
4 – COMUNICACION A LA PONENCIA I

D. NIELSON SÁNCHEZ STEWART
D^a M^a BELÉN VILLENA MORAGA
Letrados del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

**«LA DETENCION COMO TORTURA, LA PRISION PROVISIONAL
COMO CONDENA»**

En el último año han ocurrido dos acontecimientos que deben ser destacados a los efectos de esta comunicación.

Por un lado, los sucesos de Marbella, donde se está judicializando una situación de corrupción en el gobierno municipal conocida de antemano y donde simultáneamente pero sin ninguna relación se está investigando despachos de abogados. Sin entrar en el fondo, queremos destacar lo inexplicable y paradójico que resulta el empleo de medidas cautelares de tanta gravedad con detenciones generalizadas, incluso a personas que por su arraigo ciudadano habrían concurrido a declarar y a quienes se presentaron voluntaria y directamente al Juzgado, prolongación de las detenciones por el plazo máximo legal e incluso más allá, ingresos en prisión, evitables en algunos casos si se cambia la declaración indagatoria, secreto de las actuaciones, entrada y registro de los bufetes, nombramiento de interventores judiciales, embargo de todas las cuentas bancarias y fondos donde haya poder de disposición, fijación de fianzas cuantiosísimas. La prórroga del secreto de las actuaciones sumen a los inculpados en la más absoluta indefensión, sin posibilidad de rebatir los autos de prisión en el ejercicio de los pertinentes recursos. Cuando se escriben estas líneas, y pese a que han transcurrido más de tres meses desde las últimas detenciones, algunos imputados siguen sin saber el motivo por el cual se decretó su prisión provisional.

Por otro, resurge una buena idea.

Mientras el país asistía al espectáculo mediático creado en torno a los episodios de Marbella, la ciudad se estremecía ante el amplísimo tratamiento de una realidad que desde hacía mucho, pero que mucho tiempo, demandaba una intervención administrativa y sobretodo judicial, y que inexplicablemente no se producía a pesar de las múltiples denuncias que se habían presentado. Por eso, la depuración de las presuntas responsabilidades es bienvenida pero lo grave es

la forma como se han practicado esas detenciones y el tratamiento que desde los medios de comunicación se ha dado a los imputados, sus empresas y sus familias. En nuestro Estado social y democrático de derecho se han vulnerado derechos fundamentales de la persona, Derechos Humanos.

Como culminación de un largo desarrollo evolutivo, la Constitución Española proclama la libertad como derecho fundamental y somete la prisión y la detención a múltiples exigencias cuya ausencia total o parcial determina su incompatibilidad y repudio más radical con el derecho a la libertad reconocido en nuestra Norma Fundamental. Nadie, pues, puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en el artículo 17 de la Constitución y en los casos y en la forma previstos en la ley. La detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Y hasta que se acredite su responsabilidad se le debe presumir inocente. Real y efectivamente inocente que es bastante más que agregar la expresión presunto a la forma a la que se le refiere en los medios. La Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y a recibir libremente información veraz con el límite del respeto a los anteriores derechos.

La presunción de inocencia es pisoteada cada día en los casos de gran trascendencia mediática, con los llamados juicios paralelos. Que no son paralelos a los juicios sino a las diligencias previas. Los medios de comunicación convierten en condenados a los ciudadanos cuando son detenidos, vulnerando el honor y dañando su vida familiar, profesional y social, en un momento en que se es inocente, que no presuntamente culpable. Si al final del proceso la sentencia es absolutoria, poco o nada se podrá hacer para reparar todo el daño causado, que acabó con la ruina personal del individuo y su entorno. A diferencia con estas condenas anticipadas, contemplamos el poco o nulo tratamiento que los medios de comunicación prestan a personas que son absueltas por la justicia, después de un juicio donde la ciudadanía ya le condenó desde el momento de su detención. Hoy el Derecho Penal como medio de castigo de la sociedad ha sido sustituido por el Derecho Procesal Penal.

En lo que a la presunción de inocencia se refiere, según el Tribunal Constitucional la apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa, por sí sola, el establecimiento de una presunción de culpabilidad del imputado; sino que únicamente implica la existencia de moti-

vos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (STC 108/1994, de 11 de abril, y si por meros indicios racionales de criminalidad se impusiera una privación de libertad, resultaría vulnerado el art. 24.2 CE en relación con el art. 17 CE. Por lo tanto, la supuesta infracción de la presunción de inocencia ha de integrarse en la vulneración de la libertad personal.

Una reiterada y consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, exige un razonamiento por el órgano judicial que justifique los motivos que la legitiman constitucionalmente. En concreto, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional (en este mismo sentido, entre otras, SSTC 37/1996, de 11 de marzo; 62/1996, de 15 de abril; y 66/1997, de 7 de abril), así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero y 138/2002, de 3 de junio).

Y en ningún caso ni bajo ningún concepto puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras (*vid.*, entre otras muchas: SSTC 128/1995, de 26 de julio; 47/2000, de 17 de febrero; 147/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 28/2001, de 29 de enero; 8/2002, de 14 de enero; 98/2002, de 29 de abril).

En el fundamento jurídico 5 de la STC 44/1997 (RTC 1997, 44), de 10 de marzo, el Tribunal Constitucional hizo un compendio, enumerando los requisitos básicos que determinan la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la medida de prisión. En dicho fundamento jurídico se destaca:

a) que «su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida» (también, STC 62/1996, de 16 de abril, F. 5). El propio fundamento jurídico 3 de esta Sentencia, al que pertenece el entrecomillado anterior, concretaba como constitutiva de estos fines la conjura-

ción de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: «su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva».

b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (SSTC 41/1982, de 2 de julio, 56/1987, de 14 de mayo, 3/1992, de 13 de enero y 128/1995, de 26 de julio). Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, «entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional». En definitiva, la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego –la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro– a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como «una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines» referidos en el párrafo anterior (STC 128/1995, F. 3).

Concreción obvia de las anteriores directrices en la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido. Más allá, la STC 128/1995 indicaba dos criterios de enjuiciamiento de la motivación de la constatación del peligro de fuga. El primero consiste en que deberán «tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado». El segundo matiza parcialmente el anterior y se refiere a la consideración del transcurso del tiempo en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que «en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional..., así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena», también lo es que «el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias» y obliga a ponderar «los datos personales así como los del caso concreto»; también, SSTC 37/1996, de 11 de marzo y 62/1996. En suma, la medida

de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito.

c) Merece una especial consideración la alarma social producida por el delito. Según la STC 66/1997 de 7 de abril, cuya fundamentación se reitera en la STC 98/1997 de 20 de mayo, « con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos –la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo– y otros orígenes –la fuga del imputado o su libertad provisional–, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y («so pena» de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa».

Hoy la alarma social no la produce la comisión del delito. La produce el tratamiento que a los presuntos responsables del delito les depara las fuerzas de orden y seguridad, los Jueces y la prensa. Cada día oímos en nombre de nuevas «operaciones», contra el tráfico de drogas, contra el blanqueo de capitales, contra la pederastia y otros abominables delitos. 23 detenidos, 35 detenidos, 60 detenidos. La operación «culmina». Millones incautados. Hay poco de rigor en todo esto. La mayor parte de los detenidos quedan en libertad, a veces incluso sin cargos, otras con cargos lo que significa que racionalmente no era necesario que fuesen detenidos sino con una simple citación a declarar bastaba. Y la operación no culmina. La investigación debería continuar pero no continua y es reemplazada por otra. Parece que el castigo social ya se ha ejecutado.

Y la implicación de un Juez a primeros de julio en la maraña de acontecimientos ha venido a darnos la razón. Es lamentable que todo España conozca, por este motivo, su nombre completo y sus rasgos físicos: debe invocarse en su favor, sin ningún género de dudas, la presunción de inocencia. Es inocente y así debe ser tratado hasta que se demuestre lo contrario, como a todos los ciudadanos.

Pero dentro del estupor que produce el apreciar que aquel que tiene la misión de garantizar los derechos de los presuntos delincuentes pasa de garanti-

zador a garantizado, hay que congratularse de un hecho que debería ser normal pero se ha transformado en algo extraordinario. A pesar de la importancia de las imputaciones que se le hacen el señor Magistrado Juez, Su Señoría ha sido notificado de las medidas que se adoptan en su contra: no se le ha detenido; se le ha permitido despedirse de su personal, éste no ha sido objeto de medida alguna; ha podido marcharse a su casa en su propio automóvil, no ha sido conducido en un furgón policial. Allí espero la citación del Tribunal que ha de oír su declaración: en su casa, no en un calabozo. Como debería ocurrirle a cualquier ciudadano.

¡Qué diferencia con lo que hemos visto hasta ahora!. No ha habido detención, no ha habido traslado a la Comisaría de la capital, no se le ha mantenido 72 horas apartado del mundo, no se le ha registrado su casa, no han intervenido helicópteros ni policías con armas ni encapuchados ni provistos de chalecos antibalas en la operación. No. Se le ha tratado con el respeto que se merece un Juez. Pero que también merece un trabajador, un industrial, un profesional, un estudiante, un empresario, un jubilado.

España es – o debería ser – un Estado social y democrático de derecho y uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico según el artículo primero de la Constitución Española es la igualdad. Hay dos formas de establecerla: igualando por abajo e igualando por arriba. Es de ruines el pretender arrastrar a los demás a la desgracia propia para buscar en ello consuelo. Por el contrario, hay que inspirarse en lo bueno que a los semejantes les depara la vida para aspirar a ello. Y no es otra cosa la que deseo: que se trate a todos los presuntos responsables de un delito en la forma como se ha tratado al señor Juez.

La definición de tortura se encuentra en el artículo 2 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea número 1236/2005, de 27 de junio:

«tortura»: (es) todo acto por el cual se inflige intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que ella o un tercero haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. Sin embargo, no se incluyen los dolores o sufrimientos que son consecuencia únicamente de sanciones legítimas, inherentes o incidentales a éstas;»

Al inicio hablábamos de dos acontecimientos. El segundo de ellos lo constituyen las recientes declaraciones del Ministro de Justicia, Don Mariano Fernández Bermejo, abogando porque los jueces se centren en garantizar los derechos de los investigados, y que sean los fiscales los que lleven el peso de la instrucción. A pesar de la inicial resistencia que esta idea produce, debemos darle la bienvenida. No es posible exigirle al Juez de Instrucción el ejercicio de desdoblamiento que exige el tratar de preparar el juicio, practicar las actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurar sus personas y las responsabilidades pecuniarias y, por otro lado, garantizar sus derechos.

Lo que resolvió la Sentencia del Tribunal Constitucional 1988/145 de 12 de julio en relación a la incompatibilidad entre instruir y juzgar es hoy – cuando la detención o ingreso en prisión es más importante que el juicio y la condena – aplicable a la incompatibilidad entre la instrucción y la adopción de medidas restrictivas de la libertad y de los derechos:

«la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible «(SSTC, S 1ª, 26 de septiembre de 1988,; S 2ª, 24 de enero de 1989; S 1ª, 8 de junio de 1989, y S 1ª, 13 de octubre de 1992,»

No es posible prestar declaración libremente ante quien decide si esa noche se dormirá en casa o en una Prisión. Y el Juez instructor y el Fiscal constituyen una parte preponderante ante la cual el Abogado defensor no puede competir con igualdad de armas. Es preciso un Juez de Garantías.

Ya lo apuntaba GIMENO SENDRA en un artículo sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: es preciso acometer la reforma de nuestro sistema, en la línea instaurada por los Códigos Procesales Penales alemán, portugués e italiano, y apuntada por nuestra Ley Procesal Penal del Menor, sobre todo en la fase instructora.

La consolidación del principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada a cabo por el Ministerio Fiscal y ello, en primer lugar, porque en nuestro

actual sistema la defensa tiene en realidad que enfrentarse a dos acusadores, al Ministerio Fiscal y al Juez de Instrucción, cuya labor es esencialmente inquisitiva, al contrario de lo que acontece con los países que han instaurado el modelo del Ministerio Fiscal-Director de la investigación, en el que dicho órgano jurisdiccional es un «Juez imparcial de garantías». El Juez debe garantizar con independencia e imparcialidad y tomar la decisión sobre las medidas cautelares atinentes a la libertad de las personas y ese Juez no debe ser el que ha estado recopilando las pruebas e indicios para imputar al ciudadano.

En virtud de cuanto antecede, se proponen las siguientes

CONCLUSIONES

1. Es necesario promover la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que los Jueces se consagren a labores exclusivamente jurisdiccionales para preservar la independencia y la seguridad jurídica en las decisiones judiciales a adoptar durante la instrucción del proceso, de especial relevancia en la adopción de medidas cautelares como la detención y la prisión provisional.

2. La utilización de la detención y de la prisión provisional para otros fines, tales como la obtención de su declaración en condiciones indignas, constituye un supuesto de tortura merecedor del mayor de los reproches.

3. Toda persona debe ser informada de los motivos de su detención en términos tales que pueda ejercer su derecho constitucional a defenderse y ejercitar los recursos que correspondan, con el máximo de garantías. A tal efecto, el secreto de las actuaciones procesales debe ajustarse al máximo establecido en la norma.

4. Se hace imprescindible reformar el Estatuto General de la Abogacía Española, estableciendo la necesidad de recabar la presencia del Decano de un Colegio de Abogados o a quien estatutariamente le sustituya, para estar presente en la práctica del registro de los despachos de los Abogados adscritos a su Colegio, velando por la salvaguarda del secreto profesional y los intereses de terceros clientes que en modo alguno se pueden ver afectados por la causa que haya motivado registro.

5. La libertad de expresión como derecho consagrado en el artículo 20 de la Constitución Española, requieren en un Estado social y democrático de derecho, la difusión de información veraz, con absoluto respeto a los derechos

IX CONGRESO NACIONAL DE LA ABOGACÍA _____

consagrados en su Título primero, entre ellos, el derecho a la presunción de inocencia, al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. El Consejo General de la Abogacía Española promoverá todo tipo de iniciativas, así legislativas como de promoción, tendentes al necesario respeto y conocimiento de estos derechos fundamentales, cuya trasgresión tanto daño producen a quien los padece, especialmente hoy en día con el poder de los medios de comunicación, y la rapidez para difundir las noticias a través de medios electrónicos o informáticos.

En Marbella, a doce de julio de dos mil siete

I – COMUNICACION A LA PONENCIA I

D. JOKIN ELARRE

Abogado nº 1984 del Colegio Ilustrísimo de Abogados de Pamplona

D. JULEN ARZUAGA

Abogado nº 3135 del Ilustrísimo Colegio de Abogados de Gipuzkoa

Asociación de Abogados Vascos

País Vasco, julio de 2007

La ponencia base «Libertad y Seguridad, aspectos básicos del Estado de Derecho» hace referencia, compartida por nosotros, a la peligrosa dicotomía entre seguridad y libertad que invade el discurso político y se refleja indefectiblemente en la práctica jurídica, afectando a principios como la seguridad jurídica, el principio de legalidad, la proporcionalidad entre los hechos y las penas... afectando en definitiva al derecho a una tutela efectiva y a la actividad profesional del abogado.

Así, la menciona en su primer punto que «desde los salvajes atentados del 11 de septiembre de 2001, a causa sin duda de su magnitud y del país en el que ocurrieron, asistimos a una cierta desvalorización de los derechos y libertades en aras, supuestamente, de proteger la seguridad. Así parece haber surgido, no sólo en la práctica de algunos Estados sino también en la teoría, una tendencia a oponer derechos y libertades a seguridad, aduciendo que la lucha contra el terrorismo (la seguridad) justifica el cercenamiento de los derechos y libertades

o la inaplicación o derogación (de iure o de facto) de las normas que las regulan y protegen». En palabras de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución 2001/37 «todas las medidas antiterroristas deben estar en estricta conformidad con la legislación internacional, incluidos los principios de derechos humanos».

En la ponencia se menciona con acierto la situación generada por la dinámica antiterrorista de países como Estados Unidos o Reino Unido, con referencia concreta a Guantánamo, la MCA – *Military Commissions Act*, las denominadas *entregas extraordinarias* de la CIA o los acontecimientos en la prisión de Abu Graib. Sin embargo, sin ir tan lejos, en el Estado español conocemos un elenco de medidas y legislaciones que responden a la misma lógica de actuación y que generan además un grave perjuicio en el disfrute de derechos humanos y libertades públicas. Desde nuestro punto de vista y refiriéndonos a nuestro contexto concreto del Estado español, el efecto que tuvieron los ataques de septiembre de 2001 no fueron el momento de arranque de una nueva dinámica antiterrorista sino que en todo caso, supusieron un aceleramiento de un proceso de excepcionalización del cuerpo legislativo penal, procesal y administrativo que ya había sido diseñado desde hace mucho tiempo atrás. Muchos estados utilizaron este consenso internacional en la «prioridad de combatir el terrorismo» para justificar antiguas medidas y emprender nuevas reformas legislativas que vulnerarán espacios de libertad y entrarán en colisión con el disfrute de los derechos humanos, entre ellos, el propio Estado español.

La propia Constitución la Constitución española se «excepcionaliza» a sí misma. En el artículo 1º y 14º se menciona el principio absoluto de «igualdad ante la ley». No obstante, el Capítulo V del Título I introduce «la suspensión de derechos y libertades», declarando en su artículo 55 que «pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». En una conferencia celebrada recientemente en Bruselas, organizada por la Comisión Internacional de Juristas sobre «Medidas antiterroristas y Derechos Humanos» el Magistrado Emérito del Tribunal Supremo José Antonio Martín se refería a la situación generada en el Estado español y en concreto, a esta excepción introducida por la Constitución española con el apelativo de «anómala» en términos de derecho comparado.

Esta «excepcionalización» se traslada a todo el cuerpo normativo. En efecto, se ha dotando a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de facultades de actuación excepcionales como es la detención incomunicada que niega al dete-

nido el derecho a comunicar su paradero y situación a su familia, así como el derecho a ser reconocido por un médico de su confianza o a designar libremente un abogado. Este régimen han sido reiteradamente rechazado por instituciones internacionales como es el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa²⁰, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa²¹, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas²², el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas²³ o el Relator para la Tortura de Naciones Unidas²⁴, además de otras organizaciones no gubernamentales como es Amnistía Internacional²⁵, Human Rights Watch²⁶ o la Organización Mundial Contra la Tortura²⁷, precisamente por «ser un sistema que facilita la comisión de la tortura» y por lo tanto, en flagrante enfrentamiento con el respeto de los derechos humanos del detenido. El mantenimiento del límite de la prisión preventiva para delitos de esta naturaleza en los cuatro años y el tratamiento penitenciario basado en la política de dispersión completaría estas medidas valoradas por los organismos internacionales como tratos cueles, inhumanos o degradantes. En efecto, por medio de esta política de dispersión se pone en marcha un tratamiento diferenciado y especializado contrario a la filosofía de Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y al Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención Prisión de Naciones Unidas. Baste recordar las palabras del Relator contra la Tortura Theo van Boven recomendando que «al determinar el lugar de reclusión de los presos del País Vasco se debería prestar la consideración debida al mantenimiento de las relaciones sociales entre los presos y sus familias, en interés de la familia y de la rehabilitación social del preso».

20. Comité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Castigos Inhumanos o Degradantes –CPT. Recoge estas recomendaciones en ocho informes hechos públicos desde 1991, siendo los últimos publicados los referentes a la visita del 22/07/2003 al 01/08/2003 [CPT/Inf (2007) 28] y de la visita del 12/12/2005 al 19/12/2005 [CPT/Inf (2007) 30].
21. Informe CommDH(2005)8 del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Alvaro Gil-Robles, en su visita a España del 10 al 19 de Marzo de 2005.
22. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, análisis de España, sesión 56 CCPR/C/79/Add.61, del 3 de abril de 1996
23. Comité contra la Tortura de Naciones Unidas CAT/C/CR/29/3, sesión 28 del 23 de diciembre de 2002.
24. Informe del Relator Especial Contra la Tortura de Naciones Unidas, tras su visita a España del 5 al 10 de octubre de 2004 E/CN.4/2004/56/Add.2. Posteriormente su sucesor, Manfred Nowak ha reiterado estas preocupaciones en sus informes anuales de seguimiento a estas recomendaciones.
25. <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/pagina/tortura-y-malos-tratos/>
26. Human Rights Watch, informe de Enero de 2005 Vol. 17, No. 1(D) ¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España.
27. Violaciones de derechos humanos en el Estado español, Organización Mundial Contra la Tortura –OMCT, diciembre de 2006.

También será otro ejemplo de esa excepcionalidad la jurisdicción de la Audiencia Nacional con competencias exclusivas en delitos de terrorismo. En efecto, estas competencias tienen un efecto directo en la forma de conducir la instrucción –secreto de sumario, restricciones en la supervisión de la actuación policial...– y el enjuiciamiento, que entran en conflicto con el principio de juez natural y desde nuestro punto de vista, por el alto grado de politización que afecta a esta instancia, colisiona con la independencia e imparcialidad del poder judicial. Las medidas provisionales que se adoptan en relación con personas físicas y jurídicas junto con la dilación instructora de la Audiencia Nacional, supondrán la infracción manifiesta del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a un procedimiento sin dilaciones indebidas. La nueva interpretación extensiva del delito de terrorismo que enfrentó este tribunal a partir del año 1998 y que afecta a asociaciones y organizaciones vascas, incluidos varios medios de comunicación es otro efecto de esta dinámica, que tiene especial impacto en la actuación profesional de los abogados defensores, negando la igualdad de armas y otros derechos básicos de defensa. Este Consejo General de la Abogacía tuvo oportunidad de conocer directamente las irregularidades ocurridas en el enjuiciamiento del conocido sumario 18/98 en la reunión mantenida en enero de 2006 por su presidente, Señor Carlos Carnicer Díez, junto con el presidente del Consejo Vasco de la Abogacía, Señor Nazario Oleaga, con representantes de la Audiencia Nacional.

Así pues, parece evidente que en el Estado español también se reproduce desde hace años esta dicotomía entre la idoneidad de las medidas de seguridad y sus efectos en el disfrute de los derechos humanos, libertades democráticas y principios garantistas como es la independencia del poder judicial y los derechos de la defensa. Sin embargo, no es menos cierto que este fenómeno de excepcionalización del cuerpo legislativo aparece con inusitada fuerza a partir del año 2001, tal vez por ese impacto global de los ataques del 11 de septiembre de 2001, pero siguiendo otras lógicas internas que no creemos adecuado traer aquí a colación. Baste decir que en ese momento, y bajo el paraguas argumental del «Pacto por la Libertad y en contra del Terrorismo» se expanden los ejes básicos de la lucha antiterrorista y de la respuesta que el Estado español ha de dar a dicho fenómeno en evidente oposición al disfrute de los más elementales derechos civiles y políticos.

La reforma del Código Penal de 1995 abre las puertas al considerado «CP de la democracia», llamado a sustituir un Código Penal obsoleto, que hundía sus raíces en el periodo preconstitucional, la necesidad de actualizarlo con un catálogo de nuevas modalidades delictivas, nuevas modalidades de sanción,...y,

en relación a esto, la tendencia clara de establecer condenas más pequeñas nominalmente, ante la desaparición del sistema de acortamiento de penas basado en los beneficios penitenciarios. Sin embargo, inmediatamente se irán sucediendo diversas reformas por las que los tipos penales antiterroristas parasitarán la legislación ordinaria, diseñando una verdadera legislación antiterrorista incluida y ocultada en el CP. Las características generales de sus artículos es ser tipos penales agravados por la intencionalidad y características de sus autores. Este código con voluntad de permanencia y estabilidad, empieza a sufrir modificaciones, una adecuación permanente a las necesidades de la lucha antiterrorista:

- Se introduce la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo precedida por las declaraciones de José María Aznar que aseguraba que «antes que menores hay que considerarlos terroristas» y que fue objeto de críticas por parte del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas²⁸ por el tratamiento que se promete dispensar a los menores, en algunos casos mas gravoso incluso que a los adultos.
- Se crea un nuevo delito de enaltecimiento al terrorismo, por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, tipo rebajado de apología pero mucho más amplio y ambiguo en aplicación.
- Se da una nueva tipificación del delito de injurias o calumnias a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: artículo 504.2º, extendiéndolo además por medio de la LO 1/03, que regula el nuevo delito de calumnias a miembros de las corporaciones locales.
- Se introduce la LO 3/03, para desarrollo y aplicación de la orden europea de detención y entrega, borrando de un plumazo todos los mecanismos garantistas de que disponíamos los abogados defensores a la hora de trabajar las extradiciones de ciudadanos europeos dentro de los propios estados europeos.
- Otras reformas se dedicarán en exclusividad al tratamiento de presos vascos, como la introducida por la Ley Orgánica 4/03, de regulación de los estudios universitarios para personas privadas de libertad pero sobre todo la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas, precedida por el famoso «se pudrirán en la cárcel» de José María Aznar. Esta reforma afecta al

28. Informe de Derechos del Niño de Naciones Unidas E/CN.4/2002/76/Add.1, del 1 de mayo de 2002

periodo máximo de permanencia en prisión, ampliado de treinta a cuarenta años para los presos vinculados organizaciones armadas, rechazándose además su acceso a la libertad por la polémica decisión del Tribunal Supremo – sentencia 197/2006, de 28 de febrero más conocida como «Doctrina Parot»– cambiando el criterio que regía y quitando todo sentido al sistema anterior de computo de redenciones con carácter además retroactivo.

- Asimismo se introduce la LO 22/03, contra la financiación del terrorismo, la modificación del artículo 576 bis del CP...

Pero esta vorágine legislativa afectará otros ámbitos del derecho, como es el procesal o el administrativo.

En el primer bloque habría que mencionar la de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se introduce la ampliación del periodo de cinco días de detención incomunicada bajo custodia policial en ocho días más de incomunicación una vez ingresado en prisión. Por tanto el plazo de incomunicación se establece en trece días, en sentido diametralmente opuesta al que las recomendaciones internacionales que hemos comentado anteriormente. Aquí habría que incluir la LO 5/03, de creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria dentro de la Audiencia Nacional que asume el conocimiento de todas las incidencias en materia de condiciones de vida y cumplimiento de penas impuestas al colectivo de presos vascos, en detrimento de la competencia de los Juzgados Provinciales de Vigilancia Penitenciaria –quienes ostentaban esta competencia hasta ese momento–, próximos a las cárceles y conocedores de su realidad.

En el segundo de los grupos, referido a la legislación administrativa había que mencionar la reforma memorable de la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de Junio, de Partidos Políticos, cuyos efectos –apartar de la pugna electoral al partido político Batasuna, así como a otras plataformas electorales que podrían compartir los postulados de ese partido– han supuesto una agresión a la libertad de expresión y de opinión y a la pluralidad política y la propia democracia, dificultando además la convivencia en el País Vasco. No nos detendremos en extenso en las infinitas cuestiones que se podrían criticar de la propia ley y del procedimiento llevado a cabo por la Sala del Artículo 61 del Tribunal Supremo. Baste recordar las palabras de Amnistía Internacional en su informe del 31 de mayo de 2003:

«Expresiones como «acuerdo tácito», «cultura del enfrentamiento y confrontación civil», «conductas asociadas», «dar cobertura»... son vagas, indeterminadas, amplias y extensas, conceptos abstractos, generales y de difícil valoración jurídica y objetiva, que podrían infringir los derechos de libertad ideológica, de expresión, de asociación y participación de los asuntos públicos».

Sí nos queremos referir a la última fase de este proceso, en las recientes elecciones municipales del 27 de marzo que ha tenido un grave impacto además en los derechos de intimidad y de privacidad de miles de ciudadanos y ciudadanas vascas que han sido sometidas a análisis por su participación en anteriores procesos electorales o por otros criterios extrajudiciales –participar en movilizaciones, visitar a presos...– que parecen haberse utilizado para alimentar ficheros ilegales utilizados para contrastar si las candidaturas que se presentaban a dichas elecciones estaban vinculadas a partidos anteriormente ilegalizados. El control social al que se ha sometido a la ciudadanía para recabar esos elementos ha sido asfixiante, añadiéndose la inexistencia de vías jurídicas efectivas para conocer los datos personales recogidos y en su caso, impugnarlos, tal y como ya se expresara la Asociación Europea de Abogados Demócratas en su declaración del 21 de abril en Munich.

Consideramos además que el que se acepte en términos jurídicos el lenguaje utilizado por la Fiscalía y Abogacía del estado –«contaminación», «infiltración», «invasión»– genera la discriminación en continua expansión de un sector de la ciudadanía a quien se aparta definitivamente del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Asimismo, la falta de nitidez y la ambigüedad y amplitud de los hechos que se consideran como «contaminantes» y la denegación de acceso a esos ficheros genera inseguridad jurídica por el desconocimiento absoluto de quién tiene sus derechos políticos limitados y en qué concepto y quienes no.

Para terminar, con esta cuestión, el procedimiento que se ha llevado en relación al recurso presentado por la defensa de estas candidaturas ante la Sala Especial del Artículo 61 del Tribunal Supremo y la celeridad con que ha sido resuelto con el objetivo de reducir los plazos por un mero interés político –sacar esta polémica del periodo de la campaña electoral– ha tenido un impacto gravísimo en la tutela efectiva y el derecho a la defensa. Estas decisiones, evidenciada su escasa calidad jurídica y bien al contrario, la determinación política que las inspira, tienen un grave impacto en el derecho de sufragio activo, privando a la ciudadanía vasca de que pueda votar a una opción política arraigada en la sociedad.

La repetidamente denunciada judicialización de la política o en su otro

sentido, la politización de la justicia ha coadyuvado a generar, en este caso concreto, un déficit democrático difícilmente superable.

Por todo lo anteriormente dicho, proponemos las siguientes conclusiones:

- El Estado español también se ha dejado llevar por una dinámica global de crear nuevas legislaciones y medidas antiterroristas, muchas de las cuales se encuentran, por su redacción o/y por su aplicación, en oposición a la Legislación Internacional incluidos principios internacionales de derechos humanos y libertades fundamentales.
- Tal y como se ha recomendado desde instancias internacionales, muy en concreto por el Relator contra la Tortura de Naciones Unidas y recientemente el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, urgimos a las autoridades españolas a que se proceda a la derogación del régimen especial de incomunicación para detenidos por presuntos delitos de terrorismo y habilitando mecanismos para que la persona detenida pueda ejercer el derecho a comunicar su paradero y situación a su familia, así como el derecho a ser reconocido por un médico de su confianza o a designar libremente un abogado. Asimismo, en seguimiento de la recomendación hecha por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas deben derogar los regímenes excepcionales de la legislación penal de menores por delitos de terrorismo.
- En materia penitenciaria, reclamamos la desactivación de la política de dispersión, así como la desaparición de regímenes especiales de aislamiento y otras medidas excepcionales discriminatorias aplicadas a colectivos concretos de presos. Además urgimos a que desaparezcan los obstáculos excepcionales para el acceso a la libertad condicional de presos así como la desaparición del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.
- En referencia a legislaciones o interpretaciones que permiten extender el calificativo de terrorismo a actuaciones legales, públicas y transparentes, mostramos nuestra preocupación por la profusión de conceptos ambiguos abstractos, generales y de difícil valoración jurídica y objetiva. Este «derecho del enemigo» en contraposición al «derecho del ciudadano» afecta cada vez a sectores de población más amplios, no tomando en consideración lo que se hace, sino lo que se piensa. En esta línea, solicitamos la derogación de la Ley de Partidos políticos.
- En materia de jurisdicciones especiales pedimos la revisión de las compe-

tencias de la Audiencia Nacional como órgano centralizado y especializado para enjuiciar e instruir los delitos de terrorismo, por afectar a los principios de juez natural, por estar sujeta a presiones políticas que afectan a su imparcialidad e independencia y por detectar en su actuación práctica la limitación del derecho a una tutela judicial efectiva, del principio de igualdad de armas de las partes y del derecho a la defensa.

2 - COMUNICACION A LA PONENCIA I

D^a CARMEN GARCÍA CABELLO
Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
Asociación Libre de Abogados-ALA

PROLOGO.

El recorte de las libertades civiles y las vulneraciones de los derechos humanos se ha convertido en algo habitual en los últimos tiempos, en cualquier rincón del mundo. Los sucesos del 11 de septiembre de 2001 en EEUU, han sido utilizados como coartada por los estados con regímenes parlamentarios, sobre todo, para desplegar una demagógica lucha internacional contra el terrorismo (incluyendo bajo ese concepto desde Al Qaeda hasta organizaciones guerrilleras con muchos años de historia, pasando por movimientos populares disidentes, antiglobalización, etc...)

El 11-S es la justificación utilizada para incrementar las medidas represivas y de recorte de libertades públicas, todo ello en aras a lograr una mayor seguridad de esos estados, aunque sea a costa de la regresión o pérdida de derechos fundamentales. La seguridad y el orden, no para las personas sino para los negocios, se imponen de manera incontestable a la justicia, al respeto de los derechos humanos y la libertad para los ciudadanos.

La globalización, en un entorno como el actual, con una crisis económica y política sumada a la violencia estructural del sistema dominante, se muestra en forma de guerras generalizadas que ya afecta a gran parte de la humanidad. En este contexto, la economía de mercado global, con el capital norteamericano a la cabeza, necesita para su propio desarrollo, por un lado, las iniciativas bélicas convencionales que sirvan para obtener ingentes beneficios a las grandes empresas de armamento y para asegurarse el dominio estratégico de zonas de

interés en el mapa mundial así como las reservas de materias primas para los años venideros. El ejemplo de la brutalidad y obscenidad de la agresión ilegal que se desarrolla contra el pueblo iraquí es un una muestra de lo que nos depara el futuro.

Pero no sólo se utilizan conflictos bélicos convencionales, ya sean de alta o baja intensidad. De manera paralela, se despliega una política de control y represión de los movimientos populares de oposición que cuestionan esa lógica económica que trata de imponerse.

Los movimientos antiglobalización vienen respondiendo a esta lógica, desde las movilizaciones que se iniciaron en Seattle en 1999, contra las cumbres de los diferentes organismos financieros y políticos del capitalismo mundial. Las movilizaciones que se organizaron en los primeros meses de 2003 contra la guerra ilegal que se inició contra el pueblo iraquí, reunieron a millones de personas en todo el mundo, son un buen ejemplo del impulso movilizador de oposición a la globalización. Las representaciones políticas del capital global, responden a las movilizaciones antiglobalización, con constantes campañas de criminalización de los movimientos sociales en cualquier parte del mundo donde se desarrollen estas movilizaciones.

EEUU: RECORTE DE LIBERTADES Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Caben pocas dudas, de que EE.UU. está a la cabeza de los estados impulsores de medidas legales que recortan gravemente los derechos humanos y las libertades. Otros estados, entre ellos algunos europeos y por supuesto el español, aprovechan la ocasión y se suben al proyecto compartido de « Seguridad versus Libertad ».

El estado de excepción de facto, se despliega por todo el territorio norteamericano con un efecto expansivo a todo el planeta, a pesar de las críticas de sectores de intelectuales de izquierda, de parte de la ciudadanía y de las organizaciones de defensa de los derechos humanos del país.

Existen muchos ejemplos de la preocupante y excepcional situación en materia de libertades y derechos humanos en EEUU, la creación de tribunales militares para juzgar a los sospechosos, básicamente los extranjeros, sobre todo los de ascendencia árabe, la suspensión del procedimiento de *habeas corpus*. Miles de personas se encuentran arrestadas sin cargos concretos y cualquier

veleidad de criticar las políticas que desarrolla EEUU puede ser visto como apoyo al terrorismo.

Los tribunales norteamericanos, han venido dictando resoluciones contradictorias en los últimos años, respecto de los derechos que tienen o los que se vulneran de manera contumaz, justificándose en la necesidad de la lucha contra el terrorismo. Recordamos, no obstante, un pronunciamiento de enero de 2003, de un Tribunal Federal de Apelaciones, que dictaminó que es legal el encarcelamiento sin cargos y sin derecho a un abogado. El prisionero era un ciudadano estadounidense, Yacer Esam Hamdi, nacido en el estado de Louisiana y detenido en Afganistán en noviembre de 2001 por el ejército norteamericano.

El Tribunal justificó la decisión en que, según la Constitución, « la distribución de poderes en tiempo de guerra da al presidente una autoridad amplia como Comandante en jefe y obliga a los tribunales a asumir una postura deferente al examinar el ejercicio de esta autoridad ». El preso fue calificado como « combatiente enemigo » y siguió detenido sin cargos y de manera indefinida. El Gobierno saludó la decisión judicial, mientras las asociaciones de defensa de derechos humanos criticaron duramente la resolución judicial como atentatoria a los derechos humanos y garantías jurídicas procesales más elementales.

La asociación Human Rights Watch y lo ha venido haciendo en otros muchos casos con posterioridad, manifestó que era muy preocupante que una declaración del Gobierno pueda permitir la detención indefinida sin la mínima oportunidad de discutir judicialmente la legalidad de la detención o el arresto indefinido de una persona.

En sentido similar se pronunció la Asociación de Abogados Europeos Demócratas (A.E.D.), denunciando la gravísima situación de los presos detenidos tras los sucesos del 11 de septiembre, tanto en el territorio de EEUU como en Guantánamo, Afganistán y las bases militares en Asia, en las que se vulneran la práctica totalidad de los derechos internacionalmente reconocidos de los detenidos, y muy especialmente, el derecho a conocer la acusación, el derecho a un proceso justo y el derecho a la defensa, acordando dirigir una comunicación a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas denunciando tal situación y solicitando una investigación en profundidad de tales vulneraciones de derechos fundamentales de las personas.

El control policial de los correos electrónicos, las llamadas telefónicas, las cartas, las propias conversaciones que mantengan los letrados con sus defendidos, sin la posibilidad de un control judicial de esas medidas impensables hace

unos pocos meses, permiten la impunidad de la actuación del gobierno y las diferentes policías.

Los mass media norteamericanos, dan cauce impúdicamente a la propaganda del gobierno y silencian las vulneraciones de derechos humanos que pueda cometer el gobierno norteamericano en el extranjero o las actuaciones de represión en el propio territorio norteamericano.

El FBI hace llamamientos a los ciudadanos estadounidenses a colaborar con el estado, informar a las autoridades sobre comportamientos sospechosos de vecinos, amigos, familiares o personas ajenas que puedan resultar extrañas o sospechosas. Miles de personas han sido denunciadas, la mayoría de ellos originarios de Oriente Medio. Como consecuencia de esta incitación a la sospecha y la delación entre la propia ciudadanía, personas inocentes fueron investigadas y acosadas por la policía federal

La paranoia ante el hecho terrorista, se instala en la vida diaria, en el trabajo y en las actividades de ocio de las personas. Se evita la crítica pública al gobierno. Hay miedo a ser clasificados como simpatizantes de los terroristas y denunciados a las autoridades.

Los ciudadanos de ascendencia árabe están expuestos a ser arrestados, investigados, acusados y señalados, aunque desde el discurso oficial se proclaman las virtudes de la democracia, la tolerancia y el pluralismo.

Es un hecho que el FBI considera a todas las asociaciones árabes cívicas, caritativas o de cualquier otro tipo, sospechosas de ayudar al terrorismo y susceptibles a ser investigadas.

En ese contexto, el presidente Bush asumió poderes dictatoriales desde el propio poder ejecutivo. Sin consultar al Congreso, decretó el estado de emergencia. Esto le permite arrestar a ciudadanos que serán juzgados por tribunales militares sólo por el cargo de existir «razones para creer» que son terroristas. Cuando se alegue « el interés de la seguridad nacional « los juicios serán secretos.

Este ejercicio de los poderes dictatoriales desde el ejecutivo norteamericano sirven para encarcelar o ejecutar a los condenados sin las mínimas garantías jurídicas procesales. La mayoría de las personas arrestadas desde los hechos del 11 de septiembre en EEUU, son anónimas. No se conoce ni su nombre ni su estado. El propio Departamento de Justicia norteamericano se ha negado a revelar esos datos.

Interrogatorios sin abogado, personas encerradas durante meses o años sin imputaciones concretas, impunidad de los carceleros, indefensión de los prisioneros sometidos a métodos de encarcelamiento que vulneran los derechos humanos más básicos, juicios sin garantías procesales, condenas que comportan la ejecución de los acusados en muchos de los casos, son las medidas aplicadas por el estado norteamericano.

Otro dato muy revelador en el desarrollo en EEUU de un estado de excepción de facto, cada vez menos encubierto, es la promulgación de la Ley Patriótica (USA Patriot Act). A finales de octubre de 2002, el Presidente George Bush firmó la Ley Patriótica, que ha supuesto el fortalecimiento inmenso de los poderes de la policía sobre la sociedad civil.

Las cláusulas de esta ley violan la propia Constitución de los EEUU y permiten que se pueda acceder secretamente a cualquier casa o comercio, reunir pruebas y no informar al ciudadano del allanamiento y después usar la prueba obtenida, aunque sea manipulada; supervisar el tráfico de Internet y los correos electrónicos, interceptar teléfonos celulares, sin permiso de millones de personas que serán consideradas «sospechosas» o invadir los locales comerciales, confiscar la información que se desee, con la excusa de que tiene relación con una investigación sobre terrorismo.

A los ciudadanos que públicamente protesten por estas arbitrarias e atentatorias de la intimidad de las personas tienen casi asegurado su detención. Así mismo, esta Ley Patriótica de los EEUU, tiene una vaga e imprecisa definición de «terrorismo» que permite reprimir cualquier organización disidente y movilización de protesta. De acuerdo con esta Ley, el terrorismo se define como «las actividades que involucran actos peligrosos para la vida humana y que violan las leyes sobre delitos de los Estados Unidos...[y] que parezca que intentar intimidar o coartar a la población civil [o]...influenciar la política gubernamental, mediante la intimidación o coerción ». La similitud con la Decisión Marco sobre noción de terrorismo de la UE, es más que evidente.

Las protestas antisistema pueden ser etiquetadas como «terroristas», sus líderes y participantes arrestados, sus casas allanadas, su documentación confiscada.

UNION EUROPEA: UN ESPACIO DE INSEGURIDAD COMUN.

En los países de la zona euro, los meses previos a la entrada en vigor de la moneda única, fueron frenéticos en consensuar reformas legales en materia de

detención y entrega rápida (Euroorden) o potenciar la policía europea (Euro-pol) o la Fuerza de antidisturbios europea de choque (Fuerza de Reacción Rápida) o el espacio judicial europeo (Eurojust).

Las medidas implementadas en la Unión Europea, en materia de orden público y seguridad interior, van dirigidas a potenciar la noción de la « Europa del Orden y la Seguridad ». Los movimientos sociales y organizaciones que ponen en relación los efectos de la globalización en la vida cotidiana de la gente con la causa de los mismos, es decir, la existencia de un orden social injusto y desigual, están en el punto de mira de estas normas.

La cooperación y el intercambio entre los órganos policiales y judiciales de los Estados miembros de la UE ha avanzado en los últimos diez años hasta convertirse en uno de los instrumentos más productivos y eficientes de la nueva administración europea. La creación de nuevas bases de datos, sistemas de información e instrumentos de cooperación se desarrolla sin ningún tipo de oposición ya que está teniendo lugar a espaldas de los ciudadanos que apenas tienen información sobre el alcance de estos mecanismos y de los parlamentos nacionales que han sido excluidos del proceso de decisión.

El nuevo aparato policial es prácticamente independiente y ha sido creado evitando los tradicionales mecanismos democráticos e institucionales para la limitación de la libertad personal, es más, ha creado instrumentos para soslayar las garantías jurídicas nacionales y tiene facultades casi ilimitadas a través de procedimientos poco transparentes. Se potencia la actuación policial en vez de una judicial, es decir se resalta el control preventivo a través de bases de datos, constantemente ampliadas y de acceso cada vez más amplio para los diversos órganos policiales. En este sentido, los Mundiales de fútbol de 2006 en Alemania han servido de prueba o prototipo para la nueva red de actuación, llegando la interacción de órganos policiales y judiciales de los estados miembros de la Unión Europea y de países terceros como Suiza a un nuevo nivel. Esta interacción se centró en el intercambio informal de datos sobre supuestos grupos violentos o supuestos criminales.

Se crean en Europa cada vez más posibilidades para esta cooperación e intercambio de datos que han encontrado su marco legal en el Acuerdo de Schengen (1990) que regula sobre todo la apertura de fronteras pero también el entrelazamiento de los órganos policiales de los diferentes Estados miembro. También el programa de Hager (2004) ha fijado las estrategias fundamentales para la cooperación en la UE en los temas de justicia e interior, apostando por la ampliación de las bases de datos y la cooperación oficial con el fin de sellar

las fronteras exteriores de la Unión contra los inmigrantes y la persecución de la criminalidad dentro de la UE. Se habilitan sistemas de información y mecanismos de cooperación europeos como el SIS, el acuerdo de Prüm, SIS II, Eurodac, VIS, la directiva prevista para mejorar la cooperación policial, la directiva prevista sobre el intercambio de informaciones entre los diferentes órganos de persecución penal, EUROPOL, EUROJUST, el CEPOL (European Police College) así como la orden de arresto europea.

Con el pretexto de la seguridad, la estructura de cooperación policial reduce de manera cada vez más evidente la libertad y los derechos de los ciudadanos europeos. El desarrollo de la estructura jurídica se caracteriza por la poca transparencia institucional, el vaciado de las garantías jurídicas materiales, así como la criminalización de la sospecha. No se trata tanto de perseguir delitos como de evitar su comisión. La sociedad cae así en una situación de doble paranoia: vivir, por un lado, bajo una amenaza constante y, por otro, bajo un control total y represivo.

La asociación de Abogad@s Europeos Demócratas (A.E.D.), que se ocupa de la evolución de los derechos y libertades así como de las garantías jurídicas y procesales de los ciudadanos, advirtió a los responsables políticos con motivo de las discusiones sobre el Tratado Constitucional europeo, sobre « las indiscutibles amenazas que estas propuestas tienen para las libertades públicas y los derechos de las personas, que de acuerdo con el artículo 6 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, son la base de los derechos democráticos comunes a los estados miembros»

LA NOCIÓN DE « TERRORISMO « EN LA UNION EUROPEA.

La reunión de ministros de Justicia e Interior de la UE celebrada los días 6 y 7 de diciembre de 2001, sacó adelante la *Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo*, con una nueva noción sobre terrorismo, que constituye una amenaza cierta para las libertades públicas y los derechos de las personas.

La definición comunitaria, expresa que grupo terrorista es » *la asociación de más de dos personas que actúa de forma concertada para cometer delitos terroristas* «. Serán actos terroristas aquellos realizados con el objetivo de » *intimidar gravemente a una población, forzar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a hacer o abstenerse de hacer un acto cualquiera; o desestabilizar o destruir gravemente las estructuras fundamentales políticas constitucionales, económicas o sociales de un país o una organización internacional* «.

Se incluyen en ésta definición, desde los atentados contra personas hasta actos que persigan » *causar destrucciones masivas a una instalación gubernamental o pública, un sistema de transporte, a una infraestructura, incluido un sistema informático, a un lugar público o a una propiedad privada susceptible de poner en peligro vidas humanas o producir pérdidas económicas considerables*».

De acuerdo con ésta definición, la *intencionalidad* permitiría que, cualquiera de las infracciones que se recogen, fueran calificados de actos terroristas. Los efectos de esos actos cometidos, de cara a su calificación como terroristas, son ignorados por completo. En ese sentido, también pueden ser reputados como actos terroristas la amenaza, la colaboración o la complicidad en la comisión de una infracción.

La falta de una definición precisa sobre la intencionalidad, permitiría sancionar la participación en movimientos sociales opuestos al orden establecido como actos terroristas. Es obvio, que a las personas que participan en los movimientos disidentes, se les podría imputar que atentan contra las estructuras políticas, económicas y sociales de un estado.

La definición consensuada para la zona UE, entraña una muy preocupante y peligrosa noción sobre lo que es el terrorismo, porque aparece como la sustancia común a toda la disidencia respecto al capitalismo global y sus efectos económicos, sociales, políticos, medioambientales y morales.

A nuestro juicio, la noción «euro» sobre terrorismo, aparte de la definición poco precisa de la intencionalidad, contiene una ausencia clamorosa respecto al terrorismo de estado. Sólo serán actos terroristas las acciones que atenten contra el orden establecido. A pesar de que muchos países de la zona euro, se han visto convulsionados por episodios de violencia y terrorismo institucional de enorme gravedad, a los estados de la UE no les parece relevante incluir expresamente el terrorismo de estado.

De acuerdo con las infracciones que se desglosan en la Decisión Marco, se podrían tratar como terroristas a trabajadores en huelgas de sectores esenciales como la energía, los servicios públicos, o en la ocupación de fábricas, cortes de carretera, acciones directas o de desobediencia civil. Se podrían considerar como terroristas acciones de rechazo al transporte de un convoy nuclear, hasta las acciones de lucha en la calle y las movilizaciones antiglobalización.

La Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo, permitirá a los Gobiernos y a las fiscalías, decidir si existe o no « intención « terrorista por parte

de las personas encausadas, existiendo, por lo tanto, un amplio margen para poder aplicar la legislación antiterrorista a los movimientos sociales que se expresan democráticamente al margen de las instituciones.

A todo lo anterior, hay que añadir el proceso no democrático utilizado para la elaboración de la referida Decisión Marco. Comisiones técnicas *cuasi* clandestinas, sin participación alguna de los parlamentos respectivos.

El mundo bipolar, antes compuesto por el occidente capitalista y el mundo socialista, ahora se divide en los buenos, que defienden la economía de mercado como la máxima expresión de la libertad y los derechos humanos, occidente, y los malos, que son todos aquellos que de alguna manera se enfrentan al dominio de las políticas neoliberales globalizadoras.

EL ESTADO ESPAÑOL. LAS LIBERTADES Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Se ha consolidado, en los últimos años, una idea de normativización excepcional en materia de libertades civiles y políticas que el ejecutivo justifica en la razón de Estado. Esta idea de excepcionalidad se relaciona directamente con los principios que caracterizan al Estado democrático, básicamente, separación de poderes y garantías de los derechos de las personas. Los principios característicos de la democracia son lo sustantivo de la misma. La separación de poderes exige la soberanía parlamentaria, es decir, la inviolabilidad del parlamento. La ley debe ser la norma inatacable por los demás poderes. El poder ejecutivo debe estar sometido a la ley y al derecho. Del poder judicial se predica la independencia de todos sus miembros. Las relaciones entre los diferentes poderes han de estar sometidas a las normas.

La utilización de la razón de Estado, presupone situaciones de excepcionalidad. De hecho, el proceso constitucional de 1978 fijó ciertos mecanismos de previsión de futuros riesgos que pudieran poner en cuestión el proceso democrático que recién empezaba. Entre otras no menos relevantes, trae a cuento señalar en este momento, la suspensión de derechos específica por motivos de terrorismo. Se integra tal legislación excepcional procesal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (detención preventiva e inviolabilidad del domicilio y secreto de telecomunicaciones). Se adopta, pues, en aras de la razón de Estado, una solución no garantista de los derechos de las personas afectadas, contraria al precepto constitucional.

Se intenta justificar la razón de Estado como instrumento de modificación

del principio de separación de poderes y a la vez de limitación de los derechos humanos. Se pone de manifiesto una clara confusión en la separación de poderes. El partido que controla el Gobierno suele tener mayoría parlamentaria y es el Gobierno quien controla al Parlamento. El Poder Judicial cuando entra en contradicción con el poder legislativo no hay solución para esa situación. No se puede acudir a la Ley de Conflictos Jurisdiccionales. Ejemplo de esto, la actuación del Juez Garzón, cuando intentó retirar de su labor de representación política a los electos del grupo parlamentario de Socialistas Abertzales en 2003. Dentro del ambiente criminalizador generalizado del soberanismo se potencia la primacía del poder judicial que actúa, en los asuntos importantes, claramente determinado por el poder político.

El nombramiento de magistrados para ciertos cargos, responde a mayorías políticas existentes. La falta de consenso es la nota dominante. Ahora, desde el 2004, la modificación normativa que afecta a adopción de acuerdos por mayoría de dos tercios del Consejo.

La existencia de tribunales como la Audiencia Nacional, amplía la nota de excepcionalidad que justifica la razón de Estado. En la AN hay 1 juez por cada 5 fiscales. El juez no puede controlar la actuación de los fiscales. Los fiscales tienen dependencia jerárquica y están muy condicionados por el poder ejecutivo. Hacen de correa de transmisión del poder ejecutivo y sus sumarios son de un control muy difícil por el Juez. Para 30 fiscales de la AN deberían existir 60 jueces de instrucción. Así mismo, se constata la existencia de un verdadero poder extrajurídico de los jueces de la AN. Poca discusión tiene la influencia del poder ejecutivo en la Audiencia Nacional y en el poder judicial y todo ello amplificado debidamente por el poder mediático.

La existencia de la Ley de Partidos Políticos de junio de 2002, es una norma excepcional que restringe derechos y vulnera derechos fundamentales. No respeta el principio fundamental de la CE que es el pluralismo político. A nuestro juicio, de acuerdo con el ordenamiento español, la legalidad de un partido debería depender de la responsabilidad penal que se derive de la actuación del mismo. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece unos requisitos para ilegalizar un partido. Ninguno de estos requisitos se da en el caso del estado español. La LPP no se compadece con lo previsto en el Convenio Europeo de Derecho Humanos.

La responsabilidad sólo debería ser la derivada de la acción penal. La imperfección técnica de la ley y la voluntad política de los poderes públicos, ha llevado a la adopción de medidas no previstas en la propia LPP. Ilegalizaciones

de grupos municipales, parlamentarios, asunto de la financiación, prohibición de candidaturas electorales. Difícilmente son justificables estas actuaciones con la propia normativa y lleva a la negación al derecho de sufragio y de representación política de un importante sector del electorado vasco.

Un partido político tiene una pretensión de permanencia, mientras que la asociación de electores tiene un plazo determinado de duración. El Tribunal Constitucional, al desestimar los recursos que se instan por los «prohibidos», se limita a afirmar que el Tribunal Supremo acredita suficientemente que las agrupaciones de electores persiguen en realidad continuar como estructura que sustituye a Batasuna, presuponiendo que los futuros electos en esas agrupaciones podrían constituir algún tipo de organización sustitutoria.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy probable que acabe estimando los recursos. De hecho, el TC, no entra a analizar las argumentaciones que estas asociaciones de electores le presentaron sino que sólo considera como buenas las realizadas por la Sala del TS. La falta de tutela judicial efectiva, que ampara el artículo 24 de la CE, es, a nuestro juicio, notoria.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia del 11 de mayo de 2007 por la que ratifica la dictada por la Sala Especial del artículo 61 del Tribunal Supremo, anulando las 237 listas electorales de AB y 133 de ANV, considera que la «ilegalización de ANV pudiera haber resultado desproporcionada», aunque el propio Tribunal no la descarta en el futuro. De hecho, las declaraciones del Fiscal General del Estado, ante la petición de voto a ANV por parte de dirigentes de Batasuna antes del 27 de Mayo, incorporando la presión del PP pidiendo más ilegalizaciones, hace factible más medidas de recorte de libertades.

La política derivada del « pacto antiterrorista» del año 2000, ha vulnerado derechos fundamentales de los ciudadanos, como los de sufragio activo y pasivo, asociación, expresión y reunión. Desde el 11 de marzo de 2004 ambos partidos han roto el consenso en esta materia, aunque manteniendo en vigor tanto el Pacto por las Libertades como su principal fruto, la Ley de Partidos Políticos, diferenciándose, sólo, en el grado de intensidad con que demandan su aplicación.

El principio apriorístico de «Todo es Eta», impulsado por los firmantes del pacto del año 2000 y asumido de facto por la Audiencia Nacional, acabó con ilegalizaciones y la prohibiciones de concurrir, en otros procesos electorales posteriores, a otras expresiones políticas y/o electorales que se entendió eran referentes del sector de la sociedad vasca que aquella representaba, en otras

sentencias dictadas por la Sala Especial del 61 del TS, dejando fuera del juego electoral a un sector importante de la sociedad vasca.

Esta última sentencia del TC de 11.05.07, que declara como sucesoras de Batasuna (ya sea por la teoría del «desdoblamiento» caso de ASB o de la «contaminación o infiltración» en el caso de las de ANV) a cerca de cuatrocientas candidaturas electorales en el País Vasco (todas las presentadas por ASB, aún en trámite de legalización ante el Ministerio de Interior y las 133 presentadas por el histórico partido nacionalista ANV), supone una nueva prohibición de derechos de participación política individual y colectiva, así como una grave violación de las garantías jurídicas y procesales más elementales, en una tramitación de procedimiento de urgencia que poco tienen que ver con un proceso garantista para los justiciables, de acuerdo con lo que dispone la propia CE.

La Fiscalía y la Abogacía del Estado ha utilizado (y los tribunales le han concedido valor de prueba de cargo) un fichero con datos de carácter ideológico integrado por, al menos, 15000 ciudadanos; de hecho se han contrastado los datos de 11700 candidatos que componían las candidaturas ilegalizadas. La vulneración de los derechos de intimidad y de privacidad de las personas sometidas a este control social deja poco margen a la duda. La Asociación Europea de Abogados Demócratas (AED), en nota pública de 21 de abril de 2007 desde Munich, denunciaba ese control social asfixiante, a la vez que requería a las autoridades españolas a que «abran un proceso de derogación de la Ley de Partidos Políticos» y hacía un «llamamiento a que se adopten las medidas tendentes a asegurar unas elecciones con todas las garantías democráticas con la presencia de todas las fuerzas políticas».

La doctrina del propio TC señala que una agrupación de electores y un partido político son cosa distinta. Pero eso no ha sido obstáculo para que el TS y luego el TC, impugnaran las candidaturas electorales, utilizando un procedimiento legal que sólo debería aplicarse a un partido en su totalidad. El Tribunal llega a la convicción de que hay sucesión de partidos ilegalizados, no en base a los criterios señalados en la propia Ley, sino en la coetilla de la misma referidos a «cualesquiera otras circunstancias relevantes». En este caso, sólo encontramos estas «circunstancias relevantes» en la subjetividad del propio juzgador. Incluso en los estatutos de ANV, se reniega de la utilización de la violencia en la lucha política. Una circunstancia que sirve para criminalizar a determinadas opciones políticas, no tanto por lo que hacen o dicen, sino por lo que no dicen (la exigencia de la «condena expresa» de la violencia), en esta ocasión, ni siquiera se ha tenido en cuenta.

El Tribunal tenía una convicción apriorística al desarrollo del procedimiento. La determinación política que inspira la actuación del juzgador supone una violación del derecho de sufragio activo de los ciudadanos vascos al impedirles votar a una opción determinada. La presunción de inocencia quiebra de manera palmaria, ante la presunción de culpabilidad.

Se aplica una ley contraria al derecho a la participación política recogido en la Constitución Española (art. 6 y 22, entre otros) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 9, 10, y art. 3 del protocolo I) vulnerando así sus principios básicos, creando una situación insostenible desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos básicos y fundamentales.

Decenas de miles de ciudadanos son colocados fuera del juego electoral y de la vida civil, por el simple hecho de sus ideas políticas. La opción independentista que preconizan y su desacuerdo con el marco político actual, tiene mucho que ver en esta privación de derechos políticos. Esas personas no pueden elegir ni ser elegidas por los ciudadanos. Los derechos, todos ellos, lo son para todas las personas y para todos los pueblos. La politización de la justicia es el reflejo de la quiebra del sistema. Sin separación de poderes no hay Constitución que valga. Sin control de poderes no hay libertad. Si la Constitución regula el pluralismo político como valor superior de nuestro ordenamiento y se ilegaliza a opciones políticas contestatarias, se constata el déficit democrático del Estado español, que no protege, sino que, por el contrario discrimina legalmente a las opciones políticas disidentes, eliminándolas *ex lege* solamente por manifestar su crítica a la Constitución. La defensa de los derechos políticos y las libertades es condición necesaria para la democracia. Condenar las ideas y prohibir la confrontación electoral a ciertas opciones políticas, es abonar el avance del totalitarismo.

Un hecho destacado en materia de libertades y garantías jurídicas y procesales, ha sido la celebración del juicio 18/98, celebrado entre noviembre de 2005 y marzo de 2007. La Comisión Internacional de Juristas «Euskal Herria Watch» hizo públicas sus conclusiones sobre el desarrollo del juicio el pasado mes de junio, resaltando que la instrucción del proceso 18/98 se ha hecho de manera caótica y en flagrante violación de los derechos de la defensa, con utilización del secreto de las actuaciones de forma absolutamente improcedente y la vulneración del principio de igualdad de armas jurídicas entre la acusación y la defensa.

Así mismo, han destacado que «...la no individualización de las acusaciones contraviene esencialmente las bases de un estado de derecho, presupone situar

a un procesado en indefensión y además, la utilización de declaraciones hechas bajo tortura constituye la violación de derechos humanos intrínseca por el acto en sí « debiendo ser declaradas nulas e inválidas a efectos probatorios.

Se denuncia también la utilización de la prueba pericial practicada por miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado que teniendo un valor de simples sospechas, presunciones y especulaciones policiales se les ha dotado por el tribunal de calidad científica, objetiva e infalible.

Por último, se constata la invocación a tipos penales ambiguos y su aplicación de forma expansiva que contradice el principio jurídico de legalidad, y que la determinación del procedimiento ha tenido un claro impulso político. La libertad de expresión, opinión, asociación y la seguridad jurídica de los procesados ha quedado en entredicho. La Comisión de Juristas finaliza su informe manifestando su preocupación por las vulneraciones observadas en el juicio y por el contenido de la sentencia, debido a los precedentes de pronunciamientos judiciales recientes en procesos que tenían el mismo impulso político que el conocido como 18/98.

Un apunte final a este apartado en materia de libertades y derechos civiles en el estado español, nos obliga a señalar las vulneraciones de derechos fundamentales que se producen con las personas inmigrantes, que merecería un apartado específico y necesariamente amplio, que excede al presente texto, así como una referencia a las violaciones del derecho producidas por la existencia de vuelos ilegales con personas detenidas ilegalmente por EEUU que han atravesado territorio español sin dar cuentas ni tener el control de nadie. El proceso judicial (en el que participan varios compañeros de nuestra asociación como acusación) que se sigue contra esas prácticas ilegales y las responsabilidades que se deriven para el ejecutivo nos obliga a resaltarlo por la enorme trascendencia que tiene en materia de libertades y derechos humanos.

Por último, mostrar nuestra preocupación por la persistencia y reiteración de la práctica de la tortura practicada por los diferentes cuerpos policiales. Los informes anuales que se publican por organizaciones internacionales y estatales de derechos humanos, como Amnesty International y la Coordinadora de Prevención de la Tortura, han señalado el incremento de estas prácticas que vulneran gravemente los derechos humanos.

En el pasado 22 de junio de 2007, se ha denunciado por la Coordinadora de Prevención de la Tortura del estado español, la falta de voluntad política del

Gobierno para cumplir con el compromiso adquirido al ratificar el Protocolo de la ONU para la prevención de la tortura.

En una carta abierta al Presidente del Gobierno, la Coordinadora para la Prevención de la Tortura denuncia de la falta de voluntad política del Gobierno para cumplir con el compromiso adquirido al ratificar el Protocolo.

Se exige al Presidente del Gobierno la creación inmediata y la puesta en marcha de los Mecanismos para la Prevención de la Tortura de prevé el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, al cumplirse el plazo previsto para su implementación.

La Coordinadora ha reiterado su postura acerca de los Mecanismos de Prevención, que deben ser de nuevo diseño, realmente independientes de los poderes del Estado e integrados por personas que cuenten con capacidad y conocimientos profesionales reconocidos y demostrados y un compromiso firme en materia de derechos humanos. Todo lo cual excluye el nombramiento del Defensor del Pueblo para asumir dicha función, como parece pretender el ejecutivo y así lo ha denunciado la propia organización de derechos humanos del estado español ante el Gobierno.

CONCLUSIONES DE LA COMUNICACIÓN

- I. Derogación de la legislación penal excepcional antiterrorista.
- II. Derogación de la normativa legal que regula la existencia del órgano jurisdiccional de la Audiencia Nacional y desaparición de este Tribunal.
- III. Derogación de la legislación excepcional sobre constitución y funcionamiento de partidos políticos. Derogación de la Ley de Partidos Políticos de junio de 2002.
- IV. Recomendación al Gobierno de que impulse, sin dilaciones, una política de erradicación de la tortura y los malos tratos y se implementen de manera inmediata los Mecanismos de Prevención de la Tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas a los que ya se comprometió el ejecutivo al ratificar el aludido Protocolo.
- V. Recomendar la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a los efectos de implementar una política de regeneración del sistema judicial que sea