

¿IMPUNIDAD EN ESPAÑA ANTE LA PERPETRACIÓN DE TORTURAS Y MALOS TRATOS? REFLEXIONES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL ASUNTO PORTU JUANENEA Y SARASOLA YARZABAL

IMPUNITY IN SPAIN FOR THE PERPETRATION OF TORTURE AND ILL-TREATMENT? REFLECTIONS IN LIGHT OF THE ECTHR'S JUDGMENT IN THE CASE OF PORTU JUANENEA AND SARASOLA YARZABAL

CARMEN MONTESINOS PADILLA

Investigadora Postdoctoral Contratada. Universidad de Vigo. Programa «Axudas de apoio á etapa de formación posdoutoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia e noutras entidades do Sistema de I+D+i galego» Consellería de Educación, Cultura e Ordenación Universitaria e da Consellería de Economía, Emprego e Industria, Xunta de Galicia

Revista Española de Derecho Europeo 67
Julio – Septiembre 2018
Págs. 111 – 137

SUMARIO: I. CRÓNICA DE UNA VULNERACIÓN ANUNCIADA. II. PRIVACIONES DE LIBERTAD Y MALOS TRATOS. 1. *Las conductas proscritas según gravedad, intencionalidad y objetivos*. 2. *El contexto como fundamento de un deber reforzado de vigilancia*. 3. *La obligada investigación de las actuaciones denunciadas*. III. EL CANON EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. IV. ESPAÑA ANTE EL ESCRUTINIO DE ESTRASBURGO. 1. *La regla. Condenas por investigaciones insuficientes*. 2. *Las excepciones. La vulneración de la doble dimensión del art. 3 CEDH*. V. ENSEÑANZAS FRENTE A UN ESCENARIO FUTURO A EVITAR. 1. *Doble dimensión, mismo precepto. La conveniencia del reconocimiento de la vertiente procedimental del art. 15 CE*. 2. *Nuevos y renovados elementos definitorios de la tortura*. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN: Con el presente estudio se pretende dar a conocer los antecedentes de hecho y la fundamentación jurídica que han sustentado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España, incidiendo en la previsibilidad del fallo de conformidad con la reiterada doctrina europea en materia de torturas y penas y tratos inhumanos y/o degradantes, así como en algunos aspectos de relevancia a considerar

ABSTRACT: The present study is aimed at disclosing the factual background and the legal basis hold by the Judgment of the European Court of Human Rights in the case of Portu Juanenea and Sarasola Yarzabal v. Spain, focusing on the predictability of the ruling in accordance with the settle European case-law on torture and inhuman and / or degrading treatment, as well as on some aspects of relevance to be considered in the face

de cara a futuras demandas. Partiendo de la genérica adopción de la jurisprudencia de Estrasburgo en la materia por el Tribunal Constitucional español, se advierte del peligro de la inadmisión del correspondiente recurso de amparo y se critica la calificación de los hechos en este caso, profundizando además en aquellos aspectos que, de ser considerados por nuestras autoridades jurisdiccionales, podrían evitar la constatación de un indeseable escenario de impunidad en el largo plazo.

PALABRAS CLAVE: Convenio Europeo de Derechos Humanos – Terrorismo – Torturas – Tratos Inhumanos y Degradantes – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

of future cases before the Strasbourg Court. On the basis of the general application of the Strasbourg jurisprudence on the matter by the Spanish Constitutional Court, the danger of the inadmissibility of the corresponding constitutional appeal (recurso de amparo) and the qualification of the facts in this case, are criticized. Particular attention is also paid to those aspects that, if considered by our jurisdictional authorities, they could avoid an undesirable scenario of impunity in the long term.

KEYWORDS: European Convention on Human Rights – European Court of Human Rights – Inhuman and Degrading Treatment Terrorism – Torture

Fecha de recepción: 11-6-2018

Fecha de aceptación: 6-7-2018

I. CRÓNICA DE UNA VULNERACIÓN ANUNCIADA

Hace escasamente tres meses que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) volvió a sacar los colores a España con motivo de una práctica, la de los tratos inhumanos y degradantes, que si bien no suele sorprender cuando es atribuida a Estados que distan mucho de poder ser considerados democráticos, causa perplejidad, desconcierto e incluso incredulidad, cuando es motivo de condena de países que todavía pueden presumir de no ser asiduos en Estrasburgo. Y ese desasosiego es comprensible que pueda llegar a convertirse en rotunda desaprobación cuando quienes han sido ultrajados y/o contra cuya indemnidad física se ha atentado, reivindican para sí lo que arrebatan sin pudor a quienes no comparten sus ideas o a quienes, sin saber si lo hacen o no, han pretendido ser utilizados en su muerte, sufrimiento y/o doblegación, como instrumentos de mera coacción. Pero la legítima lucha contra el terrorismo como «razón de Estado»¹ no puede socavar el carácter absoluto de la prohibición de las más graves trasgresiones de la dignidad y la integridad de las personas. Así se lo viene advirtiendo el TEDH a nuestras autoridades nacionales desde hace ya demasiado tiempo, en la mayoría de las ocasiones a resultas de unas investigaciones consideradas insuficientes para dar cumplimiento a sus compromisos internacionales. De hecho, hasta la Sentencia (STEDH) en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*, de 13 de febrero de 2018, la única excepción a la regla general de la declaración de la vulneración del deber de investigar era la STEDH en el caso *Iribarren Pinillos*, de 8 de enero de 2009, en la que el Tribunal de Estrasburgo condenó a nuestro país por las graves lesiones infligidas por la policía en el marco de los altercados ocurridos en la manifestación de Pamplona de 15 de diciembre de 1991.

1. NIEVA-FENOLL, Jordi (2018, febrero 14). «Primera condena a España por infligir tratos degradantes». *Agenda Pública*. En *Agenda Pública* [en línea]. 14 de febrero de 2018 [consulta: 25-04-2018]. Disponible en: <http://agendapublica.elperiodico.com/otra-condena-tratos-degradantes-espana/>

La Sentencia en el asunto *Portu y Sarasola*, que aquí se comenta, tiene su origen en la demanda interpuesta por Igor Portu Juanenea y Martin Sarasola Yarzabal, condenados por el atentado del Aeropuerto de Barajas de 30 de diciembre de 2006, en la que alegaban haber sido víctimas de tortura y malos tratos en el momento de su arresto por el Grupo de Acción Rápida de la Guardia Civil, su traslado a San Sebastián y Madrid y durante su detención preventiva. Los demandantes denunciaron la ausencia de condena de los actos de tortura, incidiendo en la nueva valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal Supremo (TS).

El 6 de enero de 2008 los demandantes fueron arrestados en Mondragón (Guipúzcoa), introducidos en sendos vehículos, siendo golpeados, insultados y amenazados. Una vez llegaron a una pista forestal situada en las proximidades y cercana a un río, según los hechos declarados probados por la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Guipúzcoa de 30 de diciembre de 2010, M. Sarasola fue sacado del vehículo, tirado al suelo y empujado hacia el río. Los agentes le golpearon por todo el cuerpo, le pisaron la cabeza y le colocaron una pistola en la sien, amenazándolo con correr la misma suerte que Mikel Zabazla, asesinado por la Guardia Civil en 1985. Tras su regreso al vehículo, en el que fue introducido con la cabeza cubierta, dos de los agentes sacaron de su coche a I. Portu, que fue igualmente golpeado, además de sumergido de cabeza en el río mientras le preguntaban si pertenecía al grupo terrorista ETA. En el recorrido de vuelta al vehículo, fue además advertido de que lo acontecido era solo el inicio de un periodo de cinco días durante los que estaría a merced de los agentes, que lo siguieron golpeando y lo introdujeron de nuevo en el coche con la cabeza encapuchada.

Tras su traslado al cuartel de Intxaurrondo, y desde allí a su domicilio en Lesaka (Navarra) para que presenciaran los correspondientes registros, los demandantes fueron conducidos el 7 de enero de 2008 a San Sebastián, donde fueron reconocidos por dos médicos, que registraron las correspondientes lesiones. I. Portu ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos de un hospital de la capital el mismo día, recibiendo el alta el día 11 del mismo mes, cuando los facultativos recomendaron que la detención se produjera en las instalaciones del servicio médico del correspondiente centro penitenciario. El 8 de enero el primer demandante, en detención incomunicada en el hospital, declaró ante el Juez de Instrucción n.º 1 de San Sebastián haber sido objeto de golpes y amenazas durante su arresto, en el cuartel de Intxaurrondo y durante el traslado de su domicilio a San Sebastián. Por su parte, el segundo demandante fue trasladado a las dependencias de la Dirección General de la Guardia Civil (DGGC) en Madrid, donde fue puesto en detención preventiva incomunicada el 11 de enero de 2008, fecha en la que, ante el Juez de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional (AN), rehusó declarar en presencia del abogado de oficio y advirtió que sus declaraciones durante la detención preventiva se habían realizado bajo coacción, exponiendo con detalle los malos tratos a los que había sido sometido. El 12 de febrero, M. Sarasola declaró por videoconferencia desde el centro penitenciario de Madrid haber sido objeto de golpes y amenazas tras su detención en el vehículo de la Guardia Civil, en la pista forestal, en las dependencias del cuartel de Intxaurrondo y durante su traslado y a su llegada a Madrid. Esta declaración fue recogida por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de San Sebastián, en el que se abrió un procedimiento de investigación por presuntos delitos de tortura. Tras examinar los distintos informes

médicos, las declaraciones de los demandantes y los documentos aportados por su procurador, el Juzgado ordenó que se continuara la investigación por el procedimiento abreviado, abriéndose juicio oral ante la AP de Guipúzcoa, que condenó a cuatro de los quince agentes imputados por delitos de torturas.

Los cuatro guardias civiles, la Fiscalía y los demandantes recurrieron en casación y el TS, con fecha de 2 de noviembre de 2011, absolvió a los condenados en base a una modificación parcial de los hechos declarados probados que puso en duda, entre otras cosas, la hora de la detención, el paso por la pista forestal y los hechos que se habrían producido en ese lugar, la alegada ausencia de oposición de los demandantes a su detención y la veracidad de los testimonios recogidos en el expediente. En el cotejo de la Sentencias de la AP y de la AN, esta última condenatoria de los demandantes por delitos y tentativas de asesinato terrorista, el TS apreció que los hechos eran abordados de forma contradictoria, consideró no probadas las circunstancias de la detención y la relación entre las lesiones y las causas descritas en la SAP, poniendo en cuestión la veracidad de las declaraciones de los demandantes en tanto que los mismos, según un documento intervenido al jefe de la organización terrorista, habrían obedecido a las consignas de ETA, dirigidas a elaborar una coartada falsa.

Tras la desestimación del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones y la inadmisión del amparo constitucional, este último por Auto de 2 de julio de 2012, los demandantes invocaron ante la jurisdicción de Estrasburgo la vulneración de los arts. 3 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio de Roma). La respuesta del TEDH ha causado especial revuelo en tanto que, como se advirtió, por primera vez desde el asunto *Iribarren Pinillos*, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado vulnerado el art. 3 del Convenio de Roma en su doble dimensión, la procesal y la material. Y ello en relación a las sevicias infligidas a quienes fueron condenados por el bien conocido atentado del madrileño aeropuerto de Madrid-Barajas. Sin embargo, por mucho rechazo que pueda generar una «condena» favorable a quienes cometieron tal atrocidad, lo cierto es que el fallo del Alto Tribunal europeo no debiera ser causa de sorpresa, al menos para quienes conozcan con cierto rigor la jurisprudencia europea².

II. PRIVACIONES DE LIBERTAD Y MALOS TRATOS

El art. 3 del Convenio de Roma contiene uno de los valores fundamentales de una sociedad democrática y la prohibición de las conductas que lo integran constituye una norma de *ius cogens*³. Es por ello que el Tribunal de Estrasburgo se ha referido en

2. Esta jurisprudencia es expuesta a continuación a partir de la lectura de las resoluciones cabecera sobre la materia y de la guía de REIDY, Aisling (2003). *The prohibition of torture. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*. Human rights Handbooks, No. 6. Council of Europe, 48 pp [en línea] [consulta: 01-06-2018]. Disponible en: <https://rm.coe.int/168007ff4c>
3. La interdicción de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes se encuentra consagrada, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); los Convenios

reiteradas ocasiones al carácter fundamental de esta proscripción que, conjuntamente con el derecho a la vida *ex art. 2 CEDH*, tiene por objetivo proteger la dignidad y la integridad de las personas. A diferencia de otros preceptos convencionales, el art. 3 CEDH no incorpora un apartado que establezca las circunstancias que excepcionan el cumplimiento de su contenido. En otros términos, la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y/o degradantes se establece con carácter absoluto, incluso bajo las circunstancias más adversas, como pueden serlo las propias de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado⁴. Como recordara Casadevall, a efectos del reconocimiento de una trasgresión del art. 3 del Convenio de Roma «poco importa el comportamiento de la víctima, el crimen que pueda haber cometido, las necesidades de la investigación o de la instrucción, la pena impuesta o los pretendidos efectos disuasorios. El Estado no puede, bajo ninguna circunstancia, infligir tratos, sanciones o penas prohibidas por el artículo 3»⁵.

El TEDH es por supuesto consciente de las dificultades inherentes a la lucha contra la delincuencia organizada y la actividad terrorista aceptando, por ello, ciertas excepciones a los derechos procesales en el marco del enjuiciamiento de este tipo de delitos. Sin embargo, estas dificultades no pueden limitar la protección que se debe otorgar a la integridad de las personas, ni siquiera en tiempos de guerra⁶. Así, partiendo de los límites infranqueables del art. 3 CEDH, la jurisprudencia de Estrasburgo ha ido dibujando las aristas que delimitan los contornos de su contenido, advirtiendo sobre los elementos que trazan la frontera entre los diferentes comportamientos que el mismo proscribiera, condicionados en su apreciación por el propio contexto pero, en todo caso, fuente de obligaciones de tipo tanto negativo, como positivo⁷.

de Ginebra (1949); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979; los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982; la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes (1987); el conjunto de principios sobre la detención, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

4. SSTEDH *Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004, p. 120; *San Argimiro Isasa c. España*, de 28 de septiembre de 2010, p. 57 y *Beristain Ukar c. España*, de 11 de marzo de 2011, p. 38.
5. CASADEVALL, Josep (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 217.
6. Entre muchas otras, SSTEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, p. 163.
7. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2014), *El Convenio europeo de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, p. 10; SALADO OSUNA, Ana (2014), «Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». En GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo

1. LAS CONDUCTAS PROSCRITAS SEGÚN GRAVEDAD, INTENCIONALIDAD Y OBJETIVOS

La intención de los redactores del Convenio de Roma al incluir una referencia tanto a las torturas como a las penas y los tratos inhumanos y degradantes era precisamente la de diferenciar entre distintos tipos de conductas⁸. Y en lo que al concepto de torturas respecta, el Tribunal de Estrasburgo ha adoptado expresamente la definición consagrada en la Convención de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes de 1984⁹. Este término habrá así de entenderse referido a cualquier acto con el que, de forma intencionada y para la consecución de un objetivo concreto, como la obtención de determinada información o de una confesión, se inflige un dolor o sufrimiento severo. Por tanto, tres son los elementos cuya concurrencia determina la apreciación de este tipo de conductas: que se haya infligido un daño o sufrimiento grave, físico o psicológico, que dicha actuación sea intencionada y que con la misma se persiga un determinado propósito.

La gravedad o intensidad del daño es relativa, puede estar condicionada por la duración de la actuación, los efectos físicos y psicológicos, la forma en la que se infiere e incluso, aunque con todas las matizaciones necesarias, por determinadas circunstancias subjetivas, como el sexo, la edad, la salud de la víctima o su especial grado de vulnerabilidad¹⁰. La tortura se caracteriza además por ser una forma de maltrato deliberada que busca la consecución de un objetivo específico. De este modo, los malos tratos que no alcancen esa especial gravedad y no persigan un propósito determinado, serán calificados como inhumanos o degradantes. Aunque todo ello sin olvidar, claro está, que el Convenio de Roma es un instrumento vivo que habrá de interpretarse a la luz de las circunstancias actuales en cada caso. Así, es muy posible que tratamientos que han sido tradicionalmente considerados como tratos inhumanos o degradantes puedan, en un futuro más o menos próximo y dado el creciente nivel de exigencia en la protección de los derechos humanos, ser catalogados de torturas¹¹.

Los tratamientos inhumanos pueden de este modo ser definidos como los sufrimientos físicos y psíquicos causados intencionalmente con una intensidad particular, como aquellos tratos premeditados infligidos durante horas y origen de importantes lesiones físicas o sufrimientos mentales¹², mientras que los tratos degradantes son aquellos que provocan temor, angustia e inferioridad, pudiendo humillar y degradar a la víctima, o doblegarla física o moralmente, obligándola a actuar en contra de su voluntad o conciencia¹³. Al considerar si un castigo o trato es degradante en el sentido del art. 3 CEDH,

(Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, pp. 85-88.

8. Por ejemplo, STEDH *Dikme c. Turquía*, de 11 de julio de 2000, pár. 93.

9. STEDH *Akkoç c. Turquía*, de 10 de octubre de 2000, pár. 115; *Salman c. Turquía*, de 27 de junio de 2000, pár. 114.

10. STEDH *Ribitsch c. Austria*, de 4 de diciembre de 1995, pár. 36.

11. STEDH *Selmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999, pár. 101.

12. STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, pár. 29.

13. STEDH *Irlanda c. Reino Unido, cit.*, pár. 167.

debe tenerse en cuenta si su objetivo es precisamente humillar y degradar a la víctima y si esos han sido los efectos alcanzados. Sin embargo, la falta de tal propósito no puede descartar la constatación de una violación del Convenio de Roma¹⁴.

2. EL CONTEXTO COMO FUNDAMENTO DE UN DEBER REFORZADO DE VIGILANCIA

La mayoría de las violaciones del art. 3 CEDH son sufridas por quienes se encuentran bajo la custodia de miembros de la policía y otros cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Y quienes están privados de su libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, por lo que en estos casos el control frente al ejercicio de los poderes públicos debe someterse a un escrutinio especialmente estricto para cumplir con los estándares convencionales. Así, con respecto a las personas privadas de libertad, el punto de partida para evaluar si se ha producido algún maltrato es determinar si efectivamente ha habido uso de la fuerza física y si, en ese caso, el recurso a la misma ha sido abusivo en relación a la conducta del detenido. De este modo, cuando un detenido muestre signos de lesiones o de mala salud, la carga de la prueba recaerá en las autoridades bajo cuya custodia se encuentre, correspondiéndole a las mismas demostrar que los signos o síntomas no están relacionados con la detención o, en su caso, que el recurso a la fuerza fue el estrictamente necesario¹⁵. En definitiva, dada esa situación de especial vulnerabilidad, en los supuestos de privación de libertad se establece una suerte de «presunción de imputabilidad», de modo que si el individuo se encontraba en un buen estado físico y de salud en el momento de la detención y, cuando es puesto en libertad, se constata enfermedad o heridas de algún tipo, las autoridades habrán de ofrecer una explicación plausible sobre el origen de las lesiones¹⁶. Y es que, desde mediados de la década de los noventa, el TEDH ha apreciado en numerosos casos la existencia de torturas durante los periodos de detención en relación a prácticas como palizas severas, negación de tratamientos médicos, descargas eléctricas o violaciones. Así, frente a este escenario es muy importante garantizar los derechos del detenido a que su privación de libertad sea puesta en conocimiento de un tercero y un abogado de su elección, así como a solicitar la práctica de un examen médico por un facultativo libremente elegido. Las autoridades competentes tienen también la responsabilidad de garantizar que se conserven registros detallados y precisos sobre la detención¹⁷. Además, el contexto de la detención, es decir, las condiciones ambientales y las circunstancias específicas de retención en cada caso concreto, deben ser igualmente objeto de consideración¹⁸. De este modo, si bien la reclusión en régimen de aislamiento no tiene porqué implicar necesariamente una infracción

14. STEDH *Ranninen c. Finlandia*, de 16 de diciembre de 1997, pág. 55.

15. Entre muchas otras, SSTEDH *Tomasi c. Francia*, de 27 de agosto de 1992, págs. 108-111.

16. CASADEVALL, Josep (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, op. cit., pp. 217-218.

17. STEDH *Salman c. Turquía*, de 27 de junio de 2000.

18. Cfr. SSTEDH *Valasinas c. Lituania*, de 24 de julio de 2001, págs. 98-113; *Kalashnikov c. Rusia*, de 15 de julio de 2002, págs. 96-103; *Mayzit c. Rusia*, de 20 de enero de 2005, págs. 39-43.

del art. 3 CEDH, tanto esta práctica como las retenciones bajo condiciones similares, deben ser especialmente vigiladas¹⁹.

3. LA OBLIGADA INVESTIGACIÓN DE LAS ACTUACIONES DENUNCIADAS

Con independencia de las circunstancias concretas del caso, del contexto en el que los hechos alegados hubieran acaecido, el Convenio de Roma no se limita a sancionar los comportamientos lesivos que prohíbe su art. 3, sino que la simple existencia de dudas al respecto, la alegación de presuntas vulneraciones de este precepto convencional, impone a las autoridades nacionales un deber de investigar de forma efectiva los comportamientos que pudieran resultar constitutivos de torturas o penas o tratos inhumanos y/o degradantes.

Como ha señalado Fernández de Casadevante Romani, la obligación de los Estados de investigar de modo efectivo es propia del Derecho internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado (Observación General n.º 20) que esa obligación de investigar está implícita en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, también recoge este derecho a una investigación efectiva, que vincula a la obligación más amplia que tienen los Estados de ejercer su jurisdicción sobre los delitos de tortura, estableciendo expresamente en su art. 6 el deber de proceder inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. Asimismo, en lo que a los sistemas regionales se refiere, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, vinculan la obligación que tienen los Estados de investigar a la de garantizar la efectividad de derechos concretos consagrados en los respectivos tratados²⁰. Y este es también el nexo al que se aferra la jurisdicción de Estrasburgo para fundamentar la existencia de una obligación de investigar las denuncias de torturas y/o tratos inhumanos y/o degradantes, cuyo incumplimiento conducirá a la declaración de una vulneración de la dimensión procedimental del art. 3 del Convenio de Roma. En definitiva, y como consecuencia del mandato del art. 1 CEDH, la prohibición convencional de los malos tratos implica obligaciones tanto negativas, como positivas.

19. Cuando nos referimos a la detención, no lo hacemos en exclusiva relación con el arresto policial o el encarcelamiento. Bajo cualquier situación de privación de libertad, la normativa regulatoria aplicable al caso debería adaptarse a los requerimientos del art. 3 CEDH. Así debiera ocurrir en los supuestos, por ejemplo, de retenciones en aeropuertos o de internamiento hospitalario. Y ello sin olvidar la creciente jurisprudencia europea que, desde la STEDH Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989, atribuye responsabilidad internacional en atención a la expulsión o deportación a países donde la persona expulsada o deportada podría verse sometida a malos tratos.

20. Sobre la obligación de investigar, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (2013). «La obligación de investigación efectiva en el Derecho internacional de los derechos humanos: especial referencia a la práctica española». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 26, pp. 1-41.

En reiterada jurisprudencia, el TEDH ha advertido que el art. 3 CEDH impone un deber negativo de no torturar ni infligir malos tratos. Ahora bien, para poder apreciar una vulneración de la dimensión sustantiva de este precepto convencional, el Tribunal de Estrasburgo aplica un estándar reforzado en virtud del cual, para declarar la perpetración de tal vulneración, los malos tratos habrán de estar acreditados «más allá de toda duda razonable». Las acusaciones deben respaldarse con «elementos de prueba apropiados», pudiendo bastar a tales efectos una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes²¹. Pero las dificultades probatorias relativas a las denuncias de malos tratos fundamentan, en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos, la apreciación de una vulneración de su prohibición como resultado de la ausencia de una investigación eficaz oficial de los hechos denunciados. Así ocurre, como decíamos, en el sistema regional europeo²².

Ya en su Sentencia en el asunto *Assenov y otros c. Bulgaria*, el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que en aquellos casos en los que existan dudas sobre la veracidad de los hechos alegados, el art. 3 CEDH²³, conjuntamente con el deber general del Estado ex art. 1 CEDH, impone el desarrollo de una investigación oficial efectiva, capaz de conducir a la identificación y el castigo de los responsables. En palabras del Alto Tribunal europeo, si no existiera este deber de investigar «la prohibición legal general de la tortura y los tratos o penas inhumanos y degradantes, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica y en algunos casos sería posible que los agentes del Estado violasen los derechos que se encuentran bajo su control con virtual impunidad»²⁴. El Tribunal de Estrasburgo ha ido así delimitando los requisitos que habrá de cumplir cualquier investigación para ser reputada eficaz. De este modo, el denunciante debe tener acceso efectivo al procedimiento de la investigación, que debe realizarse de manera inmediata y con la debida diligencia²⁵. Y como advirtiera el propio TEDH en relación con el deber de

21. Por ejemplo, STEDH *Labita c. Italia*, de 6 de abril 2000, párs. 121 y 152.

22. ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (2008). *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*, p. 68 [en línea] [consulta: 05-06-2018]. Disponible en: https://www.apt.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf

23. Como recuerda el FJ 2 de la STC 12/2013, el TEDH considera que cuando una persona afirma de forma «creíble» haber sufrido, por parte de la policía u otros servicios del Estado, tratos contrarios al art. 3 CEDH, esta disposición requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz. Y se considera que es «defendible» o «creíble» que las denuncias de torturas o malos tratos podrían haber sido causados por la policía u otros servicios del Estado cuando, por ejemplo, los demandantes presentan fotografías de las heridas sufridas y certificados médicos como prueba (STEDH *Dzeladinov y otros c. Macedonia*, de 10 de abril de 2008, pár. 72) o cuando consta que el demandante se ha quejado de haber sufrido malos tratos en todos los informes del médico forense y en los mismos se recogen las correspondientes lesiones (STEDH *Dimitar Dimitrov c. Bulgaria*, de 3 de abril de 2012, pár 45).

24. STEDH *Assenov y otros c. Bulgaria*, de 25 de octubre de 1998, pár. 102.

25. Por ejemplo, SSTEDH en los asuntos *Dalan c. Turquía*, de 7 de junio de 2005, párr. 31; *Osman c. Bulgaria*, de 16 de febrero de 2006, párr. 74; *Colibaba c. Moldavia*, de 23 de octubre de 2007, párr. 53.

investigar las denuncias de vulneración del art. 2 CEDH, para probar el incumplimiento de ese deber de diligencia se habrá de demostrar que las autoridades no adoptaron las medidas que, dentro de las alternativas razonables, pudieron evitar la ineficacia de la investigación²⁶.

La competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad pueden reputarse como criterios básicos de una investigación conforme al mandato del art. 3 CEDH. Las personas responsables de la investigación deben ser independientes²⁷ y al igual que ocurre con las investigaciones relativas al art. 2 del Convenio de Roma, las referentes a denuncias de malos tratos deberían ser capaces de conducir a la identificación y el castigo de los responsables²⁸. Las pesquisas deben ser así lo suficientemente exhaustivas y eficaces, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales prestar especial atención a las fallas que han identificado tradicionalmente los órganos de Estrasburgo. Por tanto, las autoridades a cargo de las correspondientes investigaciones no deberían omitir los interrogatorios ni inhibirse de la toma de declaración a quienes son acusados de mala conducta, así como deberían adoptar las medidas necesarias para garantizar el debido tratamiento del material documental para buscar contradicciones, inconsistencias o lagunas en la información proporcionada y obtener pruebas independientes. No se deberían permitir demoras innecesarias en el análisis de las pruebas, debiendo reaccionar prontamente frente a las denuncias, sin mostrar deferencia alguna a favor de los presuntos autores. Además, la tardanza de los demandantes en interponer denuncia no es decisiva por cuanto corresponde a las autoridades nacionales el deber de investigar, incluso en ausencia de una denuncia formal²⁹. Como advierte el TEDH en su Sentencia en el asunto *Gheorghe Dima c. Rumanía*, la investigación debe ser efectiva en la práctica y en Derecho y no ser obstaculizada de manera injustificada por actos u omisiones de las autoridades³⁰. Y en este contexto, los exámenes médicos y forenses adquieren especial relevancia, pues el desarrollo de informes independientes y accesibles puede constituir el factor determinante para decidir entre dos relatos de los hechos enfrentados³¹. La exhaustividad impone el recurso a todos aquellos métodos (razonables) que fueran necesarios para determinar si el recurso a la fuerza fue o no necesario y proporcionado, así como para identificar y, en su caso, sancionar a los responsables. Junto a los certificados expedidos por los médicos forenses durante los periodos de detención, que habrán de ser precisos y completos, debe tenerse en cuenta que el Derecho internacional de los derechos humanos exige el desarrollo de reconocimientos médicos por profesionales

26. STEH *Osman c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1998, pág. 116.

27. Por todas, SSTEDH en los asuntos *Barbu Anghelescu c. Rumania*, de 5 de octubre de 2004, pág. 66; *Güleç c. Turquía*, de 27 de julio de 1998, párrs. 81-82; *Mikheyev c. Rusia*, de 26 de enero de 2006.

28. Entre otras, SSTEDH en los asuntos *Kaya c. Turquía*, de 19 de febrero de 1998, pág. 86 y *McCann y otros c. Reino Unido*, de 27 septiembre de 1995, pág. 161.

29. Por todas, STEDH *Beortegui Martínez c. España*, de 31 de mayo de 2016, pág. 41 y los pronunciamientos en la misma referidos.

30. STEDH, *Gheorghe Dima c. Rumanía*, de 19 de abril de 2016.

31. *Vid.*, por ejemplo, STEDH *Akkoç c. Turkey*, de 10 de octubre de 2000.

libremente elegidos por la presunta víctima, el acceso a un abogado desde el primer momento de la detención y el derecho a informar a un familiar u otra persona la situación y el lugar de detención. Y como ya se apuntó, desde el momento en que las autoridades nacionales tengan conocimiento de hechos que pudieran constituir sevicias contrarias al art. 3 CEDH, aquellas deberán proceder a una investigación de oficio, estableciéndose de este modo una estrecha correlación entre la efectividad de la investigación y la del propio sistema de recursos internos³².

En apretada síntesis y como se destaca en la Sentencia *Iribarren Pinillos c. España* (pár. 50), a la que nos referiremos con posterioridad, las autoridades competentes deben probar una diligencia y celeridad ejemplares y proceder de oficio a investigaciones propias para, por un lado, determinar las circunstancias en las que el atentado ha tenido lugar y, por otro, identificar a las autoridades nacionales implicadas en el desarrollo de las circunstancias. Así, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al art. 3 CEDH se desprende de la ausencia de una investigación profunda y efectiva de los hechos denunciados, el TEDH podrá declarar violado el art. 3 CEDH en su vertiente procesal³³. Por tanto, las dimensiones sustantiva y procedimental del mencionado precepto convencional son autónomas, de modo que es posible que, y así es frecuente que ocurra, el TEDH descarte una vulneración del art. 3 CEDH en su vertiente material por no haber resultado los hechos denunciados lo suficientemente acreditados, pero aprecie el incumplimiento por el Estado de su deber de investigar. Esta diferenciación, propia de las sentencias que, desde Estrasburgo, han condenado la (insuficiente) actuación de las autoridades españolas, no supone la atribución de diversas consecuencias jurídicas a la apreciación de cada una de las dos dimensiones que reviste el art. 3 del Convenio de Roma. Muy por el contrario, la declaración de violación autónoma de la dimensión procesal de dicho precepto convencional produce los mismos efectos que la constatación de la vulneración material de la prohibición de las torturas y tratos inhumanos y/o degradantes, esto es, el efecto de cosa juzgada frente al Estado demandado y el efecto de cosa interpretada frente al resto de Estados parte. Y tal identidad en las consecuencias jurídicas pone de manifiesto la imposibilidad de catalogar de inferiores las violaciones de la dimensión procesal respecto de las de la vertiente material del art. 3 CEDH³⁴. Sin embargo, de esta plena equivalencia en cuanto a la gravedad y los efectos no parece ser del todo consciente el supremo intérprete de nuestra Constitución.

32. STEDH *Selmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999, párrs. 71 y ss.

33. SSTEDH en los asuntos *Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004, párrs. 156 y 160; *San Argimiro Isasa c. España*, de 28 de septiembre de 2010, pár. 65; *Beristain Ukar c. España*, de 8 de marzo de 2011, párrs. 39, 41 y 42.

34. VILLALIBRE FERNÁNDEZ, Vanesa (2012). «Confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de investigación oficial eficaz en el contexto de la prohibición de la tortura». Foro. Nueva Época. 15(1), p. 60.

III. EL CANON EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

El reducido número de demandas que, en términos comparativos, llegan anualmente a Estrasburgo contra España y el igualmente limitado número de condenas contra nuestras autoridades nacionales, se ha vinculado tradicionalmente a la especial incidencia del canon europeo, *ex art.* 10.2 CE, en nuestra jurisprudencia constitucional. Desde que en su Sentencia núm. 12/1981 (Fundamento Jurídico –FJ– 10) reconociera definitivamente al Convenio de Roma como parámetro exegético de los derechos consagrados en nuestra Norma Fundamental, la remisión del Tribunal Constitucional (TC) español a la doctrina de Estrasburgo ha sido cada vez más frecuente y prolija. Y la aplicación de la jurisprudencia del TEDH sobre las dimensiones sustantiva y procesal del art. 3 CEDH no ha sido una excepción.

Al igual que ocurre a nivel regional, una característica definitoria de la prohibición de la tortura en el ordenamiento constitucional español es su carácter absoluto, «en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales»³⁵. Y como lo hace el art. 3 CEDH, el art. 15 CE acoge la definición de torturas de la Convención de Naciones Unidas de 1984 y proscribire distintas conductas, todas ellas relativas a sufrimientos físicos o psíquicos infligidos con intención de vejear y doblegar la voluntad, distinguiéndose las mismas en función de la gravedad del padecimiento experimentado y constituyendo la pena o trato degradante el último peldaño de una escala graduada en función del nivel de severidad³⁶. Asimismo, según reiterada jurisprudencia constitucional y en relación ya a la dimensión procedimental de la prohibición de torturas y los tratos inhumanos y degradantes, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de quien denuncia haber sido víctima exige una resolución motivada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas *ex art.* 15 CE. En otros términos, en los supuestos de presuntas vulneraciones del deber de investigar las denuncias de malos tratos, el art. 24 CE dispensa una tutela doblemente reforzada con fundamento tanto en la gravedad de las actuaciones, como en su difícil detectabilidad, pues junto a ese plus de motivación, se impone una exigencia de coherencia con el art. 15 CE. Las garantías de tutela deben, por tanto, reforzarse en los supuestos en los que el proceso judicial incide en la protección del art. 15 CE, en virtud de cuyo tenor literal «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

Así, de conformidad con consolidada jurisprudencia de nuestro TC, las autoridades competentes deben desarrollar una investigación de los hechos denunciados donde se revele necesaria, debiendo en su caso observar si perviven sospechas razonables de que se han podido cometer actos contrarios al art. 15 CE y verificar si los órganos judiciales han agotado todos los medios de indagación razonables a su alcance. Sin embargo, la obligación de investigar no implica la apertura de la instrucción en todo caso, ni la

35. STC 34/2008, FJ 5.

36. SSTC 120/1990, FJ 9; 137/1990, FJ 7, 215/1994, FJ 5; 34/2008, FFJJ 5-6.

realización de todas las diligencias posibles o propuestas. La no apertura o la clausura de la instrucción solo supondrá una vulneración del art. 24.1 CE cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas. Es decir, del tenor del art. 15 CE en su lectura conjunta con el art. 24.1 de nuestra Magna Carta, el TC concluye la obligación de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos, advirtiendo que en los supuestos de privación de libertad será necesario acentuar las garantías. Para evaluar si existe una sospecha razonable de maltratos y si esa sospecha es disipable, deberán considerarse las circunstancias concretas de cada caso, atendiendo a la probable escasez de pruebas y a la dificultad de la víctima para presentar medios suficientes. En este escenario, se impone alentar la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y la aplicación del principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción. Asimismo, se exige una especial firmeza frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, debiendo prestar especial atención a diligencias cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia y presumiendo que las lesiones que eventualmente presente el demandante tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma, son atribuibles a las personas encargadas de su custodia. Además, la valoración del testimonio judicial del denunciante, considerado como un medio de indagación particularmente idóneo, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales, habrá de reparar en que el efecto de la violencia ejercida no deja de producirse en el momento en el que cesa físicamente, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir más allá de su práctica. Por ello, para nuestro Alto Tribunal no resulta determinante de la falta de veracidad de una denuncia, por ejemplo, que el detenido se niegue a ser reconocido en sede judicial, pues la intimidación o el miedo pueden y suelen ser los motivos que instan este tipo de negativas. Por tanto, la inexistencia de partes médicos o su debilidad para sustentar la veracidad de los hechos, no pueden reputarse por sí solos suficientes para excluir la necesidad de continuar con las pesquisas. En cualquier caso, junto a la declaración de la presunta víctima, los informes médicos y el testimonio tanto de los facultativos como de los letrados que le asistieron, los testigos que presenciaron las actuaciones y los agentes que participaron en la detención y los interrogatorios, son considerados por el TC español, como lo son por el TEDH, de especial utilidad instructora³⁷.

Podemos afirmar así que, salvo contadas (aunque sonadas) excepciones³⁸, el TC ha acogido y aplicado las directrices procedentes de Estrasburgo para valorar la eficacia de

37. Entre otras, SSTC 34/2008, FJ 7 y 8; 52/2008, FFJJ 2-5; 63/2008, FFJJ 3 y 4; 69/2008, FFJJ 3-5; 107/2008, FFJJ 2-4; 123/2008, FJ 3; 40/2010, FFJJ 3 y 4; 63/2010, FJ 3; 131/2012, FFJJ 4 y 5 y 182/2012, FFJJ 6 y 7.

38. Por ejemplo, STC 12/2013 que, entre otras cosas, en su FJ 3 concreta que «deberá el Juez tener presente la posibilidad de que la presentación de la denuncia forme parte de una estrategia destinada a abrir o mantener abierto el mayor tiempo posible el proceso penal, para erosionar el crédito de las instituciones democráticas o para obtener la identidad de los agentes intervinientes en la lucha antiterrorista, poniendo en peligro su vida o la continuidad de su labor».

las investigaciones en caso de dudas acerca de la efectiva perpetración de actos constitutivos de malos tratos. No obstante, dos apreciaciones resultan de interés. Por un lado, si bien a través del desarrollo jurisprudencial acerca del canon reforzado de motivación el TC ha ido incorporando a su doctrina las exigencias europeas sobre la dimensión procedimental de la prohibición de malos tratos, dicha asunción ha tenido lugar en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, y no del propio art. 15 CE. Y a este respecto debe recordarse que el TEDH reconoce la dimensión procesal del art. 3 CEDH como una dimensión autónoma de la material, pero parte integrante de dicho precepto convencional, no siendo para ello óbice el hecho de que, en ocasiones, el se haya pronunciado complementariamente sobre una posible vulneración del art. 13 del Convenio de Roma, ya fuera tras la constatación de una violación material de su art. 3³⁹, ya en aquellos supuestos en los que las deficiencias de la investigación pudieran impedir llegar a una conclusión respecto de dicho aspecto sustantivo⁴⁰. Por otro lado, es una obviedad en nuestro sistema de justicia constitucional que la admisión del recurso de amparo es la excepción, y no la regla. De hecho, en la mayoría de los casos en los que el TEDH ha condenado a las autoridades españolas por vulnerar el art. 3 CEDH, el previo recurso de amparo fue inadmitido, impidiendo de este modo la conveniente función de filtrado que la jurisdicción constitucional está llamada a ejercer frente al indeseable recurso a la jurisdicción de Estrasburgo.

IV. ESPAÑA ANTE EL ESCRUTINIO DE ESTRASBURGO

En los últimos años el TEDH ha condenado en varias ocasiones a las autoridades españolas por vulnerar el art. 3 CEDH, en la mayoría de los casos tras la previa inadmisión del correspondiente recurso de amparo y como resultado de la insuficiencia de las investigaciones en relación con hechos denunciados en el contexto de una situación de detención por delitos de terrorismo. La excepcionalidad de las condenas por vulnerar la dimensión material del mencionado precepto convencional hace así que debamos prestar especial atención a la STEDH en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*, en la que como ya tuvimos ocasión de mencionar, la jurisdicción de Estrasburgo no solo ha vuelto a recordar a España su obligación de desarrollar una investigación conducente a la identificación de sus responsables y la consecuente reparación de las víctimas, sino que ha declarado que nuestras autoridades efectivamente infligieron en los denunciantes daños constitutivos de malos tratos.

1. LA REGLA. CONDENAS POR INVESTIGACIONES INSUFICIENTES

En la Sentencia en el caso *Martínez Sala*, de 2 de noviembre de 2004, con origen en las denuncias de quince simpatizantes de movimientos independentistas catalanes detenidos días antes de la celebración de los Juegos Olímpicos de Barcelona por pertenencia

39. Por ejemplo, SSTEDH en los asuntos *Balogh c. Hungría*, de 20 de julio de 2004 o *Hüseyin Esen c. Turquía*, de 8 de agosto de 2006.

40. Entre otras, STEDH en el asunto *Kazin Güdôgan c. Turquía*, de 30 de enero de 2007.

y colaboración en banda armada, el TEDH denunció que la única diligencia de investigación practicada fuera la solicitud de un informe forense en el que se especificaran el lugar y la forma en que se llevaron a cabo los exámenes médicos de los detenidos y si durante los mismos estos se habían quejado de haber sufrido malos tratos, lamentando que las autoridades responsables rechazaran oír a los agentes de policía que habían trasladado a los demandantes a Madrid y a quienes se encargaron de vigilarles durante su detención preventiva. Los demandantes relataron que durante su arresto y detención en Cataluña y en las instalaciones de la DGGC de Madrid fueron golpeados por todo el cuerpo, les vendaron los ojos, les cubrieron la cabeza con capuchas o bolsas de plástico, les amenazaron e insultaron, así como que les ubicaron en reducidas celdas, impidiéndoles que durmieran y siendo obligados a estar de pie contra la pared con los ojos cerrados, a hacer flexiones y a permanecer de rodillas durante su incomunicación. Aunque el TEDH descartó una vulneración de la dimensión sustantiva del art. 3 CEDH con fundamento en la inexistencia de pruebas médicas que demostrasen la concurrencia de malos tratos, la negativa judicial frente a cualquier iniciativa de la acusación particular supuso la apreciación de una violación de su dimensión procesal⁴¹.

Al examen de los informes médicos se limitó también el Juez Central de Instrucción de la AN en relación con las denuncias relativas al caso *Beristain Ukar* (STEDH de 8 de marzo de 2011 –Sección Tercera–), añadiéndose, en los casos *San Argimiro Isas* y *Otamendi Egiguren* (SSTEDH de 28 de septiembre de 2010 –Sección Tercera– y de 12 de diciembre de 2012 –Sección Tercera–, respectivamente) la audiencia del facultativo, practicada por el Juez de Instrucción n.º 43 de Madrid, en el primer caso, y la Jueza de Instrucción n.º 5, en el segundo. En ambos supuestos, como ocurriera en el que dio origen a la anterior Sentencia, el TC inadmitió el correspondiente recurso de amparo⁴². Frente a la negativa de las autoridades españolas a que los detenidos en

41. Sobre esta Sentencia, RUILOBA ALVARIÑO, Julia (2005). «La Sentencia del TEDH en el asunto *Martínez Sala y otros c. España*, 2 de noviembre de 2004. Crónica de una muerte anunciada». *Revista Española de Derecho Internacional*, LVII, pp. 209-220.

42. Argimiro fue detenido en mayo de 2002 en Madrid por presuntos delitos de terrorismo, pertenencia a banda armada, tenencia de armas y explosivos y tentativa de asesinato. Conducido hasta la DGGC en Madrid, estuvo incomunicado durante 5 días. Los dos médicos que lo examinaron detectaron contusiones. Ante el Juez de Instrucción de Madrid el demandante alegó haber recibido golpes en la cabeza, prácticas de asfixia, vejaciones sexuales, humillaciones y amenazas de muerte y violación. Tanto el Juez de Instrucción como la AP decretaron el sobreseimiento. Por su parte, Otamendi, director del periódico *Euskaldunon Egunkaria*, fue detenido en febrero de 2003 por un presunto delito de pertenencia y colaboración con la organización terrorista ETA, permaneciendo en situación de detención incomunicada durante 4 días. En los cuatro informes que se realizaron durante su incomunicación, el demandante afirmó haber sido amenazado con cubrirle la cabeza con una bolsa de plástico, ser obligado a desvestirse y hacer flexiones, haber recibido golpes en sus órganos genitales, haber sentido la colocación de un objeto metálico en su nuca seguido de un golpe de fuego simulado, no poder dormir y ser obligado a permanecer de pie la mayor parte del tiempo. El 24 de febrero Otamendi declaró ante el Juez de Instrucción de la AN y solicitó el envío de una copia de su declaración al Juez de Guardia de Madrid. Tras el recurso frente a la denegación de dicha petición, el Juzgado de Instrucción ordenó investigar los hechos. Habiendo informado la Guardia Civil de que no

régimen de incomunicación fueran atendidos por un médico forense de su elección en los casos *Beristain* y *Otamendi*, el Tribunal de Estrasburgo abogó por el establecimiento y la toma de medidas de vigilancia jurisdiccional apropiadas, advirtiendo además que los demandantes no pudieron informar de su detención a una persona de su elección, ser asistidos por un abogado libremente designado ni entrevistarse en privado con el que se les había designado de oficio. Así, frente al incumplimiento de las recomendaciones del Comité para la Prevención contra la Tortura, el TEDH destacó la necesidad de implementar dichas medidas para mejorar los exámenes de los médicos forenses e impulsar una actitud más proactiva por parte de los órganos jurisdiccionales, rechazando firmemente el argumento basado en la consideración de las denuncias como una estrategia de la organización ETA para desacreditar la política española de lucha contra el terrorismo y limitándose a recordar, a este respecto, el carácter absoluto de la proscripción del art. 3 CEDH⁴³.

En los casos hasta ahora mencionados, el Tribunal de Estrasburgo se limitó a declarar la vulneración de la dimensión procedimental del art. 3 CEDH, manifestando expresamente la inexistencia de una vulneración material en los casos *Ukar* y *Argimiro*. La situación no diverge en pronunciamientos posteriores, en los que la falta de pruebas, atribuible a una investigación ineficaz por parte de las autoridades españolas, no permitieron concluir la existencia de una violación de la dimensión material de la prohibición ex art. 3 del Convenio de Roma.

En sus Sentencias en los asuntos *Etxebarria Caballero* y *Ataun Rojo*, ambas de 7 de octubre de 2014, el TEDH (Sección Tercera) constató que la Jueza de Instrucción n.º 1 de Bilbao, en el primer caso, y el Juez de Instrucción n.º 4 de Pamplona, en el segundo, se limitaron a examinar los informes de los médicos forenses y las copias de las declaraciones de los demandantes, rechazando las solicitudes relativas a recabar las grabaciones de las cámaras de seguridad de las dependencias en las que tuvo lugar la detención preventiva, recibir en audiencia a los agentes que habían intervenido en la detención y practicado los interrogatorios, los médicos forenses y los abogados designados de oficio y, en el primer caso, a que la denunciante fuera oída personalmente y sometida a un minucioso examen físico y psicológico por parte de un médico y de un ginecólogo. En estos casos, el

constaba en su registro que el demandante hubiera estado detenido, el caso fue sobreseído, confirmando la decisión la AP de Madrid por considerar que los medios de prueba aportados no esclarecían los hechos. Por otro lado, desde su detención en San Sebastián en septiembre de 2002 por presunta implicación en altercados callejeros violentos (*kale borroka*), Beristain estuvo en detención incomunicada durante 5 días. A pesar de apreciar ciertas heridas y de haberle relatado el demandante que los agentes le golpearon, le colocaron una bolsa de plástico en la cabeza, no le dejaron dormir ni comer y le amenazaron, el médico concluyó en su informe que no había signos de violencia. Durante los días de incomunicación, el demandante reiteró la perpetración de los malos tratos, pero el facultativo declaró de nuevo la inexistencia de signos de violencia tanto ante el Juez Central de Instrucción, como ante la propia AN.

43. SSTEDH *Beristain Ukar*, párrs. 30-33; *Otamendi Egiguren*, párs. 40-41 y *San Argimiro Isasa*, párrs. 50-57.

TEDH estableció un estándar reforzado de investigación para los supuestos de detención incomunicada, poniendo especial énfasis en la relevancia de la toma de declaración a los agentes encargados de la vigilancia⁴⁴.

Al inadecuado rechazo de las peticiones de los demandantes (solicitudes relativas a la incorporación de copia de las declaraciones ante la Guardia Civil y el Juez Central de Instrucción, la recopilación de las grabaciones de las cámaras de seguridad y a recibir en audiencia a agentes y médicos forenses) se refieren también las SSTEDH (Sección Tercera) dictadas en los asuntos *Arratibel Garciandía*, de 5 de mayo de 2015 y *Beortegui Martínez*, de 31 de mayo de 2016. En ambos casos los demandantes denunciaron la falta de una investigación efectiva por parte de la jurisdicción interna frente a las denuncias de malos tratos presuntamente perpetrados durante su detención bajo régimen de incomunicación, la AP de Navarra ratificó el sobreseimiento y el TC inadmitió el correspondiente recurso de amparo, declarando así el TEDH una nueva violación del art. 3 CEDH en su aspecto procesal⁴⁵.

44. SSTEDH en los asuntos *Etxebarria Caballero*, pár. 47 y *Ataun Rojo*, pár. 37.

45. Arratibel y Beortegui fueron detenidos en enero de 2011 en el marco de una investigación sobre un presunto delito de pertenencia a la Organización EKIN. En el primer caso, el demandante fue conducido a la AP de Pamplona, donde fue explorado por un médico que constató una equimosis en las muñecas y a quien el demandante relató que la detención se había producido sin violencia. Ese mismo día fue trasladado a las dependencias de la DGGC en Madrid. Durante el trayecto, argumentó el demandante, le pusieron una máscara en los ojos, fue esposado y objeto de amenazas, conductas que se reiteraron durante los interrogatorios posteriores cuando, siempre según sus alegatos, le envolvieron piernas y brazos con gomaespuma, fue atado a una silla y sometido a diversos episodios de asfixia, así como golpeado en sus genitales. Por su parte, según su relato de los hechos, en su traslado a Madrid Beortegui sufrió amenazas e insultos y recibió golpes en la cabeza, en los testículos y en las costillas por parte de los agentes que le acompañaban quienes, siempre según su versión de lo acontecido, le colocaron un arma entre las manos para obtener sus huellas. Al llegar a Madrid, fue conducido a las dependencias de la DGGC y desde su puesta bajo detención preventiva incomunicada, argumentó el demandante, le pusieron una máscara en los ojos, fue sometido a sesiones de asfixia tras obligarle a realizar flexiones, fue objeto de tocamientos y amenazado con ser violado y sometido a descargas eléctricas. Ambos demandantes rehusaron en varias ocasiones ser examinados y reiteraron, según los correspondientes informes médicos, no haber sido objeto de malos tratos. En su denuncia, asistido por una abogada de libre elección, Arratibel solicitó comparecer en audiencia; que se aportaran copias de los informes de los médicos forenses, de sus declaraciones ante la Guardia Civil durante su detención en régimen de incomunicación y ante el Juez Central de la AN, así como de las eventuales grabaciones de las cámaras de seguridad; que se identificaran a los agentes con los que había estado relacionado durante su detención y que fueran oídos tanto los que fueran identificados, como los médicos y el abogado designado de oficio. Solicitó ser además sometido a un reconocimiento físico y psicológico. En su comparecencia ante el mismo Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de la AN, Beortegui negó el contenido de una declaración que previamente había sido obligado a firmar, sufriendo un ataque de ansiedad cuando comenzó a relatar los hechos. Tras ser examinado por su médico de familia y asistido por abogado de su elección, el demandante presentó denuncia ante el Juzgado de Guardia de Pamplona, solicitando la práctica de pruebas idénticas a las solicitadas por el Sr. Arratibel.

En definitiva, en la mayoría de los supuestos de condena en los que se han visto implicadas las autoridades españolas, el Tribunal de Estrasburgo ha motivado su decisión en la falta de una investigación suficiente de los hechos denunciados. Así ocurrió también en la STEDH en el *asunto B.S.*, de 25 de julio de 2012, relativa a la denuncia de una mujer nigeriana que ejercía la prostitución en Palma de Mallorca con motivo de las agresiones infligidas en dos ocasiones por parte de agentes de la Policía Nacional y frente a la que la jurisdicción de Estrasburgo declaró una vulneración conjunta de los arts. 14 (prohibición de discriminación) y 3 CEDH (en su vertiente procedimental), en este último caso con fundamento en la negativa de las autoridades judiciales de practicar la identificación de los agentes⁴⁶. Pero como hemos tenido oportunidad de confirmar, la mayoría de las sentencias condenatorias han dado respuesta a las actuaciones del Estado español en supuestos de detención de miembros de organizaciones terroristas. Y esta línea jurisprudencial ha supuesto un endurecimiento por parte de nuestro TC de las exigencias relativas a la apreciación de una investigación efectiva y la concesión del amparo en casos recientes, como el resuelto por la STC 39/2017⁴⁷. La admisión y estimación del amparo en este último supuesto evitó una más que probable demanda ante la jurisdicción de Estrasburgo. La admisión del correspondiente amparo constitucional no tuvo lugar, sin embargo, en el caso *Portu y Sarasola*.

2. LAS EXCEPCIONES. LA VULNERACIÓN DE LA DOBLE DIMENSIÓN DEL ART. 3 CEDH

Como ya apuntamos, con carácter previo a que se dictara la Sentencia objeto de este comentario la única excepción a la regla general de la declaración de la vulneración del deber de investigar por las autoridades españolas era la STEDH en el mencionado caso *Iribarren Pinillos*. El TEDH consideró entonces que el TS no tuvo en cuenta la responsabilidad de la Administración en los hechos, la relación de causalidad entre las heridas y el lanzamiento de las bombas de humo, además de no haberse pronunciado sobre la cuestión de si el uso que hicieron los agentes de dichos artefactos fue proporcional. Sostuvo así que nuestra jurisdicción de casación no había desarrollado una investigación que justificara apartarse de las decisiones de los órganos anteriores, que habían constatado la

46. Vid. STOFFELS, Ruth Abril (2013). «El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, pp. 309-326.

47. En opinión del Alto Tribunal español, la aplicación de la doctrina constitucional sobre la materia permitía en este último caso concluir que la decisión de archivar las diligencias penales abiertas como consecuencia de la denuncia por torturas bajo custodia policial de Eneko Compains Silva, no podía considerarse conforme con las exigencias derivadas del deber de investigación eficaz y suficiente. La STC 39/2017 afirmó de este modo que la ausencia de signos de maltrato físico apreciada en los informes médico-forenses no podía ser determinante para archivar las actuaciones, así como que la investigación judicial se cerró cuando aún existían medios de instrucción disponibles para averiguar la verdad (declaración del denunciante, de los médicos-forenses y del abogado de oficio ante el juez instructor, entre otros). El TC advirtió que el amparo en cuestión revestía la necesaria especial trascendencia constitucional en tanto que el mismo podría traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial que podía considerarse lesiva de un derecho fundamental.

responsabilidad de los agentes estatales⁴⁸. Se declararon de este modo vulneradas ambas dimensiones del art. 3 CEDH, al igual que ha ocurrido casi una década después y con una argumentación muy similar, con motivo de la demanda planteada en Estrasburgo por I. Portu y M. Sarasola.

Frente a las alegaciones relativas a la falta de agotamiento de los recursos internos con fundamento en la exclusiva alegación por los demandantes en amparo de una presunta vulneración del art. 24 CE, sin mención alguna del art. 15 de nuestra Magna Carta, el TEDH observó que de esta forma I. Portu y M. Sarasola pretendían que se anulasen las Sentencias del TS, estando dicha queja, al igual que la de la presunta vulneración del art. 6 CEDH, estrechamente vinculada a la obligación de desarrollar una investigación suficiente y efectiva de los hechos denunciados ex art. 3 CEDH. Así, rechazada la excepción preliminar, el Tribunal de Estrasburgo advirtió que, en opinión de los demandantes, por un lado, la perpetración de las torturas estaría corroborada por los informes médicos y, por otro, el régimen de incomunicación y los tratos recibidos serían contrarios a las garantías mínimas exigidas en materia de prevención (derecho a consultar con un médico y un abogado de su elección, derecho a contactar con un miembro de su familia y derecho a ser conducido rápidamente ante un juez). La absolución de los autores materiales de las torturas habría contrariado además la obligación de investigar, señalando los demandantes que, en su opinión, el TS habría procedido a un reexamen arbitrario de los hechos sin cumplir los requisitos exigidos desde Estrasburgo en lo que a la segunda instancia penal respecta y sin identificar las causas de unas lesiones cuya existencia confirmó, ni demostrar un uso legítimo y proporcionado de la fuerza por parte de las autoridades nacionales. Los demandantes alegaron de este modo que, en ausencia de justificación, la presunción de que la fuerza utilizada habría sido excesiva resultaba suficiente para constatar una violación material del art. 3 CEDH.

Ante la confrontación de versiones divergentes, el TEDH subrayó el marcado carácter probatorio de los informes médicos con fundamento en la prontitud de su emisión y en la necesaria atención de los demandantes, el primero ingresado tras ser diagnosticado con pronóstico muy grave. Asimismo, advirtió que las discordancias en las declaraciones de los demandantes no podían motivar una total negación de su credibilidad, más aun cuando los mismos denunciaron sin demora los alegados maltratos y advirtieron que sus reticencias a relatar los hechos se debían a las amenazas proferidas por los guardias civiles. A ello se añade que el cuestionamiento por el TS de la versión de los demandantes se basó en una nueva valoración de las pruebas y en una presunta falsedad de las denuncias con fundamento en la consideración de las mismas como parte de una estrategia habitual de la organización ETA, lo que para el Tribunal de casación habría desvirtuado la credibilidad de las declaraciones de los demandantes y la veracidad de los informes

48. BARCELONA LLOP, Javier (2009). «Coacción administrativa, responsabilidad patrimonial del Estado y Convenio Europeo de Derechos Humanos (De la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009, caso *Iribarren Pinillos contra España*)». *Revista de Administración Pública*, 179 (mayo-agosto), pp.187-218.

médicos. Pero en este contexto, el Tribunal de Estrasburgo constató que efectivamente el TS se había limitado a descartar la versión de los demandantes sin determinar el origen de las lesiones que constaban en los informes médicos advirtiendo que, incluso de poder admitir que dichas lesiones pudieran haber sido resultado de un forcejeo debido a la oposición a la detención, dicha jurisdicción no examinó con el menor detenimiento si el recurso a la fuerza por parte de los agentes fue estrictamente necesario y proporcionado. Así, suficientemente acreditado que las lesiones en cuestión se produjeron cuando los demandantes se encontraban bajo el control de la Guardia Civil y dado que las autoridades nacionales no habían justificado las mismas en el caso concreto, el TEDH consideró que la consecuente responsabilidad había de ser imputada al Estado si bien, dado que los demandantes no alegaron consecuencias a largo plazo, y en ausencia de pruebas concluyentes relativas a la finalidad de los daños, dicha responsabilidad respondería a la perpetración de actos constitutivos de tratos inhumanos y degradantes, pero no de torturas. Por su parte, en cuanto a las deficiencias en la fase del juicio penal denunciadas por los demandantes, el TEDH señaló que el TS no se limitó a realizar una interpretación distinta, sino que reexaminó algunas pruebas documentales y las propias declaraciones de los demandantes, recordando que en dichas circunstancias, el art. 6 CEDH puede hacer que sea indispensable la celebración de una vista pública ante la jurisdicción de apelación o de recurso. En conclusión, el TEDH declaró igualmente vulnerada la dimensión procedimental del art. 3 del Convenio de Roma.

La fundamentación en la que se sustenta el fallo de Estrasburgo no parece que, a la luz de su reiterada doctrina y considerando más específicamente la argumentación en el asunto *Iribarren Pinillos*, pueda resultar demasiado sorprendente. El fallo era previsible, al menos en opinión de quien suscribe. Ello no obsta, sin embargo, la posibilidad de extraer algunas enseñanzas de interés de una Sentencia que, siendo de especial relevancia por publicarse unos meses antes del anuncio de la disolución de la banda terrorista ETA, tendría que ser objeto de especial atención de cara a futuros (y no deseados) casos de denuncias de actos constitutivos de malos tratos en España evitando, o eso esperamos, la conformación de un contexto de impunidad, al que ya han apuntado algunas organizaciones, como la propia Amnistía Internacional⁴⁹.

V. ENSEÑANZAS FRENTE A UN ESCENARIO FUTURO A EVITAR

Quizás las reiteradas reprobaciones que nos han llegado desde Estrasburgo con motivo del insuficiente cumplimiento de nuestro deber de investigar las denuncias por malos tratos hayan sido percibidas, en razón del margen de duda que le es propio, como un mal menor frente a la excepcional condena por la violación de la dimensión material del

49. AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017) País Vasco. Informe de Amnistía Internacional sobre el derecho a la verdad, justicia y reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos, como la tortura [en línea] [consulta: 06-06-2018]. Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=.*&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&f- q=mssearch_fld13&fv=EUR41700017&fo=and&fq=mssearch_mlt98&fv=gseg01&fo=and

art. 3 del Convenio de Roma. Pero ni los incumplimientos del deber de investigar pueden ser infravalorados, ni deberíamos subestimar su estrecha vinculación con la dimensión sustantiva de la categórica prohibición de aquellas conductas que, en opinión de quien es considerado como garante del orden público europeo, son constitutivas de torturas o tratos inhumanos y/o degradantes. Al fin y al cabo y dadas sus propias competencias, en la apreciación de una violación material del art. 3 CEDH, el TEDH se encuentra constreñido por las pesquisas de las autoridades nacionales.

La vulneración del mencionado precepto por España no es novedosa, como no lo es que en estos casos los demandantes se encontraran vinculados a la organización terrorista ETA que, siete años después de anunciar el cese de su actividad armada, comunicó su disolución a principios del mes de mayo del presente año 2018. Pero aunque esperamos que este sea el último pronunciamiento de su especie, la STEDH en el asunto *Portu y Sarasola* no solo resulta de interés por representar una excepción a la regla de la condena por exclusiva vulneración de la dimensión procesal del mencionado precepto convencional. Este pronunciamiento establece ciertas directrices a considerar de cara al futuro, pues si bien la disolución de ETA nos permite augurar una reducción significativa (esperemos que hasta llegar a su plena extinción) de los supuestos de denuncia de malos tratos en relación a la detención de personas vinculadas a bandas terroristas, no deberíamos olvidar las reivindicaciones que, desde el ámbito internacional, se han dirigido contra España con motivo de la actuación de nuestras fuerzas y cuerpos de seguridad frente a las movilizaciones contra las medidas de austeridad en el contexto de la crisis económica y de las denominadas «devoluciones en caliente», así como frente a los movimientos a favor de la independencia de Cataluña.

1. DOBLE DIMENSIÓN, MISMO PRECEPTO. LA CONVENIENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA VERTIENTE PROCEDIMENTAL DEL ART. 15 CE

La doctrina de Estrasburgo en materia de torturas y tratos inhumanos y degradantes ha sido acogida por nuestro TC que, muy especialmente tras las últimas condenas dirigidas contra España, ha reforzado las exigencias derivadas del análisis conjunto de los arts. 15 y 24 de nuestra Magna Carta, estimando incluso el correspondiente recurso de amparo⁵⁰. Así, la admisión del amparo constitucional y la aplicación del canon europeo ha hecho del Alto Tribunal español un importante filtro frente a potenciales demandas ante Estrasburgo. Sin embargo, la situación ha sido bien distinta en los supuestos de inadmisión, cada vez más frecuentes tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo⁵¹. Y la inadmisión del correspondiente recurso de amparo en los casos de demandas relativas a actos constitutivos de malos tratos parece elevar las probabilidades de una posterior condena por la jurisdicción de Estrasburgo. Además, como apuntaba la

50. Por ejemplo, SSTC 131/2012, 153/2013, 130/2016 y 144/2016.

51. Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/ 1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Sobre la materia, MONTESINOS PADILLA, Carmen (2017). *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico-procesal. El caso español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 424 pp.

Fundación de la Abogacía Española hace escasamente dos años, debemos preguntarnos por la coherencia entre la inadmisión del amparo constitucional y una posterior condena por el TEDH con motivo de la apreciación de una vulneración del art. 3 CEDH⁵². En todo caso, lo cierto es que las condenas desde Estrasburgo se han dado. Además, no podemos afirmar que la disolución de ETA acabe con las denuncias de torturas o tratos inhumanos y/o degradantes. Es por ello que debemos prestar especial atención a las enseñanzas de la STEDH en el asunto que ahora nos ocupa.

En primer lugar, debemos subrayar que en la Sentencia en el asunto *Portu y Sarasola* el TEDH declara que, para considerar efectivamente agotados los recursos internos, no es necesario que los demandantes aleguen ante el TC la presunta vulneración del art. 15 CE, siendo suficiente que hagan lo propio con el art. 24 CE. A este respecto debemos volver a recordar que, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo, el Alto Tribunal español no reconoce el deber de investigar como inherente al art. 15 CE, sino como un contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva.

El análisis conjunto de los arts. 15 y 24 CE a partir de 2008 en supuestos de denuncias de actos presuntamente constitutivos de malos tratos constituyó, como advierte la profesora Queralt Jiménez, un avance significativo frente a una primera asunción parcial de la doctrina europea, en la que el TC español no vinculaba la falta de investigación eficaz a los derechos consagrados en el art. 15 de nuestra Norma Fundamental⁵³. Sin embargo, esta disociación entre los dos preceptos constitucionales, a la que durante algún tiempo se opuso el propio Ministerio Fiscal⁵⁴, ha sido en ocasiones criticada por entenderse que así se podrían estar limitando los efectos del correspondiente pronunciamiento constitucional en aquellos casos en los que solo pudiera apreciarse el incumplimiento del deber procesal de investigar⁵⁵. Pero como se advierte en la Sentencia aquí comentada, en este contexto el Tribunal de Estrasburgo parece recuperar una flexibilidad en la apreciación del cumplimiento del requisito del agotamiento de los recursos internos a la que ya no estábamos muy acostumbrados.

En su Sentencia en el asunto *Portu y Sarasola*, el TEDH rechaza la inadmisión de la demanda con fundamento en la exclusiva alegación ante el TC de una vulneración del art. 24 CE. Considera que este precepto constitucional, al igual que el art. 6 CEDH, se encuentra intrínsecamente vinculado a la proscripción de malos tratos. Parece que así se

52. FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA (2016). *España ante la tortura y los malos tratos. Informe Fundación Abogacía Española* [en línea] [consulta: 25-04-2018] Disponible en: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf

53. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2013). «Martínez Sala y otros c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004): La vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes». En ALCÁCER GUIRAO, Rafael; BELADÍEZ ROJO, Margarita; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (coords). *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 57-59.

54. Por ejemplo, SSTC 52/2008 y 69/2008.

55. VILLALIBRE FERNÁNDEZ, Vanesa (2012). «Confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de investigación oficial eficaz en el contexto de la prohibición de la tortura». *Op. cit.*, pp. 29-86.

recuerda a las autoridades nacionales el desdoblamiento del contenido de la prohibición de las torturas y los tratos inhumanos y degradantes advirtiéndolo, al menos en opinión de esta autora, sobre la intrascendencia, a efectos prácticos, de la apreciación de una vulneración de una u otra dimensión de dicha proscripción, sea a nivel regional o nacional. Por ello y a pesar de que con dicha inadmisión el TEDH demuestra que le importa más el fondo que la forma, sería conveniente que nuestro Alto Tribunal diera un paso más y, como lo hace el propio Tribunal de Estrasburgo, limitara a casos excepcionales la disociación del contenido de la prohibición de los malos tratos entre los arts. 15 y 24 CE. Como advirtieran los jueces Gölcüklü y Zagrebelsky desde finales de la década de los 90 con apoyo en la doctrina de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, una vez apreciada la vulneración de la dimensión procedimental de los arts. 2 y 3 del Convenio de Roma, la declaración de una vulneración de su art. 13 (y/o de su art. 6), salvo casos excepcionales, no es necesaria para asegurar la efectiva protección de aquellos derechos convencionales⁵⁶.

Recordemos que la remisión al art. 13 CEDH en las sentencias del Tribunal de Estrasburgo relativas a malos tratos son excepcionales y, en caso de producirse, se realizan a efectos complementarios de la apreciación de la correspondiente vulneración del art. 3 CEDH. Por tanto, la integración del deber de desarrollar una investigación oficial efectiva en el art. 15 CE, relegando a supuestos aislados (como aquellos en los que la insuficiencia investigadora obstaculiza el acceso a un recurso efectivo) la apreciación de la correspondiente vulneración del art. 24 CE, dotaría de consistencia a nuestra jurisprudencia constitucional que, por mandato del art. 10.2 de nuestra *Norma normarum*, habrá de inspirarse en los tratados y convenios que, en materia de derechos humanos, haya celebrado válidamente España. Pero no solo eso. Quizás la más importante de las consecuencias del reconocimiento formal del deber de investigar como parte integrante del art. 15 CE sería el mensaje que de este modo se haría llegar a instituciones públicas y particulares. Así se dejaría patente la idéntica gravedad de la conculcación de ambas dimensiones de la prohibición de los malos tratos, disuadiendo posibles dejaciones por las autoridades nacionales respecto de sus obligaciones de investigación.

Precisamente en relación a la doble dimensión de la proscripción de las torturas y de los tratos inhumanos y degradantes, debemos destacar que a pesar de que I. Sortu y M. Sarasola invocaron expresamente el art. 6 CEDH y de que el propio TEDH se refirió a las garantías que el mismo reviste frente a los supuestos de revisión de pruebas en casa-ción, el fallo de la Sentencia escrutada a lo largo de estas páginas elude cualquier referencia a dicho precepto convencional, limitándose a declarar la vulneración de la dimensión procesal del art. 3 CEDH. Consecuentemente, de cara a futuros supuestos de denuncia de actos presuntamente constitutivos de malos tratos ante la jurisdicción de Estrasburgo, los demandantes deberían considerar los supuestos de reexamen de pruebas en segunda

56. Vid. SSTEDH en los asuntos *Aytekin c. Turquía*, de 18 de septiembre de 1997; *Ergi c. Turquía*, de 20 de mayo de 1997; *Yasa c. Turquía*, de 8 de abril de 1997; *Khachiev y Akaïeva c. Rusia*, de 24 de febrero de 2005.

instancia a la luz de la obligación de los Estados de investigar, siendo suficiente, por tanto, la alegación de una presunta vulneración del art. 3 del Convenio de Roma.

Esta integración o unificación en un mismo precepto de las obligaciones negativas y positivas que conforman la proscripción convencional de los malos tratos sería, como decíamos, conveniente en el caso del ordenamiento constitucional español. En todo caso, no podemos olvidar que ambas dimensiones, la material y la procesal, se refieren a obligaciones distintas. Por ello resulta llamativo que la fundamentación jurídica de la STEDH en el asunto *Portu y Sarasola* omita cualquier referencia a las alegaciones de las partes relativas a la imposibilidad de contactar con un familiar y de haber dispuesto de los servicios de un médico y un abogado de libre elección. En la mayoría de los casos en los que España ha sido condenada por vulnerar su obligación de investigar ex art. 3 CEDH, el TEDH ha aludido a diversos informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CPT) en los que precisamente la ausencia de dichas garantías y las consecuentes recomendaciones al respecto, han ocupado un lugar protagónico⁵⁷. Esperemos que, a pesar de la falta de consideración de los alegatos de los demandantes en la materia, España tome conciencia de una vez por todas de la relevancia de este tipo de prácticas. Y este prurito es extrapolable a la necesaria aplicación por nuestros órganos jurisdiccionales de una doctrina que ha defendido el TEDH desde sus primeros pronunciamientos, pues a estas alturas ya debería estar lo suficientemente claro que la apreciación de contradicciones en las declaraciones de las víctimas o la presunción de la concurrencia de estrategias urdidas para desacreditar las políticas antiterroristas, son insuficientes para desvirtuar el carácter indiciario de dichas declaraciones.

2. NUEVOS Y RENOVADOS ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA TORTURA

Como hemos visto y a pesar de algunos matices de interés, la argumentación del Tribunal de Estrasburgo en su reciente Sentencia en el asunto *Portu y Sarasola* efectivamente

57. Así, por ejemplo, el derecho a ser examinado por un médico de libre elección aparece en el párr. 9 del Informe de 13 de marzo del 2003, dirigido al Gobierno español por el CPT, tras la visita efectuada en julio de 2001. A este Informe se refiere la STEDH en el asunto *Beristain Ukar c. España*. Por su parte, al derecho a informar a una persona de libre elección por la víctima, de su situación y lugar de detención, se refiere el Informe de la CPT de 25 de marzo de 2011, relativo a la visita efectuada a España del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007. A este último se remite, por ejemplo, la STEDH en el asunto *Otamendi Eiguren c. España*. Finalmente, al Informe del CPT de 30 de abril de 2013, emitido a raíz de las visitas realizadas a España entre mayo y junio de 2011, se refiere la STEDH en el asunto *Arratibel Garciandía*, en la que se insiste sobre la conveniencia de que la detención de las personas en régimen de incomunicación sea supervisada mediante cámaras de videovigilancia. Vid. MORTE GÓMEZ, Carmen (2015). «El régimen de detención incomunicada en España: las obligaciones positivas procesales derivadas de artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». En LÓPEZ GUERRA, Luis (et. al. coords): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 306-311.

dista de ser especialmente novedosa. No obstante, las apreciaciones del voto particular emitido por los jueces Keller, Pastor Vilanova y Serghides en cuanto al nivel de vinculación del TEDH respecto de la determinación de los hechos establecida por las jurisdicciones nacionales y la calificación de los hechos enjuiciados como tratos inhumanos y degradantes, son aquí plenamente compartidas. Efectivamente, la falta de diligencia del TS en la revisión de las pruebas documentales y personales, basándose en argumentos tradicionalmente rechazados por la jurisdicción de Estrasburgo (como la contradicción entre testimonios o la consideración de las denuncias como parte de una estrategia de los grupos terroristas), conjuntamente con la gravedad de los hechos, deberían haber conducido a apreciar la perpetración de actos constitutivos de torturas y no de tratos inhumanos y degradantes. Además, si bien las consecuencias de los sufrimientos padecidos en el largo plazo conforman una variable a considerar en la determinación de la gravedad de los hechos denunciados, este no parece constituir un elemento definitorio a efectos de la apreciación de torturas. Y ello sin olvidar que en este caso la intencionalidad y el propósito no son difíciles de adivinar a la luz de los hechos denunciados, máxime cuando se produjeron en el contexto de la detención de dos miembros de ETA y entre los mismos se alegaron, por ejemplo, prácticas de asfixia para reconocer la pertenencia a la banda terrorista y coacciones para la realización de declaraciones ante el correspondiente abogado de oficio.

Concluyendo, los motivos que han llevado a la mayoría a apreciar la perpetración de tratos inhumanos y degradantes resultan ciertamente desconcertantes, pero si como el refrán nos dice, es mejor prevenir que curar o lamentar, quienes en un futuro acudan a la jurisdicción de Estrasburgo con el objetivo de que se reconozcan como víctimas de torturas y se proceda a la correspondiente reparación, deberían ser ya conscientes de la importancia de alegar de forma expresa tanto el móvil de los denunciados, como el efecto a largo plazo de sus actos. Esperamos, claro está, que no haya oportunidad de aplicar las enseñanzas que esta Sentencia europea nos brinda. Ahora bien, permítame el lector que muestre mis recelos e insista en la importancia de ser especialmente cautelosos en un contexto en el que las demandas de tolerancia cero frente a los «enemigos del sistema» podrían estar mitigando, al menos en cierto modo, la repulsa social hacia la tortura y los tratos inhumanos y degradantes⁵⁸.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017) País Vasco. *Informe de Amnistía Internacional sobre el derecho a la verdad, justicia y reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos, como la tortura [en línea]* Disponible en: https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/doc?q=*. *&start=0&rows=1&sort=fecha%20desc&fq=norm&fv=*&fo=and&fq=mssearch_fld13&fv=EUR41700017&fo=and&fq=mssearch_mlt98&fv=gseg01&fo=and

58. En este sentido, ROIG TORRES, Margarita (2014). «Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la tortura de rescate (rettungsfolter)». UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 11, pp. 337-338.

- ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (2008). *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia [en línea]* Disponible en: https://www.apt.ch/content/files_res/JurisprudenceGuideSpanish.pdf
- BARCELONA LLOP, Javier (2009). «Coacción administrativa, responsabilidad patrimonial del Estado y Convenio Europeo de Derechos Humanos (De la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009, caso Iribarren Pinillos contra España)». *Revista de Administración Pública*, 179 (mayo-agosto), 187-218
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2014). *El Convenio europeo de derechos humanos*. Madrid: Tecnos
- CASADEVALL, Josep (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (2013). «La obligación de investigación efectiva en el Derecho internacional de los derechos humanos: especial referencia a la práctica española». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 26, pp. 1-41
- FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA (2016). *España ante la tortura y los malos tratos. Informe Fundación Abogacía Española [en línea]*. Disponible en: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf
- LÓPEZ GUERRA, Luis et al (coords) (2015). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una vision desde dentro*. En homenaje al Juez Josep de Casadevall. Valencia: Tirant lo Blanch, 525 pp.
- MONTESINOS PADILLA, Carmen (2017). *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico-procesal. El caso español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 424 pp.
- MORTE GÓMEZ, Carmen (2015). «El régimen de detención incomunicada en España: las obligaciones positivas procesales derivadas de artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». En LÓPEZ GUERRA, Luis (et. al. coords): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro*. En homenaje al Juez Josep Casadevall, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 301-312
- NIEVA-FENOLL, Jordi (2018, febrero 14). «Primera condena a España por infligir tratos degradantes». *Agenda Pública*. En *Agenda Pública [en línea]*. Disponible en: <http://agendapublica.elperiodico.com/otra-condena-tratos-degradantes-espana/>
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia (2013). «Martínez Sala y otros c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004): La vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes». En ALCÁCER GUIRAO, Rafael; BELADÍEZ ROJO, Margarita; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (coords). *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, pp. 35-61

- REIDY, Aisling (2003). *The prohibition of torture. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Human rights Handbooks, No. 6. Council of Europe, 48 pp* [en línea]. Disponible en: <https://rm.coe.int/168007ff4c>
- ROIG TORRES, Margarita (2014). «Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la tortura de rescate (rettungsfolter)». UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, pp. 295-364
- RUILOBA ALVARIÑO, Julia (2005). «La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España, 2 de noviembre de 2004. Crónica de una muerte anunciada». *Revista Española de Derecho Internacional*, LVII, pp. 209-220
- SALADO OSUNA, Ana (2014), «Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». En GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo (Coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: CEPC, pp. 85-112
- STOFFELS, Ruth Abril (2013). «El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 309-326
- VILLALIBRE FERNÁNDEZ, Vanesa (2012). «Confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de investigación oficial eficaz en el contexto de la prohibición de la tortura». *Foro. Nueva Época*. 15(1), pp. 29-86