

¿Torturamos? Apuntes al hilo del caso Portu y Sarasola contra España¹

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Universidad de Valladolid (ignacio.alvarez@sjc.uva.es).

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Qué ha sucedido antes del *caso Portu y Sarasola contra España*. 3. Qué ha sucedido en el *caso Portu y Sarasola contra España*. 4. Qué podría suceder después del *caso Portu y Sarasola contra España*. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Planteamiento

En la presente contribución se esbozan algunas reflexiones al hilo de la STEDH de 13 de febrero de 2018, dictada en el *caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*². A tal fin se dividirá el texto en tres apartados. En el primero se expondrá que ha sucedido desde la perspectiva de España en el marco del Convenio antes de que llegase la sentencia comentada. En el segundo se expondrán las líneas generales de la sentencia comentada (tanto el parecer de la mayoría como los votos particulares). En el tercero se hará una breve prospectiva sobre qué puede deparar el futuro sobre la materia. Se finaliza con unas conclusiones que se someten al mejor juicio de la comunidad de expertos.

2. Qué ha sucedido antes del *caso Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España*

Sabido es que España es un país que prohíbe al máximo nivel las torturas y/o los tratos inhumanos o degradantes³. Este dato incontrovertible vale tanto para el ordenamiento nacional como para el ordenamiento internacional, donde nuestro país es uno de los países con mejores índices de respeto al ejercicio de los derechos fundamentales. Y, segundo dato,

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-2016-75993-P, "España ante Europa: Retos Nacionales en Materia de Derechos Humanos". IP: Francisco Javier MATIA PORTILLA.

² Las abreviaturas serán las usuales. CE: Constitución Española. CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos. CP: Código Penal. CPT: Comité de Prevención de la Tortura. CT: Comité contra la Tortura. STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³ La tutela interna se dispensa tanto en el primer párrafo del artículo 15 CE como en el artículo 174.1 CP. Un análisis clásico puede verse en TORÍO LÓPEZ, A., "La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes", *Poder Judicial*, nº 4, 1986, pp. 69-84; también puede consultarse el trabajo de PORTILLA CONTRERAS, G., "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura". En RIVERA BEIRAS, I. y CANO, F (coords.), *Privación de libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, Barcelona, Icaria, 2008, pp. 139-172; el de GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *El estado de derecho frente a la tortura: luces y sombras en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; y el de MANZANO PÉREZ, M., "Artículo 15". En CASAS BAAMONDE, M^a.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Las Rozas (Madrid), Wolters-Kluwer, 2009, pp. 327 y ss.

uno de los menos condenados dentro del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en general y en concreto por la materia que aquí nos ocupa)⁴.

Dicho eso, se han producido algunos casos señalados en la materia. Hablamos de las condenas por vulnerar el aspecto procesal del artículo 3 CEDH⁵, línea firme y asentada desde hace muchos años en la jurisprudencia del TEDH⁶. Esta implica, exige, a los Estados miembros que investiguen eficazmente las denuncias de torturas y/o de tratos inhumanos o degradantes; es decir, los denunciados gozan de un auténtico *derecho a la verdad*⁷. Esta obligación internacional, plenamente asentada en la comunidad internacional⁸, data de finales de los noventa del pasado siglo (cuyo origen concreto es el asunto *Assenov c. Ucrania*, STEDH de 28 de octubre de 1998, al que sigue *Selmouni c Francia*, STEDH de 28 de julio de 1999); continúa con multitud de casos, algunos no exentos de polémica (por ejemplo, asuntos *Labita c. Italia*, STEDH de 6 de abril de 2000; *Gäfgen v. Alemania*, STEDH de 1 de junio de 2010; *El Masri c. Macedonia*, STEDH de 13 de diciembre de 2012; *Bouyid c. Alemania*, STEDH de

⁴ Vid. MATIA PORTILLA, F.J; "España"; en MATIA PORTILLA, F.J; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I (dirs); *Informes Nacionales Europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018 (en prensa).

⁵ Artículo 3 CEDH: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumano o degradantes". El TEDH ha reiterado que este precepto recoge uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática, goza de carácter absoluto, y no admite ni matices ni derogación en ningún caso. Una exégesis del mismo puede verse en SALADO OSUNA, A., "Los tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P (coords)., *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2014 (3ª edición), pp. 107-144; CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, p. 230 y ss; SANTAMARÍA ARINAS, R., "Artículo 3. Prohibición de tortura", en LASAGABASTER HERRARTE, I (dir)., *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Madrid, Civitas, 2009 (2ª edición), pp. 46-80; BARCELONA LLOP, J., *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden: estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, Cizur Menor, (Navarra), Thomson-Civitas, 2007, p. 243 y ss; y CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 101 y ss. La literatura extranjera es abundantísima. A título de ejemplo puede verse VERMEULEN, B., "Freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment", en VAN DIJK, P. *et al.*, (Eds.); *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006 (4th edition), pp. 405-441; y REIDY, A., *The Prohibition of torture. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2003.

⁶ El artículo 3 CEDH es uno de los que más sentencias genera. Por dar un dato, en 2017 casi el 18% de las demandas entrantes tuvieron que ver con vulneraciones materiales y/o procesales del mismo. Vid. European Court of Human Rights, *The ECHR in facts & figures 2017*, marzo de 2018, p. 7.

⁷ Sobre el mismo puede verse LÓPEZ ULLA, J.M., "El derecho a la verdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Persona y Derecho*, vol. 69-nº 2 (2013), pp. 127-164. Es interesante la visión de CASADEVALL y LÓPEZ GUERRA en el voto particular que plantean en el asunto *El Masri c. Macedonia* (STEDH de 13 de diciembre de 2012), donde entienden que "derecho a la verdad" es sinónimo de "derecho a una investigación eficaz" y no, cosa distinta o separada.

⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26 (2013), pp. 1-42; y "El derecho al acceso a la Justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de los Derechos Humanos", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 27 (2013), pp. 7-24.

28 de diciembre de 2015); y llega hasta la actualidad, como lo atestiguan, entre otros, los asuntos *Krsmanovic c. Serbia* (STEDH de 19 de diciembre de 2017); *Ksenz y otros c. Russia* (STEDH 12 de diciembre de 2017); *Tadic c. Croacia* (23 de noviembre de 2017); *Tiziana Pennino c. Italia* (STEDH de 12 de octubre de 2017); o *Voykin y otros c. Ucrania* (STEDH de 27 de marzo de 2018).

De este abundante acervo se pueden deducir, dicho de forma obligadamente resumida, las siguientes implicaciones. Primera, estamos ante una obligación positiva⁹, satisfecha cuando las autoridades estatales realizan una investigación oficial sobre las denuncias de actos que presuntamente vulneren el artículo 3 del Convenio. La investigación debe ser realizada de forma independiente y por sujetos que no tengan relación de dependencia jerárquica entre sí, lo cual se traduce en la idoneidad de que se impulse por el poder judicial¹⁰. Segunda, si el denunciado es un agente de la ley, la norma no sólo permite, sino que exige dicha investigación. Tercera, la investigación debe ser eficaz, lo que significa, al menos, poder desentrañar las causas de lo sucedido, así como poder identificar y castigar, en su caso, a los responsables. Cuarta, si se llega a juzgar internamente a los responsables, ni el proceso ni la sentencia pueden quedar sometidos a prescripción, como tampoco cabe posteriormente amnistía o indulto alguno¹¹.

España ha sido condenada once veces hasta la fecha, si incluimos la resolución que aquí se comenta, por vulnerar la vertiente procesal del artículo 3 CEDH, aunque ha sido demandada algunas más¹². La primera condena recayó en el asunto *Martínez Sala y Otros c. España*

⁹ Sobre las mismas puede verse BEIJER, M., *The limits of fundamental rights protection by the EU: the scope for the development of positive obligations*, Cambridge, Intersentia, 2017 y MOWBRAY, A., *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, Hart, 2004.

¹⁰ Voz muy autorizada ya nos hizo ver que la auténtica protección contra estos abusos sólo podía provenir del poder judicial. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., "La tortura en España", *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1997, p. 883 y ss; también es muy recomendable su escrito "Sobre la tortura y otros males menores", recogido en TOMÁS Y VALIENTE, F., *A Orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 74-78. Un ejemplo bien ilustrativo fue el de la Sentencia de 6 de septiembre de 1999 dictada por el TS israelí, donde proscribió la tortura y cualesquiera otros malos tratos como métodos legítimos de investigación/interrogación. Vid. GUR-ARYE, M. y JESSBEGGER, F., "The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tolerated? Reflections in light of recent german and israeli experiences", *Israel Law Review*, vol. 44-nº 1-2 (2011), pp. 229-262.

¹¹ Desde 1996 hasta la fecha, se han concedido 47 indultos en la materia, en clara contradicción con las exigencias de Estrasburgo. Vid. <https://civio.es/el-indultometro/buscador-de-indultos/>. Consultado el 20 de abril de 2018.

¹² No se observó vulneración del artículo 3 CEDH en *Díaz Ruano c. España* (1994); *López Ostra c. España* (1994); *H. E. F. c. España* (2011); *A.M.B. y Otros c. España* (2014); *Raji y Otros c. España* (2014); ni en *López Elorza c. España* (2017).

(STEDH de 2 de noviembre de 2004)¹³. Luego vinieron los asuntos *Iribarren Pinillos c. España* (STEDH de 8 de enero de 2009); *San Argimiro Isasa c. España* (STEDH de 28 de septiembre de 2010); *Beristain Ukar c. España* (STEDH de 8 de marzo de 2011); *Otamendi c. España* (STEDH de 16 de octubre de 2012)¹⁴; *B.S c. España* (STEDH de 24 de julio de 2012); *Ataun Rojo c. España* (STEDH de 7 de octubre de 2014); *Etxebarria Caballero c. España* (STEDH de 7 de octubre de 2014)¹⁵; *Arratibel c. España* (STEDH de 5 de mayo de 2015); *Beortegui c. España* (STEDH de 31 de mayo de 2016); y *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España* (STEDH de 13 de febrero de 2018).

Todas las condenas tienen unos supuestos de hecho y una fundamentación jurídica casi idéntica¹⁶. Así, a excepción de la última, la condena se dicta porque los órganos judiciales internos no investigaron lo suficiente las denuncias de torturas/malos tratos realizadas en su día¹⁷. La segunda similitud es que los demandantes se encontraban bajo custodia policial o bien en régimen de detención incomunicada. Respecto a esta última, sabemos que su legitimidad ha sido cuestionada seriamente por los principales organismos internacionales de derechos humanos, tanto del Consejo de Europa (Comité para la Prevención de la Tortura) como de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos y Comité contra la Tortura)¹⁸.

¹³ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., "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, R; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M (coords). *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2013, pp. 37-62; y RUILOBA ALVARIÑO, J., "La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España, de 2 de noviembre de 2004. Crónica de una muerte anunciada", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57-nº 1 (2005), pp. 209-220.

¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "El Asunto Otamendi Egiguren c. España (STEDH de 16.10.2012): de nuevo sobre la prohibición de tortura y el deber de investigación efectiva de las denuncias", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48 (2013), pp. 77-102.

¹⁵ Vid. ROIG TORRES, M., "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*)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11 (2014), pp. 295-364.

¹⁶ Estudian los casos en profundidad RODRÍGUEZ BOENTE, S. E ., *83 Argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 25 y ss; y VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V., "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*, vol. 15-nº. 1, (2012), pp. 29-86.

¹⁷ Para estudiar las particularidades del derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema del CEDH puede verse MILONE, C., *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015. Sobre el deber de investigar desde el Derecho Internacional puede verse los trabajos de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "La obligación ..." *op. cit.* y "El derecho ...", *op. cit.*

¹⁸ Sobre el CPT y la norma jurídica que lo instituye pueden verse los trabajos de RUILOBA ALVARIÑO, J., *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Madrid, Dykinson, 2005; y "El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT): examen de las visitas efectuadas a España". En FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C (coord.), *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010, pp. 419-480. También es interesante su "Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de

Además, y esto constituye la tercera similitud, todos ellos eran sospechosos de cometer delitos relacionados con el terrorismo, pertenencia a banda armada, y/o similares (*kale borroka*)¹⁹. La cuarta similitud tiene que ver con la *ratio decidendi*, muy parecida en todos ellos: la vulneración se produce al no haberse investigado ni suficiente ni eficazmente a denuncia de torturas/maltrato²⁰. Se constata, sin solución de continuidad, que los tribunales internos sobreseyeron las causas sin practicar apenas ulteriores pruebas²¹. La quinta es que el TEDH utiliza expresamente las recomendaciones que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) ha dictado, específicamente y en diversas ocasiones, para España²². Esta práctica, la de apoyarse en los *informes-CPT*, es seguida al menos desde los asuntos *Ocalan c. Turquía* (STEDH de 12 de mayo de 2005 y STEDH de 18 de marzo de 2014)²³, y ha sido implementada en todos los asuntos menos en *Martínez Sala*; Por lo demás, las

Naciones Unidas", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Gandulfo, 2010, pp. 263-281.

¹⁹ De esas once sólo una no se ajusta a este canon: el asunto *B. S. c. España* (2012), donde se condena a España por no haber investigado de forma efectiva y diligente la denuncia de una prostituta nigeriana en Palma de Mallorca en la que alegó haber sido golpeada reiteradamente durante el arresto y los interrogatorios. *Vid.* CARMONA CUENCA, E., ARENAS RAMIRO, M., FERNÁNDEZ VIVAS, Y. y PIOVESAN, F., "Los derechos humanos con perspectiva de género". En CARMONA CUENCA, E y GARCÍA ROCA, J (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 331 y ss.

²⁰ *Vid.* MATIA PORTILLA, F.J.; "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". *Working Papers 03*. Madrid, 2015 (consultado en <http://albergueweb1.uva.es/javiermatia/workingpapers/>, el 20 de diciembre de 2017) y FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Informe: España ante la tortura y los malos tratos*, noviembre de 2016 (consultado aquí: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf, el 22 de diciembre de 2017).

²¹ *Vid.* RUIZ-HUIDOBRO, R., *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia*. Informe "El Tiempo de los Derechos", n° 31, 2013 (consultado aquí: <https://www.idhc.org/es/actualidad/la-situacion-de-la-tortura-en-espana-a-la-luz-de-las-sentencias-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos.php>, el 17 de diciembre de 2017).

²² La doctrina observa un diálogo consolidado entre el TEDH y otras instituciones del Consejo de Europa, poniendo como ejemplo precisamente el que entabla con el CPT. Por todos, GARCIA ROCA, J. y NOGUEIRA ALCALÁ, H; "El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante". En CARMONA CUENCA, E. y GARCÍA ROCA, J (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 75 y 76.

²³ En *Ocalan I*, el Tribunal estima finalmente que las condiciones de cumplimiento de la pena no superan ese "umbral mínimo de gravedad" necesario para violar el artículo 3 CEDH (parágrafo 196). Por el contrario, en *Ocalan II* realiza un exhaustivo desbroce de aquéllas, concluyendo que se vulnera este desde 2005 hasta 2009 (parágrafo 146 y ss), pero no de 2009 en adelante (parágrafo 148 y ss). Esta última fue objeto de tres votos particulares. El primero (Jueces Raimondi, Karaks, y Lorenzen) no comparte ese criterio. El tercero (Juez Pinto de Albuquerque) sí, con apoyo explícito en los trabajos del CPT. *Vid.* CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman, Osman Karademir, Osmanoçlu, Balçık y otros, contra Turquía", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 33 (2009), pp. 591-615; y ALLUÉ BUIZA, A., "Los derechos fundamentales en Turquía, un claro retroceso", *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 38 (2016), pp. 471-485. La deriva del país es sumamente inquietante, tal y como lo explica KABOGLU, I., "Turquía: supresión del régimen parlamentario bajo el estado de emergencia (Observaciones preliminares sobre la modificación constitucional aprobada por el referéndum de 16 de abril de 2017)", *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 40 (2017), pp. 487-505.

recomendaciones no son sino producto del sistema de visitas que el CPT ha realizado a diversos centros de detención nacionales desde el año 1990, y cuya principal crítica es, entre otras, las condiciones que rodean a las detenciones incomunicadas²⁴. La sexta se refiere al fallo alcanzado. *Martínez Sala* vuelve a ser, de nuevo, el *leading-case*. Así, solicitada por los demandantes una satisfacción equitativa que repare los daños causados, el TEDH rebaja ostensiblemente la solicitada por daños morales (de 181.305 euros a 8.000 euros), mientras que condena en gastos y costas íntegramente (12.009 euros). Hay tres casos que merecen consideración aparte. El primero de ellos es *Iribarren Pinillos*, donde las cantidades decididas fueron inusualmente altas. Se otorgó al demandante 100.000 euros por daños materiales; 30.000 euros por gastos y costas; y 40.000 euros por daño moral²⁵. El segundo es el de *B.S.*, donde sucede cosa diferente: siendo las cantidades muy ajustadas respecto al *petitum*, la demandante solicita que se cree un Protocolo de actuación al que los órganos jurisdiccionales internos se atengan en situaciones futuras parecidas a la suya²⁶. El tercer caso es *Arratibel*, donde no se otorga cantidad alguna. El motivo es bien sencillo: el demandante no solicita expresamente satisfacción equitativa; en consecuencia, el TEDH declara la vulneración procesal del artículo 3 CEDH sin reparación económica. Por último, decir que España ha dado cumplimiento a las sentencias, según lo confirma el Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁷.

²⁴Vid. MORTE GÓMEZ, C; "El régimen de detención incomunicada en España: las obligaciones positivas procesales derivadas de artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos". En LÓPEZ GUERRA, L (et. al. coords): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 311 y ss.

²⁵ Esta última cantidad fue decidida por cuatro votos contra tres. De ahí proviene la opinión disidente emitida por los Jueces Fura-Sandström, Gyuluman, y Saiz Arnaiz, quienes consideran excesiva la misma dado que en casos anteriores homologables el criterio había sido otro. Algunos sectores doctrinales consideran que la primera condena a España por vulnerar materialmente el artículo 3 CEDH es esta (así: NIEVA-FENOLL, J; "Primera condena a España por infligir tratos degradantes", *Agenda Pública*, 14 de febrero de 2018); en realidad el TEDH no condena en dicho caso por tal motivo sino porque no se investigó lo suficiente en sede interna qué policía había lanzando el bote de humo que produjo las lesiones. Además, los tribunales penales internos condenaron por la comisión de un delito de golpes y heridas en el marco de una manifestación que derivó en actos violentos, extremo que ninguna de las partes discutió ante el TEDH; ver *Iribarren Pinillos*, parágrafo 51).

²⁶ El TEDH, recordando "en lo esencial" que sus sentencias son declarativas, considera que son los Estados los que deben decidir los remedios a adoptar, declarando expresamente que no estamos ante una falla estructural del sistema español (dicho con otras palabras: no estamos ante un *Caso Piloto*). Vid. CARMONA CUENCA, E. ARENAS RAMIRO, M. FERNÁNDEZ VIVAS, y PIOVESAN, F., "Los derechos humanos...", *op. cit.*, p. 331 y ss. Los *Pilot Judgments* son, en esencia, sentencias donde el TEDH llama la atención a un Estado concreto sobre determinadas fallas estructurales que, de no modificarse, violan (y seguirán violando) el derecho en disputa. Vid. GARLECKI, L; "Judgments of the european court of human rights: (their structure, impact and authority)". En CARMONA CUENCA, E. y GARCÍA ROCA, J. (eds), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 57 y ss; y ECHR; *Factsheet about Pilot Judgments*, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets> (consultado el 21 de abril de 2018).

²⁷ Según la *Resolution CM/ResDH(2017)281*, el Comité de Ministros -órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias de Estrasburgo-, ha informado positivamente de los asuntos *San Argimiro Isasa*

3. Qué sucede en el caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España*

En el caso concreto decidido por la STEDH de 13 de febrero de 2018 tiene lugar la primera condena a España por vulnerar la vertiente material del artículo 3 CEDH. Pero la condena no es por torturar sino por llevar a cabo tratos inhumanos/degradantes. Lo cual es sinónimo, al menos en el sistema del Convenio, de conductas con un punto de gravedad menor -dentro de la gravedad de este ilícito, claro está- que las reservadas para las torturas. Ahora bien, no podemos quedarnos en la complacencia. Lo cierto y verdad es que la jurisdicción de Estrasburgo ha considerado probado que ciertas actuaciones de agentes de la autoridad españoles lesionaron gravemente la integridad física y psíquica de dos miembros de la banda terrorista ETA. ¿Cómo se llega a tal decisión?

a) Los dos juicios internos

La sentencia llega después de que la querrela se ventilara en sede nacional sin éxito para los dos recurrentes quienes, ante la inadmisión a trámite del recurso de amparo por parte del Tribunal Constitucional [por “inexistencia manifiesta de una violación de un derecho fundamental susceptible de ser protegido por un procedimiento de amparo” (parágrafo 51)], deciden acudir a Estrasburgo.

La primera clave del asunto fue, precisamente, como finalizó el proceso en sede interna. Primero la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia un 30 de diciembre de 2010, donde consideró que de los quince guardias civiles imputados cuatro de ellos resultaban culpables por haber cometido delitos de torturas graves. Se escucharon los testimonios de los afectados, de diversos testigos oculares, y se solicitaron informes de varios médicos forenses, quienes acreditaron la gravedad de las lesiones infligidas y la más que probable autoría de aquéllos, al coincidir las evidencias corporales con el espacio-tiempo de la detención, del traslado y de la custodia de los detenidos. La resolución es rica, *por desgracia*, en datos y hechos contrastados. Baste decir que “el primer demandante precisó asistencia hospitalaria

y Etxebarria Caballero. Lo mismo puede decirse de la *Resolution CM/ResDH(2011)266*, que hace lo propio con el asunto *Iribarren Pinillos*, y de la *Resolution CM/ResDH(2011)159*, que observa satisfecha la reparación en el asunto *Martínez Sala*. Los datos se han consultado aquí: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, el 21 de abril de 2018. Estudian el particular RIPOL CARULLA, S; *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 73 y ss; ARANGÜENA FANEGO, C. y LANDA ARROYO, C., "Mecanismos procesales internos para la ejecución de sentencias", CARMONA CUENCA, E. y GARCÍA ROCA, J (eds)., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 169-209; y SAAVEDRA ALESSANDRI, P., CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., "Reparación y supervisión de sentencias", pp. 211-268. En CARMONA CUENCA, E. y GARCÍA ROCA, J (eds)., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

durante 27 días, de los cuales cinco días ingresado en el hospital (...) Con respecto al segundo (...) necesitó 14 días para restablecerse (...)” [parágrafos 42 y 43].]

Los cuatro guardias civiles, el Ministerio Fiscal y los demandantes recurrieron en casación al Tribunal Supremo. Y este, mediante dos sentencias de 2 de noviembre de 2011, casó y anuló la sentencia anterior. La razón, reducida a su máxima expresión a efectos meramente discursivos, es una: no considera probados los hechos que la Audiencia Provincial sí consideró probados, cuestionando, “entre otras, la hora de la detención, el paso por la pista forestal, y los hechos que se habrían producido en dicho lugar, la presunta ausencia de oposición de los demandantes a la detención y la veracidad de los testimonios...” (parágrafo 47). Incluso se dice que las lesiones más graves –las que precisaron cuatro días de atención en la UCI- se produjeron “posteriormente (...) pero por factores externos sobrevenidos no bien determinados que ya no afectarían a los guardias que practicaron la detención, en tanto una vez llegaron al cuartel de Intxaurreondo se hicieron cargo del caso otros funcionarios” (parágrafo 49). Si a eso se le suma, como hizo el Tribunal Supremo, “la insinceridad de los querellantes (...) que deja huérfana de toda prueba la causación de las lesiones sufridas por los terroristas, ignorando si hubo excesos en las detenciones (...)” (parágrafo 49) obtenemos la exculpación de los que fueron condenados en primera instancia. Ante esta resolución, y una vez que, como se ha señalado, el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso de amparo planteado, los recurrentes llegan a Estrasburgo, alegando que se ha vulnerado tanto la vertiente procesal como la material del artículo 3 CEDH.

b) La decisión de la mayoría

Lo primero que hace el TEDH es resolver la admisibilidad de la demanda. Mientras que el Gobierno invoca el no agotamiento de la vía interna -los recurrentes *sólo* pidieron amparo ante el TC alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE- el TEDH recuerda dos cosas; la primera, que efectivamente el sistema del Convenio exige que se agoten los recursos en vía interna (parágrafo 60); y la segunda, que dicha regla "debe aplicarse con flexibilidad y sin excesivo formalismo" (parágrafo 61). Por si ello fuera poco, el TEDH constata que las quejas presentadas al formular el amparo son plenamente incardinables en el artículo 3 CEDH, "al menos en la medida en que esta disposición impone a los Estados la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva sobre las denuncias de malos tratos a manos de la policía u otros agentes del Estado, capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables" (parágrafo 62). En consecuencia, admite la demanda a trámite y examina el fondo del asunto.

El fondo del asunto se decide en base a una técnica bien conocida y con solera en la jurisprudencia convencional: recuerda la doctrina firme que el propio Tribunal ha generado y la aplica al caso concreto. Primero lo hace respecto a la vertiente sustantiva del artículo 3 CEDH (parágrafos 69-85), y luego hace lo propio en lo que hace a la vertiente procesal (parágrafos 86-95).

Respecto a la vulneración material, empieza recordando que dicha norma recoge un valor fundamental de toda sociedad democrática, siendo un derecho absoluto e inalienable. No tiene restricciones de ningún tipo, ni tampoco puede derogarse. “Incluso en las circunstancias más difíciles, como son la lucha antiterrorista y el crimen organizado (...) cualquiera que sea el comportamiento en cuestión” (parágrafo 66). Después recuerda que todo acto de fuerza física de los oficiales hacia el privado de libertad se considera contrario a la dignidad humana y “en principio” lesiona el artículo 3 CEDH si dicho acto no se reputa “estrictamente necesario” (parágrafo 67). Para saber si estamos jurídicamente ante torturas, el Tribunal remite a su jurisprudencia anterior (específicamente a los principios del *caso Cestaro c. Italia*, de 2015), de donde se deduce que es necesario tener en cuenta varios factores, a saber: uno, que el precepto distingue entre torturas y trato inhumanos o degradantes; dos, que la tortura remarca una especial infamia de los tratos inhumanos deliberados que causan sufrimientos graves y crueles; tres, que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, puesto que “el carácter agudo del sufrimiento es relativo en esencia”; y cuatro, el comportamiento debe ser deliberado, tal y como se reconoce en el principal instrumento internacional en la materia, como es el Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura (parágrafo 71). Acto seguido reitera que todo maltrato alegado debe ser probado, por lo que el Tribunal acude al criterio de la prueba *más allá de toda duda razonable*, “pudiendo tal prueba ser el resultado de un conjunto de indicios o de presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes” (parágrafo 72). Asimismo, insiste en algo que es notorio y sabido: toda lesión que aparezca durante el tiempo que dura la guarda y custodia de las autoridades “da lugar a fuertes presunciones de hecho”, recayendo la carga de la prueba en el Gobierno, debiendo “proporcionar una explicación satisfactoria y convincente”. Y es que “en ausencia de tal explicación, el Tribunal tiene derecho a sacar conclusiones que pueden ser adversas al Gobierno” (parágrafo 73). Finalmente, el Tribunal recuerda que no es ni puede ser un tribunal de instancia, lo cual no empece para que “deba realizar una revisión particularmente atenta cuando las denuncias se hacen al amparo del artículo 3 del Convenio (...) incluso cuando ya se hubieran realizado ciertos procedimientos de investigación a nivel interno (...). En otras

palabras, en tal contexto el Tribunal está dispuesto a revisar en profundidad las conclusiones de los tribunales nacionales” (parágrafo 74).

Por más que el Tribunal señala que la versión de los demandantes "no siempre fue coherente", y por más que acusa recibo de que las instrucciones de la banda terrorista a la que pertenecían les conminaba sistemáticamente a denunciar falsamente haber sido objeto de torturas desde el momento de su detención, no acaba de comprender esa “nueva lectura que hace el Tribunal Supremo de los peritos”, donde considera que las lesiones se produjeron como resultado de factores “posteriores sobrevenidos e indeterminados”. Eso cuando la Audiencia había considerado probado que “todos los peritos estaban de acuerdo en que las fracturas de las costillas se produjeron de forma progresiva a lo largo del día de la detención y que probablemente estuvieron causadas por el movimiento del vehículo y por la postura sentada del detenido durante su traslado a Intxaurreondo” (parágrafo 80). Y sigue: “el Tribunal no puede sino constatar que el Tribunal Supremo se limitó a rechazar la versión de los demandantes sin determinar el origen de las lesiones establecidas por los informes médicos, en relación con la detención y custodia por los miembros de la guardia civil, o la posible parte de responsabilidad de estos agentes. Incluso suponiendo que pudiera aceptarse la versión del Tribunal Supremo sobre el origen de las lesiones en el momento de la detención, este tribunal no examinó la cuestión de si el recurso a la fuerza física por parte de los agentes de la guardia civil durante esta operación fue estrictamente necesario y proporcional (...) o si las lesiones más graves sufridas por el primer demandante, después de su detención, según el Tribunal Supremo, fueron responsabilidad de los agentes responsables de su vigilancia y detención, cuando éste estuvo siempre en detención provisional incomunicada, y por tanto, bajo el control de la guardia civil” (parágrafo 81). Lo cual se añade a que “el Gobierno no ha demostrado las circunstancias exactas de la detención de los demandantes ni establecido que la fuerza utilizada por los oficiales involucrados en esta operación haya sido proporcionada” (parágrafo 82). En consecuencia, “el Tribunal juzga que está suficientemente establecido que las lesiones descritas en los dictámenes presentados por los demandantes, cuya existencia no niegan ni el Tribunal Supremo ni el Gobierno se produjeron cuando estaban en manos de la guardia civil. Considera que ni las autoridades internas ni el Gobierno han proporcionado argumentos convincentes o creíbles que puedan explicar o justificar en las circunstancias del presente asunto, las lesiones sufridas por los demandantes. Por tanto, el Tribunal estima que la responsabilidad de las lesiones descritas es imputable al Estado acusado” (parágrafo 83). Quizá lo más sorprendente llega a continuación: cuando todo parecía abocar a una condena

por torturas, el Tribunal estima, en un escueto párrafo que “en la medida en que los demandantes no alegaron que las lesiones en cuestión tuvieran efectos secundarios a largo plazo sobre ellos (...) y en ausencia de prueba concluyente relativa a la finalidad de los tratamientos infligidos (...), el Tribunal estima que los malos tratos infligidos a los demandantes no pueden ser calificados como torturas. Siendo así, fueron lo suficientemente graves para ser considerados tratos inhumanos o degradantes” (párrafo 84).

Respecto a la vertiente procesal, la *ratio decidendi* es más escueta pero no menos clara. Primero recuerda los principios generales derivados de una jurisprudencia longeva ya. Así, el artículo 3 CEDH exige que se articule un procedimiento interno para investigar las denuncias de torturas y/o de malos tratos/inhumanos/degradantes y que dicha investigación debe ser capaz de identificar y, en su caso, castigar, a los responsables, así como determinar las circunstancias que rodearon las presuntas lesiones (lo que recuerda con cierta elegancia el TEDH para el caso español, a tenor de nuestros antecedentes en la materia, párrafo 87). Huelga decir que para el TEDH es de la mayor importancia que los jueces internos no “dejen impunes” las violaciones de la integridad física y/o moral de las personas, lo cual “es indispensable para mantener la confianza del público y asegurar su adhesión al estado de derecho”. De todo será garante, en última instancia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “a fin de preservar el efecto disuasorio del sistema judicial y la importancia del papel que tiene este último en el respeto de la prohibición de la tortura” (párrafos 86-90).

Aplicado al asunto concreto, el TEDH observa que “el Tribunal Supremo no se limitó a efectuar una interpretación diferente de las pruebas documentales, asimismo reevaluó la credibilidad de los testimonios de ambos demandantes, querellantes en el procedimiento interno, así como la de otros testigos (...). Esta nueva valoración de las pruebas de carácter personal, sin una valoración directa por el Tribunal Supremo y en contradicción con las conclusiones del tribunal de instancia, que tuvo la oportunidad de escuchar el testimonio de los demandantes, los acusados y de todos los testigos en una audiencia pública, fue determinante para concluir la absolución de los guardias civiles acusados” (párrafo 83). Lo cual, también es sabido, conecta con otro de los grandes “vectores de condena” a España en Estrasburgo, toda vez que se incumple con las garantías procesales que establece el artículo 6.1 CEDH²⁸. Con las propias palabras del TEDH: “(...) cuando los tribunales de apelación o

²⁸ España ha sido condenada en once ocasiones por no cumplir con los requisitos del artículo 6.1 CEDH en lo que hace a las garantías que deben rodear a la segunda instancia penal (condenas en apelación/casación previa absolución en instancia). Y ha sido “absuelta”, en asuntos de igual índole, en cuatro ocasiones (entre las cuales está la última dictada hasta la fecha, *caso Vilches Coronado y otros c. España*, de 13 de marzo de 2018). Sobre

de recurso revisan las pruebas de carácter personal como los testimonios de los testigos o de los acusados y llegan a conclusiones opuestas a las establecidas por la jurisdicción a quo, las exigencias de un proceso equitativo hacen indispensable la celebración de una audiencia pública ante el tribunal de apelación o de recurso, para que éste pueda tener un conocimiento directo e inmediato de dichos elementos de prueba (...) (parágrafo 93).

El TEDH vuelve a separarse del parecer del Tribunal Supremo, quien “se limitó a rechazar la versión de los demandantes, sin intentar establecer si el recurso a la fuerza física por parte de los agentes de la guardia civil había sido estrictamente necesario y proporcional, o si las lesiones más graves sufridas con posterioridad por el primer demandante -según el establecimiento de los hechos del Tribunal Supremo- eran imputables a los agentes responsables de la detención y de la vigilancia de éste. Dichas omisiones impidieron que la jurisdicción nacional estableciera los hechos y el conjunto de las circunstancias de una forma tan completa a como podría haberlo hecho, si conforme a la obligación que demanda el artículo 3 del hubiera sometido el caso ante él a un examen escrupuloso (parágrafo 94).

Finalmente, declara por unanimidad que se ha vulnerado tanto la vertiente material como la vertiente procesal del artículo 3 CEDH, y establece (esta vez por cuatro votos contra tres) la cantidad de 30.000 euros y 20.000 euros en concepto de indemnización para cada uno de los demandantes.

c) Los votos particulares

A la sentencia de la mayoría se le opone voto particular parcialmente disidente y parcialmente concordante de los Jueces Keller, Pastor Vilanova y Serghides. Ambos se redactan en el mismo documento, dividiéndose en tres apartados: la determinación de los hechos, la calificación de maltrato, y la conclusión que alcanzan.

Sobre la determinación de los hechos, recuerdan que el TEDH tiene dichas dos cosas. Una, que por regla general no es competente para sustituir su propia visión por la de los tribunales internos. Y dos, que la excepción a esa regla es que existan "elementos convincentes" que permitan entrar en el examen de los hechos. Y eso es lo que sucede en este caso a juicio de los discrepantes. Basándose en jurisprudencia anterior dictada en condena a España (artículo 6 CEDH, principio de inmediación en segunda instancia), la minoría entiende que el Tribunal

el particular puede verse ALCÁCER GUIRAO, R; *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013; y LÓPEZ GUERRA, L; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, pp. 139-158.

Supremo ha errado en tres cosas. Primero, en la nueva valoración de la prueba -de declaraciones de demandantes y testimonios de testigos- "sin oírlos previamente". Dos, en apartarse considerablemente de los informes de los peritos, quienes examinaron la sentencia "muy detenidamente". Y tercero, por haber perdido de vista que una cosa es la responsabilidad penal de los individuos y otra la responsabilidad internacional del Estado respecto del Convenio. Todo ello conduce a que la minoría apoye la valoración realizada en su día por la Audiencia Provincial, cuyo procedimiento "no estaba viciado" (apartados 3-6).

Respecto a la calificación de maltrato, la minoría se opone a considerar las acciones tratos inhumanos/degradantes; cree que son torturas (de ahí la oposición a la cuantificación económica del daño, considerándola escasa). Acudiendo a jurisprudencia anterior, estiman que el TEDH ha venido declarando torturas atendiendo a una serie de parámetros fundamentales: sometimiento deliberado a las víctimas a sufrimientos graves y crueles; el contexto y finalidad pretendida, especialmente si se busca información, castigar o intimidar. La minoría considera que se dan todas y cada una de estas exigencias en el caso de autos. Incluso aun compartiendo que "es evidente que el móvil es casi imposible de demostrar", la minoría estima que los indicios concordantes apuntan a que los guardias civiles quisieron "humillar, castigar o vengarse por su pertenencia a ETA" (ap. 9-16).

La conclusión a la que llegan es obvia: la Sala debía haber ido más allá, haciendo buenos los criterios del TEDH en casos anteriores similares. Y así dirá que "la mayoría ha colocado a los demandantes en una situación en que la aportación de una prueba prácticamente irrefutable sobre la existencia de las alegadas torturas estuviera a su cargo. Esta exigencia nos parece contraria a la jurisprudencia del TEDH que a) somete a un control muy riguroso las alegaciones de tortura y b) es muy protectora de la dignidad de las personas, aun cuando hayan cometido actos cobardes y odiosos" (ap. 17).

4. Qué podría suceder a partir del caso *Portu y Juanenea c. España*

Independientemente de las reacciones políticas y periodísticas, lo cierto y verdad es que todavía no se han producido estudios doctrinales sobre la resolución (lo cual es lógico si se tiene en cuenta lo reciente de la misma)²⁹. Esta, por lo demás, resulta bien fundada y aplica

²⁹ Se han encontrado algunos artículos periodísticos, escritos por lo demás por expertos en la materia. Así, para Queralt la sentencia es una llamada de atención para que fallos coyunturales no se conviertan en estructurales. Vid. QUERALT, A; "Los tratos inhumanos no tienen cabida en el Estado de Derecho", *El Periódico*, 14 de febrero de 2018. Por su parte, Nieva-Fenoll estima, entre otras cosas, que las razones extrajurídicas acaban revelándose con el paso del tiempo. Vid. NIEVA-FENOLL, J; "Primera condena a España por infligir tratos degradantes", *Agenda Pública*, 14 de febrero de 2018.

criterios firmemente asentados y bien conocidos. No estamos ante una jurisdicción de excepción ni extraña a los cánones interpretativos corrientes del artículo 3 CEDH.

Dicho eso, no nos cabe duda de que nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado proceden con rigor, ajustándose a la ley y actuando en defensa y no en quiebra del ordenamiento³⁰. Este tipo de condenas son una llamada de atención, seria y cierta, pero sin duda una excepción a la regla general: el escrupuloso cumplimiento de la legalidad vigente por parte de nuestros agentes. Hay separar el grano de la paja, si se permite la expresión. No olvidemos que en España, a diferencia de en otras latitudes, la doctrina nunca ha debatido sobre la posibilidad de emplear torturas o mecanismos similares, ni siquiera en situaciones muy excepcionales. No es una cuestión ni discutida ni discutible³¹.

En segundo lugar, quizá sea buen momento para que nos planteemos acometer reformas adicionales. La detención incomunicada de sospechosos de delitos de terrorismo puede llegar a ser de hasta diez días (con supervisión judicial, claro está)³². Esta regulación no convence a los principales organismos de protección de derechos humanos, tanto de la ONU (CT), como del Consejo de Europa (CPT). España no es país que dé la espalda al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que es país que debe ir completando los procesos a los que este obliga³³.

En tercer lugar, España ha acogido los criterios de Estrasburgo, en esta materia y en otras conexas, al menos mediante dos reformas de su legislación procesal penal. La primera es la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento*

³⁰ Un dato por si ayuda: en todo 2015 se recibieron ocho quejas por presuntos malos tratos policiales en diferentes centros de detención de personas, espacios especialmente sensibles. Vid. *Informe Anual 2016 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2017, p. 161.

³¹ A diferencia de lo que ha ocurrido, por ejemplo, en Estados Unidos o en Alemania. Vid. TERETSCHENKO, M; *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*. Editorial Popular, Madrid, 2009; ROIG TORRES, M; *op. cit.*, pp. 344 y ss; OEHLING DE LOS REYES, A; *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010.

³² Artículo 509.2 LeCrim, en su redacción dada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre: "La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días".

³³ Un dato es suficiente: el Defensor del Pueblo es quien tiene la competencia de ejercer las tareas propias del *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*, en virtud de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre. Y esto es ejecución pura y dura del compromiso internacional que adquirimos cuando suscribimos el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles o Degradantes, cuya entrada en vigor cumplió en 2016 su décimo aniversario. Vid. PINO GAMERO, E; "El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura". *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, nº. 18, 2013, pp. 3-39; y CEBADA ROMERO, A; y MARIÑO MENÉNDEZ, F.M (dirs.); *La creación del mecanismo español de prevención contra la tortura*, Iustel, Madrid, 2009.

Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La segunda es la *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.* Mientras que la primera generaliza la segunda instancia penal y completa la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* podrá dictar en tales circunstancias, la segunda tiene por objetivo confesado "la necesidad de establecer en el ordenamiento español un cauce legal de cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora sin otra cobertura que la interpretación jurisprudencial".

5. Conclusiones

La primera conclusión es que la sentencia aquí comentada se ha unido a un acervo consolidado y riguroso respecto a la aplicación y observancia por España del artículo 3 CEDH. Observancia que, en líneas generales y respecto de la inmensa mayoría del Convenio, España cumple con creces. A pesar de ello, la resolución establece la undécima condena por vulnerar el aspecto procesal del precepto, sin emplear a estos efectos el artículo 6 CEDH y valiéndose únicamente de la interpretación hasta la fecha del artículo 3 CEDH. Por otro lado, la resolución establece por primera vez la vulneración material del precepto, declarando que se han producido tratos inhumanos/degradantes a manos de cuatro guardias civiles, en la detención y posterior custodia de dos miembros de ETA. Además, la resolución cuenta con la discrepancia de tres Jueces, para quienes, en esencia, los malos tratos sufridos tuvieron la suficiente enjundia como para constituir torturas.

Finalmente, dentro de lo excepcional de estos comportamientos, España debe seguir trabajando en la senda de los compromisos internacionales adquiridos, adoptando las recomendaciones que se explicitan en los diversos informes de seguimiento en aras de mejorar los dispositivos de control que inhiban -y castiguen- conductas de este tenor.

6. Bibliografía

- ALLUÉ BUIZA, A., "Los derechos fundamentales en Turquía, un claro retroceso", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 38 (2016).
- ARANGÜENA FANEGO, C. y LANDA ARROYO, C., "Mecanismos procesales internos para la ejecución de sentencias", CARMONA CUENCA, E. y GARCÍA ROCA, J

- (eds)., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- BARCELONA LLOP, J., *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden: estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, Cizur Menor, (Navarra), Thomson-Civitas, 2007.
- BEIJER, M., *The limits of fundamental rights protection by the EU: the scope for the development of positive obligations*, Cambridge, Intersentia, 2017.
- CARMONA CUENCA, E., ARENAS RAMIRO, M., FERNÁNDEZ VIVAS, Y. y PIOVESAN, F., "Los derechos humanos con perspectiva de género". En CARMONA CUENCA, E y GARCÍA ROCA, J (eds)., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012.
- CEBADA ROMERO, A; y MARIÑO MENÉNDEZ, F.M (dirs.); *La creación del mecanismo español de prevención contra la tortura*, Iustel, Madrid, 2009.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman, Osman Karademir, Osmanoğlu, Balçık y otros, contra Turquía", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 33 (2009).
- DEFENSOR DEL PUEBLO; *Informe Anual 2016 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*, Madrid, 2017.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26 (2013).
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "El derecho al acceso a la Justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de los Derechos Humanos", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 27 (2013).

- FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA, *Informe: España ante la tortura y los malos tratos*, Madrid, (2016).
- GARCIA ROCA, J. y NOGUEIRA ALCALÁ, H; "El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante". En CARMONA CUENCA, E. y GARCÍA ROCA, J (eds)., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- GARLECKI, L; "Judgments of the european court of human rights: (their structure, impact and authority)". En CARMONA CUENCA, E . y GARCÍA ROCA, J. (eds), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *El estado de derecho frente a la tortura: luces y sombras en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- GUR-ARYE, M. y JESSBEGGER, F., "The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tolerated? Reflections in light of recent german and israeli experiences", *Israel Law Review*, vol. 44-nº 1-2 (2011).
- KABOGLU, I., "Turquía: supresión del régimen parlamentario bajo el estado de emergencia (Observaciones preliminares sobre la modificación constitucional aprobada por el referéndum de 16 de abril de 2017)", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 40 (2017).
- LÓPEZ GUERRA, L; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32 (2013).
- LÓPEZ ULLA, J.M., "El derecho a la verdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Persona y Derecho*, vol. 69-nº 2 (2013).
- MANZANO PÉREZ, M., "Artículo 15". En CASAS BAAMONDE, M^a.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M (dirs.)., *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Las Rozas (Madrid), Wolters-Kluwer, 2009.
- MATIA PORTILLA, F.J; "España". En MATIA PORTILLA, F.J; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I (dirs); *Informes Nacionales Europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018 (en prensa).
- MATIA PORTILLA, F.J.; "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". *Working Papers 03*. Madrid, 2015.
- MILONE, C., *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015.
- MORTE GÓMEZ, C., "El régimen de detención incomunicada en España: las obligaciones positivas procesales derivadas de artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos". En LÓPEZ GUERRA, L (et. al. coords): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015.
- MOWBRAY, A., *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, Hart, 2004.
- NIEVA-FENOLL, J; "Primera condena a España por infligir tratos degradantes", *Agenda Pública*, 14 de febrero de 2018.
- OEHLING DE LOS REYES, A; *La dignidad de la persona*, Madrid, Dykinson, 2010.
- PINO GAMERO, E; "El sistema de prevención de la tortura del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura". *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, nº. 18, 2013.
- PORTILLA CONTRERAS, G., "La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura". En RIVERA BEIRAS, I. y CANO, F (coords.), *Privación de libertad y Derechos Humanos: la tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, Barcelona, Icaria, 2008.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., "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, R; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M (coords). *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2013.
- QUERALT JIMÉNEZ, A; "Los tratos inhumanos no tienen cabida en el Estado de Derecho", *El Periódico*, 14 de febrero de 2018.
- REIDY, A., *The Prohibition of torture. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2003.
- RIPOL CARULLA, S; *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

- RODRÍGUEZ BOENTE, S.E.; *83 Argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., "El Asunto Otamendi Eiguren c. España (STEDH de 16.10.2012): de nuevo sobre la prohibición de tortura y el deber de investigación efectiva de las denuncias", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48 (2013).
- ROIG TORRES, M., "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*)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11 (2014).
- RUILOBA ALVARIÑO, J., "La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España, de 2 de noviembre de 2004. Crónica de una muerte anunciada", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57-nº 1 (2005).
- RUILOBA ALVARIÑO, J., *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Madrid, Dykinson, 2005.
- RUILOBA ALVARIÑO, J., "El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT): examen de las visitas efectuadas a España". En FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C (coord.), *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010.
- RUILOBA ALVARIÑO, J.; "Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de Naciones Unidas", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Gandulfo, 2010.
- RUIZ-HUIDOBRO, R., *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por torturas. Del terrorismo a la criminalización de la disidencia*. Informe "El Tiempo de los Derechos", nº 31 (2013).
- SAAVEDRA ALESSANDRI, P., CANO PALOMARES, G. y HERNÁNDEZ RAMOS, M., "Reparación y supervisión de sentencias", pp. 211-268. En CARMONA CUENCA, E. y GARCÍA ROCA, J (eds), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- SALADO OSUNA, A., "Los tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P (coords), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2014 (3ª edición).

- SANTAMARÍA ARINAS, R., "Artículo 3. Prohibición de tortura", en LASAGABASTER HERRARTE, I (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Madrid, Civitas, 2009 (2ª edición).
- TERETSCHENKO, M; *Sobre el buen uso de la tortura. O cómo las democracias justifican lo injustificable*. Madrid, Editorial Popular, 2009.
- TOMÁS Y VALIENTE, F; "La tortura en España", *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1997.
- TOMÁS Y VALIENTE, F; "Sobre la tortura y otros males menores", *A Orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996.
- TORÍO LÓPEZ, A., "La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes", *Poder Judicial*, nº 4, 1986.
- VERMEULEN, B., "Freedom from torture and other inhuman or degrading treatment or punishment", en VAN DIJK, P. *et al.*, (Eds.); *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006 (4th edition).
- VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V., "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*, vol. 15-nº. 1, (2012).