

Interdicción a la tortura: algunas cuestiones generales y otras en relación a España. Una actualización¹

Interdiction to torture: some general issues and others in relation to Spain. An update

Antonio Calonge Velázquez

Universidad de Valladolid, Valladolid

La interdicción a la tortura, en el ámbito europeo, tiene su plasmación en el artículo 3 de la Convención para la protección de los Derechos Fundamentales y Libertades (CEDH), que es uno de los más escuetos de este texto legal, pero también de los más invocados. En este trabajo, vamos a abordar la evolución que con respecto a la aplicación de este derecho han tenido las autoridades españolas a lo largo de estos últimos años. Se expondrán, en primer lugar, las cuestiones esenciales en relación con el derecho que tratamos; a continuación, se analizará sistemáticamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que ha recaído contra España; los informes del Comité de Prevención contra la Tortura (CPT) y las respuestas del Gobierno español; y, por último la más reciente jurisprudencia de nuestros más altos Tribunales (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) para concluir con una evaluación con respecto al cumplimiento de este derecho fundamental.

Palabras clave: Interdicción a la tortura, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comité de Prevención contra la Tortura, jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

The interdiction to torture, at European level, is reflected in Article 3 of the European Convention of Human Rights (ECHR), which is one of the shortest, but also the most invoked. In this paper we will discuss the evolution that Spanish authorities have had regarding the application of this right over time. The essential issues in relation to the right we are discussing will be discussed first. The jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) that has relapsed against Spain will be systematically analyzed. The reports of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT) and the answers of the Spanish Government will also be analyzed. And, finally, the most recent jurisprudence of our highest Courts (Supreme Court and Constitutional Court) will be also analyzed. To conclude with an evaluation regarding compliance with this fundamental right.

Keywords: The interdiction to torture, European Court of Human Rights, European Committee for the Prevention of Torture, Jurisprudence Supreme Court and Constitutional Court.

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos.

Consideraciones preliminares

El artículo 3 de la Convención para la protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) es, a buen seguro, el más breve de cuantos integran este texto legal, aunque también, probablemente, sea el más invocado, y, quizás, por ello, es también al que más páginas ha dedicado la doctrina en nuestro país y fuera de él desde que se ratificara el señalado texto internacional (Salado Osuna, 2014; Santamaría Arinas y Bolaño Piñero, 2015). Por esta razón, a nuestro juicio, la interdicción a la tortura se ha convertido en una materia tan abordada desde tantos puntos de vista, que resulta difícil aportar nada nuevo para su esclarecimiento más allá de abordar lugares comunes, es decir, se trata de un campo muy transitado al que no es mucho lo que se puede añadir.

En el presente trabajo vamos a abordar la evolución que con respecto al tratamiento o, mejor expresado, aplicación de este derecho han tenido las autoridades españolas a lo largo de los últimos años. Así, pues, comenzaremos repasando lo que podemos denominar, un tanto pretenciosamente, una teoría general del derecho a la interdicción de la tortura; para seguir, después, con el análisis sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que ha recaído contra el Gobierno de España; para concluir con un estudio de las sentencias más recientes de nuestros más altos Tribunales en esta materia que es plenamente conforme con la dictada por el TEDH.

Cuestiones esenciales sobre el derecho de interdicción a la tortura

1. Carácter absoluto de la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles inhumanos y degradantes

Como es sabido, los derechos que el CEDH garantiza no son absolutos², sino que pueden verse legítimamente afectados por restricciones o limitaciones, y, por ello, siempre que peligre la vida de la nación bajo supuesto de guerra u otro peligro público, se establece la posibilidad de que cualquier Estado parte adopte las medidas que estime convenientes, aunque conlleven una vulneración de las obligaciones del Convenio (art.15 CEDH)³. Ahora bien, el Derecho internacional en la actualidad proclama, sin ningún género de duda, el carácter absoluto de algunos de los derechos contenidos en el Convenio, y, así, el derecho a la vida, a la integridad personal bajo la prohibición de la tortura y las penas y otros tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y

² Así lo expresó nuestro Tribunal Constitucional muy tempranamente en su sentencia 11/1981, de 8 de abril, cuando afirmó que «ningún derecho, ni aun los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados».

³ Debemos matizar la afirmación que hacemos en el texto, pues no se trata de cualquier medida que se considere necesaria, sino solo aquellas estrictamente exigidas por la situación sin oponerse a las demás que resulten del Derecho Internacional, por lo que se establecen límites por el TEDH como órgano encargado de la interpretación del CEDH, y siempre bajo la observancia del denominado Test de Estrasburgo conformado por tres requisitos generales que deben confluír de manera subordinada a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

los principios de irretroactividad y legalidad penal gozan de este carácter, entendiéndose por tal la imposibilidad de que puedan ser objeto de derogación o restricción, configurándose de esta manera un mínimo humanitario de derechos o, lo que, en el ámbito europeo, se ha dado en denominar «orden público europeo», que son reconocidos a todas las personas precisamente porque lo que ese encuentra en juego, en el caso de las torturas y tratos inhumanos o degradantes, es uno de los valores fundamentales del sistema europeo de garantías: la dignidad.

Nos encontramos, pues, ante una norma de Derecho internacional de obligado cumplimiento por todos los Estados miembros de la comunidad internacional, y que no admite acuerdo en contrario; se trata, en fin, de una norma imperativa de Derecho internacional o de *ius cogens* y, además, *erga omnes* recogida en distintos textos normativos internacionales⁴ y confirmada, como no podía ser de otra manera, por la jurisprudencia del TEDH, que en numerosas sentencias ha expresado el carácter absoluto de este derecho, incluso en las más difíciles circunstancias, como la lucha contra el terrorismo o el crimen⁵.

2. El artículo 3 CEDH conlleva una obligación de no hacer y de hacer

Del carácter absoluto del derecho a la interdicción de la tortura —y tal y como está redactado el propio precepto: «Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»—, el TEDH ha declarado que este derecho, que queda reconocido de manera negativa en este art. 3 CEDH, impone una obligación a los Estados parte de no hacer, es decir, que este artículo prohíbe la comisión de los actos o conductas que anuncia. Lo que, en principio, resultó más cuestionable es si, al tiempo, imponía también una obligación de hacer, es decir, de adoptar las medidas convenientes o necesarias para evitar que se generen violaciones a dicho derecho⁶.

En relación a lo que acabamos de afirmar, debemos reseñar que, de conformidad a la dicción del precepto, no existe dicha obligación de forma expresa en el CEDH. Ahora bien, sí puede desprenderse con facilidad de una

⁴ Vid, entre otros, el art.4.2 del Pacto Internacional de Libertades y Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España en 1977 y, más recientemente, el art.2.2 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, que señala de manera expresa: «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra, o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura».

⁵ Vid., entre otras, sentencias caso Chahal c Reino Unido de 15 de noviembre de 1996, caso Askoy c. Turquía de 18 de diciembre de 1996, que fueron los primeros fallos sobre esta cuestión; Kuda c. Polonia de 26 de octubre de 2000; Peers c. Grecia, de 19 de abril de 2001; y Van der Ven c Holanda, de 4 de mayo de 2003.

⁶ La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura no ha tenido ninguna duda sobre el particular, pues, de modo explícito, impone a los Estados parte la obligación de prevenir la tortura y otros tratos crueles. De conformidad con su art.2.1, «Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción». Y, además, existe todo un elenco de obligaciones de los Estados signatarios desplegadas a lo largo de este texto internacional; así, pueden verse los arts.3, 4, 8 y 9, etc.

interpretación sistemática de los arts. 1 y 3 CEDH como la que realiza el TEDH cuando afirma que la existencia de una obligación de los Estados parte de adoptar «medidas destinadas a asegurar que un individuo bajo su jurisdicción no sea sometido a torturas o a tratos inhumanos o degradantes, incluido cuando los malos tratos sean administrados por individuos particulares»⁷, precisando además la posibilidad de que la responsabilidad de un Estado puede verse afectada del mismo modo cuando no sea establecida en la legislación interna la adecuada protección o cuando las autoridades no tomen medidas razonables en orden a la evitación material de un riesgo⁸. En base a ello, el TEDH afirma que los Estados parte asumen tanto obligaciones negativas de no hacer, como positivas de hacer.

Asimismo, también se desprende esta obligación de hacer si ponemos en conexión el precepto de referencia de este trabajo con el art.2 del mismo cuerpo legal, que impone a los Estados parte tanto la obligación negativa de no matar como la de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas en el ámbito de su jurisdicción, es decir, una obligación positiva, como señaló el TEDH⁹. Esta obligación positiva adquiere una dimensión particular cuando se trate de personas detenidas que, por estar bajo el control completo de las autoridades, son especialmente vulnerables (Martí Sánchez, Sánchez Sánchez y Recorder Vallina, 2007).

Considerando la particular importancia de la prohibición de la tortura, las tradicionales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y realizar los derechos humanos se complementan con otra obligación de prevenir la tortura y otras formas de tratos inhumanos o degradantes. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para evitar que ocurra la tortura.

En suma, podemos afirmar, conforme a la jurisprudencia y las prácticas internacionales, que corresponde al Estado parte una obligación general de diligencia, que consiste, en nuestro supuesto, en proteger eficazmente el derecho a la integridad física y moral de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. O, dicho, en otros términos, este deber de diligencia conlleva una obligación positiva de las autoridades estatales para evitar que tanto los poderes públicos como los particulares puedan atentar contra la integridad de las personas que pertenecen a grupos especialmente vulnerables.

3. Concepto de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes

El art.3 CEDH no establece una definición de las conductas que tipifica. Es más, de los trabajos preparatorios se deduce que el debate sobre este precepto tuvo por objeto principal si deberían explicitarse determinadas formas de tortura, siendo la decisión negativa. Ha sido la jurisprudencia del TEDH la que nos ha facilitado estos conceptos y siempre permitiéndose un grado de flexibilidad al evaluar los actos prohibidos, sin perjuicio de que algunos textos internacionales sí que hayan normati-

zado el concepto principal de este precepto¹⁰ que bastante después fue acogido por la jurisprudencia del TEDH¹¹.

Sin duda, es el caso ya citado Irlanda c. Reino Unido de 18 de enero de 1978 el punto de partida de la delimitación conceptual de la tortura. El TEDH fundamentó su decisión sobre la base del criterio de la gravedad de los dolores o sufrimientos ocasionados a las presuntas víctimas, lo que se corresponde con el modo en que normalmente se utiliza, donde generalmente se subraya como elemento determinante de esta conducta la intensidad del dolor o sufrimiento infligido. Ahora bien, como el propio TEDH reconoce, este criterio es por su naturaleza relativo y, en consecuencia, depende de las circunstancias dadas a cada caso concreto y, especialmente, de la duración de los malos tratos en sí, sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, la edad, el estado de salud de las víctimas, su vulnerabilidad, etc.

Por tortura se entiende los actos de mayor gravedad, pero teniendo en cuenta las circunstancias del caso y de la propia víctima. Se exige siempre que las conductas que puedan ser tipificadas como torturas superen un «umbral mínimo de gravedad», que será apreciado caso por caso por los Tribunales en función de las circunstancias que concurren y que constituyen factores relevantes para dicha apreciación. Se trata de factores tales como la intencionalidad, la duración de los malos tratos, las consecuencias físicas y psíquicas e, incluso, la edad, el sexo, la vulnerabilidad o el estado de la salud de la víctima, entre otras, pues la lista es abierta¹².

Este criterio del «umbral mínimo de la gravedad» fue reiterado y aplicado en varias disposiciones del TEDH como, por ejemplo, el caso Aydin c. Turquía de 25 de septiembre de 1997 donde el Tribunal sostuvo que:

La violación de una detenida por parte de un oficial del Estado debe considerarse una forma de maltrato especialmente grave y aborrecible... Por otro lado, la violación deja graves cicatrices psicológicas en la víctima que no responden al paso del tiempo tan rápido como otras formas de violencia física y mental... frente a este contexto, el Tribunal considera que la acumulación de actos de violencia física y mental... especialmente el cruel acto de la violación al que la víctima fue sometida, suponen una tortura, en violación del artículo 3 de la Convención.

¹⁰ Así es, a título de ejemplo, el art.1 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, que es el tratado internacional más general que trata la tortura, se pronuncia en los términos siguientes:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura, todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores a sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

¹¹ En el caso Selmouni c. Francia, de 28 de julio de 1999, el TEDH, por primera vez, incluyó su primera referencia a la tortura contenida en el art.1 del texto internacional citado en la nota anterior.

¹² En el caso citado en el texto, el TEDH acabó considerando los actos que se denunciaban como tratos inhumanos y degradantes, distinguiéndolos del de tortura en base a la intensidad del sufrimiento padecido, aunque la cuestión, desde luego, no fue pacífica y, de ahí, la existencia de votos particulares.

⁷ Casos H.L.R. c. Francia, sentencia de 29 de abril de 1997 y A. c. Reino Unido, sentencia de 23 de septiembre de 1998.

⁸ Caso Mahmut c. Turquía, sentencia de 28 de marzo de 2000.

⁹ Caso L.C.B. c. Reino Unido, sentencia de 9 de junio de 1998.

Pero no es solo éste el elemento que conforma el concepto de tortura, pues junto a él deben estar presentes otros dos: el subjetivo y el teleológico o finalista.

Se exige, además, que el sujeto que realice la conducta debe ser un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. Es decir, se trata de un sujeto activo cualificado, de tal manera que se pueda atribuir al Estado no solo las acciones llevadas a cabo por sus agentes, sino, también, las llevadas a cabo por personas que gozan de su tolerancia o aquiescencia. Surge la duda de si los particulares también pueden realizar este tipo de conducta. El TEDH no parece haberlo tenido en ningún momento cuando en el caso A. c. Reino Unido¹³ afirmó que los Estados están obligados a la adopción de medidas destinadas a asegurar que un individuo bajo su jurisdicción no sea sometido a torturas o a trato inhumano o degradantes, incluido cuando los mismos sean administrados por particulares. Y, por ello, estimó contrario al art.3 CEDH el hecho de que un padraastro golpeará gravemente a su hijo de nueve años, ya que el Estado está obligado a tomar medidas para garantizar que los individuos bajo su jurisdicción no sean sometidos a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes, incluyendo el maltrato infligido por individuos particulares.

Y, por último, debemos hacer sucinta referencia al elemento teleológico, esto es, la finalidad que se persigue con la conducta prohibida que no es otra, primeramente, que la de obtener confesión o información, aunque después se han añadido otras finalidades como la puramente discriminatoria para con la víctima, ya sea por motivos políticos, raciales, religiosos, culturales o de género.

En la sentencia, por ejemplo, *Ílhan c. Turquía* de 27 de junio de 2000, el TEDH señaló que:

Además de la gravedad del trato, existía una clara intencionalidad como se señala en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura... que define a la tortura como infligir, de manera intencionada, un daño o sufrimiento graves con el objetivo, entre otros, de obtener información, castigo o intimidar a la víctima.

La jurisprudencia del TEDH experimentó una evolución, pues si inicialmente sostuvo que la característica definitoria de la tortura era más bien el propósito con el que el acto en cuestión se perpetraba; después lo fue la de la gravedad de los hechos, para, posteriormente, volver a subrayar que lo que el hecho de la tortura persigue es un propósito determinado, de tal manera que la combinación de los criterios de la gravedad y la intencionalidad, junto con el elemento subjetivo, el TEDH, son los criterios que utiliza en la actualidad como elementos definitorios de la tortura.

En resumen, la definición de tortura contiene tres elementos que deben concurrir:

- Infligir intencionadamente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o psíquicos.
- Por un funcionario público, implicado de forma directa o indirecta.
- Con una intención o propósito deliberado.

No podemos concluir este apartado sin abordar la

cuestión de las diferencias que existen entre las conductas tipificadas en el art.3 CEDH: torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes, los cuales también se hayan absolutamente prohibidos sin que quepan excepciones.

De nuevo debemos traer a colación el caso *Irlanda c. Reino Unido* de 1978 donde el TEDH recogió por primera vez la distinción entre estas tres figuras. Así, una vez que sentó el criterio de la gravedad con las precisiones que hemos formulado más arriba relativas a las circunstancias internas y externas de los casos objeto de enjuiciamiento, entendió que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala¹⁴. Por ello, la tortura es la conducta que supone mayor grado de sufrimiento infligido a la víctima, es decir, se trata de actos graves y crueles, mientras que se califica como tratos inhumanos aquellos que producen sufrimientos físicos y psíquicos provocados voluntariamente con una intensidad particular con la finalidad de doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia¹⁵; y los tratos degradantes se definen como aquellos que causan en las víctimas temor, angustia e inferioridad capaz de humillar a una persona ante los demás o ante sí misma¹⁶.

Mientras el trato inhumano se define mediante referencias a otras formas de maltrato, pues, como señaló el propio Tribunal cualquier definición de las conductas prohibidas en el art.3 CEDH debe partir de la noción de trato inhumano, tratándose en consecuencia, de un concepto negativo, de tal manera que pudiéramos afirmar que es aquel trato que no es tortura, ya que se trata de una conducta no suficientemente severa —o grave y cruel, por seguir la terminología del Tribunal—, pero tampoco es un trato degradante, pues sobrepasa el umbral máximo de gravedad de éste. El trato degradante, que es el punto mínimo para entender que existe una violación del precitado artículo del Convenio, debe implicar algún tipo de «humillación grave» y, asimismo, debe alcanzar un nivel «mínimo de gravedad».

Así, de acuerdo con la interpretación del art.3 CEDH realizada por la jurisprudencia del TEDH, tanto la tortura como los tratos inhumanos y degradantes se darán solo si se causa a la víctima un sufrimiento físico o psíquico grave, que puede ser provocada por cualquier conducta, incluida la amenaza de ocasionarlo. La consideración como una u otra categoría depende de la entidad concreta del padecimiento causado. Si se trata de actos graves y crueles estamos en presencia de tortura; si nos hallamos ante un acto que supone la humillación de la víctima lo calificaríamos de degradante; y, por último, si se trata de un acto que produce sufrimiento físico o

¹⁴ Así, lógicamente, lo entendió también nuestro Tribunal Constitucional cuando declaró que:

Tortura y tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente.

Vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 190/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio y 215/1994, de 14 de julio.

¹⁵ En el caso Griego, la Comisión definió el trato inhumano como «al menos aquel trato que cause deliberadamente un sufrimiento grave, ya sea mental o físico, que sea injustificable en la situación en particular». Vid. Caso Griego, *Anuario del Convenio...*, cit.

¹⁶ Caso *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978.

¹³ A. c. Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998.

psíquico, al que separa de la tortura por su gravedad, pero sin añadir la nota de envilecimiento, se debería hablar de trato inhumano.

Ahora bien, pese a que hemos intentado exponer estas conductas como categorías claras y bien graduadas, lo cierto es que no es exactamente así, pues el TEDH, a veces, ha utilizado los términos degradantes e inhumanos como equivalentes¹⁷; y, en otras ocasiones, ha procedido a establecer un estado intermedio entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes¹⁸. Es más, el propio TEDH ha calificado al CEDH de «instrumento vivo que hay que interpretar... a la vista de las actuales circunstancias de la vida»¹⁹, ha afirmado que:

Ciertos actos considerados en el pasado tratos inhumanos y degradantes y no torturas podrían calificarse de forma diferente en el futuro, debido en parte a que el criterio cada vez más elevado que se exige en el área de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales correspondiente e inevitablemente exige mayor firmeza al valorar las infracciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas²⁰.

Debemos concluir este apartado manifestando que, también, existe un concepto negativo de tortura y malos tratos en el sentido de entender que estas conductas no se producen cuando estamos en presencia de penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

4. Vertiente sustantiva o material y vertiente procesal o procedimental

El art.3 CEDH contempla —según ya hemos visto— una obligación de no hacer —prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes—, pero también de hacer —adoptar las medidas necesarias para que no se produzcan estas conductas—. Si bien el TEDH comenzó condenando a los Estados solo cuando sus agentes o personas a su instancia o con su consentimiento cometieran alguna de las conductas prohibidas en este precepto, desde la última década del siglo pasado comenzó a hacerlo, aunque con jurisprudencia vacilante, también desde el punto de vista procesal (Salado Osuna, 2014)²¹. Es decir, que cuando el Estado no pone los medios suficientes para que estos hechos no se produzcan también existe una violación del tantas veces mencionado artículo de la CEDH.

¿En qué se concreta esta obligación de hacer más allá de adoptar esas medidas convenientes o necesarias desde el punto de vista normativo, administrativo o el que hiciera falta, esto es, más allá de prevenir la tortura?

Aquí nos encontramos ante uno de los avances más sobresalientes en cuanto al ámbito de aplicación del

artículo 3 CEDH²². Es opinión generalizada de la doctrina, que la vertiente procesal de este derecho forma parte de esas obligaciones positivas que contrae el Estado parte y que se concreta, en este caso, en la obligación de efectuar una investigación «exhaustiva y efectiva» ante la denuncia de torturas o malos tratos presentados de manera creíble por un particular. Aunque, en todo caso, reconocemos, como han señalado distintos autores (Villalibre Fernández, 2012), que esta vertiente procedimental, de éste y de otros derechos contemplados en el CEDH, como es el supuesto del art.2 o también del art.5, es un camino indirecto de condena al Estado cuando no se puede probar de manera cierta la violación sustantiva del derecho. La determinación de que existe una violación causada por la falta de una investigación exhaustiva surgió ante las denuncias probatorias que rodean a las denuncias por malos tratos, pues, desde los primeros momentos, el Tribunal ha exigido que el nivel de prueba requerido para que se determine la existencia de una violación del art.3 es «más allá de toda duda razonable» de que el maltrato ha ocurrido²³. De ahí, que su fundamento lo hallamos en que, en la medida en que no sea posible prevenir la violación sustantiva del derecho, al menos sea examinada y reparada la vulneración en uno de sus contenidos básicos, cual es el de investigar a través de las medidas adecuadas la posible existencia o no de dictar violación material.

Además, debe recordarse que esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el art.1 CEDH de «reconocer a toda persona bajo su jurisdicción, los derechos y libertades definidos... en el Convenio» requiere implícitamente que haya una investigación oficial y efectiva.

La vertiente procesal de este derecho ha ido adquiriendo tal importancia que es lugar común afirmar que ha adquirido sustantividad propia y, en consecuencia, se haya configurado como un derecho autónomo que forma parte del derecho reconocido en el art. 3 CEDH, lo que da lugar a que en muchos supuestos el TEDH descarte la violación del señalado precepto en su vertiente material, al no poder acreditarse «más allá de toda duda razonable» que el demandante sufriera malos tratos o torturas, pero acabara condenando al Estado por no haber cumplido con la obligación positiva del derecho a una investigación exhaustiva y eficaz.

Se trata de una obligación de medios, no de resultado. Esto es, cuando el sujeto bajo custodia policial denuncie torturas o malos tratos de una manera convincente, aunque no se trate de malos tratos que dejen señales físicas, el Estado, en virtud de lo previsto en el art.3 en relación con el 1º de la CEDH, está obligado a investigar los hechos y de no producirse tal investigación nos encontramos ante una violación del Convenio.

El TEDH tiene una consolidada jurisprudencia al respecto, de acuerdo con la cual cuando una persona afirma de «forma creíble» o de «forma defendible» haber sufrido malos tratos por la policía u otros servicios del Estado contrarios al art.3 CEDH, resulta necesario que se realice una investigación oficial eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los

¹⁷ Caso Rivas c. Francia, de 1 de abril de 2004.

¹⁸ Caso Jalloh c. Alemania, de 11 de julio de 2006.

¹⁹ Caso Tyrer c. Reino Unido citado.

²⁰ Z. y otros c. Reino Unido, de 10 de mayo de 2001.

²¹ En el caso Ascoy c. Turquía ya citado, el Tribunal manifestó que «Cuando una persona es detenida bajo custodia policial en buen estado de salud pero en el momento de su puesta en libertad presenta lesiones, le corresponde al Estado dar una explicación plausible en cuanto a la causa de las lesiones, y el incumplimiento de esta obligación suscita claramente una violación del artículo 3 del Convenio».

²² En el caso Assenov y otros c. Bulgaria, de 20 de octubre de 1998, el Tribunal reconoció que el Estado tiene la obligación de investigar las denuncias de tortura no solo en virtud del art.13, sino también del art.3.

²³ Caso Irlanda c. Reino Unido, cit.

hechos ofrecidos por los demandantes, ya que puede producirse una violación del precitado artículo cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos se desprenden en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada²⁴.

Además, debemos reseñar, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, que si esas denuncias por torturas o malos tratos se producen en el ámbito de la detención incomunicada es exigible un mayor rigor en esa investigación oficial exhaustiva y eficaz que demanda la vertiente procesal del artículo 3 CEDH.

Incluso cuando no exista denuncia expresa, el TEDH ha manifestado que, también, «debería llevarse a cabo una investigación si existen otros indicios lo suficientemente claros para creer que ha ocurrido un acto de tortura o malos tratos»²⁵.

5. Caracteres de la investigación

La investigación que exige la vertiente procesal del art.3 CEDH no es una investigación cualquiera sino que, conducente a la identificación y, en su caso, al castigo de los responsables, se debe de caracterizar por una serie de caracteres; o, expresado en otros términos, podríamos afirmar que el concepto de «investigación oficial y eficaz» que utiliza el TEDH es un concepto jurídico indeterminado que debe ser determinado por los operadores jurídicos y que se caracteriza por las notas siguientes.

En primer lugar, debe tratarse de una investigación oficial e independiente o imparcial. Se trata del cumplimiento de una obligación de hacer que corresponde al Estado y, por ello, debe ser oficial y, además, independiente en el sentido de que no puede ser desarrollada por el mismo órgano, Administración pública o Poder, si queremos expresarlo en términos amplios, que presuntamente perpetró los hechos objeto de denuncia, sino que debe ser realizada por un Poder distinto que, en estos supuestos, es el Judicial en cuanto constituye un poder independiente frente a los demás poderes del Estado. Son, por tanto, los jueces los que tienen la competencia para realizar la obligación que compete al Estado de investigar las presuntas torturas o malos tratos inhumanos o degradantes denunciados²⁶.

En segundo término, la investigación debe ser suficiente, esto es, que debe ser realizada en atención a los hechos que se denuncian y a los que después pueden resultar conocidos a consecuencia del desarrollo de la investigación. No se trata de una investigación resuelta solo con criterios abstractos y generales, sino que deben ser los atinentes al supuesto concreto que se investiga y, por ello, debe tenerse presente tanto la gravedad de los hechos objeto de denuncia como la dificultad propia de la investigación.

Lo que constituye, en nuestra opinión, la tercera característica de la investigación a que está obligado el Estado

parte que viene definida por la nota de eficacia o efectividad. La investigación debe llegar al resultado deseado, es decir, al esclarecimiento de los hechos denunciados, de tal manera que se despejen esas sospechas fundadas que motivaron la apertura de la investigación. Se trata, en definitiva, de realizar los actos necesarios y precisos conducentes a la búsqueda de la verdad.

Y, por último, también debe constituir una característica de la investigación la prontitud²⁷. Como se ha dicho de manera reiterada, «justicia retardada, justicia denegada», lo que significa con que no basta que la investigación se lleve a cabo siguiendo las características que hemos definido en los párrafos precedentes, sino que debe realizarse con la oportunidad debida, pues las dilaciones en la investigación conllevan a una auténtica denegación de la justicia en un tema, además, tan grave como el que estamos tratando.

6. Garantías procesales

Las garantías procesales relativas a la privación de libertad están consagradas en el art.5 CEDH, el cual establece que toda detención debe realizarse de acuerdo con un procedimiento establecido en la ley, que toda persona que es detenida debe conocer de inmediato los motivos de su arresto, que toda persona privada de libertad bajo custodia policial debe ser inmediatamente puesta a disposición de la autoridad judicial, y que toda persona arrestada o detenida tendrá derecho de recurrir ante el órgano judicial esta situación a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si la detención fuera ilegal.

Conforme al Derecho Internacional, toda legislación nacional que tenga por objeto la privación de libertad debe respetar unas garantías básicas para prevenir de manera eficaz la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. En síntesis, éstas son las siguientes:

1. El derecho a que los familiares o algún tercero sea informado de la detención y el lugar en que se encuentra detenido.
2. El derecho a tener acceso a un abogado y a que éste esté presente durante los interrogatorios.
3. El derecho a tener acceso a un médico, de ser posible elegido por la persona.
4. El derecho a permanecer en silencio y no declarar contra sí mismo «*nemo tenetur tur*».
5. El derecho a ser puesto a disposición judicial en un periodo de tiempo razonable.
6. El derecho a recurrir la legalidad de la detención y el trato recibido.
7. El derecho a ser informado de estos derechos.

De entre ellas, a los efectos de esta exposición, nos interesa destacar las relativas a los derechos a que un familiar u otra persona sea informado de su detención y del lugar en que se encuentra, a tener un abogado de libre elección y a que éste esté presente en los interrogatorios, y a tener acceso a un médico, de ser posible elegido por la persona.

En relación al primer de los derechos mencionados, el TEDH, en base a las recomendaciones del Comité de Prevención contra la Tortura (CPT)²⁸, ha expresado la pertinencia de la notificación a un familiar o persona que

²⁴ Sin salirnos de nuestro país, se pueden ver los casos Martínez Salas y otros, de 2 de noviembre de 2004, San Argimiro Isasa, de 28 de septiembre de 2010 o Beristain Ukar, de 8 de marzo de 2011, entre otros, y a las que en páginas posteriores aludiremos *in extenso*.

²⁵ Miembros de la Congregación de Testigos de Jehová y otros c. Georgia de 3 de mayo de 2007.

²⁶ Caso Gülec c. Turquía, de 27 de julio de 1998.

²⁷ Caso İlhan c. Turquía, cit.

²⁸ CPT/inf (2004) 4 y 6.

indique el detenido, el hecho de su detención y arresto, así como del lugar en que se encuentra bajo custodia de las autoridades. Si se trata de un extranjero esta comunicación debe hacerse a la autoridad consular del país de origen del extranjero.

Con respecto al derecho de acceso a un abogado de libre elección, éste comprende, como es conocido, el periodo de custodia policial, es decir, que este derecho de asistencia jurídica le será proporcionado de manera efectiva inmediatamente. El derecho de acceso a un abogado desde el momento mismo de la detención es, en fin, una salvaguarda fundamental contra los malos tratos

Este derecho encuentra severas limitaciones en España en el caso del régimen de detención incomunicada, donde los detenidos no tienen derecho a designar a su propio abogado, sino que tienen que estar asistidos por un abogado de oficio durante el periodo de incomunicación. Tampoco el ejercicio de este derecho es inmediato, pues se considera que solo puede ejercer este derecho cuando vaya a prestar oficialmente declaración ante la policía, lo que puede suceder tres o, incluso, cinco días después de haber sido detenido. Finalmente, los detenidos incomunicados no tienen derecho a entrevistarse en privado con sus abogados, ni antes ni después de la declaración ante la policía o testificar ante el juez.

El TEDH considera que:

Los exámenes médicos adecuados son una garantía esencial contra los malos tratos de las personas detenidas. Dichos exámenes deben ser realizados por un doctor cualificado, sin la presencia de ningún oficial de policía y el informe médico debe incluir no solo una mención detallada de las lesiones encontradas, sino también las explicaciones dadas por el paciente sobre cómo ocurrieron y la opinión del médico sobre la correspondencia con las explicaciones dadas²⁹.

Sobre lo que el Tribunal aún no ha llegado a manifestarse es acerca de si el médico, para cumplir correctamente con los mandatos del art.3 CEDH, debe ser de libre elección del detenido, si bien estima indiciario que el que no se dé esta situación apunta hacia una situación de malos tratos³⁰. El CPT sí lo ha hecho y, así con respecto a España, ya en su primera visita y en cuanto al régimen de detención incomunicada, expresó su recomendación acerca del derecho a ver a un médico de la libre elección de la persona bajo custodia policial junto con un médico forense designado por el juez de instrucción³¹.

La jurisprudencia del TEDH con relación a España. Análisis sistemático

El TEDH ha condenado a España a España, desde 2004, en nueve ocasiones por violación del art.3 CEDH en su vertiente procesal³², y una décima más reciente tanto en su vertiente sustantiva como en la procedimen-

²⁹ Akkoç c. Turquía, de 10 de octubre de 2000.

³⁰ Vid., por todos, caso San Argimiro Isasa, de 28 de septiembre de 2010, ya citado.

³¹ Vid. Las recomendaciones del CPT a España de los años 1998, 2001, 2005 y 2007, por ejemplo.

³² Matia Portilla (2015) ha calificado de «problema endémico» para nuestro país la causa de estas condenas, cual es la falta de un protocolo riguroso que trate de aislar y, en su caso, investigar, los malos tratos que puedan realizar respecto de personas que se encuentran privadas de libertad y sometidas al control policial.

tal.

Lo primero que debe ser puesto de relieve es que, de los diez casos, nueve lo han sido por aplicación de la legislación antiterrorista en supuestos de detención incomunicada y solo uno por un supuesto mal trato policial sin detención. Y, asimismo, es preciso resaltar que ha habido una evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que los órganos jurisdiccionales españoles —notablemente, el Tribunal Constitucional— han seguido sin ninguna duda.

La primera sentencia que condenó a España por vulneración del art.3 CEDH en su vertiente procesal o procedimental fue el caso Martínez Salas y otros, de 2 de noviembre de 2004.

El Tribunal, en primer término, desechó la violación sustantiva del derecho proclamado en el art.3 CEDH, pues consideró que «los elementos de prueba presentados por los demandantes no fundamentaron suficientemente sus alegaciones»; pero, de seguido, indicó que no estaba convencido de que las investigaciones realizadas por las autoridades nacionales fuesen suficientemente profundas y efectivas para cumplir con las exigencias del art.3. Es más, resalta que el juez de instrucción se limitó a solicitar al médico forense un detallado informe que precisara dónde y cómo se habían producido los exámenes médicos de los detenidos, si los demandantes se habían quejado en las visitas médicas de haber sufrido malos tratos y si éstos se habían constatado o había signos de tales malos tratos. Y, además, también pone de manifestó que el juez de instrucción rechazó realizar cualquiera de las diligencias probatorias que habían solicitado los demandantes. Pues bien, por ello, el Tribunal declaró la violación del art.3 en su vertiente procedimental y, además, condenó a España a indemnizar a los demandantes en concepto de daño moral.

Como vemos, a través de este pronunciamiento, los órganos judiciales nacionales en absoluto investigaron los hechos presentados de manera fundada por los demandantes, limitándose a requerir un informe más detallado al médico forense en relación con algunos extremos y denegando la práctica de cualquier otra prueba que pudiera conducir al esclarecimiento de los hechos, lo que fue suficiente para que el TEDH condenara a España por esta violación del derecho contenido en el art.3 CEDH.

Las siguientes sentencias a que nos vamos a referir son los casos San Argimiro Isasa, Beristain Ukar ya citados y Otamendi Eguiguren de 12 de septiembre de 2012.

Las tres sentencias tienen en común que el TEDH denuncia la pasividad de los Tribunales españoles ante las demandas creíbles y no manifestamente mal fundadas en el sentido del art.35.3 CEDH presentadas por los demandantes. Esto es, de nuevo nos encontramos ante una falta manifiesta de investigación que lleva a la condena por la violación del derecho en su vertiente procesal, pese a que el Gobierno español trata de justificar la existencia de una investigación efectiva alegando que, además de los informes de los médicos forenses, se habían acompañado otras diligencias como las declaraciones del demandante —no sucedió así en el caso Otamendi Eguiguren— o el informe del responsable policial, pero para el Tribunal estos elementos son notoriamente insuficientes para ser considerados una investigación oficial y eficaz a que en anteriores sentencias se había referido como condición para considerar aplicado correctamente el art.3 CEDH.

Incluso, en el primer de los casos citados, el TEDH llegó a presuponer que el órgano judicial había sustentado su investigación solo en aquellos informes médicos que eran favorables para el Estado, haciendo caso omiso de dos anteriores donde se evidenciaban signos de lesiones.

El Tribunal en estos tres supuestos también censuró la negativa de las autoridades a que los detenidos fueran reconocidos médicamente durante su periodo de incomunicación por un profesional de su elección e, incluso, en algún caso puso de manifiesto que no se habían seguido los protocolos establecidos para la realización de los exámenes médicos obligatorios.

Un paso más dio el TEDH en dos sentencias pronunciadas en el año 2014: los casos Etxebarria Caballero y Ataún Rojo, ambos de 7 de octubre.

En los dos casos los demandantes denuncian malos tratos durante el periodo de detención en régimen de incomunicación que fueron denunciados ante los órganos jurisdiccionales nacionales que concluyeron con sendos sobreseimientos tanto en primera como en segunda instancia y, después, inadmitidos sus recursos por el Alto Tribunal.

Dos importantes novedades ofrece el TEDH en estos pronunciamientos. En primer lugar, fijó un estándar reforzado de investigación judicial en los casos de detenciones en régimen de incomunicación; y, en segundo término, cuestiona el régimen de detención incomunicada en sí mismo, no solo por lo que respecta al régimen previsto en el ordenamiento jurídico vigente.

El Tribunal de Estrasburgo en ambos casos comienza recordando la obligación derivada de los arts. 1 y 3 CEDH de llevar a término una investigación oficial y eficaz en los asuntos en que se haya denunciado malos tratos; una investigación que, a semejanza de la que resulta del art.2, debe poder conducir a la identificación y castigo de los responsables. Y que, en el caso de una situación de aislamiento y de total ausencia de comunicación con el exterior «exige un mayor esfuerzo» por parte de las autoridades internas, para determinar los hechos denunciados.

Por otro lado, también, va más allá y tras insistir en la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el CPT para mejorar la calidad del reconocimiento médico forense de las personas sometidas a un régimen de detención incomunicada, además alude a que suscribe las recomendaciones del órgano de vigilancia y prevención de los derechos humanos citado en lo que atañe tanto a las garantías a asegurar en este supuesto, como al principio mismo de la posibilidad de detención de una persona en régimen de incomunicación de España.

Y en los dos casos concluye declarando la violación del art.3 CEDH en su vertiente procedimental ante la ausencia de una investigación oficial y efectiva, tal y como exige el mencionado precepto normativo del Convenio, pues las autoridades nacionales desearon llevar a cabo medios probatorios que hubieran podido servir para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

En los años siguientes —2015 y 2016— otros dos pronunciamientos condenan a España por violación del art. 3 CEDH ante la falta de una investigación exhaustiva y eficaz por parte de las autoridades nacionales. Nos referimos a los casos Arratibel Garcíandía, de 5 de mayo de 2015 y Beortegui Martínez, de 31 de mayo de 2016. Ahora bien, en estos casos el TEDH no aporta ninguna novedad limitándose a reiterar la doctrina manifestada en las sentencias precedentes.

El supuesto a que vamos a referirnos, a continuación, es el único caso de condena a España por una violación del art.3 CEDH que no tiene que ver ni con supuestos de terrorismo ni con detención incomunicada, es más no hay ni siquiera detención. Se trata del caso B.S., de 24 de julio de 2012.

En este caso B.S denuncia agresiones e insultos sufridos en dos ocasiones por parte de agentes de la Policía Nacional. La demandante denunció los hechos ante el juzgado de instrucción competente, que sobreescribió el asunto en base a un informe médico; y, después, la Audiencia Provincial correspondiente, que sí, en primer lugar, estimó el recurso y procedió a la apertura de juicio de falta contra los presuntos responsables, después lo rechazó tras no aceptar la prueba solicitada por la denunciante que hubiera permitido identificar a los agentes argumentando que el reconocimiento no hubiera sido posible al llevar éstos casco y fallar exclusivamente en base al informe de la Dirección General de la Policía que, a mayor abundamiento, negaba que hubiera existido incidente alguno.

El TEDH estimó vulneración del precepto de la Convención tantas veces citado porque la única base sobre la que se asentó la investigación oficial y efectiva fue la mera declaración de la demandante, en el informe del médico forense y en los informes emitidos por la policía, denegándose el resto de medios probatorios solicitados que hubieran podido conducir al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los presuntos responsables como, por ejemplo, la visión de la grabación de la detención.

Ahora bien, lo más relevante de este pronunciamiento jurisprudencial no está tanto en la vulneración del art.3 en su vertiente procedimental, que, de otro lado, es muy similar a los anteriores casos que hemos analizado, sino en que el Tribunal apreció violación del art.14 en combinación con los arts.6.1 y 8 CEDH, esto es, prohibición de la discriminación, junto al art.3 en la vertiente antedicha en la medida en que no fue oída por los órganos jurisdiccionales nacionales que no practicaron la prueba solicitada por la demandante que estaba encaminada a la identificación del presunto agresor.

El último pronunciamiento —y más reciente— es el caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal, de 13 de febrero de 2018 y, además, es el único en el periodo que se extiende este estudio en el que la condena a España se produce por una vulneración del art.3 CEDH tanto en su vertiente sustantiva o material como en su vertiente procesal o procedimental³³.

Advirtamos que esta sentencia no tiene mayor relevancia ni significación que el fallo condenatorio a España, puesto que, desde el punto de vista jurisprudencial, el TEDH no hace sino afirmar y confirmar la tan reiterada jurisprudencia que tiene ya dictada en esta materia y, por ello el pronunciamiento del Tribunal emplea en varias ocasiones expresiones tales como «reenvía a los principios generales enunciados en pronunciamientos anteriores» y, asimismo, es constante la remisión a anterior y muy consolidada jurisprudencia en la materia.

Los hechos se remontan al momento de la detención de los demandantes y su conducción al cuartel de la Guardia Civil de San Sebastián ocurridos en enero de 2008. Éstos denuncian que tanto en el momento de su

³³ Un comentario de urgencia a esta sentencia puede verse en Freixas (2018).

detención como en el de su traslado a las dependencias policiales sufrieron torturas, lo que, a su juicio, queda probado por un informe del Instituto vasco de medicina legal que manifiesta que las lesiones y erosiones que los detenidos presentan pueden ser compatibles con los hechos que denuncian. Por el contrario, la Guardia Civil alegó que las lesiones que presentaban los detenidos fueron consecuencia de la oposición que expresaron en el momento de la detención o arresto.

La Audiencia provincial de Guipúzcoa en diciembre de 2010 dio la razón a los demandantes y condenó a diversos miembros de la Guardia Civil por un delito de torturas y lesiones. Recurrída la sentencia, el Tribunal Supremo revocó la condena en noviembre de 2011 y determinó que no había pruebas suficientes del delito de torturas por el que se había condenado a los recurrentes. El Tribunal Constitucional, por su parte, inadmitió el amparo solicitado por los demandantes, que alegaban vulneración del art.24 de la Constitución.

Diez años más tarde de los hechos denunciados, el TEDH conoce del asunto y, tras admitir el asunto puesto que considera que el recurso no estaba manifiestamente mal fundado en el sentido del art.35.3 CEDH y, después de haber rechazado la cuestión de inadmisibilidad que planteaba el Gobierno español, estima que se produce vulneración del art.3 CEDH, aunque no califica las conductas que considera que se han producido como torturas, sino como tratos inhumanos y degradantes.

En efecto, el TEDH aprecia que las lesiones que han padecido los demandantes no han sido negadas ni por el Gobierno español ni por el Tribunal Supremo, ni que las mismas se han producido cuando los denunciados estaban en manos de la Guardia Civil. Es reiterada jurisprudencia de este Tribunal que cuando una persona bajo custodia policial sufre unas lesiones la carga de la prueba se invierte y recae en el Estado la obligación de explicar por qué se han producido esas lesiones. En el presente caso, considera el Tribunal que no se dan explicaciones suficientes por parte de las autoridades estatales y, en consecuencia, determina que las lesiones descritas deben ser imputadas al Estado.

De otro lado, el TEDH rechaza la pretensión de los demandantes de que los hechos se califiquen de tortura, pues no se dan los elementos necesarios para otorgar tal calificación, pues los denunciados no han alegado que las lesiones producidas hayan tenido consecuencias a largo plazo en ellos y en ausencia de una prueba concluyente relativa a la finalidad del trato infligido, esto es, el elemento teleológico, la Corte entiende que no pueden considerarse torturas, pero sí son lo suficientemente graves para ser considerados como tratos inhumanos y degradantes, aunque la sentencia se ve acompañada de un voto particular que estima que los hechos son perfectamente constitutivos de tortura.

Además, el TEDH, aun aceptando la tesis del Tribunal Supremo de que las lesiones se produjeron en el momento de la detención, considera que este órgano judicial no enjuició si el recurso a la fuerza física por parte de los agentes policiales había sido la estrictamente necesaria y proporcional, ni si las graves lesiones sufridas por uno de los demandantes pudieran haber sido imputadas a los miembros del cuerpo policial responsables de su detención y custodia. Estas omisiones, a juicio del Tribunal, han supuesto que las autoridades judiciales y, en concreto, el Tribunal Supremo no ha establecido los hechos y todas las circunstancias de manera tan completa como

hubieran debido y era su obligación.

Por lo que respecta a la vertiente procesal de este derecho, el TEDH considera que el Tribunal Supremo no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente de las pruebas documentales, sino que también ha reexaminado la credibilidad de los testimonios de los demandantes, y es jurisprudencia constante de esta Corte, de conformidad con lo dispuesto en el art.6.1 CEDH, que cuando las jurisdicciones de apelación o recursos reexaminen pruebas de naturaleza personal tales como las declaraciones de los testigos o de los acusados y alcanzan conclusiones opuestas a las del tribunal *a quo*, las exigencias de un juicio equitativo hace indispensable que se produzca una audiencia pública ante la jurisdicción de apelación con la finalidad de que pueda tener un conocimiento directo e inmediato de los elementos de prueba y como en el presente caso tal audiencia no se ha producido, el Tribunal concluye que se ha violado el art.3 también en su vertiente procesal.

La reciente postura de nuestros más altos Tribunales en prevención de la tortura y malos tratos

Este último epígrafe lo vamos a dedicar a dar cuenta de las más recientes sentencias de nuestros más altos Tribunales —Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional— que, como tendremos ocasión de comprobar, son plenamente respetuosas, como no podía ser de otra manera, con la jurisprudencia expresada en epígrafes anterior del TEDH.

1. El Tribunal Supremo

En concreto, nos vamos a referir, en primer término, a una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2016 (620/2016), Ponente: Joaquín Gimeno García, que anula parcialmente una sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2015, por la que se condenó a tres presuntos miembros de la organización terrorista ETA. El Tribunal Supremo ordena admitir una prueba pericial solicitada por uno de los condenados en primera instancia teniendo en cuenta que la condena se efectuó en base a las declaraciones testimoniales de otro de los detenidos realizadas, presuntamente, bajo coacciones y amenazas producidas por la Guardia Civil.

La sentencia explica que la situación del detenido sometido a régimen de incomunicación supone un *status* de la persona limitada en sus garantías, lo que debe conllevar medidas de vigilancia adecuadas, y que estas se apliquen de forma rigurosa con el fin de proteger la integridad física de los detenidos.

Los malos tratos a los detenidos, afirma la sentencia, además de «no constituir ventaja alguna en el avance de las investigaciones por causa del terrorismo —que es donde casi exclusivamente se producen— constituyen una deslegitimación del propio sistema de justicia penal». La sentencia argumenta, en esta misma línea, que «la gravedad o repulsa que ciertos delitos producen en la sociedad, entre los que se encuentran los de terrorismo, no permite un debilitamiento de las garantías que tiene todo acusado, aunque lo sea de los delitos más rechaza-

bles».

La sentencia destaca —y esto es lo que más interés tiene para nuestro estudio—:

La preocupante reiteración de sentencias condenatorias dictadas contra España por el motivo de no haber efectuado una investigación exhaustiva y eficaz contras los responsables de tales execrables prácticas... No cabe hablar de eficacia en las investigaciones policiales al margen y extramuros del cauce de la legalidad y del respeto a las garantías del acusado.

Y tras citar seis sentencias del TEDH condenatorias contra España, concluye admitiendo y teniendo por pertinente la prueba propuesta por el recurrente y rechazada por la Audiencia Nacional, cumpliendo, de esta manera, las exigencias prescritas por el TEDH en lo referente a la garantía procesal o procedimental del art.3 CEDH. Concluye la resolución:

En definitiva, el efectivo decaimiento del detenido sometido a régimen de incomunicación, exige en contraprestación un riguroso sistema de prevención de todo abuso policial en condiciones tales que pueda acreditarse el mismo, con el fin de que, desde la intrínseca dificultad de investigar tales abusos, los sistemas de prevención impidan con efectividad la posibilidad de tales excesos so pena de convertir los posibles excesos policiales en asuntos de imposible verificación. A evitar tal conclusión van dirigidas las sentencias del TEDH que exigen una investigación exhaustiva y eficaz en los asuntos que le han sido presentados, respecto de los que, como ya se ha dicho, se ha pronunciado condenando a España en varias ocasiones.

2. El Tribunal Constitucional

Por su parte, el Tribunal Constitucional en los dos últimos años ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en tres sentencias: 130/2016, de 18 de julio de 2016; 144/2016, de 19 de septiembre de 2016; y 39/2017, de 24 de abril de 2017. En las tres, como veremos, otorga el amparo a los recurrentes por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art.24.1 de la Constitución), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art.15 de la Constitución)

De un total de dieciocho pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional ha abordado el tema de la investigación judicial de las denuncias de torturas o malos tratos, en catorce ocasiones otorgó el amparo por vulneración de los referidos derechos fundamentales. En quince casos se trataba de supuestos relaciones con el régimen de detención incomunicada por delitos de terrorismo; y en los tres restantes, en dos de ellos se trataba de detenciones producidas por delitos comunes³⁴ y un tercero en el contexto penitenciario³⁵. Si bien, también ha habido casos, en el ámbito de delitos de terrorismo, en que ha denegado el amparo solicitado por considerar que no existía una «sospecha razonable» o una «afirmación defendible» cuando en los propios exámenes realizados por el médico forense el recurrente afirma que no ha padecido malos tratos, que el trato ha sido correcto, que no ha sufrido maltrato físico ni psíquico y, después,

lo ratifica ante el Juzgado Central de Instrucción³⁶.

Desde 2007 los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, con carácter general, recogen plenamente la jurisprudencia del TEDH relativa a la violación del art.3 CED en su vertiente procesal, pero debe reconocerse que nuestro más alto Tribunal también ha inadmitido estos recursos de amparo «por carecer manifiestamente de contenido que justifique un juicio sobre el fondo»³⁷ cuando, después, el TEDH considera que la queja no es manifiestamente infundada y concluye condenando a España por falta de una investigación efectiva en el sentido del art.3 CEDH³⁸.

En síntesis, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos resumirla de la manera siguiente:

- Las resoluciones judiciales que aborden los casos de tortura no solo deben estar motivadas y jurídicamente fundadas, sino que, también, deben ser acordes con la prohibición absoluta de aquellas conductas.
- Existe un especial mandato de desarrollar una exhaustiva investigación agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos.
- Hay que atender a las circunstancias concretas del caso de cada caso y hacerlo siempre teniendo en cuenta la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos.
- Cuando se denuncie un maltrato psicológico u otro tipo de conductas que no supongan secuelas físicas, resulta necesario atender al panorama indiciario que puede derivarse de una pluralidad de fuentes como son, al margen de la propia declaración del denunciante, los reconocimientos médicos, las manifestaciones efectuadas en cuanto el detenido pasa a disposición judicial y se le recibe la primera declaración del juez, así como la de otros intervinientes que hubieran entrado en contacto con el detenido como el profesional del turno de oficio.
- En el marco de situaciones de detención incomunicada, es exigible un mayor rigor en la investigación judicial para determinar los hechos denunciados a través de medios de prueba adicional y, muy particularmente, el consistente en interrogar a los agentes a cargo de su vigilancia durante su detención preventiva, mejorar la calidad de los reconocimientos médicos y, además, atendiendo a la especial vulnerabilidad de las personas detenidas en régimen de incomunicación, medidas de vigilancia adecuadas aplicadas de forma rigurosa.
- No eximen de esa investigación exhaustiva que exige el TEDH que el denunciante negara en los reconocimientos médicos haber sufrido malos tratos; que después, una vez finalizado el periodo de detención, no denunciara esa circunstancia o que lo hiciera meses después; o, en fin, que el médico forense no haya detectado una situación tan grave como la que denuncia.

Son, pues, estas unas reglas que debe de servir de pauta de actuación a los órganos jurisdiccionales para cumplir correctamente con la aplicación efectiva del art.3 CEDH en su vertiente procesal o procedimental.

³⁴ Sentencias 224/2007, de 22 de octubre y 34/2008, de 25 de febrero. El primero con motivo de un delito relacionado con la salud pública y el segundo imputado por un delito de falta de respeto a la autoridad.

³⁵ Sentencia 40/2010, de 19 de julio.

³⁶ Vid. STC 1812/2012, de 17 de octubre. Y, en similar sentido, STC 12/2013, de 28 de enero.

³⁷ Vid. Auto de 17 de julio de 2012.

³⁸ Vid., por todos, caso Ataún Rojo, cit.

Bibliografía

- Aguir de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 9-34.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2001). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Fernández Sánchez, P. A. (2005). La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (Art. 15 CEDH). En García Roca, F. J., y Santolaya Machetti, P., eds., *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 613-630). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Freixes, T. (2018). El César y su mujer también se han protocolizado. *OK Diario*, 15 de febrero. Recuperado de: <https://okdiario.com/opinion/cesar-mujer-tambien-han-protocolizado-1827084>
- Lazcano Brótons, I., y Lasagabaster Herrarte, I. (2015). Derogación en caso de estado de emergencia. En Lasagabaster Herrarte, I., ed., *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático* (pp. 706-726). Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- Matia Portilla, F. J. (2015). De denuncias de torturas no investigadas, inmatriculaciones de propiedades por parte de la Iglesia y otros asuntos relacionados con la protección de los derechos humanos ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo. Recuperado de: <http://alberguewebi.uva.es/javiermatia/wp-content/uploads/2016/12/2015-Working-Papers-03.pdf>.
- Martí Sánchez, S., Sánchez Sánchez, J., y Recorder Vallina, T. (2007). Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 5, 91-156.
- Salado Osuna, A. (2014). Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En García Roca, F. J., y Santolaya Machetti, P., eds., *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 85-102). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santamaría Arinas, R. J., y Bolaño Piñeiro, M. C. (2015). Artículo 3. Prohibición de la tortura. En Lasagabaster Herrarte, I., ed., *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático* (pp. 54-95). Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- Villalibre Fernández, V. (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: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 15(1), 29-86.

Fecha de recepción: 21 de marzo de 2019
 Fecha de aceptación (provisional): 7 de noviembre de 2019
 Fecha de aceptación (definitiva): 16 de noviembre de 2019