

# EL ASUNTO OTAMENDI EFIGUREN C. ESPAÑA (STEDH DE 16.10.2012): DE NUEVO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE TORTURA Y EL DEBER DE INVESTIGACIÓN EFECTIVA DE LAS DENUNCIAS

TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

Catedrática acreditada de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

Revista Española de Derecho Europeo 48  
Octubre – Diciembre 2013  
Págs. 77 – 102

**SUMARIO:** I. EL SUPUESTO DE HECHO. A. *La detención*. B. *Los informes del médico forense*. C. *La denuncia y la resistencia inicial a la investigación*. D. *La instrucción*. E. *El sobreseimiento y archivo de la causa*. F. *La inadmisión del recurso de amparo*. G. *La posterior absolución y las afirmaciones de la Audiencia Nacional sobre las denuncias de malos tratos*. II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. A. *La diferenciación entre la vertiente material y la vertiente procedimental del art. 3 CEDH*. B. *La violación de la vertiente procedimental del art. 3 CEDH: la ausencia de una investigación profunda y eficaz*. C. *El fallo del Tribunal: declaración de la vulneración y satisfacción equitativa*. III. OTRAS CONDENAS A ESPAÑA EN ASUNTOS SIMILARES. A. *El asunto Martínez Sala y otros C. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004)*. B. *El asunto San Argimiro Isasa vs. España (STEDH de 20.09.2010)*. C. *El asunto Beristain Ukar vs. España (STEDH de 8.01.2011)*. IV. UNA REFLEXION SOBRE LAS CONDENAS Y SOBRE EL INTENTO DE APROXIMACION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LAS EXIGENCIAS DEL TEDH.

**RESUMEN:** Este artículo analiza una reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referida la violación del Artículo 3 del Convenio (prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes) en un supuesto de detención incomunicada de un sospechoso de terrorismo. De nuevo el Tribunal Europeo considera que la investigación llevada a cabo no satisface las exigencias del Artículo 3 del Convenio, pues

**ABSTRACT:** This paper analyzes a recent Decision of the European Court of Human Rights regarding a violation of Article 3 of the European Convention (prohibition of torture and inhuman or degrading treatment) in a case concerned the incommunicado detention in policy custody of a man suspected of links with a terrorist organisation. Once again, the European Court considered that the investigation carried out had not been

pese a las persistentes alegaciones de maltrato por parte del recurrente, el proceso se archivó basándose exclusivamente en los informes del médico forense y en declaraciones de éste, sin interrogar personalmente al denunciante, ni practicar otras pruebas solicitadas y que hubieran podido ayudar a esclarecer los hechos. Además, el Tribunal destaca la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el Comité Europeo de Prevención de la Tortura (CPT), mejorando la calidad de los exámenes médico forenses en los supuestos de incomunicación.

**PALABRAS CLAVE:** Prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes. Falta de investigación judicial efectiva. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Detención incomunicada.

**Fecha recepción original:** 29 septiembre 2013

**Fecha aceptación:** 1 noviembre 2013

thorough or effective enough to satisfy the requirements of Article 3 of the Convention. It noted that, despite the applicants persistent allegations of ill-treatment, the proceedings had been discontinued solely on the basis of the forensic medical reports and the doctors statements, without the applicant having been questioned in person nor additional evidence requested by the applicant which might have helped shed light on the events. Moreover, the Court stressed the importance of adopting the measures recommended by the European Committee for the Prevention of Torture (CPT), improving the quality of forensic medical examinations of persons being held incommunicado.

**KEYWORDS:** Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment. Lack of effective official investigation. European Court of Human Rights case law. Incommunicado detention.

## I. EL SUPUESTO DE HECHO<sup>1</sup>

### A. LA DETENCIÓN

El Sr. Otamendi Egiguren, periodista de profesión, era el Director del Diario *Euskaldunun Egunkaria*. En el marco de una investigación judicial sobre la conexión entre el citado diario y la organización terrorista ETA, fue detenido en su domicilio por agentes de la Guardia civil el día 20 de febrero de 2003 y sometido al régimen de detención incomunicada, confirmada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional permaneciendo en tal situación hasta el día 25 de febrero de 2003.

### B. LOS INFORMES DEL MÉDICO FORENSE

Durante ese periodo fue examinado por el médico forense en cuatro ocasiones. Según se hace constar en los Antecedentes de la resolución comentada, en el informe correspondiente a su visita del día 20 de febrero de 2003, el médico forense no detecta ninguna señal de violencia en el cuerpo del demandante, precisando que éste había declarado haber sido detenido éste día alrededor de las 01,30 horas y «no haber sufrido maltrato físico ni psíquico».

En el informe de fecha 21 de febrero de 2003, el médico forense mencio-

1. El resumen del supuesto de hecho se ha realizado, sustancialmente, tomando en consideración los datos recogidos como «Circunstancias del caso» en la Sentencia del Tribunal Europeo que se comenta, dado que son éstos los considerados relevantes para la resolución del caso y los que explican el pronunciamiento del Tribunal.

naba que el demandante se quejaba de no poder dormir y de que había tenido que permanecer de pie la mayor parte del tiempo, había sido obligado a realizar flexiones de rodillas durante tres sesiones de interrogatorio y habría sido amenazado con sufrir la tortura llamada de la *bolsa*, consistente en asfixiar a un sujeto cubriéndole la cabeza con una bolsa de plástico. Además, el médico forense señalaba que el demandante insistía en los interrogatorios a los cuales habría estado sometido, diciendo que «estaba cansado y que no tenía rastros de golpes y que, por esta razón, no quería ser reconocido».

Al término de la visita del 22 de febrero de 2003, el médico forense apuntaba en su informe que el demandante se negaba de nuevo a ser reconocido debido a que no presentaba ningún rastro de violencia. Anotaba que el interesado afirmaba haber sido desnudado y obligado a hacer centenares de flexiones durante los interrogatorios, haber recibido golpes de intimidación en los órganos genitales y haber notado la colocación de un objeto metálico en la sien seguido de un disparo simulado. Mencionaba en fin que el interesado «[estaba] consciente, orientado en tiempo y espacio, que [tenía un] lenguaje fluido (...)» y que amenazaba con autolesionarse si no era llevado ante la Audiencia Nacional.

En su informe tras el examen del día 23 de febrero de 2003, el médico forense anotaba que el demandante, rechazando ser reconocido, había declarado no haber sufrido malos tratos desde la última visita y haber dormido.

### C. LA DENUNCIA Y LA RESISTENCIA INICIAL A LA INVESTIGACIÓN

El día 24 de febrero de 2003 el detenido fue trasladado a la Audiencia Nacional y, al día siguiente, llevado ante el Juez Central de Instrucción núm. 6, quien le tomó declaración en presencia de un abogado de oficio debido al régimen de incomunicación al que seguía sometido. En ese momento el recurrente declara haber sido objeto de malos tratos durante su detención. En concreto, expuso que se le había impedido dormir; que durante los dos primeros días tuvo que permanecer de pie; que había sido obligado a hacer flexiones y luego a permanecer inmóvil durante dos horas, de pie, con el torso curvado y cabeza abajo; que sufrió insultos homófobos; que fue desnudado y obligado a adoptar una posición sexual; que se le colocó un objeto metálico en la sien que hacía un ruido similar a la detonación de un arma; que en dos ocasiones le cubrieron la cabeza con una bolsa de plástico y que le amenazaron de muerte después de la visita del médico forense el día 22 de febrero de 2003.

Ese mismo día el Juez acordó la prisión provisional con fianza de 30.000 euros, que fue abonada, por lo que se decretó su libertad condicional.

El día 27 de febrero de 2003, el Sr. Otamendi solicitó al Juez Central de Instrucción núm. 6 que remitiera al Juzgado de guardia de Madrid una copia de la declaración de 25 de febrero de 2003, en la que denunciaba los malos tratos sufridos. Sin embargo, el Juzgado no dio curso a tal solicitud, alegando el carácter secreto de la instrucción. El denunciante interpuso recurso de reforma contra esta decisión, al que se sumó el Ministerio Fiscal, que fue de nuevo desestimado por Auto de 24 de marzo de 2003.

Al día siguiente, el denunciante presentó una queja ante el Juzgado Decano de Instrucción de Madrid, insistiendo en sus alegaciones de malos tratos durante la detención incomunicada. Finalmente, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid, al que correspondió el caso, ordenó una investigación de los hechos.

#### D. LA INSTRUCCIÓN

En el marco de las Diligencias Previas abiertas, el día 7 de abril de 2003 el Comandante de la Guardia civil informó a la Juez instructora de que en su registro no constaba que el denunciante hubiera sido detenido en sus instalaciones entre los días 20 y 24 de febrero de 2003, dato destacado en la Sentencia objeto del presente comentario<sup>2</sup>.

El denunciante solicitó que se incorporara su declaración ante el Juez Central de Instrucción núm. 6, así como las decisiones del Juez relativas al caso. Solicitó igualmente que se le tomara declaración y que se incorporara la copia del vídeo de sus declaraciones a la cadena de televisión EITB el día en que fue puesto en libertad.

El 28 de octubre de 2003, y a instancias de la Juez que instruía el caso, el demandante fue oído por el Juez de Instrucción núm. 3 de Tolosa, su ciudad de residencia. Declaró que en las dependencias de la Guardia Civil, durante su traslado a Madrid, le habían esposado y cubierto la cabeza con una media, y relató, con mucho detalle, las condiciones de su detención preventiva incomunicada. Describió igualmente con detalle los malos tratos que habría sufrido durante los interrogatorios y la actitud de los agentes que los habrían infligido. Precisó no estar en disposición de reconocer a los autores de las agresiones alegadas debido a que nos los había visto jamás. Afirmó, sin embargo, ser capaz de reconocer la voz de uno de ellos.

Posteriormente, el demandante solicitó a la Jueza que compareciera el detenido que compartía su celda durante su detención incomunicada, y reiteró su petición tendente a la obtención de una copia del vídeo de sus declaraciones a la EITB.

El día 22 de diciembre de 2003, la Instructora ordenó la audiencia del médico forense. Este fue oído el día 27 de enero de 2004, en presencia del Abogado del Estado y de uno de los abogados que representan al demandante ante el TEDH, D. I. Iruin Sanz. El acta de la declaración del médico forense está así redactada:

*«Que él cuando le ve el día 20 está normal, no le encuentra agotado, ni especialmente exhausto.*

*Que con relación al informe del día 21, que le encuentra normal, con una coloración rosácea normal, no le encuentra agotado. Que no quiere ser reconocido, que no bosteza, que entra en el despacho normal, y se sienta de forma normal.*

2. STEDH, as. Otamendi Eiguren c. España, de 16.10.2012, §14.

*Que cuando le cuenta que ha estado toda la noche de pié, y que ha hecho flexiones, le dice que le va a reconocer, a lo que el denunciante se niega.*

*Que cuando le ve el día 22, le vuelve a ver normal, no agotado, y salvo que fuera una persona muy habituada, duda los cientos de flexiones. Que se vuelve a negar a ser reconocido, a pesar de que sí se hubiera notado algún tipo de contractura o manifestación muscular. Entra de pié en el despacho y se sienta normal.*

*Que el día 23 es más parco en palabras, contestando con frases cortas, y monosílabos, y que él no le ve una gran diferencia ninguno de los días que le ha visto.*

*A preguntas del letrado, Sr. Iruin, manifiesta:*

*Que a partir del día 21, para no ser reconocido manifiesta que no tiene golpes, entendiendo que si no tenía marcas no podía objetivar ningún tipo de lesión.*

*Que los reconocimientos los hacía siempre en la misma habitación. Que él nunca obliga a los detenidos a ser reconocidos si ellos no quieren, salvo por orden judicial expresa.*

*Que el detenido no le refiere nada sobre una media que le acabaran de quitar. Que para dejar marca, depende del tejido y de la compresión que pudiera ejercer la media.*

*Que sí que le dijo que le habían interrogado en varias ocasiones, y que durante éstos le obligaban a hacer flexiones.*

*Que el detenido le comunica que quien le obliga a estar de pie es la Guardia Civil.*

*Que cuando le dice que se va a autolesionar no le indica contra qué, pero es cierto que existe una columna metálica verde, al lado de donde está sentado.*

*Que cuando le indica que le han dado golpes intimidatorios en los testículos, no le indica la forma, diciéndole a continuación que no tienen importancia.*

*Que él le comunica lo que le cuenta el detenido al Juez de Guardia, respecto a la amenaza de autolesionarse, primero verbalmente, y luego por escrito; (...) que esto desde el punto de vista médico le preocupa más, que lo que le manifiesta de las flexiones (...)*

*A preguntas del Abogado del Estado, manifiesta:*

*Que él a la Guardia Civil le comunica que irá o bien por la mañana o bien por la tarde a reconocer al detenido, sin decir la hora exacta (...)*

*Que lo que recoge el día 20 de febrero son manifestaciones textuales del detenido. (...)*

*A preguntas del Juez, expone que el tener un esguince crónico de tobillo, supone que es más fácil que se produzcan esguinces nuevos o distensiones, y ante ejercicios continuados, permanencias largas de pie, se hubiera cargado más, aunque al no haberlo reconocido no pudo apreciarlo.*

*A preguntas del Abogado del Estado, indica:*

*Que la apariencia del denunciante es alta, fuerte, que no sabe el grado de musculación al no haberlo reconocido.*

*Que considera que aunque varía en cada persona, dependiendo de su resistencia, si el denunciante no hubiera podido dormir, hubiera hecho flexiones o estuviera de pie, el síntoma de agotamiento se hubiera probablemente advertido, siendo sus síntomas, ojeras, la compostura física, la respiración más acelerada.*

*Que su impresión es que lo que le manifiesta el día 21 el detenido, no es compatible como él le ve, y así en su informe hace constar que está consciente, orientado, etc. Que ellos no sacan conclusiones en los informes respecto a lo que le manifiesta el detenido, limitándose a hacer constar lo que observa en la exploración, cuando ésta se realiza.*

*Que con relación a ponerle una bolsa en la cabeza, le manifiesta que le han amenazado, pero no que se la han puesto.*

*Que los reconocimientos a los detenidos se hacen solamente en presencia del declarante, sin ninguna otra persona en el despacho, y que la puerta está cerrada (...)*

*Que el día 23 estaba menos colaborador en la entrevista, pero no le vio asustado, siendo más corta de duración que en días anteriores».*

## E. EL SOBRESEIMIENTO Y ARCHIVO DE LA CAUSA

Mediante Auto de 16 de febrero de 2004, el Juzgado de Instrucción núm. 5 acordó el sobreseimiento provisional y archivó la causa. Argumenta el órgano judicial que, a la vista de los informes del médico forense elaborados durante la detención del demandante y de la declaración de dicho médico ante ella, no había ningún indicio que demostrara que los malos tratos denunciados por el demandante hubieran sido realmente infligidos. Por otra parte, estima que no era menester proseguir con la investigación solicitando el examen de elementos de prueba adicionales, dado que no aportarían indicios distintos de los contenidos en la declaración del interesado.

Contra esta resolución se interpuso recurso de reforma, desestimado por Auto de 14 de abril de 2004.

Igualmente desestimado fue el recurso de apelación ante la Audiencia provincial de Madrid, mediante Auto de 20 de julio de 2005. El Tribunal consideró que la declaración del detenido que compartió la celda del demandante no aportaría ningún nuevo esclarecimiento sobre los hechos denunciados por este último. Además estimó que el visionado del vídeo de la declaración televisada efectuada por el demandante el día 25 de febrero de 2003 no podía aportar ninguna información diferente a las contenidas en su denuncia y en su declaración ante el Juez Central de Instrucción núm. 6. Finalmente, el Tribunal subrayó que el Juez a quo había tenido la posibilidad de oír la declaración del médico forense conforme a los principios de inmediación y de contradicción.

## F. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la vulneración de los artículos 24.1 y 15 CE. El recurso fue inadmitido por providencia de 10 de marzo de 2008, al entender que carecía manifiestamente de contenido que justificara una decisión sobre el fondo del asunto.

## G. LA POSTERIOR ABSOLUCIÓN Y LAS AFIRMACIONES DE LA AUDIENCIA NACIONAL SOBRE LAS DENUNCIAS DE MALOS TRATOS

En el § 23 de la Sentencia se destaca que mediante Sentencia de 12 de abril de 2010, la Sala de lo Penal Sección Primera de la Audiencia Nacional, absolvió al demandante y a otras cuatro personas del delito de pertenencia a un grupo terrorista del que habían sido acusados, y concluyó que «las partes acusadoras no habían demostrado que los inculpados tuvieran el menor vínculo con ETA».

El Tribunal Europeo destaca asimismo que en esa Sentencia absolutoria, y en relación con los malos tratos denunciados por el demandante y los otros acusados, la Audiencia Nacional se pronunció de la siguiente manera: *«Por último, en la valoración de las declaraciones de los procesados tiene especial relevancia que las denuncias de éstos sobre malos tratos y torturas sufridos durante la detención incomunicada –que fueron relatadas con detalle en la vista oral y antes ante el instructor y objeto de denuncia en los tribunales– son compatibles con lo expuesto en los informes médico-forenses emitidos tras ser reconocidos en el centro de detención, si bien el Tribunal no puede llegar a conclusiones jurídicas penalmente relevantes sobre el particular salvo constatar que no hubo un control judicial suficiente y eficiente de las condiciones de la incomunicación».*

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LA VERTIENTE MATERIAL Y LA VERTIENTE PROCEDIMENTAL DEL ART. 3 CEDH

En el presente caso, el denunciante precisó ante el Tribunal que su denuncia se basaba «exclusivamente en los aspectos procesales del art. 3 del Convenio, es decir, en la ausencia de una investigación efectiva por parte de las autoridades de una denuncia por tortura y malos tratos», en vista de lo cual el Tribunal afirma que «no considera necesario resolver sobre el aspecto material de la queja relativa al artículo 3 del Convenio»<sup>3</sup>, por lo que admite y resuelve el caso exclusivamente en atención al aspecto o dimensión procedimental del art. 3.

Conviene recordar en este punto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 3 del Convenio (que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes), sistemáticamente con el

3. STEDH, as. *Otamendi Egiguren vs. España*, de 16.10.2012, § 29.

art. 1 (en virtud del cual los Estados parte se comprometen a asegurar los derechos reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción), y en ocasiones poniéndolo en relación con el art. 13 (derecho a un recurso efectivo), viene distinguiendo una vertiente material o sustantiva y una vertiente procesal<sup>4</sup>, vinculadas a los dos tipos de obligaciones que derivan del citado precepto: una obligación negativa de no torturar o infligir malos tratos y una obligación positiva de investigar los hechos y sancionar, cuando proceda, a los culpables<sup>5</sup>. En esa línea, el TEDH afirma que «cuando un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar las explicaciones necesarias sobre las heridas y que de no existir tales incurre en violación del art. 3 CEDH»<sup>6</sup>. O que la naturaleza del derecho garantizado en el art. 3 del Convenio tiene implicaciones con el art. 13, de forma que, en tanto que un individuo alega razonablemente haber sufrido tortura a manos de los agentes públicos, la noción de «recurso efectivo» implica investigaciones efectivas y adecuadas para conducir a la identificación y sanción de los responsables<sup>7</sup>.

Una construcción paralela a esta vertiente procedimental de un derecho sustantivo fue desarrollada inicialmente por el Tribunal Europeo en relación con el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio, en el asunto *McCann y otros vs. Reino Unido*, de 27.09.1995, al afirmar que podía imputarse al Estado una violación del derecho a la vida cuando no se hubiera llevado a cabo una investigación efectiva sobre un asesinato o desaparición de una persona a manos de las fuerzas de seguridad, aunque no hubiera constancia más allá de toda duda razonable de la participación de los agentes policiales en la muerte. De modo que cabe condenar al Estado por no haber cumplido con sus obligaciones positivas de investigación, derivadas del deber de protección efectiva de la vida y, en su defecto, de investigación efectiva del fallecimiento<sup>8</sup>.

4. Sobre esta diferenciación, por todos, LOPEZ BOFILL, H., «Prohibición de tortura: violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el punto de vista procedimental», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10/2012; 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: ALCACER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 39 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Terrorismo, enemigos y Tortura», *Teoría y Derecho* 3/2008, p. 106ss.; SALADO OSUNA, A., «Respuestas al cuestionario», en: HUERTA TOCILDO/PÉREZ MANZANO (Dir.), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 263ss.
5. SALADO OSUNA, A., «Respuestas al cuestionario», en: HUERTA TOCILDO/PÉREZ MANZANO (Dir.), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 263.
6. STEDH as. *Aksoy vs. Turquía*, de 18.12.1996.
7. STEDH as. *Aydin vs. Turquía*, de 25.09.1997.
8. Así lo destaca 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: ALCACER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 42 s. Sobre la protección jurídica del derecho a la vida derivada del artículo 2 CEDH, cfr. por todos, REY MARTÍNEZ, F., «La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión»

Este mismo esquema en relación con el artículo 3 CEDH permite afirmar la violación, en su vertiente procedimental, en los casos en que no quepa demostrar fehacientemente, «más allá de toda duda razonable», la existencia de torturas o malos tratos (que es el parámetro empleado para poder imputar a los poderes públicos los hechos denunciados en la vertiente material del derecho consagrado en el art. 3)<sup>910</sup>, pero sí se constata la inexistencia de una investigación profunda y efectiva de los hechos, que hubiera permitido su esclarecimiento.

## B. LA VIOLACIÓN DE LA VERTIENTE PROCEDIMENTAL DEL ART. 3 CEDH: LA AUSENCIA DE UNA INVESTIGACIÓN PROFUNDA Y EFICAZ

Como viene siendo habitual en estos supuestos, el Tribunal al entrar a valorar el caso comienza su argumentación recordando que cuando un individuo afirma de manera argumentada haber sufrido a manos de la policía o de otros servicios equivalentes del Estado, malos tratos contrarios al artículo 3, esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 del Convenio de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el mismo requiere, implícitamente, que haya una investigación oficial efectiva, que pueda llevar a la identificación y castigo de los responsables «Si no fuera así, a pesar de su importancia fundamental, la prohibición general legal de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica y sería posible, en ciertos casos, que los agentes del Estado pisotearan, gozando de una cuasi impunidad, los derechos de aquellos dependientes de su jurisdicción (*Assenov y otros c. Bulgaria*, 28 de octubre de 1998, § 102, Recopilación 1998-VIII)<sup>11</sup>».

(art. 2 CEDH y Protocolo 6 y 13), en: GARCÍA ROCA, J./SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª ed., Madrid, 2009, pp. 83s.

9. Respecto de la vertiente material del derecho, por todos, SALADO OSUNA, A., «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (Art. 3 CEDH)», en: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 97ss.
10. LOPEZ BOFILL, H., «Prohibición de tortura: violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el punto de vista procedimental», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10/2012, se muestra crítico respecto de esta diferenciación por parte del Tribunal Europeo, afirmando que el concepto de «violación procedimental» en términos de garantías resulta difícilmente compatible con la prohibición absoluta de la tortura que predica el propio Tribunal, que parece necesariamente vinculada a una violación sustantiva, por lo que la distinción podría ser un eufemismo para no reconocer que en un Estado miembro del Convenio se producen graves violaciones de derechos humanos que no son reprimidas por las instancias judiciales internas. Por otra parte, y aunque podría argumentarse que con dicho concepto se amplía la protección, al permitir condenar en casos en que los indicios de malos tratos no se encuentran suficientemente probados, compensando las dificultades probatorias de la constatación de los malos tratos «más allá de toda duda razonable», entiende que ello deriva precisamente de una concepción demasiado estrecha del concepto «violación sustantiva» y de la exigencia de que se pruebe el maltrato «más allá de toda duda razonable».
11. § 38 de la Sentencia comentada. En casi idénticos términos se pronuncia el Tribunal, entre otras y por referirnos sólo a las condenas a España, en las SSTEDH as. *Martinez*

A continuación se revisan los datos del caso (§ 39), destacando, en primer lugar, el hecho de que durante cinco días el demandante estuviera sometido a detención incomunicada, durante los cuales no pudo informar a nadie de su detención y no le pudo asistir un abogado libremente designado por él, ni entrevistarse en privado con el abogado que le había sido asignado de oficio.

En segundo lugar, se recuerda que el demandante «se quejó en dos ocasiones de manera precisa y circunstanciada, de haber sido objeto de malos tratos durante su detención preventiva: la primera vez, el día 25 de febrero de 2003, cuando compareció ante el Juez central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional; la segunda, el día 25 de marzo de 2003 cuando presentó denuncia, en base a los mismos hechos, ante el Decano de los Jueces de Instrucción de Madrid, querella que fue atribuida a la Jueza de Instrucción nº 5 de Madrid». A la vista de lo cual el Tribunal estima que el demandante tiene una queja fundada al amparo del artículo 3 del Convenio y que «la noción de recurso efectivo implica, por parte del Estado, investigaciones en profundidad y efectivas propias que lleven a la identificación y al castigo de los responsables (*Selmouni c. Francia* [GC], no 25803/94, § 79, TEDH 1999-V)».

Constatada la necesidad de investigar, se analizan seguidamente las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades nacionales en relación con los denunciados malos tratos (§ 40), destacando por una parte la pasividad del Juez Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional ante la denuncia de malos tratos realizada por el demandante en su comparecencia. Y respecto a la investigación llevada a cabo por la Jueza de instrucción a quien correspondió conocer de la denuncia presentada, el Tribunal afirma que «se limitó a examinar los informes del médico forense y a oír las declaraciones de este último», sin atender a la solicitud del denunciante de ser oído por ella personalmente (se tomó declaración al denunciante por otra Jueza en Tolosa), y de que se oyerá también tanto a los agentes implicados, como a la persona que estaba detenida junto a él en la misma celda.

A la luz de esos datos, el Tribunal (§ 41) estima que las investigaciones llevadas a cabo en el caso presente «no tuvieron la suficiente profundidad ni efectividad para cumplir con los requisitos exigidos citados en el artículo 3 del Convenio». Y recapitulando lo sucedido, destaca que «a pesar de la insistencia del demandante en denunciar los malos tratos», la instructora acordó el sobreseimiento basándose únicamente en los informes médicos y en las declaraciones del médico forense, sin haber oído personalmente al demandante y considerando innecesaria cualquier otra medida de investigación. Sin embargo, el Tribunal opina que los medios de prueba complementarios solicitados por el demandante, «y muy particularmente el consistente en interrogar a los agentes a cargo de su vigilancia durante la detención preventiva, hubieran podido contribuir al esclarecimiento de los hechos, tal como lo exige la jurisprudencia del Tribunal».

---

*Sala y otros vs. España*, de 2.11.2004, § 156; as. *San Argimiro Isasa vs. España*, de 28.09.2010 § 34; as. *Beristain Ukar vs. España*, de 8.03.2011 § 28.

El Tribunal insiste, además, en la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes (CPT) para mejorar la calidad del reconocimiento médico forense de las personas sometidas a detención incomunicada (§§ 26-28) resaltando la especial situación de vulnerabilidad de los detenidos incomunicados y la necesidad de que se adopten medidas de vigilancia jurisdiccional apropiadas, previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a fin de evitar los abusos y preservar la integridad física de los detenidos.

En los citados §§ 26-28 de la resolución, a los que se remite el Tribunal, se reproduce parcialmente el contenido de algunos de los informes del CPT dirigidos al Gobierno español.

En primer lugar (§ 26), el punto 9 del informe de 13 de marzo del 2003, tras la visita efectuada por el CPT en julio de 2001:

*«9. El CPT considera que las personas en detención incomunicada, deben igualmente tener el derecho a ser examinadas por un médico de libre elección que podrá realizar su reconocimiento en presencia del médico oficial nombrado por el Estado. Sin embargo, en su respuesta del 11 de julio de 2001, las Autoridades españolas han dejado muy claro, que no veían la necesidad de poner en marcha esta recomendación.*

*A petición de las Autoridades españolas, el CPT ha propuesto igualmente unas modificaciones en la redacción de los formularios utilizados por los médicos forenses. Sin embargo, en la visita de 2001, estas recomendaciones no se habían incorporado y la delegación constató que, en la mayoría de los casos, los médicos forenses no utilizaban ni siquiera la versión del formulario en vigor, [relativo al protocolo a seguir]. (...) El CPT animaba a las Autoridades a adoptar medidas concretas para que estos formularios se utilizaran.»*

En segundo lugar (§ 27), el punto 45 del informe del día 10 de julio del 2007 tras la visita efectuada en diciembre de 2005:

*«45. El TEDH utiliza dos criterios para determinar si una investigación ha sido efectiva:*

*– la investigación debe permitir determinar si el recurso a la fuerza estaba o no justificado en las circunstancias (...).*

*– deben haberse tomado medidas razonables para asegurar la obtención de las pruebas relativas al incidente en cuestión, incluido, (...) llegado el caso, una autopsia apropiada a aportar un acta completa y precisa de las heridas, así como un análisis objetivo de las constataciones clínicas, especialmente de la causa del fallecimiento.*

*La sentencia Martínez Sala y otros c. España del día 2 de noviembre de 2004 (§§ 156 a 160) constituye un ejemplo de aplicación de estos criterios.»*

Y por último (§ 28), el informe del día 25 de marzo de 2011, relativo a la visita efectuada por el CPT a España del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007, y referido fundamentalmente a los supuestos de detención incomunicada,

periodo en el que el detenido no puede informar de su detención a ninguna persona de su elección ni comunicarle el lugar, no puede ser asistido por un abogado elegido libremente ni entrevistarse en privado con el abogado designado de oficio. El párrafo 48 del informe expone lo siguiente:

*«48. En lo que atañe a las personas sospechosas de delitos previstos por el artículo 384 bis del Código Penal, el control jurisdiccional de la detención depende exclusivamente de la Audiencia Nacional. Las personas así detenidas deben ser "puestas a disposición" del Juez competente de la Audiencia Nacional dentro de las 72 horas siguientes a su detención. Además, según el artículo 520 bis § 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez competente puede, "en cualquier momento pedir información sobre la situación del detenido y comprobarla".*

*Sin embargo, las informaciones recogidas durante la visita [del CPT] de 2007 confirman que, en la práctica, las personas cuya detención es prorrogada más allá de las 72 horas no son vistas por el Juez antes de la adopción de la decisión de la prórroga. La autorización de prorrogar la detención (siempre incomunicada) hasta 5 días es acordada por un Juez siguiendo un procedimiento escrito. Además, durante los debates con la Audiencia Nacional, la delegación fue informada de que esta jurisdicción no se prevalía en la práctica, de la posibilidad que le brinda el artículo 520 bis § 3 de proceder a una vigilancia directa o por persona interpuesta. A este respecto, la función del médico forense, que procede a visitar al detenido una vez al día, incluso más, se considera suficiente. Por su parte, el CPT estima que las visitas de un médico forense no sustituyen una vigilancia jurisdiccional apropiada.*

*Por otra parte, el examen, por parte de la Delegación, de los documentos relativos a las personas detenidas en marzo-abril de 2007 muestra que, al menos en los casos revisados, el Juez competente de la Audiencia Nacional no había emprendido ninguna acción en respuesta a las alegaciones por malos tratos. Se debe recordar que en casos parecidos, la ley española obliga al Juez bien a abrir una investigación preliminar sobre las alegaciones formuladas, bien a deferir el caso a otro Tribunal competente.»*

El CPT formula las siguientes recomendaciones a las Autoridades españolas para que las implementen:

*«– (...) velar por que la persona detenida incomunicada tenga el derecho a informar a una persona de su elección, de su detención y comunicarle el lugar, tan pronto sea posible y no más tarde de 48 horas tras la privación inicial de su libertad;*

*– tomar las medidas necesarias para que las personas detenidas en régimen de incomunicación, puedan entrevistarse con un abogado en privado tan pronto sean puestos en detención;*

*– los médicos deben elaborar los informes médicos y remitirlos al Juez;*

*– velar por que las personas detenidas en régimen de incomunicación, tengan el derecho a ser reconocidas por un médico de su elección;*

*– establecer unas reglas claras sobre el procedimiento a seguir por los representantes de la ley para llevar a cabo los interrogatorios;*

– estas reglas deben prohibir, expresamente, vendar los ojos de las personas en detención preventiva o ponerles un pasamontañas;

*Delitos cometidos por una persona integrada o vinculada con bandas armadas o individuos terroristas.*

– prohibir que se obligue a los detenidos a realizar ejercicios físicos o a permanecer de pie de manera prolongada;

– tomar medidas para mejorar sensiblemente el mantenimiento de los registros por parte de los representantes de la Ley en el marco de las detenciones en régimen de incomunicación (...);

– Las personas en detención incomunicada deben de ser correctamente informadas de su situación jurídica y de sus derechos;

– la legislación (y los reglamentos) en vigor deben de ser modificados sin demora con el fin de prohibir la aplicación a los menores de la detención en régimen de incomunicación;

– las personas sujetas al artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben sistemáticamente comparecer en persona ante el Juez competente antes de que resuelva sobre la cuestión de la prórroga de la detención más allá de las 72 horas; si procede, modificar la legislación;

– El Consejo General del Poder Judicial ha de incitar a los Jueces a adoptar una postura más proactiva en cuanto a los poderes de vigilancia de los que disponen en virtud del apartado 3 del artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal;

– tomar las medidas apropiadas (...) en lo que concierne a la grabación en vídeo de las detenciones incomunicadas»

### C. EL FALLO DEL TRIBUNAL: DECLARACIÓN DE LA VULNERACIÓN Y SATISFACCIÓN EQUITATIVA

El fallo del Tribunal contiene un doble pronunciamiento. Por una parte, se declara la vulneración del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal, ante la ausencia de una investigación en profundidad y efectiva (§ 42). Y, por otra, en aplicación del artículo 41 del Convenio<sup>12</sup>, se establece una satisfacción equitativa que el Estado deberá abonar a la parte perjudicada, que en el presente caso se cuantifica en 20.000 euros en concepto de daño moral, lo que se añaden 4.000 euros en concepto de gastos y costas.

12. Acerca del mecanismo de compensación sustitutiva previsto en el art. 41 del Convenio para los supuestos en que no puede producirse una reparación total o parcial del derecho vulnerado por parte del Estado responsable cfr. 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: ALCA-CER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 44-45; 51-53.

### III. OTRAS CONDENAS A ESPAÑA EN ASUNTOS SIMILARES

No es esta la primera vez que el Estado español es condenado por violación del art. 3 del Convenio en su vertiente procedimental por la insuficiente investigación de denuncias de torturas o malos tratos por parte de agentes policiales de uno u otro cuerpo. En casi todos los casos, en el marco de operaciones antiterroristas y en aplicación del régimen de incomunicación previsto en los arts. 520 bis y 527 LECrim. en el marco de la legislación antiterrorista<sup>13</sup>. Son estos últimos los que se analizarán a continuación<sup>14</sup>.

#### A. EL ASUNTO MARTÍNEZ SALA Y OTROS C. ESPAÑA (STEDH DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2004)

La primera de las condenas a España lo fue en el asunto *Martínez Sala y otros vs. España*<sup>15</sup>.

El Sr. Martínez Sala y otras catorce personas fueron detenidos por la Guardia Civil en Cataluña pocos días antes de la celebración de los Juegos Olímpicos de 1992, por su presunta pertenencia a la banda terrorista Terra Lliure. En los días que permanecieron detenidos e incomunicados fueron interrogados en varias ocasiones y examinados por el médico forense. De los informes del médico forense se desprende la existencia de algunas lesiones (pequeños hematomas, inflamación de los pabellones auriculares, erosiones, esquilmosis, contusio-

13. Dicho régimen, que ha de acordarse a través de un Auto motivado por el Juez, permite que se prive al detenido de ciertos derechos, como el de libre elección de abogado (que en todo caso debe ser designado de oficio), la posibilidad de comunicar la detención a una persona de su elección y la entrevista reservada con su abogado.
14. Existe otra condena reciente a España por violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente procedimental (insuficiente investigación de una denuncia de malos tratos policiales) en relación con el artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación). El caso (STEDH *as. B.S. vs. España*, de 24.07.2012) se refiere a una mujer nigeriana de raza negra que ejercía la prostitución en Palma de Mallorca y que denunciaba haber sido objeto de malos tratos físicos y verbales, cuando fue reiteradamente requerida para que se identificase por la policía y haber sido objeto de discriminación por su profesión de prostituta, su sexo y su género. El Tribunal estima que la investigación fue insuficiente, al limitarse a requerir informes a la policía, en los que se basa el sobreesimiento, sin proporcionar a la denunciante la oportunidad de identificar a los agentes implicados y pese a la existencia de informes médicos que deberían haber llevado a los jueces a realizar una investigación más profunda. Considera además que se los jueces tampoco investigaron la actitud y motivación racista alegada por la recurrente, de donde concluyen que existió también una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 3.

El caso es sumamente interesante, pero sus matices (concesión del artículo 3 y el artículo 14) y la falta de conexión con los supuestos de detención incomunicada referidos conectados con terrorismo que aquí se tratan me ha llevado a dejar su análisis para mejor ocasión.

15. Para un análisis más detallado de este asunto cfr. 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: ALCACER/BELADIEZ/SANCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 37ss.

nes...) en muchos de los detenidos, si bien ante el médico forense no manifestaron haber sido sometidos a maltrato alguno, lo que sí hicieron ante el Juez Central de Instrucción y posteriormente mediante la interposición de varias denuncias contra los agentes de la Guardia Civil. Tales denuncias dieron lugar a la incoación de procedimientos penales en los que las investigaciones se limitaron al análisis de los informes médicos, rechazando todas las pruebas propuestas por los denunciados. Tras lo cual se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las causas por no entender suficientemente justificada la perpetración del delito.

Agotada la vía judicial ordinaria, los recurrentes interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, inadmitido por providencia de 29 de noviembre de 1999. Tras dicha inadmisión, los demandantes demandaron a España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el día 13 de junio de 2000, caso resuelto por Sentencia de Sala de 2 de noviembre de 2004 en la que por unanimidad la Sala estimó que se había producido una violación del art. 3 del Convenio en su vertiente procesal.

En esta Sentencia, y a diferencia del caso Otamendi, el Tribunal –tras recordar que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales del sistema europeo de garantía y que la prohibición de tortura es una prohibición absoluta, cualquiera que sean los hechos que se atribuyen a quien la sufre– comienza analizando si se puede determinar, «más allá de toda duda razonable», que los malos tratos alegados fueron efectivamente infligidos, llegando a la conclusión de que los elementos de prueba aportados por los demandantes no eran suficientes y que no hubo por ello violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente material. Sin embargo, en esta parte de su argumentación adelanta ya que esa imposibilidad de esclarecer lo acaecido se debe en parte a la falta de una investigación suficiente y eficaz por parte de las autoridades españolas (§ 145 *in fine*).

Analizando ya la vertiente procesal del artículo 3, el Tribunal inicia su argumentación recordando que cuando un individuo afirma «de manera defendible» que ha sufrido malos tratos graves a manos de la policía o de otros servicios equivalentes del Estado, el deber del Estado recogido en el artículo 1 del Convenio de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades decididos en el mismo, requiere que exista una «investigación oficial efectiva» (§ 156). Y estima que en el caso las investigaciones (que se limitaron a la solicitud de un informe detallado del médico forense que les examinó durante la detención, precisando dónde y cómo se habían efectuado los exámenes médicos, si se habían quejado de malos tratos y si había constatado eventuales signos de maltrato, así como de los informes médicos individualizados emitidos por el mismo forense) no han sido suficientemente profundas y efectivas, destacándose en el § 159 que las autoridades judiciales rechazaron todas las pruebas solicitadas por los demandantes (no fueron oídos por el Juez Instructor; se rechazó la incorporación al sumario de las declaraciones que los agentes de policía encargados de la investigación realizaron ante la Audiencia

Nacional, así como de los dictámenes periciales presentados en el marco de dicho procedimiento; y se lamenta muy especialmente que las autoridades responsables de la investigación hubiesen podido oír a los agentes que trasladaron a los demandantes a Madrid y a los que les custodiaron durante la detención) privándoles así de posibilidades razonables de esclarecer los hechos denunciados.

#### B. EL ASUNTO SAN ARGIMIRO ISASA VS. ESPAÑA (STEDH DE 20.09.2010)<sup>16</sup>

El Sr. San Argimiro Isasa fue detenido en Madrid el 14 de mayo de 2002 como responsable, entre otros, de presuntos delitos de pertenencia a banda armada, de terrorismo, de tenencia de armas y explosivos así como de tentativa de asesinato. Estuvo en detención incomunicada durante cinco días en la Dirección general de la Guardia Civil en Madrid. Durante su detención, el demandante fue examinado por un médico forense en cinco ocasiones.

El primer día, el médico forense descubrió una zona de contusión reciente sobre el lado izquierdo de la cara con dos erosiones a nivel frontal y del ojo, una contusión en la zona parietal, hematomas violáceos y negruzcos en fase de consolidación sobre la cara interna del brazo izquierdo, un pequeño hematoma negruzco sobre la cara posterior del codo izquierdo y dos erosiones en el antebrazo, una zona de contusión sobre la cara posterior del codo derecho, una pequeña contusión sobre la cara interna del muslo izquierdo y marcas de esposas sobre las muñecas. El médico forense señaló que todas estas lesiones eran recientes y en fase de consolidación y consideró que eran compatibles con el desarrollo de la detención y las maniobras de inmovilización. Por otro lado, anotó que el demandante no había querido responder inicialmente a la cuestión del trato que recibía, sino que después había pedido escribir que éste era «normal».

En el informe del 15 de mayo, el médico forense comprobó nuevas lesiones menores como hematomas superficiales sobre la cara o sobre el hombro, sin dar explicación en cuanto a su posible origen. Los siguientes días de examen, el demandante no respondió a la cuestión del trato recibido, el médico forense se limitó a comprobar la evolución favorable de las lesiones.

El 19 de mayo de 2002 el demandante fue conducido ante el Juez Central de Instrucción nº 1 ante la Audiencia Nacional, donde declaró haber sido objeto de malos tratos durante el período de detención. Tras decretar el Instructor prisión provisional, el demandante ingresó en el Centro Penitenciario de Badajoz el 27 de mayo de 2002 y fue examinado por el médico del Centro, quien descubrió que tenía una costilla rota en el costado izquierdo.

---

16. Acerca de este caso cfr. 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: ALCACER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 46s.

El 11 junio de 2002 el demandante denunció haber sido víctima de malos tratos durante su detención y su arresto en Madrid, tales como golpes en la cabeza, sesiones de asfixia en las que colocaban un saco de plástico alrededor de su cabeza y humillaciones y vejaciones sexuales y amenazas de muerte y violación. Tras acordarse la apertura de Diligencias previas, se acordó el 21 de julio de 2002 el sobreseimiento provisional y archivó el asunto, por entender el Juez de Instrucción que las lesiones mencionadas en los informes del médico forense habían sido causadas en el momento de la detención y que estaban justificadas por las circunstancias violentas y peligrosas en las cuales se había producido la detención, aunque consideró no necesario el visionado del vídeo de la detención que había solicitado el denunciante. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto y ordenó completar la instrucción, por entender necesaria una investigación más profunda, considerando pertinente oír la declaración en persona del demandante e identificar a los agentes que lo vigilaron en el momento de la detención y recibir su declaración.

El Juez de instrucción nº 43 de Madrid realizó pruebas adicionales: oyó al demandante y solicitó una aclaración del informe médico inicial en lo que concernía en particular a la costilla rota y un nuevo informe pericial, conforme al cual se consideraba posible que la fractura se hubiera producido en el momento de la detención. A la vista de lo cual, se dictó un nuevo sobreseimiento de la causa, avalado esta vez por la Audiencia Provincial.

Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el mismo fue inadmitido por providencia de 3 de julio de 2006 (posterior a la STEDH en el caso *Martínez Sala y otros vs. España*), afirmando que la demanda carecía de contenido constitucional, puesto que la investigación había sido suficientemente profunda y que no existían indicios de malos tratos.

El Tribunal Europeo aplica también en este caso su jurisprudencia conforme a la cual cuando un individuo afirma «de manera defendible» que ha sufrido malos tratos graves a manos de la policía o de otros servicios equivalentes del Estado, el deber del Estado recogido en el artículo 1 del Convenio de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades decididos en el mismo, requiere que exista una «investigación oficial efectiva» (§ 34).

En este caso, al igual que sucede en el asunto Otamendi, el Tribunal Europeo se hace eco de los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT), en este caso de los años 2001, 2003 y 2007 (§ 37), relativos a las denuncias de malos tratos en supuestos de detención incomunicada<sup>17</sup>, destacando dos puntos de tales informes: por una parte, la

---

17. Destaca también este aspecto 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: ALCACER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 46-47.

negativa de las autoridades españolas a que los detenidos en régimen incomunicado llamen a un médico forense de su elección con el fin de efectuar un examen complementario al del médico forense nombrado por el juez; por otra parte, el CPT propuso la modificación del Protocolo de 1997 con el fin de proteger más a los detenidos (§38). Una modificación que no sólo no se ha efectuado sino que en el presente caso, como denuncia el recurrente, ni siquiera se cumple con las informaciones obligatorias previstas en el Protocolo de 1997. «Estas lagunas, conjuntamente con los fallos sistemáticos comprobados por el CPT en este aspecto, constituyen indicios suficientes que habrían debido animar a los tribunales internos a proceder a investigaciones más profundas para intentar clarificar los acontecimientos», añadiendo que la no admisión de las pruebas solicitadas por el demandante le privó de la razonable posibilidad de esclarecer los hechos denunciados (§ 40). Critica el Tribunal que la Audiencia Provincial confirmara el sobreseimiento afirmando que era difícil identificar a los presuntos autores de los malos tratos alegados, «mientras que el demandante sostiene que no abandonó las dependencias de la Dirección General de la Guardia Civil de Madrid durante cinco días y los profesionales de servicio podían ser identificables simplemente pidiendo los registros relativos a este período» (§ 41). E incluso suponiendo que de este modo no pudiera identificarse a los agentes, «el Tribunal considera que la identificación habría podido ser facilitada por el visionado de la grabación de la detención, medio de prueba que, como resulta del expediente, fue solicitado por el demandante y fue rechazado alegando que no aportaría ninguna información suplementaria al asunto» (§ 42). Además, dados los resultados no concluyentes del informe relativo a la costilla rota «el Tribunal no considera excesivo exigir a las autoridades españolas la adopción de medios suplementarios para dilucidar la fecha y las circunstancias en las cuales sobrevino la fractura» (§ 43).

Por todo ello, el Tribunal considera que se rechazaron medios de prueba que habrían podido contribuir a la aclaración de los hechos y, más precisamente, a la identificación y castigo de los eventuales responsables, por lo que declara vulnerado el artículo 3 del Convenio en su vertiente procedimental, ante la ausencia de una investigación profunda y efectiva sobre las alegaciones defendibles de malos tratos durante la detención incomunicada.

Por lo demás, y respecto de la vertiente material del artículo 3 del Convenio, el Tribunal considera que con las datos de los que dispone no puede establecer «más allá de toda duda razonable» que el demandante fuera sometido a tratos contrarios a dicho artículo, manifestando que esa imposibilidad resulta en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras las denuncias presentadas (§ 64).

### C. EL ASUNTO BERISTAIN UKAR VS. ESPAÑA (STEDH DE 8.01.2011)<sup>18</sup>

También en este asunto nos encontramos ante una denuncia de malos tra-

18. Cfr. LOPEZ BOFILL, H., «Prohibición de tortura: violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el punto de vista procedimental», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10/2012; QUERALT JIMÉNEZ, A., «Martínez Sala y otros C. España

tos durante una detención en régimen de incomunicación por delitos relacionados con terrorismo. Y de nuevo en este caso el Tribunal Europeo declara la existencia de una vulneración del artículo 3 del Convenio en su vertiente procedimental (§§ 33 y 34), no apreciando la violación en su vertiente material porque no dispone de los elementos que le permitan establecer que el maltrato denunciado se produjo «más allá de toda duda razonable», pero destacando que dicha imposibilidad «se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades naciones» (§ 42).

El Sr. Beristain Ukar fue detenido el 5 de septiembre de 2002 a las 17 h, por su presunta participación en altercados callejeros violentos (*kale borroka*) y sometido a régimen de incomunicación durante cinco días. Durante su detención, el demandante fue examinado por un médico forense en cinco ocasiones. El primer día, el médico forense descubrió una herida lineal de 1,5 cm en el lado derecho de la cara a la altura de la mandíbula (erosión malar). Por otro lado, señaló que el demandante se había quejado del trato recibido durante el trayecto en coche entre San Sebastián y Madrid, indicando haber sido conducido con cinco personas que le golpearon la cabeza con la palma de la mano y le colocaron una bolsa sobre ésta para asfixiarle. El demandante señaló también que no había dormido ni recibido alimento. Los siguientes días de examen, el demandante reiteró sus alegaciones relacionadas con la bolsa de plástico y añadió que había sido objeto de vejaciones sexuales y que no había comido ni dormido. El forense constata que no existe ninguna lesión nueva y que no existen indicios de violencia o lesiones, ni en los órganos sexuales ni en las zonas anal o perianal.

El 10 de septiembre de 2002 el demandante fue llevado ante el Juez Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, donde con la asistencia de un abogado, declaró haber sido objeto de malos tratos durante el período de detención y reconoció que no había dado parte de la totalidad de estos hechos al médico forense justificando su silencio por su miedo a los agentes de la Guardia civil que le vigilaban. Posteriormente interpuso una denuncia ante el Juzgado de Instrucción de guardia de San Sebastián, que fue archivada por ausencia de prueba de los malos tratos alegados.

Como en todos los otros casos, interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el mismo fue inadmitido por providencia, afirmando que la demanda carecía de contenido constitucional, puesto que la investigación había sido suficientemente profunda y que la denuncia carecía de credibilidad y que no existían indicios de la existencia de malos tratos.

El Tribunal Europeo, tras recordar su jurisprudencia sobre el deber de investigación de las denuncias de malos tratos por parte de la policía u otros

---

(STEDH de 2 de noviembre de 2004): La vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes», en: ALCACER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 47.

servicios equiparables del Estado (§ 42), analiza los hechos del caso, destacando en primer lugar y como sucedía en el caso Otamendi, que el Juez Central de instrucción de la Audiencia Nacional se mantuvo pasivo ante las denuncias de malos tratos efectuadas por el demandante en su comparecencia. Y en cuanto al Juez de Instrucción que conoció de la denuncia presentada por el demandante, se limitó al examen de los informes del médico forense, sin atender a las peticiones del denunciante de ser oído en persona y que se tomara declaración al médico forense y a los agentes implicados. Y ello pese a que todos los informes del forense indicaban que el demandante se había quejado de haber sufrido malos tratos y de que los informes del 6, 7 y 8 de septiembre de 2002 descubrieron una erosión malar de 1, 5 cm en el lado derecho de la cara del demandante, sin origen establecido (§ 30). A continuación, el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que los informes del 6 y 7 de septiembre de 2002 no figuraban entre los documentos proporcionados por el demandante en el momento de la presentación de su demanda. A petición del Tribunal, se los solicitó al competente que, por una decisión del 14 julio 2008, le indicó que estos informes médico legales no figuraban en los autos del procedimiento. «A ojos del Tribunal, esta respuesta del juez de instrucción permitiría deducir que examinó únicamente tres de los cinco informes médico forenses antes de pronunciar el sobreseimiento. Los informes que faltaban fueron finalmente proporcionados por el Gobierno, tras haber sido solicitados por el Tribunal al notificar la demanda, sin dar explicaciones» (§ 31).

A ello se añade una consideración expresa respecto de las alegaciones del denunciante relativas a que los informes médico forenses eran inadecuados y no responden a las exigencias del Protocolo aprobado por el Ministerio de Justicia de 16 de septiembre de 1997, siguiendo las recomendaciones de las Naciones Unidas y el CPT. «El Tribunal constata que el Juez Instructor y la Audiencia Provincial de Madrid no se pronunciaron sobre la cuestión» (§ 32). Y, al igual que en el caso Otamendi, en la resolución (§§ 18 a 19) se recogen los informes enviados al Gobierno español por el CPT de fecha 13 de abril de 2000 (que formula recomendaciones relativas a los formularios utilizados por los médicos forenses, considerando necesario que describan su estado de salud y cualquier alegación de malos tratos, valorando en qué medida esas alegaciones son coherentes con el examen efectuado); 13 de marzo de 2003 (en el que se recomienda que los detenidos incomunicados tengan derecho a ser examinados por un médico de su elección, que podrá efectuar su examen en presencia del médico oficial nombrado por el Estado, recomendación que las autoridades españolas no consideraron necesaria. Además, y a petición de las autoridades españolas, el CPT también propuso modificaciones en los formularios utilizados por los médicos forenses. Sin embargo, en la visita de 2001, estas recomendaciones no habían sido incorporadas y la delegación comprobó que, en la inmensa mayoría de los casos, los médicos forenses no utilizaban incluso, la versión vigente del formulario protocolario, por lo que el CPT anima a las autoridades a adoptar medidas concretas para que estos formularios sean utilizados) y 10 de julio de 2007 (en el que el CPT recuerda que conforme a la jurisprudencia de Tribunal

européo de Derechos Humanos dos son los parámetros para determinar si una investigación ha sido efectiva: debe ser capaz de descubrir si la utilización de la fuerza ha estado justificada; deben realizarse todas las investigaciones necesarias debieron para asegurar que los medios de prueba proporcionan un análisis detallado y objetivo del incidente, poniendo como ejemplo de aplicación de estos parámetros la STEDH *as. Martínez Sala vs. otros c. España*, del 2.11.2004, §§ 156-160).

A la vista de todo lo cual, el Tribunal concluye que las investigaciones llevadas a cabo en el presente asunto no fueron suficientemente profundas ni efectivas para cumplir las exigencias del artículo 3 del Convenio. A este respecto señala, que «a pesar de la gravedad de los malos tratos denunciados, resulta del expediente que el Juez de Instrucción nº 24 de Madrid dictó el sobreseimiento con fundamento únicamente en tres de los cinco informes médico forenses, sin haber oído al demandante ni ordenar un peritaje médico forense. En apelación, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó el sobreseimiento que consideraba al no considerar necesaria ninguna diligencia de investigación suplementaria. Ahora bien, en opinión del Tribunal, los medios de prueba suplementarios solicitados por el demandante y, muy particularmente, el de interrogar a los agentes encargados de su traslado a Madrid y de su vigilancia de la detención preventiva, habrían podido contribuir al esclarecimiento de los hechos y al castigo de los eventuales responsables». El Tribunal insiste además, en la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el CPT para mejorar la calidad del examen médico forense de las personas detenidas en régimen de incomunicación (§ 33).

#### IV. UNA REFLEXION SOBRE LAS CONDENAS Y SOBRE EL INTENTO DE APROXIMACION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LAS EXIGENCIAS DEL TEDH

Recapitulando brevemente lo expuesto hasta este momento, puede comprobarse que en todos los casos nos encontramos ante malos tratos denunciados durante una detención en régimen de incomunicación por delitos relacionados con terrorismo; que en la mayoría de ellos de los informes del médico forense se desprendía la existencia de alguna evidencia física de maltrato, aunque no necesariamente; que las investigaciones suelen limitarse al análisis de los informes médicos, informes que ni siquiera cumplen con el Protocolo elaborado al respecto por el Ministerio de Justicia. A ello han de añadirse dos datos relevantes: por una parte, la especial consideración que el Tribunal realiza sobre los informes del CPT, destacando los fallos sistémicos del régimen de detención incomunicada desde la perspectiva de la prevención de la tortura; por otra, la resistencia a profundizar en la investigación que se aprecia tanto en los cuerpos policiales como en los órganos judiciales, y que en muchos casos el Tribunal valora como posibles y adecuados para el esclarecimiento de los hechos.

Como ya expuse en otra ocasión<sup>19</sup>, creo que tales condenas no resultan

19. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Terrorismo, enemigos y tortura», *Teoría y Derecho*, 3/2008, 109 ss.

sorprendentes. Un análisis de la casuística relativa a las denuncias de tortura pone de manifiesto que, salvo en casos excepcionales y gravísimos, ante la denuncia de torturas –especialmente si éstas provienen de personas acusadas de colaboración o integración en organizaciones terroristas– suelen abrirse diligencias previas que se archivan sin ni siquiera oír personalmente al denunciante y denegando cuantas diligencias probatorias éste solicita, conformándose por toda investigación con la aportación de la causa de los informes médico-forenses elaborados durante el período de detención e incomunicación.

Las razones que suelen esgrimir los órganos judiciales para justificar el archivo de la causa se articulan en torno a la falta de verosimilitud de la denuncia, ante la inexistencia de corroboraciones periféricas externas (limitándose para ello, en el mejor de los casos, a analizar la inexistencia de huellas físicas de maltrato en los informes médicos) y de credibilidad de la misma, sin ni siquiera oír personalmente al denunciante.

Y ese archivo de las diligencias penales, si es recurrido en amparo, suele ser inadmitido. Para ello se invoca la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la Constitución no otorga ningún derecho fundamental a obtener condenas penales y el derecho de acción penal se configura esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE<sup>20</sup>. Y también se recuerda que el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal<sup>21</sup>. La parte acusadora no tiene derecho a que el órgano judicial lleve a cabo una actividad investigadora exhaustiva o ilimitada, sino que una vez constatado que los hechos que se investigan no son subsumibles en ningún tipo penal, el deber del Juez de Instrucción no es agotar las posibilidades de investigación, sino no alargar innecesariamente el proceso, para salvaguardar los derechos del posible implicado<sup>22</sup>.

No obstante, y precisamente a raíz de la condena a España en el asunto *Martínez Sala y otros vs. España* y de una serie de resoluciones de los Comités encargados del control de la aplicación de los convenios internacionales contra la tortura (Comité de Derechos Humanos y Comité contra la Tortura de Naciones Unidas; Comité del Convenio Europeo contra la Tortura) se produce un

20. Por todas, SSTC 41/1997, de 10.03.1997, FJ 5; 16/2001, de 29.01.2001, FJ 4; 81/2002, de 22.04.2002, FJ 2; 21/2005, de 1.02.2005, FJ 4; 176/2006, de 5.06.2006, FJ 2.

21. Por todas, SSTC 203/1989, de 4.12.1989 FJ 3; 351/1993, de 29.11.1993, FJ 2; 85/1997, de 22.04.1997, FJ 3; 224/2007, de 22.10.2007, FJ 3.

22. SSTC 89/1986, de 1.07.1986, FJ 3; 199/1996, de 3.12.1996, FJ 8; 232/1998, de 1.12.1998, FFJJ 2 y 3; 176/2006, de 5.06.2006, FJ 4.

cambio de rumbo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se inicia tímidamente con la STC 224/2007, de 22 de octubre y se consolida posteriormente con las SSTC 34/2008, de 25 de febrero y 52/2008, de 14 de abril<sup>23</sup>.

La STC 224/2007, de 22 de octubre, remitiéndose expresamente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el deber de investigación efectiva de las denuncias de torturas y malos tratos derivado del artículo 3 del Convenio Europeo (FJ 3), sostiene por vez primera que se vulnera «el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el art. 15 CE cuando, rechazando las alegaciones y peticiones de diligencias presentadas, los órganos judiciales no investigan suficientemente unos malos tratos supuestamente infligidos con ocasión de la custodia policial de una persona. Al efecto resulta necesario, en primer lugar, que las sevicias denunciadas sean graves y resulten aparentemente verosímiles, en el sentido de que se refieran a un maltrato. Junto a ello debe constar que con motivo de las diligencias de investigación, la parte que alega la vulneración de su derecho haya propuesto la práctica de alguna que razonablemente resulte adecuada para esclarecer los hechos. Sólo cuando el órgano judicial deniegue la práctica de tales investigaciones de manera inmotivada o carente de razonabilidad, en el sentido de no tomar en cuenta el valor especial del reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y moral en los términos del art. 15 CE, sin argumentación suficiente en orden a la posibilidad efectiva de que las investigaciones suplementarias solicitadas puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos, podremos constatar la existencia de lesión del derecho contenido en el art. 24.1 CE» (FJ 3).

Por vez primera y aunque sin reflejo en el fallo (pues se rechaza la petición del Fiscal de atribuir a la falta de investigación judicial diligente una vulneración del artículo 15 CE por razones de orden procesal, al no haber sido alegada la vulneración del art. 15 por la parte<sup>24</sup>) se vinculan los arts. 24.1 y 15 CE,

23. Así lo señalan, entre otros, 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: ALCACER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 56ss.; PÉREZ MANZANO, M., «Comentario al artículo 15 CE», en: CASAS BAAMONDE, M. E./RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Terrorismo, enemigos y tortura», *Teoría y Derecho*, 3/2008, 109ss.; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «El deber judicial de investigación eficaz de las denuncias creíbles por tortura (Comentario a la STC 12/2013, de 28 de enero)», *La Ley Penal*, N° 102, 2013, 90 ss.; VILLALIBRE FERNÁNDEZ, P., «Confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de investigación oficial efectiva en el contexto de la prohibición de la tortura», *Foro. Nueva época*, vol. 15, n° 1 (2012), pp. 30 ss.
24. Así lo destacan también 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: ALCACER/BELADIEZ/SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, p. 57; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «El deber judicial de investigación eficaz de las denuncias creíbles por tortura (Comentario a la STC 12/2013, de 28 de enero)», *La Ley Penal*, N° 102, 2013, pp. 90 ss.

dejando claro que la tutela judicial de quien denuncia haber sido víctima de torturas durante la custodia policial es una tutela reforzada, por cuanto se pide tutela frente a la vulneración de un derecho fundamental de carácter absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de esa tutela. Lo que implica que hay que «agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos», siempre que los hechos que se denuncian tengan suficiente gravedad y apariencia de verosimilitud, y siempre y cuando se pueda practicar alguna diligencia de investigación que resulte razonablemente adecuada para esclarecerlos<sup>25</sup>.

En la misma línea y con mayor desarrollo argumental, la STC 34/2008, de 25 de febrero, confirma el cambio de rumbo del Tribunal. En su FJ6 se configura el derecho a la tutela judicial efectiva reforzada de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes como la exigencia de resoluciones acordes con la prohibición absoluta de tales conductas. «Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial». (...) «Todo ello conduce a la confluencia de esta exigencia singular de tutela judicial con el concepto de "investigación oficial eficaz" (...), que utiliza en este ámbito el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (...), a cuya jurisprudencia «corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo».

Por todo ello, afirma el Tribunal que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas.

No obstante, el gran mérito de esta Sentencia, más allá de las declaraciones de principios, fue el establecer pautas y reglas para la aplicación del parámetro de control constitucional antes expuesto, intentando concretar en qué supuestos ha de entenderse razonable la sospecha y qué diligencias de investigación<sup>26</sup>. De este modo, en el FJ 7, se destaca que para valorar si existe una «sospecha

---

25. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Terrorismo, enemigos y tortura», *Teoría y Derecho*, 3/2008, 111.

26. Así lo destaca SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «El deber judicial de investigación eficaz de las denuncias creíbles por tortura (Comentario a la STC 12/2013, de 28 de enero)», *La Ley Penal*, Nº 102, 2013, p. 92.

razonable» de tortura o de trato inhumano o degradante, y si tal sospecha es disipable, lo que obliga a continuar la investigación, es necesario tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso en el contexto propio de este tipo de denuncias y de la instrucción a la que dan lugar. Y, en concreto, se señala que ha de atenderse, «en primer lugar (a), a la probable escasez del acervo probatorio existente en este tipo de delitos clandestinos que, por una parte, debe alentar la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otra, abunda en la dificultad de la víctima del delito de aportar medios de prueba sobre su comisión. A compensar tal dificultad responde la finalidad del principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción. La tutela judicial del derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes puede exigir así que se inicie o avance en una investigación allí donde quizás en otro tipo de supuestos podría advertirse una base insuficiente. A esta exigencia responden los estándares de "queja demostrable" (STEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32), "sospecha razonable" (STEDH de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 37) y "afirmación defendible" (STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, § 156) utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para desencadenar la obligación judicial de una investigación oficial eficaz. Se trata de que las sevicias denunciadas sean "aparentemente verosímiles" (STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3).

En segundo lugar (b), se exige que para considerar la sospecha como no razonable "el órgano judicial debe observar algunas cautelas que se derivan de la posible peculiar situación psicológica del denunciante y de la cualificación oficial de los denunciados. La desigualdad de armas que tales factores puede acarrear debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma sean atribuibles a las personas encargadas de su custodia".

Por último (c), se afirma que "constituye también una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que 'el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva' (STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8)".

A partir de dicho cambio de rumbo, son numerosos los amparos concedidos posteriormente en aplicación de dicha doctrina (SSTC 52/2008, de

14.04.2008; 69/2008, de 23.06.2008; 107/2008, de 22.09.2008; 40/2010, de 19.07.2010; 63/2010, de 18.12.2010; 131/2012, de 18.06.2012; 135/2013, de 9.09.2013) y es de esperar que la asunción de esta nueva doctrina por los órganos de la jurisdicción ordinaria, y el posterior control del Tribunal Constitucional tenga el efecto deseado: a saber, evitar las condenas a España por violación del artículo 3 del Convenio.

No obstante, las condenas en los asuntos *B.S. vs. España* y *Otamendi Egiguren vs. España* –supuestos ambos resueltos con posterioridad al cambio de doctrina y en los que el Tribunal Constitucional rechazó los recursos de amparo interpuestos por falta de contenido constitucional– y alguna reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, en la que se deniega el amparo solicitado también en un supuesto de detención incomunicada, rechazando la existencia de malos tratos psíquicos sobre la base del mero examen de los informes del médico forense, sin ni siquiera tomar declaración al denunciante<sup>27</sup>, arrojan sombras de duda sobre la eficacia de la nueva doctrina constitucional.

---

27. Me refiero a la STC 12/2013, de 28 de enero. Cfr. al respecto el Voto particular de los Magistrados Pérez Tremps y Ortega Álvarez, así como el comentario a dicha Sentencia de SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «El deber judicial de investigación eficaz de las denuncias creíbles por tortura (Comentario a la STC 12/2013, de 28 de enero)», *La Ley Penal*, N° 102, 2013, pp. 85 ss.