naturaleza y presencia constante en el Estado Parte, podrán llevar a cabo una labor más intensa de monitoreo que les proporcionará un mayor grado de conocimiento de los obstáculos existentes en ese territorio.

Ambos órganos deben desempeñar su labor en total colaboración y compartiendo la información necesaria para lograr mayores cotas de eficacia.

Desde los inicios de la redacción del Protocolo Facultativo, se invitó a los gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales para que presentasen sus observaciones y pudieran participar en las actividades del Grupo de Trabajo. Con este procedimiento se buscaba dotar al proyecto de un mayor consenso desde sus inicios.

Pese a que la participación de la sociedad civil se encuentra implícita en el espíritu del texto convencional, lo cierto es que éste no le otorga de forma expresa protagonismo alguno que garantice su participación en la elección de los miembros del Subcomité, ni tampoco en la elección o diseño del Mecanismo Nacional de Prevención. Serán los Estados en ambos casos los que tendrán libertad para elegir. La sociedad civil depende de la voluntad del Estado, lo que por ejemplo en el caso de España ha generado fuertes enfrentamientos entre el gobierno y las ONGs que trabajan en la defensa de los derechos humanos, al ser estas últimas excluidas del proceso de elección en ambos casos.

Así fue, el desencuentro entre las diferentes propuestas presentadas por diversos organismos públicos y privados (pese a no ser requerida su participación) y el planteamiento oficial fue radical. Los proyectos de los independientes se desarrollaban sobre la base del reparto competencial existente entre el gobierno central y los gobiernos autonómicos, y con respeto a la Constitución Española y los respectivos Estatutos de Autonomía. Las coincidencias apuntaban a la creación de mecanismos de ámbito autonómico que trabajaran en colaboración y coordinados con el mecanismo de ámbito estatal, denominando este sistema "mecanismo en red".

Finalmente el Estado impuso su elección y nombró al Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención como único organismo competencia para desarrollar su nuevo mandato en todo el territorio del Estado.

En mi opinión, esta forma de proceder es contraproducente con el objetivo propuesto con la redacción del Protocolo Facultativo. No olvidemos que la capacidad del Subcomité y de los Mecanismos Nacionales de Prevención para entablar un diálogo sincero con las autoridades competentes será fundamental, de ello dependerá la implementación de los cambios necesarios que contribuyan al cumplimiento de la Convención. Pero también es importante para el Subcomité y el Mecanismo Nacional de Prevención contar con la aprobación y colaboración de las ONGs y otros entes que trabajan sobre el terreno. Decimos que es importante si el objetivo de los órganos del Protocolo es desarrollar su labor de forma eficaz y partiendo de una visión completa de la problemática, no olvidemos que la experiencia de estas entidades es fundamental. Por lo tanto, se debe crear una relación de confianza entre las partes –mecanismos de prevención y ONGs y otros entes- que permita de forma fluida contribuir a la mejora de las condiciones de los detenidos. Como señalamos supra, esto no se ha producido en el caso español.

4.- Ámbito Regional Europeo

4.1.- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950⁴⁵³.

El sistema Europeo de protección de los derechos humanos tiene como pieza fundamental este Convenio. Elaborado en el seno del Consejo de Europa su finalidad será favorecer la unión entre sus miembros sobre la base de la protección y el avance en el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴⁵⁴. Para ello, recogerá en su articulado todos los derechos y libertades que deben ser garantizadas a las personas sujetas a su jurisdicción, independientemente de la nacionalidad de los mismos⁴⁵⁵.

4.1.1.- Artículo 3 del Convenio

La prohibición de la tortura y otras formas de trato vejatorio⁴⁵⁶ vienen recogidas en el artículo 3 del Convenio con una redacción simple y exenta de definiciones, que reza con el siguiente contenido *“Nadie podrá ser sometido a tortura ni penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

⁴⁵³ Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, no será de aplicación hasta 1953. Será objeto de posteriores modificaciones, recogidas de esta forma en el texto editado por El Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

“El texto del Convenio fue anteriormente modificado por las disposiciones del Protocolo nº 3 (STE no 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, del Protocolo no 5 (STE no 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del Protocolo no 8 (STE no 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990. Incluía asimismo el texto del Protocolo no 2 (STE no 4) que, de conformidad con su artículo 5 párrafo 3, formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo no 11 (STE no 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998. Desde esa fecha, el Protocolo no 9 (STE no 140), que entró en vigor el 1 de octubre de 1994, quedó derogado y el Protocolo nº 10 (STE nº 146) quedó sin objeto. El texto del Convenio se presenta tal y como ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo nº 14 (STCE nº 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010”

http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

⁴⁵⁴ El objetivo de este texto convencional bien recogida en el párrafo tercero del Convenio

⁴⁵⁶ Expresión utilizada por la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) para referirse a otras penas o tratos crueles inhumanos y degradantes.

Consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas y formará parte del “núcleo duro” del sistema de garantías europeo. Su valor se ve reforzado por el artículo 15 que recoge su inderogabilidad bajo ninguna circunstancia⁴⁵⁷. Para suplir la falta de desarrollo conceptual del artículo 3, los órganos judiciales europeos encargados de la interpretación y cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados vendrá elaborado un grueso cuerpo jurisprudencial.

Como sucediera con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su artículo 7, veremos cómo los conceptos de tortura, trato inhumano y degradante son construidos por las interpretaciones de los órganos judiciales europeos de protección de los derechos humanos - La Comisión de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵⁸ – estos a su vez se inspiran e inspiran a otros órganos judiciales universales y regionales. Recordemos que en la esfera internacional hasta la Declaración contra la tortura de 1975 y posteriormente la Convención contra la tortura de 1984 tampoco existía una definición consensuada que pudiera ser aceptada también en Europa⁴⁵⁹. En esa labor, son de destacar el Caso Griego de 1969⁴⁶⁰ y el Caso Irlanda contra el Reino Unido de 1978.

⁴⁵⁷ Artículo 15 del Convenio. Derogación en caso de excepción.

“(…)

2.La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.”

⁴⁵⁸ Regulado en los artículos 19 a 51 del Convenio

⁴⁵⁹ Asimismo debe recordarse que serán las resoluciones de los órganos convencionales, entre ellos el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo y la Comisión, los que influyan en la elaboración de la definición recogida en la Declaración contra la Tortura de 1975 y posteriormente en la Convención contra la tortura de 1984.

⁴⁶⁰ *Yearbook of the European Convention on Human Rights, The European Commission and European Court of Human Rights, The Greek Case, 1969*, by Martinus Nijhoff, The Hague, Netherlands, 1972, pág 186 y ss; También citado en *Guía de Jurisprudencia sobre la tortura y los malos tratos, Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, autora Debra Lonj, APT, Ginebra, 2002, pág.11 y ss; También en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, “Alcance del concepto de tortura”, autor Claudio Nash Rojas, Chile, 2009, pág. 595 y ss

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr34.pdf>

En el primer lugar, el Caso Griego, será la Comisión el órgano que entre a valorar determinadas conductas ejercidas por las fuerzas de seguridad griegas después del golpe de estado de 1967. La argumentación elaborada por el órgano convencional permitirá distinguir entre las tres conductas prohibidas por el artículo 3 del Convenio: "la tortura", los tratos o penas "inhumanos" y los "degradantes". La Comisión se inclinará por destacar como elemento relevante de la tortura la finalidad del acto, y no tanto su gravedad o la naturaleza de la misma, afirmando que la tortura *"tiene su propio objetivo, como puede ser la obtención de información o confesión, o bien infligir algún tipo de pena y suele tratarse en general de una forma agravada de trato inhumano"*. Sin embargo, esta postura ha ido cambiando con el tiempo y este elemento de "acción deliberada" ha perdido en tanto la escala de gravedad ha cobrado mayor relevancia como elemento diferenciador entre las tres prácticas⁴⁶¹.

Este cambio hacia el nivel de gravedad como marcador de la diferencia entre tortura y otros malos tratos se aplicará en el caso Irlanda contra el Reino Unido. En esta ocasión, será el Tribunal quien resolverá la diferencia entre ambas conductas atendiendo a la intensidad del sufrimiento ocasionado a la persona, sentenciando que la utilización de las cinco técnicas de interrogatorio descritas con anterioridad en este trabajo – Apartado 2 - no constituyen tortura, sino que deben ser encuadradas dentro de los supuestos de "tratos inhumanos".

Por lo tanto, la diferencia fundamental entre un trato inhumano o degradante y la tortura estará basada en una apreciación subjetiva como es la gravedad del dolor y del sufrimiento ocasionado a la víctima⁴⁶².

Con todo ello, y como acertadamente afirma LONJ, si bien es posible y obligado la distinción entre tortura, trato o pena inhumano y trato o pena degradante, lo cierto es que se muestra tarea complicada llegar a precisar

⁴⁶¹ LONJ, *Guía de Jurisprudencia sobre la tortura y los malos tratos, Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pág. 14

⁴⁶² DEBRA, *Guía de Jurisprudencia sobre la tortura y los malos tratos*, pág. 14

los elementos que las hacen diferentes. Esta razón es reconocida por el Tribunal y la Comisión, que han venido actuando de forma flexible, reconociendo que los valores y principios evolucionan y son cambiantes, reconociendo que ciertos actos que pueden no ser calificados como contrarios al artículo 3 del Convenio o como tortura lo pueden llegar a ser en un futuro⁴⁶³.

A continuación nos detendremos en la labor desarrollada por TEDH, para nuestro estudio será su jurisprudencia del un elemento de análisis fundamental al que dedicaremos la mayor parte de este apartado, principalmente la dictada a partir de 1994. Como decíamos, las resoluciones de este órgano judicial han venido estableciendo el contenido y alcance del Convenio y sus Protocolos, adecuando su aplicación en contextos diferentes y ante nuevas necesidades.

4.1.2.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Casos sobre España y la violación del artículo 3 del Convenio

Desde el inicio de su actividad en 1959, el TEDH estará sometido a importantes cambios, el más relevante se producirá en 1994 con la incorporación del Protocolo 11 y la reestructuración del mecanismo de control sustituyendo la Comisión y el Tribunal existente hasta entonces por un nuevo TEDH de carácter permanente⁴⁶⁴. A partir de entonces, las personas que sufran la violación de sus derechos estarán legitimadas activamente para recurrir a la jurisdicción del tribunal de forma directa. La legitimación pasiva corresponde en exclusiva al Estado, no pudiendo resolver este tribunal cuestiones entre particulares⁴⁶⁵. El Convenio

⁴⁶³ DEBRA, *Guía de Jurisprudencia sobre la tortura y los malos tratos*, Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, APT, Ginebra, 2002, pág. 43 y 44

⁴⁶⁴ Publicado en el BOE el 17 septiembre 1998

⁴⁶⁵ Artículo 34 del Convenio. Demandas individuales.

"El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una

encargará al Comité de Ministros del Consejo de Europa el seguimiento del cumplimiento de las sentencias dictadas por este órgano jurisdiccional, asegurando de esta forma la ejecución de estas⁴⁶⁶.

El Tribunal, en los supuestos torturas y otros tratos inhumanos y degradantes, reconoce que la protección del derecho a la integridad física y psíquica no se ciñe exclusivamente a la violación material del mismo, sino también a su dimensión formal, en cuanto que las autoridades responsables de la seguridad y bienestar de la persona custodiada deben proporcionar explicación sobre los daños sufridos por estas⁴⁶⁷. En consecuencia, en los supuestos en los que la autoría de la infracción no está identificada por la inactividad del Estado el derecho se reconocerá efectivamente violado en su aspecto formal⁴⁶⁸.

Por lo tanto, el Estado tiene una "obligación procedimental" que se traduce en el deber de investigar los casos en los que se sospeche se haya producido una violación de derechos. Esta investigación debe ser efectiva, es decir: de oficio, rápida, transparente, independiente y con participación de la víctima⁴⁶⁹. Como recuerda VIGANÒ, esta obligación es construida por el TEDH sin apenas apoyo en la letra del Convenio, al entender este órgano judicial que no disponiendo el denunciante de medios de investigación que pueda ejercer de forma autónoma y siendo el Estado el único que puede reconstruir los hechos, será también éste el obligado a realizar las diligencias precisas para aclarar lo sucedido⁴⁷⁰.

violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho."

⁴⁶⁶ Artículo 46.2 del Convenio

"Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución."

⁴⁶⁷ STEDH *Mac Cann vs. Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995; STEDH *Assenov. vs. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998;

⁴⁶⁸ LOPEZ GUERRA, "El sistema europeo de protección de derechos humanos" pág. 183

⁴⁶⁹ *McCann c. Reino Unido* (n. 18984/91), sentencia de 27 de noviembre de 1995

En las últimas décadas el TEDH ha condenado en nueve ocasiones a España por la violación del artículo 3 del Convenio, la primera sentencia en 2004 hasta la más reciente en 2016. Ocho de las demandas sentenciadas por el Tribunal resuelven casos de ciudadanos vasco-navarros que denunciaban haber sufrido torturas bajo el régimen de incomunicación en el marco de acciones policiales antiterroristas. Llegados a este punto, recordemos que diferentes organismos internacionales de defensa de los derechos humanos continúan mostrando su preocupación por las denuncias de torturas y malos tratos conocidas sobre España, y muy especialmente sobre la aplicación de la incomunicación y la lucha contra el terrorismo⁴⁷¹. Sumado a ello, no se pueden olvidar las tres condenas a España anteriormente señaladas - del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la tortura de Naciones Unidas- sobre torturas sufridas por personas de origen y en condiciones de detención similares a las sentenciadas por el TEDH.

A la luz de de estas resoluciones y las últimas sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional españoles, la Fundación Abogacía Española en un informe publicado recientemente llega a la conclusión de que las dudas y sospechas existentes sobre la utilización de esas prácticas que la sociedad española contemplaba en el imaginario popular, cobran mayor veracidad y fuerza ante las repetidas sentencias que así lo avalan⁴⁷².

A continuación se procederá a analizar los aspectos más relevantes de las resoluciones emitidas por el TEDH contra España por violación del Artículo 3 del Convenio y que tienen relación con el caso vasco.

⁴⁷⁰ VÌGANO, *Sobre las obligaciones de tutela penal de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del TEDH*, pág. 7

⁴⁷¹ Entre ellos, los más relevantes para nuestro trabajo: Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura Theo Van Boven sobre su visita a España en 2004; Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo Martin Scheinin sobre su visita a España en 2008; Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, informes realizados sobre España después de las visitas del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007, del 12 al 19 de septiembre de 2005, del 17 al 19 de enero de 1997, entre otras.

⁴⁷² FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA, *España ante la tortura y los malos tratos*. Informe Fundación Abogacía Española, Noviembre 2016, pág. 23

Sentencias del TEDH de condena a España por violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Como decíamos, son nueve las sentencias condenatorias contra España en estos supuestos, ocho de ellas en casos de detención incomunicada y uno de maltrato policial reiterado sin detención:

CASO	SENT TEDH	FECHA HECHOS	INC	CONDENA
MARTINEZ SALA, DAVID Y OTROS ⁴⁷³	02/11/2004	29/06/1992	SI	Violación del Art. 3 por ausencia de investigación
SAN ARGIMINO ISASA, MIKEL	28/09/2010	14/05/2002	SÍ	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal
BERISTAIN UKAR, ARITZ	08/03/2011	05/09/2002	SÍ	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal
BEAUTY SALOMON	24/07/2012	15- 21/07/2005	NO	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal y violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 3
OTAMENDI EGIGUREN, MARTXELO	16/10/2012	20/02/2003	SÍ	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal
ATAUN ROJO, OIHAN UNAI	07/10/2014	10/11/2008	SÍ	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal
ETXEBARRIA CABALLERO, BEATRIZ	07/10/2014	01/03/2011	SÍ	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal
ARRATIBEL GARTZIANDIA, JON PATXI	05/05/2015	18/01/2011	SÍ	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal
BEORTEGI MARTINEZ, XABIER	31/05/2016	18/01/2011	SÍ	Violación del Art. 3 en su vertiente procesal

⁴⁷³ David Martínez Sala, Esteve Comellas Grau, Jordi Bardina Vilardell, Eduard Pomar Perez, Eduard López Domenech, José Poveda Planas, Joan Rocamora Aguilera, Jaume Olivares Maristany, Xavier Ros González, Carles Buenaventura Cabanas, Guillem de Palleja Ferrer-Cajigal

Siete de los casos condenados sucedieron bajo el régimen de incomunicación y corresponden a personas detenidas acusadas de participar en actividades terroristas de ETA, con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Euskadi o Navarra. Las y los denunciantes alegan haber sufrido torturas y, asimismo la falta de investigación de esos hechos por parte de los órganos jurisdiccionales españoles. Continuando con el planteamiento realizado en el presente trabajo, procedemos a analizar ciertos de aspectos de interés recogidos en estos siete casos.

- a) Vertiente procesal del artículo 3. Las condenas de todos los casos señalados se refieren a la violación del citado precepto en su vertiente procesal. En efecto, la falta de investigación eficaz y eficiente de las alegaciones de torturas y malos tratos hace concluir al Tribunal con la violación por parte de España del artículo 3. En este sentido, cuando una persona de forma argumentada afirma que ha sido objeto de un trato inadecuado durante el periodo de privación de libertad, automáticamente se debe proceder a investigar los hechos, de forma oficial y efectiva, permitiendo esa labor la identificación de los responsables y su castigo. En caso contrario, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes contenida en el cuerpo del Convenio estaría vacía de contenido⁴⁷⁴.

El reproche que el Tribunal Europeo ha realizado a España, hasta en siete ocasiones, sanciona la falta de actividad investigadora de los jueces de instrucción con competencia para ello. Limitarse a examinar los informes forenses aportados como documental sin llevar a cabo más actividad probatoria⁴⁷⁵ o no escuchar de forma directa el relato del denunciante, son algunos de los ejemplos que

⁴⁷⁴ Otamendi Eiguren c. España (Demanda nº47303/08), Sentencia 16 de octubre de 2012, párr.38; Arratibel Garciandia c. España (Demanda nº58488/2013) Sentencia 5 de mayo de 2015, párr. 35 y 37; Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr. 43

⁴⁷⁵ Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.30

el Tribunal califica de inaceptables⁴⁷⁶. La labor de los jueces es afeada por el Tribunal ante la constatación de la falta de interés y las denegaciones a las pruebas propuestas por la acusación particular, a todas luces pertinentes ante denuncias tan graves, como pueden ser: la declaración en persona del denunciante, la identificación e interrogatorio de los policías participantes en la detención o la testifical del médico forense que procedió al examen de la o el detenido⁴⁷⁷. Incluso en los casos en que los informes forenses recogen alegaciones de torturas o malos tratos realizadas por la persona detenida y constatan lesiones, no es investigado adecuadamente⁴⁷⁸.

El Tribunal recrimina también la actitud de los magistrados de la Audiencia Nacional que, frente al relato de torturas y otros malos tratos realizados por las y los detenidos, no adoptan medida alguna, mostrando una pasividad absoluta⁴⁷⁹.

- b) La carga de la prueba. El tiempo que la persona permanece detenida se desarrolla en unas condiciones determinadas donde lo que suceda o gran parte de ello es conocido exclusivamente por las autoridades. Es por ello que cualquier lesión que se produzca en ese espacio de tiempo tiene una fuerte presunción de hecho.

⁴⁷⁶ Otamendi Egiguren c. España (Demanda nº47303/08), Sentencia 16 de octubre de 2012, párr. 40

⁴⁷⁷ Ataun Rojo c. España (Demanda nº3344/13) Sentencia 7 de octubre de 2014, párr. 36; Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.33;

Beortegi Martinez c. España (Demanda 36286/14) Sentencia 31 de mayo de 2016, párr. 45

⁴⁷⁸ Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.30; Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507/07), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr. 35 y 36, dice así:

35. (...) Posteriormente, el 11 de junio de 2002 el demandante denunció ante el Juez de instrucción de guardia de San Sebastián, haber sufrido malos tratos durante su detención y su arresto en Madrid, tales como golpes en la cabeza, sesiones de asfixia en las que colocaban una bolsa de plástico alrededor de su cabeza, humillaciones y vejaciones sexuales y amenazas de muerte y violación. Las alegaciones del demandante encontraban su fundamento en los informes de los médicos forenses que tenían en cuenta lesiones menores así como una costilla rota.

⁴⁷⁹ Otamendi Egiguren c. España (Demanda nº47303/08), Sentencia 16 de octubre de 2012, párr. 40; Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr. 30

El número tasado de actores intervinientes durante el periodo de arresto incomunicado lleva al Tribunal a considerar que la carga de la prueba recae sobre la autoridad responsable de la custodia del detenido, debiendo el Estado proporcionar una explicación convincente y satisfactoria sobre lo sucedido con la persona bajo su custodia⁴⁸⁰.

- c) Elemento probatorio suficiente y violación del contenido sustantivo o material. Es necesario constar con elementos probatorios que, más allá de toda duda razonable, permita al Tribunal concluir con la violación del artículo 3 en su vertiente material es decir, que la sentencia corrobore que la o el denunciante ha sufrido torturas o malos tratos⁴⁸¹. Sobre los requisitos exigidos por el Tribunal para que la prueba sea consistente, aclara que ésta puede estar constituida por un conjunto de indicios o presunciones, que si bien no estén refutados, son suficientemente graves, precisos y concordantes⁴⁸².

Bien, en ninguno de los siete casos se reconoce el incumplimiento del artículo 3 en su vertiente material, es decir, el Tribunal no ha estado en situación de poder afirmar con un grado adecuado de certeza que la parte actora ha sido sometida a las prácticas denunciadas. El órgano sentenciador acusa de este resultado al Estado, argumentando que esta situación es consecuencia, particularmente, de la insuficiente investigación realizada por las

⁴⁸⁰ Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507/07), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr.58; Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.39; Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr. 55

⁴⁸¹ Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr. 63 y 65

⁴⁸² Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.39; Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr. 55; Beortegi Martinez c. España (Demanda 36286/14) Sentencia 31 de mayo de 2016, párr.42

autoridades, que se suma a la dificultad del detenido para obtener y aportar pruebas en las que apoyar sus alegaciones, máxime cuando las torturas y malos tratos no dejan huellas⁴⁸³.

- d) Incomunicación. Sobre la detención incomunicada el TEDH es enérgico mostrando su preocupación y viene recordando en sus últimas sentencias el contenido del informe emitido por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 9 de octubre de 2013, a raíz de su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013 (CommDH(2013)18)⁴⁸⁴. Asimismo, son reiteradas las

⁴⁸³ Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.41 y 42; Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507/07), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr. 65; Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr. 57 y 58

⁴⁸⁴ Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr.32, recoge literalmente una parte del Informe de comisario de Derechos Humanos:

"(...) Los malos tratos infligidos por los miembros de los organismos encargados de hacer cumplir la ley y la impunidad de la que dichos miembros gozan es una cuestión de derechos humanos sumamente inquietante y de larga data en España, en particular en el contexto de la detención incomunicada por la Guardia Civil. En una serie de casos llevados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, se ha concluido que España ha incumplido las normas de derechos humanos que prohíben la tortura.

(...)

1. Vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la detención incomunicada

100. Los informes que indicaron el uso excesivo de la fuerza por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en el curso de las manifestaciones contra las medidas de austeridad, en 2011 y 2012, pusieron de manifiesto viejas y preocupantes cuestiones relacionadas con los derechos humanos que hacen referencia a medidas adoptadas por las fuerzas del orden.³⁸ Asimismo, preocupa considerablemente al Comisario la concesión de indultos por el Gobierno, inclusive en

casos relacionados con graves vulneraciones de derechos humanos, como los concedidos en noviembre de 2012 a cuatro policías que habían sido condenados por delitos de tortura.

101. El Comisario lamenta que sigan produciéndose violaciones de derechos humanos –en particular, los malos tratos– en el contexto de la detención incomunicada por parte de la Guardia Civil, a pesar de las constantes recomendaciones formuladas por varias instituciones internacionales de derechos humanos. La mayor parte de las demandas presentadas ante el Tribunal y ante el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas relativas a la labor de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, hacen referencia a los malos tratos infligidos por la Guardia Civil a personas que se encontraban bajo detención incomunicada.

102. Desde 1991, el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT) está poniendo de relieve el problema de los malos tratos infligidos por la Guardia civil a sospechosos de ciertas categorías de delitos, es decir, "pertenencia o relación con ciertos grupos armados o terroristas, o rebeldes".

Ha instado a las autoridades españolas a poner fin a la detención incomunicada, ya que, por su propia naturaleza, es probable que dé lugar a abusos y a vulneraciones de derechos humanos. En

su informe sobre España publicado en mayo de 2013,³⁹ el CPT lamentó que, en la práctica, desde su anterior visita y recomendaciones realizadas en 2007, no se hubieran reforzado considerablemente las garantías contra las violaciones de los derechos humanos en la detención incomunicada. Deploró en particular la imposibilidad de que los detenidos se reunieran en privado con un abogado, aunque, desde 2007, tienen derecho a acceder a un abogado de oficio. Todavía no se aplican sistemáticamente garantías adicionales, como la posibilidad de consultar con un médico de su elección, el derecho del detenido a notificar la detención a su familia, o la grabación en audio y vídeo de la totalidad de la detención incomunicada. El CPT también ha criticado la falta de supervisión judicial adecuada de las personas que se encuentran bajo detención incomunicada, y el hecho de que la mayoría de los detenidos no puedan identificar a los presuntos autores de los abusos, ya que se les suelen vendar los ojos durante los interrogatorios. La Defensora del Pueblo, en su informe de 2012, también consideró ilícito e injustificable que la policía realizara interrogatorios a presuntos culpables, y que, en algunos casos, se dirigiera a sus abogados portando capuchas para no ser identificados. Además, el CPT puso de relieve que si bien la detención incomunicada de menores ya no se practica desde 2007, la legislación pertinente aún debe enmendarse para prohibir totalmente esta práctica.

103. Al Comisario le preocupa que las alegaciones de graves malos tratos infligidos durante la detención, aunque indicada a menudo por médicos forenses, no haya conducido en muchos casos

a la apertura de investigaciones eficaces. En los casos en que se han investigado las denuncias de malos tratos, las investigaciones muchas veces no han sido suficientemente eficaces.

104. En cuatro casos el Tribunal ha determinado que España violó el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a la falta de investigaciones eficaces tras alegaciones de malos tratos cometidos en el contexto de la detención incomunicada. Una primera sentencia dictada en 2004 (Martínez Sala y otros contra España) hacía referencia al arresto en Barcelona y Madrid de 15 sospechosos de pertenecer a un grupo armado y a los presuntos malos tratos infligidos a los mismos por miembros de la Guardia Civil durante su detención. El Tribunal determinó que la investigación de las alegaciones de malos tratos no había sido eficaz.

(...)

105. En tres sentencias más recientes contra España, el Tribunal concluyó nuevamente que se habían cometido violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el contexto de la detención incomunicada.⁴³ Las sentencias del Tribunal indican una serie de brechas en el sistema actual, tales como la falta de exámenes forenses diligentes e independiente de los detenidos incomunicados, lo cual conduce a investigaciones ineficaces de las alegaciones de malos tratos infligidos por las fuerzas del orden. El cumplimiento por España de estas sentencias está siendo supervisado en la actualidad por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

106. El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas también ha determinado en dos casos que España ha violado la Convención contra la Tortura debido a investigaciones inadecuadas tras alegaciones de tortura en la detención incomunicada, infligida por miembros de la Guardia Civil en Madrid (en el caso Encarnación Blanco Abad) y por la policía nacional vasca en el País Vasco (en el caso Oskartz Gallastegi Sodupe). (...) Por último en mayo de 2013, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también determinó, en el caso de María Cruz Achabal Puertas, que España había violado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por no haberse investigado de manera eficaz las alegaciones de tortura y otras formas de malos tratos infligidas a

peticiones que realiza el Tribunal a los informes del Comité para la Prevención de la Tortura realizados después de las visitas realizadas a centros de detención en España (el de 2000, 2003 o 2007) donde se realizan duras críticas a las condiciones en las que se desarrolla la detención incomunicada⁴⁸⁵. Sobre esta cuestión, se recuerda el contenido del Informe del CPT de abril de 2013 donde se recomienda al Estado Español que permita ejercer al detenido determinados derechos que anulan la validez de la incomunicación. Es decir, que permita al detenido consultar de forma privada con su abogado desde el comienzo de su detención, que tenga acceso a un médico de libre elección con el fin de realizar un informe complementario al del médico forense así como mejora la calidad de los emitidos por estos, o que se elabore un código de conducta destinado a la autoridad donde se recoja expresamente cuestiones tan obvias como la prohibición de vendar los ojos a los detenidos, la prohibición de obligarles a realizar ejercicios físico o a permanecer de pie durante tiempo prolongado⁴⁸⁶.

Con todo ello, el TEDH reconoce de forma tajante que *“la situación de especial vulnerabilidad de las personas detenidas en régimen de incomunicación”* y exige que se adopte un control jurisdiccional riguroso que evite los abusos y proteja la integridad de las personas⁴⁸⁷. Nuevamente las críticas van dirigidas directamente al poder judicial, no solo por la falta de investigación de las denuncias, sino también por la ausencia de

la demandante durante su detención incomunicada por la Guardia Civil en Madrid.

(...)”

⁴⁸⁵ Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507/07), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr. 37; Arratibel Garcia c. España (Demanda 58488/2013), Sentencia 5 de mayo de 2015, párr. 27; Otamendi Eiguren c. España (Demanda nº47303/08), Sentencia 16 de octubre de 2012, párr. 28

⁴⁸⁶ Arratibel Garcia c. España (Demanda 58488/2013), Sentencia 5 de mayo de 2015, párr. 27

⁴⁸⁷ Beortegi Martinez c. España (Demanda 36286/14) Sentencia 31 de mayo de 2016, párr.

46

tutela de los derechos de los detenidos, exigiendo una actitud más “proactiva” en sus facultades de control⁴⁸⁸.

4.2.- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes de 26 de noviembre de 1987

A modo de apunte, recordar que previo a la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 8 de diciembre de 2002 y la introducción del sistema de visitas como mecanismo de prevención, estaba ya en marcha otro mecanismo similar de ámbito regional europeo. De hecho, los trabajos de elaboración del Protocolo Facultativo quedaron relegados, en cierta medida, pendientes de la repercusión del sistema de visitas instaurado por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en 1990.

En efecto, en el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987⁴⁸⁹, introdujo el sistema de visitas como procedimiento no judicial y de carácter preventivo que permita examinar el trato destinado a las personas privadas de libertad. De esta labor se encargará el Comité para la Prevención de la Tortura⁴⁹⁰, quien organizará las visitas, pudiendo acudir a cualquier dependencia donde se encuentren personas privadas de libertad.

Las visitas que establece el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes son de dos

⁴⁸⁸ Beortegi Martínez c. España (Demanda 36286/14) Sentencia 31 de mayo de 2016, párr. 46

⁴⁸⁹ <http://www.judicatura.com/Legislacion/1519.pdf>

⁴⁹⁰ El Comité para la Prevención de la Tortura se reunió por primera vez el año 1989 y realizó su primera visita al año siguiente.

tipos: periódicas y ad hoc, estas últimas se llevarán a cabo cuando, a juicio del Comité, las circunstancias así lo requieran. La función realizada por el Comité no consiste en condenar de forma oficial el trato dispensado a los detenidos (denuncia), sino *“evaluar las condiciones de detención y recabar informaciones sobre los procedimientos y prácticas en vigor”*⁴⁹¹ labor que se justifica por su finalidad preventiva.

Es innegable que el trabajo desempeñado por el Comité para la Prevención de la Tortura, participando de forma activa en las cuestiones relacionadas con las garantías y los derechos de las personas privadas de libertad, ha obtenido resultados positivos sobre todo como consecuencia de la intensificación de su labor. En el caso de España, en la última década ha recibido la visita del Comité aproximadamente cada dos años, destacando el año 2007 con dos. Los informes resultantes de estas acciones son fuente de información destacada sobre la que órganos judiciales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos soportan sus decisiones. En este sentido recordamos las referencias realizadas a las sentencias condenatorias de España por el TEDH.

Para concluir con esta reseña, señalar dos diferencias, a nuestro modo de ver fundamentales, entre el Protocolo Facultativo de Naciones Unidas y Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes: en primer lugar el ámbito de aplicación, universal en el primero y limitado al regional europeo en el segundo; por último, la creación por parte del Protocolo Facultativo de un órgano estatal que realice forme parte del sistema de control - Mecanismo Nacional de Prevención- creado por un tratado universal y regido conforme a lo establecido por éste.

⁴⁹¹ CPT: “Prevenir los malos tratos. Presentación del CPT” Consejo de Europa 2002.
<http://www.cpt.coe.int/lang/esp/esp-booklet.doc>

5.- Conclusiones

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI se ha creado un sistema de garantías internacional contra la tortura y las penas o tratos crueles inhumanos y degradantes. Pese a los innegables avances que ello ha supuesto, lo cierto es que la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes persisten. Es por ello que los textos convencionales que conforman este sistema de garantías han evolucionado en aras de lograr una mayor eficacia en la lucha contra estas prácticas, destacando fundamentalmente dos aspectos:

a) Se produce una especialización progresiva de la materia de los tratados. En efecto, tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, recogen en su articulado la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanas junto a otros derechos fundamentales.

Posteriormente, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 se dedicará en exclusiva a la regulación de estas prácticas, proporcionará la primera definición consensuada de los términos empleados, todo ello en aras de lograr una mayor eficacia en su tratamiento.

b) Se constata la necesidad de un cambio de estrategia en la elección de los mecanismos que se utilizaran para erradicar la tortura y otros malos tratos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea el Comité de Derechos Humanos, órgano facultado para controlar el cumplimiento

de las obligaciones contraídas por los Estados Parte. Para llevar a cabo su función podrá utilizar diferentes mecanismos (redacción de informes, denuncias de los Estados Parte y denuncias de interesados en virtud de su protocolo facultativo). En este mismo sentido, el Comité contra la Tortura creado en virtud del Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, realizará también una labor de control disponiendo, además de los mecanismos citados anteriormente.

Instrumentos similares crea el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 destacando en este caso la creación de un órgano judicial al uso, con importantes facultades principalmente a partir de su modificación mediante el Protocolo número dos del Convenio.

Ante el fracaso de los mecanismos empleados por Naciones Unidas y el Consejo de Europa para la erradicación de la tortura consistente en el control y la denuncia, se producirá un cambio de estrategia, poniendo énfasis en la prevención como fórmula distinta para alcanzar el objetivo propuesto.

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 2002 opta por un sistema de visitas sin necesidad de denuncia previa de vulneración de derechos, basado en el monitoreo de los lugares donde se encuentren las personas privadas de libertad. Este mecanismo tiene como objetivo fortalecer la protección de los detenidos y se asienta sobre del principio de cooperación y diálogo entre el Estado Parte y los órganos creados por el Protocolo. Así mismo, junto con la cooperación, se destaca la necesidad de proporcionar asistencia técnica internacional como herramienta fundamental para la mejora de las condiciones en las prisiones y otros centros de detención.

Pero la prevención, al contrario que las técnicas utilizadas hasta ese momento basadas en la vigilancia y el reproche, requiere de la colaboración y buena voluntad de las partes implicadas en el problema y, en este caso, fundamentalmente del Estado Parte.

El fracaso del sistema de garantías señalado y la dificultad de la introducción de nuevas herramientas que permitan prevenir esas conductas se confirma en el caso de España. Ciertamente, la adhesión del Estado a los mencionados tratados y el reconocimiento de la función de los órganos de control y sanción creada por ellos es un hecho constatable. Sin embargo, las condenas por violación de los Tratados que prohíben estas prácticas se iniciaron en 1996 con el Dictamen del Comité contra la Tortura en el caso Blanco Abad. La sanción no tuvo el resultado deseado y lejos de corregir los fallos destacados por el Comité el Estado hace caso omiso de la resolución. Esta actitud persistente de España en contra de las garantías establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos contra tortura y otros malos tratos se constata en las sucesivas condenas posteriores dictadas por los órganos de control y sanción. En efecto, en las dos últimas décadas, nuevamente el Comité contra la Tortura, El Comité de Derechos Humanos y, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sancionaron al Estado, sumando un total de trece condenas.

Atendiendo a estas resoluciones, el incumplimiento por parte de España de las garantías y derechos de las personas detenidas recogidos en los tratados internacionales es más relevante en los casos en que se ha procedido a la aplicación de la detención incomunicación por delitos relacionados con la actividad de ETA y el conflicto vasco. Así se constata, once de las trece condenas señaladas se refieren a denuncias de personas detenidas por su presunta participación en delitos de terrorismo de ETA y sobre las que se ha aplicado la incomunicación.

Sorprendentemente ninguna de las once resoluciones concluye con la constatación de esta práctica por parte de la autoridad. Más grave aún, las sentencias son una condena reiterada al poder judicial por la falta de investigación de las denuncias de torturas y otros malos tratos. El contenido de estas resoluciones recrimina a las y los jueces de los diferentes órganos intervinientes como la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo o los Juzgados ordinarios

Esta ha venido impidiendo la condena por la violación sustantiva de los artículos que prohíben estas prácticas, rebajando el reproche social y mediático hacia el Estado por esa falta de comprobación de los hechos. Sin embargo, a nuestro modo de ver, el reproche debiera ser mayor, porque la falta de investigación de la tortura y los malos tratos convierte su prohibición en una mera declaración de intenciones, vaciando de contenido los tratados.

CAPÍTULO III

Justicia Transicional y el tratamiento de las víctimas:
Tortura y otros malos tratos bajo el régimen de la
detención incomunicada.

1.- España y el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes.

España, como hemos explicado en el Capítulo II del presente trabajo, es parte del sistema Universal y Europeo de protección de los derechos humanos contra la tortura y otros malos tratos. Ello conlleva asumir la obligación de adecuar el derecho interno a los estándares establecidos internacionalmente y reconocer la capacidad de control y evaluación de diferentes órganos convencionales, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. De esta forma, como ha quedado recogido anteriormente, el Estado ha venido siendo sometido al examen del cumplimiento de sus obligaciones por estos entes, en parte como resultado de las denuncias interpuestas contra él por torturas y otros malos tratos. En este mismo sentido, son destacables también, los informes realizados por estos órganos de control, promoción y protección de estos tratados.

Llegados a este punto, y avanzando en el objetivo propuesto en la Tesis, continuamos con nuestra mirada crítica hacia el pasado pero, a partir de ahora, sobre el sistema de garantías interno que contra la tortura, los tratos inhumanos y degradantes se encuentra vigente desde 1978 en España. En esta búsqueda de elementos que han posibilitado la comisión de un número tan importante de graves violaciones de derechos humanos sobre personas privadas de libertad, nos acercaremos al desarrollo normativo español en esta materia. Señalamos, como cuestiones nucleares que se someterán a análisis en el presente Capítulo, la utilización de mecanismos que limitan los derechos de las personas detenidas, como la incomunicación o la prórroga de la detención.

Por último, recordando los más de 4000 casos de denuncias registradas por torturas y otros malos tratos en el contexto de la violencia de motivación política en el caso vasco, se buscarán y finalmente plantearán formulas que, en mi opinión, puedan facilitar el tratamiento de esta victimación desde el paradigma de la Justicia Transicional.

1.1.- Regulación de la prohibición de la Tortura, Tratos inhumanos y Degradantes. La Constitución y el Código Penal

España, como miembro de la comunidad internacional y parte de los convenios y tratados señalados en el Capítulo II, está obligada a adaptar su ordenamiento jurídico a los estándares internacionales de protección de las personas privadas de libertad y de prohibición de la tortura y otros malos tratos. Para ello, la Constitución en su artículo 96.1 prevé el proceso de introducción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico español de la siguiente forma: *“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”*.

Atendiendo al contenido del citado artículo 96.1, algunos autores tildan de redundante el tenor del número 10.2 de ese mismo texto legal que, recordemos es el siguiente *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”* Por el contrario, en nuestra opinión es relevante que se establezca de esta forma, desde la propia Carta Magna, un criterio específico para la interpretación de los derechos fundamentales, externalizando esta función de forma expresa en los

tratados internacionales de los que forma parte el Estado y, en consecuencia, aceptando la aplicación de los criterios establecidos por los órganos de interpretación de los mismos⁴⁹². Se puede afirmar, tal y como concluye SAIZ ARNAIZ, que el contenido de los derechos recogidos en el Capítulo I de la Constitución será el resultante de la progresiva interpretación que de ellos realicen los tratados y sus órganos de control⁴⁹³.

Por lo tanto, la Constitución de 1978, por medio de esta cláusula de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos que supone el artículo 10.2⁴⁹⁴, permite que el marco jurídico internacional de prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos aceptado por el Reino de España, sea introducido en el Ordenamiento jurídico interno y forme parte del mismo, transposición en ocasiones realizada con poco acierto, tal como veremos a continuación.

La prohibición de la tortura se recoge de forma expresa en el artículo 15 de la Constitución, ubicado como primera disposición de la Sección I del Capítulo II del Título I relativo a los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. Este precepto complementa el reconocimiento general del derecho a la vida de todas las personas, consagra la prohibición de la pena de muerte⁴⁹⁵, el derecho a la integridad física y moral de todos los individuos y la garantía de que en ningún caso las personas "*puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*". De esta forma, la Constitución eleva a la condición de derecho fundamental la

⁴⁹² CUENCA GOMEZ, "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la constitución española", pág. 2

⁴⁹³ SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, pág. 205 y ss.

⁴⁹⁴ SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, pág. 66 y ss.

⁴⁹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, pág. 72

prohibición absoluta de estas prácticas que atentan contra la dignidad humana⁴⁹⁶.

En este sentido, tal y como afirma PEREZ MACHIO, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre este precepto sentencia que el "orden político y la paz social" se fundamentan sobre la base de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le corresponden de forma inherente y, en consecuencia, son de aplicación universal, es decir "erga omnes"⁴⁹⁷. Esa proyección individual de la dignidad implica que ésta - la dignidad- debe quedar inalterada, cualquiera que sea la situación en que se encuentre el individuo⁴⁹⁸. Por lo tanto, el respeto a la dignidad constituye el mínimo invulnerable que debe ser asegurado por todo estatuto jurídico⁴⁹⁹. Por el contrario, continua la autora con base en la interpretación del Alto Tribunal, los comportamientos prohibidos por el artículo 15 de la Constitución rebajan al ser humano a un nivel de materia, lo cosifica, es utilizado como un medio o instrumento, omitiendo que cada persona es un fin en sí mismo. En definitiva, esas prácticas se contraponen de forma radical con el respeto a la dignidad humana⁵⁰⁰.

El Código Penal español regula la protección de los derechos fundamentales, amén de otros derechos y principios que por su relevancia, tanto individual como social, están recogidos en la Constitución⁵⁰¹. El Código Penal de 1995, con su artículo 174, introdujo la penalización de la tortura siguiendo las pautas marcadas por la Convención contra la Tortura

⁴⁹⁶ RODRÍGUEZ MESA; *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios público*, pág. 105.

⁴⁹⁷ Recordemos que el artículo 10.1 CE establece que "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"

⁴⁹⁸ PEREZ MACHIO, "La tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes como consecuencia de algunas prácticas de lucha contra el terrorismo", pág. 211

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio

⁵⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2004, de 2 de noviembre

⁵⁰¹ MUÑOZ CONDE, "Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal", 1996, pág. 562. PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del 173 del vigente Código Penal*, pág. 112 y ss

y las Penas o Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984⁵⁰². Es incuestionable que ello supuso un gran avance para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, en tanto que el Código Penal anterior de 1973 y su artículo 204bis no alcanzaba los estándares internacionales mínimos⁵⁰³. Sin embargo, y pese a las bondades de la nueva redacción, se debe recordar que el contenido del artículo 174 no recoge de forma completa todos los elementos de la definición acuñada por la Convención, omitiendo los siguientes extremos: la posibilidad de que la acción prohibida pueda ser ejercida por otra persona, no funcionario, en el ejercicio de la función pública; que la finalidad de la tortura pueda ser la intimidación o coacción de la persona sobre la que se ejerce ésta o la de un tercero.

Otra cuestión que ocasiona no pocos problemas a los operadores jurídicos y las estudiosas del tema, es la omisión en la que incurre el legislador español al no incorporar en el Código Penal de 1995 las categorías establecidas internacionalmente para este tipo de actos. Este hecho es incomprensible, máxime cuando el artículo 15 de la Constitución de 1978 cita expresamente la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, siguiendo de forma clara la redacción del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰⁴. La confusión en el uso del lenguaje es de tal magnitud que usualmente se opta por utilizar el término tortura para violaciones graves concordantes con la tipificación del artículo 174 CP, y "malos tratos", para otros comportamientos menos agresivos, banalizando el significado de esos actos y restando valor al daño infligido. Curiosamente, este último término –malos tratos- no está

⁵⁰² Recordemos que fue ratificada por España el 21 de octubre de 1987.

⁵⁰³ Artículo introducido en el Código Penal de 1973 con la Reforma de 1978. Para ahondar más en el delito de tortura regulado por el Código Penal de 1973 y la introducción del artículo 204bis, consultar DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*. Destacando el avance que ha supuesto la nueva redacción de 1995 GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *El estado de derecho frente a la tortura*, pág. 184 y 185

⁵⁰⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, pág. 73

recogido en la Código Penal con esta acepción, es decir si bien se refiere a los tratos inhumanos y tratos degradantes, sin embargo, no encuentra su encaje completo en el artículo 175 CP como veremos más adelante.

En efecto, estas y otras cuestiones deben ser apuntadas como muestra indiciaria de un sistema de garantías simbólico en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad frente al Estado. Nos encontramos frente a una Carta Magna, carta de presentación ante la comunidad internacional, de contenido garantista y en cumplimiento de los estándares de Derechos Humanos, sin embargo el desarrollo legislativo interno realizado en años posteriores – Código Penal 1995- no cumple con las pautas establecidas por la propia Constitución. Sobre esta cuestión volveremos de forma reiterada en los próximos apartados.

A continuación, nos acercaremos a la tipificación de estas conductas, que se ubican en el Código Penal de 1995 agrupadas conforme al bien jurídico objeto de protección “integridad moral” pero junto a otras conductas realizadas por particulares. En efecto, será en el Título VII del Libro II del Código Penal reseñado como “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, donde se recoge el tipo básico de tortura en el artículo 174, el 175 de atentado contra la “integridad moral” y el tipo omisivo del artículo 176⁵⁰⁵.

1.1.1. El bien jurídico protegido “integridad moral”

El Tribunal Supremo, en Sentencia 294/2003 de 16 de abril, realiza un acercamiento al concepto de “integridad moral” recordando el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio. En

⁵⁰⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág 184

esta resolución el Constitucional, en interpretación del artículo 15, dice que *“protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular”*. Recuerda que el concepto de integridad moral ha venido siendo identificado con la idea de “inviolabilidad de la persona”, con “la integridad personal” y la noción de “incolumidad”⁵⁰⁶. En ella se incluyen todas las facetas de la personalidad del individuo, como la autoestima, el respeto ajeno o la identidad individual, entre otras⁵⁰⁷.

De esta forma, el Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰⁸, establece que la tortura, las penas o tratos inhumanos y las penas o tratos degradantes son “nociones graduadas de una misma escala” que atentan contra el mismo bien jurídico. Todos los tramos de esa escala, sea cual fuere su finalidad, implican *“padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”*⁵⁰⁹.

Con base en esta fundamentación de fuente constitucional, finalmente el Tribunal Supremo concluye señalando las tres características de un acto atentatorio contra la integridad moral: *“a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.”*

⁵⁰⁶ En este mismo sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia 159/2011 de 28 de febrero, cuando dice *“por la doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de incolumidad e integridad personal.”*

⁵⁰⁷ STS 465/2013 de 29 de mayo

⁵⁰⁸ Entre las sentencias del TEDH utilizadas destacan las siguientes: Caso Irlanda contra el Reino Unido de 18 de enero de 1978, Caso Tyrer de 25 de abril de 1978, Caso Guzzardi de 6 de noviembre de 1980, Caso Campbell y Cossans de 25 de febrero de 1982, Caso Soering de 7 de julio de 1989, Caso Vilvarajah y otros de 30 de octubre de 1991.

⁵⁰⁹ Se reseñan también las sentencias del Tribunal Constitucional número 137/1990 y 57/1994

Continuando con la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, ésta establece de forma clara que el núcleo del ataque a la integridad moral reside en la sensación de humillación y cosificación que se produce en la víctima, el sentirse “nada”, sentirse “no persona”⁵¹⁰, desprovista de toda dignidad y, en consecuencia, de su condición de ser humano⁵¹¹. Incluso cuando la acción dolosa está motivada por una incitación previa del sujeto pasivo (como por ejemplo la actitud violenta del detenido), esta circunstancia no anula su contenido, ni desdibuja su significado como atentado contra la integridad moral⁵¹².

En efecto, el elemento material del delito de tortura comporta algo más que una actuación puntual y abusiva, se requiere cierta contumacia y persistencia en la acción ejercida por el funcionario. En aplicación de este criterio, citamos a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 1685/2003 de 17 de septiembre, donde se señala que no es tortura el trato dispensado por un policía a una persona, consistente en propinarle un cabezazo, un puñetazo y un golpe con la defensa al tiempo que le reprochaba carecer de documentación y manifestar datos falsos. El recurso de Casación se resuelve confirmando la sentencia del Superior de Justicia que clasifica los hechos constitutivos de una falta de lesiones con el agravante de autoridad.

Por lo tanto, la integridad moral se configura como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de otros derechos, como son el derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad, conformando

⁵¹⁰ Muchos de los testimonios recogidos por el equipo del IVAC-KREI en la investigación “Proyecto Tortura en Euskadi 1960-2013” manifiestan esa sensación, ese sentimiento de no ser nada, no valer nada, haciendo hincapié en que es muy difícil que una persona que no haya pasado por esa experiencia pueda llegar a comprender, en todas sus dimensiones, lo que ello significa.

⁵¹¹ Entre otras citaremos STS 19/2015 de 22 de enero y STS 715/2016 de 26 de septiembre

⁵¹² STS 715/2016 de 26 de septiembre, FD Cuarto

una categoría conceptual propia⁵¹³. Es por ello que, como veremos más adelante, se justifica la introducción del artículo 177, por medio del cual se prevé la regla concursal que permite castigar de forma separada el atentado contra la integridad moral y otras lesiones o daños que se hubieran podido ocasionar en el mismo acto contra otros bienes jurídicos, como la integridad física, la vida, la salud, libertad sexual⁵¹⁴.

Como venimos diciendo, la descripción típica del delito de tortura circunscribe su aplicación a la protección del bien jurídico "integridad moral". Sin embargo, este planteamiento se enfrenta a otras tesis doctrinales que defienden que el bien jurídico amparado por estos preceptos son otros: el correcto y legítimo ejercicio de la "función pública" por parte de sus miembros⁵¹⁵; o los derechos fundamentales recogidos en la Constitución frente al abuso de poder⁵¹⁶. Por el contrario, como afirma PEREZ MACHIO, es incuestionable que el Código Penal de 1995 configura el delito de tortura como un tipo lesivo de la integridad moral, así se desprende de su ubicación en el Título VII del Libro II del Código Penal y su vinculación con los otros tipos penales incluidos en el mismo⁵¹⁷.

Así es pero, ciertamente, el delito de tortura en sentido estricto se produce en un contexto especial y determinado, donde la relación Estado-individuo se desarrolla de forma anómala. Es decir, el mal funcionamiento de lo público, plasmado en el abuso de poder ejercido por la o el funcionario, coloca al individuo en una situación de indefensión e inseguridad prohibida por la ley. En consecuencia, en nuestra opinión, el amparo proporcionado por estos tipos penales afecta también y de forma indirecta a otros bienes jurídicos como por ejemplo la protección del

⁵¹³ STS 922/2009 de 30 de septiembre; 1218/2004 de 2 de noviembre

⁵¹⁴ STS 601/2013 de 11 de julio. Voto Particular de D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

⁵¹⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 184; Esta misma cuestión es abordado por GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *El estado de derecho frente a la tortura*, pág. 185

⁵¹⁶ DIAZ PITA, *El bien jurídico protegido*, pág 191

⁵¹⁷ PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del 173 del vigente Código Penal*, pág. 207-209

correcto y legítimo ejercicio de la función pública. Lo dicho hasta ahora se puede interpretar, por lo tanto, como la aceptación por nuestra parte de la teoría intermedia descrita por PEREZ MACHÍO en su obra, que admite además de la tutela a la integridad moral otros bienes jurídicos protegidos por el tipo, si bien en nuestro caso en modo alguno se ha planteado una igualdad entre ellos. No es cierto, nuestra postura es más bien una constatación de la inevitable relación que subyace entre ellos, pero siempre sobre la relevancia de la protección de la víctima y de la constatación de la gravedad del daño que ocasiona la tortura a la persona⁵¹⁸. En efecto, como señala la autora la humillación, degradación y envilecimiento y cosificación a la que se somete a la víctima dotará de autonomía plena al bien jurídico individualmente protegido que es la "integridad moral"⁵¹⁹, autonomía de la que se deriva la introducción por medio del artículo 177 de la regla concursal que abordaremos más adelante.

1.1.2.- El artículo 174: el delito de tortura entendido de manera autónoma

Previo a abordar la estructura típica del artículo 174 y los elementos concurrentes, debemos recordar su contenido. El Código Penal establece que comete tortura la autoridad o funcionario público que, con abuso de su cargo y con la finalidad de obtener una confesión o información de cualquier persona, de castigarla por cualquier hecho que hubiere cometido o se sospeche que haya cometido, o de por discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que, por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o

⁵¹⁸ PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del 173 del vigente Código Penal*, pág. 207, 209 y 210

⁵¹⁹ PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del 173 del vigente Código Penal*, pág. 215

disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral.

De la lectura de este precepto se concluyen como elementos del tipo penal los siguientes:

a) El elemento material constituido por la conducta o la acción realizada en la que se manifiesta la tortura. Esta se identifica con someter a la persona a condiciones o procedimientos, que en función de diferentes elementos – duración, naturaleza u otras análogas- impliquen el padecimiento de sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, u otras que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral. PORTILLA CONTRERAS incluye como ejemplos, los simulacros de ejecución, los interrogatorios que por su duración o intensidad provocan cansancio y desesperación en el detenido o las técnicas de privación de sueño, entre otros⁵²⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo circunscribe el atentado contra la integridad moral al hecho de que la vejación producida por el funcionario o autoridad sea clara e innecesaria para el ejercicio de su cargo⁵²¹. Recordemos la exigencia de los tres requisitos "a) *Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.* b) *Un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto.* c) *Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito*"⁵²².

b) El sujeto activo cualificado, será una autoridad o funcionario público que actuando con abuso de su cargo se aproveche de la situación

⁵²⁰PORTILLA CONTRERAS, "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España", pág. 152

⁵²¹ STS 263/2009 de 30 de noviembre

⁵²² Entre otras, STS 1218 /2004 de 2 de noviembre

de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo. Nos encontramos ante el elemento cualificado, requerido para que un ataque se pueda calificar como tortura y del que deriva la especial gravedad y relevancia del acto ilícito⁵²³. En efecto, el funcionario público, en nuestro caso los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y de otras administraciones, tienen por mandato constitucional la función de garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades a las personas⁵²⁴. Incurrir en un delito amparándose en su condición de defensor de la ley, no solo contraviene la función para la que fue nombrado, sino que en virtud de la condición de poder que obstante sitúa a la víctima en una posición de desventaja y sometimiento incomparable con otros delitos. En consecuencia y siguiendo a MUÑOZ CONDE, es incuestionable el hecho de que el ataque a los derechos fundamentales realizado por representantes del Estado resulta de mayor gravedad que el que pudiera llevar a cabo cualquier particular.

Lejos de una interpretación rígida de la condición de funcionario público, el Tribunal Supremo entiende que, por ejemplo en los supuestos en los que el sujeto activo sea un mero "auxiliar" de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como por ejemplo los vigilantes de seguridad⁵²⁵, la función que desempeña lo sitúa dentro de los sujetos referidos en el

⁵²³ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 184

⁵²⁴ Artículo 104.1 de la Constitución 1978, dice "Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana."

⁵²⁵ Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Artículo 1:

"1. Esta Ley tiene por objeto regular la prestación por personas, físicas o jurídicas privadas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes, que tendrán la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública.

(...)

4. Las empresas y el personal de seguridad privada tendrán obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, de prestarles su colaboración y de seguir sus instrucciones en relación con las personas, los bienes, establecimientos o vehículos de cuya protección, vigilancia o custodia estuvieren encargados."

artículo 24.2 CP⁵²⁶ y, en consecuencia, tiene a efectos penales la consideración de funcionario⁵²⁷. Por lo tanto, en interpretación del Alto Tribunal, el artículo 24 del CP identifica como funcionarios, a efecto penales, a otras figuras que no perteneciendo al cuerpo funcional pero que sin embargo participan en las funciones públicas. Como decimos, se el Tribunal Supremo se está refiriendo a los profesionales que se dedican a la Seguridad en actividad de régimen privado⁵²⁸, regulada en todo caso por la Ley 23/1992 de 30 de julio.

c) El elemento teleológico o finalidad del acto, en cuanto sólo existe el delito de tortura cuando éste se lleva a cabo con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona, de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido y, finalmente, por motivo de discriminación. En referencia a esta última circunstancia, señalar la importancia de la modificación introducida por el legislador con la LO 15/2003, ampliando el elemento teleológico. Esta modificación permite castigar estas prácticas no sólo cuando son utilizadas para lograr información o confesión (tortura indagatoria) o como castigo (tortura vindicativa), sino también en los casos en los que se realice por cualquier razón basada en una discriminación⁵²⁹.

De esta forma el legislador, siguiendo las peticiones de los organismos internacionales como el Comité contra la Tortura, amplía e intensifica la protección de las personas detenidas que se extiende a otros grupos de riesgo. En este sentido, es importante el mensaje que imprime la reforma del 2003, haciendo hincapié en que en ninguna circunstancia los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad pueden tomar en su

⁵²⁶ Código Penal, artículo 24.2: *"Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas."*

⁵²⁷ STS 850/2006 de 12 de julio

⁵²⁸ STS 718/2013 de 1 de octubre

⁵²⁹ Entre otras, STS 601/2013 de 11 de julio

mano el ejercicio de la justicia, suplantando la facultad de los jueces, que serán los encargados de impartirla, sancionando los comportamientos delictivos siempre conforme a la ley y acorde a los estándares internacionales de respeto a los derechos humanos⁵³⁰.

Por último, destacar un elemento importante para nuestro trabajo al que entendemos se debe dar relevancia: no es necesario para la consumación del delito que el propósito perseguido con el mismo se alcance, por el contrario la consecución de la finalidad para la que se inflige la acción se constituye en un elemento tendencial que, junto con el dolo, debe darse en el autor del hecho ilícito⁵³¹.

1.1.3.- El artículo 175 del Código Penal de atentado contra la integridad moral.

Este precepto se sitúa como un tipo residual o subsidiario del delito de torturas recogido en el artículo 174, en cuanto que se produce cuando el funcionario público, abusando de su cargo atentare contra la integridad moral, no encontrándose contemplada dicha acción en el artículo anterior que tipifica la tortura. Es decir, como señala PORTILLA CONTRERAS, será de aplicación el artículo 175 cuando el funcionario actúe por un móvil que no persiga el castigo de la víctima, lograr una confesión o información, o por discriminación. Señala el autor como ejemplo de conducta penalizada por este precepto "la tortura gratuita" que realiza un funcionario sádico con el objetivo de divertirse, que si bien por su gravedad pudiera ser sancionada con el artículo 174, sin embargo no cumple con el elemento teleológico establecido en el citado precepto⁵³².

⁵³⁰ STS 601/2013 de 11 de julio

⁵³¹ STS 985/2012 de 27 de noviembre; STS 1391/2004 de 26 de noviembre; STS 701/2001 de 23 de abril

⁵³² PORTILLA, G; "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España", pág. 151

Ciertamente, como veremos a continuación, la redacción dada a este delito supone una fórmula con notable amplitud. No obstante, la jurisprudencia se encargará de delimitar su aplicación que en todo caso deberá ser debidamente motivada⁵³³.

A continuación, procederemos a señalar los elementos del artículo 175 CP reproduciendo el esquema seguido para el 174 CP, lo que nos permitirá constatar las variaciones existentes entre ambos⁵³⁴:

- a) El sujeto activo será un funcionario público o autoridad. En el caso de que no se cumpliera este requisito estaríamos posiblemente ante un caso de los penados por el artículo 173.
- b) La acción consistirá en un abuso del cargo por parte del sujeto activo, consistente en una extralimitación de sus funciones que produce intimidación en el sujeto pasivo, logrando ese efecto la consecución de sus fines y la sensación de impunidad.
- c) El resultado de la acción constituirá un atentado contra la integridad moral.
- d) Carácter residual de este precepto al no poder constituir los hechos un delito de tortura en cuanto el comportamiento sancionable no persigue la finalidad que se contempla para éste.

En consecuencia, el delito comprendido en este precepto integrará cualquier conducta arbitraria que consista en un ataque o agresión realizada por un funcionario público y abusando de su cargo. El ataque debe ser de cierta intensidad, sin necesidad de que cause lesión pero que provoque humillación y/o quebranto degradante en el sujeto pasivo, buscando una finalidad diferente de la del artículo 174⁵³⁵.

⁵³³ STS 1725/2001 de 3 de octubre

⁵³⁴ STS 294/2003 de 16 de abril

⁵³⁵ STS 19/2015, de 22 de enero; STS 263/2009 de 30 de noviembre

Teniendo presente ese elemento diferenciador – la finalidad- y en aplicación de los componentes que delimitan el atentado contra la integridad moral⁵³⁶, el Tribunal Supremo ha venido calificando de trato degradante y vejatorio, que produce padecimientos físicos y psíquicos importantes, susceptibles de ser incardinados en el artículo 175 CP, casos como el siguiente *“el ser golpeado con patadas, poner el pie en el cuello, empujados violentamente, encañonado uno de ellos con una pistola y amenazado hasta hacerle llorar, reprochándole algo tan desproporcionado con su actitud vejatoria y humillante como una infracción de tráfico con el ciclomotor en la que no estaban involucradas terceras personas”*. Atendiendo a la redacción del artículo 175, el elemento subjetivo del tipo se deriva de la conducta llevada a cabo por el policía, de la reiteración de los golpes y la gravedad de los mismos que producen en la víctima el resultado señalado pero que no tiene como objetivo alcanzar ninguna de las finalidades contempladas en el artículo 174 CP⁵³⁷.

1.1.4.- El artículo 176 regula el tipo omisivo y el artículo 177 concurso ideal

El artículo 176 establece la responsabilidad por omisión de la autoridad o funcionario público que haciendo dejación de sus funciones o cargo, permita la tortura u otros tratos sancionables por el artículo 175 CP. Para incurrir en este ilícito penal no será necesaria una relación jerárquica superior del funcionario, ni tan siquiera de igualdad con el ejecutor⁵³⁸. Será ese comportamiento pasivo - de no impedir el hecho teniendo posibilidad y obligación de ello- el sancionado por este precepto penal, bastando el

⁵³⁶ Entre otras, STS 263/2009 de 30 de noviembre. Recordemos: *“a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito. b) Un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto. c) Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.”*

⁵³⁷ STS 1218/2004 de 2 de noviembre

⁵³⁸ STS 205/2015. Fecha de la sentencia 10 marzo de 2016

simple conocimiento de la situación típica para que concurra el dolo necesario exigible⁵³⁹.

Por su parte, el artículo 177 introduce la regla concursal, impidiendo la aplicación de las normas generales para la concurrencia de delitos⁵⁴⁰. De esta forma, se aplicará este precepto cuando el atentado contra la integridad moral venga acompañado de lesiones o daños a otros bienes jurídicos, como por ejemplo la integridad física, ordenando que se castiguen los hechos de forma separada por los delitos o faltas cometidos. Es importante destacar esta previsión que deriva claramente de la autonomía del derecho a la integridad moral, o lo que es lo mismo, no es necesario un resultado constitutivo de otro delito para que se produzcan las torturas – como por ejemplo lesiones u homicidio -. En palabras de ZUÑIGA, esto es así porque la lesividad de la conducta prohibida se configura al atentar ésta contra un bien jurídico autónomo, diferente y dotado de una protección especial⁵⁴¹. En efecto, el castigo contemplado en el artículo 174 y 175, cuando se produce una lesión diferente a la integridad moral, no abarca todo el desvalor del hecho, como por ejemplo en el caso de producirse lesiones, por lo que el recurso al concurso real previsto en el artículo 177 se muestra necesario, castigando por separado los diferentes resultados.

Esa necesidad, constatada por el legislador, que le lleva a introducir el artículo 177 en el Código Penal, nos provoca una reflexión sobre una cuestión que surge de forma reiterada en la práctica judicial. Nos estamos refiriendo a los procedimientos incoados por denuncia de tortura en aplicación del régimen de incomunicación y el generalizado archivo de los

⁵³⁹ STS 718/2013 de 1 de octubre

⁵⁴⁰ PORTILLA CONTRERAS, "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España", pág. 154

⁵⁴¹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, L; "El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional", pág. 12

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_53.pdf

mismos. La motivación de los Autos de Archivo en muchos de estos casos se sostiene, a efectos de justificación de su cierre, por la falta de prueba, con argumentos tan peregrinos como la no constatación en los informes forenses de marcas objetivables que corroboren las torturas o malos tratos manifestadas por los detenidos. Ciertamente, esta argumentación es nula y no se sostiene a nuestro juicio, por no ser necesaria a efectos de demostrar el trato vejatorio tal y como se ha expresado supra. Sin embargo, reconocemos su utilidad como indicio, a efectos de prueba, que facilita la conclusión por el juez de haberse producido tortura física, pero en ningún caso debiera entenderse como necesaria, máxime cuando no es válida para la tortura psicológica.

1.1.5.- Diferencias entre el 174 y 175 y acciones sancionadas por los mismos según la jurisprudencia

En primer lugar, señalar que establecer un catalogo de conductas sancionables bajo los parámetros establecidos por ambos artículos se muestra una tarea complicada. En efecto, esta cuestión se deriva en gran medida del propio tenor literal del artículo 174. En efecto, lejos de establecer *numerus clausus*, por el contrario, este precepto finaliza con una clausula abierta que permite extender su aplicación a cualquier otra acción que, cumpliendo con los requisitos previamente descritos, atente contra la integridad moral.

Realizada la anterior advertencia, se debe comenzar esta exposición estableciendo los elementos que determinaran cuándo una acción se tipificará como tortura o, por el contrario será de aplicación el tipo penal residual del artículo 175.

Nos encontramos ante un importante debate que se abre principalmente en torno a la importancia de la "gravedad" del hecho y su

valor como elemento determinante de las diferentes conductas reguladas en la normativa internacional, cuestión ya señalada en el Capítulo II del presente trabajo. Sin embargo, a nivel interno, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia señalan que la diferencia entre ambos preceptos del Código Penal español estriba en el elemento teleológico y no en la gravedad de la afrenta a la dignidad de la persona⁵⁴². Es decir, para calificar un acto como tortura será necesario que la autoridad o sus agentes, en el desempeño de sus funciones y abusando de su oficio, sometan a las personas a tratos o procedimientos que atenten contra la integridad moral, con una finalidad determinada, que el artículo 174 limita a las siguientes: obtener una confesión o información; castigar por un hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido; o por cualquier razón con base en cualquier tipo de discriminación⁵⁴³.

Por lo tanto, será la finalidad del comportamiento censurable el único elemento que establezca la diferencia entre el artículo 174 y el 175, exigido de forma expresa y taxativa en el primero pero no en el segundo⁵⁴⁴. En este sentido, explica PORTILLA CONTRERAS, se refiere a los tratos inhumanos, crueles o degradantes, con la clara intención de encajar estas figuras en el regulación penal española. Nos dice el autor que éstas, no exigen la presencia del elemento subjetivo o intención, por lo tanto si la finalidad no existe o no queda demostrada serán sancionadas bajo la aplicación del 175 CP⁵⁴⁵. Es en esta caso cuando ambas regulaciones – interna e internacional- pueden tener concordancia, sin embargo, como decimos no es tarea fácil.

⁵⁴² Entre otras STS 601/2013 de 11 de julio, STS 985/2012 27 de noviembre. En este sentido también GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *El estado de derecho frente a la tortura*, pág. 190

⁵⁴³ La Ley Orgánica 15/2003 modificará el artículo 174 introduciendo el inciso "o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación"

⁵⁴⁴ Entre otras, señalamos la STS 985/2012 de 27 de noviembre y la STS 601/2013 de 11 de julio

⁵⁴⁵ PORTILLA CONTRERAS, "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España, en *Privación de libertad y derechos fundamentales*", pág. 151

Señala acertadamente la Sentencia del Tribunal Supremo 601/2013, que puede resultar contradictorio calificar como tortura comportamientos que no supongan un atentado grave contra la integridad moral de la persona. Ciertamente, máxime cuando la Convención contra la Tortura de 1984, recordemos que fue el primer texto convencional universal que introdujo la definición de tortura, establece la gravedad del atentado como un elemento requerido para la tortura y diferenciador de los calificados como otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Sin embargo, como el Alto Tribunal afirma, el ordenamiento penal positivo español recoge un concepto de tortura más amplio en cuanto a la "entidad" de la acción comisiva se refiere. A demás, cualquier intento por corregir al legislador en esta materia vaciaría de contenido ese supuesto legal previsto en el artículo 174 CP, que prevé para casos no tan lesivos la categoría de "torturas no graves".

En efecto, el artículo 174 del Código Penal de 1995 al recoger la pena destinada al delito de torturas realiza una graduación de la gravedad de los hechos, diferenciando entre "atentado grave" castigado con penas de dos a seis años de privación de libertad y los casos que no alcancen ese calificativo, estos últimos serán sancionados con pena de prisión de uno a tres años⁵⁴⁶. Esta misma fórmula se repite en la redacción del artículo 175, con condenas inferiores pero también graduadas: cuando el atentado fuera grave la condena de prisión se establece entre dos a cuatro años y cuando no lo fuera de seis meses a dos años⁵⁴⁷.

Esta postura mantenida por la judicatura española no es compartida por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. En una interpretación totalmente contrapuesta a la del Tribunal Supremo sugiere al Estado que

⁵⁴⁶ En ambos tipos de tortura, se impondrá también la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años. Para este tipo de sanción no se establece graduación alguna conforme a la gravedad del atentado.

⁵⁴⁷ Nuevamente, para la pena de inhabilitación no se establece diferencia alguna, siendo esta de dos a cuatro años

*"tendría que asegurar que en todos los casos se consideren de carácter grave todos actos de tortura, dado que ello atañe indisolublemente e intrínsecamente al concepto mismo de tortura".*⁵⁴⁸ El Comité parece entender que graduar la gravedad de la tortura afecta directamente a la esencia misma del concepto y disminuye el reproche hacia el hecho calificado como tal. En todo caso, no valora positivamente, máxime en el contexto de las duras críticas vertidas por este órgano al Estado español, tanto por la tipificación del delito como venimos diciendo, como por la falta de severidad de las penas impuestas, como por otras cuestiones relacionadas con la investigación y prevención de la tortura. Lo cierto es que nos inclinamos por interpretar este requerimiento como una falta de confianza hacia las instituciones españolas y un llamamiento sobre la gravedad de este tipo de actos que disuada a las autoridades de adoptar decisiones que disminuyan las garantías de las personas privadas de libertad.

Ciertamente, puede parecer que el legislador español es severo al sancionar de forma expresa como torturas ciertos actos que pueden no ser considerados como tales, en aplicación de los criterios de Naciones Unidas pero que, sin embargo generan impunidad y miedo⁵⁴⁹. Esta postura, que como previsión normativa se puede calificar de tajante, viene justificada por la relevancia de la autoría –autoridad pública–, que entendemos es acertada por ello.

Sin embargo, no podemos mostrar nuestra conformidad con la actual redacción del artículo 174 CP. Nos vemos obligadas a recordar que este precepto legal no responde de forma satisfactoria a los compromisos adquiridos por el Estado con la ratificación de la Convención de 1984

⁵⁴⁸ Observaciones finales del Comité contra la Tortura a España sobre el Quinto informe periódico. CAT/C/ESP/CO/5 19 de noviembre de 2009, párrafo 8

⁵⁴⁹ Recordemos esta postura es totalmente correcta según el Artículo 1.2 de la Convención que dice *"El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance"*.

realizada en 1987. Desde entonces, son reiterados los recordatorios realizados por diversos organismos internacionales y asociaciones de defensa de los derechos humanos que no tuvieron total éxito con la redacción del Código Penal de 1995. En efecto, entre otros documentos, recordaremos el último informe de Amnistía Internacional titulado “Afrontar el pasado para construir el futuro: Verdad, Justicia y Reparación en el contexto vasco” publicado en 2017.

Son dos los elementos que se debieran incluir en el tipo penal de la tortura para que éste respondiera plenamente al artículo 1 de la Convención: en primer lugar que el acto de tortura pueda ser cometido por un no funcionario que realice funciones públicas. Como se ha señalado supra será el Tribunal Supremo quien ha venido supliendo éste vacío⁵⁵⁰. En segundo lugar, la finalidad de la tortura debiera incluir la intimidación o coacción del sujeto pasivo o de un tercero. En la regulación actual este tipo de casos tendría una consideración menor, estando penados por el artículo 175.

Añadir también, las críticas recibidas por la cuantía de las penas contempladas, entendidas como muy leves para actos tan graves. En este sentido, el Comité contra la Tortura de la ONU solicita al Estado que proceda a castigar el delito de torturas con condenas más severas y de acuerdo con el artículo 4.2 de la Convención⁵⁵¹. Sobre esta cuestión,

⁵⁵⁰ Recordemos la STS 718/2013 de 1 de octubre

⁵⁵¹ Estas recomendaciones vienen recogidas en las Observaciones finales del Comité contra la Tortura a España. CAT/C/ESP/CO/5 19 de noviembre de 2009, y nuevamente se repiten en las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (Versión avanzada no editada), aprobadas en sesión 1328ª (CAT/C/SR.1328), celebrada el 15 de mayo de 2015, con la siguiente redacción:

“Definición y tipificación como delito de la tortura

8. Si bien toma nota de las explicaciones proporcionadas por la delegación, preocupa al Comité que el Código Penal siga sin reflejar completamente la definición que figura en el artículo 1 de la Convención. Tampoco se han introducido modificaciones en las penas del delito de tortura, que según establece el art. 174 del Código Penal será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es (arts. 1 y 4).

El Comité reitera sus recomendaciones anteriores (CAT/C/ESP/CO/5, párrs. 7 y 8) y urge al Estado parte a que considere armonizar el contenido del artículo 174 del Código Penal con lo

afirmar mi negativa hacia penas privativas de libertad que comporten un largo periodo de tiempo en la cárcel, en ningún caso. Lo ciertos es que, si comparamos estos delitos con otros, como por ejemplo los relacionados con la esfera del terrorismo, la desproporción es abismal y no es justa.

Continuando con el análisis comparado de ambos preceptos penales, seguidamente, recogeremos a modo de ejemplos ilustrativos diferentes casos castigados como tortura grave y menos grave del artículo 174, también de otros atentados contra la integridad moral sancionados con aplicación del artículo 175 y de la modalidad omisiva del artículo 176.

Caso 1, delito de torturas graves, artículo 174. Finalidad punitiva. Persona que tiene un altercado con un policía fuera de servicio y le realiza un corte en la mano. El agresor es detenido por otros agentes en el ejercicio de sus funciones y trasladado a comisaría. En dependencias de la policía, mientras permanece esposado, un compañero del herido le dispensa el siguiente trato *“cabrón, tú le has rajado la mano a un compañero mío y te voy a pegar un tiro y diré que ha sido en defensa propia”*. Al jurar el detenido por su mujer y por su hija que él no había hecho nada, Erasmo Mauricio le volvió a decir *“te voy a pegar un tiro a ti otro a tu mujer y otro a tu hija. Le colocó el cañón de la pistola en la cabeza junto al oído y efectuó un disparo en vacío”* (...) repitió la acción hasta 3 veces, mientras el detenido lloraba y el agente le propinaba golpes con el arma en la cabeza y en otras partes del cuerpo. En aplicación del artículo 177, será condenado también por una falta de lesiones del 617⁵⁵².

Caso 2, delito de torturas no graves. Finalidad punitiva. La policía sospecha que la detenida ha participado en la agresión a un agente. Es sometida a insultos y golpes, dirigiéndose a ella la agente Reyes Teresa de

dispuesto en el artículo 1 de la Convención. Asimismo, el Estado parte debería velar también por que los delitos de tortura se castiguen con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención.”

⁵⁵² STS 205/2015. Fecha 10 de marzo de 2016

la siguiente forma: *" esta, es esta, hija de puta, ya te tenemos" a la vez que le golpeaba con la mano en la cara y la levantaba zarandeándola y agarrándola del pelo hasta tirarla al suelo mientras le decía "mírame bien porque en comisaría te voy a arrancar el piercing de cuajo" (...) un compañero "advierde a doña Reyes Teresa que hay cámaras y que se aparte, para lo que esta agarra de los pelos a doña Amparo Leticia . y la arrastra para apartarla de las cámaras, tras lo cual la golpea repetidamente con los pies.*⁵⁵³ Los hechos se concentran en un espacio de tiempo.

Caso 3, delito de torturas graves, por omisión, artículo 176. Los hechos realizados en el caso anterior sucedieron en presencia de otro policía quién permitió lo sucedido, haciendo dejación de su obligación. En este caso el Tribunal Supremo entiende que no procede la condena por lesiones⁵⁵⁴.

Caso 4, delito contra la integridad moral grave, artículo 175. Individuo detenido por policías de paisano, golpeado y trasladado a comisaría, recibiendo el siguiente trato en el momento de su detención: *"se abalanzaron por la espalda, le pusieron la zancadilla, lo arrojaron de cara al suelo colocándolo boca abajo y esposándolo con las manos atrás, imposibilitando cualquier reacción defensiva suya, tanto por el uso del factor sorpresa como por la desproporción física y numérica, le propinaron los cuatro acusados mencionados indistintamente reiterados golpes y puñetazos por todo el cuerpo, pisándole la cabeza contra el asfalto y agarrándole por el cuello para impedir que gritase; todo ello sin identificación alguna y en presencia de un grupo de personas".* En el traslado a comisaría le introdujeron la pistola en la boca y continuó recibiendo golpes y soportar posiciones forzadas llegando a comisaría *"el acusado seguía sollozando y rogando que parara, repitiendo que era hemofílico y podía morir, a lo que el agente le contestó: "más valía", saliendo, en ese momento, uno de los agentes*

⁵⁵³ STS 601/2013 de 11 de julio

⁵⁵⁴ STS 205/2015. Fecha 10 de marzo de 2016

-no identificado- que estaba aquella noche de servicio en comisaría y quien dijo a sus compañeros acusados que pararan, que había cámaras grabadoras". Posteriormente, el detenido es ingresado en un calabozo donde por primera vez se le comunican sus derechos y los motivos de su detención. No vuelve a sufrir maltrato⁵⁵⁵.

Caso 5, delito contra la integridad moral grave, artículo 175. Pese a la corta duración del comportamiento ilícito, el Tribunal lo sanciona como atentado grave por su especial intensidad ofensiva que indujo terror en la víctima: *"fue asimismo conducido David sujetando sus brazos Jose Francisco mientras Jesús Luis sacó una pistola y la montó por dos veces antes de colocarla en la nuca de David , una vez llegaron todos al vehículo fueron registrados, ordenándose a David que se colocara junto a la puerta abierta del automóvil y se bajara los pantalones, pese a tratarse de una zona concurrida y poder ser visto por los viandantes, y asimismo que auxiliándole de una linterna buscara una colilla por el suelo."*⁵⁵⁶

Caso 6, delito contra la integridad moral no grave, artículo 175. Persona detenida por un presunto delito contra la salud vial es atada de manos con los grilletes a un banco. El detenido, encontrándose ebrio profirió insultos y amenazas a los agentes. Uno de ellos, le propina por sorpresa *"una patada con su pierna izquierda en la cabeza del detenido Severino Guillermo y posteriormente otra patada con su pierna derecha en la cabeza del citado detenido, seguida de otra patada más leve en una pierna, de un manotazo con los guantes y de otros golpes de escasa consideración que no han podido ser concretados pero que duraron pocos segundos."*⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ STS 263/2009 de 30 de noviembre

⁵⁵⁶ STS 1725/2001 de 3 de octubre

⁵⁵⁷ STS 715/2016 de 26 de septiembre. Otros ejemplos de atentados no graves art-175: STS 465/2013 de 29 de mayo (menor al que se le da un tortazo y se le obliga a desnudarse y meterse en el agua a nadar hasta una boya, llevándose los policías su ropa y zapatos) y STS 19/2015 de 22 de enero (detenido al que se le propinan patadas y puñetazos)

Una vez conocidos los ejemplos, de su lectura se deduce la estrechez de la regulación del artículo 174 CP lejos de lo que parecía interpretarse de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo. Casos como el número 4 o el 5 debieran ser castigados como torturas, atendiendo a la importancia de los hechos. Ciertamente, omitir la coacción y la intimidación como finalidad en la tipificación de tortura del 174 CP abre una puerta a la ausencia del reproche penal y social para actos tan execrables como los narrados y rebaja considerablemente la condena a los autores al ser castigados conforme el artículo 175 CP, ya de por sí poco severa.

1.1.6.- Prescripción del delito contra la integridad moral artículos 174 y 175 del Código Penal

La legislación penal española prevé la prescripción de los delitos de tortura y otros malos tratos cometidos por funcionarios públicos y la autoridad. El actual artículo 131 del Código Penal así lo indica, estableciendo un plazo de 15 años para los comportamientos sancionados por el artículo 174 y de 5 años en el caso de los previstos en el artículo 175 CP. Desde 2003 se reconoce la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad⁵⁵⁸, pese a ese avance, sin embargo el Código Penal español se encuentra aún muy distante de las exigencias planteadas por diferentes organismo internacionales que exigen declarar toda tortura imprescriptible⁵⁵⁹.

Como venimos diciendo, la tortura es una grave violación de los derechos humanos. Esta consideración se deriva de la naturaleza del derecho vulnerado y no del número de casos sucedidos, recordando lo

⁵⁵⁸ Introducido por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre.

⁵⁵⁹ Importante destacar que el artículo 132 CP actual diferencia entre interrupción y suspensión

manifestado por Theo van Boven⁵⁶⁰. Por ello, no se puede obviar que la prescripción del delito supone un obstáculo en el ejercicio de la justicia ante tal abominable crimen. El paso del tiempo deje sin contenido el derecho de la víctima y extingue la responsabilidad criminal del autor procurando su impunidad⁵⁶¹, con la honrosa excepción señalada anteriormente, de los responsables de los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio⁵⁶².

En este sentido, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas es tajante, exigiendo al Estado que asegure la imprescriptibilidad de cualquier acto de tortura⁵⁶³. Su exigencia se extiende a los casos habidos en el pasado y que, por aplicación de la Ley de Amnistia de 1977 quedan impunes⁵⁶⁴. Ante el argumento esgrimido por el Estado sobre la fecha de vigencia de la Convención contra la Tortura -aplicable a partir de 1987- posterior a todas luces a la citada ley, el Comité replica que la prohibición de la tortura tiene un arraigado reconocimiento de *jus cogens*⁵⁶⁵ y, en

⁵⁶⁰ Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, párrafo 8

⁵⁶¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, pág. 404

⁵⁶² Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1968; Posteriormente, El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 establece en su artículo 29 la imprescriptibilidad de los crímenes competencia de la Corte, estos se encuentran recogidos en el artículo 7, son los siguientes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra y d) El crimen de agresión.

⁵⁶³ las Observaciones finales del Comité contra la Tortura a España CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009; Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (Versión avanzada no editada), aprobadas en sesión 1328ª (CAT/C/SR.1328), celebrada el 15 de mayo de 2015

⁵⁶⁴ Recordemos que España ingresó en la ONU el 15 de diciembre de 1955 estando plenamente vigente la dictadura franquista

⁵⁶⁵ *Ius cogens* se define en la Enciclopedia Jurídica como: "Con esta expresión se designa al Derecho impositivo o taxativo que no puede ser excluido por la voluntad de los obligados a cumplirlo, por contraposición al Derecho dispositivo o supletivo, el cual puede ser sustituido o excluido por la voluntad de los sujetos a los que se dirige. El Derecho impositivo o *ius cogens* se debe observar necesariamente, en cuanto sus normas tutelan intereses de carácter público o general."

El *ius cogens* se define por primera vez en Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969, artículo 53: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que

consecuencia, el enjuiciamiento de actos de tortura no se puede ver limitado ni por la prescripción ni por el principio de legalidad⁵⁶⁶.

Sin embargo, tanto el legislador como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parecen no seguir esta tesis, pese a lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución. Este último, en Sentencia 63/2005 de 14 de marzo, recuerda el contenido de otras anteriores y en concreto reproduce la 157/1990 de 18 de octubre *"la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal»; a lo que añadíamos que dicho instituto «en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica», si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar –delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados"*

La cuestión que debemos plantear es por qué el Estado en los casos de tortura - prohibición considerada "ius cogens" por la comunidad internacional y por lo tanto irrenunciable y no sometida a prescripción ni al principio de legalidad-, interpreta que puede no ejercer el ius puniendi y permitir la impunidad de los responsables de ese tipo de

tenga el mismo carácter". Concluir diciendo que la tortura está reconocida como una prohibición de ius cogens.

⁵⁶⁶Las Observaciones finales del Comité contra la Tortura a España CAT/C/ESP/CO/5, 9 de diciembre de 2009

comportamientos. Nuevamente, nos encontramos ante el incumplimiento de los compromisos internacionales de defensa y respeto a los Derechos Humanos por parte no solo del Gobierno sino también de la judicatura, obligación de acatar recogida en la Constitución de forma expresa.

1.2.- Los derechos de los detenidos: La Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Capítulo II del Título I de la Constitución española de 1978, destinado a los Derechos y Libertades, recoge en su artículo 17 el derecho que asiste a toda persona a la libertad y seguridad. Continúa señalando que la privación de libertad solo se podrá llevar a cabo respetando lo establecido en el texto constitucional y en los casos y formas que la ley prevea.

A continuación, el apartado segundo de ese artículo regulará elementos concretos de la detención preventiva, como su duración – tiempo estrictamente necesario con un máximo de 72 horas- y la finalidad de la privación de libertad – realizar averiguaciones destinadas a esclarecer los hechos-. En todo caso, llegado el límite señalado, la Carta Magna ordena que la persona detenida deba ser puesta en libertad o a disposición del juez.

El artículo 17 CE continúa en su apartado tercero garantizando el derecho a ser informado de los derechos que asisten al detenido y de los motivos de la detención, señalando el momento en que se debe realizar y la forma -inmediatamente y de modo comprensible-. Seguidamente, garantiza expresamente que la persona detenida no puede ser obligada a declarar, así como que le asiste el derecho a la asistencia letrada, tanto en las diligencias policiales como en las judiciales.

Por último, el apartado cuarto introducirá en la regulación española la figura del “habeas corpus”, mecanismo que posibilita la inmediata puesta a disposición judicial del detenido cuando la petición sea aceptada por el juez⁵⁶⁷.

De forma gráfica, resumimos a continuación el contenido del señalado artículo regulador de los derechos y garantías de las personas detenidas preventivamente:

- Duración: menos de 72 horas
- Finalidad: realizar averiguaciones tendentes a esclarecer los hechos
- Derechos del detenido:
 - o Ser informado de forma comprensible de sus derechos desde el primer momento de la detención
 - o Ser informado de forma comprensible del motivo de la privación de libertad desde el primer momento de la detención
 - o Derecho a no ser obligado a declarar
 - o Derecho a asistencia letrada en diligencias policiales y judiciales

Partiendo del contenido, a priori, garantista del artículo 17, es inevitable para el presente trabajo realizar una lectura del mismo junto con el 55.2 de la Carta Magna⁵⁶⁸. Este artículo, localizado en el Capítulo V De la

⁵⁶⁷ Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”.

⁵⁶⁸ Artículo 55.2 CE

“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.”

Artículo 17.2

“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.”

Artículo 18.2 y 3

suspensión de Derechos y Libertades del Título I, será el único precepto destinado a aceptar la restricción de ciertos derechos en contextos excepcionales, como el estado de excepción. Sobre la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 55 CE – ampliación del plazo de detención, entrada en domicilia y secreto de las comunicaciones-, el Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia 199/1987 justificando la aplicación de estas restricciones en los casos de actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas, por la imposibilidad del Estado para garantizar la seguridad, tranquilidad pública y el orden constitucional con los recursos ordinarios legalmente previstos. Esta situación de emergencia o excepcionalidad, que pone en peligro efectivo la vida, la integridad de las personas y la subsistencia del orden constitucional será, en opinión del Tribunal, la que legitimará al Estado para crear el marco normativo de excepción previsto en el apartado 2 del señalado precepto.

En efecto, la trascendencia jurídica que implica la posibilidad recogida en el artículo 55.2 de la propia Constitución de suspender, en nuestro caso, los derechos acuñados por el apartado 2 del artículo 17 de ese mismo texto es incuestionable, principalmente en el desarrollo de las políticas antiterrorista diseñadas por los diferentes gobiernos a lo largo de décadas. Esta relación -medidas excepcionales//política antiterrorista- será uno de los principales ejes sobre los que desarrollaremos nuestra exposición más adelante.

Dice el artículo 55.2 que una ley orgánica determinará la forma y los casos en los que los derechos reconocidos en el artículo 17.2 puedan ser suspendidos -de forma individual, con intervención judicial y control parlamentario- a personas determinadas, cuando se trate de

"2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial."

investigaciones sobre bandas armadas o elementos terroristas. Es decir, el contenido de esta disposición se traduce en la posibilidad de ampliar el periodo de detención más allá del límite expresamente establecido de las 72 horas en circunstancias muy concretas, especificando estas como las relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas. En consecuencia, será una Ley Orgánica la que modifique el límite máximo de duración de la detención establecido en la Constitución, conforme a criterios indeterminados que han debido ser definidos, nuevamente, por el Tribunal Constitucional.

Así fue, la previsión legal recogida en el artículo 55.2 fue materializada por la Ley Orgánica 11/1980 y posteriormente por la LO 9/1984. Ambos textos ampliaron los límites del artículo 17.2 de la Constitución de forma desmesurada, perpetuando la vigencia de lo establecido en la Ley 56/1978 -norma preconstitucional- donde se contemplaba la posibilidad de mantener a una persona detenida hasta 10 días. La declaración de inconstitucional de este plazo tan extenso no se produjo hasta la Sentencia de 199/1987 de 16 de diciembre del Tribunal Constitucional. Durante esos 9 años, los datos provisionales del Estudio sobre tortura, malos tratos inhumanos y degradantes 1960-2013 que se está llevando a cabo en el País Vasco por el Instituto Vasco de Criminología, indican que de un total de 4.000 personas registradas que alegan haber sido objeto de torturas u otros malos tratos en el periodo de tiempo estudiado, más de 1.200 personas fueron sometidas a periodos de detención incomunicada superiores a 5 días desde 1978 hasta 1987⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ Proyecto de Investigación de la Tortura en el País Vasco 1960-2013 es un encargo del Gobierno Vasco al Instituto Vasco de Criminología de la UPV-EHU previsto en el Plan de Paz del Lehendakari, Acción 6. En junio de 2016 se presentaron los resultados provisionales de esta investigación en el Congreso Verdad y Reparación para las Víctimas de tortura, malos tratos crueles, inhumanos y degradantes, en el marco de los cursos de Verano de la UPV-EHU. Entre los datos ofrecidos, como decimos aún provisionales, se facilitó el señalado supra.

La ampliación de la duración máxima de la detención para casos de terrorismo, ya a todas luces más que suficiente con la contemplada para la ordinaria de 72 horas⁵⁷⁰, fue y sigue siendo una de las cuestiones más debatidas y censuradas desde diferentes posiciones doctrinales y también por la jurisprudencia emanada de organismos internacionales de defensa de los derechos humanos⁵⁷¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende correcta la norma actual que permite prorrogar la detención hasta un máximo de 5 días, pese a que ello suponga ignorar todas las peticiones realizadas por entes supraestatales, con legitimidad para ello reconocida por el propio Estado y la Constitución Española, como son el TEDH o el Comité contra la Tortura de la ONU.

Recordemos que, como se ha dicho anteriormente, en alusión al contenido del artículo 10.2 de la Carta Magna *"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."* En consecuencia, los derechos recogidos en el Capítulo II del Título I, entre los que se encuentra el artículo 17.2 CE, serán conformes a la interpretación que de ellos realicen los tratados y su jurisprudencia que, por razón del compromiso adoptado por el Estado, debiera ser incorporada al ordenamiento jurídico español.

¿Cómo se justifica la necesidad de ese plazo temporal de privación de libertad? Para valorar sobre la adecuación de esos periodos de tiempo, debemos tener en cuenta la finalidad de la privación de libertad a la que se somete al detenido, que no es otra que llevar a cabo ciertas diligencias

⁵⁷⁰ REQUEJO RODRIGUEZ, "¿Supresión o suspensión de derechos fundamentales?", pág. 123

⁵⁷¹ En este sentido, entre otras ⁵⁷¹ LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*; MUÑAGORRI LAGUIA, "Leyes especiales y Estado autoritario"; PEREZ MACHIO, "La prórroga de la detención preventiva en los supuestos de aplicación de la normativa antiterrorista"

policiales de investigación de los hechos. El principio general que rige la aplicación de la privación de libertad es que ésta no puede durar más de lo estrictamente necesario⁵⁷². De esta forma, el límite objetivo y absoluto de las 72 horas viene a su vez condicionado por el límite funcional y relativo que establece la duración de las averiguaciones necesarias tendentes a esclarecer los hechos. En consecuencia, la extralimitación del periodo de privación de libertad se puede dar aún no habiendo superado el plazo máximo fijado por el artículo 17.2 de la Constitución cuando se haya utilizado de forma injustificada, esto afecta por extensión a la ampliación permitida en el artículo 55.2 del mismo texto⁵⁷³.

Recordemos ese mismo artículo de la Constitución cuando advierte que *“La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”*⁵⁷⁴.

Por lo tanto, el objetivo que justifica retener al detenido durante un máximo de 5 días con aplicación de la prologa, tal y como afirma ASECIO MELLADO, será realizar por parte de la policía judicial las diligencias de investigación inmediatas y urgentes que necesiten de la presencia del investigado⁵⁷⁵. En todo caso, ese plazo tan amplio de tiempo, atendiendo al avance de las tecnologías en el ámbito de la investigación criminal, se revela innecesario salvo excepción altamente justificada⁵⁷⁶.

⁵⁷² STS 875/2016 de 21 de noviembre

⁵⁷³ STS 457/1999 de 19 de junio

⁵⁷⁴ El Código Penal en sus artículos 530 y 531 establece las sanciones previstas para la autoridad o funcionario público que practique o prolongue la detención y/o incomunicación de un detenido con violación de los plazos o de las garantías constitucionales.

⁵⁷⁵ ASECIO MELLADO, “La libertad de movimientos como derecho fundamental”, pág 81; También ORBEGOZO/ PEREZ MACHIO/PEGO; *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, pág. 36

⁵⁷⁶ ORBEGOZO/ PEREZ MACHIO/PEGO, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, pág. 36

Pese a lo dicho supra, sin embargo, los datos proporcionados por investigaciones empíricas sobre esta cuestión hacen concluir con la utilización de forma flexible y sin rigor de la prórroga de la detención. Este hecho constatado es una prueba indiciaria de la falta de garantías de las y los detenidos, que despierta desconfianza y recelos sobre la forma de actuar de la policía y la tutela judicial en una gran parte de la doctrina y de los agentes que trabajan en la defensa de los derechos humanos.

Citaremos el trabajo realizado por MORENTIN y LANDA⁵⁷⁷, sobre 937 personas detenidas en régimen de incomunicación para las que se conoce ese dato⁵⁷⁸, en el periodo de tiempo comprendido entre 2000-2008, se constata el hecho de que 599 permanecieron privadas de libertad más de 3 días (entre 3 y 4 días fueron 286, entre 4 y 5 días fueron 248; entre 5 y 6 días permanecieron 65 personas). Estos autores concluyen afirmando que existe una relación directamente proporcional entre la frecuencia de alegaciones de tortura y la duración de la detención incomunicada, concluyendo con la constatación de que el riesgo se incrementa marcadamente a partir del tercer día de detención⁵⁷⁹.

Nos recuerdan autores como VIRGALA FORURIA, que durante ese periodo de tiempo la persona detenida mantiene el derecho a no declarar que está contemplado en el artículo 17.3 CE y no sujeto a suspensión por aplicación del 55.2⁵⁸⁰. En consecuencia, poco o nada justifica la permanencia en dependencias policiales, más allá de los primeros momentos de detención, máxime cuando la o él detenido manifiesta su deseo de no realizar declaración alguna y siendo reconocido que el paso del tiempo puede doblegar su resistencia a ello. En efecto, así lo indican nuevamente los datos, entre otros un estudio realizado para el ARARTEKO

⁵⁷⁷ MORENTIN CAMPILLO/LANDA GOROSTIZA, "La Tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial", pág. 57

⁵⁷⁸ En total fueron 957 las personas detenidas incomunicadas cuyo caso fue analizado, la duración del periodo de detención se desconoce para 20 personas

⁵⁷⁹ MORENTIN CAMPILLO/LANDA GOROSTIZA, "La Tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista", pág. 68 y 72

⁵⁸⁰ VIRGALA FORURIA, E; "La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento Español", pág. 95

sobre los derechos de los detenidos en el año 2001 en el contexto de la lucha antiterrorista contra ETA⁵⁸¹. En el análisis de 91 casos, con datos disponibles de 85 sujetos, se constató el hecho que 52 de los detenidos declaran en comisaría (64%) ofreciendo más de una declaración policial 27 de ellos. Del total de las 52 personas señaladas, 47 de ellas declararan policialmente durante el cuarto, quinto y sexto día, destacando el quinto día con 35 casos⁵⁸². Los datos indican que en este contexto, la utilización de la privación de libertad más allá del tercer día es altamente sospechosa de tener una finalidad puramente coactiva, centrada en la consecución de una declaración autoinculpatória. Precisamente sobre esta cuestión BASSIOUNI alerta de la importancia de la protección contra la tortura y actos similares durante los interrogatorios desarrollados en fase de instrucción como garantía en contra de las autoinculpaciones⁵⁸³.

1.3.- Los derechos de las personas detenidas y la normativa de excepción: la incomunicación de la y el detenido en supuestos de terrorismo

¿Cómo se justifica la incomunicación? citando palabras del Tribunal Supremo, la necesidad de esta institución se *"deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos"*⁵⁸⁴, en referencia a los tipos penales cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o terrorismo⁵⁸⁵. El Tribunal Constitucional avala la incomunicación, como una herramienta necesaria ante delitos muy graves

⁵⁸¹ ORBEGOZO/ PEREZ MACHIO/PEGO; *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, pág. 94

⁵⁸² Otra investigación, de 182 personas para las que se conocía el dato 128 realizaron declaración policial, 29 de ellas más de una. En PEGO/ORBEGOZO/JIMENEZ; "Aplicación de la normativa antiterrorista. Estudio empírico sobre expedientes judiciales de personas detenidas por delitos de terrorismo (2000-2007)", pág. 424

⁵⁸³ BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, pág. 804 y 805

⁵⁸⁴ STS 706/2016 de 15 de septiembre

⁵⁸⁵ Esta previsión se realiza en el artículo 520bis LECr en relación con el 384bis de ese mismo cuerpo legal.

que atentan contra la paz social y la seguridad ciudadana, asumiendo la limitación de ciertos derechos como justificada para la defensa de estos valores⁵⁸⁶.

En todo caso, es una medida excepcional y provisional, de duración limitada a unos días –máximo 5 en detención provisional que pueden alcanzar los 13 en aplicación de la prisión provisional incomunicada- cuya objetivo es aislar a la persona detenida, privándole del contacto con otras personas, para de esa forma evitar el conocimiento de la investigación por terceros ajenos que puedan dañarla. La suspensión de los derechos -a los que nos referiremos en el siguiente epígrafe- que se ejerce por medio de la incomunicación se fundamenta sobre la necesidad de reforzar el secreto de las investigaciones policiales y asegurar su buen desarrollo⁵⁸⁷.

Sin embargo, debemos hacer hincapié en que la incomunicación, pese a lo que se pudiera interpretarse de la lectura de algunas resoluciones judiciales, no tiene previsión constitucional expresa. Es decir, no tiene encaje en el contenido del artículo 55.2 de la Constitución que, como hemos señalado supra, se refiere exclusivamente a la suspensión de lo estipulado en el artículo 17.2 (también 18.2 y 18.3) de la Carta Magna sobre la duración de la detención⁵⁸⁸.

No podemos iniciar el análisis de la regulación de la incomunicación sin advertir que las mismas medidas restrictivas que contempla ésta y que veremos a continuación serán de aplicación también a los menores de

⁵⁸⁶ STC 196/1987 de 11 de diciembre

⁵⁸⁷ STC 199/1987 de 16 de diciembre

⁵⁸⁸ Un ejemplo que puede llevar a concluir la previsión constitucional de la incomunicación, lo encontramos en la Sentencia Audiencia Nacional Sala de lo penal Sección Primera nº 15/2012 de 29 de febrero, donde se recoge lo siguiente: *“La incomunicación genera una situación de especial riesgo para los derechos humanos básicos del detenido (STc 224/2007 , sobre violación del derecho a la tutela efectiva por no investigar una denuncia de torturas). De ahí que demande un control jurisdiccional reforzado, tal y como pide el art. 55.2 Constitución que habla de la necesaria intervención judicial. No solo la decisión de incomunicar a una persona detenida corresponde siempre al juez, por imperativo constitucional (STc 199/1987),(...)*

edad⁵⁸⁹, así lo prevé el artículo 17.4 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores⁵⁹⁰. Este precepto es interpretado en la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial, de la siguiente forma:

“9.- Cuando el motivo de la detención sea la Imputación de uno de los delitos de terrorismo tipificados en el Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal, cabe solicitar del Juez la incomunicación y prórroga de la detención del menor con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, previo conocimiento del Fiscal de Menores de la Audiencia Nacional

El menor detenido por delitos de terrorismo que haya sido incomunicado será asistido siempre por el letrado del turno de oficio, no teniendo derecho a la designación de letrado de confianza ni a entrevista reservada con el abogado antes y después de la declaración (artículo 17.4 de la LORPM en relación con los artículos 520 bis y 527 de la LECrim).”

⁵⁸⁹ Recordemos la Convención de los Derechos del niño (1989). A los efectos de esta Convención se entiende niño toda persona menor de 18 años. En el artículo 37, se insiste en la necesidad de velar y proteger los derechos humanos de los niños en aquellos supuestos en los que sea inevitable tanto la detención como la propia privación de libertad, prohibiendo expresamente la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

⁵⁹⁰ Artículo 17.4 LORPM

“La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.”

1.3.1.- Los artículo 520 bis y 527 de de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: La incomunicación y su relación indisociable con la prórroga de la detención.

La detención incomunicada está regulada en los artículos 520 bis y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y constituye, junto con la posibilidad de prorrogar el periodo de detención, una de las herramientas jurídicas más importantes utilizadas en la lucha antiterrorista. En efecto, la aplicación de ambas figuras sobre una misma persona –incomunicación y prórroga de la detención- suele ser una constante, como así se probó en la investigación realizada en 2008 y financiada por el Ararteko sobre los derechos de los detenidos en el contexto de la lucha antiterrorista contra ETA ya citada anteriormente⁵⁹¹. Los datos indicaban que en el año 2001, de un total de 97 casos estudiados de personas detenidas bajo incomunicación, 72 de ellas (el 74,2%) fueron sometidos también a la prórroga de la detención, permaneciendo en dependencias policiales: hasta 4 días 23 personas (23,7% del total de 97 casos), hasta 5 días 46 personas (47,4% del total de los 97 casos) e incluso 3 sujetos fueron sometidos a 6 días de incomunicada (3,1% del total de los 97 casos).

Pese a constituir dos figuras autónomas e independientes, la sistematicidad con la que se ha aplicado la incomunicación en las detenciones de presuntos terroristas de ETA – de 107 personas detenidas en 2001 fueron 103 las incomunicadas, esto es 96,3%⁵⁹²- y el momento en que se aplica ésta, es decir desde el inicio de la detención, ha creado la apariencia de que será el régimen de incomunicación la figura principal que puede extenderse más allá del tiempo ordinario como una posibilidad

⁵⁹¹ ORBEGOZO/ PEREZ MACHIO/PEGO; *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, pág. 94

⁵⁹² ORBEGOZO/ PEREZ MACHIO/PEGO; *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, pág. 94; Otro estudio realizado por PEGO/ORBEGOZO/JIMENEZ; "Aplicación de la normativa antiterrorista. Estudio empírico sobre expedientes judiciales de personas detenidas por delitos de terrorismo (2000-2007)", analiza una muestra mayor de casos (212) que corresponde a un periodo más amplio (2000-2007) aportando resultados similares: 197 personas (92,9%) fueron incomunicadas frente a 15 (7,1%) que no.

que pende de ella. Por el contrario, la interpretación que entendemos se debe realizar del artículo 520 bis LECr es que existe la posibilidad de prorrogar una detención ordinaria sin incomunicación. En efecto, en los años 80, con periodos de detención vigentes de hasta 10 días y redadas masivas, en muchas ocasiones, tal y como relatan las víctimas de tortura, la aplicación de la incomunicación era inviable por falta de sitio en las comisarías y la necesidad de compartir celda. Este hecho no se da a partir de los 90⁵⁹³.

Como decíamos, la utilización de la incomunicación se revela como el mecanismo principal de aplicación en la lucha antiterrorista, por su "eficacia" – según sus defensores- máxime cuando esta limitación de derechos puede extender su duración hasta 5 días. Sin embargo, otros sectores realizan intensas críticas que cuestionan su legalidad conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Entre otros argumentos en contra de esta institución, se alega que pese a afectar derechos consagrados en la Constitución, ninguno de los derechos que suprime dispone de previsión legal en la Carta Magna, al contrario de lo que sucede con la ampliación del tiempo de detención. En efecto, como hemos señalado, el texto constitucional contempla en su artículo 55.2 prolongar el tiempo de detención, sin embargo este artículo referido a situaciones excepcionales sobre actuación de bandas armadas y elementos terroristas nada señala sobre la incomunicación y la previsión de establecer una legislación de excepción sobre los derechos que suprime⁵⁹⁴. La omisión en la que incurre el legislador al no recoger la suma de ambos elementos en el artículo 55.2 – incomunicación y prolongación de la detención- no se explica. Será el Tribunal Constitucional, como veremos, el encargado de dar el aval constitucional a la incomunicación.

⁵⁹³ IVAC-KREI; "El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria- Resumen de la actividad"

⁵⁹⁴ En este sentido, España ante el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas reconoce la detención incomunicada como un régimen excepcional, así lo recoge el Comité en las Observaciones finales del Comité tras la visita a España realizada en abril de 2015, aprobadas en su sesión 1328^a (CAT/C/SR.1328), celebrada el 15 de mayo de 2015

Para acercarnos a esta cuestión es conveniente realizar una breve reseña sobre los antecedentes de este instrumento y su evolución, citando también dada su estrecha relación y desarrollo legislativo, la prórroga de la detención.

Recién finalizada la dictadura franquista, unos días antes de la aprobación de la Constitución Española de 1978, se introduce en el ordenamiento la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas en relación a delitos cometidos por grupos y organizaciones armados, recordemos que se tratará de una ley ordinaria la destinada a regular y prohibir derechos fundamentales. Esta norma, en su artículo 2, prevé que la autoridad que decreta la detención del sujeto podrá ordenar su incomunicación durante el tiempo que estime necesario para completar las diligencias de instrucción, sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste a la persona. Es en este mismo artículo donde se introduce la ampliación de la detención gubernativa, que a partir de ese momento podrá extenderse de 3 a 10 días de privación de libertad incomunicada si así se estimara procedente. Posteriormente, en periodo postconstitucional, la LO 11/1980 y la LO 9/1984⁵⁹⁵ mantendrán esos plazos y condiciones hasta la sentencia 199/1987 del Tribunal Constitucional que declarará inconstitucional ciertos aspectos de su regulación: será necesaria la decisión de un órgano judicial para aplicar la incomunicación, si bien la ordenación inmediata de la misma, en un primer momento, puede realizarla la autoridad que realiza la detención⁵⁹⁶; también será necesaria la autorización expresa de un juez

⁵⁹⁵ La redacción del artículo 15.1 de la LO 9/1984 será el siguiente: *“La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación.”*

⁵⁹⁶ STC 199/1987 de 16 de diciembre:

“Como demuestran experiencias ajenas y propias, un uso ilimitado y extensivo de la situación de incomunicación en las detenciones gubernativas puede poner en peligro derechos tales como los previstos en los arts. 15, 17 y 24.2 de la Constitución. Por ello en nuestro ordenamiento la decisión de incomunicación corresponde siempre al órgano judicial aun en el caso de las detenciones gubernativas.

para proceder a la prorrogar la detención, siendo este requisito exigido de forma previa a su adopción⁵⁹⁷; por último, se declarará inconstitucional la prórroga de la detención con extensión de hasta 7 días, aceptando el Tribunal los argumentos del recurso interpuesto por el Parlamento Vasco, en el sentido siguiente:

“En consecuencia, el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984, al permitir una prórroga de la detención hasta un plazo adicional de siete días, no ha respetado ni el requisito del art. 17.2 de la Constitución -no durar más del tiempo estrictamente necesario-, ni la exigencia del «plazo más breve posible» del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España. Por ello ha de ser declarado inconstitucional también por este motivo relativo a la duración excesiva de la prolongación de la detención.”

En resumen, desde 1978 hasta la sentencia del Tribunal Constitucional de 1987 la autoridad gubernativa estaba capacitada para aplicar la incomunicación y prorrogar la detención sin expreso consentimiento judicial. En consecuencia, en la práctica era posible que una persona pudiera permanecer detenida e incomunicada hasta 10 días por decisión gubernativa.

(...)En consecuencia, el art. 15.1 resulta contrario a la Constitución en cuanto permite que la autoridad gubernativa que haya decretado la detención pueda, en todos los casos, y sin intervención judicial alguna, ordenar la incomunicación del detenido durante las primeras setenta y dos horas. Sin embargo, no es contrario a la Constitución el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, aunque solicitando al mismo tiempo del órgano judicial la confirmación de la medida.

⁵⁹⁷ STC 199/1987 de 16 de diciembre:

“Por ello, la prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo a los arts. 17.2 y 55.2 de la Constitución, sin una previa y expresa autorización judicial. Por hacer posible esa prolongación con la mera comunicación o petición de prolongación, sin exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial, el art. 13 de la Ley Orgánica 9/1984 es inconstitucional.”

Unos años después, LO 4/1988 introducirá en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la prórroga detención y la incomunicación, por medio de la incorporación en el cuerpo de esta ley del artículo 520 bis sobre *“Detención de personas relacionadas con bandas armadas o terroristas”*. Este nuevo artículo, en su apartado primero, establecerá en 5 días el periodo máximo de detención para los delitos de terrorismo. Sobre la decisión de la aplicación de la incomunicación, será el cuerpo policial quien, de facto, decida someter al detenido a este régimen en el primer momento de la detención, disponiendo el órgano judicial de 24 horas para dar su conformidad o anular su aplicación.

El artículo 520bis 2 recoge esta previsión de la siguiente forma: *“Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.”*

Por lo tanto, para conocer el contenido material de la incomunicación debemos acudir al artículo 527 LECr, en virtud del cual, desde 1983 hasta la reciente reforma de 2015, la persona sometida a régimen de incomunicación es privada de los siguientes derechos:

- derecho a designar abogado siendo asistida por letrado de oficio;
- no disfrutará de la entrevista reservada con el letrado de oficio;
- por último, no se comunicará a familiar o persona que ella designe su detención y paradero.

Pese a que la LO 13/2015 de 5 de octubre, por su reciente incorporación, poco afecta al contenido del presente trabajo, nos vemos en la obligación de señalar las modificaciones introducidas por esa reforma. En primer lugar, destaca el hecho de que la nueva redacción establece la posibilidad de limitar parcialmente los derechos enumerados, utilizando la fórmula de “podrá ser privado”, frente al antiguo artículo 527 que negaba a la persona incomunicada todos y cada uno de los derechos señalados en él. Continuando con los cambios introducidos, uno de los elementos más destacados por su novedad es la prohibición de acceder la persona detenida o su abogado a las actuaciones, con excepción de los elementos esenciales de la misma. De esta nueva redacción se interpreta, por lo tanto, que el secreto de actuaciones será aplicable solo al sujeto incomunicado y será automático desde el momento en que la policía solicite la incomunicación quedando pendiente, eso sí, de la posterior aceptación por parte del juez. En segundo lugar, se prohibirá la comunicación con otras personas, concretando en esta nueva redacción las excepciones: salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico. En definitiva, el detenido incomunicado no podrá tener comunicación con persona ajena a la función administrativa dependiente del Ministerio de Justicia, es decir, del Estado.

1.3.2.- Los derechos suspendidos y su justificación

Desde hace más de una década, organismos internacionales como el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en sus informes a España afirman que el régimen de incomunicación, pese a contar con ciertas salvaguardas legales, *“facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos”*⁵⁹⁸. De la lectura de estos reproches se deduce que el espacio de

⁵⁹⁸ Ya en su informe de 2002 CAT/C/CR/29/3, 23 de diciembre, el Comité contra la Tortura era así de contumaz con esta cuestión. Destacan las Observaciones finales del Comité tras la visita a España realizada en abril de 2015 donde le insta a aprovechar la reforma que se estaba llevando a cabo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suprimiendo la

opacidad que da cobertura a estas prácticas se crea por la ausencia de ciertas garantías. En efecto, estos derechos son suprimidos por parte del Estado bajo pretextos y argumentos concretos que utiliza para defender su postura frente a los organismos de control y defensa de los derechos humanos a los que, no olvidemos, España debe obedecer por su vinculación y reconocimiento de su legitimidad. Sin embargo, la defensa de la paz social y la seguridad ciudadana -bienes constitucionalmente reconocidos en el artículo 10.1 y cuya garantía y protección se atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el artículo 104.1 de la Carta Magna- vienen a justificar la limitación de las garantías a los detenidos⁵⁹⁹.

¿Cuál es la utilidad de la incomunicación? La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 509 describe los objetivos que justifican la anulación de ciertos derechos a las y los detenidos en relación a la presunta comisión de actos terroristas⁶⁰⁰. Debemos advertir que este precepto legal ha sido objeto de una importante modificación en 2015, sin embargo, como venimos señalando, de cara a las investigaciones a las que se hace referencia en el presente trabajo y al propio objetivo del mismo, procederemos a señalar el contenido del texto vigente hasta esa fecha⁶⁰¹.

Decía el artículo 509 que el juez o tribunal estaba facultado para acordar la incomunicación, de forma excepcional, y que ésta debía durar el

incomunicación y no limitando, ni de forma facultativa, los derechos de las personas privadas de libertad. Como se recoge en el texto de este trabajo, el Estado hizo caso omiso a esta petición.

⁵⁹⁹ STC 196/1987 de 11 de diciembre.

⁶⁰⁰ Según redacción introducida por la Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre, que aglutinó el contenido de los anteriores artículos 506, 507 y 508

⁶⁰¹ El Preámbulo de Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, dice lo siguiente: *“La denominada «prisión incomunicada» también ha sido objeto de revisión en la presente reforma, al objeto de adecuarla a las exigencias del Derecho de la Unión Europea. La nueva regulación del artículo 527 permite aplicar esta modalidad de detención cuando concurren los presupuestos legalmente previstos de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 509. Además, se faculta al juez para limitar algunos derechos según las necesidades de cada caso, sin que esta restricción opere automática e indiferenciadamente respecto de todos, y por el tiempo estrictamente imprescindible.”*

tiempo estrictamente necesario para practicar diligencias tendentes a evitar:

- la sustracción a la acción de la justicia de personas que pudieran estar implicadas en los hechos;
- que estas terceras personas actúen contra bienes jurídicos de las víctimas;
- que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con el caso;
- la comisión de nuevos hechos delictivos;

En efecto, en este sentido el Tribunal Supremo, recordando lo dicho por el Tribunal Constitucional en Sentencia 1996/1987 y Auto 155/1999, manifiesta que la finalidad específica que legitima la adopción de la medida de la incomunicación será la de anular los peligros que el conocimiento de la investigación por parte de personas ajenas permita que se sustraigan a la acción de la justicia responsables o implicados en el delito que está siendo investigado, o se destruyan u oculten pruebas relacionadas con el mismo⁶⁰².

Recordemos también que estas mismas restricciones son aplicadas a los menores de edad detenidos por su presunta participación en actos tipificados como terrorismo.

A continuación procederemos a realizar una lectura crítica de la relación existente entre los riesgos que el legislador y el Tribunal Constitucional esgrimen para justificar la aplicación de la incomunicación como herramienta con fines preventivos y la supresión de determinados derechos del detenido.

a) Derecho a la libre elección de abogado

⁶⁰² STS 706/2016 de 15 de septiembre

El derecho a ser asistido por abogado de libre elección se considera una de las salvaguardas básicas que asiste a toda persona detenida⁶⁰³. Así se establece en el Principio 1 de Los Principio Básico sobre la Función de los Abogados de Naciones Unidas (1990), que dice *“Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”*. Seguidamente, el Principio 5 disipa posibles dudas sobre el concepto de “proceso penal” al estipular que toda persona arrestada, detenida o acusada de un delito debe ser informada de forma inmediata del derecho a ser asistida por abogado de su elección⁶⁰⁴.

Teniendo en cuenta que los citados Principios Básicos, si bien no son un texto convencional, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos⁶⁰⁵, nos encontramos ante una nueva contradicción del legislador español al limitar de esa forma el ejercicio del derecho de asistencia letrada. Sin embargo, ante una cuestión de interpretación tan sencilla, el legislador y parte de la judicatura desarrollan argumentos torticeros que justifican su postura sobre la base de resquicios normativos, pese a la firmeza de las organizaciones de defensa de los derechos humanos que vienen requiriendo a España para que suprima esta restricción⁶⁰⁶.

En efecto, el Estado basa su postura en elementos constatables. Empezando por el Convenio Europeo de derechos Humanos, en su artículo 5 –Derecho a la libertad y seguridad personal- recoge la forma en que debe ser tratada la persona detenida, será informada de sus derechos de forma

⁶⁰³ Observaciones finales del Comité tras la visita a España realizada en abril de 2015 y aprobadas en su sesión 1328ª (CAT/C/SR.1328), celebrada el 15 de mayo de 2015,

⁶⁰⁴ Los Principio Básico sobre la Función de los Abogados, aprobados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p.118 (1990)

⁶⁰⁵ Los Principio Básico sobre la Función de los Abogados 1990, Considerando 11

⁶⁰⁶ STC 7/2004 de 9 de febrero. A modo de ejemplo, señalar también el 5º Informe periódico que presento España ante el Comité contra la Tortura en 2009 y las alegaciones realizadas por el Estado en el párrafo 75 y ss.

comprensible y en el plazo de tiempo más breve, será conducida a presencia del juez sin dilaciones, tendrá derecho a presentar recurso contra su detención. Sin embargo, nada se dice del derecho a asistencia letrada durante ese periodo de tiempo, derecho que sí vendrá recogido en el artículo 6 junto con las garantías de un proceso equitativo. Así es, el apartado 3 c) de este precepto cita expresamente el derecho que tiene el "acusado" de ser asistido por un defensor de su elección.

Esta diferencia entre el derecho a la asistencia letrada en el momento de la detención y el reconocido para la fase procesal es uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 7/2004 para defender la validez de la imposición del abogado de oficio, y será también reproducida por el Tribunal Supremo en sentencias recientes como la 706/2016⁶⁰⁷.

Recordemos que el derecho a asistencia y defensa letrada se encuentran expresamente recogidos en el artículo 24.2 de la Constitución, además de en el citado 17.3 de ese mismo texto para los detenidos. Sin embargo, en ambos casos no se especifica que esta garantía tenga que responder a la libre elección de la persona privada de libertad o del acusado. Podemos interpretar esta omisión como una señal de que el legislador no lo consideró necesario por obvio.

En efecto, la norma general es que la persona contrate a su letrado y abono sus honorarios, mientras que el abogado de oficio es un recurso que se establece de forma subsidiaria al de confianza y se recurre a él en los casos en que el detenido o acusado no puede costear su defensa o representación, o en ocasiones por cuestión de premura.

⁶⁰⁷ Cita esta sentencia otras del Tribunal Supremo que reiteran esta doctrina, como: 590/2010 de 2 de junio; 1078/2011 de 24 de octubre; 432/2012 de 1 de junio; 187/2014 de 10 de marzo

En este momento, es importante recordar el artículo 119 de la Constitución donde se reconoce la gratuidad de la justicia para los que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, garantía que se regulará en la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia jurídica gratuita. El artículo 3 de esta norma requiere, como requisito ineludible para que una persona se le reconozca ese derecho, que demuestre carecer de recursos suficientes, cuantificados estos conforme a lo establecido en el citado artículo⁶⁰⁸, es decir, debe constatarse un nivel económico que justifique la gratuidad. En efecto, incluso en situaciones como la señalada en el artículo 6.2 - contenido material del derecho reconocido- en situaciones como una primera diligencia o primera comparecencia ante el juez, cuando el detenido y el preso o imputado no hubiera designado abogado, le asistirá uno de oficio sin justificación previa de la carencia de recursos, sin perjuicio de que deba costear los honorarios devengados, en el supuesto de que no tramite la justicia gratuita o no sea finalmente beneficiario de la misma⁶⁰⁹.

En definitiva, tal y como se establece en la Exposición de motivos de la Ley 1/1996, en ella se regula una actividad prestacional, destinada a

⁶⁰⁸ La Ley establece excepciones en las que no es necesario justificar los recursos de los que dispone la persona litigante, como por ejemplo el supuesto recogidos en el artículo 2.g)

"g) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos".

⁶⁰⁹ Artículo 6. 2 de la Ley

"2. Asistencia de abogado al detenido, preso o imputado que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido, preso o imputado no hubiere designado abogado en el lugar donde se preste. Igualmente será de aplicación dicha asistencia letrada a la persona reclamada y detenida como consecuencia de una orden de detención europea que no hubiere designado abogado.

No será necesario que el detenido, preso o imputado acredite previamente carecer de recursos, sin perjuicio de que si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deba abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención."

garantizar a todos los ciudadanos los medios necesarios para ejercer su derecho pese a carecer de recursos suficientes para ello. Por lo tanto, la previsión constitucional que garantiza la gratuidad de la asistencia letrada, en todo caso, se aplicará subsidiariamente para paliar la incapacidad del detenido de hacer frente a ese gasto y en aplicación del deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales de todas las personas.

Llegados a este punto, parece sencillo concluir que los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución garantizan la "salvaguarda" fundamental del detenido y procesado a la asistencia letrada, entendida esta, como no puede ser de otra forma, en su sentido más amplio de elección libre de abogado/a, máxime cuando será costeadada por la o el interesado. Que en cuanto a derecho fundamental, el Estado debe tutelar que toda persona esté en condiciones de ejercerlo, es por ello la previsión constitucional de su gratuidad en los supuestos de falta de recursos económicos y su posterior regulación como una prestación de oficio garantizada en el artículo 119 de la Constitución. Por lo tanto, parece lógico concluir que, siendo un derecho fundamental consagrado en la Carta Magna su limitación también debiera estar recogido en ella, tal y como se prevé para la duración de la detención del artículo 17.2 y su ampliación en el 55.2.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, atendiendo al tenor de la sentencia 7/2004, realiza una interpretación muy diferente de esta cuestión. Así es, dice el órgano judicial que el derecho a la asistencia letrada tiene una doble proyección en la Carta Magna: por una parte la que asiste al detenido, recogida en el artículo 17.3, como una de las garantías del derecho a la libertad; por otra, el artículo 42.2 en garantía del "proceso debido" en el marco de la tutela judicial efectiva y en relación al acusado o imputado. Esta diferencia ha propiciado que se establezca un contenido desigual del derecho de asistencia letrada en cada caso – detenido//procesado-. Para el supuesto de la persona privada de libertad, afirma el Tribunal que la confianza que el detenido tiene en su abogado

forma parte del *contenido normal* del derecho y no del *contenido esencial* del mismo. En referencia a este último, señala que la esencia de este derecho se encuentra en la efectividad propia del ejercicio de la defensa, entendida esta como el apoyo moral y la ayuda profesional que procura el abogado y no en la confianza que existente entre ambos.

Con base en esta argumentación, concluye que esa finalidad -la de procurar el ejercicio de la defensa al detenido- se cumple objetivamente con la designación de un abogado de oficio, garantizando de esta forma el artículo 527 LECr la efectividad de la asistencia, de la misma manera que si el letrado fuera de libre designación.

A renglón seguido, nos recuerda el Tribunal Constitucional el Fundamento Jurídico Quinto de una de sus sentencias anteriores, la número 196/1987, donde señala que la privación de la posibilidad de nombrar abogado de libre elección *“constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen”*. Atendiendo a las sentencias dictadas por este Tribunal, el artículo 527 a) cumple con los parámetros requeridos al legislador de razonabilidad, proporcionalidad y finalidad.

Efectivamente, no podemos más que admirar la construcción argumental desarrollada por el Tribunal Constitucional que entra a diseccionar con precisión el derecho a la asistencia letrada de las y los detenidos diferenciando con claridad entre los elementos que constituyen el núcleo esencial y lo prescindible, para concluir con un *“para bien”* sobre la limitación de un derecho fundamental, que si bien mutilado continua siendo funcional para la defensa de los intereses de la persona privada de libertad, opinión que en parte podemos compartir como explicaremos más adelante.

Sin embargo, esta sólida argumentación se tambalea cuando, en la misma sentencia 7/2004 - Fundamento Jurídico Octavo- el Tribunal debe pronunciarse sobre la validez de la declaración judicial prestada por uno de los detenidos en el momento inminentemente posterior al levantamiento de la incomunicación. Para esta persona, al tiempo de dictar sentencia, la Sala juzgadora disponía de una serie de datos que le permitieron concluir con la verosimilitud de las denuncias de torturas padecidas durante los cinco días de detención incomunicada a la que fue sometido. Pese a ello, el Tribunal juzgador entendió que las declaraciones auto inculpatorias realizadas por el detenido no estaban viciadas por los tormentos padecidos, argumentando para ello que el final de la incomunicación se produjo momentos antes de su comparecencia ante el juez, lo que le permitió realizar sus manifestaciones con abogado de confianza y en plenas garantías.

Ante este supuesto concreto, sorprende para bien a esta parte la conclusión alcanzada por el Tribunal y su argumentación, por lo que de contradicción tiene con las tesis mantenidas hasta ese momento en la misma sentencia. En efecto, el Constitucional comienza su análisis mostrando su conformidad con la afirmación realizada por el órgano sentenciador en cuanto que la declaración judicial "en sí misma" se practicó con garantías y sin coacción. Pero, seguidamente añade que ello no es aval suficiente para concluir que se han realizado con toda libertad, atendiendo a las condiciones sufridas en los cinco días anteriores bajo el régimen de incomunicación *"y, sin solución de continuidad, sin haber podido entrevistarse con ninguna persona de su confianza, ni tampoco con el Abogado que les asistía, son llevados a presencia judicial para declarar sobre los mismos hechos acerca de los que han sido interrogados policialmente bajo tortura. Pues el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el*

momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva.” Importante reflexión la realizada por el Tribunal, entendiendo que la privación del contacto con una persona de confianza durante la incomunicación, si bien no es definitivo en cuanto a la calidad de la asistencia técnica jurídica, sí redundaría en perjuicio del detenido, privándole de una herramienta de vínculo con la realidad, de control de su situación y de denuncia de un trato inadecuado. De sus manifestaciones se deduce que el elemento “confianza” sí es un valor a tener en cuenta en aras a garantizar la integridad moral del individuo.

A mayor ahondamiento, continúa el Tribunal manifestando que las garantías formales legalmente previstas que en circunstancias normales serían suficientes para concluir sobre la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones realizadas, en supuestos excepcionales como el analizado no pueden procurar esa conclusión. Por el contrario, el Tribunal Constitucional afirma que lo correcto hubiera sido adoptar medidas concretas destinadas a eliminar toda sospecha acerca de la falta de libertad del declarante antes de realizar sus manifestaciones y señala algunos ejemplos, entre los que incluye *“permitir la entrevista previa con los Abogados”*

A la luz de lo expuesto, en nuestra opinión, se incurre en una flagrante contradicción cuando en el Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia 7/2004 se ratifica la “efectividad de la asistencia letrada” en los casos de incomunicación, pese a que se prive al detenido de la elección de letrado y se suprime la entrevista reservada con éste una vez realizada la declaración ante la policía. Decimos que no es coherente porque posteriormente, en el Fundamento Jurídico Octavo, cuando ante la evidencia de torturas se debe valorar la validez de una prueba –declaración judicial autoinculpatória-, el Tribunal constata cómo la ausencia de ciertas garantías deja en situación de desamparo al detenido ante el

padecimiento de importantes tormentos. Es en ese momento, cuando el propio Tribunal recomienda, como mecanismo de evitación y garantía, la introducción de elementos que previamente había calificado de prescindibles. Así mismo, es preocupante que el propio órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de la Carta Magna de cobertura a la limitación de un derecho constitucional desde una norma ajena a este texto. Debemos recordar nuevamente que la restricción de este derecho fundamental – el de la libre elección de abogado- sólo está prevista en aplicación de la detención incomunicada y, como el órgano juzgador bien conoce, viene acompañada siempre de la supresión de la entrevista reservada con el detenido, pese a que el abogado sea de oficio. Ambos hechos, como bien ha podido constatar el Tribunal, dejan totalmente desprotegida a una persona ante posibles prácticas ilegales llevadas a cabo por la policía.

En efecto, en este sentido haremos referencia a lo señalado por el Voto Particular que formularon los Magistrados Dña Gloria Begué, D. Angel Latorre y D. Jesús Leguina a la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987 dejando constancia de su postura discordante con la tesis mayoritario del Tribunal. Sobre lo manifestado por estos Magistrados destacaremos una cuestión a todas luces obvia, afirman los jueces que la elección libre de abogado por el detenido no afecta en sí misma a la incomunicación porque no rompe el aislamiento al que éste se encuentra sometido porque se mantiene la prohibición de la entrevista reservada o comunicación personal tal y como prevé el apartado c) del 527 LECr. En efecto, ambas medidas aplicadas conjuntamente son un exceso innecesario para el fin legalmente previsto, ello supone una prueba indiciaria que avala la tesis de la finalidad punitiva.

No pretendemos en este trabajo desacreditar la labor realizada por los letrados del turno de oficio, abogados/as que también ejercen su función de forma privada y que deben de tener una experiencia mínima

acreditada para poder asistir a ese tipo de detenidos. Por el contrario, entendemos que el ejercicio de su función se ve dificultado por las limitaciones impuestas por la ley para estos casos. A ello, debemos sumar otro tipo de problemas de gestión del turno de asistencia letrada, citando como ejemplo la asistencia de diferentes abogados de oficio a un mismo detenido en las diferentes declaraciones realizadas en comisaría lo que impide realizar un contraste y seguimiento correcto del asunto⁶¹⁰.

Este desvalor al que se somete el derecho a la asistencia letrada se desprende de la facilidad con la que se establece su limitación –desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal- y también desde la óptica de su finalidad, recordemos que no es otra que anular, de forma preventiva, ciertos peligros, entendidos estos como: que el conocimiento de la investigación por parte de personas ajenas a ésta –en este caso el abogado/a- pueda permitir que se sustraigan a la acción de la justicia responsables o implicados en el delito, o se destruyan u oculten a la investigación pruebas relacionadas con la misma. Dice GOMEZ COLOMER que la prohibición de designación de abogado de confianza opera en este caso como una sanción hacia el letrado “atípica e impuesta con ausencia de procedimiento y prueba”, existiendo agravios e infracciones por partir el legislador de la hipótesis de que todo abogado, libremente elegido por el detenido, vaya a actuar en contra de la incomunicación aplicada⁶¹¹. “Lo más lógico y eficaz, a la postre,” recordando el Voto Particular de Vega Beneyas y otros, “sería enjuiciar e incriminar al Letrado que infringe”.

⁶¹⁰ SAN 15/2012 de 29 de febrero, Voto Particular de Ramón Sáez Valcárcel, dice lo siguiente

“Solo dejar constancia que no se entiende por qué motivos distintos abogados de oficio asistieron al mismo detenido en los sucesivos interrogatorios formales a los que fue sometido durante la incomunicación, como ha ocurrido en el caso de Leoncio y Adela, ya que supone una degradación de la calidad teórica de dicha asistencia. Hasta el punto inexplicable que la Sra. Adela se manifestó sucesivamente en el periodo de pocas horas de manera contradictoria ante la policía (la madrugada del 5.3.2011, con el abogado nº. 74.363) y ante el juez (letrado nº. 19.215), sin que pueda constatarse en las actas que el profesional asistiera o acompañara a la detenida en algún sentido.”

⁶¹¹ GOMEZ COLOMER, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, pág.141, 145, 156

En definitiva, se produce una desconfianza hacia la o el letrado, que lejos de considerarlo un actor más en el sistema de justicia y un agente valedor de las garantías constitucionales, su figura se ve contaminada con la “presunción de culpabilidad” que pesa sobre su cliente. Sorprende el silencio de los Colegios profesionales de abogados/as que ante la flagrante “presunción de ilegalidad” en el ejercicio de la abogacía por parte de sus colegiados no realizan manifestación alguna. Esta reacción solo se puede entender desde la óptica de aceptación de las políticas antiterroristas desarrolladas por el Estado en la lucha contra ETA y la teoría del derecho penal del enemigo que ha imperado en ella.

En efecto, la postura mantenida por estas organizaciones colegiales parece respaldar las tesis defendidas por el Gobierno y por algunos jueces que plantean el “todo es ETA”. De esta forma, se justifica la supresión del derecho a elegir letrado atendiendo a la “certeza” de que la red de apoyo y asistencia letrada a los presuntos miembros de ETA actúa ejerciendo coacciones y amenazas sobre los propios detenidos miembros de la organización⁶¹².

Ante unos argumentos que pueden llevarnos a una comprensión lógica de la respuesta del Estado frente a ETA, es en este momento cuando vemos necesario apuntar uno de los elementos básicos de las garantías del proceso penal: “la presunción de inocencia”. En efecto, nos encontramos en la fase inicial de la investigación en la que los indicios existentes pueden llevar a una conclusión provisional que, en ningún caso, enerva la presunción de inocencia del detenido. No corresponde a la policía, ni por extensión al gobierno, condenar a la persona investigada y mucho menos a su letrado atribuyéndole *per se* una vinculación con banda armada. Esta técnica ejercida por parte de la autoridad destinada a “prejujgar” a

⁶¹² Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5), 1 de marzo 2011

elementos sospechosos en aplicación de parámetros excesivamente amplios, ha venido ensanchándose de forma desmedida afectando, como veremos más adelante, a un número importante de personas sin vinculación con ETA.

b) Privación de la entrevista reservada con el abogado de oficio

Pese a lo ya expresado en el apartado anterior en relación a la supresión de este derecho, en nuestra opinión el exceso que supone privar al detenido de la entrevista reservada con el abogado de oficio requiere de un mayor reproche incluso que la eliminación del derecho a ser asistido por letrado de confianza. Nos aproximaremos a esta cuestión por medio de algunas puntualizaciones a cuestiones que entendemos relevantes. Antes de iniciar esa labor, debemos señalar que esta medida contraviene también lo señalado en los Principio Básico sobre la Función de los Abogados de Naciones Unidas (1990), en concreto, el contenido del Principio 8⁶¹³.

Como ya hemos señalado anteriormente, los derechos de las personas detenidas vienen recogidos en el artículo 520 LECr. En su apartado 6, se establece que una vez finalizada la diligencia en la que hubiera intervenido el abogado, éste podrá entrevistarse reservadamente con el detenido. El objetivo de esta reunión será, una vez escuchado lo manifestado por el detenido y conocer la situación en la que se encuentra, proporcionar la asistencia técnica necesaria que permita a éste ejercer en plenitud todos sus derechos, como por ejemplo “no volver a declarar” o “retractarse de lo ya dicho”.

⁶¹³El Principio 8 de Los Principio Básico sobre la Función de los Abogados, reza así: *“A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.”*

La supresión de este derecho, en aplicación de la detención incomunicada, se justifica por parte del Estado por la necesidad de procurar el éxito de las diligencias policiales. En esta ocasión, el riesgo no se deriva de la complicidad del letrado con la banda terrorista y las posibles coacciones que puede llegar a ejercer sobre el detenido. Todo lo contrario, con esta medida se pretende evitar que los detenidos -presuntos miembros de bandas con estructuras organizativas poderosas- amenacen y coaccionen a los abogados, sucumbiendo éstos ante las presiones y el miedo, llegando a realizar labores de correo, transmitiendo información que perjudique la investigación policial⁶¹⁴.

Bien, atendiendo a lo mencionado anteriormente sobre la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 7/2004, la cuestión que se plantea es resolver si la privación de la entrevista reservada con el abogado de oficio afecta al *núcleo esencial* de la asistencia letrada del 17.3 de la Constitución o, por el contrario, nos encontramos ante otro elemento del *contenido normal* del citado derecho y según lo manifestado por el Tribunal, totalmente prescindible al no afecta a la finalidad de la asistencia técnica. Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado abiertamente sobre la pertinencia o no de esta limitación, no ha realizado un análisis pormenorizado de la afección que sufre ese derecho – el de la asistencia letrada en la detención- cuando se anula la entrevista reservada con el detenido, y ello, pese a ser un elemento reconocido en el artículo 520.6 como parte integrante de la asistencia letrada. Pese a ello, se puede afirmar que el contenido de la Sentencia 196/1987 acepta la legalidad del artículo 527 y, en consecuencia, de todos los elementos restrictivos que dan contenido a la incomunicación⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5), 1 de marzo 2011

⁶¹⁵ En este sentido PEREZ MACHIO, "La detención incomunicada en supuestos de terrorismo: ¿Una medida lesiva de derechos humanos? pág.181

En efecto, recientes Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre este extremo esgrimen la doctrina manifestada por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 196/1987 y repetida posteriormente en la 7/2004, 339/2005 o la 81/2006, 87/2010 sin variaciones en lo sustancial. Todo ello pese a las críticas manifestadas por el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la supresión de esos derechos y su relación con la práctica de la tortura. Pese a la presión internacional, el Supremo sigue afirmando que, habiéndose decretado la incomunicación de forma motivada y conforme a la Constitución, en alusión directa a la conclusión alcanzada y mantenida por el máximo intérprete de la misma, no se aprecia vulneración del derecho a la asistencia letrada reconocido en el artículo 17.3 de la Carta Magna por la privación del derecho a la entrevista reservada⁶¹⁶.

Continuando esta línea argumental, no son aceptadas por el alto Tribunal las denuncias de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución por entender, como se ha señalado supra, que no ha sido afectado el derecho a la defensa, ni el derecho a la asistencia letrada del 17.3 de la Carta Magna⁶¹⁷.

- c) No tendrá derecho a poner en conocimiento de familiar o persona que se desee el hecho de su detención y el lugar de custodia en el que se halle en cada momento.

No poner en conocimiento de familiar o persona de confianza el paradero de una persona privada de libertad supone para sus allegados "darle por desaparecido". Esta negación de información, que se mantiene

⁶¹⁶ Como por ejemplo la STS 706/2016 de 15 de septiembre

⁶¹⁷ STC 87/2010 de 3 de noviembre

como posibilidad tras la Reforma introducida por la LO 13/2015 que, a mi modo de ver es cruel. También en este caso, la efectividad de la investigación policial tiene mayor valor que la angustia y preocupación que puede provocar el desconocimiento del paradero de un familiar en personas ajenas a las diligencias policiales que se estén ejerciendo.

Como dato positivo pero en nuestra opinión insuficiente, destacaremos la iniciativa de la Policía Autónoma Vasca sobre esta cuestión. En 2003 la Ertzaintza puso en práctica el *Protocolo para la Coordinación de la Asistencia a Personas Detenidas en Régimen de Incomunicación*⁶¹⁸, articulando un servicio de atención a familiares de detenidos bajo ese régimen, con el objetivo de dar información sobre la situación de los detenidos por este cuerpo policial. Este servicio pone a disposición de los familiares directos un número de teléfono para a través de él facilitar datos sobre el motivo y lugar de la detención, estado de salud del detenido y, en su caso la forma en que puede hacerle llegar los medicamentos que necesite, siempre bajo prescripción facultativa. Sobre una cuestión fundamental, como es saber dónde se encuentra el detenido, manifiesta el Ararteko sobre este sistema, que entiende que también se proporcionará a los familiares información sobre la localización de la persona privada de libertad⁶¹⁹. Ciertamente, este extremo no queda lo suficientemente claro en el documento por falta de concreción y puede inducir a error.

⁶¹⁸ Ertzaintza, Protocolo para la Coordinación de la Asistencia a Personas Detenidas en Régimen de Incomunicación. Año 2003
http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Ddocumentos-122-protocolo-coordinacion_1.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290509709131&sbinary=true

⁶¹⁹ ARARTEKO, "7. Estudio sobre el sistema de garantías en al ámbito de la detención incomunicada y propuesta de mejora. Informe del Ararteko al Parlamento Vasco, año 2010

d) Otros elementos añadidos a la incomunicación

La Audiencia Nacional, creada por Real Decreto Ley 1 y 3/1977 y con sede en Madrid, tiene entre sus competencias juzgar los delitos de terrorismo. Esta atribución conlleva en la práctica la negación del derecho al juez natural a los presuntos responsables de esos delitos. Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia 199/1987 y 153/1988 negando la vulneración de la Constitución al establecer que la garantía consagrada en el artículo 24.2 de la Carta Magna se refiere al juez predeterminado por la ley y no al natural⁶²⁰.

Sobre la excepcionalidad de este órgano judicial, claro heredero de la estructura y funcionalidad del Tribunal de Orden Público franquista, hay autores que defienden todo lo contrario. Según el estudio realizado por VARONA, concluye que la jurisprudencia del TEDH – en referencia al caso Barberà, Messegué y Jabardo contra España⁶²¹ – y del Tribunal Constitucional declaran sobre la Audiencia Nacional que se trata de un tribunal ordinario cuya composición no afecta al derecho a un juicio con todas las garantías para las partes. Aceptado por parte de la autora este Tribunal como corresponde a la jurisdicción ordinaria, justifica su estructura señalando que el legislador ha optado por un único órgano centralizado para entender de estos delitos, por la naturaleza de los mismos, la amplitud del territorio en el que se cometen y la trascendencia de esos hechos para el conjunto de la sociedad⁶²².

¿Cómo afecta esto a la persona detenida por su presunta relación con el terrorismo de ETA? El encontrarse la Audiencia Nacional en Madrid y la localización también en la capital del Estado de las unidades de trabajo

⁶²⁰ STC 199/1987 de 16 de diciembre; STC 153/1988 de 20 de julio

⁶²¹ STEDH de 6 de diciembre de 1988, Asunto Barberà, Messegué y Jabardo contra España

⁶²² VARONA MARTINEZ, "Tutela judicial efectiva: Derecho a un proceso con todas las garantías" pág. 234

especializadas en la lucha contra el terrorismo por parte de la Policía Nacional y la Guardia Civil, son las principales razones aludidas para justificar el traslado inmediato a la capital de España de los detenidos relacionados con actividades de ETA. Los datos obtenidos en una de las investigaciones empíricas que venimos citando así lo indican: de un total de 95 personas detenidas, en el 78,9% de los casos el traslado a Madrid se realizó antes de las 12 horas desde su detención. El 21,1% restante entre las 12 y las 24 horas. En el caso de la Ertzaintza el tratamiento es diferente, los detenidos, 12,1% del total de un total de 213, permanecen en centros de detención de la Comunidad Autónoma Vasca hasta su puesta a disposición judicial, forma de proceder claramente justificada por las limitaciones territoriales de esta policía⁶²³. Porcentajes muy similares ofrece la investigación empírica realizada para el Ararteko sobre las detenciones realizadas en el año 2001, en este caso serán el 83,5 % las personas trasladadas a Madrid antes de las 24 horas⁶²⁴.

En opinión de expertos psicólogos que han estudiado los efectos de esta práctica, se produce una deslocalización de la persona, una pérdida de referencia del lugar donde se halla, lo que produce un aislamiento que aumenta el infligido ya por sí con la incomunicación.

En segundo lugar, nos encontramos con la posibilidad de imponer el secreto de las actuaciones a la causa, regulado en el artículo 302 LECr⁶²⁵. Esta limitación afectará a las partes personadas, a excepción del Ministerio Fiscal, con una duración se limita a un mes. Se establece como un recurso legal de aplicación excepcional y restrictiva porque afecta negativamente al contenido al artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, los datos

⁶²³ PEGO/ORBEGOZO/JIMENEZ, "Aplicación de la normativa antiterrorista. Estudio Empírico sobre expedientes judiciales de personas detenidas por delitos de terrorismo (2000-2007)", pág. 416

⁶²⁴ ORBEGOZO/PEREZ MACHIO/PEGO, *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo*, pág. 94

⁶²⁵ El artículo 120.1 CE consagra el carácter público de las actuaciones judiciales, si bien recoge la posibilidad de que la ley prevea excepciones.

proporcionados por los estudios empíricos realizados dicen todo lo contrario: de un total de 141 personas, las investigadoras constataron que para 130 (92,9%) el expediente judicial fue sometido a secreto, con una duración media en la aplicación de esa medida de 318 días⁶²⁶.

Sobre la finalidad de esta medida, nuevamente, no es otra que asegurar el éxito de la investigación pese al efecto negativo que ello pueda reportar al detenido. Ello también justifica la prórroga del secreto de las actuaciones, en efecto, el Tribunal Constitucional la admite pese a no estar prevista legalmente en el artículo 302 LECr. En opinión del máximo intérprete de la Constitución, la omisión de la prórroga no es óbice para que el juez la establezca siempre que el tiempo dispuesto haya resultado insuficiente para la protección de las actuaciones. En todo caso, concluye, no queda afectado el derecho a la tutela judicial efectiva ni provoca indefensión, puesto que cuando se produzca el levantamiento del secreto las partes tendrán acceso a lo actuado⁶²⁷.

La jurisprudencia no impone un límite taxativo a la ampliación del plazo del secreto, si bien el Tribunal Supremo indica que en ningún caso se aceptarán periodos de tiempo que afecten al debido proceso, al derecho de defensa y la igualdad de armas⁶²⁸. Atendiendo a este razonamiento y a los datos recogidos de la investigación señalada supra (una media de 318 días de duración) no se entiende cuál puede ser el motivo que permita ampliar el periodo máximo de 30 días hasta más de 10 meses, destacando sobre todos ellos el caso más extremo, con una duración de 2 años y 26 días. Recordemos que durante este periodo de tiempo el Ministerio Fiscal sí tiene conocimiento de la prueba que se realice, por lo tanto el principio

⁶²⁶ PEGO/ORBEGOZO/JIMENEZ, "Aplicación de la normativa antiterrorista. Estudio Empírico sobre expedientes judiciales de personas detenidas por delitos de terrorismo (2000-2007)", pág. 434 y 435

⁶²⁷ STC 176/1988 de 4 de octubre

⁶²⁸ STS 618/2008 de 7 de octubre

de "igualdad de armas" difícilmente puede respetarse en periodos tan amplios.

1.4.- Normativa de excepción, incomunicación, tortura y malos tratos en contextos de lucha contra el terrorismo de ETA: supresión de garantías para la persona detenida

Cuando se denuncia un delito que pone en solfa la esencia del orden constitucional, que lo hace tambalear, como es la tortura infligida a personas consideradas enemigos del Estado, la justicia debe investigar con imparcialidad y eficacia el caso, juzgarlo y castigar el delito. Sin embargo, el juez que conoce el asunto, parte de la premisa de que la actuación de las fuerzas de seguridad denunciadas fue conforme a la ley, cumplidora ésta de los estándares internacionales en la materia, es decir, sin abusos ni coacciones contra la o el presunto terrorista. Que los controles existentes en la administración de justicia para prevenir la tortura y otros malos tratos –intervención del forense y tutela judicial- son suficientes y eficaces, establecidos conforme a los criterios internacionales de protección de los Derechos Humanos.

Como decimos, partiendo de esa ficción, el juez, asume a priori un escenario de vigencia de valores y garantías democráticas como corresponde a una sociedad avanzada, abandonando la neutralidad del que imparte justicia. En definitiva, el juzgador, de forma inconsciente o consciente, se posiciona a favor de la defensa del Estado que entiende atacado por el terrorismo y contra la estrategia de deslegitimación del mismo diseñada por ETA por medio de la denuncia falsa de tortura. Estado que en estos casos se personifica en la figura del policía denunciado. Este enfoque frente a las denuncias de tortura en el contexto de la lucha antiterrorista se repite en todas las escalas de la estructura judicial.

¿Cuál es el razonamiento que nos permite llegar a esta conclusión?

Partimos de la siguiente situación: según los datos recopilados y proporcionados por la Coordinadora para la Prevención de la Tortura⁶²⁹, desde al año 2002 al 2008 fueron 656 las personas detenidas incomunicadas acusadas de delitos de terrorismo, 445 alegaron haber sufrido torturas, de ellas 310 interpusieron denuncia judicial⁶³⁰. Por su parte MORENTIN CAMPILLO/LANDA GOROSTIZA, en un período de tiempo algo más amplio, de 2000 a 2008, indican que las personas detenidas e incomunicadas en relación a actividades terroristas fueron 957, de ellas 634 alegaron haber sufrido torturas u otros malos tratos, interponiendo denuncia judicial 446⁶³¹. Sin embargo, desde 1978 hasta la actualidad solo se constatan 20 sentencias condenatorias, sobre denuncias de casos sucedidos entre los años 1979 a 1992 a personas detenidas e incomunicadas por su presunta relación con ETA. Con posterioridad a ese año, pese al número de denuncias judiciales interpuestas, no se han producido condenas⁶³². Este dato, que entendemos relevante y revelador, es utilizado sorprendentemente para avalar la tesis de los que defienden la inexistencia de la tortura y confirmar que ETA, por consigna recogida en un manual, obliga a sus miembros a denunciar torturas falsas.

Por lo tanto, esa postura afirma que en España no se dan este tipo de prácticas en el contexto de la lucha antiterrorista contra ETA. Sin embargo, la falta de sentencias condenatorias bajo el régimen de incomunicación contrasta con el dato proporcionado por el Gobierno español al Comité

⁶²⁹ Según su propia presentación en 2009: *"La Coordinadora se constituyó en noviembre de 2004 con el propósito de velar por la aplicación y seguimiento de los mecanismos internacionales de prevención de la tortura en el Estado español, de manera especial el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Al día de la fecha está conformada por 44 organizaciones de todo el Estado."*

⁶³⁰ Coordinadora para la Prevención de la Tortura; Informe al Comité contra la Tortura. Análisis de las Respuestas al cuestionario del CAT al Estado español para el quinto informe Periódico de España. Octubre 2009, pág. 7

⁶³¹ MORENTIN CAMPILLO/LANDA GOROSTIZA; "La Tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial", pág. 57

⁶³² IVAC-KREI; "El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad", pág. 23 y ss.

contra la Tortura en un informe de 2009⁶³³. En este documento se hace constar que entre 2003 y 2007 fueron 3.604 las y los funcionarios condenados por torturas en todo el Estado – ninguno de estos casos está relacionado con la aplicación de la legislación antiterroristas-. Los datos se presentan en la Tabla que reproducimos a continuación:

"380. Dicha estadística arroja los siguientes resultados de condenados por torturas"

Año	Condenados	Hombres	Mujeres
2003	1.212	1.138	74
2004	405	370	35
2005	597	527	70
2006	450	388	52
2007	940	869	71

Evidentemente, la práctica de la tortura y de otros malos tratos es un problema de carácter universal, con una incidencia mayor o menor en los diferentes países del mundo. Es un hecho constatado también en democracias asentadas, que afecta a todo tipo de policías, cuerpos y fuerzas de seguridad y se produce en diferentes momentos de la privación de libertad, tanto en la detención como en prisión⁶³⁴.

España, no puede ser una excepción, ni lo es, así lo apuntan de forma reiterada los informes de organizaciones de derechos humanos señalados en los diferentes apartados de este trabajo y, como acabamos de decir,

⁶³³ Respuestas por escrito del Gobierno de España a la lista de cuestiones (CAT/C/ESP/Q/5) que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de España (CAT/C/ESP/5), CAT/C/ESP/Q/5/Add.1 22 de septiembre de 2009, pág. 91

⁶³⁴ Así lo denuncian diferentes organizaciones de defensa de los derechos humanos. Pongamos como ejemplo Amnistía Internacional y su informe "Stop la tortura", presentado en mayo de 2014, donde recoge este tipo de prácticas en 141 países, algunos de ellos de la Unión Europea, como Grecia.

también lo admite el propio Estado. Sin embargo, atendiendo a estos mismos datos, la negativa a reconocer que en el contexto de la lucha antiterrorista estas prácticas también suceden, en nuestra opinión, forma parte de esa misma estrategia ofensiva contra ETA y su "mundo"⁶³⁵. Decimos que suceden y entendemos que con mayor facilidad y proporción, porque la disminución de las garantías de los detenidos bajo el régimen de incomunicación así lo permite y el contexto de violencia lo propicia. Estamos convencidos de que esto es así después de escuchar el relato de cientos de víctimas que denuncian torturas y malos tratos bajo el régimen de excepción, relatos que proporcionan las claves para entender por qué es posible⁶³⁶.

1.4.1.- La disminución de las garantías de los detenidos bajo el régimen de incomunicación

En efecto, son innumerables las resoluciones y textos que piden la supresión del régimen de incomunicación -y de la prórroga de la detención- por constituir un espacio y un tiempo en el que las garantías de la persona detenida se debilitan sustancialmente y, con ello, se propicia la práctica de la tortura⁶³⁷. Es cierto también que son numerosas las

⁶³⁵ Son muchas las reseñas periodísticas al respecto, entre ellas: *Beltrán de Heredia dice a Sortu que la Ertzaintza nunca ha sido condenada por torturas. La consejera añade que "nadie puede obviar" que ETA asesinó a quince Ertzainas* (<http://www.deia.com/2017/02/13/politica/euskadi/beltran-de-heredia-dice-a-sortu-que-la-ertzaintza-nunca-ha-sido-condenada-por-torturas->); Comparecencia en el Congreso del Ministro de Interior Jorge Fernandez Díaz, negando las torturas (<http://www.naiz.eus/es/actualidad/noticia/20131030/interior-niega-las-torturas-denunciadas-por-los-jovenes-en-la-an>); *Ahora es el Constitucional quien exige que se investiguen las torturas que Fernandez Díaz niega* (<http://www.elplural.com/2016/08/18/ahora-es-el-constitucional-el-que-exige-que-se-investiguen-las-torturas-que-fernandez>); *Interior niega las torturas y dice que se aplicó a los detenidos el protocolo fijado* (<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/02/09/paisvasco/1265731020.html>); Entrevista realizada por la cadena australiana SBS al Secretario de Estado para la Seguridad Antonio Camacho <https://www.youtube.com/watch?v=Ga84rl-4ggg>

⁶³⁶ IVAC-KREI; "El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad"

denuncias judiciales interpuestas en democracia sobre hechos sucedidos en aplicación de este régimen. Sin embargo y sorprendentemente, como hemos dicho supra, desde el año 1992 hasta la actualidad ninguna de las denuncias ha sido confirmada judicialmente. La gran mayoría de los procedimientos son archivados en fase de instrucción, muy pocos casos alcanzan la fase de juicio oral. De forma anecdótica –Caso Portu y Sarasola en el año 2010- se dicta sentencia condenatoria, que posteriormente es corregida por el Tribunal Supremo.

Ésta es una realidad objetiva, que indica que en 25 años no se ha constatado judicialmente tortura en casos de detenidos incomunicados por su presunta relación con ETA. A juicio de las autoridades este dato es el único válido porque en las sociedades democráticas son los jueces y tribunales los encargados de investigar los delitos y sobre la base de los hechos probados, impartir justicia.

Sin embargo, los datos no son coherentes con otras realidades y la sospecha es latente en diferentes entes especialistas en la protección de los Derechos Humanos. Desconfianza sobre la incomunicación, que se extiende a los órganos encargados de su aplicación –policía-, de su aceptación y control –jueces de los Juzgados de Instrucción de la Audiencia Nacional- y también sobre los que durante todo este tiempo han avalado su legalidad, desoyendo las peticiones de los organismos internacionales - Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional-. Así es, recordemos que en 1987 el Tribunal Constitucional justificó la normativa de excepción, prevista en el artículo 55.2 de la Carta Magna, por la necesidad de garantizar la seguridad, mantener el orden público y el estado constitucional frente a las actuaciones de bandas armadas y elementos

⁶³⁷ Entre otros documentos destacamos el “Estudio sobre el sistema de garantías en el ámbito de la detención incomunicada y propuestas de mejora” realizado por el ARARTEKO en 2010 donde aborda las cuestiones más significativas sobre esta cuestión.

terroristas. Ello supuso permitir la prórroga de la detención hasta 5 días, plazo vigente en la actualidad.

No obstante, la postura mantenida por el Tribunal Constitucional se enfrenta, desde largo tiempo a tras, a importantes críticas manifestadas sin ambages por parte de la doctrina. Un ejemplo de ello es LAMARCA, que ya en 1985 publicó un minucioso estudio sobre esta cuestión. En alusión a la suspensión de derechos prevista en el artículo 55.2 de la Constitución (17.2, 18.2 y 18.3 CE), la autora señala que, es diferente a la tradicionalmente vinculada a los estados de excepción y sitio (55.1 y 116 CE), pero no por ello deja de ser una suspensión justificada del régimen de garantías. Por este motivo entiende que, si bien la Constitución no establece una limitación temporal de la vigencia de la norma que realice el desarrollo legislativo previsto en el propio artículo 55.2, mantener la vigencia normativa de la posibilidad de interrupción de derechos fundamentales sin término cierto, se muestra contrario al propio espíritu de la Constitución y a la lógica del sistema jurídico. En efecto, como señala LAMARCA, la suspensión de derechos se justifica frente a una amenaza al orden Constitucional, sin embargo, esta amenaza no puede ser considerada como una situación permanente e indefinida, en todo caso la vigencia de la normativa de excepción debe justificarse periódicamente⁶³⁸.

También MUÑAGORRI, haciendo suya la postura mantenida por GIMBERNAT, plantea la posible inconstitucionalidad del propio artículo 55.2 de la Carta Magna, en conexión con el 15 de ese mismo texto – prohibición de la tortura- y el precepto 24 –nadie puede ser obligado a declarar en su contra-. Es evidente que, manteniendo la argumentación desarrollada en este trabajo, el sometimiento de la persona detenida a periodos prolongados de privación de libertad y sumadas las condiciones de especial sometimiento que supone la incomunicación, posibilita la tortura e incrementa exponencialmente la obtención de la declaración

⁶³⁸ LAMARCA, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, pág. 168 y 169

autoinculpatória del detenido. Por lo tanto, existe una colisión entre los preceptos señalados que debiera resolverse a favor de los preceptos con mayor rango constitucional, en este caso los artículos 15 y 24, por constituir el núcleo duro de los derechos garantizados en la Constitución y estar recogidos ambos, y también el artículo 17, en el Capítulo II del Título I⁶³⁹.

Pese a todo lo anterior, también la incomunicación fue aceptada por el Alto Tribunal, esgrimiendo la misma necesidad de hacer frente al terrorismo y a la actividad de bandas armadas. Como ya se ha señalado, al igual que la prórroga de la detención, este mecanismo tiene sus orígenes en una norma preconstitucional, sin embargo en este caso la Carta Magna no incluyó expresamente su previsión en su artículo 55.2 ni en el 17.3. El Tribunal Constitucional, sin embargo, acepta su legalidad y contenido, previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 509, 520bis y 527, regulándola a la par la ampliación del periodo de privación de libertad del detenido.

La incomunicación supone aislar a la persona durante el periodo de detención hasta 5 días, medida que se adopta con el objetivo de garantizar el éxito de las diligencias judiciales desarrolladas en una acción policial contraterrorista. En efecto, está será, y no otra, la finalidad de la supresión de las medidas destinadas a garantizar la seguridad personal del detenido. El buen desarrollo de la investigación también justifica el secreto de las actuaciones, por un mes en el artículo 302 LECr, cuya ampliación hasta límites insospechados –ejemplo de 2 años- ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional. A ello, se debe sumar una práctica habitual que consiste en el traslado del detenido a dependencias policiales de Madrid en las primeras horas de la detención, en aras a facilitar a los equipos

⁶³⁹ MUÑAGORRI, "Detención incomunicada y contenidos de los artículos 577 y 578 del Código Penal", pág. 23; MUÑAGORRI, "Privación de libertad y derechos fundamentales", pág.105; GIMBERNAT, *Constitución y Derecho Penal en la Constitución española de 1978*, pág 95

especializados en terrorismo de la Policía Nacional y la Guardia Civil, así como al juez instructor el desarrollo de la investigación.

La aceptación por parte del Tribunal Constitucional de la supresión de estos derechos fundamentales se realizó con base en al análisis individual del contenido y efectos de cada garantía suspendida, sin valorar la conexión con otros derechos también restringidos en aplicación del contenido del artículo 520bis y 527 LECr.: ampliación de la duración de la detención; supresión del abogado de confianza; supresión de la entrevista reservada con el abogado de oficio; y supresión de comunicación de la detención a familiar o persona de confianza. Así es, la jurisprudencia no ha valorado, en su análisis teórico, los efectos en la persona detenida de la supresión en bloque de estas garantías. Sin embargo, sobre el conocimiento de casos particulares sí se ha pronunciado alertando de los riesgos.

En efecto, recordando lo dicho supra con el análisis de la Sentencia 7/2004, incluso en los supuestos en los que el padecimiento de torturas o malos tratos son plenamente creíbles, los elementos que conforman la incomunicación, junto a la prolongación de la detención, imposibilitan en la practica la demostración de lo sucedido. Por lo tanto, podemos afirmar que pese a la previsión legal de prohibición de la tortura y otros atentados contra la integridad moral recogidos en los artículos 174 y 175 del Código Penal, estos se vacían de contenido ante la aplicación de esta medida de excepción. En efecto, el órgano juzgador en el proceso sobre torturas requiere una prueba para enervar la presunción de inocencia imposible de aportar, a los datos sobre sentencias condenatorias nos remitimos. Con esta cuestión continuaremos en el Apartado 1.4.3

Sobre la base de esta alarmante conclusión, traemos al texto la teoría esgrimida por el Juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón del “todo es ETA”⁶⁴⁰. La conjetura elaborada por el Magistrado implicó que “por la técnica del contagio” un número importante de personas pertenecientes a las organizaciones políticas de la izquierda abertzale y sus simpatizantes fueran considerados miembros de la organización terrorista y, en consecuencia, susceptibles de ser sometidos a detención bajo el régimen de incomunicación. No será hasta 2016, cuando la Audiencia Nacional abandone esa doctrina, cambio constatable en diferentes resoluciones que arrancan del acuerdo alcanzado el 13 de enero de ese año entre la fiscalía, la acusación particular ejercida por al AVT y Dignidad y Justicia por un lado y los 35 miembros de la izquierda abertzale encausados en el Sumario 4/2008⁶⁴¹ por otro.

En efecto, el Sumario 18/98⁶⁴² instruido por el Juez del Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional, será el primero de una sucesión de causas abiertas bajo los parámetros de delitos por terrorismo sobre la base de que todo el Movimiento de Liberación Nacional forma parte de ETA. De esta forma, se llevan a cabo “macroredadas” con detenciones de profesionales y trabajadores de la prensa y radio, como la realizada contra Egin y Egin Irratia en junio de 1998 que se saldó con la detención de 30 personas. Detención de militantes en organizaciones políticas como Ekin, 20 de sus miembros detenidos en septiembre de 2000. Miembros activistas de la cultura y la cooperación en la Fundación Joxemi Zumalabe con la detención de 9 personas en octubre de 2000. A estas siguieron muchas otras.

⁶⁴⁰ Sumario 18/1998

⁶⁴¹ El acuerdo supone aceptar por parte de los acusados la colaboración con ETA, renunciar al uso de la violencia y reconocer el daño y sufrimiento causado a las víctimas del terrorismo. Por su parte la condena no implicará el ingreso en prisión.

⁶⁴² Denominado también “macrosumario” por las dimensiones que adquirió como consecuencia de la tesis elaborada por el magistrado. Se parte de la pieza principal 18/98: Empresa y grupo Egin; AEK; XAKI (relaciones internacionales); Revista Ardi Beltza y Pepe Rey; Ekin; Joxemi Zumalabe Fundazioa; Sumario 18/01 y 15/01: Jarrai-Haika y Segi (Organizaciones Juveniles); 33/1: Amnistiaren Aldeko Batzordeak y Askatasuna; 35/02: Batasuna; 6/03: Udalbiltza; 44/04: Egunkaria;

La teoría acuñada por el juez Baltasar Garzón será seguida por otros jueces de instrucción de la Audiencia Nacional, defendiendo que estos grupos y sus miembros son parte integrante de la organización terrorista, la cual ETA encabeza. De esta forma, cada una de ellas es una parte de una estructura más amplia, "*asumiendo ETA la vanguardia de las armas*"⁶⁴³

Con todo ello, a partir de 1998 la sospecha de relación e integración en ETA se extiende y amplía de forma inaudita hasta ese momento, siendo objetivo de la justicia grupos de personas muy diversos y amplios, siempre relacionados con la izquierda y la reivindicación nacional vasca. Organizaciones legales, hasta la fecha, con sus miembros identificados, hecho que facilitó su detención e investigación pero que, sin embargo, no evitó la aplicación de la incomunicación de forma generalizada.

1.4.2.- El contexto de violencia

Desde 1975 hasta la actualidad, ETA ha asesinado a 823 personas, 483 de ellas pertenecían a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o al ejército, el resto eran civiles⁶⁴⁴. En 1995 la estrategia ofensiva de la organización dio un giro con el atentado que costaría la vida al Concejal del Partido Popular de Donostia, Gregorio Ordoñez, el inicio de la "kale borroka" y la "socialización del sufrimiento"⁶⁴⁵. Miembros de la magistratura y de la administración de justicia también han sufrido la violencia directa de ETA, señalar algunas víctimas como el asesinato en 1989 de la Fiscal Carmen Tagle, el del Magistrado del Tribunal Supremo Rafael Martínez Emperador en 1997 de un tiro en la cabeza, o la ejecución

⁶⁴³ JCI n°5, Sumario 19/98, Pieza Separada EKIN, Auto de procesamiento, de 31 de julio de 2001

⁶⁴⁴ Según datos recogidos de www.baltasargarzon.org/terrorismo/eta/

⁶⁴⁵ Entre otros diarios, el País www.elpais.com/diario/2005/1/22/espana/1106348406_850215.html

del Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Luis Portero, en el año 2000. Otros sufrieron atentados que les produjeron lesiones y traumas, se utilizaron para ello la "carta bomba" u otros sistemas⁶⁴⁶. Señalar también, la ofensiva llevada a cabo contra medios de comunicación y periodistas, por medio de amenazas, "cartas bomba", lanzamiento de cocteles molotov, etc.⁶⁴⁷. En definitiva, la posibilidad de ser objetivo de ETA se amplió hacia sectores, como por ejemplo la política municipal, impensables hasta ese momento.

Los intentos entre los diferentes gobiernos y la organización armada para llegar a un acuerdo y poner fin a la violencia se repiten, principalmente a partir de los años 90⁶⁴⁸. Pese a que cada uno de ellos despierta grandes esperanzas en la población vasca y también en la española, lo cierto es que no se consensua una hoja de ruta que permita avanzar hacia la paz.

La respuesta del Estado se ha revelado a través del endurecimiento del sistema jurídico penal, entendido éste no solo como la facultad de desarrollo legislativo sino también la aplicación de la norma que lleva a cabo las instancias estatales y los tribunales. El resultado de tantos años de

⁶⁴⁶ Entre otros diarios, Libertad Digital www.libertaddigital.com/nacional/2012-06-25/jueces-y-fiscales-objetivos-permanentes-de-eta-y-el-crimen-organizado-1276462252

⁶⁴⁷ El Mundo www.elmundo.es/elmundo/2001/05/15/portada/989919012.html

⁶⁴⁸ RTVE, Cronología de las Treguas de ETA: En 1988, fueron las "Conversaciones de Argel" con el Gobierno Socialista; En 1991 y posteriormente en julio de 1992, después de la caída de la cúpula en Bidart, ETA ofreció una tregua de dos meses para iniciar contactos con el gobierno; El 23 de junio de 1996, se ofrecerá una tregua de una semana al Gobierno del Partido Popular para iniciar conversaciones, sin respuesta; En noviembre de 1997, ETA anuncia una tregua en el frente de cárceles y para la Ertzaintza, seis meses después dejaría y la policía autónoma sería nuevamente objetivo; El 16 de septiembre de 1998 anunciará su primer alto el fuego indefinido, con el Ejecutivo de Aznar, 14 meses después tendrá su fin; En 2004 se anunció un alto el fuego solo para Cataluña; El 18 de junio de 2005 cesarán las acciones armadas contra los cargos electos de partidos políticos; El 22 de marzo de 2006 se anunciará un alto el fuego permanente e iniciando conversaciones con el Gobierno Socialista de Rodríguez Zapatero, finalizando las negociaciones con la bomba en la T4 de Barajas; Por último, el 10 de enero de 2011 ETA anunciará su alto el fuego permanente y de carácter general, verificable internacionalmente, como muestra del compromiso firme de búsqueda de una solución definitiva.
<http://www.rtve.es/noticias/20111017/cronologias-treguas-decretadas-banda-eta/351867.shtml>

conflicto y violencia ha justificado la aplicación de la excepcionalidad de forma "normalizada", afectando a diferentes ámbitos, concretados de forma muy acertada en el Seminario "Derecho Penal ante el fin de ETA"⁶⁴⁹:

- Se han adelantado las barreras de protección del Derecho Penal. Con ello, el ámbito de la conducta típica se presenta difuso, llevando a sancionar penalmente actuaciones que debieran estar amparadas por el ejercicio de los derechos a la libertad ideológica y de expresión.
- Se han relativizado o reducido las garantías en el procedimiento, principalmente respecto de las personas detenidas y durante la fase de investigación. Se constata la aplicación generalizada de la incomunicación y la aceptación de la validez de ciertas pruebas para enervar el principio de presunción de inocencia, como por ejemplo pruebas aportadas por la inteligencia policial o declaraciones inculpatorias obtenidas bajo el régimen de incomunicación.
- Una penología desproporcionada. Conductas colaterales son sancionadas con penas exacerbadas. A ello se debe añadir que, en el ámbito de la ejecución penal, el logro de la ejecución íntegra de la condena será el objetivo a alcanzar.

En consecuencia, se contraponen por un lado el derecho penal del enemigo para la persecución y castigo de los delitos de terrorismo y, por otro, la regulación penal de los tipos de tortura como mera expresión, con una aplicación práctica más que anecdótico diríamos nula, para los delitos cometidos por el Estado en el contexto de la lucha contra el terrorismo

⁶⁴⁹ Conclusiones del Seminario realizado por la Fundación Sabino Arana donde participaron diferentes especialistas vinculados a la judicatura, a la abogacía o a la universidad, y publicadas en La Revista Hermes, nº 47, El derecho Penal ante el fin de ETA, Sabino Arana Fundazioa, Octubre 2014, pág. 9

1.4.3.- La incomunicación vacía de contenido los artículos 174 y 175 del Código Penal

Nos recuerda MUÑAGORRI LAGUIA citando a PORTILLA CONTRERAS que la verdadera causa de la violencia estatal es la existencia de una legitimación procesal penal que a través de la vía de la excepcionalidad posibilita la tortura⁶⁵⁰. Así es, no solo la posibilita sino que la hace impune por indemostrable. En ocasiones, indemostrable ante ojos de quien no quieren ver.

Durante el periodo de detención incomunicada la persona -que es verbo, comunicación e interacción- es remitida al lenguaje impropio de la "no persona", desplazada al terreno de dominio absoluto que ejerce quien ya ha decidido prescindir de su presunción de inocencia⁶⁵¹. Un espacio de dominio controlado por la policía, en ausencia de juez pese a la obligación de ejercer una tutela judicial efectiva. Un espacio donde el único elemento externo será la presencia del médico forense con el que sí podrá mantener contacto.

De esta forma, la prueba de las torturas y los malos tratos sucedidos en dependencias policiales bajo el régimen de incomunicación quedará en exclusiva y salvo raras excepciones – informe médico de prisión o de centro hospitalario- condicionada al contenido de los informes realizados por el facultativo forense, en concreto, en virtud de lo constatado y valorado en ellos. Justamente, sobre la base de recogido en esos informes se vienen archivando las denuncias de torturas, en muchas como única diligencia de investigación realizada por el juez encargado de investigar los hechos. Sin embargo, basta acercarse al relato de una víctima para entender la nulidad de este mecanismo como garantía para los detenidos.

⁶⁵⁰ MUÑAGORRI LAGUIA, "Privación de libertad y derechos fundamentales", pág.135;

⁶⁵¹ MUÑAGORRI LAGUIA, "Privación de libertad y derechos fundamentales", pág.137

De esta forma, decimos que la incomunicación vacía de contenido la prohibición de la tortura porque limita al máximo la posibilidad de obtener prueba y los términos en los que se exige la misma son inalcanzables para la víctima. Pongamos por ejemplo un extracto de los HECHOS PROBADOS de una de los casos de torturas sentenciados más recientes (2017), el de una mujer que permaneció incomunicada durante 5 días⁶⁵²:

“Una vez en el interior de dicho vehículo y ubicada en el asiento trasero del mismo entre dos agentes de la Guardia Civil, sin embargo no ha sido suficientemente acreditado que, carente de visión por la colocación de un antifaz, ninguno de los acusados le gritara, le insultara llamándole puta o zorra, le empujara y le pegara, ni le manifestara que lo iba a pasar muy mal, que le iban a violar y le quitasen la camiseta subiéndosela hacia arriba por encima de los pechos. Tampoco ha quedado acreditado suficientemente que le bajasen los pantalones de tela que vestía rompiéndoselos, ni que le bajarán las bragas hasta los tobillos, y que en tal estado le tocaran los pechos y genitales. Tampoco ha quedado suficientemente acreditado que ninguno de los acusados le pusiera una bolsa de plástico a XX en la cabeza (...)

Cuando el vehículo policial llegó a Madrid sobre las 17:54 hora, no ha quedado suficientemente acreditado que en el interior de una concreta habitación le realizaran interrogatorios ilegales sin presencia de abogado, y que ninguno de los acusados le propinara golpes en la cara o la cabeza y empujones que la tiraran al suelo, le obligaran a realizar ejercicios físicos, le insultara, ni que de nuevo le levantaran la camiseta y le bajaran los pantalones, ni que el agente de la guardia civil ZZ le forzara a

⁶⁵² Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Primera, Sentencia 13/2017, de 5 de abril. No es firme

poner la parte superior del cuerpo sobre la mesa, con el trasero hacia fuera, para a continuación manifestarle que la iban a violar, e iba a quedar estéril. Tampoco ha quedado acreditado que en esa concreta situación descrita le arrojara agua entre las piernas y le rozara el culo con una cuerda.”

La Audiencia Provincial de Bizkaia, por el contrario, sí reconoce acreditado las entrevistas realizadas por la detenida con el médico forense, hasta en 7 ocasiones. En 3 de los 7 informes realizados por el facultativo se recogían las manifestaciones realizadas por XX relatando las torturas que estaba padeciendo. Sin embargo, en el juicio oral, en su testimonio el forense manifestó no haber apreciado concordancia entre las manifestaciones que le realizaba la detenida y su aspecto, justificando de esa forma su falta de actuación. En la causa también constaban otros informes aportados por la denunciante que avalaban las secuelas que padecía y que aseveraban el nexo causal de las mismas con el hecho denunciado: un informe psicológico de un especialista que la trató en fechas cercanas a su puesta en libertad, un segundo informe psicológico de la terapeuta que le axiste actualmente, y un tercer informe en aplicación del Protocolo de Estambul que califica de consistente el relato realizado por la víctima y su relación con el hecho traumático.

Pese a ello, el órgano juzgador declara que los elementos que evidencian no le han permitido realizar un juicio de inferencia de certeza en términos de credibilidad bastante para destruir la presunción de inocencia y, en consecuencia, procede a dictar la absolución de los cuatro encausados. La sentencia hace incapié en las contradicciones en las que incurre el relato de la víctima y lo que es más grave, le reprocha la calidad de la prueba principal (y entendemos que la única veraz a ojos del juzgador) al no haber favorecido la labor profesional del médico forense durante los exámenes llevados a cabo por éste en dependencias policiales bajo el régimen de incomunicación y no dejar que la examinara. A juicio

del Tribunal, es “incuestionablemente” que otra actitud de la detenida hubiera propiciado contar con unos informes de notable mayor alcance y contenido, cargando la responsabilidad de la prueba sobre la víctima.

Como venimos diciendo, pese a su tipificación no son de aplicación los artículos 174, 175 del CP, el 15 CE. Pero también, nos encontramos con la imposibilidad de cumplir con el artículo 3 CEDH, el 1 de la Convención contra la Tortura de ONU.

En efecto, recordando lo ya dicho en el Capítulo II, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en 9 ocasiones ha condenado a España por incumplimiento del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal de falta de investigación, sin embargo carecía de elementos de prueba suficientes que le permitieran pronunciarse sobre la veracidad de las torturas denunciadas. Reconoce el Tribunal la gran dificultad a la que se enfrenta el detenido para obtener y aportar pruebas en las que apoyar sus alegaciones, máxime cuando las torturas y malos tratos no dejan huellas⁶⁵³. Dificultad derivada de las condiciones en las que se produce la detención incomunicada, la disminución de garantías que supone para el detenido, así como el número tasado de actores intervinientes durante ese periodo. Todo ello lleva al Tribunal a concluir con la necesidad de que la carga de la prueba recaiga sobre la autoridad responsable de la custodia del detenido, debiendo ser el Estado el que proporcione una explicación convincente y satisfactoria sobre lo sucedido con la persona bajo su custodia⁶⁵⁴. Asimismo, y derivado de la situación creada en aplicación de la incomunicación, el Tribunal dice que cualquier lesión que se produzca en

⁶⁵³ Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.41 y 42; Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507/07), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr. 65; Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr. 57 y 58

⁶⁵⁴ Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507/07), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr.58; Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.39; Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr. 55

ese espacio de tiempo tiene una fuerte presunción del hecho denunciado⁶⁵⁵.

En consecuencia, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se debiera invertir-compartir la carga de la prueba cuando el contexto limita de forma importante la demostración de lo sucedido a la persona denunciante. A ello, se debiera sumar la circunstancia de que cualquier indicio de la comisión de tortura o malos tratos bajo el régimen de incomunicación tiene un valor probatorio mayor, derivado ésta del aislamiento hermético al que se somete a la persona detenida. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU se pronuncia a favor de la obligación del Estado de facilitar prueba o explicaciones satisfactorias sobre lo sucedido cuando el denunciante aporte indicios dignos de crédito. En caso contrario, la denuncia de torturas será aceptada como veraz⁶⁵⁶.

En efecto, la actitud pasiva de la autoridad frente a las alegaciones del denunciante tendrá como consecuencia la presunción de culpabilidad, confirmada posteriormente con la atribución de la culpa.

El Tribunal y la Comisión, de forma inteligente, intercambian los papeles de las partes y enfrentan ahora al Estado ante la dificultad de probar el buen trato dispensado al detenido con las limitaciones derivadas

⁶⁵⁵ Argimino Isasa c. España (Demanda nº2507/07), Sentencia 28 de septiembre de 2010, párr.58; Beristain Ukar c. España (Demanda nº4035/05) Sentencia 8 de marzo de 2011, párr.39; Etxebarria Caballero c. España (Demanda nº74016/12) Sentencia de 7 de octubre de 2016, párr. 55

⁶⁵⁶ Nenova y otras c. Libia, Com. Nº 1880/2009; también Giri c. Nepal, Com. Nº 1761/2008: *7.4 El Comité recuerda que el Estado parte tiene la obligación de investigar de buena fe todas las denuncias de violaciones del Pacto formuladas contra él y contra sus representantes, así como de proporcionar a la Comisión la información de que dispone. En los casos en que las denuncias se vean corroboradas por pruebas convincentes presentadas por el autor, y en que su confirmación dependa de información que obre exclusivamente en poder del Estado parte, el Comité podrá considerar que las denuncias del autor han quedado debidamente fundamentadas ante la falta de pruebas o explicaciones satisfactorias en contrario presentadas por el Estado parte. A falta de toda explicación convincente del Estado parte, las afirmaciones del autor han de tomarse debidamente en cuenta.*

de la aplicación del régimen de incomunicación. Prueba que deberá hacer valer ante unos órganos jurisdiccionales neutrales, que parten del examen de los hechos denunciados sin contaminación alguna. Será entonces cuando el Estado se enfrente a la imposibilidad de acreditar suficientemente -aportando elementos externos que corroboren su versión y en aplicación de tecnología como las grabaciones en vídeo- y en todos sus extremos -en todo el espacio y el tiempo transcurrido desde la detención hasta el fin de la detención-, el trato correcto que alega haber dispensado al detenido.

Por lo tanto, atendiendo a lo anteriormente dicho, concluyo que la ausencia de condenas por torturas sobre hechos sucedidos bajo el régimen excepcional de incomunicación se produce como consecuencia directa del diseño hermético de este mecanismo que permite el aislamiento de la persona detenida y también de su permanencia en el ordenamiento jurídico español pese a las peticiones reiteradas para su abolición. Ello nos lleva a calificar su finalidad como herramienta de excepción coactiva y de castigo, que posibilita la obtención de información y autoinculpaciones de forma ilegal.

2.- Postura del Estado frente al problema vasco y la violencia de ETA: ofensiva antiterrorista y negación de la validez de la Justicia Transicional

El 17 de octubre de 2011 se celebrará en Donostia la Conferencia Internacional por la Paz⁶⁵⁷, con la participación de los mediadores internacionales Kofi Annan, Bertie Ahern, Gro Harlem Brundtland, Pierre Joxe, Gerry Adams y Jonathan Powell. El acto finalizó con la lectura de una Declaración –Declaración de Aiete- realizada por los expertos y respaldada por los participantes, en la que se proponen 5 puntos a seguir con el ánimo de alcanzar una paz justa y duradera:

“1.- Llamamos a ETA a hacer una declaración pública de cese definitivo de la actividad armada, y solicitar diálogo con los gobiernos de España y Francia para tratar exclusivamente las consecuencias del conflicto.

2.- Si dicha declaración fuese realizada instamos a los gobiernos de España y Francia a darle la bienvenida y aceptar iniciar conversaciones para tratar exclusivamente las consecuencias del conflicto.

3.- Instamos a que se adopten pasos profundos para avanzar en la reconciliación, reconocer compensar y asistir a todas las víctimas, reconocer el dolor causado y ayudar a sanar las heridas personales y sociales.

4.- En nuestra experiencia de resolver conflictos hay a menudo otras cuestiones que si son tratadas pueden ayudar a alcanzar una paz duradera. Sugerimos que los actores no violentos y representantes políticos se reúnan y discutan cuestiones políticas así como otras relacionadas al respecto, con consulta a la ciudadanía, lo cual podría contribuir a una nueva era sin conflicto. En nuestra experiencia terceras partes observadoras o facilitadoras

⁶⁵⁷ El evento fue organizado por Lokarri y el mediador internacional Brian Currin. Los partidos políticos presentes en el acto fueron PNV, PSE-EE, EA, Izquierda Abertzale (antigua Batasuna), Aralar, Ezker Batua-Berdeak, Izquierda-Ezkerra, Geroa Bai, Union pour un Mouvement Populaire, Parti Socialiste, Mouvement Démocrate. También asistieron Confebask y los sindicatos ELA, LAB, CCOO, UGT. Como instituciones del territorio estuvieron presentes el Ayuntamiento de Donostia y la Diputación Foral de Gipuzkoa. Destacar la no asistencia del Partido Popular de Euskadi.

ayudan el diálogo. Aquí, el diálogo también podría ser asistido por facilitadores internacionales si así fuese decidido por las partes involucradas.

5.- *Estamos dispuestos a organizar un comité de seguimiento de estas recomendaciones."*

Tres días más tarde, el 20 de octubre de 2011, ETA anunciará el cese definitivo de la violencia armada. De esta forma, el primero de los pasos señalados en la Declaración de Aiete ya se había producido. El esquema planteado por los expertos internacionales en Donostia coincide plenamente con las medidas que Naciones Unidas establece como necesarias para la consolidación de la paz, en el informe realizado por el Secretario General en 2004 sobre la Justicia de Transición⁶⁵⁸, ya señaladas en el epígrafe 2.1 del Capítulo I.

Sin embargo, a la luz de los hechos posteriores no parece que esta hoja de ruta vaya a ser secundada por el Gobierno Español. En efecto, las conversaciones para abordar las consecuencias del conflicto propuestas por el grupo internacional entre ETA, el Gobierno francés y el español, no se han producido o no han logrado el objetivo deseado, según se desprende de las manifestaciones realizadas por la propia organización. Con motivo de las detenciones de los dirigentes –Iratxe Sorozabal y David Pla– realizadas en Baigorri (Iparralde) el 22 de septiembre de 2015, ETA envía un comunicado⁶⁵⁹ reprochando la postura mantenida por el Estado español y el seguidismo del gobierno francés *"totalmente alineado con la posición irresponsable de Madrid"*. Las sucesivas operaciones policiales realizadas desde la declaración de cese definitivo de la violencia son interpretadas como un ataque a las bases necesarias para que el proceso de solución del conflicto avance. Frente a la actuación *"represiva y provocadora de ambos*

⁶⁵⁸ ONU, Informe del Secretario General "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", de 2 de agosto de 2004, S/2004/616, pág. 4

⁶⁵⁹ ETA; Comunicado de Esukadi Ta Askatasuna al Pueblo Vasco, en Euskal Herria, a 27 de septiembre de 2015

estados” ETA hace saber a los agentes internacionales que *“mantiene todos sus compromisos y que cuenta con la capacidad suficiente para cumplirlos”*. En este mismo comunicado se alerta de que ambos gobiernos –español y francés- *“están poniendo en cuestión incluso el modelo ordenado para la destrucción de armas y desmantelamiento de arsenal”* lo que se entiende como un ataque muy grave contra el proceso de soluciones.

Pese a lo dicho, la entrega de las armas se convirtió en el nuevo objetivo a alcanzar. Si bien esta iniciativa no fue secundada por el Gobierno de Mariano Rajoy, por el contrario, el gobierno francés hará su papel en la entrega. Así ha sido, finalmente, en abril de 2017 la sociedad civil junto a las administraciones vasca, navarra y *Communauté d'agglomération du Pays Basque*⁶⁶⁰, gestionarán el proceso de decomiso. Una vez entregadas las coordenadas de su localización a un grupo de expertos internacionales, los arsenales serán custodiados por ciudadanos comprometidos con la paz hasta la llegada de la policía francesa y su recogida.

Dicho lo anterior, podemos concluir con la evidente falta de interés del Estado en avanzar en un proceso de resolución siguiendo los pasos indicados por los expertos en la Declaración de Aiete, sino todo lo contrario, será la presión policial y política la que tenga como objetivo único acabar con ETA. En efecto, no podemos afirmar que nos encontremos ante un proceso de paz que pueda plasmar en un acuerdo negociado entre las partes todas las cuestiones necesarias para el fin definitivo de la violencia, entre ellas, garantizar los derechos de todas las víctimas.

⁶⁶⁰ La Comunidad de Aglomeración del País Vasco es un organismo público de cooperación interdepartamental de nueva creación que aglutina, desde principios de 2017, a los territorios que conforman Euskadi norte (Iparralde). Esta estructura administrativa oficial responde a reivindicaciones históricas y permitirá disponer de mayor autonomía si bien dispondrá de menores competencias del departamento.

De esta forma, la postura mantenida por el Estado hace inviable la aplicación de la Justicia Transicional y, en consecuencia, el cambio de prioridades impulsado por ésta para los procesos de negociación de la paz. El nuevo paradigma de Justicia defenderá el reconocimiento de los derechos de todas las víctimas - la verdad, la reconciliación y la responsabilidad legal y moral- como uno de elementos esenciales, no excluible, en las negociaciones de paz⁶⁶¹.

Sobre la base de la constatación de la negación del conflicto por parte del Estado y el desprecio manifestado públicamente hacia la labor desarrollada por los expertos internacionales de la talla de los señalados supra, se nos muestra muy difícil abordar de forma constructiva el apartado 3 de la propuesta de Aiete dedicado a la necesaria atención a todas las víctimas para avanzar hacia la reconciliación de la sociedad. Esta cuestión es alarmante, si atendemos a lo manifestado por los expertos de Naciones Unidas, y sus recomendaciones una vez producido el cese de la violencia. Señala el Secretario General de la ONU que el mantenimiento de la paz solo será posible si la población tiene confianza en que las estructuras legítimas repararán las injusticias padecidas en el pasado y que la administración de la justicia se desarrollará de forma correcta. Destaca también el tratamiento que se debe dispensar a los grupos más vulnerables como los reclusos, los detenidos, los niños o las mujeres entre otros⁶⁶². En definitiva, se deberá procurar maximizar la acción de la justicia y reducir al mínimo la impunidad para lograr reparar a las víctimas de la forma más completa posible⁶⁶³.

⁶⁶¹ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE, AND MORE: "The Chicago Principles on Post-Conflict Justice", pag.6 y 7

http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihri/pdf/chicago_principles.pdf

⁶⁶² ONU, Informe del Secretario General "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", de 2 de agosto de 2004, S/2004/616, pág. 4

⁶⁶³ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE, AND MORE: "The Chicago Principles on Post-Conflict Justice", pag.8

Recordemos también que para el logro de la justicia y la paz se requiere de una planificación estratégica, integradora y sensata de las actividades que se deban desarrollar⁶⁶⁴. Por lo tanto, será necesario el diseño un plan integral, flexible y consensuado por los actores, que tenga en cuenta la evolución de las demandas específicas de la realidad local⁶⁶⁵.

Siguiendo esta pauta, el apartado 4 de las recomendaciones de Aiete propugna que más allá de las conversaciones sobre las consecuencias directas del conflicto, los actores no violentos y los representantes políticos deberán abordar y discutir sobre cuestiones políticas y otras relacionadas, sometiendo estas a la consulta de la ciudadanía. De esta forma se abre el diálogo sobre los problemas de base que están en la génesis del conflicto pudiendo consensuar soluciones con legitimación suficiente para ser aceptadas por la ciudadanía. Es innegable que la voluntad de las fuerzas políticas que se encuentran dentro y fuera del gobierno debe ser claramente la impulsora de estos cambios que permitan consolidar el nuevo escenario. Paz que solo será duradera si los problemas de gran calado social pueden resolverse de forma justa y con procedimientos legítimos, cuestiones estructurales como la distribución desigual de la riqueza, el abuso de poder, controversias territoriales, discriminación étnica, entre otros⁶⁶⁶.

Bien, hasta aquí hemos descrito la postura que el Estado debiera mantener conforme a los postulados de la Justicia Transicional para zanjar de una vez por todas la violencia que perdura desde la época franquista anclándonos a ella, también hemos recordado los riesgos que conlleva no adoptar estas medidas según lo señalado por Naciones Unidas.

⁶⁶⁴ ONU, Informe del Secretario General "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", de 2 de agosto de 2004, S/2004/616

⁶⁶⁵ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE, AND MORE: "The Chicago Principles on Post-Conflict Justice", pág.8

⁶⁶⁶ ONU, Informe del Secretario General "El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", de 2 de agosto de 2004, S/2004/616, pág.4

Tristemente, lo cierto es que, parece repetirse la fórmula del pasado y optar por “la transición sin transición”, en este caso “el fin de ETA sin mecanismos de Justicia Transicional alguno”. Se rechaza de esta forma la aplicación de una metodología abalada internacionalmente para la consolidación de la paz, dejando latentes problemas de gran calado lo que supone un verdadero peligro para convivencia pacífica y la reconciliación de la sociedad vasca.

Como venimos diciendo, abordar las graves vulneraciones de derechos humanos sucedidas en el pasado, procurando verdad, justicia y reparación a las víctimas es un requisito fundamental para avanzar hacia la convivencia y la paz. La mirada al pasado tiene que ser libre de prejuicios y se deben ver todas las victimaciones producidas en el contexto de la violencia de motivación política⁶⁶⁷. Fiel a la postura mantenida por el Estado, la labor realizada por éste ha sido parcial, limitando el reconociendo e impulsando a los derechos de las víctimas del terrorismo de ETA, GAL, AAA, BVE, y otros grupos reconocidos como tal⁶⁶⁸. Víctimas que a través de los órganos legalmente creados para su representación han manifestado también su parecer tras el comunicado de ETA de 2011 anunciando el cese definitivo de la violencia armada. Ejemplo de ello fue el Comunicado del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo⁶⁶⁹, de 7 de noviembre de 2011, documento donde muestran su parecer sobre el anuncio de ETA y presentan sus reclamaciones para este nuevo escenario.

⁶⁶⁷ Según definición de SANCHEZ SOLER, que reproducimos a continuación: “el uso consciente de la fuerza, ya sea física o verbal, mediante amenaza, ejercido por individuos, grupos ideológicos, instituciones públicas, sectores de la administración del Estado, partidos o entidades, con el objetivo de intervenir y cambiar el rumbo de los acontecimientos políticos de un país, controlar o imponer decisiones gubernamentales, conquistar, dirigir o conservar el poder del Estado” en *La Transición Sangrienta*, pág. 17

⁶⁶⁸ Sobre esta cuestión, nos remitimos a lo manifestado en el epígrafe 4 del Capítulo I.

⁶⁶⁹ Órgano creado en aplicación de la Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo (BOPV de 1 de junio de 2008), compuesto por representantes de la administración y de la sociedad civil, una de sus funciones será “trasladar a las administraciones públicas vascas las iniciativas y propuestas que considere oportunas en orden al avance y mejora de las políticas públicas destinadas a las víctimas”

En palabras del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo *“La perspectiva de un futuro sin atentados, extorsiones y violencia de persecución constituye sin duda un panorama nuevo, que, junto a la constatación de la derrota de la estrategia terrorista y la victoria del Estado de Derecho, permite abrigar esperanzas de que, a través de su consolidación, pueda llegar a garantizarse su no repetición y, en particular, llevar a la disolución definitiva de la organización”*. Continúa el órgano recordando la necesidad de que las instituciones públicas y la sociedad en general refuercen el reconocimiento y apoyo a las víctimas del terrorismo y se redoblen los esfuerzos para proporcionar a este colectivo una reparación integral. Se reivindica el final de ETA con memoria y sin impunidad, reclamando el derecho a una verdadera justicia victimal en todos sus niveles –dignidad, verdad y memoria- respetando de esta forma la centralidad que les corresponde. Piden a la sociedad en general un compromiso público a favor del respeto a la intimidad e imagen de las víctimas del terrorismo, el impulso del conocimiento de la verdad y la memoria colectiva reconociendo la significación social y política de las mismas.

De la lectura de este documento podemos concluir que las exigencias de este colectivo de víctimas, limitadas legítimamente a sus necesidades, responden perfectamente a los parámetros de la Justicia Transicional y son aplicables a las otras víctimas de motivación política, como las de tortura y otros malos tratos: estado de derecho, verdad, justicia, reparación, memoria, son cuestiones que se deben garantizar a todas las víctimas de la violencia.

Como decimos, es indudable que el tratamiento de las víctimas del terrorismo se encuentra más avanzado en el desarrollo de las políticas victimales que el de otras, camino ya recorrido del que se pueden obtener importantes enseñanzas. La visión integral de las consecuencias del conflicto, en aras de garantizar *“la no repetición de la violencia”* exigencia

también de las víctimas del terrorismo, pasa por reconocer las violaciones de derechos humanos perpetradas por el Estado y la gravedad de la victimación resultante de ellas.

Las víctimas de torturas, tratos inhumanos y degradantes, sin embargo son negadas en este contexto a partir de los años 90. El Estado prevé para ellas, en el supuesto de que se de algún caso, un tratamiento igual que a otras víctimas de delitos comunes.

El abordaje legal en España de la tortura y otros malos tratos -como se ha descrito en el Capítulo II y III- con importantes matices, está en sintonía con los estados del entorno, tanto en relación a los compromisos internacionales adquiridos, como a la regulación interna. A efectos formales, nos encontramos ante la asunción de las garantías y derechos que la normativa internacional reconoce a las personas privadas de libertad, así como con la creación de organismos de prevención de estos delitos previstos como por ejemplo el Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura. Sin embargo, las deficiencias en la ejecución del contenido de los compromisos persisten. No es necesario recordar lo dicho en este mismo Capítulo y el anterior sobre las reiteradas quejas y llamadas de atención de los organismos de control del cumplimiento de estos convenios a España⁶⁷⁰. Sin olvidar las 9 condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a España por la violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal, es decir, por no investigar suficientemente las denuncias de torturas y malos tratos, ocho de estas resoluciones son referidas a detenciones bajo el régimen de incomunicación.

⁶⁷⁰ Recordar algunos de los más importantes: Comité de Prevención de la tortura del Consejo de Europa, el informe de 30 de abril de 2013; el realizado después de sus visitas a España el 19 septiembre al 1 octubre de 2007, el 12 al 19 de diciembre de 2005, o el 17 al 19 de enero de 1997 entre otros.

Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura Theo Van Boven, visita a España, 2004. También el 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, visita España, 2008

Otro ejemplo de cumplimiento formal e incumplimiento material es la aprobación del Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España 2008⁶⁷¹ con el gobierno de Rodríguez Zapatero y la creación mediante Orden PRE/1597/2009, de 15 de junio, de la Comisión de Seguimiento del Plan⁶⁷². Entre otras medidas diversas, de ámbito internacional e interno, el Epígrafe 7, Libertad personal y fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Recoge 4 medidas para mejorar las garantías de las personas detenidas. En concreto será la número 97 la destinada a intervenir en el régimen de incomunicación con cuatro medidas:

- Prohibir expresamente la aplicación de ese régimen a los menores, independientemente del delito presuntamente cometido.
- Grabar en vídeo u otro soporte audiovisual todo el tiempo de permanencia del o la detenida en dependencias policiales.
- Se garantizará al detenido poder ser visitado además de por el forense, por otro médico de la Sanidad Pública designado por el MNP.
- Se elaborará un protocolo de reconocimiento para los médicos forenses que *“contendrá las comprobaciones médicas mínimas a realizar al detenido y los partes normalizados a cumplimentar”*.

En noviembre de 2012 se presentó el informe de evaluación del Plan una vez transcurridos 4 años desde su aprobación. En el documento se señala que la medida 97 sobre aplicación la aplicación del régimen de incomunicación, se encuentra “en desarrollo” al acordar el Gobierno -

⁶⁷¹ Para conmemorar el 30 aniversario de la Constitución Española, Gobierno sigue la propuesta que en 1993 realizara la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reunida en Viena realizó a los Estados participantes y procede a la elaboración de un Plan de Acción Nacional en el que adoptará las medidas necesarias para mejorar la promoción y protección de los derechos humanos.

⁶⁷²El texto completo del Plan se puede consultar en:

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/Spain_NHRAP.pdf

vigente en ese momento- en Consejo de Ministros de 2 de marzo de ese mismo año -2012- crear una comisión institucional para reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal y poder dar cumplimiento a lo consignado en el Plan. En efecto, tanto la primera medida como la tercera previstas en el caso de la detención incomunicada necesitaban de la reforma de la Ley procesal penal para ser llevadas a la práctica lo que no sucedió, en el caso de los menores, hasta la reforma de 2015. En efecto, la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, modificará la edad de aplicación de la incomunicación pero no cumplirá el mandato del Plan elaborado por el Gobierno socialista que impide su uso para los menores de 18 años⁶⁷³. En efecto, la nueva redacción del artículo 509.4 LECr excluirá de forma expresa la posibilidad de someter a esa medida a los menores de 16, quedando la franja de edad de 16 a 18 excluida de esta prohibición. El informe, en referencia a otra de las medidas -la grabación en imágenes del detenido en comisaría- excusará su incumplimiento, además de por la reforma procesal pendiente, porque para proceder a su ejecución será necesario dotar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado de los medios necesarios que permitan cumplir todas las resoluciones judiciales que acuerden la grabación en vídeo de las y los detenidos sometidos a régimen de incomunicación.

El nuevo ejecutivo del Partido Popular, con la idea de realizar un nuevo Plan, encargará un informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Estado, que será gestionado por el Centro de Estudios Constitucionales y dirigido por el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid Fernando Rey. Sucedió multitud de

⁶⁷³La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se realizó con mayoría parlamentaria del Partido Popular. Recordemos la redacción exacta de la medida 97 a) del Plan de 2008:
a) Se abordarán las modificaciones legislativas oportunas para prohibir expresamente la aplicación del régimen de detención incomunicada a los menores de edad, con independencia del delito que presuntamente hayan cometido.

vicisitudes, el informe finalmente no será del agrado del ejecutivo y no se dará a conocer⁶⁷⁴, lo que lleva a sus autores a publicarlo en 2015 con el título "Los derechos humanos en España: un balance crítico"⁶⁷⁵.

Actualmente, en febrero de 2017, el Congreso de los Diputados ha aprobado una Iniciativa No de Ley, impulsada por Aitor Esteban, portavoz del Grupo Vasco, que insta al Gobierno a renovar el Plan de Derechos Humanos de 2008 finalizado en 2012 y sin continuidad desde entonces⁶⁷⁶.

Este es el contexto en el que se desenvuelve el proceso de paz vasco que nos lleva a concluir con la imposibilidad de recurrir a los mecanismos de Justicia Transicional necesarios para abordar cuestiones de calado –en nuestro caso sobre la tortura-, que inevitablemente requieren de amplio consenso político y mayorías necesarias para ello. Efectivamente, de forma telegráfica y siguiendo la clasificación realizada en el epígrafe 3.6 del Capítulo I nos referimos a los siguientes:

3.6.1.- Procesos judiciales y desarrollo de la justicia interna. Debe haber un verdadero impulso de búsqueda de la verdad a través de los mecanismos legalmente establecidos para ello, estos son los tribunales. El impulso del Ministerio Fiscal en esta labor es fundamental. Asimismo se debe dotar adecuadamente de los recursos necesarios a los juzgados encargados de la investigación, tanto en personal especializado como en herramientas técnicas. La necesidad de establecer un plan estratégico que permita llevar a cabo la investigación en condiciones de todos los casos de tortura y malos tratos y que asuma la imposibilidad de hacer frente a un número importante de ellos principalmente por motivo de la

⁶⁷⁴ <http://www.publico.es/politica/expertos-gobierno-istan-rajoy-frenar.html>

⁶⁷⁵ Los datos del libro son los siguientes: Autor/es: Fernando Rey Martínez, Joana Abrisketa Uriarte, Federico de Montalvo; Los derechos humanos en España: un balance crítico, Tirant lo Blanch, 2015

⁶⁷⁶ <http://www.publico.es/politica/congreso-insta-rajoy-elaborar-plan.html>

prescripción, avalando la creación e utilización de otros mecanismos alternativos.

3.6.2.- Mecanismos de búsqueda de la verdad. Estos deben de estar dotados de la legitimidad suficiente para poder realizar su labor adecuadamente y tener acceso a las fuentes de información oficiales. Su constitución y funcionamiento será regulado por norma.

3.6.3.- Reparación a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos. La reparación solo será satisfactoria si los responsables de las torturas y otros malos tratos, en este caso el Estado, reconocen el daño causado y piden perdón por ello. El impulso de otras medidas de resarcimiento a las víctimas, similar a las adoptadas con las víctimas del terrorismo, conlleva un desarrollo legislativo que necesariamente debe ser impulsado y aceptado por el Estado, obligación derivada en gran parte por la responsabilidad que atañe a éste.

3.6.4.- Reformas institucionales. Todas las reforma que sea preciso acometer en la administración pública del Estado, principalmente en justicia e interior, deben ser impulsadas por Madrid atendiendo al marco competencial. Si nos referimos a cambios legislativos como modificación del Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal, claramente será necesaria una mayoría parlamentaria suficiente que así lo permita.

Para concluir y una vez analizada la cuestión con una mirada integral sobre todas las consecuencias de la violencia de motivación política, cabe preguntarse si el Estado español no está violando sus compromisos internacionales al no abordar el conflicto bajo el prisma de la Justicia Transicional y no seguir las pautas señaladas por Naciones Unidas. El enfoque al que se está sometiendo esta cuestión -nos estamos refiriendo al Gobierno del Partido Popular pero también a otras fuerzas políticas de izquierdas del arco parlamentario así como a una parte importante de los medios de comunicación- no solo niega el derecho a la verdad, a la justicia

y a la reparación a un número importante de personas, también priva a la sociedad del derecho a la verdad colectiva, olvidando una parte importante de lo sucedido, precisamente la parte que acusa al Estado y de la cual es responsable.

Por último, señalar el proceder que muestra el Estado ante la comunidad internacional. La asunción formal de los compromisos contractuales y cierto grado de ejecución de los mismos coloca a España entre los países que, por contexto geopolítico, le corresponde⁶⁷⁷. Sin embargo, la profundización en los postulados defendidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, necesaria para su completa defensa y garantía, no se materializa, en ocasiones por falta de recursos en otras por conveniencia política justificada de forma torticera con argumentos peregrinos como el "buen hacer" de las instituciones españolas y las garantías del ordenamiento jurídico español. Muestra de ello son los informes de contestación que realiza el gobierno a organismos internacionales como el Comité contra la Tortura, donde el reconocimiento de las deficiencias es nulo, sin importar negar los hechos denunciados y acusar de mentir a las víctimas.

⁶⁷⁷ Otro ejemplo de la imagen que quiere construir el Estado de cara al exterior será la aprobación del Plan de acción del gobierno de España para la aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000), sobre mujeres, paz y seguridad. Curiosamente este Plan será destinado a incluir la perspectiva de género en la prevención, gestión y "solución de conflictos" internacionales en los que el Estado participe para contribuir a la construcción de la paz. Esta postura no deja de ser contradictoria con la mantenida con los problemas domésticos.
https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/Documentos/plan_accion_gobierno_espana.pdf

3.- Postura del Gobierno Vasco ante el conflicto vasco y la interlocución con el Estado

Recordando lo ya mencionado en el epígrafe 4.3 del Capítulo I, en la Comunidad Autónoma de Euskadi, desde hace unas décadas, principalmente a partir de la aprobación de la Ley 32/1999 de solidaridad con las víctimas del terrorismo⁶⁷⁸, se han aprobado e impulsado numerosas iniciativas en el desarrollo de una política de reconocimiento y reparación a las víctimas de la violencia. Al más alto nivel institucional, destacan los actos de reconocimiento públicos por parte del Gobierno vasco a las víctimas del terrorismo, especialmente a las víctimas de ETA, con los gobiernos del lehendakari Sr. Juan José Ibarretxe (2005-2009) y posteriormente el lehendakari Sr. Patxi López (2009-2012). Estas iniciativas han venido acompañadas de reivindicaciones que instan al reconocimiento de estas y también de otras víctimas de graves violaciones de derechos humanos producidas en el contexto de la violencia de motivación política.

La sociedad vasca ha puesto de manifiesto la necesidad de dar luz sobre otras acciones violentas y realizar también un reconocimiento hacia otras víctimas no consideradas hasta entonces en la política pública. Se impone la necesidad de ser justos con todas las personas que han sufrido las consecuencias del conflicto. De esta forma, se reclama una visión integral y global de las vulneraciones sucedidas en el pasado y el deber de afrontar todas ellas para lograr una convivencia pacífica sobre la base del reconocimiento de todo el mal causado. Esta reivindicación supondrá abordar cuestiones muy delicadas en un contexto político nada proclive a ello –recordemos lo dicho supra sobre la postura del Estado-, como es la

⁶⁷⁸ Norma de ámbito estatal. Ese mismo año se aprobará también el Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo

investigación de las violaciones de derechos humanos denunciadas contra las diferentes policías –estatal y autonómica- en el contexto del conflicto.

Las diferentes instituciones vascas y las fuerzas políticas que las componen vienen mostrando una postura diferente a la del Estado en cuanto a la gestión del conflicto y principalmente desde el anuncio del alto el fuego definitivo de ETA en 2011. Siempre en el marco competencial propio, parece que el avance en la aplicación de un modelo de Justicia Transicional “limitado” se consolida a nivel territorial autonómico con la Plan de Paz y Convivencia 2013-2016.

Continuando con las acciones institucionales destinadas a las víctimas de la tortura y otros malos tratos, retroceder un poco en el tiempo, a la legislatura 2009-2012, fue entonces cuando el Gobierno vasco, con el apoyo de otras fuerzas políticas en el Parlamento Vasco, aprobó el *Decreto 107/2012, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978 en el contexto de la violencia de motivación política vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco*. De esta forma, arranca de forma oficial, con un amplio acuerdo político, la cobertura y el reconocimiento las víctimas de las fuerzas policiales que habían sufrido violaciones al derecho a la vida o a la integridad física y psicológica, entre 1960 y 1978.

Pese a la amplia legitimidad lograda por esta norma, el Gobierno central presentará recurso, siendo confirmado éste en parte por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco⁶⁷⁹.

Desde el territorio vasco, pese a las injerencias del Estado, se avanza hacia la construcción de la paz y la busque de la verdad. Continuando con el Plan de Paz y Convivencia 2013-2016, recordar la acción 6 la consecución

⁶⁷⁹ STSJPV 267/2015 de 24 de abril

de su objetivo de conocer las dimensiones reales de la tortura en el contexto vasco. En el proceso de ejecución de esta acción llevada a cabo por un grupo de investigadores del IVAC-KREI, en junio de 2016 se publicó el informe “El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad”⁶⁸⁰. Los datos recogidos en este documento identifican las dimensiones del problema a enfrentar por las administraciones correspondientes, constatando lo siguiente:

“En la investigación llevada a cabo se ha establecido un censo de 4.009 casos de personas (17% mujeres y 83% hombres) que han denunciado de forma pública y/o judicial haber sido objeto de malos tratos y/o torturas por parte de funcionarios públicos policiales. De ellos un 17% lo han sido en más de una ocasión. Estas cifras se encuentran por debajo de la dimensión real de los afectados si tenemos en cuenta que hay más personas que han anunciado su incorporación al censo. Estas personas desean ser atendidas en la investigación puesta en marcha por la Secretaría General para la Paz y la Convivencia del Gobierno Vasco. La evolución histórica de estas denuncias permite constatar un descenso paulatino de las mismas a partir del año 2004, no existiendo ningún caso registrado en el 2015 y 2016.”⁶⁸¹

“En suma, a juicio de los expertos forenses y aplicando todas las salvaguardas y medidas que requiere el protocolo⁶⁸², se considera que 197 de estas 202 personas han hecho un relato cierto y sustancialmente veraz de lo que constituyó su experiencia de tortura durante la detención incomunicada.

⁶⁸⁰ Proyecto encargado por el Gobierno Vasco en 2014 al Instituto Vasco de Criminología UPV-EHU para la investigación del fenómeno de la tortura en las últimas décadas en Euskadi, acción que forma parte de las iniciativas incluidas en el *Plan de Paz y Convivencia 2013-16*. Tener en cuenta que la investigación, a fecha de cierre del presente trabajo, no ha finalizado por lo que los datos que se recogen en el señalado informe pueden variar, si bien no se esperan cambios muy significativos.

⁶⁸¹ IVAC-KREI; “El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad”, pág. 40

⁶⁸² Protocolo de Estambul se define como un manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Cruels, Inhumanos o Degradantes, documento aprobado en la Resolución adoptada por unanimidad en la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2000 (Resolución 55/89. Apéndice, 4, diciembre, 2000).

Este juicio, repetimos, se basa en criterios de consistencia entre los malos tratos o torturas alegadas por la persona y los impactos objetivados en su salud psicológica y física.”⁶⁸³

“En tal sentido, los testimonios recogidos en audio y en video son más de 900 y las pruebas periciales, esto es el Protocolo de Estambul de Naciones Unidas (2000), se ha aplicado a 202 personas (76% del periodo democrático, 20% del periodo predemocrático y 4% en ambos), lo que arroja resultados concluyentes en lo que respecta a la credibilidad de los relatos y por lo tanto de los hechos denunciados. De hecho, en la evaluación psicológica realizada a través de este protocolo, el 9% de las peritaciones fueron consideradas de “máxima consistencia”, el 40% de “muy consistentes”, el 49% de “consistentes” y el 2% como “inconsistentes” para tortura aunque consistentes con tratos inhumanos o degradantes o con el uso de violencia excesiva durante el arresto.”⁶⁸⁴

El estudio dibuja una problemática que afecta a 4009 personas, algunas de ellas ya fallecidas. A partir de esta constatación, el informe final -previsto para septiembre de 2017- deberá plantear los siguientes encaminados a proporcionar a estas víctimas verdad, justicia y reparación, así como las medidas de no repetición adecuadas. El Parlamento Vasco, continuando la senda emprendida con el reconocimiento hacia estas víctimas, aprobó la *Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999* con el objetivo de ampliar el periodo cronológico de aplicación de la cobertura a estas víctimas y subsanar los defectos formales achacados por el Tribunal Constitucional a la norma precedente.

⁶⁸³ IVAC-KREI; “El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad”, pág. 38

⁶⁸⁴ IVAC-KREI; “El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad”, pág. 40

Nuevamente, el camino emprendido por parte del Gobierno de Mariano Rajoy ha sido frenar esta iniciativa presentando recurso de inconstitucionalidad en mayo de 2017.

Así las cosas, a continuación en aplicación de los postulados de la Justicia Transicional, defendiendo su utilización como adecuada y viable, en tanto en cuanto exista voluntad social y política suficiente, procederemos a esbozar una propuesta de mecanismo limitado a las posibilidades reales existentes y que puede ser utilizado como “prueba piloto” cuando las circunstancias así lo permitan⁶⁸⁵.

4.- Policía Autónoma Vasca. Esbozando un mecanismo de Justicia Transicional

Desde las instituciones vascas, las iniciativas impulsadas para las víctimas de la tortura, tratos inhumanos y degradantes se han circunscrito, mayoritariamente al terreno del reconocimiento y la reparación. Decimos que, mayoritariamente, porque hay excepciones en cuanto al derechos a la verdad dando inicio a este camino con el señalado Proyecto de investigación de la tortura 1960-2013.

En efecto, continuando por la senda señalada con la Justicia Transicional y la necesidad de afrontar las vulneraciones de derechos humanos sucedidas en el pasado, proporcionando verdad, justicia y reparación a todas las víctimas, en ocasiones y en referencia a las políticas vascas señaladas, nos surge la duda si es correcto abordar el derecho a la reparación, sobre una base débil de verdad y sin garantizar justicia. En efecto, el reconocimiento por parte de una norma del derecho al

⁶⁸⁵ HAYNER, “Justicia Transicional en el País Vasco”, pág. 304. La autora, sobre la aplicación de la Justicia Transicional en el País Vasco y las reticencias del Estado central a ello, señala “Por ejemplo, si no puede progresarse a nivel nacional, una iniciativa a nivel regional o local puede ser útil”

resarcimiento principalmente económico no parece del todo conveniente si éste no viene acompañado por un sincero esfuerzo por saber la verdad.

Por su puesto, entendemos y apoyamos plenamente una forma de hacer que intenta sortear los obstáculos injustos introducidos por el Estado en el camino de la paz, que atenta contra los derechos de las víctimas y que, por lo tanto, incurre en el incumplimiento de la legislación internacional de garantía a los Derechos Humanos.

Así las cosas, volviendo al contexto territorial donde, como reiteramos, existe un consenso suficiente a nivel político y una sociedad civil que demanda, sin nombrarla, la aplicación de la Justicia Transicional, con respeto al marco competencial autonómico, pero incurriendo en discriminación con el resto de víctimas, se plantea una comisión de investigación para los casos de denuncia contra la policía autonómica vasca. Presentando las siguientes cuestiones a abordar:

4.1.- Los datos

El informe provisional de la investigación que está desarrollando el IVAC-KREI ofrece los siguientes datos⁶⁸⁶:

Cuerpo Policial y otros	No de casos
Policía Nacional	1.561
Guardia Civil	1.589
Ertzaintza	310
Policía Municipal	4
Funcionario de Prisiones	19
Otros	39
Sin datos	64

⁶⁸⁶ IVAC-KREI; "El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad", pág. 18

En principio, nos estaríamos refiriendo a un número de casos bastante inferior del total, se trata de aproximadamente un 8,6% de las denuncias registradas. La evolución por décadas será la siguiente⁶⁸⁷:



No se ha constatado sentencia condenatoria contra la Ertzaintza por torturas u otros malos tratos en el contexto de violencia de motivación política. Sin embargo, debemos recordar que el Comité contra la Tortura, en el caso Orkatz Gallastegi Sodupe⁶⁸⁸, condenará a España por no llevar a cabo una investigación pronta e imparcial de las denuncias de tortura y malos tratos manifestadas por el actor. Como ya se ha señalado en el epígrafe 2.2.3.2 del Capítulo II, el Sr. Gallastegi denunció haber sido torturado por la Ertzaintza en octubre de 2002, mientras permanecía detenido bajo el régimen de incomunicación, denuncia insuficientemente investigada y posteriormente archivada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Gasteiz.

⁶⁸⁷ IVAC-KREI; "El Proyecto de Investigación de la tortura en el País Vasco. Memoria-Resumen de la actividad", pág. 23

⁶⁸⁸ Orkatz Gallastegi Sodupe v. Spain. Comunicación nº 453/201, O.N. Doc. CAT/C/48/D/453/2011 (2012)

4.2.- Justificación y marco jurídico

Creada con el Gobierno del Lehendakari Carlos Garaikoetxea en desarrollo del Estatuto de Autonomía, la Ertzaintza inicia su despliegue en 1982 completándolo en todo el territorio del País Vasco en septiembre de 1995. La Ley 4/1992, de 17 de julio, de la Policía Vasca regulará el funcionamiento de este cuerpo, y el Decreto 170/1994, de 3 de mayo, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Cuerpos de Policía del País Vasco⁶⁸⁹.

A lo largo de su reciente historia, la Ertzaintza ha venido desarrollando mecanismos y sistemas adicionales de garantías y gestión de la calidad, destacan principalmente a partir del año 2000⁶⁹⁰: el Sistema de gestión de calidad en el proceso de la detención; La oficinas de iniciativas ciudadanas para la mejora del sistema de seguridad pública-Ekinbide; Protocolo para la coordinación de la asistencia a personas en régimen de incomunicación y el Protocolo médico forense; El servicio de información a los familiares de los detenidos en régimen de incomunicación; Sistema de videograbación de las personas detenidas.

Sin embargo, pese a estos mecanismos loables, lo cierto es que la policía autonómica vasca ha venido aplicando la detención incomunicada –recordemos que este instrumento se pone en marcha por iniciativa policial- contraviniendo de esta forma todas las recomendaciones de los organismos internacionales que, como hemos señalado supra, piden su abolición.

Frente a las denuncias de torturas y otros malos tratos que acusan a este cuerpo policial, se utiliza como defensa un argumento fácil: la falta de condenas por torturas u otros malos tratos en el contexto de la lucha

⁶⁸⁹ Artículo 92.2 a) y b) de la LPPV y artículo 8.1 y 2 del Reglamento disciplinario

⁶⁹⁰ www.ertzaintza.net

antiterrorista. En nuestra opinión y como conclusión al epígrafe 1.4 de este Capítulo, debemos afirmar que, por frustrante que sea, la falta de resoluciones judiciales confirmatorias de estas prácticas no es garantía en absoluto de que no sucedan, sino de la imposibilidad de su demostración. Ello nos lleva a concluir que la responsabilidad del Gobierno Vasco en estos casos es mayor al permitir utilizar a su policía unas condiciones de detención que implican la imposibilidad de la prueba de la tortura en el caso de que se den⁶⁹¹ y, en consecuencia, ello puede ser un aliciente para su utilización.

Bien, llegados a este punto, en este nuevo escenario de paz donde el derecho a la verdad asiste a todas las víctimas del conflicto, existe una convicción social de que la Ertzaintza tiene una parte de responsabilidad en el camino hacia la reconciliación y la convivencia que pasa ineludiblemente por el reconocimiento de todas las vulneraciones de derechos humanos.

La experiencia en otros casos indica que la colaboración del victimario es imprescindible para conocer la verdad de lo sucedido en dependencias policiales. Ello desemboca, en muchos casos, en la necesidad de reconocer y/o gratificar al victimario por la información proporcionada. Como indica AMBOS, ante la necesidad de saber la verdad, pero la imposibilidad material de obtenerla, la promesa de una amnistía condicionada a la revelación completa de los hechos por parte de los autores, junto con la asunción de responsabilidad fuera del marco de un juicio penal, como pueden ser las Comisiones de la Verdad y Reconciliación, se presenta como una opción intermedia para la reconciliación social⁶⁹².

⁶⁹¹ Recordemos todos los informes y resoluciones de organizaciones y organismos internacionales citados anteriormente sobre esta cuestión.

⁶⁹² AMBOS, MALARINO, ELSNER, *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, pág. 47, 51 y 71 y ss.

En efecto, tristemente, atendiendo al nivel de exigencia actual de los juzgadores en los juicios por tortura, que rechazan incluso el Protocolo de Estambul como prueba de la veracidad del testimonio de la víctima –me estoy refiriendo entre otros al reciente caso de Sandra Barrenetxea⁶⁹³-, el último recurso para conocer la verdad es apelar a la catadura moral y “al compromiso con esta sociedad” de las y los testigos y perpetradores para que con su testimonio permitan alcanzar un bien común superior, esto es la construcción de una sociedad vasca justa y en paz.

Sin embargo, la práctica requiere de algo más que buenas voluntades, exige tener en cuenta el marco jurídico existente y diseñar una hoja de ruta. A continuación siguiendo las pautas indicadas por Naciones Unidas⁶⁹⁴ y limitadas al marco competencial vasco se señalaran las líneas fundamentales a desarrollar en este planteamiento de “órgano de investigación” así como las principales dificultades:

4.2.1.- Dificultades

a) Limitaciones competenciales. Prescripción penal y disciplinaria.

El Estatuto de Autonomía Vasco establece en su artículo 17 que *el mandato supremo de la Policía Autónoma Vasca corresponde al Gobierno Vasco⁶⁹⁵*, por lo tanto se atribuye a éste su gestión y funcionamiento como competencia propia.

⁶⁹³ Denuncia interpuesta contra la Guardia Civil, no contra la Ertzaintza

⁶⁹⁴ Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su Resolución 55/89, de 4 de diciembre de 2000; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad, ONU, 2006, New York y Ginebra; Principios de Chicago, Principio 2 – Búsqueda de la verdad e investigaciones por los delitos del pasado. los estados deben respetar el derecho a la verdad y fomentar las investigaciones de comisiones de la verdad y otras iniciativas similares por las denuncias de graves violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, corresponderá a los jueces y tribunales la investigación y sanción de los delitos y faltas tipificados en el Código Penal, entre ellos las torturas y otros malos tratos. Pero, recordando lo ya señalado en el epígrafe 1.1.6 del presente Capítulo, esta capacidad tiene un límite temporal, contemplando la norma su prescripción transcurridos 15 años desde la comisión del acto reprochable.

Sobre la aplicación del régimen disciplinario a este tipo de casos como mecanismo que pueda ayudar a conocer la verdad, nos encontramos con un inconveniente similar. La Ley de la Policía Vasca⁶⁹⁶ regulará funcionamiento y código deontológico de la Ertzaintza y Policías Locales⁶⁹⁷ con expresa prohibición tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶⁹⁸, comportamientos sancionados en el Reglamento de régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía del País Vasco como faltas

⁶⁹⁵ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, artículo 17.1 y 2:

"1. Mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución, corresponderá a las instituciones del País Vasco, en la forma que se determine en este Estatuto, el régimen de la Policía Autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, quedando reservados en todo caso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los servicios policiales de carácter extracomunitario y supracomunitario, como la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida de territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, e inmigración, pasaportes y documento nacional de identidad, armas y explosivos, resguardo fiscal del Estado, contrabando y fraude fiscal al Estado.

2. El mando supremo de la Policía Autónoma Vasca corresponde al Gobierno del País Vasco, sin perjuicio de las competencias que pueden tener las Diputaciones Forales y Corporaciones Locales.

⁶⁹⁶ La Ley 4/1992 de la Policía Vasca

"Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto la ordenación de la administración de seguridad de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la coordinación de las policías locales y la regulación del régimen específico del personal de los Cuerpos de Policía dependientes de las administraciones públicas vascas."

⁶⁹⁷ La Ley 4/1992 de la Policía Vasca, artículos 28 y siguientes, destacando el Artículo 30.1. *"Los miembros de la Policía del País Vasco actuarán con absoluta neutralidad política e imparcialidad, y evitarán cualquier práctica abusiva o arbitraria respetando en todo momento los principios de igualdad y no discriminación, y los demás que se consignan en la Constitución y en la Declaración Universal de Derechos Humanos"*.

⁶⁹⁸ Ley de la Policía Vasca, artículo 36.2: *"No podrán infligir, instigar o tolerar acto alguno de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como amenaza de guerra o de la seguridad nacional, o cualquier otra emergencia pública, como justificación."*

muy graves⁶⁹⁹. El castigo previsto para este tipo de comportamientos será la separación del servicio y suspensión de funciones de 2 a 4 años⁷⁰⁰. El mismo Reglamento prevé la extinción de la responsabilidad disciplinaria entre otros motivos por prescripción⁷⁰¹, que para el caso de las faltas muy graves será de 6 años a contar desde la comisión de la falta⁷⁰², regla sin excepción que se aplica también a los casos de tortura pese a las exigencias internacionales de no prescripción. En consecuencia, atendiendo a lo expuesto, la gran mayoría de los casos denunciados no serían investigados ni sancionados en aplicación de la norma disciplinaria, sin perjuicio de lo dicho sobre la aplicación de la justicia penal.

En aplicación de ambas previsiones legales, la investigación propuesta abordaría casos anteriores al periodo de aplicación de la competencia jurisdiccional, es decir anteriores al límite temporal de 15 años

- b) Limitaciones políticas. Acuerdo político y social de alcance que respalde el derecho a saber la verdad a través del órgano de investigación.

Las comisiones más sólidas son las que vienen soportadas en un proceso de consulta y estudio con el objetivo de decidir el tipo de órgano más adecuado para afrontar la tarea. Este proceso debe de facilitar la participación de las víctimas y suele incluir, seminarios, cursos y otro tipo de mecanismos de intercambio de opiniones. Su duración se prevé en unos

⁶⁹⁹ Decreto 170/1994, de 3 de mayo, que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía del País Vasco. Artículo 8.2.

⁷⁰⁰ Reglamento de régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía del País Vasco. Artículo 14.1

⁷⁰¹ Reglamento de régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía del País Vasco. Artículo 18

⁷⁰² Reglamento de régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía del País Vasco. Artículo 20

meses, el tiempo necesario para elegir y madurar la propuesta⁷⁰³. Esta labor será necesaria para comprender su finalidad y no crear expectativas que no puedan ser alcanzadas con estos de mecanismos. La implicación de las ONGs que trabajan en esta materia será fundamental para el éxito de esta iniciativa.

Este tipo de órganos se crean por norma emanada del ejecutivo (decreto) o bien del legislativo (ley) que define un mandato oficial⁷⁰⁴. La participación del Parlamento da cabida a otras fuerzas políticas que pueden debilitar la acción o, por el contrario, dotarla de mayor legitimidad e impulso. Para ello, el trabajo previo de consenso y unidad es importante, también lo será el acuerdo de no politizar el compromiso de la búsqueda de verdad⁷⁰⁵.

c) Limitaciones internas. Reticencias de Sindicatos y agentes: posibles soluciones.

En los últimos años y con motivo de la investigación sobre tortura que está realizando el IVAC-KREI, son abundantes las alegaciones de algún sindicato y también de agentes de la Ertzaintza que negando categóricamente las alegaciones de torturas y otros malos tratos consignadas en la investigación, acusan a estas personas y al equipo de investigación del proyecto de manchar el buen nombre de la Ertzaintza.

Lo cierto es que, con nuestra propuesta se presenta una oportunidad única para demostrar la seriedad y disposición con su pueblo de este cuerpo joven de policía. Nada se debiera de temer, sino todo lo contrario, el poner a disposición de un órgano de investigación estos terribles hechos

⁷⁰³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad, ONU, 2006, New York y Ginebra, pág. 7.

⁷⁰⁴ Principios de Chicago, Principio 2, pág. 23

⁷⁰⁵ En este sentido nos remitimos a lo ya dicho en el epígrafe 3.6 del Capítulo I

demuestra la voluntad hacia la defensa de los principios recogidos en la Ley de Policía Vasca, conforme a la Constitución y a la Declaración Universal de Derechos Humanos los Derechos Humanos⁷⁰⁶. Más aún, en el supuesto de confirmarse las denuncias, lejos de actitudes corporativistas negativas, el mensaje enviado a la sociedad será de una policía transparente, comprometida e intolerante con cualquier vulneración de los derechos de las y los ciudadanos.

Con todo lo anterior, será necesario garantizar el derecho a ser escuchado de la o el implicado, así como el desarrollo de una investigación neutra, en un proceso de investigación justo y sincero. Si fuera necesario, se garantizará la confidencialidad de lo actuado por el órgano de investigación y la anonimización de los intervinientes, siempre como contraprestación al compromiso de proporcionar verdad a las víctimas.

4.2.2.- Establecimiento y funcionamiento del órgano de investigación

El planteamiento que se trae a este trabajo es la creación de un órgano ad hoc, no judicial, de carácter temporal y oficial⁷⁰⁷. El objetivo del mismo será investigar las denuncias de torturas y otros malos tratos contra la Ertzaintza por hechos sucedidos desde 1982 hasta 2001⁷⁰⁸.

1º.- Cartografía de las víctimas y victimarios. Este paso estará completado cuando la investigación sobre tortura y otros malos tratos del IVAC-KREI toque a su fin.

⁷⁰⁶ La Ley 4/1992 de la Policía Vasca, artículo 30

⁷⁰⁷ Principios de Chicago, Principio 2, pág. 23

⁷⁰⁸ La primera corresponde al nacimiento de la Ertzaintza. La segunda es la fecha calculada conforme al periodo de prescripción penal de 15 años

2º.- Constitución del órgano de investigación y desarrollo de su labor. El órgano investigador debe de estar compuesto por personas con amplio respeto social y con una neutralidad reconocida por las partes implicadas, procedentes tanto del ámbito interno como internacional. Se debe garantizar su independencia funcional y la capacidad para investigar, atribuyendo la norma que se redacte para su creación esta competencia expresamente. Es importante la dotación de personal que trabaje en esta labor, compuesta de especialistas como juristas, médicos forenses, administrativos, etc. Su labor consistirá en estudiar caso a caso las alegaciones, realizando para ello entrevistas, recopilación de información, en su caso audiencias públicas, y utilizando las herramientas necesarias previstas conforme a la norma. Al finalizar su labor, se publicará un informe donde se recoja la labor desarrollada por la comisión y se hagan constar las conclusiones y recomendaciones.

3º.- Garantías para víctimas y testigos. La investigación del caso se iniciará a instancia de la víctima. Antes de iniciar el procedimiento se debe de prever medidas de seguridad que garanticen a la víctima y a los testigos su integridad. La celebración de audiencia con el órgano de investigación puede ser a puerta cerrada y garantizando la no divulgación de los nombres de los intervinientes. Se incorporará la perspectiva de género tanto en el tratamiento como en la redacción del informe final y se procurará apoyo psicológico a las víctimas.

4º.- Garantías para las y los victimarios. Acuerdos de no sanción, anonimato de los agentes. Como hemos señalado anteriormente, la colaboración de la o el implicado en los hechos y testigos es fundamental para conocer la verdad de lo sucedido y procurar de esta forma el resarcimiento básico que las víctimas merecen: que se reconozcan los hechos. No obstante, se debe garantizar el derecho a contestar y explicar lo sucedido a las y los acusados. La divulgación de identidades de las personas investigadas no se producirá si así lo piden los intervinientes, las

sesiones pueden ser privadas para garantizar la privacidad. El informe final que redacte el órgano investigador no contendrá nombres sin consentimiento de los interesados⁷⁰⁹. No se impondrán sanciones personales a los agentes y se impulsaran los encuentros restaurativos entre víctimas y victimarios

5ª- Declaración institucional de reconocimiento sobre la base de lo constatado y otras medidas de reparación. Sobre la base del contenido del informe que redacte el órgano, el Gobierno Vasco deberá públicamente reconocer los hechos, pedir perdón, y reparar a las víctimas. Este se llevará a cabo con la aplicación del contenido de la *Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999*.

⁷⁰⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad, ONU, 2006, New York y Ginebra, pág. 21

5.- Conclusiones finales

I

En los procesos de paz, cuando todavía la estabilidad del nuevo sistema es débil, una de los principales escollos que se debe salvar es cómo se afrontan las vulneraciones manifiestas de derechos humanos sucedidas en el pasado. Esta cuestión está presente también en procesos de resolución de conflictos políticos enquistados en sistemas formalmente democráticos y caracterizados por el padecimiento de una violencia extrema.

El problema es importante, no son pocos los ejemplos que constatan la deriva de procesos de resolución de conflictos hacia la adopción de medidas que permiten, de iure y/o de facto, la impunidad de los autores de las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, los Estados, en aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, están obligados a combatir la impunidad.

El nuevo paradigma de Justicia Transicional, sus mecanismos, vienen a suplir la incapacidad de las estructuras internas de los Estados para avanzar en la reconstrucción de sociedades destrozadas por la violencia ejercida entre grupos integrantes de la misma y donde el propio Estado es parte del conflicto. Su aplicación, es factible también en "democracia", en referencia a situaciones de violencia padecidas durante un largo periodo donde las consecuencias para la población han sido muy graves y los mecanismos de justicia ordinaria no pueden dar solución a todas las cuestiones que, con base en las exigencias derivadas de un

régimen garante de los derechos humanos, necesariamente se deben hacer frente.

La Justicia Transicional es avalada y su utilización impulsada por Naciones Unidas. Ha sido su Secretario General quien, en 2004, elaboró una definición de Justicia Transicional que por su flexibilidad y generalidad es la más aceptada. Se plantea un modelo básico que pueda responder a las diferentes sociedades en conflicto según sus características optarán por diferentes mecanismos transicionales.

Pese a la aparente ambigüedad de esta Justicia y de no contar con un régimen jurídico propio, sin embargo afirmamos que existen elementos comunes que delimitan su ámbito de aplicación, entre los que destacan: la existencia de un conflicto armado violento interno con base política; que se hayan producido vulneraciones graves de derechos humanos en número importante; la necesaria implicación en el proceso de las diferentes partes integrantes de esa sociedad; un planteamiento integral del conflicto sobre el pasado, desde el presente y para el futuro.

Sobre la mirada al pasado, será fundamental para la consolidación de la paz y la convivencia el reconocimiento de las injusticias sufridas por todas las víctimas, también por las que han sufrido torturas, tratos inhumanos y degradantes. La defensa y garantía del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas se convertirá en una prioridad en el proceso hacia la consolidación de la paz.

Lograr la confianza en el Estado, en sus procedimientos, en las instituciones que lo integran, que la ciudadanía reconozca su legitimidad para dar solución a cuestiones fundamentales, es el gran reto al que se enfrenta la construcción de una paz duradera y de una sociedad que respete los derechos humanos, tanto los civiles y políticos como los económicos y sociales.

II

La Justicia Transicional demuestra ser eficaz también en conflictos donde no se requiere un cambio hacia la democracia, sino un perfeccionamiento de la misma. Son las “democracias en conflicto” donde la violencia enquistada persiste por la incapacidad del Estado de dar soluciones adecuadas a problemas de gran calado, como por ejemplo las reivindicaciones nacionales de los pueblos sin Estado. Nos estamos refiriendo a democracias con deficiencias en cuanto a garantías de los derechos y desprovistas de la confianza de todos los segmentos sociales que la conforman.

En el caso vasco la Justicia Transicional puede ser una opción valiosa, las características del conflicto responden a los parámetros de aplicación de este paradigma de Justicia. Sin embargo, esta posibilidad es enfrentada con dureza por algunos sectores. Las posiciones más reaccionarias fundamentan su negativa en afirmar que la transición española finalizó hace décadas y con éxito, por lo que no cabe la aplicación de ningún tipo de justicia de transición. Para las y los defensores de esta postura, el único problema es la persistencia del terrorismo de ETA, responsable principal de las vulneraciones de derechos humanos sucedidas desde la democracia. Se niega la raíz política de la violencia e incluso se desprecia la palabra “conflicto” para referirse a ella. Sin ambages, no se acepta la posibilidad de la autoría del Estado en violaciones de derechos humanos, negando la existencia de esas víctimas.

La postura mantenida por el Gobierno central responde a estas tesis, lo que representa un claro obstáculo que impide abordar el conflicto y sus consecuencias de forma integral. Así es, la Justicia Transicional demanda la participación de todos los agentes implicados, en aplicación de sus postulados no se puede construir una nueva sociedad en paz sin la

participación de la sociedad civil, las víctimas, los agentes políticos y los responsables de las diferentes administraciones.

III

La Justicia Transicional se propone también, a nivel del Estado, como una herramienta adecuada para recuperar la memoria histórica perdida en el franquismo. En los últimos años se ha dado inicio a una revisión “parcial” del pasado con el desarrollo de diferentes iniciativas legales, tanto de ámbito estatal como autonómico, que reconocen también a las víctimas de la dictadura franquista. Las organizaciones y entidades que trabajan en la recuperación de la Memoria Histórica han seguido activas durante estos años, promoviendo la búsqueda de los miles de desaparecidos o la acción de la Justicia, con iniciativas como la “Querrela Argentina”.

En este nuevo escenario de paz, una vez finalizada la violencia por parte de ETA, la resolución del conflicto vasco con aplicación de mecanismos de Justicia Transicional puede impulsar la utilización de este nuevo paradigma de Justicia para el resto del Estado en su categoría de “Pospuesta”⁷¹⁰. Para ello sería preciso desarrollar un plan integral que, de esta forma, diera solución a cuestiones pendientes de resolver desde la Transición Española y que nos anclan a un pasado de horror.

⁷¹⁰ En referencia a los supuestos en que las primeras medidas de Justicia Transicional se adoptan pasados 10 o más años desde el inicio de la transición, como por ejemplo el procesamiento de Pinochet.

IV

En el contexto de violencia de motivación política vivida en Euskadi, han sido muchas las vulneraciones de derechos humanos y también diferentes las autorías. En relación a las que se atribuyen al Estado, -la tortura, los tratos inhumanos y degradantes- éstas constituyen graves violaciones de los derechos humanos.

El Plan de Paz y Convivencia 2013-2016, recoge en su acción 6 el objetivo de conocer las dimensiones reales de la tortura en el contexto vasco. En el proceso de ejecución de esta acción, llevada a cabo por un grupo de investigadores del IVAC-KREI, se han publicado unos datos provisionales que indican que *"(...) se ha establecido un censo de 4.009 casos de personas (17% mujeres y 83% hombres) que han denunciado de forma pública y/o judicial haber sido objeto de malos tratos y/o torturas por parte de funcionarios públicos policiales.*

El número de casos denunciados nos permite hablar de un problema a escala importante, técnicas denunciadas en un contexto determinado -la lucha antiterrorista- que se han perpetuado hasta tiempos muy recientes. En los últimos años, si bien se cuestiona la utilización sistemática de la tortura y los malos tratos, sin embargo su práctica es considerada por diferentes entidades y organismo de defensa de los Derechos Humanos como más que esporádica.

Pese a estos datos, nos encontramos ante una violencia negada, violencia investigada de forma deficiente y no castigada. Este hecho, en mi opinión está relacionado con la forma en que se ha procedido a la deslegitimación de la violencia de ETA, que ha tenido como consecuencia perversa una legitimación tácita de la tortura y los malos tratos contra sus

militantes, simpatizantes y/o cualquier persona que se le presupone esa condición.

Por su parte, las víctimas de la tortura desconfían de las instituciones y del sistema de justicia.

Por su parte, la sociedad vasca ha puesto de manifiesto la necesidad de dar luz sobre otras acciones violentas y realizar también un reconocimiento hacia las víctimas no consideradas hasta entonces en la política pública. Se impone la necesidad de ser justos con todas las personas que han sufrido las consecuencias del conflicto.

Se reclama una visión integral y global que abarque todas las vulneraciones sucedidas en el pasado y el deber de afrontarlas para lograr una convivencia pacífica sobre la base del reconocimiento de todo el mal causado. Esta reivindicación supondrá abordar cuestiones muy delicadas en un contexto político nada proclive a ello, como es la investigación de las violaciones de derechos humanos denunciadas contra las diferentes policías –estatal y autonómica- en el contexto del conflicto.

V

Los datos obtenidos sobre denuncias de actos de torturas y malos tratos cuestionan la eficacia del Sistema de garantías internacional contra estas prácticas.

Pese al cambio de estrategia llevado a cabo hace años por Naciones Unidas y el Consejo de Europa, que ha puesto énfasis en la prevención como fórmula distinta para alcanzar el objetivo propuesto, sin embargo el problema está lejos de ser erradicado.

La prevención parece la opción más adecuada pero, al contrario que las técnicas utilizadas hasta ese momento basadas en la vigilancia y el reproche, requiere de la colaboración y buena voluntad de las partes implicadas en el problema y, en este caso, fundamentalmente del Estado Parte.

El fracaso del sistema de garantías y la dificultad en la introducción de nuevas herramientas que permitan prevenir esas conductas se confirma en el caso de España. Ciertamente, la adhesión del Estado a los mencionados tratados contra la tortura y otros malos tratos y el reconocimiento de la función de los órganos de control y sanción creada por ellos es un hecho constatable. Sin embargo, las condenas por violación de los Tratados por parte de España tuvieron su inicio en 1996 con el Dictamen del Comité contra la Tortura en el caso Blanco Abad. La sanción no tuvo el resultado deseado y lejos de corregir los fallos destacados por el Comité el Estado hace caso omiso a la resolución. La actitud persistente de España en contra de actuar a favor de la prevención y de garantizar los derechos de las personas detenidas en los términos en que es requerida, se confirma en las sucesivas condenas que con posterioridad serán dictadas por los órganos de control y sanción.

En efecto, en las dos últimas décadas, nuevamente el Comité contra la Tortura, El Comité de Derechos Humanos y, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sancionaron al Estado, sumando un total de trece condenas.

Atendiendo a estas resoluciones, el incumplimiento por parte de España de las garantías y derechos de las personas detenidas recogidos en los tratados internacionales es más relevante en los casos en que se ha procedido a la aplicación de la detención incomunicación por delitos relacionados con la actividad de ETA y el conflicto vasco. Así se constata, once de las trece condenas señaladas se refieren a denuncias de personas

detenidas por su presunta participación en delitos de terrorismo de ETA y sobre las que se había aplicado la incomunicación.

Sorprendentemente ninguna de las 9 sentencias del TEDH concluye con la constatación de esta práctica por parte de la autoridad. Más grave aún, las sentencias son una condena reiterada al poder judicial por la falta de investigación de las denuncias de torturas y otros malos tratos. El contenido de estas resoluciones recriminan a las y los jueces de los diferentes órganos intervinientes (Audiencia Nacional, Tribunal Supremo, Juzgados ordinarios):

- su pasividad ante la ejecución de medidas de control que aseguren la integridad de los detenidos bajo su tutela,
- su pasividad a la hora de escuchar el relato de las y los torturados;
- su inactividad investigadora ante las denuncias de torturas y malos tratos en los juzgados de instrucción correspondientes.

Cuestión ésta gravísima si concluimos con que la falta de investigación de la tortura y los malos tratos convierte su prohibición en una mera declaración de intenciones, vaciando de contenido y efectividad los tratados contra estas prácticas.

VI

España, como parte del sistema Universal y Europeo de protección de los derechos humanos debe asumir la obligación de adecuar el derecho interno a los estándares establecidos internacionalmente y reconocer la capacidad de control y evaluación de diferentes órganos convencionales. La Constitución en su artículo 96.1 así lo prevé y el artículo 10.2 de ese

mismo texto legal dice expresamente que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”* De esta forma, se establece un criterio específico y claro para la interpretación de los derechos fundamentales, aceptando la aplicación de las directrices señaladas en los tratados internacionales y por los órganos de interpretación y control de los mismos.

En efecto, siguiendo los compromisos internacionalmente adquiridos por el Estado, la Carta Magna recoge la prohibición de la tortura el artículo 15, sin embargo el legislador español en la redacción del Código Penal de 1995 -y posteriores reformas- omite incluir las categorías establecidas internacionalmente para este tipo de actos. Este hecho es incomprensible, máxime cuando el artículo 15 de la Constitución de 1978 cita expresamente la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes. Esta cuestión, en la práctica, causa problemas en la utilización de los términos que socialmente están aceptados – por ejemplo malos tratos-. En efecto, la tortura se identifica con actos muy graves concordantes con la tipificación del artículo 174 CP, y “malos tratos” en referencia a los tratos inhumanos y tratos degradantes, que no encuentra su encaje completo en el artículo 175 CP pero se relacionará con este precepto.

De esta forma, el Estado se dota de una Constitución -carta de presentación ante la comunidad internacional- de contenido garantista y en cumplimiento de los estándares de Derechos Humanos pero, sin embargo, el desarrollo legislativo interno realizado en años posteriores – Código Penal 1995- no cumple con las pautas establecidas por la propia Carta Magna. Señalamos ésta como una de las cuestiones que muestran el interés y compromiso del Estado con el cumplimiento del sistema de

garantías establecido internacionalmente en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad.

Tampoco el legislador atiende a las peticiones de los órganos de interpretación de los Tratados que, como por ejemplo el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas en sus informes a España, vienen requiriendo al Estado la supresión del régimen de incomunicación, afirmando que pese a contar con ciertas salvaguardas legales, *“facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos”*. El mantenimiento de este régimen excepcional de detención implica el incumplimiento convencional del compromiso adoptado por España que debe mantener una postura proactiva en la prevención de estas prácticas y, en consecuencia, haber suprimido hace tiempo esa forma de detención. Asimismo, el legislador omite el mandato constitucional establecido en el artículo 10.2 que implica aceptar la interpretación de los órganos de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y, en este caso, nuevamente suprimir de su legislación la incomunicación.

En esta ocasión, el legislador no es corregido por el órgano de control de la Constitución. Así es, el Tribunal Constitucional en diferentes resoluciones ha venido manifestando la constitucionalidad de los derechos limitados por la aplicación de la detención incomunicada. Avala esta medida con base en su finalidad, que se concreta en anular los peligros para la investigación que puedan provenir del conocimiento de la misma por parte de personas ajenas, como permitir que se sustraigan a la acción de la justicia los responsables o implicados en el delito que está siendo investigado, o que se destruyan u oculten pruebas relacionadas con el mismo.

En efecto, la defensa de la paz social y la seguridad ciudadana - bienes constitucionalmente reconocidos en el artículo 10.1 y cuya garantía y protección se atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el artículo

104.1 de la Carta Magna- son los argumentos que vienen a justificar, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la limitación de las garantías fundamentales a los y las detenidas por terrorismo.

Incluso se alega una no constatada previsión constitucional del régimen de incomunicación, con base en el artículo 55.2 de la Carta Magna que permite suspender, en nuestro caso, los derechos acuñados por el apartado 2 del artículo 17, en referencia expresa a la duración de la detención y no a la adopción de otras medidas que conlleva la aplicación de la detención incomunicada y que, recordemos, son de aplicación también a menores de edad.

VII

La respuesta del Estado frente a ETA ha venido consolidando el empleo de ciertas técnicas empleadas por la autoridad que implican “prejuizar” y considerar elementos sospechosos a personas en aplicación de parámetros excesivamente amplios, que ensanchan de forma desmedida el objetivo de la lucha antiterrorista y han afectado a un número importante de personas de dudosa vinculación con el terrorismo.

Por su parte, los jueces ante las denuncias de torturas y otros malos tratos bajo el régimen de incomunicación, asumen a priori un escenario de vigencia de valores y garantías democráticas como corresponde a una sociedad avanzada. Esta postura implica abandonar la neutralidad del que imparte justicia y considerar todas las opciones. En definitiva, el juzgador, de forma inconsciente o consciente, se posiciona a favor del Estado. Este enfoque frente a las denuncias de tortura en el contexto de la lucha antiterrorista se repite en todas las escalas de la estructura judicial.

Lo cierto es que el contexto de la violencia de motivación política en el País Vasco son más de 4000 las denuncias de personas que afirman haber sufrido torturas o malos tratos desde 1960 hasta 2013. Pese a ello, solo han sido 20 los procesos finalizados con sentencia condenatoria, en ninguno de esos casos los hechos fueron posteriores a 1992. Este dato, que en nuestra opinión es relevante y revelador, es utilizado sorprendentemente para avalar la tesis de los que defienden la inexistencia de la tortura en la lucha antiterrorista y confirmar que ETA, por consigna recogida en un manual, obliga a sus miembros a denunciar hechos falsos.

Por el contrario, según constata el propio Gobierno Central, entre 2003 y 2007 fueron unos 3.604 las y los funcionarios condenados por torturas en todo el Estado, todas ellos sin relación con el régimen de incomunicación.

Todo ello, junto con las manifestaciones cualificadas de los órganos de control de los tratados – Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura y Tribunal Europeo de Derechos Humanos- nos lleva a afirmar que la dificultad de la obtención de la prueba sobre las torturas sucedidas bajo el régimen de incomunicación es un problema insalvable. En efecto, recientes procedimientos ratifican el hecho de que las y los jueces en los juicios por tortura requieren un tipo de prueba para enervar la presunción de inocencia de los denunciados muy explícita e imposible de conseguir en las condiciones en las que se desarrolla la detención incomunicada. Por ello, podemos afirmar que pese a la previsión legal de prohibición de la tortura y otros atentados contra la integridad moral recogidos en los artículos 174 y 175 del Código Penal, estos preceptos se vacían de contenido por su imposible aplicación ante abusos cometidos bajo el régimen de incomunicación.

En consecuencia, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se deberá invertir-compartir la carga de la prueba cuando el contexto en el que se produce la acción denunciada limita de forma importante la capacidad de demostración de lo sucedido a la persona denunciante. Asimismo, cualquier indicio de la comisión de tortura o malos tratos bajo el régimen de incomunicación tiene un valor probatorio mayor, derivado éste del aislamiento hermético al que se somete a la persona detenida. En todo caso, recordando lo dicho por el Comité de Derechos Humanos, será el Estado quién esté obligado a facilitar prueba o explicaciones satisfactorias sobre lo sucedido cuando el denunciante aporte algún indicio digno de crédito. Ante las reticencias del Estado por cumplir con esta labor la denuncia de torturas deberá ser aceptada como veraz.

VIII

El nuevo escenario de paz abierto tras el cese definitivo de la violencia por parte de ETA, nos muestra sin embargo la falta de interés del Estado en avanzar en un proceso de resolución siguiendo los pasos indicados por los expertos internacionales firmantes de la Declaración de Aiete. Contrariamente a lo solicitado por este grupo, el ejecutivo ha adoptado otro camino, la presión policial y política que tiene como objetivo único acabar con ETA.

En efecto, este es el contexto en el que se desenvuelve el proceso de paz vasco, lo que nos lleva a concluir con la imposibilidad de recurrir a la Justicia Transicional y sus mecanismos que, en nuestra opinión, posibilitarían el poder abordar cuestiones de gran calado –en nuestro caso sobre la tortura-, que inevitablemente requieren de amplio consenso político y mayorías necesarias para ello. Efectivamente, las competencias exclusivas que corresponden al Estado, como por ejemplo en materia

penal, justicia y otras de máximo interés para esta tarea, se presentan como un grave obstáculo que sortear y que limita en gran medida la acción de la Justicia Transicional.

En contraposición al panorama desolador que se presenta desde el Gobierno Central, la sociedad vasca reclama una visión integral y global de las vulneraciones sucedidas en el pasado y el deber de afrontar todas ellas, atendiendo también a las víctimas de tortura y otros malos tratos. Así es, en el contexto vasco se puede afirmar que existe un consenso suficiente, a nivel político y una sociedad civil, que demanda sin nombrarla la aplicación de la Justicia Transicional.

De esta forma y Respetando el marco competencial autonómico, en nuestra opinión, sería factible proporcionar verdad, justicia y reparación a un grupo ciertamente reducido del total de víctimas de tortura y otros malos tratos. Nos estamos refiriendo a las algo más de 300 personas que denuncian haber sufrido esas prácticas por parte de la Ertzaintza. Con este objetivo se plantea una comisión de investigación para unos pocos casos, iniciativa que puede convertirse en un ensayo que permita extender los derechos al resto de las víctimas cuando las condiciones así lo permitan.

IX

Propuesta de órgano de investigación para la Ertzaintza

Recordemos que la falta de condenas por torturas u otros malos tratos en el contexto de la lucha antiterrorista no es garantía en absoluto de que no sucedan, sino de la imposibilidad de su demostración. Ello nos lleva a concluir que la responsabilidad del Gobierno Vasco en estos casos es importante al permitir utilizar a su policía unas condiciones de detención -incomunicación- que implican la imposibilidad de la prueba de

la tortura en el caso de que se den y, en consecuencia, ello puede ser un aliciente para su utilización.

Partiendo de esa responsabilidad, el planteamiento que se trae a este trabajo es la creación de un órgano ad hoc, no judicial, de carácter temporal y oficial. El objetivo de ese órgano será investigar las denuncias de torturas y otros malos tratos contra la Ertzaintza por hechos sucedidos desde 1982 (fecha de creación de ese cuerpo) hasta 2001 (por prescripción).

De cara a afrontar un futuro en paz y como medidas de no repetición, proponemos otro tipo de acciones, la primera de ellas muy simple: modificar el Reglamento disciplinario del cuerpo policial y declarar imprescriptibles este tipo de faltas. Otro ejemplo será introducir un órgano de control para la Ertzaintza similar al ejemplo de Irlanda del Norte, "Police Ombudsman". Por último, proponer el desarrollo, de cara al futuro, de la ya planteada ley vasca contra la tortura y otros malos tratos.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E; "Desarrollo del modelo autonómico. Un balance", en Estudios sobre el Estatuto de autonomía del País Vasco. Edit. HAEE/IVAP, Oñati, 1991

ALCEDO MONEO, M; *Militar en ETA. Historia de vida y muerte*. Edit. Aramburu, Donostia, 1996.

AMBOS, K;

- *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuesta en situaciones de emergencia*, Edit. Atelier, Barcelona, 2009
- "The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC", en *Bulding a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009
- *El marco jurídico de la Justicia de Transición*, Edit. Temis, Bogotá, 2008

AMBOS, K/MALARINO, E/ELSNER, G; *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Edit. KONRAD, 2009, Berlín

AMNISTIA INTERNACIONAL;

- *Afrontar el pasado para construir el futuro: Verdad, justicia y reparación en el contexto del País Vasco*, Edit. Amnistía Internacional España, Madrid, 2017

- "Stop la tortura", Edit. Amnistía Internacional, Madrid, mayo de 2014
- *La formación en derechos humanos de las fuerzas de seguridad de ámbito estatal sigue siendo marginal*. Edit. Amnistía Internacional España, Madrid, 2011
- *España: sal en la herida. Impunidad policial dos años después*, Edit. Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 2009
<https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/ESPA%C3%91A%20SAL%20EN%20LA%20HERIDA%20IMPUNIDAD%20POLICIAL%20DOS%20A%C3%91OS%20DESPU%C3%89S?CMD=VEROBJ&MLKOB=27921464141>
- *Conference for Abolition of Torture. Paris 10-11 December 1973. Final Report*. Edit. Amnesty International Publications, London, 1973.

ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (APT);
Establecimiento y Designación de Mecanismos Nacionales de Prevención, Edit. APT, Ginebra, 2006

ARARTEKO;

- Declaración institucional del Ararteko en el día internacional en apoyo a las víctimas de la tortura, 26 de junio 2016
http://www.ararteko.net/contenedor.jsp?codMenuPN=1&title=ARARTEKOAREN+ERAKUNDE+ADIERAZPENA%2C+TORURAREN+BIKTIMEN+ALDEKO+NAZIOARTEKO+EGUNEA+N&contenido=11177&tipo=8&layout=contenedor.jsp&codResi=1&codMenu=291&codMenuSN=18&seccion=s_fnot_d4_v1.jsp&nivel=1400&language=es
- "Estudio sobre el sistema de garantías en al ámbito de la detención incomunicada y propuesta de mejora", en *Informe del Ararteko al Parlamento Vasco*, año 2010

- Declaración de institución del Ararteko ante la tortura, 21 de diciembre 2004
http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_297_3.pdf

ARDILA, D; "Justicia transicional: Principios Básicos Los Derechos de las Víctimas en Procesos de Paz o de Transición a la Democracia", en *Instituto Latinoamericanos de Servicios Legales Alternativos, (ILSA)*, 2006.
<http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>

ARRIETA ALBERDI, J;

- *Historia e identidades nacionales. Hacia un pacto entre la ciudadanía vasca*. Edit. Servicios Redacciones bilbaínos, Bilbao, 2007
- "Las imágenes de los derechos históricos. Un estado de la cuestión", en *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Edit. VVAA, Madrid, 2001

ASENCIO MELLADO, JM; "La libertad de movimientos como derecho fundamental" en *Derechos Procesales fundamentales. Manuales de formación continuada*, Coord. Gutierrez-Aldiz y López López, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004

BACA, E/ECHEBURUA, E/ TAMARIT, J; *Manual de victimología*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BASSIOUNI, M. (ed.);

- *Introduction to International Criminal Law: Second revised edition*, Edit. MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, Boston, 2013

- *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Edit. Antwerp, Oxford-Portland, 2010
- *International protection of victims*. Edit érès, Association Internationale de Droit Pénal, Toulouse, 1988
- "An appraisal of Torture in international Law and Practice: the need for and Internatioanl Convention for the Preventi3n and Supresi3n of torture", *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm special consacré aux travaux du Comité International des Experts sus la Tourture, 3º y 4º trimestre, 1977

BENDAÑA, A; "What kind of peace is being built?. Critical Assessments from the South", en *Tenth anniversary of Agenda for Peace for the International Development Research Centre*, IDRC, Ottawa, 2003
http://www.ceipaz.org/images/contenido/What%20Kind%20of%20Peace%20is%20Being%20Built_ENG.pdf

BERISTAIN IPIÑA, A;

- *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris, lux)*, Edit. Dykinson, Madrid, 2010
- *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*, Edit. Tirant, Valencia, 2007
- *Victimología, nueve palabras clave*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- "¿La sociedad/judicatura atiende a "sus" víctimas/testigos?" en *La victimología, Cuadernos de Derecho Judicial*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993

- BONET PÉREZ, J/ALIJA FERNÁNDEZ, R. A; *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia transicional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 53, Edit. Universidad de Deusto, Bilbao, 2009
- BOTERO, C/RESTREPO, E; "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en *¿Justicia transicional sin transición?*, Edit. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006
- BRUNI, L; *E.T.A. Historia política de una lucha armada*, Edit. Txalaparta, Bilbao, 1987
- BUENO CIPAGUATA, M.A; "La reconciliación como un proceso sociopolítico. Aproximaciones teóricas", en *Derechos Humanos y conflicto*, 2006
http://www.colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/articulos-168269_archivo.pdf
- BOUZAT, P; "History of the Project", *Revue Internationale de Droit Pénal, La Prévention et la Suppression de la Torture*. Núm special consacré aux travaux du Comité International des Experts sus la Tourture, 3º y 4º trimestre de 1977,
- CALDERÓN CONCHA, P, "Teoría del conflicto de Johan Galtung", en *Revista de Paz y Conflicto*, Edit. Instituto de la Paz y los Conflictos, Granada, núm. 2, 2009
http://www.ugr.es/~revpaz/numeros/rpc_n2_2009_completo.pdf
- CARBONNIER, G; *Conflict, Postwar Rebuilding and the economy. A critical Review of the literature*. Edit. UNRISD. Génova, 1998.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR (CINEP); *Marco Conceptual. Banco de Datos de Derechos y Humanos y Violencia Política*, CINEP, Bogotá, 2008

CARMENA, M/ LANDA, J/ MÚGICA, R / URIARTE, J; *Informe-base de vulneraciones de derechos humanos en el caso vasco (1960-2013)*, por encargo de la Secretaría de General de Paz y Convivencia del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, junio 2013
http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/14/informe_base_es.pdf

CARSTEN STAHN; "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional", en *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia Transicional*, Edit. UNIANDES/IDRC, Bogotá, 2005
https://books.google.es/books?id=dRaZs568V_8C&pg=PA81&hl=es&source=gb_s_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false

CASSESE, A; "Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg", United Nations Audiovisual Library of International Law, en
http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-l/ga_95-l_s.pdf

COLOMER, J. M; *Transiciones estratégicas: Democratización y teoría de juegos*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001

COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (CPT); *Informe al Comité contra la Tortura. Análisis de las Respuestas al cuestionario del CAT al Estado español para el quinto informe Periódico de España*. Edit. CPT, Madrid, Octubre 2009

DAVIS, L; *EU Foreign Policy, Transitional Justice and Mediation*, Edit. ROUTLEDGE, New York, 2014

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL;

- "Spanish Legislation on Historical Memory", *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, victimization, and Post-Conflict Justice*, en M.Cherif Bassiouni (ed.). Edit. Antwerp, Oxford-Portland, 2010
- "Efforts to put an end to E.T.A's terrorism: evolution, present situation and perspectives of future", *Annales Internationales de Criminologie / International Annals of Criminology / Anales Internacionales de Criminología*, Edit. Sociedad Internacional de Criminología, vol. 47. 1/2, 2009
- "El Principio de Humanidad en Derecho penal", *Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 23, 2009
- "Torturas y atentados contra la integridad moral", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, Edit. Universidad de Santiago de Compostela, 1998
- *El delito de tortura*, Edit. Bosch, Barcelona, 1990
- "Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950", en *Giza Eskubideak Europan / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l'homme en Europe / The Human Rights in Europe*, Edit. Servicios de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL/ MUÑAGORRI LAGUIA, I (dirs.); *Clausura de medios de comunicación vascos. egin, egin irratia, euskaldunon egunkaria*. Edit. Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2008

DE LA CUESTA, JL/ PEGO, L/ PÉREZ MACHÍO, A/ FERNANDEZ, E; *Evaluación de las políticas públicas de impulso de la paz y de fortalecimiento de la memoria de las víctimas*, Edit. EAE, Alemania, 2012

DE RIVERA, J/ BASABE, N/ GONZÁLEZ, JL/ PÁEZ ROVIRA, R/ MARTIN BERISTAIN, C; *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, FUNDAMENTOS EDITORIAL, Madrid, 2011

DIAZ COLORADO, F; "La Justicia Transicional y la Justicia Restaurativa frente a la necesidad de las víctimas", *Revista Umbral Científico*, Edit. Universidad Manuela Beltrán, Colombia, junio nº 012, 2008

ELSTER, J; *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Katz, Buenos Aires, 20, 2006

ENGELHART, "Objetivos de la Justicia de Transición" en *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Dir. GALAIN PALERMO, P, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

ERTZAINZA; Protocolo para la Coordinación de la Asistencia a Personas Detenidas en Régimen de Incomunicación. Año 2003
http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Ddocumentos-122-protocolo-coordinacion_1.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290509709131&ssbinary=true

FRANCO, VL; "Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral", publicado en la *Revista Estudios Políticos* No. 19, Medellín, Julio-Diciembre 2001

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C; *El Derecho Internacional de las víctimas*, Edit. Porrúa, México, 2011

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C/ MAYORDOMO, V; *Código de normas internacionales relativas a las víctimas*, Edit. Tecnos, Madrid, 2011

FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA; España ante la tortura y los malos tratos. Informe Fundación Abogacía Española, Madrid, Noviembre 2016

FERRAJOLI, L;

- "La Justicia Penal Transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna" en *Revista Crítica Penal y Poder*, Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos, nº10, Marzo, 2016
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Edit. TROTTA, Madrid 2016

GALTUNG, J;

- *Tras la violencia 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*. Edit. Bakeaz. Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1998.
- "Violencia, guerra y su impacto. Sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia", en <http://them.polylog.org/5/fgj-es.htm>.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A; "El redescubrimiento de la víctima: Victimación secundaria y programas de reparación del daño" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993

GIL GIL, A;

- "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", en *INDRET Revista para el análisis del derecho*, INDRET, Barcelona, octubre 2016
- *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Edit. Atelier, Barcelona, 2009

GILMAN, E; "What is Restorative Justice?" en

<http://www.sfu.ca/cfrj/fulltext/gilman.pdf>.

GIMBERNAT, E; *Constitución y Derecho Penal en la Constitución española de 1978. Un análisis comparado*. Instituto Jurídico Español, Universidad Menéndez Pelayo, 1982

GIMÉNEZ GARCÍA, J; "Justicia victimal. Contribuciones y retos" en *EGUZKILORE*, nº 26, Donostia, 2012

GOBIERNO DE ESPAÑA;

- Respuestas del Gobierno de España a las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5), 1 de marzo 2011
- Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5), 6 de agosto de 2010
- *Plan de Derechos Humanos*, Edit. Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2009.
- Respuestas por escrito del Gobierno de España a la lista de cuestiones (CAT/C/ESP/Q/5) que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de España (CAT/C/ESP/5), CAT/C/ESP/Q/5/Add.1 22 de septiembre de 2009

GOBIERNO VASCO;

- Plan de Paz y Convivencia 2013-2016
http://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/3871/plan_paz_convivencia.pdf
- *Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política*. Edit. Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2008.
- *Plan vasco de educación para la paz y los derechos humanos: 2008-2011*". Edit. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz 2008.
- *La política de Derechos Humanos en Euskadi. Memoria de actividades de la VIII legislatura (2005-2009)*. Edit. Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009.
- *III Congreso Internacional sobre Derechos Humanos: la gestión democrática de la diversidad cultural nacional*. Edit. Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009.

GONZALEZ, NAZARIO; *Los Derechos Humanos en la Historia*. Ediciones Universitat de Barcelona, Ballaterra, 1998

GOMEZ COLOMER, JL; *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*. BOSCH, Barcelona, 1989

GRUPO TRANSCEND; "Trascender los conflictos. La perspectiva de Johan Galtung", en *Revista Futuros*, núm. 13, vol IV, 2006, en <http://www.revistafuturos.info>.

GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, *El estado de derecho frente a la tortura*, Edit Tirant, Valencia 2009

GUZMAN, D/UPRIMNY, R; *Justicia transicional desde abajo y con perspectiva de género*. Edit. UNIFEM, Bogotá, 2010

GUZMAN, M/VERSTAPPEN, B; *¿Qué es la vigilancia de los derechos humanos? Volumen 1*, Internacional (HURIDOCs), Versoix (Suiza), 2003

HAYNER, P; "Justicia Transicional en el País Vasco", en *Justicia Transicional: propuesta para el País Vasco*, Dir. LANDA, Edit. Institut Universitaire Varenne, 2014

HAZAN, P; "El último conflicto armado de Europa: pasos definitivos hacia la paz en el País Vasco" en *Justicia Transicional: propuesta para el País Vasco*, Dir. LANDA, Edit. Institut Universitaire Varenne, 2014

HUHLE, R: "La violación de los derechos humanos ¿Privilegio de los Estados?" KO'AGA ROÑE'ETA se.iv (1993)
<http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>

INSTITUTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL, UNIVERSIDAD DEL ULSTER; "Las Pautas de Belfast sobre Amnistías y Responsabilidad", Derry, 2013,
<http://studylib.es/doc/7664755/las-pautas-de-belfast-sobre-amnist%C3%ADa-y-responsabilidad>

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS; *Protocolo Facultativo: Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. Manual para la prevención*, Edit. IIDH/APT, Geneva, 2004

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE, *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, Edit. International Human Rights Law Institute, United States of America, 2007.

http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/iharli/pdf/chicago_principles.pdf

JAUREGI, F/VEGA, P; *Crónica del antifranquismo (2). 1963-1970: El nacimiento de una nueva clase política*, Edit. Argos Vergara, Barcelona, 1987

JAUREGI BEREZIARTUA, G;

- *Ideología y estrategia política de ETA. Análisis de su evolución entre 1959 y 1968*. Edit. Siglo XXI de España Editores, S.A. Madrid, 1981
- *Entre la tragedia y la esperanza. Vasconia ante el nuevo milenio*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996

KEMP, S; "La investigación penal y su regulación con la jurisdicción, la extradición, la cooperación y las políticas penales", en *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Dir. ALMQVIST y ESPÓSITO, Edit. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009

LAMARCA PEREZ, C; *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*. Colección Temas Penales, Serie A nº3, Edit. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985

LAMARCA ITURBE, I; "El sistema de distribución de competencias entre las instituciones comunes y los Territorios Históricos: aproximación a una realidad compleja", en *Estudios sobre el Estatuto de autonomía del País Vasco*. Edit. HAEE/IVAP, Oñati, 1991

LAMARCA ITURBE, I/ VIRGALA FORURIA, E; *El Estatuto de Autonomía del País Vasco*. Edit. Facultad de Derecho de San Sebastián, Donostia-San Sebastián, 1987

LANDA GOROSTIZA, J; *Informe sobre Víctimas de Vulneraciones de Derechos Humanos derivadas de la Violencia de Motivación Política*, Edit. Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad del Gobierno Vasco, Gasteiz, 2008

LAPLANTE, "Transitional Justice and Peace Bulding: Diagnosing and Addressing The socioeconomic Roots of Violence throug a Human Rights", *International Journal of Transitional Justice*, Oxfor Journails, November 6, 2008

LAU HAIZETARA GOGOAN; *Comisión de la verdad de Euskal Herria*, Edit. Lau Haizaetara Gogoan, Bilbo, 2009

LEDERACH, JP; *Construyendo la paz. Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Edit. Bakeaz. Gernika Gogoratuz, Bilbo, 1998

LONJ, D; *Guía de Jurisprudencia sobre la tortura y los malos tratos, Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Edit. APT, Ginebra, 2002

LÓPEZ MARTÍNEZ, M; "Transformaciones y reconciliaciones: cambios necesarios en el mundo actual", en *Revista Futuros*, núm. 11, vol III, 2005

LOKARRI; *Informe Primavera 2009*, Observatorio Social del Proceso de Paz http://issuu.com/lokarri/docs/informe_primavera

- LUND, M., "What kind of peace is being built? Taking stock of Post-conflict Peacebuilding and Charting Future Directions", en *Tenth anniversary of Agenda for Peace for the International Development Research Centre (IDRC)*, 2003
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.494.1386&rep=rep1&type=pdf>
- MARTINEZ ARRIETA, A; "La entrada en el proceso de la víctima", *Cuadernos de derecho judicial, la victimología*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, 1993, pág. 61 y ss.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, AL; "El contenido esencial del derecho a la integridad física", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol*, núm. 17, 1996, pp. 55 a 67.
- MCEVOY, K; "Law, Struggle, and Political Transformation y Northern Ireland", *Jornal of Law and Society*, Volume 27, Number 4, December, Belfast, 2000
- MORENTIN, B/LANDA, J; "La Tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial", en *EGUZKILORE*, nº25, IVAC-KREI, Donostia, Diciembre 2011
- MORILLO, VICMAR; *Derechos de las personas privadas de libertad. Marco teórico – metodológico básico*. Serie Aportes Nº 10, Edición Provea, Caracas, 2005
- MUÑAGORRI, I;
- "Detención incomunicada y contenidos de los artículos 577 y 578 del Código Penal. Análisis y propuestas", en *El derecho*

Penal ante el fin de ETA, Sabino Arana Fundazioa Revista Hermes, nº 47, Octubre 2014

- "Privación de libertad y derechos fundamentales" en *Privación de libertad y derechos fundamentales. La tortura y otras formas de violencia institucional*, ICARIA, Barcelona, 2008
- "Informe sobre la aplicación en Euskadi del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 77ª sesión plenaria de 18 de diciembre de 2002", Gobierno Vasco, 2007 (no publicado)
- "Del Estado protector a la autoprotección del Estado". ¿Hacia una nueva codificación?, en *La protección de la seguridad ciudadana*. Oñati Proceeding, núm. 18, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, 1995
- *Leyes especiales y Estado autoritario. Un punto de vista jurídico*, en AAVV, *Tortura y Sociedad, Revolución*, Madrid 1982

MUÑOZ CONDE, F;

- "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal", en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coordinado por Quintero Olivares y Morales Prats. Edit. Aranzadi. Pamplona, 2001
- *Derecho Penal. Parte Especial*. 18ª edición. Tiranch lo Blanch. Valencia 2010

MURUA URÍA, I; *Loiolako Hegiak*. Edit. Elkar berria, Donostia- San Sebastián, 2010.

NACIONES UNIDAS;

- *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*, Edit. Naciones Unidas, New York, 2016, pág. 45.
https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/S_Ebook.pdf
- *The Criminal Justice Response to Support Victims of Acts of Terrorism*. Edit. United Nations, New York, 2011
http://www.unodc.org/documents/terrorism/Victims_Rights_E-Book_EN.pdf
- *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries in the Establishment of an International Criminal Court. Rome, 15 June – 17 July*, Official Records, Volume I, Edit. United Nations, New York, 2002, A/CONF.183/9
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/234/15/PDF/N9823415.pdf?OpenElement>
- *Supplement to an Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, 3 de enero de 1995, en
www.un.org/Docs/SG/agsupp.html.
- *Report of The World Conference to review and appraise the Achievements of the United Nations decade for woman: equality, development and peace*. Nairobi, 15-26 July 1985. UNITED NATIONS, New York, 1986
<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Nairobi/Nairobi%20Full%20Optimized.pdf>
- 24th International Conference of the Red Cross, Manila, 7–14 November 1981, Resolution II. Forced or involuntary disappearances.
http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_Nov-Dec-1981.pdf

NASH ROJAS, C; Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, Montevideo Chile, 2009

NÍ AOLÁIN, F/ CAMPBELL, C; "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", *Human Rights Quarterly* -, Johns Hopkins University Press, Volume 27, Number 1, February 2005

NIJHOFF, M; *Yearbook of the European Convention on Human Rights, The European Commission and European Court of Human Rights*, Edit.The Hague, Netherlands, 1972

NORDQUIST, KA; "La reconciliación como concepto político: algunas observaciones y comentarios",
<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1326/1/52331523.pdf>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH);

- *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Comisiones de la Verdad*, ONU, 2006, New York y Ginebra
- *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento*, ONU, 2006, New York y Ginebra
- Estudio sobre la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006
- "Ejecuciones sumarias o arbitrarias", Folleto Informativo Núm. 11.
- *Handbook on National Human Rights Plans of Action*, Edit UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2002

O'DONELL, D; *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Edit. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004

OLASOLO, H; *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

ORBEGOZO, I/PEREZ MACHIO, A/PEGO, L; *La suspensión individual de derechos en supuestos de terrorismo: Especial consideración a la detención incomunicada*, Edit. Ararteko, Gasteiz, 2009

ORGANIZACIÓN MUNDIAL CONTRA LA TORTURA (OMTC); *Cómo hacer valer los derechos de las víctimas de la tortura: Un manual sobre los procedimientos de presentación de denuncias individuales ante los órganos de tratados de las Naciones Unidas*, Serie de Manuales OMCT nº4, Ginebra, Segunda Edición 2014

PALACIOS ROMERO, F; "Globalización, discurso belicista y estado de excepción universal. Sobre la necesaria institucionalización del derecho a la paz", en *Revista paz y conflictos*, núm. 1, 2008

PEGO/ORBEGOZO/JIMENEZ; "Aplicación de la normativa antiterrorista. Estudio Empírico sobre expedientes judiciales de personas detenidas por delitos de terrorismo (2000-2007)", en *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, Direc. DE LA CUESTA/MUÑAGORRI, IVAC-KREI, 2009

PÉREZ MACHÍO, A;

- *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Edit. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbo, 2005
- "La tortura y los Tratos Inhumanos y Degradantes como consecuencia de algunas prácticas de lucha contra el terrorismo", en *Aplicación de la Normativa antiterrorista*, Edit. IVAC-KREI, Donostia, 2009
- "La prórroga de la detención preventiva en los supuestos de aplicación de la normativa antiterrorista", en *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*, Direc. DE LA CUESTA/MUÑAGORRI, Edit. IVAC-KREI, Donostia, 2009

PETERS, E; *La Tortura*, Alianza Editorial, Madrid, 1985

PIKABEA, "Situación de los estudios de geografía de la población en el País Vasco. Coyuntura demográfica actual", en *Euskalherria-Catalunya, II Encuentro de Geografía*, Instituto Geográfico Vasco "Andrés de Urdaneta", 1987 (soporte papel), 2005 (soporte gráfico)
<http://www.ingeba.org/liburua/topake2/picaenc2/picaenc2.htm>

PORTILLA CONTRERAS, G;

- "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", en *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996
- "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España", en *Privación de libertad y derechos fundamentales. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Edit. ICARA, 2008

REQUEJO RODRIGUEZ, P; "¿Supresión o suspensión de derechos fundamentales?", en *Revista de Derecho Político*, nº 51, UNED, 2001

RETTBERG, A;

- "Reflexiones introductorias sobre la relación entre construcción de la paz y Justicia Transicional", en *Entre el Perdón y el Paredón: preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*, Edit UNIANDES/IDRC, 2005
- "Diseñar el futuro: una revisión de los dilemas de la construcción de paz para el postconflicto", en *Revista de Estudios Sociales*, núm. 15, 2003

REYES MATE, R;

- *Memoria histórica, reconciliación y justicia*, Revista Anthropos, nº 228, 2010
- *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria y reconciliación*, Edit. Anthropos, 2008
- *Luces en la ciudad democrática*, Edit. Pearson Alambra 2007.

RIVERA BEIRAS, I; "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Privación de libertad y derechos fundamentales. La tortura y otras formas de violencia institucional*, ICARIA, Barcelona, 2008

RODRÍGUEZ MESA; *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios público*. Edit. COMARES, Granada, 2000

ROHT-ARRIAZA, N/BERNABEU, A; "Justicia Transicional como un proceso híbrido", en *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009

SEALS PAUL; "Capítulo 1. La restitución de la confianza cívica mediante la justicia transicional" en *Justicia transicional en Iberoamérica*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009

STEPHENS, ALAN; "The transformation of low intensity conflict", *Small wars and insurgencies*, Vol 5, Nº2, Taylor & Francis, Londres, 1994

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M; "La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVII, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004

TAMARIT, J; "Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español", *Revista de Política Criminal*, Vol.7, Nº 13, Universidad de Tacal, Chile, Julio 2012

TOMÁS Y VALIENTE, F;"La tortura en España", Edit.Arial, Madrid, 1994

TAMAYO SALABERRIA, V; *Vasconia, la reivindicación política pendiente*. Edit. Erein, Donostia-San Sebastián, 2008

TEITEL, R; *Globalizing Transitional Justice. Contemporary essays*, Edit. Oxford University Press, Oxford, 2014

TOJEIRA, J.M.; "Verdad, Justicia y Perdón" en *EGUZKILORE*, Instituto Vasco de Criminología IVAC-KREI, nº 11, Donostia, 1997

URIOS MOLINER, S; "Garantía de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos", en *Manual de Derechos Humanos*, Edit. Comares, Granada, 1993

UPRIMNY, R/SAFFON, P; "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Edit UNIANDES/IDRC, 2005

VALLDECABRES ORTIZ, I; "El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 163, 1994

VIRGALA FORURIA, E;" La suspensión de derechos por terrorismo en el Ordenamiento Español", en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L;

- "El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional", en *Universitas vitae Homenaje a Ruperto Nuñez*, Coord. Perez Alvarez y Nuñez Paz, Edit. Universidad de Salamanca, 2007
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_53.pdf
- "Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los malos tratos inhumanos y degradantes" en *La Prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de Verano en San Sebastián, XV Cursos Europeos, UPV/EHU 2003*, Edit. Ararteko, Gasteiz, 2004

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia 7 de septiembre de 2004

Caso Barrios Altos Vs. Peru. Sentencia 14 marzo 2001

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala.
Sentencia de 8 de marzo de 1998

Informe nº 136/1999 de 22 de diciembre de 1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia Etxebarria Caballero c. España de 7 de octubre de 2016

Sentencia Beortegi Martinez c. España 31 de mayo de 2016

Sentencia Arratibel Garcandia c. España 5 de mayo de 2015

Sentencia Ataun Rojo c. España 7 de octubre de 2014

Sentencia Otamendi Egiguren c. España 16 de octubre de 2012

Sentencia Beauty Salomon c. España 25 de julio de 2012

Sentencia Beristain Ukar c. España 8 de marzo de 2011

Sentencia Argimino Isasa c. España 28 de septiembre de 2010

Sentencia Martínez Sala y otros c. España 2 de noviembre 2004

Sentencia Vilvarajah y otros c. Reino Unido 30 de octubre de 1991

Sentencia Barberà, Messegué y Jabardo c. España 6 de diciembre de 1988

Sentencia Soering c. Reino Unido 7 de julio de 1989

Sentencia Campbell y Cossans c. Reino Unido 25 de febrero de 1982
Sentencia Guzzardi c. Italia 6 de noviembre de 1980
Sentencia Tyrer c. Reino Unido 25 de abril de 1978
Sentencia Irlanda contra el Reino Unido de 18 de enero de 1978

Tribunal Constitucional

Sentencia 181/2004 de 2 de noviembre
Sentencia 7/2004 de 9 de febrero
Sentencia 87/2010 de 3 de noviembre
Sentencia 57/1994 de 28 de febrero
Sentencia 137/1990 de 19 de julio
Sentencia 120/1990 de 27 de junio
Sentencia 176/1988 de 4 de octubre
Sentencia 153/1988 de 20 de julio
Sentencia 199/1987 de 16 de diciembre
Sentencia 196/1987 de 11 de diciembre

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)

Sentencia 875/2016 de 21 de noviembre
Sentencia 715/2016 de 26 de septiembre
Sentencia 205/2015 de 10 marzo de 2016
Sentencia 19/2015 de 22 de enero
Sentencia 465/2013 de 29 de mayo
Sentencia 601/2013 de 11 de julio. Voto Particular de D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Sentencia 718/2013 de 1 de octubre
Sentencia 985/2012 de 27 de noviembre
Sentencia 159/2011 de 28 de febrero

Sentencia 263/2009 de 30 de noviembre
Sentencia 922/2009 de 30 de septiembre
Sentencia 618/2008 de 7 de octubre
Sentencia 850/2006 de 12 de julio
Sentencia 1218/2004 de 2 de noviembre
Sentencia 1391/2004 de 26 de noviembre
Sentencia 294/2003 de 16 de abril
Sentencia 1725/2001 de 3 de octubre
Sentencia 701/2001 de 23 de abril
Sentencia 457/1999 de 19 de junio

Audiencia Nacional

Sentencia 15/2012 de 29 de febrero, Voto Particular de Ramón Sáez Valcárcel
Auto de procesamiento, de 31 de julio de 2001, JCI nº5, Sumario 19/98, Pieza Separada EKIN

Audiencia Provincial

AP Bizkaia, Sección Primera, Sentencia 13/2017, de 5 de abril. No firme

OTRAS RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS

Comité de Derechos Humanos

Mari Cruz Achaval Puertas c. España, comunicación 1945/2010, CCPR/C/107/D/1945/2010(2013)
Kovalev v. Belarus, Comomunicación nº 2120/2011, CCPR/C/106/D/2120/2011(2012)
Nenova y otras c. Libia, Comunicación nº 1880/2009, CCPR /C/104/D/1880/2009 (2012)

Berzig v. Algeria, Comunicación n° 1781/2008, CCPR/C/103/D/1781/2008 (2012)

Potter c. Nueva Zelandia, Comunicación n° 632/1993, CCPR/C/60/D/632/1995(1997)

Hugo Rodríguez v. Uruguay, Comunicación n° 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988 (1994)

Mukong v. Cameroon, Comunicación n° 458/1991, CCPR/C/51/D/458/1991 (1994)

Vuolanne c. Finlandia, Comunicación n° 265/1987, CCPR/C/35/D/265/1987 (1989)

Polay Campos c. el Perú, Comunicación n° 577/1994, CCPR/C/61/D/577/1994,

Moriana Hernandez, Valentini de Bazzano, JoseLuis Massera c. Uruguay, Comunicación n° 5/1977, CCPR/C/7/D/5/1977 (1979)

Dwayne Hylton c. Jamaica, Comunicación n° 407/1990, CCPR/C/51/D/407/1990 (1994)

Carlton Linton c. Jamaica, Comunicación n° 255/1987, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/255/1987 (1992)

Lafuente Peñarrieta c. Bolivia, Comunicación n° 176/1984, (2 noviembre 1987), CCPR/C/OP/2 AT 201 (1990)

Observación General N° 35 Libertad y seguridad personales, artículo 9. Aprobada por el Comité en su 112° período de sesiones (7 a 31 de octubre de 2014). Este texto reemplaza la observación general N° 8 (16° período de sesiones), aprobada en 1982.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos CCPR/C/ESP/CO/5. Examen del quinto informe periódico que presentó España con arreglo al artículo 40 del Pacto. 2010

Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008. Pp. 2008

Observación General N°29 (2001).Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4),

Human Rights Committee, Comments on United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Hon Kong), CCRP/C/79/Add.55 (1995)

Observación General No. 20 (1992). Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes (artículo 7). Sustituye a la Observación General No. 7 (1982).

Comité contra la tortura

Orkatz Gallastegi Sodupe v. Spain. Comunicación n° 453/201, O.N. Doc. CAT/C/48/D/453/2011 (2012)

Kepa Urra Guridi v. Spain, Comunicación n° 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 (2005)

Encarnación Blanco Abad v. Spain, Comunicación No. 59/1996, CAT/C/20/D/59/1996 (1998)

Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España 2015. Versión avanzada no editada (CAT/C/SR.1328) 2015

Información de seguimiento complementaria de España a las observaciones finales del Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5)2012

Observaciones finales del Comité contra la Tortura: España aprobadas en su sesión 923 (CAT/C/SR 923) 2009

Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España (CAT/C/CR/29/3)2002

Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, España (CAT/C/SR.311,312 y 313) 1997

Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: España 1993