



**Convención Internacional para la
protección de todas las personas
contra las desapariciones forzadas**

Distr. general
28 de enero de 2013

Original: español

Comité contra la Desaparición Forzada

**Examen de los informes presentados por los
Estados partes en virtud del artículo 29 de la
Convención**

**Informes de los Estados partes en virtud del artículo 29,
párrafo 1, de la Convención que debían presentarse en 2012**

España*

[26 de diciembre de 2012]

* Con arreglo a la información transmitida a los Estados partes acerca de la publicación de sus informes, el presente documento no fue objeto de revisión editorial oficial.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-40	4
A. Consideraciones preliminares y proceso de preparación del presente informe	1-13	1
B. Presentación general	14- 40	5
II. Marco jurídico general por el que se prohíben las desapariciones forzadas	41	10
III. Información relativa a cada artículo sustantivo de la Convención	42-267	11
Artículo 1: propósito	42-47	11
Artículos 2 y 3: definición de “desaparición forzada”; principios generales.....	48-53	12
Artículo 4: obligaciones generales de los Estados.....	54-60	12
Artículo 5: tipificación del delito de “desaparición forzada”	61-66	14
Artículo 6: responsabilidad penal.....	67-86	16
Artículo 7: penas	87-94	19
Artículo 8: prescripción del delito.....	95-102	21
Artículo 9: jurisdicción penal	103-110	22
Artículo 10: detención.....	111-117	24
Artículo 11: ejercicio de la acción penal	118-119	25
Artículo 12: denuncia e investigación	120-124	25
Artículo 13: extradición por delito de desaparición forzada	125-30	25
Artículo 14: auxilio judicial	131-132	26
Artículo 15: cooperación jurídica entre los Estados	133-134	27
Artículo 16: expulsión, devolución, entrega o extradición de la persona	135-142	27
Artículo 17: detención y privación de libertad	143-174	28
Artículo 18: garantías	175-186	34
Artículo 19: información personal del detenido	187-196	36
Artículo 20: derecho a la información del detenido	197-204	38
Artículo 21: puesta en libertad	205-210	39
Artículo 22: medidas de prevención y sanción de privaciones de libertad ilegales.	211-218	40
Artículo 23: formación del personal policial, militar, médico y funcionario	219-238	41
Artículo 24: derechos y garantías de la víctima	239-252	44
Artículo 25: medidas para prevención y sanción penal	253-267	46
 Anexos*		
I. Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad		
II. Instrucción 12/2009 de la Secretaría de Estado de Seguridad		

* Los anexos pueden consultarse en los archivos de la Secretaría.

Abreviaturas y siglas

CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
EOMF	Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LExtr	Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOHC	Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de <i>Habeas Corpus</i>
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial
LRJAP y PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

I. Introducción

A. Consideraciones preliminares y proceso de preparación del presente informe

1. Por primera vez el Reino de España presenta el informe al que se refiere el artículo 29 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que entró en vigor en España el 23 de diciembre de 2010.
2. Este primer informe tendrá por objeto el examen de la situación actual en lo que respecta al ejercicio de los derechos contemplados en la Convención por las personas que se encuentran en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado, aplicable desde el momento de su entrada en vigor en España.
3. Ha de advertirse que la ratificación de la Convención por parte de España y la entrada en vigencia de la misma han determinado que algunas organizaciones —asociaciones y ONG con y sin estatuto consultivo— hayan planteado su aplicabilidad a los supuestos de desaparición forzada que tuvieron lugar en España durante la guerra civil y el franquismo, así como la necesidad de derogar o tener por inaplicable la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.
4. Ante ello debe tenerse en cuenta que la Convención establece en su artículo 35.1: “La competencia del Comité solo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la presente Convención”.
5. Como se ha visto más arriba, dicha entrada en vigor se produjo para España el 23 de diciembre de 2010, por lo que el Comité carece de competencia para el examen de desapariciones forzadas iniciadas antes de dicha fecha.
6. Por la anterior circunstancia, en el presente informe se comentan sus artículos desde la perspectiva de que los mismos se aplican, solo y exclusivamente a “desapariciones forzadas” que sean posteriores en su inicio al 23 de diciembre de 2010.
7. En la elaboración de las respuestas del presente informe se han tenido en cuenta las directrices armonizadas para la elaboración de informes, así como las directrices específicas para la presentación de informes ante este Comité (CED/C/2).
8. Tal y como se establece en estas directrices, en concreto en su párrafo 9, se relata a continuación el proceso de consultas para la elaboración de este informe. En su elaboración se ha respetado el proceso de preparación de informes señalado en los párrafos 132 a 134 del documento básico de España (HRI/CORE/ESP/2010), destacándose en particular la participación de los Ministerios de Justicia, Ministerio del Interior y Ministerio de Defensa, cuyas aportaciones han sido coordinadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
9. Con respecto a la institución nacional de protección y promoción de los derechos humanos, esto es, en España, la Oficina de la Defensora del Pueblo, ésta ha sido informada puntualmente de todas las etapas en la elaboración de este informe, así como del contenido del mismo, invitándosele a realizar las aportaciones pertinentes.
10. Con respecto a la sociedad civil, se abrió un proceso de consultas una vez redactado el primer borrador del presente informe. Las organizaciones de la sociedad civil que han participado en este proceso lo hicieron tras emitir su interés en participar en el mismo, bien *motu proprio*, bien en respuesta a la comunicación emitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación al respecto.

11. No se ha establecido ninguna limitación para la participación, y se ha tratado de reunir entre los participantes a las organizaciones más interesadas en la cuestión de la desaparición forzada. Para ello, se ha aceptado el ofrecimiento de algunas organizaciones representativas en el marco de los derechos humanos de coordinar las aportaciones de las organizaciones más interesadas en la cuestión de la desaparición forzada.

12. Por último, este informe se puso a disposición de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados a efectos informativos.

13. El presente informe se divide en tres partes, comenzando por esta introducción, que se subdivide a su vez en una serie de consideraciones preliminares y una presentación general, se sigue por el marco jurídico general por el que se prohíben las desapariciones forzadas, para entrar en una tercera y última parte con información relativa a cada artículo sustantivo de la Convención. Al final de este informe se encontrará un listado con los acrónimos utilizados.

B. Presentación general

1. La ratificación española de la Convención

14. La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en adelante, la Convención) fue aprobada mediante la resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2006, y el Plenipotenciario de España la firmó en Nueva York el 27 de septiembre de 2007.

15. Ulteriormente, el Parlamento español —las Cortes Generales— concedió la autorización ex artículo 94.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (“La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales en los siguientes casos: a) Tratados de carácter político. b) Tratados o convenios de carácter militar. c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I. d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.”) y se expidió Instrumento de ratificación el 14 de julio de 2009, que fue depositado el 24 de septiembre de 2009. Finalmente, el Instrumento de Ratificación ha sido publicado en el Diario Oficial —*Boletín Oficial del Estado*— el 18 de febrero de 2011.

16. De dicho calendario de actuaciones resulta que el Reino de España, en el marco de una política de promoción y protección de los derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas, ha actuado con diligencia y coadyuvado con su conducta a que la Convención entrara en vigor el 23 de diciembre de 2010, dado que ha sido uno de los primeros veinte Estados miembros de Naciones Unidas que ha depositado su Instrumento de Ratificación, determinando así la operatividad de la cláusula de entrada en vigor que está prevista y sancionada en el artículo 39.1 de la Convención.

2. El sistema español de consagración de los derechos fundamentales y su vinculación con el sistema internacional de derechos humanos

17. La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante CE) culmina el proceso de consolidación en España de un Estado de Derecho, poniendo fin a un largo periodo de dictadura (1939 – 1975) y superando las consecuencias de la guerra civil, del enfrentamiento entre españoles, que tuvo lugar entre 1936 y 1939.

18. Dicha Constitución trató de superar los conflictos históricos entre españoles, entre ellos y como más característicos: la configuración territorial del Estado y del poder político; la insuficiencia histórica del poder civil frente al militar; y las relaciones entre el poder civil

y el hecho religioso, creando un sistema que, a pesar de sus problemas y disfunciones, ha permitido a la sociedad española el disfrutar del más largo periodo —35 años— de democracia de su historia.

19. Para ello, y como instrumento de convivencia limitador y delimitador del poder del Estado frente al ciudadano, la CE ha consagrado un acabado sistema de definición y tutela de los derechos y libertades – al que dedica su Título Primero (arts. 10 a 55), bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”-, que es heredero de las construcciones dogmáticas y constitucionales modernas más avanzadas y que, además, reconoce expresamente la virtualidad inspiradora e interpretativa de los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos fundamentales o a las libertades públicas que el Reino de España haya ratificado.

20. En efecto, el artículo 10 de la CE establece:

“1.- La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

2.- Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

21. La enumeración de los derechos y libertades fundamentales en la CE es muy acabada y completa porque, dada su fecha —1978—, la misma es una de las constituciones más tardías de las sociedades democráticas avanzadas, lo que ha hecho posible que incorpore todos los desarrollos constitucionales, legales y doctrinales, que se han producido en la materia de derechos fundamentales.

22. Por lo que se refiere al vínculo que se consagra en el artículo 10.2 de la CE, se ha entendido por toda la doctrina y de forma constante por el Tribunal Constitucional que se trata de una pieza que habilita la apertura del derecho español al derecho internacional de los derechos humanos, de forma que éste se convierte necesariamente en pauta o criterio de interpretación de todos los derechos fundamentales y libertades que la CE consagra. Es preciso subrayar que el artículo 10.2 de la CE no constitucionaliza los derechos fundamentales y libertades recogidos y sancionados en los tratados y acuerdos internacionales; lo que sí hace es convertirlos en fuente de conocimiento e interpretación de todos los derechos y libertades que la CE consagra y que, como hemos dicho más arriba, abarcan in extenso a todos los que el Derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido.

23. Para entender correctamente esta integración entre la CE y el derecho internacional de los derechos humanos, pueden mencionarse algunas sentencias del Tribunal Constitucional, Órgano constitucional que, en el sistema español, es el supremo intérprete de la Constitución y que a través del recurso de amparo constitucional, protege frente a las violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas que se originen por las disposiciones, actos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos, sus funcionarios y agentes. También haremos referencia a la Jurisprudencia de la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo las competencias del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales.

24. El Tribunal Constitucional ha establecido:

“[...] esta norma [el art. 10.2 de la CE] se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por

nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución....” (STC 36/1991, de 14 de febrero).

25. Y también ha afirmado:

“El recurso de amparo se ha establecido por el constituyente y configurado por el legislador como un medio procesal para reclamar la tutela de las libertades y derechos proclamados en los arts. 14 al 50 CE [...] y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos [...]. De modo que la única medida de enjuiciamiento aplicable, tanto en este proceso constitucional de amparo como en el proceso preferente y sumario seguido ante los Tribunales ordinarios ex art. 53.2 CE, es la integrada por los preceptos CE que reconocen aquellos derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo contenido y alcance, no obstante, habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y convenios internacionales a que hace referencia el art. 10.2 CE.

”La interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados o acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnables en amparo debe medirse solo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 de la CE una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional [...]” (STC 64/1991, de 22 de marzo).

26. Estas declaraciones se han reiterado constantemente por el Tribunal, entre otras, en las STC 372/1993, de 13 de diciembre; STC 41/2002, de 25 de febrero; STC 236/2007, de 7 de noviembre; y STC 80/2010, de 26 de octubre, de forma que puede resumirse su doctrina en la afirmación siguiente: “[...] el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas internacionales relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción [...]”.

27. El Tribunal Supremo ha mantenido, como no puede ser de otra manera, una postura equivalente. Para apreciar su doctrina pueden citarse la STS 798/2007, de 1 de octubre (“caso Scilingo”) y la STS 101/2012, de 27 de febrero (“caso Garzón”) que hace constante referencia a la anterior.

28. En la primera sentencia se lee que, en orden a la aplicación del Derecho internacional penal que “[...] es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales [...]” y que “[...] el Derecho internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles [...]”.

29. En la segunda sentencia, en cuyo Fallo se absuelve a un Magistrado del delito de prevaricación judicial del artículo 446.3º del Código Penal (“El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado con la pena de ...”) del que

venía siendo acusado, se afirma lo siguiente: “La Constitución española prevé, en los artículos 93 y siguientes, la forma de incorporación al derecho interno de los tratados internacionales para desplegar sus efectos conforme al artículo 10.2 de la Carta magna [...], ello sin perjuicio [se refiere al Derecho internacional consuetudinario] de su consideración como criterio de interpretación y como elemento contextual en orden a la perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena impuesta sobre la declaración de concurrencia de tipos penales del Código Penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Esto es, la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad permite un efecto procesal, la perseguibilidad internacional, y otro que atiende a las facultades de individualización de la pena, sin permitir una nueva tipicidad [...]”.

30. La misma sentencia afirma: “Dijimos en la Sentencia 798/2007, y ahora lo reproducimos, que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el Derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. No es posible —por más que sea sostenida por algún sector doctrinal— que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación. La garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art.9.3CE) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 2 del Código Penal). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al Derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermenéutico de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional....”

31. Continúa la Sentencia abundando en el mismo argumento al señalar que “...una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la *lex previa*, *lex certa*, *lex stricta* y *lex scripta*. El Código Penal español dedica sus cuatro primeros artículos a configurar el principio de legalidad, desarrollando los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución y cualquier repertorio jurisprudencial revela esta configuración estricta del principio....”

32. La sentencia de continua cita hace referencia, finalmente, a alguna Resolución dictada por Organismos Internacionales de defensa de los derechos humanos que sanciona la observancia del principio de legalidad como condición para la aplicación de las normas convencionales y legales y así razona que, “...estas exigencias – se refiere al principio de legalidad- no son extrañas al ordenamiento internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina (Resolución n° 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990). Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado [...]”.

3. Los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos y libertades fundamentales ratificados por España

33. Como se ha expuesto hasta el momento, el derecho internacional de derechos humanos es esencial para el sistema español como criterio hermenéutico e interpretativo para la definición del alcance y contenido de los derechos y libertades que la CE consagra,

pero para que dicha función interpretativa sea eficaz, es imprescindible el que dicho derecho internacional se halle integrado en el ordenamiento jurídico español a través de su ratificación.

34. En efecto, el artículo 10.2 de la CE se remite explícitamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales y libertades. Se suscita pues la cuestión de cuales sean los textos internacionales sobre derechos humanos que constituyen el canon de referencia interpretativa en la aplicación de los derechos y libertades que la CE reconoce.

35. Esta identificación se debe hacer señalando el derecho internacional de derechos humanos que haya pasado por el proceso de ratificación/integración al que se refiere el artículo 96.1 de la CE cuando dispone que: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

36. De acuerdo con lo anterior, puede hacerse la siguiente enumeración de los principales tratados de ámbito general o universal –ámbito de las Naciones Unidas– y de ámbito regional que integran el campo de remisión del artículo 10.2 CE:

a) Por referencia expresa del mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III).

b) Ámbito universal: se está a lo señalado en el punto 109 del documento básico de España (HRI/CORE/ESP/2010), a lo que se añaden algunas actualizaciones:

i) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Instrumento de ratificación de 23 de septiembre de 2010 (aún no en vigor);

ii) Los diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que tienen una incidencia notable en el terreno de los derechos de los trabajadores.

c) Ámbito regional: (Además de lo indicado en el párrafo 109 del documento básico de España, se realizan algunas observaciones en relación con algunos instrumentos de los que España forma parte)

i) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979). Sin lugar a dudas este convenio ocupa un papel destacado en la interpretación de los derechos y libertades, es citado por nuestro Tribunal Constitucional en más de ciento ochenta sentencias. Conviene tener presente además, que este Convenio tiene a su vez cómo intérprete al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ello es habitual que el Tribunal Constitucional se remita a la jurisprudencia del mismo para aclarar el contenido y los límites de los derechos y libertades.

ii) 2º Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Instrumento de ratificación de 27 de noviembre de 1990 (BOE nº 11, de 12 de enero de 1991).

4. Marco normativo e institucional. Sistema de protección de los derechos humanos en España

37. Más allá de lo señalado en el párrafo 111 del documento básico de España ya mencionado, el marco general de protección de los derechos humanos se encuentra en la Constitución Española, que articula un sistema de garantías muy perfeccionado:

a) Legislativa: Según el art. 53.1 de la CE, “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Además, según el art. 81 CE las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas adoptarán el carácter de leyes orgánicas, cuya aprobación, modificación o derogación exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto;

b) Judicial: Con garantía reforzada prevé el art. 53.2 de la CE que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. La función jurisdiccional está atribuida a órganos independientes e imparciales, quedándoles específicamente encomendada la protección y tutela de los derechos humanos;

c) Constitucional: a través del recurso de amparo, ejercitable ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial ordinaria;

d) Institucional que se manifiesta a través de las siguientes figuras, el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal y la Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados.

38. Por otro lado, el artículo 54 CE define al Defensor del Pueblo como “alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”. Además de esta función supervisora y controladora de la actuación de la Administración, el Defensor del Pueblo, como defensor de los derechos individuales, está legitimado para interponer el recurso de amparo de los derechos individuales (artículo 162 de la Constitución y artículo 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Así mismo, el Defensor del Pueblo tiene especial legitimación para plantear un recurso de inconstitucionalidad frente a leyes y disposiciones de rango legal, conforme al artículo 162 de la Constitución, así como la legitimación, extraordinaria, para acudir ante los tribunales ordinarios en un proceso de habeas corpus.

39. En el ordenamiento jurídico español, el Ministerio Fiscal se configura en parte de su función como garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, conforme determina el artículo 124 de la CE al tener “por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. El Ministerio Fiscal es parte en todos los recursos de amparo que se plantean ante el Tribunal Constitucional y tiene, así mismo, legitimación para acudir ante la jurisdicción ordinaria en un proceso de habeas corpus.

40. La Comisión Parlamentaria: el Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982 (arts. 40 a 53) regula la competencia de la Comisión Permanente Constitucional y de la Comisión Permanente de Peticiones, atribuyendo a esta última el examen de las peticiones individuales o colectivas dirigidas al Congreso de los Diputados.

II. Marco jurídico general por el que se prohíben las desapariciones forzadas

41. El Comité recomienda en sus directrices específicas incluir una sección informativa específica sobre la aplicación de la convención. En la medida en que se ha proporcionado información de manera extensa en los artículos 1 a 4 que responden a dicho marco jurídico, se considera cubierto el contenido de esta sección específica.

III. Información relativa a cada artículo sustantivo de la Convención

Artículo 1: propósito

42. Desde la consideración que la desaparición forzada no es un fenómeno del pasado sino que, por el contrario, es un hecho actual y global tal y como se ha puesto de manifiesto en los estudios realizados e informes elaborados por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias desde su creación en 1980 y que, además, la desaparición forzada es un hecho de extrema gravedad que debe tener la calificación universal de delito y, cometido en determinadas circunstancias, de delito de lesa humanidad, las Naciones Unidas han promovido un proceso para universalizar la lucha contra la misma.

43. Desde la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas hecha en el año 1992, en la que se caracterizó la desaparición forzada como un fenómeno complejo que implicaba la violación de diversos derechos fundamentales (derecho a la libertad y seguridad; derecho a la vida; derecho a no ser detenido ni privado arbitrariamente de libertad; derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; etc.) pero que carecía de eficacia vinculante para los Estados, se ha trabajado en un proyecto de Convención que sí lo tuviera.

44. La Comisión de Derechos Humanos en su resolución 2001/46 manifestó estar “[...] profundamente preocupada por la multiplicación de las desapariciones forzadas o involuntarias en diversas regiones del mundo y por los crecientes informes de hostigamientos, malos tratos e intimidaciones padecidos por testigos de desapariciones o por familiares de los desaparecidos [...]” y puso en marcha el proceso de estudio, informe y debate que ha dado lugar a la aprobación de la Convención Internacional de 2006 que es objeto de análisis, consideración y contraste con el ordenamiento jurídico del Reino de España en el presente informe. Ello debe hacerse sin perder de vista que la desaparición forzada sigue siendo una lacra universal que en tiempos tan cercanos como el año 2009, ha dado lugar a que las Naciones Unidas hayan transmitido 476 nuevos casos en múltiples países¹.

45. La ratificación de la Convención y la proscripción de la desaparición forzosa ha comportado el reconocimiento de un nuevo y más amplio contenido esencial e los derechos fundamentales que pasa a integrarse en el derecho fundamental a la dignidad y a la libertad, pues aunque en el sistema jurídico español no cabe constitucionalizar nuevos derechos fundamentales por la vía de la ratificación de convenios internacionales como ya se ha expuesto en los párrafos 22 y siguientes, sí pueden incorporarse nuevos y más amplios contenidos por vía interpretativa.

46. El apartado 2 establece el principio de inderogabilidad plena del derecho, afirmando la absoluta imposibilidad de alegar circunstancia alguna, por muy anómala o excepcional que esta sea, en orden a justificar desapariciones forzadas. En el ordenamiento jurídico español no hay ninguna circunstancia o excusa absoluta que permita justificar o dar cobertura a la desaparición forzada de una persona. El hecho de que la misma sea considerada un delito implica la imposibilidad de la derogación del tipo.

47. Ni siquiera en los supuestos excepcionales (catástrofes públicas, paralización de los servicios públicos esenciales, insurrección, guerra...) de suspensión de derechos o libertades contemplados en el artículo 55 de la CE (“[...] los derechos reconocidos

¹ Véase informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (A/HRC/13/31).

[...]podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos establecidos en la Constitución [...]”) y que han sido desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, cabe plantearse que en el sistema constitucional español se pueda habilitar o se haga jurídicamente factible la desaparición forzosa de personas o que se pueda derogar la normativa que la tipifica o sanciona como acto delictivo.

Artículos 2 y 3: definición de “desaparición forzada”; principios generales

48. Se proporciona una respuesta conjunta a ambos artículos.

49. Debe tenerse en cuenta que la definición de “desaparición forzada” del artículo 2 de la Convención se hace en función de la necesaria participación en ella, sea de forma directa o indirecta, del Estado, apareciendo Este como factor necesario e indispensable para que la “desaparición forzada” en sentido técnico jurídico estricto se tenga por producida. Esa participación podrá producirse a través de la acción de los agentes del propio Estado o a través de agentes paraestatales, paramilitares, escuadrones de la muerte, etc.

50. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 3 de la Convención establece el deber de investigar y perseguir las desapariciones forzadas que cometan personas o grupos de personas que actúen con desvinculación del aparato del Estado. Desde este momento debe dejarse constancia que en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), como veremos al comentar el artículo siguiente, están tipificados tres ilícitos que se pueden integrar en el concepto de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada”: a) la realizada por los particulares; b) la realizada inmediata o mediatamente por el Estado; y c) la constitutiva de un delito de lesa humanidad.

51. A partir de este momento debe también tenerse en cuenta que cuando en el presente informe se hace referencia al delito de “detención ilegal/secuestro con desaparición” del Derecho penal español, se está utilizando un concepto con el mismo contenido típico que el que tiene la “desaparición forzada” definida por la Convención.

52. Como también constataremos al comentar el artículo 4 de la Convención, el tipo penal español de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada” con intervención directa o indirecta del Estado, responde a las exigencias del Derecho penal internacional, estando la detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada” realizada por los particulares también tipificada como delito en el CP y, en consecuencia, sometida a reproche penal y a exigencia de responsabilidad a través del consiguiente proceso judicial.

53. Y como también veremos al comentar el artículo 10 de la Convención se trata, en todo caso, de delitos de naturaleza pública que serán objeto de persecución por el mero hecho de su comisión y de que, por cualquier medio, se tenga noticia o conocimiento de la misma.

Artículo 4: obligaciones generales de los Estados

54. Procede, en primer lugar, hacer referencia a los preceptos del CP en los que se tipifican y regulan los delitos de detención ilegal y secuestro, para luego, en segundo lugar, examinar su acomodo al Derecho penal internacional, es decir, para determinar si la “desaparición forzada” definida por la Convención, está, como ya hemos anticipado, tipificada como delito por el ordenamiento jurídico español.

1. Preceptos del Código Penal

55. Dentro de la categoría de los “Delitos contra la Libertad” a la que el CP dedica el Título VI de su Libro II, artículos 163 a 172, se regulan “Las detenciones ilegales y secuestros” (artículos 163 a 168).

56. En concreto, el artículo 166 CP dispone que: “El reo de detención ilegal o secuestro que no de razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad”. Este precepto va a ser objeto de modificación en el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal actualmente en debate y discusión. En dicha reforma se mantiene el tipo penal, pero se establece un agravamiento de las penas en la forma en que se señala en este informe en el comentario al artículo 7 del Convenio.

57. Dada la remisión que dicho precepto realiza al bloque normativo en el que se tipifica la detención ilegal o secuestro en el mismo CP, es necesario hacer mención de dichos preceptos:

a) El artículo 163 del CP dispone que,

“El particular que encerrare o detuviera a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de 4 a 6 años.

Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

Se impondrá la pena de prisión de 5 a 8 años si el encierro o detención ha durado más de 15 días.

El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.”

b) El artículo 164 del CP establece lo siguiente: “El secuestro de alguna persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de 6 a 10 años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.”

c) El artículo 165 del CP dice: “Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

d) Para el caso de que los anteriores delitos fueran cometidos por personas públicas, agentes o funcionarios, el artículo 167 del CP dispone: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores (que son los transcritos), será castigado con las penas respectivamente previstas en estos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de 8 a 12 años”.

58. Deben también tenerse en cuenta, por otra parte, los preceptos del CP que tipifican los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual y, en concreto, el artículo 530. Dicho precepto dispone que: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 4 a 8 años.”

2. Acomodación del Código Penal a la Convención

59. De la lectura de los preceptos transcritos, resulta que la “desaparición forzada”, tal y como éste fenómeno está definido por el artículo 2 de la Convención, está tipificada como delito en el Código Penal bajo la forma de detención ilegal/secuestro con desaparición. En efecto, recuérdese que el artículo 2 de la Convención configura la “desaparición forzada” como la privación de libertad realizada por agentes estatales o paraestatales y la subsiguiente negativa a reconocer dicha privación o la ocultación de la persona, de forma que ésta queda fuera de la protección que el sistema jurídico otorga a toda persona privada de su libertad.

60. Pues bien, de los preceptos del CP antes reseñados, resulta que:

a) Las privaciones de libertad de personas/víctimas que en cualquier forma realicen personas particulares, son constitutivas de un delito de detención ilegal (CP, art. 163) o de un delito de secuestro si la privación de libertad se produce exigiendo el autor cualquier condición para poner término a la misma (art. 164);

b) Cuando el responsable de la detención ilegal o del secuestro no dé razón del paradero de la persona detenida o secuestrada, se crea un tipo agravado, es decir, se impone la pena superior en grado a la prevista para la detención ilegal o el secuestro (CP, art. 166). Recuérdese lo advertido con anterioridad en cuanto a la reforma hoy en debate y tramitación por la que se agravará la penalidad de este tipo. De esta manera, el CP español ha tipificado la conducta equivalente a una “desaparición forzada”, cuando es cometida por particulares no vinculados al Estado. Esta tipificación da respuesta a la exigencia contenida en el artículo 3 de la Convención;

c) Cuando el responsable de la detención ilegal o del secuestro fuera un funcionario público o una autoridad —es decir, se tratara de agentes del Estado—; el mismo no diera razón del paradero del detenido; y no mediara causa por delito, dichos agentes serán castigados con las penas fijadas para la desaparición forzada causada por particulares pero incrementando su gravedad (se fijan siempre en su mitad superior) y además serán inhabilitados (CP, art. 167). Esta tipificación da respuesta a la exigencia contenida en el artículo 4, en relación con el 2, de la Convención;

d) Cuando el responsable de la detención ilegal o secuestro aparentare ser autoridad o funcionario, las penas previstas para la detención ilegal o secuestro se imponen en su mitad superior (CP, art. 165). Esta tipificación también da respuesta a la exigencia contenida en el artículo 4, en relación con el 2, de la Convención;

e) Cuando mediara causa por delito, es decir, cuando la privación de libertad de una persona fuera inicialmente lícita a diferencia de lo que ocurre en el supuesto descrito en la letra c anterior, y se violare por el agente del Estado cualquiera de las garantías de la persona detenida o presa, el Agente será castigado con la pena de inhabilitación especial (CP, art. 530);

f) Por último y como veremos inmediately, el artículo 607 bis CP establece la tipificación que da respuesta a la exigencia del artículo 5 de la Convención para la consideración de algunos supuestos de desaparición forzada como delitos de lesa humanidad.

Artículo 5: tipificación del delito de “desaparición forzada”

61. El Código Penal español vigente recoge hoy en su artículo 607 bis y bajo la rúbrica “De los delitos de lesa humanidad” la tipificación de los crímenes contra la humanidad, tal y como estos están definidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998. La ratificación por España de dicho Estatuto en el año 2000, conllevó la

modificación de nuestro ordenamiento jurídico, que se articuló mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal.

62. La figura de los crímenes contra la humanidad ha surgido para proteger bienes jurídicos personalísimos y esenciales frente a los ataques masivos o de carácter sistemático que los mismos sufran con la participación o con la tolerancia de los poderes políticos *de iure* o *de facto*.

63. El artículo 607 bis del CP establece en su apartado 1:

“Son reos del delito de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razones de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.”

64. Este precepto describe la situación o el contexto en el que debe cometerse una conducta para constituir un crimen contra la humanidad. El acto punible debe constituir una participación en un ataque que tiene que tener el carácter de general o de sistemático y debe entenderse como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos en cuestión en cumplimiento de una política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o de promover esa política (documento complementario del Estatuto, “Elementos de los Crímenes” artículo 7. Introducción, punto 3). Sin embargo, dicho ataque no implica la necesidad de la existencia de una guerra o conflicto armado dado que el actual concepto de crímenes contra la humanidad o de delitos de lesa humanidad es independiente de una situación bélica.

65. Ulteriormente el artículo 607 bis del CP procede a enunciar las conductas concretas o modalidades de crímenes contra la humanidad, comprendiendo entre ellas la detención ilegal con desaparición o desaparición forzada. En efecto, el apartado 2 de dicho artículo establece en los números 6 y 7 lo siguiente:

“Los reos del delito de lesa humanidad serán castigados:

[...]

6. Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

7. Con la pena de prisión de 8 a 12 años si detuvieran a otro, privándole de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de 15 días.
[...].”

66. La definición de los tipos penales y la referencia en los mismos a la normativa internacional, hace que se entienda que existe una coherencia y correlación absoluta entre el ordenamiento jurídico interno y el Derecho penal internacional en esta materia.

Artículo 6: responsabilidad penal

67. Cabe señalar que las conductas descritas en este artículo del convenio, con base en el artículo 17 de la Constitución y bajo las figuras delictivas de detención ilegal o secuestro, están previstas tanto en la normativa penal ordinaria (Código Penal) como en la castrense (Código Penal Militar).

68. En cuanto al Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), en primer lugar, se hace referencia al Título VI. Delitos contra la libertad, que en su Capítulo Primero se refiere a las detenciones ilegales y secuestros. Los siguientes artículos merecen ser señalados:

- Artículo 163. 1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

- Artículo 164. El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.

- Artículo 165. Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

- Artículo 166. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.

- Artículo 167. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

- Artículo 168. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.

69. Por otra parte, el Título XXI. Delitos contra la Constitución, contiene un Capítulo V. Sección 1ª, referido a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual. En este sentido, se destacan el siguiente artículo 530, que establece que: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos y demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”.

70. Se estima igualmente conveniente destacar los siguientes preceptos. Así, en el artículo 6.1, el CP español considera criminalmente responsables de los delitos y faltas a los autores y a los cómplices.

71. Los autores: son definidos en el artículo 28 del CP que establece, “Son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirvan como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

72. De este conjunto normativo resulta que el CP ofrece un concepto de autor en sentido estricto, que es el que realiza la conducta ilícita y otro, más extensivo, de personas consideradas autores que si no fuera porque así se establece en una norma legal, no tendrían esa consideración.

73. La autoría en sentido estricto implica la realización individual o conjunta del ilícito en el supuesto de la autoría inmediata, o la realización del ilícito por medio de otro, que es utilizado como instrumento, que da lugar a la autoría mediata.

74. La autoría en sentido expansivo, o por consideración legal, tiene lugar tanto en la inducción como en la cooperación. A tal fin se han fijado como requisitos de la inducción por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: a) que la influencia del inductor incida sobre alguien no resuelto a cometer el ilícito; b) que la incitación sea intensa y adecuada de forma que motive a la perpetración; c) que se dirija a persona concreta e ilícito determinado; d) que el inducido realice el acto; y e) que el inductor actúe con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen se ejecute (por todas, SSTS 5/05/1988; 30/06/1993; 27/04/2007).

75. Por otra parte, en la cooperación lo decisivo es la eficacia, la necesidad y la trascendencia en el resultado finalístico de la acción (por todas SSTS 28/01/1991 y 16/06/1991), existiendo cooperación necesaria –que es castigada como la autoría- cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido; cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo; o cuando el colaborador puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (por todas STS 28/10/2004).

76. A los cómplices se refiere el artículo 29 del CP que dispone que, “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

77. La jurisprudencia ha entendido que debe tratarse de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario e inferior, que se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención (por todas STS 13/12/2006).

78. Téngase en cuenta, además, que en el derecho español es punible, no solo el delito consumado, sino también la tentativa de delito (artículos 15 y 16 CP). Así mismo son punibles la conspiración, proposición y provocación para delinquir cuando así lo prevea la Ley (artículos 17 y 18 CP) y esta previsión expresa existe para los delitos de detención ilegal/secuestro porque el artículo 168 CP dispone que: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este capítulo (capítulo I “de las detenciones ilegales y secuestros”, artículos 163 a 168) se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate”.

79. De este conjunto normativo y de las construcciones jurisprudenciales y dogmáticas articuladas en relación con el mismo, se debe concluir que el CP ofrece un marco acabado que se ajusta al Convenio a los efectos de establecer la responsabilidad penal de quien participe, en las diversas formas que el Convenio describe, en una “desaparición forzada”. Queda incluido el supuesto del castigo a la superioridad cuya conducta, según el caso

concreto, podrá encuadrarse en las categorías penales de autor mediato, coautor o inductor, así como de inducción del delito. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las figuras residuales, a estos efectos, de la omisión del deber de impedir o, en su caso, perseguir los delitos cometidos.

80. Finalmente, el artículo 11 del CP establece una cláusula para imputar la comisión de un delito de resultado mediante la omisión cuando se infringe un deber especial del autor (que surge por ley, por contrato o por una actuación previa peligrosa). En tales casos, el resultado se atribuye al omitente igual que si lo hubiese causado por acción. Dice el Artículo 11 CP: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto, se equipará la omisión a la acción: A) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. B) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

81. Además, debe señalarse el contenido del artículo 6.2.- que indica que: El agente de la autoridad o funcionario está siempre integrado en estructuras que se caracterizan por ser organizaciones en las que rige el principio de jerarquía, de forma que los mismos están obligados al cumplimiento de las normas y a la obediencia a las órdenes e instrucciones que reciban para el cumplimiento de las mismas y para el desarrollo de su función.

82. Ello no obstante, esos principios de jerarquía y obediencia no podrán ser invocados para justificar la comisión de un ilícito penal. Esta afirmación encuentra su reflejo en el Derecho español tanto en el ámbito del régimen general de la Administración, como en el disciplinario-administrativo y en el ámbito penal.

83. Veámoslo en una serie de puntos que se señalan a continuación:

a) La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC) establece las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas españolas de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 103.1 CE, “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. En esa Ley se dispone, al regular la nulidad, que los actos delictivos de las administraciones son radicalmente nulos. “Nulidad de pleno derecho. 1.-Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. (... ..) d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. (... ..) 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes.....”. (LRJAP y PAC, art. 62).

b) La Ley 7/2007, de 2 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, al regular los principios de conducta de todos los empleados públicos civiles dispone que, “...obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta el ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes” (art. 54.3).

c) El Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas establece: “Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito [...] el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión” (art. 48).

d) En el CP, al tipificar el delito de desobediencia se dispone que, “1.Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido

cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general”. (CP, art. 410)”

84. De lo expuesto hasta aquí, resulta que en el Derecho español las normas, órdenes o instrucciones que sean constitutivas de delito —en lo que nos ocupa aquí del delito de detención ilegal/secuestro/desaparición forzada—, son radicalmente nulas; y los agentes, autoridades y funcionarios están exentos de cualquier tipo de responsabilidad por no ejecutarlas. Además, la ejecución de tales órdenes no les exime de responsabilidad por los delitos que hubieran cometido.

85. Con respecto al régimen castrense, nos referiremos a continuación al contenido del Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985). Su Título Segundo. Delitos contra las Leyes y usos de la guerra, reza lo que sigue: - Artículo 77: Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que: “6º. Cometiere contra las personas civiles de un país con el que España está en guerra, deportaciones y traslados ilegales, detenciones ilegítimas, toma de rehenes, coacciones para servir en las fuerzas armadas enemigas o les privara de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.” En consecuencia, se entiende que la legislación española respeta el artículo 6 de la Convención, incluido su apartado 2 (ninguna orden de cualquier autoridad pública puede justificar un delito de desaparición forzada), ya que ninguna de las normas citadas excepciona o modula la responsabilidad penal como consecuencia del eventual cumplimiento de una orden o instrucción de un superior.

86. Sobre este último aspecto hay que destacar las importantes normas previstas en:

a) Ley Orgánica 2/1896, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, - Artículo 5: Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre otros, sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación, si bien, en ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes.

b) Ley Orgánica 4/2010, de 20 de marzo, del régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. - Artículo 8: Son faltas graves: b) La desobediencia a los superiores jerárquicos o los responsables del servicio con motivo de las órdenes o instrucciones legítimas dadas por aquéllos, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

c) Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil. - Artículo 7: Son faltas muy graves: 15. La desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que éstas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

Artículo 7: penas

87. Con respecto al artículo 7.1, el sistema de penas está recogido en la Parte General del CP (Libro I, Título III), caracterizándose a las mismas como una privación o restricción de bienes jurídicos que está prevista en la ley y que se impone al que ha sido declarado culpable en un proceso seguido ante los Tribunales de Justicia del Orden Jurisdiccional Penal.

88. Dentro de dicho sistema, las penas se clasifican, por un lado, en privativas de libertad, privativas de derechos o multas (CP, arts. 32 y 33) y, por otro, en función de su duración, en penas graves, menos graves y leves (art. 13). Pues bien, el sistema de penas previsto en el CP español para las detenciones ilegales/secuestros con desaparición/desaparición forzada, cumple lo establecido en la Convención, porque como hemos visto al examinar su tipificación en el comentario hecho al artículo 4, los artículos 167 y 165 del CP establecen agravaciones de penas sobre las establecidas para la detención ilegal o el secuestro que ya son muy elevadas, cuando estos delitos reúnan los caracteres que los hacen encajar en la figura de la “desaparición forzada”.

89. En efecto, la detención ilegal y el secuestro son en el sistema español delitos graves y, en consecuencia, están castigados con penas graves, de 4 a 8 e incluso 10 años de prisión según sus distintas modalidades (lo que equivale al mínimo de la pena prevista para el homicidio —10 a 15 años de prisión—); cuando no se dé razón del paradero del detenido ilegalmente o secuestrado, la pena anterior se agrava y se impone la superior en grado (artículo 166 CP); y finalmente, cuando los delitos son cometidos por quién simule ser o sea agente del Estado la pena anterior se impone siempre en su mitad superior y, además, se impone a estos la pena de inhabilitación absoluta (privación de cualquier empleo, honor o cargo público, así como del derecho de sufragio pasivo) entre 8 y 12 años.

90. El Tribunal Supremo ha señalado (por todas, SSTS 18/01/1999 y 25/09/2003) que la detención ilegal y el secuestro, en directa vinculación con el artículo 17 de la CE (“1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”), suponen una privación a la víctima de una manifestación de su derecho a la libertad, como es la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad, lo que implica que se limita su derecho a la deambulación, bien jurídico indestructible, en tanto que se impide el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona. Esta razón es la que determina y explica las penas tan elevadas que llevan aparejadas estos delitos.

91. En los supuestos en que la “desaparición forzada” sea calificable como un delito de lesa humanidad de acuerdo con el ya examinado artículo 607 bis del CP (vid comentario al artículo 5 de la Convención), las penas antes descritas se agravan estableciéndose una penología superior en un grado a la que corresponde a la lesión del bien jurídico protegido cuando la misma sea un delito penal común. En concreto, el CP prevé penas de 8 a 15 años de privación de libertad.

92. Con respecto al artículo 7.2.- ha de señalarse que el régimen de circunstancias atenuantes y agravantes para estos delitos es el general previsto en los artículos 21 y 22 de la Parte General del CP, estando consagrados en los mismos los supuestos a los que la Convención se refiere. Así, son circunstancias atenuantes la de la confesión de la infracción a las autoridades y la reparación (que ha de ser efectiva, objetiva y relevante según la doctrina del TS) del daño causado a la víctima o la disminución de sus efectos (CP, arts. 21, 5ª y 6ª CP) y son circunstancias agravantes, entre otras, el ejecutar el hecho delictivo aprovechándose de la especial situación de desvalimiento de la víctima que se da en niños, enfermos, discapaces, etc. que el Tribunal Supremo encaja en la alevosía (CP, art. 22, 1ª).

93. Por otra parte debe tenerse en cuenta que, para la hipótesis de fallecimiento de la persona desaparecida, el Tribunal Supremo ha establecido que el delito del artículo 166 CP, en su vigente redacción, no es un delito de sospecha o de presunción de muerte (STS 25/06/1990) y que es pertinente la condena por asesinato y sobre la base de indicios a quienes fueron autores probados de detenciones ilegales cuando seguidamente se produce el hallazgo de los detenidos asesinados (STS 22/7/2002).

94. Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que el Ministro de Justicia ha informado que en la inmediata reforma del CP que se remitirá al Parlamento, el tipo de la detención

ilegal con desaparición (véase el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de fecha 16 de julio de 2012) verá agravada su reproche penal que quedará fijada en una pena única de 10 a 15 años de prisión y se recogen además dos supuestos agravados aplicables en los casos en que la víctima sea menor de edad, o en los que el delito se haya cometido con una finalidad sexual, o bien el autor hubiera actuado posteriormente con esa finalidad. En dicho proyecto de reforma se contempla también la incorporación de un nuevo precepto de agravamiento de pena en la forma siguiente: “Artículo 168 bis. A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo (se refiere al capítulo “de las detenciones ilegales y secuestros”) se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”.

Artículo 8: prescripción del delito

95. La referencia que se hace en el primer párrafo en este precepto al artículo 5 de la Convención (crímenes de lesa humanidad), debe entenderse en el Derecho español en relación con lo que establece el artículo 131.4 CP que dispone que, “Los delitos de lesa humanidad [...] no prescribirán en ningún caso”. En consecuencia, la desaparición forzada cuando constituye un delito de lesa humanidad – artículo 607 bis 6º y 7º CP-, debe reputarse como un delito imprescriptible.

96. Con respecto al apartado primero del artículo 8, debe señalarse que, en cuanto a los demás supuestos de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada”, los mismos están sujetos al régimen de prescripción que con carácter universal se establece en la Parte General del CP (artículos 130.6; 131 y 132).

97. Teniendo en consideración que la prescripción de los ilícitos penales no es sino la renuncia por parte del Estado al ejercicio del *ius puniendi* por razón de que el tiempo transcurrido de alguna manera borra la memoria social de la infracción y matiza sus efectos, es manifiesto que el tiempo de la prescripción debe estar en función de la gravedad de la conducta. Así lo hace el CP que establece los plazos para la prescripción en función de la pena máxima que en el mismo CP se señala para el delito.

98. En el comentario al artículo 7 de la Convención se ha señalado lo elevado de la pena que corresponde a los delitos de detención ilegal/secuestro y a su especie agravada de desaparición o “desaparición forzada” en el derecho español y procede ahora reseñar que cuando la pena señalada sea de prisión por más de 10 y menos de 15 años, el plazo de prescripción es de 15 años, cumpliéndose así la exigencia de que dicho plazo sea prolongado y proporcional a la gravedad del delito cometido.

99. En cuanto se refiere a la fijación del *dies a quo* o día de inicio de la prescripción, ésta se realiza en la hipótesis de delitos permanentes, en función del último acto del ilícito, es decir, cuando se pone término a la actuación dolosa enjuiciada. Es decir, el delito comienza a prescribir desde su consumación y la modalidad del tipo de detención ilegal en que la persona ilegalmente detenida no aparece sigue consumándose permanentemente. Así lo establece explícitamente el artículo 132.1 del CP que dispone: “Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

100. En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciese antes de alcanzarla, a partir de la fecha

del fallecimiento.” Y así lo ha establecido en doctrina constante el Tribunal Supremo (por todas, SSTs 30/9/2008 y 5/11/2008).

101. Por último resta señalar que en nuestro derecho interno es la figura del delito permanente la que se corresponde con la del delito continuado de la Convención. En Derecho español la figura técnica el “delito continuado” se refiere a un supuesto distinto, como es la conformación de una regla penológica especial en caso de concurso de delitos que se cometan aprovechando idéntica ocasión, en plazo limitado de tiempo, circunstancias, etc.

102. Con respecto al apartado segundo de este artículo 8, procede señalar que mientras el delito no está prescrito – y ya hemos visto lo largo del término de la prescripción y la subordinación del inicio de su cómputo a la cesación de la detención ilegal/secuestro-, podrá ejercitarse la acción penal sin ninguna restricción, siendo la víctima titular del derecho al ejercicio de la acusación particular, sin perjuicio del ejercicio de la acción pública que corresponde, por mandato constitucional, al Ministerio Fiscal.

Artículo 9: jurisdicción penal

103. El ordenamiento jurídico español establece y regula la extensión y los límites de la jurisdicción de sus Juzgados y Tribunales en la Ley Orgánica 6 /1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). En particular, en lo que se refiere a la jurisdicción penal, deberá también atenderse a los efectos de la determinación de la competencia de los Juzgados y Tribunales a la Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim), Libro I, Título II, Artículos 8 y ss, que ha sido objeto de múltiples modificaciones (hasta 43 leyes diferentes la han modificado, siendo 27 de ellas leyes orgánicas). De estas leyes, en especial de la LOPJ, procede citar los preceptos que siguen, que definen la jurisdicción de los Tribunales españoles en los supuestos que demanda el Convenio.

104. Con carácter general se dispone que, “El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales” (LOPJ, art. 2.1) y asimismo que, “Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte” (art. 21.1).

105. Con carácter más específico establece la LOPJ en su artículo 23 los supuestos de jurisdicción de los Tribunales penales españoles que, entre otros, se citan:

“1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las leyes españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una Organización Internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en este último caso, no haya cumplido la

condena. Si solo se hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

[...]

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad [...]; h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España. Sin perjuicio de lo que puedan disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que los presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española [...].

106. La atribución de Jurisdicción a los Tribunales españoles sobre las desapariciones forzadas “cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado” del art. 9.1.c) del Convenio, cabe ponerla en relación con el art. 5 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. En virtud de este artículo se ha entendido atribuida la Jurisdicción a los Tribunales españoles por la cláusula del art. 23.4.h) del LOPJ que les atribuye Jurisdicción sobre “cualquier otro [delito] que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos deba ser perseguido en España”.

107. Teniendo en cuenta el contenido del mencionado art. 5 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, debe señalarse que, en virtud del artículo 23.4 h) LOPJ se ha reconocido jurisdicción a los Tribunales españoles en relación a torturas sufridas por nacionales en el extranjero y a manos de extranjeros. Véase, por ejemplo, el caso de las torturas sufridas en Guatemala por ciudadanos españoles, respecto de las que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, entendió limitada la Jurisdicción a las que afectaban a los nacionales: “En cuanto a las torturas, España y Guatemala son parte en la Convención de 1984, que incorpora el principio de personalidad pasiva, permitiendo perseguir los hechos al Estado de nacionalidad de la víctima cuando éste lo considere apropiado. Las denuncias incluyen los acontecimientos de la Embajada de España, donde murieron ciudadanos españoles, habiendo reconocido el Gobierno de Guatemala que constituyeron una violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y aceptado las consecuencias que de ello pudieran derivar, y también se denuncia la muerte de cuatro sacerdotes españoles, que se imputa a funcionarios o a otras personas en el ejercicio de funciones públicas, lo que autoriza a mantener respecto de ambos hechos la jurisdicción de los Tribunales españoles”. Posteriormente el TC en su Sentencia número 237/2005, de 26 septiembre, no sólo confirmó esa jurisdicción sino que la amplió para los demás casos y delitos pretendidos por los denunciados.

108. Ese criterio es el asumido en otra Sentencia del Tribunal Supremo, la número 1092/2007, de 27 diciembre, que considera que el art. 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, junto con el art. 23.4.h) de la LOPJ “dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los Órganos jurisdiccionales españoles.”

109. En suma el 23.4.a) de la LOPJ atribuye directamente el conocimiento de los procesos por delitos de lesa humanidad con lo que estaría incluido el tipo de desaparición generalizada o sistemática del art. 5 de la Convención sobre desapariciones forzadas o involuntarias, y para los demás casos, la letra h) del mismo precepto, al atribuir el conocimiento de “cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España”, estaría dando cabida –según el criterio jurisprudencial en vigor- al tipo común de desaparición forzada o involuntaria de nacionales ocurrida en el extranjero incluso a manos de no nacionales.

110. En conclusión, de la lectura de los anteriores preceptos resulta con toda evidencia el cumplimiento de las previsiones del Convenio, siendo de subrayar, en especial, la constante llamada que la LOPJ establece en materia de extensión jurisdiccional del orden penal a lo dispuesto en el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

Artículo 10: detención

111. Como resulta de los comentarios realizados al artículo 9 de la Convención, los Tribunales españoles tienen en todo caso jurisdicción cuando el delito de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada” haya sido cometido en territorio español o a bordo de naves o aeronaves de matrícula española. En estos casos y si se tuviera noticia de que la persona presuntamente responsable de la comisión de ese delito está en territorio español, la misma será detenida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y puesta a disposición judicial para que, una vez ejercitada la acción penal mediante denuncia o querrela, se ponga en marcha el aparato jurisdiccional.

112. El mismo protocolo de actuación se seguirá cuando el delito haya sido cometido fuera de territorio español, pero los presuntos autores sean españoles y concurren las demás circunstancias exigidas en el artículo 23.2 de la LOPJ antes transcrito. En esta hipótesis -delito cometido fuera de España-, la jurisdicción española puede extender su competencia sobre extranjeros en los casos del artículo 23.4 de la LOPJ.

113. Fuera de los casos de competencia de la jurisdicción española, el Estado actuará a requerimiento o reclamación de otros Estados o de instancia penal internacional reconocida, característicamente la Corte Penal Internacional, pudiendo proceder a la detención del presunto culpable en el marco de la cooperación jurídica internacional y con sumisión a lo dispuesto en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva para, tras la intervención de los Tribunales españoles – la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional- proceder, en su caso, a la entrega del reclamado.

114. La detención del presunto responsable, tanto en el supuesto de jurisdicción retenida por los Tribunales españoles, como en el supuesto de requerimiento a efectos de extradición, así como la posible adopción de medidas cautelares como la prisión preventiva, se someten necesariamente al régimen común, con plena garantía de su derecho de defensa, previsto en la LECrim (art. 118 y ss.) y en la Ley de Extradición Pasiva para todos los delitos.

115. Como se anticipó en el comentario a los artículos 2 y 3 de la Convención, los delitos de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada” son delitos de naturaleza pública, bastando con que, por cualquier vía, se tenga noticia o conocimiento de su perpetración, para que los mismos sean investigados y juzgados, sin necesidad de que los particulares ofendidos por el delito deban personarse en el proceso o tengan que ejercitar la acción penal a través de la acusación particular. Sobre este extremo se vuelve en el comentario a los artículos 11 y 12 de la Convención.

116. A fin de asegurar dicha investigación y sanción, el CP sanciona tanto a la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el fin de no impedir o no perseguir

estos hechos delictivos (CP, art. 407 CP), como al que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover su persecución o a sus responsables (art. 408).

117. Los Jueces de instrucción, el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, deben investigar todo hecho que pueda revestir los caracteres de delito y, en concreto, el Ministerio Fiscal —titular de la acción pública en materia penal—, está obligado a ejercerla, estando a tal efecto sometido únicamente al principio de legalidad e imparcialidad, nunca el de oportunidad, sin obedecer órdenes o instrucciones en sentido contrario, según resulta de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre.

Artículo 11: ejercicio de la acción penal

118. Lo establecido en el artículo 11.1 de la Convención ya ha sido considerado en los comentarios a los artículos 9 y 10 anteriores. A ellos nos remitimos.

119. Respecto de las previsiones de los apartados 2 y 3 del Convenio, debe señalarse que tanto el delito de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada” tipificado en el CP en su artículo 167, como el delito de desaparición forzada/lesa humanidad tipificado en el artículo 607 bis del CP, son delitos graves y en su enjuiciamiento, los presuntos responsables tienen idénticos derechos y garantías que los encausados en un proceso penal por cualquier otro delito, por ser de aplicación en los mismos todos los principios y reglas que inspiran el muy garantista proceso penal español.

Artículo 12: denuncia e investigación

120. En el sistema procesal penal español (LECrim) toda persona que tenga conocimiento por cualquier medio de la perpetración un delito debe ponerlo en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, del Ministerio Fiscal o de los Tribunales de Justicia (LECrim, art. 264). Este deber ciudadano de denuncia se convierte en obligación sancionable si se incumpliera, en el caso de las personas que presencien la perpetración de cualquier delito, así como en el de quienes por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran conocimiento de la perpetración de cualquier delito. (arts. 259 y 262).

121. La denuncia, que puede realizarse en cualquier forma, provocará la comprobación inmediata del hecho denunciado salvo que aquella resultara manifiestamente falsa o que el hecho no revista los caracteres de delito (LECrim, arts. 265 y 269).

122. Las denuncias desencadenan el inicio de un proceso penal, sin perjuicio del derecho de todos los ciudadanos para constituirse como parte en el proceso penal, a través de la formulación de querellas, bien como acusadores particulares, bien en el ejercicio de la acción popular y sin perjuicio de la acción penal pública que, como vimos, puede ser ejercida de oficio por el Ministerio Fiscal (LECrim, arts. 270, 271 y ss.).

123. El sistema procesal penal español garantiza que los hechos denunciados sean investigados con diligencia y salvando todos los obstáculos o presiones que puedan existir, correspondiendo a los Jueces de Instrucción, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal, la dirección de la investigación y el control de legalidad de la misma.

124. El conjunto normativo expuesto se aplica, sin ninguna salvedad o excepción, a los delitos de detención ilegal/secuestro sin dar razón de paradero.

Artículo 13: extradición por delito de desaparición forzada

125. El artículo 13.3 de la CE dispone que, “La extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan

excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

126. Por otro lado, el artículo cuarto, 1º de la LExtr establece: “No se concederá la extradición en los casos siguientes: 1º. Cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo; los crímenes contra la humanidad [...], ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.”

127. En los textos citados no se incluye la definición de delito político, pero el artículo primero de la LExtr dispone expresamente que, “Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte”.

128. De este conjunto normativo resulta que hay una llamada expresa de la ley interna a la aplicación preferente en materia de extradición de lo previsto en los tratados o convenios internacionales que hayan sido ratificados por España. En consecuencia, disponiéndose en la Convención la imposibilidad de caracterizar la detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada” como delito político, no hay duda de la aplicación y vigencia de dicha prohibición en el derecho interno.

129. Idéntica argumentación y con el mismo razonamiento sirve para establecer que todos y cada uno de los mandatos contenidos en este precepto, están incorporados y rigen en el derecho interno, amén de por la incorporación producida a través de la ratificación, por el reenvío expreso a la Convención realizado por la LExtr.

130. Por último, destacar que, de acuerdo con el art. 2 de la Ley 4/1985, de 24 de marzo, de extradición pasiva “se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes Españolas y las de la parte requeriente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la Legislación Española”. Así pues, las penas previstas para estos delitos cumplen sobradamente lo exigido por el art. 13 de la Convención. Por otra parte, la circunstancia ya examinada en el presente informe, de que la tipificación de la desaparición forzada en nuestro ordenamiento interno se realice a través de varios delitos que no se denominan estrictamente “desaparición forzada”, no implica en modo alguno que las autoridades españolas puedan denegar la asistencia judicial o la petición de extradición por este delito so pretexto de la falta del requisito de doble incriminación. La práctica de nuestros Tribunales en esta materia es muy clara y reiteradamente se viene estableciendo que la exigencia de doble incriminación no equivale a identidad de *nomen iuris*, sino que se plasma en que el hecho por el que se formula la reclamación de extradición o la demanda de auxilio judicial, también sea típico con arreglo a la legislación española.

Artículo 14: auxilio judicial

131. El régimen del auxilio jurisdiccional internacional está regulado con gran amplitud en la LOPJ (artículos 276 a 278) que contempla tanto la cooperación internacional activa como la pasiva y que somete dicha cooperación a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Así se dispone, en cuanto a la cooperación activa: “Las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados o Convenios.” (LOPJ, art. 276).

132. Y, en cuanto a la cooperación pasiva afirma la Ley que: Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las Autoridades Judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten

para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad según lo establecido en el artículo siguiente”. Se garantiza así el pleno cumplimiento de lo que en materia de cooperación prevé la Convención.

Artículo 15: cooperación jurídica entre los Estados

133. Cuando el auxilio se recabe por vía jurisdiccional y en el curso de procesos penales, se estará a lo que acabamos de exponer al comentar el artículo 14 de la Convención, de donde se concluye que la solicitud de prestación de auxilio se cumplimentará plenamente por el Reino de España en los términos que la Convención establece.

134. Además, en relación con la cooperación entre países firmantes en materia de víctimas, España está pendiente de la Directiva en tramitación, ya aprobada por el Parlamento Europeo en primera lectura el pasado 12 de septiembre y a falta de su aprobación por el Consejo, según la cual (art. 26), se impone la cooperación en el reconocimiento y protección a las víctimas. Viene a sustituir a la vigente Decisión Marco 220/2001 JAI en la materia. Actualmente, y a la espera del texto definitivo de Directiva, se encuentra en tramitación un anteproyecto de Ley del Estatuto de la Víctima que incluye por una parte, el concepto ampliado de víctima y víctima indirecta conforme al artículo 24.1 de esta Convención, de otra, el catálogo de derechos de la víctima según las características del delito, su gravedad y su concreta situación personal y familiar previa evaluación singular de ésta, así como la cooperación internacional en la materia.

Artículo 16: expulsión, devolución, entrega o extradición de la persona

135. En el ordenamiento jurídico y en la práctica judicial española se han establecido numerosas cautelas que pretenden evitar y evitan que las devoluciones o entregas de personas reclamadas a un Estado, pudieran suponer para dichas personas el peligro de ver violados sus derechos y libertades fundamentales, incluido el peligro de ser víctimas de un delito originado en la actuación directa o indirecta del Estado, como es el de desaparición forzada.

136. Así, en la LExtr la entrega de los extraditables en las extradiciones pasivas es siempre potestativa para el Estado español (artículo 2); en los procesos de extradición se garantiza la audiencia del extraditable y la intervención determinante de la Autoridad Judicial y del Ministerio Fiscal (artículos 6, 11, 12 y ss.) en cuanto en dichos procesos siempre está en debate la libertad de las personas; y se prevé la denegación de la extradición para los supuestos de delitos políticos/ideológicos o de opinión, para los casos de que el Estado requirente no diera garantía de que la persona extraditada no será sometida a penas o tratos inhumanos o degradantes o a penas que atenten contra su integridad corporal, o se tuvieran razones para pensar que se van a violentar los derechos del extraditable.

137. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea (Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo), implica un reconocimiento recíproco de las resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la UE sin intervención de los poderes ejecutivos/gubernamentales. En España, su integración en el Derecho interno como mecanismo sustitutivo de la extradición en el ámbito de la Unión Europea, se produjo mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre Orden Europea de Detención y Entrega.

138. El sistema se construye desde la constatación de la creación por la UE de un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el que la legislación garantiza y los Tribunales de Justicia tutelan la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, incluido el

derecho a la libertad deambulatoria y se explica porque en todos los Estados miembros de la Unión Europea existe, por mandato imperativo de los Tratados un rango uniforme y exigente de reconocimiento, protección y tutela de los derechos y libertades fundamentales. Téngase en cuenta, por otra parte, que entre los hechos que pueden dar lugar a la entrega según dicha Ley están el “secuestro, detención ilegal y toma de rehenes” (art. 9.1).

139. La legislación vigente en España en materia de extranjería está constituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LExtr), que ha sido objeto de múltiples reformas (LO 8/2000; LO 14/2003; LO 2/2009; LO 10/2011) y de importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En esta legislación se prevé supuestos de expulsión de extranjeros como medida sancionadora en supuestos de infracciones graves o muy graves o como medida sustitutiva de determinadas penas privativas de libertad.

140. Estas medidas de expulsión podrán verse limitadas por la invocación de circunstancias que puedan ser determinantes de la concesión de asilo, refugio y protección en supuestos, entre otros, de probado riesgo para los derechos y libertades fundamentales del extranjero.

141. Como consecuencia de lo expuesto debe mencionarse, por último, la legislación española de asilo y refugio. Está constituida por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria. Dicha Ley establece un acabado sistema de protección de los derechos fundamentales de los refugiados, partiendo del marco establecido por la Convención de Ginebra de 1951, el Protocolo de Nueva York de 1967 y las Directivas 2003/86/CE; 2004/83/CE y 2005/85/CE. Esta legislación impide la entrega de las personas a quienes se reconoce la condición de refugiado (artículo 3) o la protección subsidiaria (artículo 4).

142. Téngase finalmente en cuenta que la alegación de riesgo de violación de derechos o libertades fundamentales por parte de una persona que, por cualquiera de los motivos o procedimientos antes reseñados, esté incurso en proceso que puede acabar con su entrega o extradición a otro Estado, será siempre examinada por un Tribunal de Justicia que dispone de instrumentos procesales y de justicia cautelar que le permitirán dictar Resolución urgente sobre la realidad o verosimilitud de la alegación y, en caso de ser apreciada, la subsiguiente paralización de la entrega —Ley 29/ 1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que configura en su seno un procedimiento especial sumario, preferente y urgente para la protección de los derechos fundamentales de la persona frente a actos de las Administraciones Públicas- artículos 114 y siguientes-, en desarrollo del artículo 53.2 de la CE (tal y como se ha señalado en los párrafos 37 a 40 del presente informe)—.

Artículo 17: detención y privación de libertad

143. Este artículo se abre con la siguiente declaración: Nadie será detenido en secreto. A continuación impone una serie de obligaciones en materia de privación de libertad a los Estados Parte, que deben tener reflejo en la respectiva legislación. Además, dispone la creación y mantenimiento de uno o varios registros oficiales y/o expedientes actualizados de las personas privadas de libertad, y señala los contenidos mínimos de los mismos. Los comentarios a este artículo se harán, por tanto, en cuatro apartados: a) sobre la privación de libertad; b) sobre los registros; c) sobre los mecanismos independientes de inspección de lugares de detención; d) sobre la unidad administrativa de inspección de centros penitenciarios.

1. La privación de libertad

144. La CE considera la libertad personal como un valor superior del Ordenamiento Jurídico al establecer en su artículo 1.1 que, “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” y, en consecuencia, ha establecido un entramado normativo en la propia Constitución, en leyes orgánicas y en leyes ordinarias, cuya pretensión es la garantía de la libertad personal de los ciudadanos y la regulación de las cautelas a las que debe someterse la privación de libertad de una persona.

145. Sobre la base del artículo 17 de la CE, las detenciones de personas por funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad exclusivamente vendrán determinadas por la comisión de infracciones penales o, en su caso, y a los solos efectos de identificación de personas en el ámbito de la seguridad ciudadana, bien para la prevención de delitos bien para la identificación de infracciones administrativas, y siempre observándose todas las garantías constitucionales y legales, conforme se dispone en los siguientes artículos de la normativa que se indica a continuación.

146. En desarrollo de estos mandatos imperativos de la CE, existen cinco bloques de normas cuyo objeto es la salvaguardia de la libertad personal y la prohibición y persecución de la detención arbitraria. Son los siguientes:

a) La Ley de Enjuiciamiento Criminal

147. La LECrim regula “la citación, la detención y la prisión provisional” con exhaustividad (arts. 486 a 519) y dispone que “ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y forma que las leyes prescriban” (art. 489). Asimismo regula los supuestos en que sí es posible aquella detención y los limita a los casos de personas que cometan delitos o se fuguen de prisión y, en general, a los casos de personas de los que la autoridad tenga racionalmente motivos bastantes para creer que hayan cometido un hecho que revista los caracteres de delito y que las mismas han tenido participación en él (art. 492). La detención será practicada por la autoridad o policía judicial y excepcionalmente — casos de flagrancia, fuga o rebeldía— se permite la detención por particulares (art. 490) con entrega inmediata del detenido a la autoridad.

148. La persona detenida, establece la LECrim, será informada de forma inmediata y que le sea comprensible de los hechos imputados, de las razones motivadoras de su detención y de los derechos que le asisten (art. 520.2). Entre estos derechos están (obviamente hay otros como el de guardar silencio, no declarar contra sí mismo, no confesarse culpable, etc. que no son objeto de consideración en este informe) todos aquellos a los que la Convención se refiere: el derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de la custodia y tratándose de extranjero que se comunique a la Oficina Consular de su país (art. 520.2.d) y el derecho a solicitar abogado que le asista en todas las diligencias policiales y judiciales (art. 520.c) teniendo en cuenta que si no lo solicita se le asignará un abogado de oficio.

149. Todo este elenco de derechos impide que una detención sea mantenida en secreto.

b) La Ley de Hábeas Corpus

150. Por otro lado, en cuanto a los supuestos detención ilegal, y en desarrollo del artículo 17.4 de la Constitución, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”². Y en concreto sus artículos 1, 3, 5, 6, 7 y 8. Esta Ley establece un procedimiento sumarisimo (24 horas), rápido, no formalista, general y universal para que un Juez de Instrucción resuelva de forma ejecutiva si existe o no una detención ilegal, arbitraria, excesiva o abusiva y le ponga inmediato fin.

² Disponible en: www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-11620.

Prevé además que dicho Juez deducirá testimonio, es decir, desencadenará el proceso penal, para la persecución y sanción de los delitos cometidos por quienes hayan ordenado la detención ilegal o tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad. Igual responsabilidad puede exigirse al que custodiando a una persona detenida, no tramitara inmediatamente ante el Juez la solicitud formulada por ésta de habeas corpus.

151. El procedimiento se puede iniciar de oficio por el Juez y la legitimación para poder instarlo una parte es muy amplia, reconociéndose ésta al privado de libertad, a su cónyuge o persona unida con análoga relación de afectividad; a sus descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto de los menores y personas incapacitadas, a sus representantes legales. También están legitimados el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (artículo 3).

152. Téngase en cuenta que, respecto de la legitimación de la propia persona privada de libertad y para que la misma no sea una hipótesis de puro formalismo jurídico, sino un derecho real y efectivo, la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, dispone bajo la rúbrica “derechos del detenido” y como obligaciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, “También se le informará (al detenido) de su derecho constitucional a solicitar el habeas corpus si considera que su detención no está justificada legalmente o que transcurre en condiciones ilegales, facilitándole a tal efecto el impreso de solicitud que se acompaña como anexo” (véase anexo I, Instrucción de la SES N° 12/2007).

c) Leyes de protección de la seguridad ciudadana y de fuerzas y cuerpos de seguridad

153. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, regula los supuestos de identificación obligatoria de los ciudadanos ante los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (artículo 20), remitiéndose en cuanto a la posible detención ulterior a las previsiones de la LECrim.

154. Debe igualmente hacerse referencia a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en concreto a su artículo 5, que por su importancia se refleja a continuación:

“Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuanto al tratamiento de detenidos, los siguientes:

[...]

a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención;

b) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas;

c) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona”.

155. Tal normativa es complementada por el Ministerio del Interior mediante instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad. En concreto, respecto de las vicisitudes del tratamiento y estancia del detenido en sede policial, se hace constar la “Instrucción n° 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los Comportamientos Exigidos a los Miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los Derechos de las Personas Detenidas o bajo Custodia Policial”. (Véase de nuevo el mencionado anexo I).

d) Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

156. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, contemplan el supuesto de privación de libertad ambulatoria de los extranjeros en situación irregular para el caso de ciertas infracciones graves o muy graves, siempre mediando resolución de un Juez de Instrucción que así lo autorice, y reconociéndose al extranjero interno en los Centros de Internamiento de Extranjeros un elenco de derechos iguales a los que tiene una persona detenida y que antes se han mencionado.

e) Código Penal

157. Por último, el CP, como hemos visto con anterioridad, tipifica el delito de detención ilegal/secuestro en sus distintas modalidades de ejecución, incluida la figura de la desaparición forzada tal y como es definida en la Convención.

2. Los Registros

158. Complementariamente a todo lo expuesto, cualquier incidencia durante la estancia del detenido en dependencias policiales quedan plasmados en los correspondientes Libros registros de detenidos, los cuales se encuentran a disposición de las autoridades judiciales en todo momento. En este sentido cabe hacer referencia a la Instrucción nº 12/2009, del Secretario de Estado de Seguridad, por la que se regula el “Libro de Registro y Custodia de Detenidos”. Esta Instrucción tiene por objeto regular de forma exhaustiva la constancia documental de la entrada del detenido en dependencias policiales, la cadena de custodia y la salida mediante su puesta en libertad o a disposición judicial, haciéndose constar en el Libro Registro todas las informaciones exigidas por el apartado 3 del artículo 17 de la Convención. (véase anexo II, Instrucción de la SES Nº 12/2009).

159. Además, la Secretaría de Estado de Seguridad ha creado libros específicos para anotar los registros de personas conducidas a la dependencia policial para su mera identificación, de menores detenidos y de menores o personas con discapacidad en situación de riesgo, tal y como se indica en la instrucción Cuarta de la Instrucción 12/2009.

160. De esas Instrucciones resulta la existencia de registros oficiales en todas las dependencias policiales en las que pueden producirse detenciones, llevados con garantía de autenticidad, en los que se hacen constar todas y cada una de las circunstancias de las personas detenidas y de las circunstancias de su detención; de la autoridad que practica la detención; de la asistencia médica prestada; de la medicación facilitada; de la asistencia letrada; de la autoridad o Juzgado a quién se entrega el detenido; de las visitas recibidas, de la fecha y hora de puesta en libertad; y de cualquier otra incidencia o vicisitud relevante. Dichos Libros están obviamente a disposición de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal cuando estos resuelvan examinarlos o reclamen información en el ejercicio de sus funciones.

161. En las mencionadas dependencias también existe necesariamente un Libro - Registro de Identificaciones, distinto y compatible con los anteriores, en el que se harán constar todas las identificaciones, con sus vicisitudes, que se realicen en el marco de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (artículo 20.3) y que igualmente está a disposición de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal.

162. Las personas internas en centros o establecimientos penitenciarios, que lo estarán necesariamente en virtud de resolución judicial en que así se ordene, quedan sujetas a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

a) Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. En concreto su artículo 15. “1. El ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los

establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente. 2. A cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad”.

b) Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario, en concreto sus artículos 15 y 18³. Al amparo de esta normativa la administración penitenciaria desarrolla las siguientes actuaciones al momento del ingreso de una persona en un centro penitenciario:

i) Identificación personal: El procedimiento se inicia verificando la identidad personal, efectuando la reseña alfabética, dactilar y fotográfica, que servirán en el futuro para identificar a la persona en sus salidas al exterior del establecimiento por cualquier causa, incluida la puesta en libertad. Las reseñas alfabética y dactilar se realizan únicamente en el primer ingreso, dado su carácter inmutable, y quedarán archivadas a la puesta en libertad o traslado, sirviendo así en sucesivos ingresos, en caso de que se produjeran.

ii) Inscripción y apertura de expediente: Seguidamente se inscribe a la persona en el libro de ingresos y se realiza la apertura del expediente personal, que recoge de forma cronológica todas las incidencias penitenciarias. El expediente se reabre con cada nuevo ingreso, permaneciendo archivado, mientras tanto, en el centro del que el interno salió en libertad por última vez. Del contenido de este expediente, el interno tiene derecho a ser informado en todo momento.

163. Las personas internas en los centros de internamiento de extranjeros, que lo estarán necesariamente en virtud de resolución judicial en que así se ordene por un Juez de Instrucción y por un plazo máximo de 60 días, quedan sujetas al bloque normativo antes mencionado, Ley Orgánica 4/2000 y Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, y verán documentada su situación y todas las vicisitudes de la misma tanto en la ficha individual que se abre a cada extranjero ingresado en el respectivo centro de internamiento, como en el Registro Central de Extranjeros dependiente del Ministerio del Interior al que se refiere el artículo 213 del Reglamento.

164. La garantía de la custodia, mantenimiento y llevanza de los Libros-Registros-Expedientes a que estamos haciendo constante referencia, no es solo la disciplinaria-administrativa sino también la penal. En efecto, dichos soportes documentales tienen la naturaleza de documentos a los efectos del artículo 26 del CP que establece, “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica” y su destrucción, infidelidad en la custodia o falsificación tienen establecido un reproche penal, “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de 1 a 4 años, multa de 7 a 24 meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años” (CP, art. 413 CP). El artículo 390 del CP establece:

“1. Será castigado con las penas de prisión de 3 a 6 años, multa de 6 a 24 meses e inhabilitación especial por tiempo de 2 a 6 años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1º.-Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2º.-Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

³ Puede consultarse el Real Decreto en www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-3307.

3°.-Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4°.-Faltando a la verdad en la narración de los hechos. [...]

3. Mecanismos independientes de inspección de lugares de detención

165. De acuerdo con el mismo principio de transparencia, todos los lugares de detención, retención y custodia de personas están sujetos a la supervisión de los siguientes mecanismos:

a) Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas y Comité contra la Tortura del Consejo de Europa

166. Los representantes de dichos comités pueden, en cualquier momento, solicitar conocer las instalaciones y su funcionamiento, como así lo han hecho ya en reiteradas ocasiones, si bien en ningún caso han puesto de manifiesto situaciones de desaparición de personas.

167. Una vez que se formula la solicitud, el Ministro del Interior expide las credenciales en menos de 48 horas, lo que les permite acceder a cualquier lugar de detención, retención y custodia de personas, al tiempo que se designa un agente de enlace para asistir a dichos Comités en lo que pudieran necesitar.

168. Al final de su actuación piden reunirse con las autoridades competentes, a las que les presentan sus conclusiones preliminares, sin perjuicio de su informe *ad hoc*.

169. Por parte del Comité contra la Tortura del Consejo de Europa, la última visita a dependencias policiales y centros penitenciarios españoles se realizó entre el 31 de mayo y el 13 de junio de 2011.

b) El “Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura”

170. En los términos de la Ley Orgánica 3/1981:

“Disposición Final Única. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

Primero. El Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Segundo. Se crea un Consejo Asesor como órgano de cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del Mecanismo Nacional de Prevención, que será presidido por el Adjunto en el que el Defensor del Pueblo delegue las funciones previstas en esta disposición. El Reglamento determinará su estructura, composición y funcionamiento”.

171. En cumplimiento de esa previsión, el Defensor del Pueblo adopta un enfoque preventivo en el mismo sentido que el adoptado por el Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas. De conformidad con todo ello, el Defensor del Pueblo realiza inspecciones regulares, no anunciadas a lugares de privación de libertad, elabora y difunde un informe anual y formula recomendaciones a las autoridades responsables, efectúa propuestas y observaciones sobre la legislación vigente, mantiene contacto directo con el Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas y promueve actividades de difusión, divulgación y sensibilización en cuestiones relacionadas con las actividades del MNPT.

172. Durante el año 2010, el MNPT realizó las oportunas visitas y a mediados de 2011 publicó su primer informe anual, accesible en su página web⁴.

c) Centros penitenciarios

173. Cabe señalar:

a) Que sin perjuicio de la aplicación del régimen general de garantías, la Ley Orgánica General Penitenciaria atribuye a la figura específica del Juez de Vigilancia Penitenciaria, entre otras, las siguientes funciones:

- Salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento del régimen penitenciario puedan producirse.
- Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.
- Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.
- Realizar visitas a los establecimientos que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) En la práctica, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, integrado en el Poder Judicial y, por tanto, ajeno a la Administración penitenciaria, gira visitas diarias a los centros penitenciarios para, entre otras actuaciones, entrevistarse con los internos y atender sus quejas y peticiones.

c) Que el centro penitenciario es un medio de convivencia permeable, donde la sociedad participa a través de colaboradores de diferentes instituciones y organizaciones no gubernamentales en la responsabilidad de la reeducación y apoyo a los internos. Ello hace que los centros sean lugares abiertos a familias, abogados, confesiones religiosas, asociaciones y múltiples colectivos que forman parte de la vida ordinaria de las prisiones, al tiempo que, lógicamente, se constituyen en garantes de la actividad penitenciaria. En la actualidad trabajan con la Administración penitenciaria más de 700 organizaciones, sumando 6.500 colaboradores externos.

4. Unidad administrativa de inspección de centros penitenciarios

174. Depende del Ministerio del Interior, a través de la Secretaría General de Instituciones Penitenciaras, la “Inspección Penitenciaria” que, con rango de Subdirección General, ejerce la función inspectora sobre los servicios, organismos y centros, especialmente, en lo que se refiere al personal, procedimientos, instalaciones y dotaciones, así como la tramitación de las informaciones reservadas y de los expedientes disciplinarios incoados a los funcionarios. En definitiva, la normativa española establece un sistema de detención plenamente garantista, caracterizado por la regla de la transparencia, que anula cualquier posibilidad de “detención secreta” a que se refiere este artículo 17 de la Convención.

⁴ Disponible en http://mnp.defensordelpueblo.es/es/informes_anuales.html.

Artículo 18: garantías

175. Ha de señalarse para comenzar que en el comentario al artículo 17 de la Convención se han identificado los registros oficiales en los cuales obligatoriamente se documenta o hace constar el hecho de la identificación, detención, custodia, internamiento en dependencia oficial o el ingreso en establecimiento penitenciario de cualquier persona, así como todas las circunstancias y vicisitudes de esa privación de libertad ambulatoria.

176. Dichos registros oficiales están a disposición de los Jueces y Tribunales competentes y del Ministerio Fiscal, los cuales podrán acceder a los mismos actuando de oficio en el ejercicio de sus competencias o actuando a instancia de persona legitimada para ello. Además, los abogados designados por los interesados detenidos, internos o presos tienen su postulación procesal y pueden desencadenar todo tipo de actuaciones en defensa de los intereses de su cliente, entre las que se encuentra la solicitud o examen de la documentación antes mencionada.

177. El apartado 1 de este artículo establece que cada Estado Parte garantizará a toda persona con un interés legítimo el derecho de acceso a determinadas informaciones sobre la persona privada de libertad.

178. Así, procede recordar a este respecto que los procesos de *habeas corpus* (en la ya citada Ley Orgánica 6/1984, cuyo objeto es producir la inmediata puesta en libertad o a disposición judicial de cualquier persona detenida ilegalmente) que han sido objeto de consideración en el comentario al artículo 17, puede desencadenarse por el propio interesado detenido (LOHC, arts. 3.a y 5) y de oficio por los Tribunales de Justicia, por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, ello sin perjuicio de que *ex lege* se configura una legitimación muy amplia que abarca a los cónyuges o personas ligadas por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes, hermanos y a los representantes legales (art. 3).

179. Si el Juez competente decide el inicio del procedimiento de Habeas Corpus, será en éste donde todas las personas e instituciones citadas puedan recibir la información que el Juez entienda pertinente sobre el detenido y su estancia en el centro policial de detención.

180. De otro lado, respecto de cualquier detención legal, familiares, allegados y abogado del detenido tienen pleno conocimiento de las circunstancias de la detención, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (véase artículo 520).

181. Sobre la asistencia letrada al detenido, también se ha de tener en cuenta el artículo 537 del Código penal (La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años).

182. Y además, por su importancia en el ámbito penitenciario se cita la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en concreto sus artículos 51 y 52:

“Artículo 51: 1. Los internos estarán autorizados para comunicar, periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organizaciones e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial; 2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado llamado expresamente en relación con los asuntos penales y con los procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos adecuados y no podrán ser suspendidas ni intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo; 3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con

profesionales acreditados en lo relativo con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión; 4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente.

- Artículo 52: 1. En los casos de defunción, enfermedad o accidente grave del interno, el Director informará al familiar más próximo o a la persona designada por aquél; 2. Igualmente se informará al interno del fallecimiento o enfermedad grave de un pariente próximo o de persona íntimamente vinculada con aquél; 3. Todo interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención, así como a comunicar su traslado a otro establecimiento al momento de ingresar en el mismo.”

183. Por último es pertinente señalar que las coacciones o maltratos son conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, en todo caso sancionables y que pueden dar lugar incluso a la exigencia de responsabilidades penales a los autores de las mismas.

184. Por su parte, el apartado 2 del artículo 18 de la Convención establece que “llegado el caso” se adoptarán las medidas adecuadas para la protección de las personas citadas en el apartado 1, que participen en la investigación o búsqueda de informaciones sobre una persona privada de libertad. Cabría citar aquí las garantías de seguridad e integridad que se derivan de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (en concreto sus artículos 1, 2 y 3).

185. Tales medidas, en el caso de personas extranjeras víctimas de organizaciones delictivas dedicadas al tráfico o la trata de seres humanos, y que colaboren con las autoridades judiciales o policiales, se concretan en las posibilidades de acogimiento o retorno a su país de origen conforme determina la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en sus artículos 59 y 59bis.

186. A la vista de todo lo anterior, se entiende que la normativa española cumple con lo dispuesto en la Convención.

Artículo 19: información personal del detenido

187. La obtención, conservación, el tratamiento automatizado y el uso y tráfico de datos personales, entendiéndose por estos cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, está sometida en España a un acabado sistema de intervención y protección desde la consideración de que los mismos afectan al “derecho fundamental a la privacidad.”

188. Los límites de uso y prohibiciones que marca la Convención están recogidos en la regulación que se contiene en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la CE que señala que, “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

189. Los límites establecidos por la Convención también están reflejados en lo dispuesto en el artículo 37 y correlativos de la LRJAP y PAC, que regula el acceso y utilización de los datos que figuran en los archivos y registros de titularidad pública.

190. La referencia explícita a la especial protección o limitación de uso de datos médicos y genéticos que se realiza por la Convención, tiene su equivalencia en el Derecho interno en la integración de esos datos, entre otros, en la categoría de “datos especialmente protegidos”, lo que determina para los mismos un plus de tutela y protección por el ordenamiento jurídico (artículos 7.3, 8 y correlativos de la LOPD).

191. Además, procede señalar que las limitaciones de uso o revelación de datos no operarán respecto de los Jueces y Tribunales competentes como queda reflejado, entre otras diversas normas, en el artículo 11.2.d) de la LOPD.

192. Por último, interesa incluir una referencia a la vigente Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos (art. 7) y a la Ley Orgánica de Protección de Datos así como a la Legislación sanitaria. Dice el mencionado artículo 7 de la Directiva: “Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: [...] e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos. [...] f) Es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.”

193. En el caso de los datos de contenidos genético, el art. 5.1.g) de la Ley Orgánica 15/1999, define como datos de carácter personal relacionados con la salud “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo”, añadiendo que “en particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los relativos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética”. Por ello, la cesión de datos a terceros debe someterse como regla general a previo consentimiento del interesado, o bien la cesión ha de estar amparada por norma de rango legal, lo que en este caso no impediría la cesión a los órganos de la jurisdicción penal en el curso del proceso a los efectos del art. 19 de la Convención, para otros, se impondría la regla general del consentimiento previo del titular a salvo contadas excepciones (art. 11.2.a) y c) a f) de la LO 15/1999 .

194. Por otra parte, la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, establece lo siguiente:

- Sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto y del sexo.
- El uso y la eventual cesión de datos se ajustará a la normativa de aplicación y a la singular regulación de los ficheros en que se registre dicha información, en virtud de lo establecido en el artículo 7.2 de la LO 10/2007, de modo que cuando el tratamiento se realizase para la identificación de cadáveres o la averiguación de personas desaparecidas, y especialmente niños sustraídos a sus padres en el momento de su nacimiento so pretexto de su defunción, los datos incluidos en la base de datos objeto de esta Ley sólo podrán ser utilizados en la investigación para la que fueron obtenidos.
- Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, serán remitidos a los laboratorios debidamente acreditados del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF), correspondiendo a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.
- Los datos se conservarán conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la LO 10/2007, de 8 de octubre, de manera que los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 3.1.b, referidos a la inscripción de patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas, en

cuyo caso no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

195. En todo caso, la cancelación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN, conllevará la eliminación del perfil de ADN, así como la destrucción de la muestra biológica original.

196. En la actualidad está en tramitación un Reglamento General de Protección de Datos de Carácter Personal en la Unión Europea que va a introducir en su considerando 58, por iniciativa del Ministerio de Justicia de España, la apreciación de interés público en toda investigación oficial prejudicial acerca de irregularidades en la atribución de la filiación natural y del estado civil, lo que permitiría ponderar la finalidad y uso de los datos con el interés legítimo del titular, para salvar la necesidad general de consentimiento previo a la cesión en estos supuestos.

Artículo 20: derecho a la información del detenido

197. Al amparo de este artículo, la Convención permite excepciones al derecho de obtención de las informaciones a que se refiere el artículo 18, si bien prevé el establecimiento de un recurso judicial para acceder a las mismas, que no podrá ser suspendido o limitado bajo ninguna circunstancia.

198. Sobre este precepto se significa que la excepcionalidad de la incomunicación de la detención de una persona se circunscribe a concretos supuestos de delitos graves, en los términos y garantías que establece la LECrim su artículo 520 bis:

“1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis (delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización como la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de instrucción, la situación del detenido.”

199. El artículo 520 de la LECrim ya se ha reproducido con motivo de los comentarios al artículo 18 de la Convención, pero se señala igualmente el Artículo 527 de la LECrim, que reza que “El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones: a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio; b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2; c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado.

200. En cuanto al incumplimiento de estas prescripciones, se está a lo establecido en el artículo 531 del CP: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito,

acordare, praticare o prolungare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos y demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”. Se trata, por tanto, de un supuesto de incomunicación de detenidos único en la normativa española, derivado de la actuación de bandas armadas o terroristas, el cual, no obstante, está sujeto al permanente control de la autoridad judicial. Por ello, se entiende que las limitaciones de información que se desprenden de este supuesto encajan en la excepcionalidad que permite el artículo 20 de la Convención.

201. Por otro lado, y abundando en el cumplimiento del artículo 20 de la Convención por parte de España, cabe señalar que en el ordenamiento jurídico español, la alegación de defensa de la intimidad de una persona con el objetivo de limitar el acceso a los datos o informaciones contenidas en los libros – registros; ficheros o expedientes personales (véase comentario al artículo 17 de la Convención) en los cuales se documentan obligatoriamente todas las circunstancias y vicisitudes de las personas que vean afectada su libertad deambulatoria por ser detenidas; custodiadas; identificadas; internadas o ingresadas, no se puede predicar, en ningún caso, respecto de las autoridades que tienen por función la tutela y defensa de los derechos fundamentales y/o la investigación y sanción de las conductas delictivas.

202. Así resulta del artículo 11 de la LOPD que establece:

“1.-Los datos de carácter personal [...] solo podrán ser comunicados [...] con el previo consentimiento del interesado.

2.-El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: [...] d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces y Tribunales [...] en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas [...]”.

203. Si la limitación al acceso a dichos datos se pretendiera fundar en razones de seguridad o de perjuicio para una investigación criminal, será el Juez el que resuelva sobre la procedencia o no de dicha limitación a la vista de las circunstancias del caso, pudiendo adoptar medidas de protección o de cautela, como sería, por ejemplo, la de decretar el secreto de sumario (artículos 301, 302 LECrim y correlativos).

204. La posible negativa de un órgano jurisdiccional o administrativo a facilitar a personas legitimadas para solicitarlos la información de una detención, es susceptible de ser depurada jurídicamente:

a) Si la negativa se produce en el seno de un proceso penal la depuración se hará a través de los recursos previstos en la LECrim;

b) Si la negativa tiene su origen en un acto de la Administración Pública podrá impugnarse el mismo por la vía de LJCA y, en su caso, a través del proceso especial que la misma establece para la tutela de los derechos fundamentales. Si la negativa de la Administración Pública (entendiendo por tal a la autoridad, agente, funcionario público, o persona que haya ordenado o practicado la detención o que realice la custodia) se produce en un proceso de *habeas corpus*, el Juez de Instrucción que lo haya incoado puede dejarla sin efecto de forma inmediata (artículos 5, 7 y correlativos de la LOHC).

Artículo 21: puesta en libertad

205. Este artículo recoge que se tomarán todas las medidas necesarias para que la liberación de una persona se haga en condiciones que permitan verificar con certeza que ha sido efectivamente puesta en libertad, así como que queden garantizados su integridad física y el pleno ejercicio de sus derechos. En los comentarios realizados a los artículos 17 y 18 de la Convención se han expuesto todos los medios instrumentales de que dispone el

ordenamiento jurídico interno para hacer efectiva la prohibición de la existencia de detenciones secretas. La exigencia de la temprana intervención judicial —inmediata en el caso del *habeas corpus*— y la documentación y constancia obligatoria de todas las vicisitudes que afecten a la persona detenida en los libros-registros, expedientes y ficheros oficiales y auténticos que existen en todos los centros o establecimientos de detención, custodia e internamiento son algunos de dichos medios.

206. Pues bien, los instrumentos allí descritos sirven también para tener la certeza y seguridad del hecho que una persona privada de libertad es liberada. La verificación de la efectividad de la libertad de un detenido en España, si previamente ha concurrido un supuesto de detención ilegal, es observada directamente por la propia Autoridad judicial, como así refiere la Ley Orgánica 6/1984, reguladora del procedimiento, ya mencionado, de “Habeas Corpus”. En efecto, toda persona interna en un centro o establecimiento penitenciario o detenida en establecimiento por una autoridad o funcionario y puesta ulteriormente a disposición judicial, cuando es puesta en libertad, lo es con intervención de la autoridad judicial y así quedará documentado, con identificación del día, hora y lugar, tanto en sede judicial como en los libros-registros-ficheros de los establecimientos mencionados. Dicha documentación e intervención garantizan la realidad y certeza del hecho de la liberación.

207. La misma certeza se deriva de la constancia documental en los libros-registros/expedientes/ficheros antes mencionados de los establecimientos de detención, cuando la libertad se produzca de forma inmediata y sin puesta del detenido a disposición judicial.

208. Procede establecer, por último, que cualquier persona que se sienta amenazada en su integridad o en sus derechos, puede ponerlo en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y recabar protección. Analizada la entidad y realidad de la amenaza el Ministerio del Interior adoptará las medidas de seguridad adecuadas.

209. Por lo demás, respecto a situaciones de detención legal, igualmente nos remitimos a lo ya expuesto sobre el artículo 17 de la Convención, en cuanto a custodia y salida de detenidos de las dependencias policiales. Y por lo que se refiere al ámbito penitenciario se destaca la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en concreto su artículo 17) y el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (artículo 30).

210. Según lo anterior, en todos los casos se puede verificar documentalmente la efectiva puesta en libertad o a disposición del Juez del detenido, así como que quedan garantizados todos los derechos inherentes a su personalidad.

Artículo 22: medidas de prevención y sanción de privaciones de libertad ilegales

211. Además de establecer la exigencia a los Estados de tipificar y exigir responsabilidad penal a quienes participen en sus diversas formas en conductas tipificadas como desapariciones forzadas o detenciones ilegales/secuestros con desaparición, la Convención exige que los mismos Estados adopten determinadas medidas de prevención y sanción en relación con otras conductas colaterales o relacionadas con dichas desapariciones.

212. Respecto de las mismas y examinado el ordenamiento jurídico interno, puede informarse lo siguiente:

213. El procedimiento de *habeas corpus* cumple en España la función exigida por el artículo 17.2 f) de la Convención. Las facultades y decisiones del Juez de Instrucción en este proceso sumario y urgente son ejecutivas y además característicamente expeditivas dada la perentoriedad de sus plazos (24 horas para resolver), pudiendo ordenar de

inmediato la remoción de cualquier obstáculo que le impida conocer de la reclamación de libertad, oír al detenido en su presencia u oírle en el lugar en que se encuentre, oír a los que hubieran practicado y/u ordenado la detención, practicar la prueba que estime necesaria para poder resolver y ejecutar y/o hacer ejecutar la decisión que adopte.

214. La resistencia, negativa u obstrucción a las decisiones del Juez constituyen ilícitos penales sin perjuicio, como ya se mencionó en el comentario al artículo 17 de la Convención, de la responsabilidad disciplinaria exigible a los funcionarios o autoridades obstruccionistas. Téngase en cuenta, a efectos ilustrativos que el artículo 5 de la LOHC dispone: “La autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público, estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente la solicitud de Habeas Corpus, formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia. Si incumplieran esta obligación, serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir”.

215. En el comentario del presente informe al artículo 20.2 de la Convención, se han identificado las vías de reacción contra la posible negativa producida en sede judicial o en sede administrativa a facilitar los datos que figuran en los libros-registros-ficheros de los centros o establecimientos de detención, custodia o internamiento.

216. Establecidas esas vías a través del sistema de recursos de la LECrim y de la LJCA, en esas leyes se encuentran los instrumentos para hacer frente a las dilaciones que se pudieran producir.

217. Las violaciones de la obligación de correcta llevanza y correcto asentamiento en los libros-registros administrativos, expedientes y ficheros correspondientes, de todas las vicisitudes de las detenciones o privaciones de libertad ambulatoria por parte de las autoridades o agentes, da lugar a la exigencia de responsabilidades disciplinarias a los mismos al tratarse de infracciones administrativas.

218. Idéntica responsabilidad administrativo-disciplinaria se exigirá cuando, siendo pertinente el facilitar la información contenida en los elementos documentales mencionados en el apartado anterior, la misma no sea facilitada.

Artículo 23: formación del personal policial, militar, médico y funcionario

219. A través del apartado 1 de este artículo se impone a los Estados Parte la obligación de velar por que la formación de todo el personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley y, en particular, de cuantas personas puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesaria sobre las disposiciones de la Convención.

220. Sobre este aspecto se destaca la importancia, en el marco del Ministerio del Interior, de la formación permanente de sus funcionarios (general y especializada), como lo demuestra la existencia de:

a) Centros de Formación propios dependientes directamente de la Dirección General de la Policía y de la Dirección General de la Guardia Civil, como son la “División de Formación y Perfeccionamiento” para el Cuerpo Nacional de Policía y la “Jefatura de Enseñanza” para el Cuerpo de la Guardia Civil, cuyas funciones se limitan exclusivamente a la capacitación de los agentes policiales;

b) Formación propia a los funcionarios que trabajan para la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

221. Los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto al momento del ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía y en la Guardia Civil, como a lo

largo de su carrera profesional a través de la formación continua, reciben módulos específicos de enseñanza sobre derecho penal y procesal, así como, lógicamente, sobre los requisitos legales de la actuación policial, en particular, sobre la detención de personas y tratamiento y custodia de aquellas privadas de libertad. De igual forma se presta atención prioritaria a las medidas formativas en materia de derechos humanos y empleo de la fuerza, con la finalidad de que la instrucción proporcionada a los agentes se ajuste a los criterios de integridad, dignidad y eficacia, e impidan cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria.

222. Si tomamos como referencia la División de Formación y Perfeccionamiento del Cuerpo Nacional de Policía, podemos distinguir a su vez tres Centros de Estudios:

a) Centro de Formación para el ingreso: aquí la formación general se enmarca en el paradigma de los Derechos Humanos y tiene en cuenta las necesidades reales de seguridad de los ciudadanos, expresadas en sus demandas y opiniones sobre la labor policial. Por su parte, la formación específica contempla materias como la ética, la deontología profesional y la victimología. Y es en la formación complementaria donde se trabaja la adquisición de actitudes y la interiorización de valores, de manera libre y abierta y, en concreto, se dedican numerosas horas y espacios a reforzar conceptos como el respeto y la tolerancia, con especial atención a las conductas de los alumnos aspirantes a policías para detectar y, en su caso, corregir actitudes racistas, xenófobas, autoritarias, machistas o violentas, incompatibles con el modelo policial;

b) Centro de Actualización y Especialización: los objetivos pedagógicos del Centro en el ámbito de los derechos humanos se centran en:

- La plena sensibilización en el respeto a los Derechos Humanos
- El análisis de los conceptos jurídicos, operativos y psicológicos que afectan a tales derechos
- La potenciación de las habilidades policiales para realizar detenciones acordes con el ordenamiento jurídico en el marco de la observancia de los derechos fundamentales.

c) Centro de Promoción: En este Centro existen tres departamentos docentes en el ámbito de los Derechos Humanos:

- Recursos Humanos, centrado en los temas de tortura, discriminación, maltrato, racismo, xenofobia y tratamiento de menores
- Jurídico, para el estudio de los Convenios internacionales
- Investigación y Prevención Policial, que aborda todas las cuestiones relacionadas con las víctimas de los delitos, la forma de practicar detenciones y actuar con proporcionalidad al momento del quebranto de las libertades de reunión y manifestación.

223. En definitiva, el Ministerio del Interior considera que la merma de los derechos humanos por un solo agente de policía constituye un fracaso para toda la organización policial.

224. En cuanto a la formación propia a los funcionarios que trabajan para la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, el ingreso en los Cuerpos de funcionarios de la Administración penitenciaria supone el conocimiento previo y profundo de los temas relativos a la protección de los derechos humanos, además de conocer el derecho penal y, en concreto, aquellos delitos en que pueden incurrir los funcionarios en el ejercicio de su cargo, a lo que cabe añadir el preceptivo seguimiento de un periodo de prácticas donde también se incluye un módulo sobre derechos humanos. En particular, por lo que se refiere al Cuerpo de Ayudantes, el mayoritario en la institución y el que mayor contacto tiene con los internos en razón de sus funciones de vigilancia y custodia, se imparten los siguientes

módulos: “Normativa general, garantías y procedimientos sobre protección de derechos humanos”, “Sistema de garantías del ordenamiento penitenciario”, Resolución pacífica de conflictos” y “Análisis sociológico de la delincuencia”. Además, durante este periodo de prácticas, de un año de duración, se designa expresamente la figura del “Instructor de Prácticas”, el cual realiza un seguimiento de los nuevos funcionarios y observa si disponen de las capacidades y actitudes necesarias para desempeñar su misión.

225. Una vez producido el ingreso, la Administración penitenciaria desarrolla un programa de formación permanente de funcionarios, con especial atención a la formación en derechos humanos y la educación en valores, pudiéndose destacar, entre otros, el curso de “Defensa personal y correcta utilización de medios coercitivos”, el cual, para el personal de vigilancia, viene determinado por la legislación internacional. El objetivo del mismo es dar a conocer la forma correcta de aplicar los medios coercitivos permitidos por la ley, para que se haga de forma justificada, ponderada y proporcionada, buscando siempre la intervención mínima y como último recurso.

226. No obstante todo lo anterior, dada la reciente ratificación de la Convención contra las Desapariciones Forzadas, se entiende que todos los módulos formativos pueden enriquecerse mediante la incorporación y profundización del estudio de estos nuevos contenidos, y así se ha asumido como compromiso de la Secretaría de Estado de Seguridad.

227. Por último, los apartados 2 y 3 de este artículo 23 establecen que las personas referidas en el apartado 1 que rehúsen obedecer una orden que autorice o aliente una desaparición forzada no serán sancionadas y que en cuanto conozcan que se ha producido o va a producirse una desaparición forzada deberán informar a sus superiores o a las autoridades competentes. Estos apartados se consideran reiteraciones de artículos precedentes, por lo que se entienden respondidos.

228. Con respecto al cumplimiento de este artículo en el marco de las competencias del Ministerio de Defensa, cabe señalar las "Reales Ordenanzas para las FAS", verdadero código deontológico de aplicación a todos los militares, que obliga en su artículo 11 (dignidad de la persona) del título preliminar, a "ajustar la conducta de sus miembros al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados", y en su artículo 112 (protección de población especialmente vulnerable) del capítulo VI, a "proteger a las personas indefensas y desvalidas, especialmente a las mujeres y a los niños, contra la violación, la prostitución forzada, los tratos humillantes y degradantes o cualquier forma de explotación o agresión sexual".

229. La obligatoriedad de la enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, en el que estaría incluida la difusión de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, está recogida en el artículo 83 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, (ratificado por España), y forma parte del temario que se imparte en la enseñanza militar (formación, perfeccionamiento o altos estudios de la Defensa Nacional). Todos los cursos de formación incluyen esta materia, así como buena parte de los cursos de perfeccionamiento y altos estudios de la Defensa Nacional.

230. Además de estas actividades regladas, se realizan otras de extensión académica o complementarias, como pueden ser: seminarios, conferencias, coloquios, cursos, etc., siendo de destacar los dirigidos a materias como Derecho Internacional y Humanitario, desarrollándose en colaboración con organizaciones como la Cruz Roja, con Universidades Públicas sobre temas relacionados con los arriba descritos y otros de interés sobre la Defensa Nacional.

231. Las Fuerzas Armadas Españolas cuentan con el Cuerpo Jurídico Militar, con oficiales destinados por toda la geografía nacional, y de esta forma asegurando el asesoramiento en esta materia, en todos los niveles de mando. También, en los contingentes

que despliegan en el exterior, es designado un oficial de este Cuerpo como asesor jurídico del mando.

232. Nuestros contingentes en operaciones en el exterior cumplen y fomentan el cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que instan a las partes en conflictos armados a asegurar la protección, el bienestar y los derechos de las personas.

233. Todos estos contenidos se incluyen en los módulos sobre derecho internacional humanitario que forman parte de los programas de instrucción que se imparten a los contingentes militares españoles previamente a su despliegue en operaciones en el exterior.

234. Con respecto a los apartados segundo y tercero de este artículo 23 de la Convención, cabe señalar, igualmente, que las órdenes o instrucciones que dispongan, induzcan o autoricen la comisión de un delito, como es el de detención ilegal/secuestro con desaparición o “desaparición forzada”, son ilegales y constituyen, en sí mismas, un ilícito penal cuya responsabilidad será exigible a los autores de las mismas según el grado de participación en su elaboración, comunicación o implementación.

235. No existe mayor reproche jurídico a una conducta en el Derecho español que su tipificación como delito en el CP.

236. Pero además de penalmente reprochables, dichas ordenes o instrucciones son radicalmente nulas quedando privadas, por esa circunstancia, de su apariencia jurídica de acto o disposición de la Administración, así como de toda eficacia. La LRJAP y PAC así lo establece expresamente tal y como se ha manifestado y descrito en el comentario al artículo 6.2 de la Convención.

237. Por otra parte y en el mismo comentario al artículo 6.2 de la Convención se han identificado los medios que el ordenamiento jurídico facilita a las autoridades, funcionarios y agentes para denunciar ante sus superiores los hechos que puedan revestir caracteres de delito y la cobertura y exención de responsabilidad que les otorga el ordenamiento jurídico para no participar en dichos hechos a pesar de la existencia de una vinculación jerárquica en su status funcional.

238. Todo lo anterior es además compatible con la obligación-deber del funcionario que por su cargo, profesión u oficio tuviera conocimiento o noticia de un delito público, de denunciarlo ante el Juez, Ministerio Fiscal o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los términos que resultan del artículo 262 LECrim y correlativos tal y como se ha examinado con detenimiento en el comentario al artículo 10 de la Convención.

Artículo 24: derechos y garantías de la víctima

239. La respuesta a este artículo se divide en seis apartados:

240. En primer lugar, “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”, afirma el artículo 109 del CP, primero de los que dicho Código (artículos 109 a 122) dedica a la regulación de la responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas. Esta reparación se reconoce al sujeto pasivo o persona directamente agraviada por el delito, es decir la persona detenida ilegalmente/secuestrada y desaparecida.

241. Pero, junto a ella, el ordenamiento también reconoce derechos resarcitorios a otras personas, que quedan incluidas en el concepto de víctimas. En efecto el CP dispone que La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no solo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o a terceros” (CP, art. 113). Puede afirmarse en consecuencia que el Derecho español

contempla una figura extensiva del concepto de perjudicado por el delito que absorbe todas las hipótesis legales recogidas por la Convención bajo la rúbrica de “víctimas”.

242. En segundo lugar, desde la consideración de la “desaparición forzada” como un delito y del derecho del perjudicado por el mismo a ejercer la acción penal como acusador particular, así como de la posibilidad existente para cualquier ciudadano de ejercer la acusación popular, puede llegarse a la conclusión que todo interesado puede tener, si lo desea, conocimiento interno e inmediato de las vicisitudes de la instrucción penal y del juicio posterior constituyéndose como actor en el proceso penal o simplemente ejercitando la acción civil derivada del delito.

243. El ordenamiento jurídico (véase Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual) prevé además que la policía informe a las víctimas del curso de las investigaciones siempre que con ello no pongan en peligro su resultado y que los Secretarios Judiciales les informen de su derecho a la reparación del perjuicio y de los hitos fundamentales del proceso penal, aunque las mismas no se hayan constituido como partes en el proceso (artículo 15.4 Ley 35/1995).

244. En tercer lugar, desde idéntica consideración anterior, debe afirmarse que la investigación de un hecho delictivo lo es de todas sus circunstancias y que en el caso de la detención ilegal/secuestro con desaparición, el primer objetivo del aparato del Estado es el de poner fin al hecho delictivo liberando a la persona privada de su libertad y, el segundo, en caso de fallecimiento, el encontrar y restituir a sus familiares los restos de la persona fallecida.

245. En cuarto lugar, como se ha expuesto previamente, el sistema de responsabilidad civil *ex delicto* persigue el resarcimiento a la víctima del daño causado por un ilícito penal regulándose su régimen en el CP a pesar de ser una institución típica del Derecho civil.

246. La extensión del derecho de resarcimiento aparece descrita en dicho Código que dispone que La responsabilidad establecida en el artículo anterior – antes transcrito – comprende: 1º La restitución. 2º La reparación del daño. 3º La indemnización de perjuicios materiales y morales”. (Artículo 110 CP). De esta norma se deduce que la responsabilidad civil se extiende a todos los daños materiales y a todos los efectos lesivos causados por el delito ya sean materiales ya ideales o morales, de forma que se obtenga una satisfacción completa y equitativa del perjuicio/s que ha sufrido la víctima.

247. Por otra parte, la víctima de una “desaparición forzada” puede estar comprendida en los supuestos del artículo 1 de la Ley 35/1995 antes citada, “víctimas directas o indirectas de los delitos dolosos y violentos.... con resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental”, en cuyo caso podrá acceder al sistema de ayudas públicas que dicha norma establece.

248. En quinto lugar, para el supuesto caso de que una persona desaparecida, a pesar de su búsqueda por el aparato del Estado, no fuera encontrada, el sistema jurídico ha conformado instituciones que permiten garantizar la continuidad de sus relaciones jurídicas y evitar los perjuicios que le pueda ocasionar su falta de presencia. Se trata de los institutos jurídicos de la declaración de ausencia y declaración de fallecimiento. A este fin el Código Civil dispone que “En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias (un año desde las últimas noticias o 3 años si hubiera dejado representante o apoderado voluntario) podrá el Juez a instancia de parte interesada o del ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquel estuviese legítimamente representado o voluntariamente” (Código Civil, art. 181, en relación con el art. 183). Esta declaración de ausencia será de fallecimiento cuando hayan transcurrido unos lapsos superiores de tiempo desde la desaparición, 10 años o 5 años si el desaparecido fuere mayor de 75 años, o 1 año si mediare desaparición violenta (artículos 193 y ss.).

249. En sexto lugar, el derecho fundamental de asociación está sancionado en la Constitución que establece,

“1.Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5.-Se prohíben las asociaciones secretas o de carácter paramilitar” (artículo 22CE).

250. Este precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

251. Del cuerpo normativo descrito, resulta que está plenamente garantizado para los ciudadanos, sin cortapisa o limitación alguna, el derecho a fundar o participar en asociaciones que tengan por objeto el esclarecimiento de “desapariciones forzadas” y la asistencia a las víctimas de las mismas.

252. Por último, procede destacar que está en tramitación un Anteproyecto de Ley de Estatuto de la Víctima, en desarrollo de la Directiva del Parlamento y del Consejo aprobada por el Pleno del Parlamento Europeo en primera lectura el pasado 12 de septiembre y que sustituirá a la Decisión Marco 220/2001 JAI. En el concepto de víctima y como beneficiarias del catálogo de derechos se incluyen los supuestos y derechos del art. 24 de la Convención y entre las víctimas especialmente vulnerables se propone en el anteproyecto tanto a las del tipo común del delito de detención ilegal y secuestro, como a las del tipo de lesa humanidad del art. 5 de la Convención que incluye el 607 bis del Código Penal.

Artículo 25: medidas para prevención y sanción penal

253. Con respecto al párrafo 1 del artículo 25, se realiza una respuesta en tres subapartados:

254. A lo largo del presente informe, y en especial en el comentario del artículo 4 de la Convención, se han descrito los tipos penales en que se incardinan los hechos descritos en la Convención como “desapariciones forzadas” y se ha subrayado que dichos tipos son los de detención ilegal/secuestro con desaparición que se recogen en el Título VI del Libro II del Código Penal bajo la rúbrica de “delitos contra la libertad.”

255. Así mismo se ha reflejado que cuando la víctima de la desaparición forzada sea un menor de edad, se configura en el CP un tipo agravado, “Las penas de los artículos anteriores (se refiere a la detención ilegal y al secuestro) se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si [...] la víctima fuera menor de edad [...]” (CP, art. 165).

256. Sin perjuicio de lo anterior, también se ha señalado que por el Ministerio de Justicia se ha elaborado un anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, en el que se agrava el castigo del delito de detención ilegal/secuestro con desaparición del artículo 166 del CP, imponiendo una pena de prisión de 10 a 15 años, con un subtipo agravado cuando la víctima fuera menor de edad, que tiene un castigo de 15 a 20 años de prisión.

257. El Tribunal Supremo en diversas sentencias, por todas STS 788/2003, de 29 de mayo; 492/2007, de 7 de junio; y 1036/2010, de 10 de noviembre, ha calificado de detención ilegal la sustracción de un menor de edad, afirmando que “[...] el sujeto pasivo puede ser una persona mayor o menor de edad .El hecho de que un menor de edad no pueda

valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona, no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva [...] La detención ilegal de un menor se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniendo o encerrando a éste, en cuyo caso, se le impide no solo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor” (STS 788/2003).

258. Además, el Tribunal Supremo (STS 492/2007, de 7 de junio), ha declarado la compatibilidad del delito de detención ilegal con el de suposición de parto que está tipificado en el artículo 220 CP.

259. Por su parte, la adopción ilegal de niños está tipificada en el CP en la forma siguiente:

“1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de 1 a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de 2 a 6 años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de 5 años” (CP, art. 221).

260. Los supuestos en que se falsifiquen, oculten o destruyan documentos de niños desaparecidos o apropiados, se estaría cometiendo un delito de falsedad en documento público u oficial que está prevista y penada en los artículos 390 y siguientes del CP, a los que se ha hecho referencia en el comentario al artículo 17 de la Convención.

261. Con respecto al párrafo 2 del artículo 25, se señala que dado que la “apropiación de niños sometidos a desaparición forzada”, en las diversas modalidades a que se refiere la Convención, está tipificada en el ordenamiento jurídico interno como delito tal y como acabamos de exponer y que se trata de delitos públicos, los mismos serán objeto de investigación en todo caso.

262. En esa función (sin perjuicio de la posible existencia de la acusación particular y popular) es importante destacar el papel del Ministerio Fiscal que, sometido a su norma reguladora —el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)— garantiza de su independencia e imparcialidad, ejerce la acción pública en materia penal, abriendo Diligencias de Investigación al efecto de depurar los hechos y, posteriormente y cuando proceda, judicializarlos a través del ejercicio de la acción penal.

263. En relación con este extremo es pertinente señalar que a la vista de la aparición de un número significativo de denuncias de apropiación de niños que pudieron ocurrir en España en la segunda mitad del pasado siglo, los poderes públicos han adoptado una serie de medidas que se enuncian:

- Creación de un Banco Nacional de ADN dependiente del Ministerio de Justicia y el INTCF para facilitar la creación de bases de datos que permitan cotejos cruzados en orden a facilitar la identificación de la filiación de las personas.
- Creación de un censo de afectados por el robo de bebés.

- Unificación de criterios por la Fiscalía General del Estado dando instrucciones a todas las Fiscalías sobre la forma de actuar en los casos de sustracción de menores.
- Colaboración del Ministerio del Interior —Policía Judicial— y del Ministerio de Sanidad.
- Se ha creado un Servicio de Información a afectados por una posible sustracción de recién nacidos, a través del cual se facilitará a las posibles víctimas el acceso a la documentación e información obrante en la Administración relativa a su filiación natural, como datos registrales y expedientes sanitarios.

264. Todo ello sin perjuicio, como es obvio, de que se siguen tramitando los procesos judiciales ya incoados en diversos Juzgados de Instrucción.

265. En cuanto al apartado tercero del artículo 25, tal y como se ha señalado en el comentario a los artículos 14 y 15 de la Convención, está garantizado por el ordenamiento interno el auxilio y asistencia recíproca entre Órganos judiciales y entre Estados en la persecución de los delitos de desaparición forzada y, en consecuencia, en la búsqueda, identificación y localización de los niños desaparecidos.

266. Por último, con respecto a los apartados cuarto y quinto, todo el ordenamiento jurídico español, ya sea en Derecho de familia, ya en Derecho penal, ya en cualquier otra rama del Derecho, está inspirado por el principio de la salvaguardia del superior interés del menor, que prevalece sobre cualquier otro interés. Esta prevalencia determina que el menor deba ser oído y ponderada su opinión en función de su grado de raciocinio en todos los asuntos en que el Estado, en sus diversas manifestaciones, deba intervenir respecto del mismo.

267. La constatación de la concurrencia de un hecho delictivo que haya determinado la consecuencia de una guarda o adopción irregular, podrá determinar, a instancia de las víctimas o del Ministerio Fiscal, la revisión de aquellas situaciones jurídicas afectantes al estado civil de las personas que estuvieran anudadas a aquellas guardas o adopciones ilegales.
