

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

Luarca, 13 de febrero de 2009

Sr. Joao Nataf

Secretario del Comité contra la Tortura
c/o OACNUDH, Palais Wilson
Ginebra, Suiza

Estimado Sr. Nataf:

Tengo el gusto de hacerle llegar el informe adjunto de mi Asociación con motivo del examen por parte del Comité contra la Tortura del quinto informe periódico de España (doc. CAT/C/ESP/5, de 22 de enero de 2009, 46 p.).

Le ruego hacer llegar este informe a los miembros del Comité, y en especial a los Relatores encargados de la elaboración de la lista de preguntas relativas al informe de España. Igualmente le solicito ordenar su publicación en el sitio Web del Comité, para conocimiento general.

Le agradezco su asistencia en esta materia y le envío un cordial saludo.


Atentamente

Carlos Villán Durán

Presidente



Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

INFORME DE LA AEDIDH CON OCASIÓN DEL QUINTO INFORME PERIÓDICO DE ESPAÑA AL COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA TORTURA

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Recomendaciones del Comité contra la Tortura y otros órganos internacionales de derechos humanos
- III. Establecimiento de un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT) descentralizado
- IV. Condiciones en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES), procedimientos de expulsión y repatriación de menores extranjeros no acompañados
- V. Situación en los centros de menores
- VI. Malos tratos a familiares de los desaparecidos
- VII. Derecho a un recurso efectivo y a una indemnización
- VIII. Conclusiones

2

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

I. Introducción

El quinto informe periódico de España debe ser evaluado en función de la respuesta que proporciona a las recomendaciones formuladas por el Comité en sus últimas observaciones finales¹. En este sentido, la AEDIDH constata con agrado que España haya aceptado la recomendación del Comité de introducir en el Art. 174 del Código Penal la tipificación de la tortura basada en “cualquier tipo de discriminación”².

Por el contrario, la AEDIDH muestra su preocupación por las serias deficiencias observadas en el quinto informe periódico de España que, en términos generales, son de dos órdenes:

1) En el plano **formal**: el informe de España fue preparado por el Gobierno nacional sin tener en cuenta aportaciones de otros poderes del Estado, especialmente el Judicial (en muy pocas ocasiones se recoge jurisprudencia española), ni de otras instituciones descentralizadas de las Comunidades Autónomas (Consejerías del Interior y Justicia, legislación y jurisprudencia regionales), ni de instituciones regionales de derechos humanos (en ocasiones se citan informes del Defensor del Pueblo nacional, pero se omite toda referencia a los defensores regionales). Tampoco ha recabado el Gobierno nacional la cooperación de la sociedad civil española para la redacción del presente informe periódico, a pesar de que las ONG interesadas –incluida la AEDIDH– reclaman permanentemente ser escuchadas. Por último, España no ha atendido el pedido del Comité de que sus recomendaciones “se difundan ampliamente en el Estado Parte, en todos los idiomas que proceda”³.

2) En el plano **sustantivo**: el informe de España no aporta respuestas positivas a los motivos de preocupación y recomendaciones formuladas por el Comité en 2002, salvo en el caso destacado en el primer párrafo *supra*.

En efecto, es motivo de alarma para la AEDIDH que España no haya avanzado sustancialmente en los últimos seis años en la adopción de medidas de aplicación inmediata para prevenir o proteger contra la tortura y otros malos tratos. Tales medidas han sido recomendadas reiteradamente tanto por el Comité contra la Tortura, como por otros órganos

¹ Datan del 19 de noviembre de 2002. *Vid.* A/58/44, pp. 26-29

² *Ibidem*, párrs. 9 y 12

³ *Ibidem id.*, párr. 18

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

internacionales de derechos humanos competentes. Su adopción depende exclusivamente de la voluntad política del Gobierno nacional. España debería acatarlas sin más dilación, dando así cumplimiento a su obligación de cooperar de buena fe con los órganos internacionales de derechos humanos, establecida en la Carta de las Naciones Unidas y los correspondientes tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, en particular la Convención contra la Tortura y su Protocolo Facultativo.

Se trata de medidas largamente reclamadas por la sociedad civil española, en respuesta a las crecientes denuncias de tortura y malos tratos. Como es del público conocimiento –aunque el quinto informe periódico de España no alude a ello⁴–, solamente en 2007 la Coordinadora para la Prevención de la Tortura recogió 697 denuncias de tortura o malos tratos a personas privadas

⁴ Omite el Informe de España citar los Informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) ya publicados, entre ellos, el de 2005 ([CPT/Inf \(2007\) 31](#)) en el que consta que la delegación del CPT (que visitó diversos establecimientos en donde se encuentran personas privadas de libertad) recibió alegaciones de malos tratos y cita ocho casos (par. 12, 36, 37, 40 y 41). Igualmente, el Informe de España señala que "ONGs como Amnistía Internacional y otras Organizaciones No Gubernamentales también actúan y participan activamente en este tipo de políticas." (par. 201), refiriéndose a la labor de vigilancia contra la tortura y otras formas de malos tratos. Pero omite toda referencia a las denuncias de torturas o malos tratos realizadas por las ONG.

El quinto informe periódico español tampoco menciona el Informe anual de 2007 del Defensor del Pueblo (<http://www.defensordelpueblo.es/InformesAnuales/informe2007.pdf>), en el que se hacen constar las investigaciones iniciadas ante un supuesto de torturas (**07017392** Iniciada ante la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil del Ministerio del Interior, acerca de la imputación judicial de un delito de torturas a siete agentes del Cuerpo Nacional de Policía, adscritos a la Comisaría de Hortaleza, en Madrid) y dos de malos tratos (**07007635** Iniciada ante la Comisaría General de Extranjería y Documentación del Ministerio del Interior, para comprobar el estado de una persona, de origen camerunés, que se encontraba en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid y que podría haber sido víctima de malos tratos durante el procedimiento de ejecución de su expulsión. **07009903** Iniciada ante el Ayuntamiento de Parla (Madrid), en relación con los posibles malos tratos infligidos a un ciudadano por agentes de la Policía Municipal).

El Informe del Defensor del Pueblo de 2007 relata también determinados hechos del mayor interés sobre presuntos malos tratos por el Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Policía Local (pp. 374, 375-377, 476-477 y 510-511), incluso en el contexto del régimen penitenciario (par. 335-338). Además, el Informe del Defensor del Pueblo de 2007 recuerda que el artículo 25.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, establece: "Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos lo pondrá de inmediato en conocimiento del Fiscal General del Estado". En este ejercicio, y en lo que se refiere a actuaciones de funcionarios del Ministerio del Interior, así lo ha hecho en tres expedientes, uno relativo al fundamento y circunstancias de una detención producida en Cartagena por la Policía Nacional (06012275); otro relativo a malos tratos causados por dos miembros de la Guardia Civil en Las Palmas (06005703), y un tercero relativo a las circunstancias de una detención y posterior denuncia falsa a un testigo producidas en Vigo por agentes de la Policía Nacional (07013323). En este último asunto consta a la Institución la apertura de diligencias informativas penales y la remisión de las mismas al juzgado competente. (p. 380).

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

de libertad o en el momento de su detención. Los casos más numerosos se refieren a la represión de manifestaciones pacíficas organizadas por movimientos sociales (227), agresiones a inmigrantes (102), presos (82), muertes bajo custodia (60), agresiones a detenidos bajo incomunicación (43) y a menores detenidos (12). Los agentes denunciados pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil, Policías municipales, Policías autonómicas, funcionarios de prisiones y responsables de Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES). Las denuncias proceden de todas las Comunidades Autónomas⁵.

Estos datos permiten concluir que las torturas y malos tratos, sin ser sistemáticos, se han generalizado en España durante 2007. Además, las víctimas pertenecen a una gran variedad de colectivos sociales, por lo que no se circunscriben a los ilegales abusos policiales en el marco de la lucha antiterrorista⁶. Se han difundido videos grabados en Comisarías de la Policía Autonómica de Cataluña, en los que se aprecian perfectamente tratos inhumanos, crueles y degradantes para la víctima, que suele ser mujer y emigrante. Son denuncias que han ocasionado una justificada alarma social y que prueban la necesidad de adoptar medidas de acrecentada eficacia para prevenir la tortura y los malos tratos.

Según el Comité contra la Tortura, los Estados Partes deben «mantener en examen y mejorar constantemente su legislación nacional y actuación en lo que respecta a la Convención, de conformidad con las observaciones finales y los dictámenes del Comité a propósito de las comunicaciones individuales. Si las medidas adoptadas [...] no cumplen el propósito de erradicar los actos de tortura, la Convención exige que se reexaminen o que se adopten nuevas medidas más eficaces»⁷. Esa obligación de vigilancia y aumento de la eficacia, sujetas a evaluación continua⁸, ha de prestar especialmente atención a colectivos especialmente vulnerables, teniendo debidamente en cuenta el principio de no discriminación⁹.

5

⁵ Véase Coordinadora para la Prevención de la Tortura, *Informe sobre la Tortura en el Estado español. Recopilación de las denuncias por tortura y malos tratos inhumanos, crueles o degradantes recogidas durante 2007*, Coordinadora para la Prevención de la Tortura, 2008, 218 págs.

⁶ Viejo cliché al que continúan aferrándose algunos “trabajos de investigación” que en realidad son intoxicaciones informativas, como el titulado “Las embajadas de ETA”, firmado por José Luís Barbería y publicado por el Diario *El País* el 1 de junio de 2008, lleno de errores fácticos y de interpretaciones políticamente motivadas.

⁷ Observación general n° 2 (2007) del Comité contra la Tortura sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008, pp. 124-131, párr. 4.

⁸ El Comité contra la Tortura considera que «la evaluación continua es un componente esencial de las medidas eficaces». *Ibid.*, párr. 21.

⁹ «La protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. Los Estados Partes deben velar por

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

En el presente informe la AEDIDH recuerda las **recomendaciones del Comité contra la Tortura** pendientes de aplicación, así como las **recomendaciones concordantes** de otros órganos internacionales competentes (II). Además, se aborda la preocupante falta de desarrollo del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, en particular la obligación de establecer **un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura descentralizado** (III). También se estudiarán las precarias condiciones materiales de los **Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES)** (IV) y la alarmante situación de **los centros de menores** (V). Igualmente, los malos tratos que sufren **familiares de los desaparecidos** (VI) como consecuencia de dilaciones indebidas en el reconocimiento de su derecho a conocer la verdad, a la justicia y a la reparación. Finalmente, nos referiremos al **derecho a un recurso efectivo y a una indemnización** en el caso de torturas (VII). Unas breves **Conclusiones** (VIII) cerrarán el informe.

que, en el marco de las obligaciones que han contraído [...], sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual, discapacidad mental o de otro tipo, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad, en particular las personas acusadas de delitos políticos o actos terroristas, los solicitantes de asilo, los refugiados u otras personas que se encuentran bajo protección internacional, o cualquier otra condición o factor distintivo adverso. Por lo tanto, los Estados Partes deben garantizar la protección de los miembros de los grupos que corren mayor peligro de ser torturados, enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección, entre otras, las anteriormente descritas». Párr. 21 de la OG nº 2 del Comité contra la Tortura. *Ibid.*

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

II. Recomendaciones del Comité contra la Tortura y otros órganos internacionales de derechos humanos

Se trata de recomendaciones concordantes para la prevención y la protección contra la tortura y malos tratos. Han sido formuladas en los últimos años, entre otros, por el Comité contra la Tortura¹⁰, el Comité de Derechos Humanos¹¹, el Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura¹², el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo¹³ y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT)¹⁴.

Entre esas recomendaciones, siempre pendientes de aplicación, destacan las siguientes:

¹⁰ Cfr. las Observaciones finales (OF) del Comité contra la Tortura relativas al cuarto informe periódico de España en doc. A/58/44, cit., pp. 26-29.

¹¹ Cfr. las OF del Comité de Derechos Humanos aprobadas el 3 de abril de 1996 (cuarto informe periódico de España), doc. A/51/40, 1997, pp. 31-33. Y las OF al quinto informe periódico de España, aprobadas el 30 de octubre de 2008, doc. CCPR/C/ESP/C0/5, de 5 de enero de 2009, 6 p.

¹² Cfr. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Follow-up to the recommendations made by the Special Rapporteur*. Doc. A/HRC/7/3/Add.2, de 18 de febrero de 2008, pp. 106-135, párrafos 560-676. Vid. asimismo los informes anteriores relativos a la visita realizada a España por el entonces Relator Especial Th. van Boven del 5 al 10 de octubre de 2003, y a las medidas de seguimiento de las recomendaciones adoptadas a su término, en los siguientes documentos: E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004, párrs. 64-73; E/CN.4/2005/62/Add.2, de 21 de febrero de 2005, párrs. 115-144, pp. 25-34; E/CN.4/2006/6/Add.2, de 21 de marzo de 2006, pp. 61-64, párrs. 275-297; y A/HRC/4/33/Add.2, de 15 de marzo de 2007, párrs. 535-603, pp. 95-106.

¹³ Declaración del Sr. Martin Scheinin de 14 de mayo de 2008: *Conclusión de la visita a España del Relator Especial sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*. Accesible a través del enlace siguiente: <http://www2.ohchr.org/english/issues/terrorism/rapporteur/srchr.htm>. V. Informe definitivo del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin, Adición - MISIÓN A ESPAÑA, doc. A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, 26 p.

¹⁴ Cfr. Council of Europe, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 12 to 19 December 2005*, doc. CPT/Inf (2007) 30, Strasbourg, 10 July 2007, 33 p. Cfr. también Council of Europe, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 July to 1 August 2003*, doc. CPT/Inf (2007) 28, Strasbourg, 10 July 2007, 80 p. De otro lado, el Gobierno no ha autorizado la publicación de los informes correspondientes a las dos últimas visitas a España, realizadas en 2007: una de carácter periódico (quinta visita periódica del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007: [News Flash](#)) y otra *ad hoc* (del 14 al 15 de enero: [News Flash](#)).

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

a. Transmitir a toda la sociedad, desde las más altas instancias, incluidos los Ministerios del Interior y de Justicia, un mensaje en virtud del cual

(a.1) se renueve y proclame con mayor vigor y por las máximas autoridades públicas el rechazo absoluto de la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes cuya prevención se persigue.

(a.2) mostrar la determinación gubernamental de ordenar la investigación pronta y concienzuda de todos los casos que se conozcan¹⁵. Investigación que debe ser realizada por un órgano *independiente* del Ejecutivo¹⁶ e imparcial, que tenga competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los funcionarios acusados de malos tratos. Todo ello, con independencia de la investigación judicial a que hubiere lugar, en particular si la presunta víctima presentara una queja formal. Por último,

(a.3) la obligación de apartar cautelarmente de sus funciones a todo funcionario acusado de malos tratos, mientras se realizan las investigaciones pertinentes.

b. Para subrayar ese mensaje,

(b.1) es apremiante poner fin al recurso sistemático al derecho de gracia (indulto) en los casos de condenas por tortura y/o tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues favorece un clima de impunidad inaceptable; y

(b.2) deben impartirse instrucciones claras a todos los agentes públicos y las Administraciones competentes, para que no se repitan preocupantes actuaciones de incriminación, intimidación, hostigamiento, obstaculización o descalificación dirigidas, a modo de represalia, contra particulares y organizaciones defensoras de derechos humanos que ejercen su legítimo derecho de denunciar comportamientos o conductas prohibidas.

c. No pueden demorarse más las medidas para generalizar (y no aplicar selectivamente) la *grabación* por medios audiovisuales de las sesiones de interrogatorio a los detenidos

¹⁵ V. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven (Adición, Visita a España)*, doc. E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004, párr. 64.

¹⁶ Según el quinto informe periódico, se confían esas tareas tan sensibles a organismos dependientes del Ejecutivo, tales como la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior); o la Inspección Penitenciaria, dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. *Cfr.* doc. CAT/C/ESP/5, cit., párrafos 178-188. Los escasos resultados que se ofrecen son la mejor muestra de la inoperancia de esos servicios.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

en todas las Comisarías de Policía y Guardia Civil de España, empezando por los casos en que se interroga a los detenidos bajo régimen de incomunicación¹⁷.

d. Urge revisar la legislación antiterrorista en vigor que permite mantener incomunicados hasta por 13 días a detenidos sospechosos de actividades terroristas, momento en el que el riesgo de malos tratos es mayor¹⁸. Algunos paliativos pueden empezar a aplicarse inmediatamente, como:

(d.1) permitir que el detenido sea visitado por un médico de su elección junto con el médico forense, como ya ha sucedido en algún caso¹⁹;

(d.2) el derecho a acceder y consultar en privado al abogado de su elección desde el mismo momento de su detención²⁰;

(d.3) la obligación de los médicos forenses de emitir sus certificados médicos conforme a los requerimientos del Protocolo de Estambul, y de identificar su nombre y apellidos de manera reconocible en los citados certificados; y

(d.4) el derecho del detenido a mantener contacto con sus familiares en todo momento²¹.

¹⁷ El Comité de Derechos Humanos recomendó en 2008 que “los interrogatorios en todas las comisarías de policía y lugares de detención se graben sistemáticamente por medios audiovisuales” (CCPR/C/ESP/CO/5, *cit.* párr. 14 *in fine*)

¹⁸ En tal sentido, *cfr.* las OF del Comité de Derechos Humanos de 30 de octubre de 2008, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, *cit.* párr. 14 (el Comité recomienda “suprimir definitivamente el régimen de incomunicación”). *Vid.* también el *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven (Adición, Visita a España)*, *cit. supra*, párr. 66.

¹⁹ *Cfr. Report of the Special Rapporteur ... Follow-up to the recommendations made by the Special Rapporteur...*, *cit.*, A/HRC/7/3/Add.2, de 18 de febrero de 2008, párr. 612 *in fine*.

²⁰ Council of Europe, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 July to 1 August 2003*, *cit. supra*, pp. 17 y 67. En el Informe de 2005 el CPT hace notar que en ocasiones el detenido no es asistido por un abogado hasta después de diecisiete horas, o más, a pesar de que la legislación española prevé como tiempo máximo ocho horas (art. 520.4 LECrim.); también le preocupa al CPT la no confidencialidad en las conversaciones del detenido y abogado, así como que no siempre se informa con la suficiente precisión a los detenidos de sus derechos. *Vid.* también *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven...*, *cit. supra*, párr. 67. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos reiteró en 2008 su recomendación de 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” (CCPR/C/ESP/CO/5, párr. 14)

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

e. La obligación de colaborar con los tribunales de justicia –incluidos los jueces de la Audiencia Nacional– en la investigación con premura de toda denuncia por tortura o malos tratos;

f. El respeto a la presunción de inocencia de las personas detenidas por presuntos actos terroristas y la prohibición de condenar al acusado sobre la base de “pruebas” obtenidas exclusivamente en confesión extrajudicial;

g. Es también perentorio iniciar, como reclamó el Relator Especial Martin Scheinin, un “proceso de examen pericial independiente sobre lo adecuado de las actuales definiciones” de delitos terroristas en los Artículos 572 a 580 del Código Penal, porque conllevan un riesgo de “deterioro gradual” de la noción de terrorismo, que se amplía hasta incorporar “actos que no constituyen y no guardan suficiente relación con actos de violencia grave contra la población en general”²².

En efecto, como dice el Relator, «la vaguedad de algunas disposiciones del Código Penal español sobre los delitos de terrorismo, conlleva el riesgo de adentrarse en una ‘pendiente resbaladiza’, es decir, la ampliación gradual del concepto de terrorismo a conductas que no suponen ni tienen suficiente relación con la comisión de actos de violencia graves contra los ciudadanos. Ese aspecto resulta especialmente preocupante a la luz de las medidas que se ponen en marcha cuando un delito se califica de terrorismo: la detención incomunicada; la competencia exclusiva de la Audiencia Nacional; la posibilidad de mantener a los sospechosos de terrorismo en prisión provisional por un

10

²¹ El Comité contra la Tortura aconseja adoptar «ciertas garantías básicas que se aplican a todas las personas privadas de libertad. [...] Entre las garantías figuran llevar un registro oficial de los detenidos, el derecho de éstos a ser informados de sus derechos, el derecho a recibir sin demora asistencia letrada y médica independientes, el derecho a ponerse en comunicación con sus familiares, la necesidad de establecer mecanismos imparciales para inspeccionar y visitar los lugares de detención y de encarcelamiento, y la existencia de recursos jurisdiccionales y de otro tipo abiertos a los detenidos y las personas que corren el riesgo de ser sometidas a torturas o malos tratos, de modo que sus quejas puedan ser examinadas sin demora y de forma imparcial y los interesados puedan invocar sus derechos e impugnar la legalidad de su detención o el trato recibido». OG nº 2 (Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes) del Comité contra la Tortura, *cit.*, párr. 13.

²² *Cfr. Conclusión de la visita a España del Relator Especial sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*. Declaración de 14 de mayo de 2008.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

período de hasta cuatro años; el agravamiento de las penas y a menudo también la modificación de las normas relativas al cumplimiento de las penas»²³.

²³ *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Sr. Martin Scheinin, Misión a España, doc. A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, párr. 52.

A este propósito, resulta ilustrativo el testimonio –recogido por la AEDIDH– del Profesor Karmelo Landa, antiguo europarlamentario y militante de HB, en prisión preventiva desde hace más de un año: «La aparatosa detención y encarcelamiento se producen a la madrugada del lunes, 11 de febrero (de 2008): un numeroso grupo de policías encapuchados y fuertemente armados irrumpen a esa hora en nuestra casa de Bilbao, nos sacan de la cama, con malos modales, registran la casa y confiscan escritos, libros, apuntes, material académico, ordenadores... un aparatoso bagaje intelectual y profesional; este registro dura unas tres horas, y al término soy esposado y conducido escoltado por policías, fuera de mi hogar. Mi segundo sobresalto sucede al salir así del portal y ser enfocado por cámaras de televisión y periodistas que, por lo visto, han acudido acompañando a la policía esa madrugada. Luego sabría que este tipo de asalto policial-mediático ocupó gran espacio en televisiones y prensa de los días sucesivos, y que se produjo de igual manera en los hogares de catorce personas igualmente detenidas. Inmediatamente me hicieron saber que estaba incomunicado, sin derecho a abogado propio ni a comunicar con nadie. Fui introducido en un coche sin distintivos, entre policías de paisano encapuchados, y a mí mismo me pusieron una capucha o tela de saco opaca sobre la cabeza y en ese estado y esposado inicié un largo viaje de madrugada, hasta llegar a lo que identifiqué como un calabozo en San Sebastián, donde me hicieron pasar ante una señora que se identificó como médico forense, que me aseguró habían hecho venir desde Madrid “para atendernos”. Se hallaba, según me confesó, muy mareada por el acelerado viaje nocturno en coche, también ella, y casi tuve que consolarla yo (...) volvieron de inmediato a empaquetarme en el coche, del modo antes descrito, y nuevo y trepidante viaje para llegar a... Bilbao, ¡de nuevo! Sí, así fue, pero en esta ocasión a los calabozos de la jefatura de policía, desabridos, fríos de madrugada, con policías deambulando, que me dirigían curiosas miradas sin saber qué hacer conmigo. Dos horas más tarde, sin que mediara pregunta ni aclaración alguna, me volvieron a empaquetar en el pequeño coche, en la manera ya descrita, y reiniciar la travesía, muy velozmente, por carreteras que no podía ver. Esta vez el viaje fue muy largo y especialmente incómodo, hasta llegar, al amanecer, a otro calabozo, por lo que luego supe, de la Dirección General de la Policía en Madrid. Me encerraron en un pequeñísimo calabozo sin más mobiliario que una letrina, ni más compañía que una raída y sucia manta. Me habían despojado del reloj y de todos los objetos personales, por lo que no podía calcular el tiempo, pero después comprobaría que me retuvieron durante algo más de dos días completos en aquel minúsculo calabozo, hasta que el día 13 me hicieron pasar ante un policía que me preguntó si quería declarar algo, en presencia de una abogada de oficio que permanecía muda junto a él. Dije que exigía me llevaran de inmediato ante el juez que había ordenado aquel atropello contra mi persona, y así terminó el único intercambio verbal con policías desde el momento de la detención. Es significativo el hecho de que, mientras me tuvieron detenido e incomunicado, en ningún momento mostraron interés alguno por hablar conmigo. Simplemente, me tenían aparcado y a la espera.

El día 13, miércoles, fui conducido nuevamente, de igual manera, esposado y encapuchado, a otro calabozo, esta vez de la Audiencia Nacional. Allí recibí igual trato que en el anterior lugar, hasta que, tres horas después, fui conducido esposado hasta el despacho del juez Baltasar Garzón. En el despacho ví por primera vez a mi abogada (...), y pude por fin conocer cuáles eran los cargos que presentaban contra mí, y realizar una declaración: la hice, denunciando el atropello continuado contra mi persona, las condiciones vejatorias a las que se me sometía durante tres días, y me dirigí directamente al juez para reprocharle que volviera a actuar contra mí de idéntica manera que

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

Añadió el mismo Relator Especial que «si la lucha contra el terrorismo ha de ser legítima y tener éxito, es necesario que las normas relativas a los delitos de terrorismo se atengan estrictamente al principio de legalidad recogido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... de manera que todos los elementos constitutivos del delito estén expresados de forma explícita y precisa en su definición jurídica»²⁴.

Por lo que se refiere a los artículos 571 a 579 del Código Penal español, el Relator Especial recomendó al Gobierno emprender «un proceso de revisión por expertos independientes de la idoneidad de las definiciones que contienen» con participación de especialistas de los derechos humanos en los planos nacional e internacional y del

había hecho en 1997, bajo una acusación genérica, absolutamente infundada, de “colaboración o pertenencia a ETA”, que había dado pie a mi encarcelamiento durante dos años, 1997 a 1999, hasta que la sentencia y el procedimiento fueron anulados por el Tribunal Constitucional, atendiendo a nuestro recurso de amparo. El juez Garzón me respondió queriendo excusarse, afirmando literalmente: “En esa ocasión no le juzgué yo, puesto que usted era aforado, miembro del Parlamento Vasco”. “En efecto, respondí yo, pero fue usted quien, al igual que ahora, ordenó mi detención y realizó la instrucción”. No volvió a responder, pero dictó auto de prisión provisional sin fianza contra mí... Me imputa por participar en una rueda de prensa en el hotel Tres Reyes de Pamplona el 25 de marzo de 2006. Se había conocido la tregua de ETA, y nos felicitábamos por dicha tregua, a la vez que solicitábamos a todas las partes que se implicaran en un diálogo resolutivo por la paz. En el auto me imputa asimismo mi participación en otras dos ruedas de prensa, el 15 de diciembre de 2007 y el 7 de enero de 2008, estas últimas proponiendo restablecer los compromisos y acuerdos para retomar un proceso de diálogo. Me imputa asimismo haber participado en un número indeterminado de reuniones políticas durante el periodo de tregua, y añade, por último, como cargo lo siguiente: “Karmelo Landa, antiguo eurodiputado y que por ello, y aprovechando sus contactos, participa activamente en el ámbito (de las relaciones internacionales)”. Eso es todo, y en base a ello concluye en el auto del 13 de febrero de 2008 mi presunta “vinculación e integración en ETA”, nada menos, y dispone mi prisión provisional incondicional. Ese mismo día dispone también la prisión para otros diez del total de catorce detenidos en la misma operación...».

²⁴ *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, doc. A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008, párr. 53, Concordantemente, el Comité de Derechos Humanos recomendó en 2008 “...dar una definición restrictiva al terrorismo y hacer de modo que sus medidas contra el terrorismo sean plenamente compatibles con el Pacto. En particular, el Estado parte debería prever la modificación de los artículos 572 a 580 del Código Penal para limitar su aplicación a las infracciones que revistan indiscutiblemente un carácter terrorista y merezcan que se las trate en consecuencia” (CCPR/C/ESP/CO/5, *cit.* párr. 10). Esta recomendación fue rechazada por el Gobierno al sostener que “la definición de terrorismo que maneja el Código Penal es conforme con la legalidad internacional y, en el ámbito regional, se ajusta a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo...” (doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 26 de enero de 2009, párr. 12).

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

derecho penal. El Relator formuló además recomendaciones concretas relativas a los arts. 574, 576, 577 y 578 del Código Penal²⁵.

En cuanto a la detención incomunicada hasta por 13 días, el Relator Scheinin recomendó su *completa erradicación* «por cuanto ese régimen excepcional no sólo supone el riesgo de que se inflija un trato prohibido a los detenidos, sino que también expone a España a denuncias de tortura y, en consecuencia, debilita la legitimidad de sus medidas antiterroristas». Se mostró igualmente partidario de la aplicación sistemática de «medidas de prevención de la tortura y malos tratos, en especial mediante, entre otras cosas, la video-vigilancia continua de las instalaciones de detención y el examen de los detenidos por médicos de su elección»²⁶.

Además, el citado Relator expresó su honda preocupación por “las denuncias de torturas y malos tratos presentadas por sospechosos de terrorismo a los que se ha mantenido en régimen de incomunicación, así como la información según la cual las autoridades españolas hacen sistemáticamente caso omiso de esas denuncias”. Por lo que recomendó que «siempre que haya motivos para creer que se han infligido malos tratos, se proceda a una investigación pronta, independiente, imparcial y completa y se lleve ante la justicia a los autores de esas infracciones...»²⁷.

²⁵ A/HRC/10/3/Add.2, cit., párr. 53: «a) Que el artículo 574, en el que se contempla el castigo de "cualquier otra infracción" se redacte de manera que tenga el grado de precisión que requiere el principio de legalidad y se aplique exclusivamente a los delitos que incluyan el elemento intencional de causar la muerte o lesiones corporales graves, como elemento definitorio de los delitos de auténtico carácter terrorista. b) Que el delito de colaboración, contemplado en el artículo 576, se defina claramente de manera que el sujeto sepa a qué atenerse; asimismo que se redacte de forma que quede claro cuáles son los elementos de la conducta prohibida que le confieren el carácter de terrorismo. El Relator Especial insiste en que, al definir los delitos asociados con el terrorismo, se establezca una clara distinción entre la intención de atemorizar a una población por medios violentos y los objetivos perseguidos, que pueden no revestir carácter criminal por sí mismos. c) Que el artículo 577 se aplique al "terrorismo urbano" únicamente en los casos en que se haya establecido un vínculo entre la conducta del acusado y la intención de promover la violencia terrorista, según se define en los instrumentos y normas internacionales. d) Que el delito de enaltecimiento que actualmente se contempla en el artículo 578 se revise de manera que se aplique exclusivamente a los actos que tengan por objeto incitar a la comisión de un delito de terrorismo, con el riesgo de que se cometa efectivamente dicho delito. A ese respecto, el Relator Especial opina que las declaraciones de otro carácter, que podrían encuadrarse también en el concepto de "apología", no deberían perseguirse en el ámbito del derecho penal».

²⁶ A/HRC/10/3/Add.2, cit., párr. 62

²⁷ *Ibidem*, párr. 63.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

El Relator Scheinin también se pronunció a favor de la reducción de la duración de la prisión provisional (hasta cuatro años) en los casos asociados a la noción de terrorismo, pero que no conllevan la intención de emplear violencia para causar la muerte o lesiones graves. Además, “el principio general de tratar a los presos preventivos acusados de delitos de terrorismo de manera diferente a los demás y de imponerles sistemáticamente un régimen cerrado puede afectar gravemente a su derecho a la presunción de inocencia”²⁸

Por último, el Relator Scheinin expresó su preocupación a causa de «la resolución de la Audiencia Nacional por la que se accede a la extradición contra seguridades diplomáticas sobre el riesgo de tortura, así como la extradición recientemente llevada a efecto pese a los ruegos reiterados del Relator Especial». Por ello exhortó a España a respetar “sus obligaciones internacionales derivadas de la prohibición absoluta de la tortura”, recordando que «las entregas extrajudiciales conllevan graves violaciones de los derechos humanos y que el Estado que coopere a sabiendas a esas entregas es cómplice y responsable de esas violaciones». En consecuencia, es preciso que España «investigue a fondo y de forma independiente todas las circunstancias relativas a su posible participación en los programas de entrega extrajudicial de la CIA»²⁹.

h. Se debe acabar con la jurisdicción especial para la represión de los delitos de terrorismo que hoy ejerce la Audiencia Nacional. En este sentido, el Relator Especial M. Scheinin solicitó que España

14

«considere la posibilidad de incluir los crímenes de terrorismo en la jurisdicción de tribunales ordinarios, en lugar de un tribunal único especializado (Audiencia Nacional). Esto correspondería con el principio de normalidad y trataría al terrorismo como delito, y no como una emergencia que permita desviarse de los procedimientos habituales. El Relator Especial considera que transferir la jurisdicción para delitos de terrorismo a tribunales ordinarios con jurisdicción territorial legitimaría la lucha contra el terrorismo en España y la haría más eficaz»³⁰

²⁸ *Ibidem*, párr. 59.

²⁹ *Ibidem id.*, párrs. 64-65. Algunos de estos casos han llegado al TEDH, que consideró que España había incurrido en violación del Art. 34 CEDH al proceder España a entregas extrajudiciales de detenidos, desacatando medidas provisionales del TEDH.

³⁰ *Conclusión de la visita a España del Relator Especial sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*. Declaración de 14 de mayo de 2008. En el informe final de la visita el Relator recomienda a España

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

i. Finalmente, las medidas antiterroristas vigentes en nuestro país han de respetar *todas* sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en particular los derechos protegidos por el Art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el principio de no discriminación, cuya suspensión no se permite bajo ninguna circunstancia.

«que considere la posibilidad de trasladar la competencia para los delitos de terrorismo a los tribunales ordinarios, en lugar de reservarla a un solo tribunal central especializado, la Audiencia Nacional». Doc. A/HRC/10/3/Add.2, cit., párr. 58.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

III. Establecimiento de un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT) descentralizado

La AEDIDH celebró la ratificación por España en 2006 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura. Pero manifiesta su preocupación porque desde entonces no se ha establecido el mecanismo nacional de prevención de la tortura (MNPT) que prevé el Protocolo y no existen avances significativos.

Las ONG y en particular la AEDIDH, han propiciado durante 2007 vías de interlocución con el Gobierno para diseñar un MNPT que satisfaga los requisitos establecidos en el Protocolo. Pero ese diálogo, contrariamente a lo que se indica en el quinto informe periódico de España³¹, fue suspendido por el Gobierno unilateralmente el 18 de diciembre de 2007. El 11 de junio de 2008, en el marco de una actividad académica, voceros gubernamentales informaron que estaría circulando entre los Ministerios un borrador secreto de MNPT. Todas las ONG han reclamado inútilmente la reanudación del diálogo con las instancias gubernamentales³².

La AEDIDH considera que el futuro MNPT español debe responder a las exigencias establecidas en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura:

- a) su objetivo ha de ser doble: prevenir la tortura y malos tratos, y asegurar la igualdad de medios de protección contra la tortura para todos.
- b) La prohibición de la tortura es absoluta en DIDH. Por tanto, el MNPT debe ser *efectivo* para impedir la violación de prohibiciones que no admiten *matices*
- c) El MNPT debe respetar los principios de independencia funcional, acción descentralizada y transparencia.
- d) Una ley tramitada por el procedimiento de urgencia debe crear el MNPT como institución del Estado de nuevo cuño, de composición mixta y dotada de presupuesto propio.
- e) Los miembros del MNPT deben ser expertos independientes, con participación de todos los sectores interesados (Defensorías y sociedad civil), excluidos los poderes públicos. Entre el personal del MNPT deben figurar expertos de la sociedad civil.

16

³¹ CAT/C/ESP/5, *cit.* párrs. 132 y 207.

³² *Cfr.* Manifiesto de Madrid para la erradicación de la tortura y malos tratos, de 26 de junio de 2008.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

f) El MNPT debe asegurar que la protección mediante la prevención opere de modo uniforme en todos los lugares de privación de libertad de personas y sin discriminación entre ellas, con el fin de evitar espacios de impunidad, de protección desigual o no protegidos por la prevención.

g) La descentralización del MNPT supone que su estructura interna responda al modelo del Estado de las Autonomías. Por tanto, se deben prever órganos colegiados dependientes del MNPT que, coordinados por éste, ejerzan eficazmente las labores de prevención, adaptándose a las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos en lugares de privación de libertad, en los que también es necesario prevenir la tortura y malos tratos, así como ejercer las demás funciones propias del MNPT. A su vez, tanto el órgano central como los descentralizados del MNPT que se creen, deberán incorporar en su seno a expertos procedentes de la sociedad civil.

h) El Gobierno debe anunciar un compromiso formal de recuperar la interlocución con la sociedad civil, que fue interrumpida el 18 de diciembre de 2007. También debe confirmar que cumplirá efectivamente sus compromisos, anunciados por el Ministro de Justicia en sede parlamentaria, para llegar “a buen puerto y pronto”, y así lograr que el MNPT español sea en verdad un mecanismo nuevo, mixto, independiente, descentralizado y transparente. Por último, el Gobierno debe proseguir el diálogo con todas las partes interesadas, en particular la sociedad civil, y anunciar sin más dilación un calendario racional de reuniones, con indicación clara de las materias a tratar.

i) La interlocución debe ser franca y abierta. También el resultado de las reuniones que se celebren, que se concretará en informes claros y públicos, en cuya elaboración hayan tenido la posibilidad de participar todos los sectores interesados asistentes a las mismas. Los informes públicos asegurarán la necesaria transparencia de todo el proceso de interlocución.

j) El Gobierno debe distribuir su proyecto de MNPT sin más dilación, dando tiempo suficiente para que los distintos actores puedan conocerlo, estudiarlo y formular sugerencias que hagan más fructíferas las futuras reuniones de interlocución, que deberán propiciar un diálogo inclusivo, participativo y abierto.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

**IV. Condiciones en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES),
procedimientos de expulsión y repatriación de menores extranjeros no
acompañados**

El Informe de 2007 del Defensor del Pueblo relata la situación inadecuada en que se encuentran diversos centros de internamiento de extranjeros (inmigrantes), lo que ha motivado en diversas ocasiones que inicie la pertinente investigación al respecto (pp. 500-511).

Se han constatado las siguientes deficiencias en los Centros de Internamiento de extranjeros (CIES), que en muchos casos pueden constituir malos tratos en el sentido del Art. 16 de la CCT: su carácter en ocasiones es marcadamente carcelario; aparecen ubicados en antiguas prisiones; precisan urgentes reformas, mobiliario nuevo y mayor número de trabajadores sociales para prestar servicios asistenciales; es frecuente el hacinamiento de internos en las habitaciones; insalubridad derivada de la humedad en las instalaciones; se requieren medidas anti-incendios, mejor asistencia médica, medidas reforzadas para su limpieza, acciones para preservar la intimidad de los internos, salas o locutorios para entrevistas con abogados, familiares, etc. En este sentido, deben habilitarse dormitorios de proporciones más reducidas que los grandes espacios de dormitorios tipo brigadas donde la intimidad es prácticamente imposible. Algunos CIES cuentan con módulos de aislamiento cuyas condiciones son con frecuencia lamentables. Otros disponen de patios pequeños o mal acondicionados para la climatología del lugar, de manera que los internos se ven obligados a estar en sus habitaciones o en el comedor³³.

En general deberían revisarse las condiciones de los CIES en Ceuta, Algeciras, Las Palmas de Gran Canaria, Tenerife, Fuerteventura, Madrid, Murcia, Tarifa (Cádiz) y Valencia y adoptarse las recomendaciones señaladas por el Defensor del Pueblo en su informe de 2007³⁴.

Es igualmente preocupante que la detención administrativa que habitualmente se aplica al extranjero indocumentado (no delincuente), se puede extender hasta por 60 días, lo que hace aun más penoso el internamiento en lugares insalubres. España debería adoptar otras medidas alternativas a la detención administrativa del extranjero sin papeles, como ha recomendado con carácter general el Grupo de Trabajo del Consejo de Derechos Humanos sobre la Detención Arbitraria³⁵.

³³ Véase Defensor del Pueblo de España, *Informe 2007*, pp. 500-511.

³⁴ *Ibíd.*, pp. 500-509.

³⁵ Doc. A/HRC/7/4, de 3 de enero de 2007, párr. 53.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

En relación con los **procedimientos de expulsión**, el informe de 2007 del Defensor del Pueblo menciona numerosos casos (pp. 510-524) de revocación tras su intervención, lo que pone de manifiesto, por un lado, lo inadecuado de la orden de expulsión y, por otro, que las personas inmigrantes sometidas a dicho procedimiento pueden ser consideradas como víctimas de malos tratos psíquicos. Entre las intervenciones llevadas a efecto por el Defensor del Pueblo cabe mencionar la orden de expulsión de padres de niños de nacionalidad española, o de esposo de una nacional española (supuesto que impide la expulsión por arraigo), (pp. 512-518).

Por su parte el Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe de 2007 también alude a supuestos de expulsión que a juicio de la Institución no son adecuados, entre otros, los contenidos en las quejas 07/3322, 07/5040 y 07/2598³⁶.

Además, el Defensor del Pueblo (nacional) pone de manifiesto las notificaciones defectuosas en resoluciones de expulsión; resoluciones administrativas de expulsión a pesar de sentencias judiciales que resuelven en sentido contrario; ejecución de orden de expulsión sin esperar que los tribunales de justicia resuelvan sobre medidas cautelares solicitadas; deficiencias de coordinación entre los órganos de la Administración implicados en la ejecución de orden de expulsión, los juzgados de instrucción (competentes para autorizar el internamiento) y los juzgados de lo contencioso-administrativos (encargados de conocer de los recursos contra las órdenes de expulsión) (pp. 518-521).

19

Como consecuencia de la falta de coordinación aludida, el Defensor del Pueblo reitera lo que ya recomendara al Ministerio de Justicia en su Informe de 2005 sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España. El DP ha hecho notar la "conveniencia de unificar el conocimiento de todas estas cuestiones en los juzgados de lo contencioso-administrativo". En el Informe de 2007 el DP hace notar que su recomendación "está siendo estudiada por el Ministerio de Justicia desde 2005 (05024391)", (pp. 520-521).

Una cuestión particular está relacionada con la **repatriación de menores extranjeros no acompañados**. Como es habitual, el quinto informe periódico de España hace referencia a la normativa aplicable (artículo 92 el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social), pero no alude a la aplicación práctica de dicha normativa.

³⁶

Véase http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_anuales/informe_2007/TEXT0_PAGINADO/index.html

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

En este sentido, hemos de referirnos al Informe Especial (2004) del Defensor del Pueblo Andaluz sobre "Menores inmigrantes en Andalucía. La atención en los centros de protección de menores"³⁷.

En ese informe se cuestiona la viabilidad de la repatriación en el caso de menores inmigrantes de nacionalidad marroquí. De intentarse la reagrupación familiar, puede ser imposible en los casos en que la familia no puede ser localizada o, que una vez localizada, no esté en condiciones de hacerse cargo del menor, o la devolución del mismo conlleve un riesgo para el menor o para la propia familia.

Sólo en los casos en que la reagrupación del menor con su familia es acorde con el espíritu y la letra de las disposiciones internacionales sobre protección de los derechos de los menores, cabría plantear la opción del retorno para la reagrupación como solución idónea al supuesto planteado.

En los demás casos, sólo procedería plantearse el retorno del menor cuando tuviese por objeto su puesta a disposición de los Servicios de Protección de Menores de Marruecos, escasamente preparado y dotado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en Marruecos y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde España.

20

En conclusión, el retorno de los menores a Marruecos sólo procedería en aquellos casos en que, tras valorar detenidamente las circunstancias socio-familiares del menor, se acreditara que lo más conveniente para el mismo es su reagrupación familiar, y siempre que se garantizara que dicha reagrupación se va a llevar a cabo con arreglo a un procedimiento que permita salvaguardar en todo momento los derechos del menor y no suponga un riesgo para él o su familia.

En los demás casos, habría que optar por la permanencia del menor en nuestro país, al menos hasta tanto se solventan las circunstancias que impidan o desaconsejen su retorno al país de origen. A este respecto, y por lo que se refiere a los menores marroquíes actualmente acogidos en centros de protección andaluces e inmersos en proceso formativos y de integración social, el DPA considera que resultaría inadecuada cualquier medida que pretendiese forzar su retorno a Marruecos en contra de su voluntad. El proceso de integración de estos menores no debe

³⁷

Véase http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0009/TEXTOPAGINADO/index.html

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

truncarse por la aplicación automática de decisiones políticas sobrevenidas, por lo que aboga por que cualquier decisión que se adopte en este sentido excluya los menores ya acogidos en centros de protección andaluces e incluidos en proyectos de integración socio-educativa" (ap. 7.3).

Asimismo el Informe de 2007 del Defensor del Pueblo (nacional) pone de manifiesto que "la garantía del derecho a ser oído del menor ha dado también lugar a que se formulara una recomendación sobre esta cuestión a la Dirección General de Inmigración, y a que también se formulara una recomendación y una sugerencia a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona. El citado órgano administrativo consideraba cumplimentado el trámite porque así lo indicaba la entidad de protección, no constando que los menores hubieran sido oídos por la autoridad gubernativa, pese a que el artículo 92.4 del Reglamento de extranjería lo establece de manera inequívoca. Esta Institución entiende, además, que la falta de examen particularizado de las circunstancias personales del menor puede poner en riesgo su integridad física y moral, como ha manifestado algún tribunal señalando que supone un riesgo potencial relevante para la integridad física del menor repatriar sin cerciorarse de que el menor será acogido familiar u oficialmente. Éstas y otras consideraciones dieron lugar a que esta Institución recomendara a la Subdelegación, entre otros extremos, que en los expedientes de repatriación de menores no acompañados que en lo sucesivo se tramitaran, se procediera a oír al menor en el marco del procedimiento administrativo que ese organismo iniciara antes de dictar resolución (07020500 y 07033516)", (pp. 486-487).

21

«La preocupación de que la medida de reintegración familiar se adopte en la mayoría de las ocasiones sin realizar un análisis individualizado de cada menor para determinar su adecuación, atendiendo a su superior interés, motivó la iniciación de investigaciones ante la entidad de protección madrileña. La investigación reveló que la Fiscalía de menores recibía una sucinta comunicación escasamente relevante para evaluar el asunto. La insuficiencia de tal comunicación originó que se estableciera contacto con la Fiscalía, la cual informó que, tras la entrada en vigor de la Circular 2/2006, de 27 de julio, se ha articulado un nuevo sistema de control de la actividad administrativa, tendente a verificar de forma minuciosa e individualizada la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos preceptivos que deben concurrir en la ejecución de los acuerdos de repatriación. Todo ello se documenta en las «diligencias de investigación en protección de menores» que se incoan individualmente para cada menor afectado y en las que se contienen todos los extremos y resoluciones relevantes para el expediente, procurando el fiscal la subsanación de aquellas irregularidades que aprecie. La Fiscalía comunicó que había mantenido contactos con la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid y con el Instituto Madrileño del Menor y la Familia para coordinar mejor todo este seguimiento (06002124)», (pp. 487-488).

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

El DP nacional también apreció en ocasiones descoordinación entre la autoridad gubernativa, la policial y los órganos judiciales, lo que produjo dos repatriaciones de menores, pese a que el juez competente había acordado suspenderlas cautelarmente. La investigación realizada evidenció escasa diligencia en los servicios policiales del aeropuerto de Madrid-Barajas, que recibieron la información y no paralizaron el procedimiento cuando todavía era posible hacerlo. El DP recordó sus deberes a la Jefatura Superior de Policía de Madrid y formuló una sugerencia para la adopción de las medidas correctoras necesarias que eviten estas situaciones. La sugerencia ha sido aceptada y se ha comunicado a la DP que se impartieron instrucciones al jefe de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación para que procediera a cumplimentar las órdenes judiciales, utilizando todos los medios que sean necesarios, al objeto de poder suspender la ejecución de la resolución de repatriación en casos semejantes. También se han girado instrucciones al puesto fronterizo de Madrid-Barajas en el mismo sentido. No obstante, permanecen abiertas otras investigaciones para determinar de manera más exacta cuál es la causa de los problemas de comunicación y descoordinación apreciados (06039050, 06047702, 07014194 y 07014247)", (p. 488).

Constató también el DP que la fórmula adoptada por las autoridades policiales para llevar a cabo la materialización de las reagrupaciones familiares, viene siendo objeto de varias quejas. Es habitual que funcionarios de policía se personen en los Centros durante la madrugada para recoger a los menores que van a ser reagrupados. En una de las quejas investigadas, se denunció que un menor había sido conducido a Madrid esposado en un coche policial y había realizado el vuelo de repatriación atado con una cuerda. También se denunció que al menor no se le permitiera recoger sus pertenencias, ni despedirse de sus compañeros y educadores.

22

El Defensor del Pueblo dio traslado de estas alegaciones a la Fiscalía General del Estado, quien comunicó que se habían dictado instrucciones para revisar los casos concretos, y que se iba a remitir oficio a las fiscalías de menores con mayor número de repatriaciones, para que advirtieran a la autoridad gubernativa sobre la necesidad de respetar los derechos de los menores, así como para que informen a la propia Fiscalía de las previsiones de viaje y de las incidencias que puedan producirse durante el mismo. La investigación sigue su curso hasta conocer el resultado práctico que estas actuaciones tengan finalmente (06045504)", (pp. 488-489).

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

V. Situación en los centros de menores

No han mejorado las condiciones en las que se encuentran los menores inmigrantes sin papeles en los centros que acogen menores, en particular aquellos que sufren saturación y hacinamiento en las Islas Canarias como consecuencia de la llegada constante de menores no acompañados a bordo de cayucos de fortuna.

Según el informe del Defensor del Pueblo de 2007, su estado de higiene no es óptimo. Algunos presentan rejas fijas en los dormitorios, lo que es difícilmente compatible con medidas anti-incendios. En muchos de los centros se producen episodios de violencia entre los internos y en ocasiones abusos por parte del personal encargado de la seguridad. En algunos de ellos la instalación eléctrica es deficiente, al igual que el mobiliario. No siempre existe un proyecto educativo por centro³⁸.

Así, el citado informe pone de manifiesto que "durante la visita girada a la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía Tenerife-Sur, en la que se hallaban diversos menores de edad, éstos se encontraban separados del resto de los extranjeros, encerrados bajo llave, en dos habitaciones de dimensiones reducidas y manifiestamente inadecuadas para mantener a personas por un espacio superior a las primeras horas. Según pudo determinarse, los menores permanecían en las citadas habitaciones mientras que se les realizaban las pruebas óseas, y una vez determinada la minoría de edad, hasta que por parte del Ministerio Fiscal se ordenaba su ingreso en un centro de protección. Sin embargo, en ocasiones —y así ocurría el día de la visita— el traslado de los menores no es inmediato por falta de efectivos policiales. La situación fue puesta inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y al cierre de este informe se siguen actuaciones con los diversos organismos competentes, al objeto de que se adopten las medidas para superar las deficiencias y problemas de coordinación que se han expuesto (07025791)" (p. 481).

Es más grave la situación de los menores con problemas conductuales que están bajo la tutela o guarda de la Administración Pública. A esta situación se refirieron el Informe Especial (2007) del Defensor del Pueblo Andaluz sobre "Menores con trastornos de conducta en Andalucía"³⁹; en segundo lugar, al Informe de 2007 del DP; y, en tercer lugar, el Informe monográfico (2009) del Defensor del Pueblo (nacional).

³⁸ Véase Defensor del Pueblo de España, *Informe 2007*, pp. 490-499.

³⁹ Véase http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0019/TEXTOPAGINADO/index.html

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

(1) En lo que respecta al Defensor del Pueblo Andaluz el estudio, iniciado en 2006, tenía como finalidad analizar la situación de los centros tutelados de menores con trastornos de conducta en Andalucía, aunque con posterioridad se extendió a todos los menores con trastornos conductuales, estuvieran en situación de tutela o guarda por la Administración Pública o no. Cabe destacar que los Centros tutelados de menores con trastornos de conducta, respecto de los que el DPA amén de poner de manifiesto que las instalaciones no siempre son adecuadas, refiriéndose a la organización de los centros, hace constar que en ocasiones se utilizan las medidas de intervención como forma de sanción (ap. 4.2.2.4), lo que le lleva a formular recomendaciones específicas a favor de los menores tutelados con trastornos de conductas (ap. 5.2.B.4).

(2) En el Informe de 2007 del Defensor del Pueblo (nacional) consta que la Institución inició actuaciones con la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, a raíz de la queja presentada por un ciudadano en relación con el Centro de adaptación psico-social (CAPS) para menores “Tetuán”, recurso especializado destinado a la atención a menores que presentan conductas de alto riesgo social y gestionado por la Fundación Internacional O’Belén mediante un concierto con el Instituto Madrileño del Menor y la Familia (IMMF).

En su escrito, el interesado denunciaba presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales de los menores, haciendo particular referencia a la irregular asistencia a centros educativos, a la ocasional medicación sin prescripción médica y sin el conocimiento de los propios menores, a la imposición de rígidas sanciones de separación del grupo, en salas de aislamiento y por periodos de más de 24 horas, o a la escasez de salidas al aire libre y nulas actividades deportivas durante periodos que podían prolongarse desde veinticuatro horas a varias semanas, señalando, asimismo, la existencia de graves carencias en cuanto a la infraestructura y equipamiento del centro.

En el curso de la mencionada investigación, el DP realizó una visita al centro en cuestión, en la que, además de examinar las instalaciones, se mantuvieron entrevistas con la dirección y gran parte del personal del centro, así como con algunos menores. En la información remitida con posterioridad a dicha visita, la Consejería de Familia y Asuntos Sociales comunicó la rescisión del contrato de gestión con la entidad adjudicataria por “las dificultades inherentes al proyecto” y “la necesidad de adecuar las instalaciones”, con el consiguiente cierre del CAPS Tetuán. Las actuaciones al respecto aún no se han dado por concluidas (07011812), (pp. 750.751).

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

(3) La alerta del Defensor del Pueblo se desarrolla en el Informe monográfico de 2 de enero de 2009 sobre "Centros de protección de menores con trastornos de conductas y en situación de dificultad social" ([Informe en pdf \(I\) | Parte II](#))⁴⁰. Se describe en él con detalle la situación que el DP ha encontrado en **veintisiete centros de menores** visitados, en los que se encuentran internados menores con problemas conductuales.

El DP justifica el Informe porque "hemos comprobado que en los centros para menores en situación de dificultad social tutelados por la Administración, están siendo tratados adolescentes cuyas características responden a perfiles muy distintos, de manera que conviven en esos recursos menores con problemas conductuales, junto a niños que han cometido actos ilícitos y a los que, por ser menores de 14 años, no pueden aplicárseles los procedimientos de la justicia juvenil, y menores que cumplen medidas de reforma pero que además precisan un tratamiento terapéutico".

"Es ésta una situación que tanto los poderes públicos como las entidades gestoras de los centros deberían evitar a toda costa, y ante la que no puede permanecer impasible una Institución como el Defensor del Pueblo, en su condición de garante de los derechos de los menores." (p. 7). Además, porque "hemos recibido quejas de algunos educadores que trabajan o trabajaron en centros para menores con problemas de conducta denunciando las irregularidades, e incluso vulneraciones de derechos, que presuntamente se estaban cometiendo en algunos de esos establecimientos, tales como prohibir a los menores la asistencia a un centro educativo, administrarles medicación contra su voluntad y sin la debida prescripción médica, o imponerles como castigo medidas de contención o de aislamiento" (p. 8). "Por ello, y con el fin de analizar de cerca la situación de los centros de acogimiento residencial en los que se atiende a los menores con trastornos de conducta y en situaciones de dificultad social, iniciamos una investigación, en el curso de la cual hemos podido constatar numerosas irregularidades y deficiencias en el funcionamiento de esos centros." (p. 9).

Destacan en el informe estos apartados: "2. Introducción al estudio del sistema legal de protección de menores en el ordenamiento jurídico español" (pp. 39-106); "3. Información facilitada por las Comunidades Autónomas" (pp. 107-233); y "5. Centros visitados por el Defensor del Pueblo" (pp. 263-379).

⁴⁰ Defensor del Pueblo, *Informe sobre Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, 2009, 468 págs.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

Ante las numerosas insuficiencias constatadas, el DP formuló las siguientes **recomendaciones** en su informe de 2009⁴¹:

Que se establezca un marco jurídico general sobre los menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, determinando los supuestos, requisitos y condiciones en los que las entidades públicas de protección de menores pueden aplicar programas específicos que contemplen la utilización de medidas de contención de carácter no sancionador.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita debe ser reconocido en todo caso a los menores y a sus padres, u otros representantes legales, en el marco de los procedimientos de desamparo y los dirigidos a adoptar medidas de protección en el ejercicio de la tutela administrativa.

Las administraciones públicas debe intensificar las medidas de prevención y de protección que permitan garantizar a los menores en situación de dificultad social el pleno desarrollo de su personalidad y evitar así que esas situaciones deriven en el desamparo del menor o incluso en conductas contempladas por la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (pp. 404-405).

Se debe eliminar la práctica de atender en un mismo programa a menores que requieren medidas de protección y a aquellos que cumplen una medida de justicia juvenil." (p. 405).

26

Establecer un procedimiento administrativo específico para la derivación de los menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social al recurso de protección que mejor se adecue a sus necesidades. En dicho procedimiento deberán valorarse y documentarse las razones que determinen la necesidad de atención del menor en un centro concreto. También deberá quedar constancia de la audiencia y posibles alegaciones de los padres y del menor, que deberá ser escuchado en todo caso.

La resolución administrativa por la que se acuerde el ingreso de un menor en un centro para menores con necesidades especiales, debe estar siempre debidamente motivada, explicitando las razones por las cuales se ha considerado conveniente para su interés superior el ingreso en determinado centro. Dicha resolución deberá ser notificada de modo personal tanto a los padres como al propio menor, en la forma adecuada a su edad y circunstancias.

⁴¹ Defensor del Pueblo, *Informe sobre Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, 2009, cit., pp. 403 y ss.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

Que se solicite la autorización judicial en los términos previstos en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siempre que el internamiento del menor se produzca por razón de trastorno psíquico. Que se estudie y asimismo que se valore la necesidad de recabar la autorización judicial para el ingreso en todos aquellos centros que apliquen medidas que conlleven alguna limitación de los derechos que los menores, de acuerdo con su edad, pueden ejercitar.

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174.2. del Código Civil, las entidades públicas notifiquen al Ministerio Fiscal, en todo caso y con carácter inmediato, las resoluciones administrativas referidas a la constitución del acogimiento residencial, así como cualquier cambio en las circunstancias del menor." (pp. 406-408).

Que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se procure que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que convenga a su interés. En consecuencia, no deberá supeditarse el alta a la carencia de recursos intermedios." (p. 408).

Sobre los derechos del menor:

«22. Que en todo caso se respete el derecho del menor a ser oído y se le escuche siempre antes de que se adopte una decisión que le afecte.

27

23. Que, en aquellos casos en que los menores, en especial los adolescentes, no estén de acuerdo con la medida de protección finalmente adoptada, se valore la conveniencia de arbitrar los cauces para que puedan plantear una reclamación o recurso contra dicha medida con asistencia jurídica cualificada.

24. Que se faciliten los cauces adecuados que permitan a los menores poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que atenten contra sus derechos.

25. Que se establezca en todos los centros un sistema para la formulación de quejas y reclamaciones, de las que deberá tener constancia, en todo caso, la entidad pública de protección de menores." (pp. 408-409).

36. Que, a su llegada al centro, se facilite al menor información escrita, redactada en lenguaje claro, sencillo y adaptado a su nivel de comprensión, sobre sus derechos y obligaciones, cuestiones de organización general, normas de convivencia y funcionamiento del centro y procedimientos para formular peticiones, quejas o recursos. En caso necesario, se le explicarán los contenidos que no entienda de dicha información.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

37. Que, en los supuestos en que, excepcionalmente, se considere necesaria la práctica de cacheos y otras medidas de registro que incluyan el desnudo integral de los menores, se comunique a los juzgados de primera instancia, y se practiquen dichos registros conforme a los requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

38. La corrección de conductas contrarias a la convivencia habrá de tener una finalidad educativa, como instrumento de aprendizaje para los menores, y deberá tender siempre a la búsqueda de un efecto rehabilitador en cada menor.

39. Que el régimen de infracciones y sanciones esté tipificado en el reglamento, y no contemple directa o indirectamente castigos corporales, maltrato psíquico, privación de la alimentación o del descanso, privación del derecho a sus relaciones personales, privación del derecho a la educación obligatoria y de asistencia al centro escolar, ni atente contra la dignidad de la persona mediante acciones que conduzcan a su humillación o ridiculización, y, en ningún caso, establezca restricciones de igual o mayor entidad que las contempladas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Las sanciones deberán ser proporcionales a la infracción cometida, tener en cuenta las circunstancias en las que se ha producido y las características del menor, y su aplicación deberá ser en todo caso supervisada por la Dirección del centro, dando cuenta al servicio especializado de protección de menores. En la mayor medida posible, se alentará el uso de medidas alternativas a la separación del grupo.

la sanción de separación del grupo se imponga solamente en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del menor, o cuando éste, reiterada y gravemente, altere la normal convivencia en el centro.

El reglamento de régimen interior deberá recoger la duración de la sanción de separación del grupo, la cual se ajustará a la gravedad de la infracción cometida.

Mientras esté cumpliendo la sanción, el menor dispondrá, como mínimo, de dos horas al aire libre, y deberá asistir, en su caso, a la escuela, centro formativo o centro de trabajo, pudiendo recibir, además, las visitas contempladas en su proyecto educativo individual. Durante el horario general de actividades, se programarán ocupaciones alternativas para los menores separados del grupo.

Diariamente, visitará al menor el médico o el psicólogo, que informará a la Dirección del centro sobre el estado de salud física y mental del menor, así como sobre la

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

conveniencia de suspender, modificar o dejar sin efecto la sanción impuesta» (pp. 411-413).

G) Sobre la intervención en caso de crisis de menores:

«41. Que, en la línea de las recomendaciones de las reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990, se prohíba el uso de la fuerza en el control de los menores, salvo cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios, y que sólo se utilice de la forma expresamente autorizada y descrita en el reglamento de régimen interno del centro.

42. Que se aprueben protocolos de intervención en casos de crisis de los menores que supongan la adopción de medidas de contención física o farmacológica o, en su caso, de aislamiento, en los que se determinen las personas encargadas de cada función, su forma de actuación, la autorización, y los informes que, con posterioridad, deberán remitirse a la entidad pública de protección de menores.

43. Que se limite la estancia en las salas de aislamiento al tiempo mínimo e imprescindible, y se prohíba, en todo caso, su utilización como medida sancionadora.

44. Que, por parte de las administraciones públicas, se valore la necesidad de establecer unas condiciones mínimas que deberían reunir todas las salas de aislamiento de los centros. En relación con lo anterior, que se supriman las salas de aislamiento que no reúnan dichas condiciones mínimas» (p. 413).

29

K) Sobre el Ministerio Fiscal:

«55. Que se extreme la vigilancia en los casos de ingresos de menores en centros específicos para el tratamiento de los trastornos de conducta, comprobando, al menos semestralmente, la situación del menor, e instando en su caso ante el juez las medidas de protección que se estimen necesarias.

56. Que, por parte de los fiscales, se visiten periódicamente los centros de protección de menores, inspeccionando las instalaciones y las medidas de seguridad e higiene, y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen, conforme determina la Instrucción n°3/2008, sobre el Fiscal de sala coordinador de menores y las secciones de menores.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

57. Que se dote a la Fiscalía de los medios necesarios para realizar el control periódico del funcionamiento y organización de los centros de protección y de los proyectos educativos que en ellos se aplican» (pp. 415-416).

Por otra parte, a tenor del informe de *Human Rights Watch* de 2007⁴², los centros de menores est n claramente saturados; en ocasiones los menores deben soportar muy bajas temperaturas en invierno; se producen palizas generalizadas o violencia contra los menores por parte del personal. También se han registrado insultos de carácter racista. Se han encontrado celdas de castigo irrespirables, donde algunos menores son encerrados varios días obligándoles a orinar y defecar en el suelo. En general, se trata de centros en los que reina un clima de miedo omnipresente impuesto por algunos “educadores”, o en los que los niños más pequeños est n expuestos a violencia y abusos por parte de otros menores. La libertad de movimiento es escasa y se ofrece a los menores un número insuficiente de actividades recreativas al aire libre, fuera de los centros.

Por  ltimo, España debería incrementar las dotaciones presupuestarias destinadas a los centros de menores y revisar íntegramente las condiciones en que se encuentran los menores internados en los centros de Algeciras (Cádiz), Casa de San José (Zaragoza), La Esperanza y Tegueste (Tenerife), Playa Blanca y Hondura (Fuerteventura), así como adoptar con urgencia las medidas necesarias para dar efecto a las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo en sus informes de 2007 y 2009.

30

VI. Malos tratos a familiares de los desaparecidos

Miles de fosas clandestinas y o tumbas colectivas de presuntos desaparecidos, pertenecientes a opositores a la dictadura de Franco, se encuentran dispersas en todo el territorio español desde la Guerra Civil (1936 - 1939) y la posterior dictadura franquista (1939 - 1975). En las raras ocasiones en que sus familias han tratado de localizar y exhumar los restos de sus seres queridos, se han encontrado con todo tipo de obstáculos judiciales, administrativos y policiales.

La Plataforma de Víctimas de las Desapariciones Forzadas de Personas, asesorada por la AEDIDH, presentó una denuncia ante el Juzgado de Instrucción N   5 de la Audiencia Nacional (Madrid) en diciembre de 2006. En su auto de 18 de noviembre de 2008 el Juez

⁴² HUMAN RIGHTS WATCH: *Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias*, julio de 2007, Volumen 19, no. 4(d), 128 p.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

Instructor B. Garzón decidió suspender su propia investigación al no encontrarse vivo ninguno de los presuntos responsables. Además, en dicha decisión el Juez se inhibió a favor de los juzgados territoriales en los que se encuentran las fosas.

Sin embargo, el auto de 18 de noviembre de 2008 reconoció que todavía existían 114.266 casos de desaparecidos pendientes de investigación. Asimismo, las desapariciones forzadas fueron consideradas por el Juez como crímenes de lesa humanidad porque tenían como finalidad llevar a cabo una política deliberada de exterminio de los disidentes políticos por el régimen militar de Franco.

Además, el citado auto se refiere a los miles de *niños republicanos* desaparecidos de forma sistemática en España después de la guerra (1940-1954). Algunos de ellos habían sido separados forzosamente de sus madres recluidas en prisión, una vez cumplidos los tres años. Otros niños huérfanos fueron repatriados por Falange desde Francia y otros países y, a continuación, internados en orfanatos españoles. En aplicación de la Ley española de 4 de diciembre de 1941 (Diario Oficial de 16 de diciembre de 1941), los nombres de estos niños fueron cambiados y, a continuación, fueron inscritos en el Registro Nacional con una identidad diferente. Muchos de ellos fueron dados en adopción a familias fascistas con la finalidad de reeducarlos y todavía pueden estar vivos.

Falange (el único partido político permitido durante la dictadura), informó oficialmente el 26 de noviembre de 1949 que sus servicios en el extranjero habían repatriado a **20.266 niños** republicanos. En 1954 las cifras oficiales en España indicaban que existían 30.960 niños huérfanos menores de 18 años.

Posteriormente la Sala Penal de la Audiencia Nacional desautorizó la decisión del Juez Instructor B. Garzón de examinar la cuestión de los desaparecidos durante la Guerra Civil y posterior represión franquista, escudándose en la Ley de Amnistía de 1977, invocada por el Ministerio Fiscal. La Audiencia, lo mismo que el Gobierno, no tuvo en cuenta que los delitos de lesa humanidad -como las desapariciones- son imprescriptibles. Así lo reitera el Comité de Derechos Humanos en sus observaciones generales N° 20 (según la cual las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el PIDCP) y N° 31 (sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el PIDCP).

La Ley española 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura*, más conocida como “Ley de la Memoria Histórica”, otorga ciertas reparaciones a las víctimas de los citados crímenes contra la humanidad, por lo que es un primer paso positivo en la recuperación de la memoria histórica. Sin embargo, no es suficiente

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

para las víctimas y sus familiares, porque no reconoce la obligación internacional del Estado de investigar el paradero de los miles de desaparecidos durante los años de la dictadura franquista⁴³.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos manifestó en 2008 su preocupación por los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas. Y recomendó a España que debería:

- «a) considerar la derogación de la Ley de Amnistía de 1977;
- b) tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales;

⁴³ Es elocuente el testimonio del Sr. Manuel Perona, Presidente de la ARMH de Cataluña, en nombre de las Asociaciones de Familiares de Desaparecidos durante la Guerra Civil española y la posterior represión franquista en Andalucía, Valencia, Canarias, Mallorca, Aragón, Valladolid y Cataluña, ante el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, el 27 de noviembre de 2008:

«...Es una ley de mínimos, cuyos Artículos 11, 12 y 13 establecen los mecanismos de colaboración con los particulares para la localización de las víctimas, las medidas para la identificación y el procedimiento administrativo para realizar las actividades. En pocas palabras, las Asociaciones seguimos obligadas a practicar las exhumaciones, lo que realmente es una obligación del Estado.

El Gobierno con ello se inhiere y consolida el olvido para siempre, puesto que una vez exhumada la fosa y restituidos los restos a los familiares, ésta se diluye y desaparece en el tiempo. No se investiga el por qué de esa fosa. Si se hubiera actuado así en la investigación del holocausto nazi, ahora se negaría su existencia. De consolidarse esta política gubernamental, en unos años más se habrán eliminado para siempre los desaparecidos de nuestra historia.

Pusimos nuestras esperanzas en la Audiencia Nacional. Pero los tres últimos meses los estamos viviendo como una nueva pesadilla. Sabíamos de la falta real de compromiso del Gobierno. Ahora también hemos sido moneda de trueque en un ámbito judicial muy politizado. Nos sentimos nuevamente burlados porque la inhibición del Magistrado Garzón a favor de los juzgados de instrucción equivaldrá a una ley de punto final. Nuestra experiencia con los juzgados de instrucción ha sido muy negativa en el pasado, pues ante nuestras demandas de investigación de las desapariciones de nuestros familiares, siempre han respondido archivando la causa o rechazando actuar por prescripción del “delito” o por aplicación de la Ley de Amnistía de 1977. En consecuencia, los familiares seguimos sufriendo denegación de justicia.

El Estado debe asumir sus obligaciones internacionales en materia de desapariciones forzadas. La dimensión del drama español justifica ampliamente que, por la vía extrajudicial, el Estado establezca urgentemente una Comisión de la Verdad compuesta de expertos independientes que realice una investigación completa, restablezca la verdad histórica y la dignidad de nuestros familiares, y recomiende al Estado las medidas de reparación y garantías de no repetición y educativas que considere necesarias...».

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

c) prever la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura; y

d) permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas»⁴⁴.

La AEDIDH solicita además que se adopten medidas concretas de **protección a favor de los defensores** de derechos humanos y **familiares de las víctimas** de desapariciones forzadas, que ya han identificado 400 fosas comunes o clandestinas, practicado exhumaciones de 4.000 cuerpos en 170 fosas por su propia iniciativa e identificado los restos de sus seres queridos, a pesar de los reiterados obstáculos y hostigamientos de los que son objeto habitualmente por parte de los Cuerpos de Seguridad del Estado, jueces y otras autoridades públicas, que rechazan colaborar en la consecución de tan noble objetivo.

No es posible prolongar por más tiempo la angustia y el sufrimiento de los miles de familiares que siguen reclamando, setenta y cinco años después, su derecho a conocer la verdad, a la justicia y a obtener una reparación justa y adecuada ante los miles de casos de desapariciones producidas durante la guerra civil y la posterior dictadura franquista.

Su sufrimiento ya comenzó en la etapa posterior a la detención-desaparición de sus seres queridos, ya que desde el primer momento se denegó información a los familiares sobre la suerte y paradero del detenido. Además, la represión política se caracterizó en todos los casos por tener como objetivo -declarado por los líderes de la sublevación- la humillación, el maltrato y la indefensión de estos familiares, así como su castigo por simpatizar con la causa republicana y, en consecuencia, ser contrarios al golpe de estado y a la ideología y al régimen represivo que le siguió. La insuficiente respuesta del Estado democrático actual les sigue causando aún graves sufrimientos.

La sistemática denegación de justicia, prolongada por un período de tiempo tan largo, causa a esos familiares un maltrato inhumano y cruel que es asimilable a los malos tratos prohibidos

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales relativas al quinto informe periódico de España*, doc. CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009, cit., párr. 9. El Gobierno rechazó estas recomendaciones del Comité porque "... se han cometido disfunciones procesales en términos de competencia (ausencia de referencia a la disposición pertinente del Pacto), proceso debido (ausencia de oportunidad de defensa en el procedimiento) y determinación de los hechos (desconocimiento del origen y significación social de la Ley de Amnistía)" (Cfr. doc CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, de 26 de enero de 2009, párr. 10. Para más detalle, *vid.* también párrs. 7-9). La AEDIDH no comparte los argumentos del Gobierno.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

por el Art. 16 de la Convención contra la Tortura, que en situaciones específicas podrían alcanzar la gravedad de la tortura, según se define en el Art. 1 de la CCT.

VII. Derecho a un recurso efectivo y a una indemnización

De conformidad con la Constitución Española de 1978 (CE) una persona víctima de tortura o de otras formas de malos tratos puede obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) a través de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria (Ley 62/1978, de 26 de diciembre) o mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), (art. 53 CE)⁴⁵. Los casos resueltos por el TC en virtud del artículo 24 así lo confirman.

En un caso de 2007 relativo al sobreseimiento y archivo de diligencias judiciales de malos tratos (art. 15 CE), el TC se limitó a resolver en relación con el artículo 24 (STC 224/2007, de 22 de enero), único artículo que fue invocado en la demanda por el recurrente en amparo, dado que el TC no aceptó los alegatos del Ministerio Fiscal que solicitó que también resolviera sobre el derecho a la integridad personal (art. 15 CE).

No obstante, en el año 2008 el TC ha declarado violación del artículo 24 en relación con el artículo 15, a pesar de que diversos recurrentes en amparo han seguido invocando exclusivamente el artículo 24 CE por el sobreseimiento y archivo de diligencias preliminares por tribunales de justicia para investigar casos de torturas y otros malos tratos. En el año 2008 el TC ha tenido presente los alegatos del Ministerio Fiscal invocando el artículo 15 CE, fundamentando sus alegatos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El primer caso en el que el TC resolvió en este sentido fue en la STC 34/2008, de 25 de febrero. En esta sentencia, como en otras posteriores (34/2008, de 25 de febrero, 52/2008, de 14 de abril, 69/2008, de 23 de junio y 17/2008, de 22 de septiembre), el TC tiene presente la jurisprudencia del TEDH (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §156), en el sentido de que **el derecho a la tutela judicial efectiva** de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se “ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona,

⁴⁵ *Vid.* en este sentido el quinto informe periódico de España, párrafos 167, 168, 208 y 215

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial” (STC 34/2008, FJ 6).

En todos los casos mencionados, el TC ha otorgado el amparo por violación del artículo 24 CE, ya sea de forma exclusiva (STC 224/2007) ya en relación con el artículo 15 CE (en las demás sentencias mencionadas). Además, ha declarado la nulidad de los autos de sobreseimiento y archivo de las diligencias judiciales previas, ordenado retrotraer las actuaciones al momento anterior del primer auto de sobreseimiento, y que se reabra el procedimiento de investigación.

Pero el paso importante dado por el TC no soluciona algunos problemas que se presentan en este contexto:

En primer lugar, resulta preocupante que en el año 2008 el TC haya conocido en amparo diversos casos relacionados con el sobreseimiento y archivo de diligencias judiciales en supuestos de malos tratos (los previamente citados a título de ejemplo, así como otros omitidos). Y resulta preocupante porque si bien es cierto que cuando un asunto llega en amparo al TC el derecho será objeto de tutela, aunque no siempre culmine el proceso otorgando el amparo, sin embargo, los recursos de amparo presentados ante el TC (por la actitud diligente de los abogados) **no abarcan en modo alguno todos los supuestos que puedan darse en la práctica de sobreseimiento y archivo de diligencias judiciales en supuestos de malos tratos.**

En segundo lugar, la "tutela judicial", para que sea efectiva, hay que dispensarla "**sin dilaciones indebidas**"⁴⁶. Los casos resueltos por el TC otorgando el amparo a los que se ha hecho referencia hacen cuestionar que la tutela sea dispensada "sin dilaciones indebidas". En relación con la STC 224/2007 de 22 de enero, los hechos sucedieron en enero de 2003; en la STC 34/2008, de 25 de febrero, los hechos sucedieron en enero de 2004; y en las SSTC 52/2008, de 14 de abril, 69/2008, de 23 de junio, 107/2008, de 22 de septiembre, los hechos sucedieron en febrero de 2002.

Es loable que el TC haya decretado la nulidad de los autos de sobreseimiento y archivo de las diligencias de investigación y que haya decidido retrotraer las actuaciones, con lo que de nuevo se tiene que abrir el procedimiento para investigar presuntos actos contrarios al artículo 15 CE.

⁴⁶ Según el Art. 13 CCT, el caso debe ser “pronta e imparcialmente examinado por las autoridades competentes”

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

Pero una investigación iniciada cuatro o seis años después de que los presuntos hechos sucedieran puede restar o anular la eficacia de la investigación.

La "tutela judicial", para que sea efectiva, como viene sosteniendo el TEDH, tiene que dispensarse "sin dilaciones indebidas", siendo para este Tribunal el proceso un todo, por lo que incluye el procedimiento también sustanciado ante el TC (entre otras, STEDH de 11 de octubre de 2001, en el caso Díaz Aparicio; y las SSTEDH de 28 de octubre de 2003, en los casos González Doria y Durán de Quiroga; y López Solé y Martín de Vargas).

Además, hay que tener presente que el Comité Europeo de Prevención de la Tortura (CPT), tras realizar una nueva visita *ad hoc* a España (del 22 al 26 de julio de 2001), invitó al Consejo General del Poder Judicial a solicitar de los jueces que cumplan escrupulosamente y sin dilaciones con sus obligaciones, problema que hasta el momento presente sigue sin solución. De hecho, el Informe del Defensor del Pueblo de 2007 hace referencia a las "dilaciones indebidas" en la administración de justicia en los diferentes ordenes, entre ellos el penal (pp. 200-205). Lo mismo menciona el Informe de 2007 del Defensor del Pueblo Andaluz.

El tercer problema está relacionado con el derecho a una **indemnización justa y adecuada**, según el Art. 14.1 CCT. En las mencionadas sentencias del TC, aunque en todos los casos otorga el amparo y en todos, salvo en la STC 224/2007, declara violación del artículo 24 CE en relación con el artículo 15, sin embargo, **el TC no concede indemnización** en supuestos semejantes ni en ningún otro, ya que el mismo se considera no competente a tales efectos.

36

Efectivamente el TC ha negado ser competente para pronunciarse sobre indemnizaciones, pues considera que tal pretensión no se corresponde con ninguno de los pronunciamientos que el Tribunal puede efectuar en la sentencia de amparo de acuerdo con el artículo 55.1 LOTC (STC 37/1982).

Por tanto, aún declarando el TC la violación del artículo 15 CE por la ausencia de una investigación eficaz, **la víctima no obtendrá indemnización**, salvo que reabierto el procedimiento en sede judicial el mismo concluya de forma estimatoria.

El hecho de que el TC no conceda indemnizaciones no parece compatible con el artículo 14 de la CCT. Surge además la paradoja de que si el TC no admite el amparo, o habiéndolo admitido no lo concede, la presunta víctima puede acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o eventualmente ante el Comité contra la Tortura, invocando presunta violación del Art. 14.1 de la CCT). Si el TEDH declarara violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a un juicio equitativo (Art. 6 –tutela judicial efectiva) y/o del derecho a la integridad personal (art. 3), el TEDH sí es competente para decidir la indemnización que

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

considere pertinente (Art. 41). Lo mismo podría ocurrir si el órgano internacional llamado a decidir fuera el Comité contra la Tortura.

En otras palabras, en el "amparo constitucional" español no procede el derecho de indemnización, mientras que sí procede en el "amparo europeo" o ante los mecanismos cuasi-contenciosos de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas, en particular el Comité contra la Tortura.

Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Société Espagnole pour le Droit International des Droits Humains
Spanish Society for the International Human Rights Law

VIII. CONCLUSIONES

Sin ánimo de ser exhaustiva, la AEDIDH comparte con el Comité las preocupaciones más inmediatas que le ha sugerido la lectura del quinto informe periódico de España, con la esperanza de que permitan al Comité elaborar una **lista de cuestiones** realmente pertinentes y actualizadas, ajustadas a la realidad de la práctica española.

La AEDIDH lamenta no haber tenido la oportunidad de participar en la elaboración del quinto informe periódico de España. Tampoco comparte la opinión del Gobierno nacional de que se trata de un ejercicio exclusivamente gubernamental. Conforme a la Convención contra la Tortura, es un ejercicio de Estado y en él deben participar todos los poderes públicos, todas las instituciones públicas relevantes, tanto nacionales como regionales y locales, y la sociedad civil española organizada a través de las ONG de derechos humanos con genuino interés en el tema.

El estudio del quinto informe periódico de España debe ser la ocasión propicia para que se instaure un diálogo profundo del Comité con España –y no solamente con el Gobierno nacional–, que redunde en un avance tangible en la adopción de medidas efectivas de prevención y protección contra la tortura y malos tratos, de manera que entre todos contribuyamos a lograr el único objetivo común en el que todas las partes interesadas deben coincidir: que ambos fenómenos se erradiquen definitivamente de España.

* * *