

## **LA PERSISTENCIA DE LA TORTURA O CÓMO DARSE UNA Y OTRA VEZ CONTRA LA PARED EN LOS TRIBUNALES ESTATALES.**

Los problemas procesales, y de otra índole inexplicable, en la denuncia y enjuiciamiento de los delitos contra la integridad moral<sup>1</sup>

Sara López Martín<sup>2</sup>

En el presente texto se intenta repasar, mediante datos empíricos, algunos de los grandes obstáculos procesales que obstaculizan la continuidad de los procedimientos penales seguidos en nuestros tribunales por los denominados delitos contra la integridad moral (arts. 173.1, 174.1 a 177 CP).

### **1.- Algunas cuestiones sobre la dimensión material de los delitos contra la integridad moral. Breve aproximación a las discordancias estatales con la convención contra la tortura**

Aunque este trabajo está centrado en las dificultades procesales que plantea la lucha judicial contra la tortura, hemos creído conveniente mencionar brevemente algunos matices de carácter material que dificultan no ya la adecuación de nuestro Código Penal a la Convención, y, con ello, la adecuación en el Estado español a los estándares internacionales en persecución de la tortura, sino además la misma persecución eficaz de los distintos tratos que la Convención y la jurisprudencia europea tipifican, no recogidos por nuestra norma penal.

Así, partimos de una premisa sencilla, la de que existen discordancias entre la definición de tortura y delitos vinculados establecida en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y la regulación normativa estatal.

#### **1.1.-Las discordancias en la definición de tortura**

Basta una breve lectura para constatar que no hay adecuación de nuestra definición penal de tortura a la definición de la Convención. Si partimos de la definición de torturas que establece esta última en su artículo 1.1, encontramos que:

*“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de*

---

<sup>1</sup> Este trabajo es un breve extracto de un informe, que se publicará a mediados de 2018, realizado por la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura, de la que la autora es miembro, titulado “Una mirada en la oscuridad de los calabozos. Cómo se condena y absuelve, y por qué, en delitos de tortura en los tribunales españoles”. Ha sido presentado en las Jornadas organizadas por la Asociación Libre de Abogadas y Abogados, y la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura, en Madrid, en abril de 2018.

<sup>2</sup> La autora es miembro de la CPDT, de la Comisión Legal Sol, del Grupo de Acción Comunitaria y de su centro de atención clínica, Sir[a].

funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. A ello se añade el art. 16.1, con la mención de los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes.

Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico delimita el tipo penal de torturas en el art. 174.1 CP, que señala que:

*1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años”*

Por tanto, podemos sintetizar las diferencias en la siguiente tabla:

**Tabla nº 1: Diferencias en la definición de tortura**

	DEFINICIÓN	GRAVEDAD	ELEMENTO TELEOLÓGICO
CONVENCIÓN ONU	Trato no deliberado, con finalidades predeterminadas, que provoca sufrimientos físicos o morales <u>graves</u>	MAYOR QUE TRATO INHUMANO	<ul style="list-style-type: none"> <li>• INDAGATORIA</li> <li>• PUNITIVA</li> <li>• <u>INTIMIDATORIA</u></li> <li>• DISCRIMINATORIA</li> </ul>
CÓDIGO PENAL	Trato deliberado, con finalidades predeterminadas, que provoca sufrimientos físicos o mentales	NO	<ul style="list-style-type: none"> <li>• INDAGATORIA</li> <li>• PUNITIVA</li> <li>• DISCRIMINATORIA</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia

Son, por tanto, dos las diferencias entre una y otra definición. Y no son cuestión baladí.

Por un lado, respecto de la gravedad, la definición de la Convención establece una distinción basada en la gravedad del resultado lesivo, mientras que nuestro tipo penal no distingue ningún tipo de gravedad. No lo hace, pero lo cierto es que nuestra jurisprudencia sí que lo hace, y confunde con extraordinaria frecuencia la gravedad de la conducta y la del resultado lesivo, lo que no facilita la distinción que establece la definición de la Convención.

Respecto del elemento teleológico, nuestro artículo 174.1 no recoge las cuatro finalidades de la Convención, olvidando incluir la tortura intimidatoria, para sí o para terceros, que es, junto con la punitiva, una de las modalidades más frecuentes en la actualidad.

## 1.2.-Discordancias en la diferencia entre tortura, trato inhumano y trato degradante

Nótese, por un lado, que en realidad se produce una paradoja por la cual el ordenamiento jurídico realmente aplicable al ámbito europeo no sería la Convención directamente, sino el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, pero, y en la medida en que no propone una definición concreta, más allá de la prohibición de la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes, la propia jurisprudencia del TEDH, que es el marco delimitador de los elementos de esta prohibición, tiende a recurrir a la definición de la Convención como punto de partida.

Las conclusiones extraídas de este apartado de análisis nos llevaban a constatar que la jurisprudencia europea acotaba, a lo largo de una evolución constante, las tres grandes figuras que integran los delitos contra la integridad de la siguiente manera:

**Tabla nº 2: Elementos diferenciadores de los tratos en la Convención**

TIPO DE TRATO	DEFINICIÓN	GRAVEDAD	INTENCIONALIDAD
<b>TRATO DEGRADANTE</b>	Trato no deliberado que provoca sufrimientos físicos o morales leves	MENOR QUE TRATO INHUMANO	NO
<b>TRATO INHUMANO</b>	Trato no deliberado que provoca sufrimientos físicos o morales intensos	MAYOR QUE TRATO DEGRADANTE Y MENOR QUE TORTURA	NO
<b>TORTURA</b>	Trato deliberado, con finalidades predeterminadas, que provoca sufrimientos físicos o morales graves	MAYOR QUE TRATO INHUMANO	<ul style="list-style-type: none"> <li>• INDAGATORIA</li> <li>• PUNITIVA</li> <li>• INTIMIDATORIA</li> <li>• DISCRIMINATORIA</li> </ul>

Fuente: Elaboración propia

A pesar de que los factores “gravedad” e “intencionalidad” son los dos ejes delimitadores entre los distintos tipos de trato, en las evoluciones posteriores a la sentencia del caso Irlanda c. Reino Unido de 18 de enero de 1978, vemos que se había matizado la necesidad de una especial gravedad para considerar la existencia de torturas, pero lo cierto es que estos dos ejes siguen siendo, hoy en día, los elementos diferenciadores principales.

Tratando de llevar esto a nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos con que la situación es la siguiente:

**Tabla nº3: Elementos diferenciadores de los tratos en el CP español**

TIPO DE TRATO	DEFINICIÓN	GRAVEDAD	INTENCIONALIDAD	DELITO
<b>TRATO DEGRADANTE</b>	Trato no deliberado que provoca sufrimientos físicos o morales graves	SÍ	DOLO GENÉRICO	173 CP (SOLO PARA PARTICULARES)
<b>TRATO INHUMANO</b>	Trato deliberado, con o sin finalidades predeterminadas, que provoca sufrimientos físicos o morales menos graves	SOLO PARA PENALIDAD	DOLO GENÉRICO	NO REGULADA EN UN TIPO PENAL. SE ESTIMA COMO TORTURA MENOS GRAVE EN 174.1 Y 175
<b>TORTURA INTENCIONAL</b>	Trato deliberado, con finalidades predeterminadas, que provoca sufrimientos físicos o morales	SOLO PARA PENALIDAD	<ul style="list-style-type: none"> <li>• INDAGATORIA</li> <li>• PUNITIVA</li> <li>• DISCRIMINATORIA</li> </ul>	174.1 CP
<b>TORTURA GRATUITA</b>	Trato deliberado, sin finalidades predeterminadas, que provoca sufrimientos físicos o morales	SOLO PARA PENALIDAD	DOLO GENÉRICO	175 CP

Fuente: Elaboración propia

Por tanto, nos encontramos con que la aplicación de la definición de la Convención y su interpretación jurisprudencial por parte del TEDH se plasman, en nuestro ordenamiento jurídico, de la siguiente manera:

- No se aplica la diferenciación por el criterio de gravedad, de manera que no existen las tres figuras diferenciadas en sus correspondientes tipos penales. Así:

- El trato degradante solo se distingue cuando el sujeto activo es un particular (en el art. 173.1 CP) y, paradójicamente, exige gravedad en el resultado. Esta cuestión no queda, sin embargo, del todo clara, puesto que la jurisprudencia no acaba de delimitar el grado de gravedad exigido o si es necesario que sea menor que en los casos de tortura.
  - El trato inhumano no se regula en ningún tipo específico, pero puede entenderse comprendido como las formas de tortura menos grave (a efectos de penalidad) del 174.1 y 175 CP, en función de si hay o no elemento teleológico acreditado.
  - La tortura no distingue por el criterio de gravedad, excepto para la penalidad (mayor pena si el trato, o el resultado lesivo, es más grave - volveremos a esta confusión-), sino por la concurrencia o no de un elemento teleológico concreto, lo que determina que se aplique el 174.1 o el 175 CP.
- Respecto del criterio de intencionalidad:
    - El trato degradante exige un dolo genérico, pero no una finalidad concreta, no un elemento teleológico.
    - El trato inhumano exige, o no, un elemento teleológico, en función de si se aplica el 174.1 CP en su modalidad menos grave, o el 175 CP en su modalidad menos grave.
    - La tortura se desglosa en dos tipos penales, en función de si existe un elemento teleológico concreto (entonces se aplica el 174.1 CP) o solo existe un dolo genérico (entonces se aplica el 175 CP). Los ejes del elemento teleológico del 174.1 CP no coinciden con los de la definición de la Convención, faltando la tortura intimidatoria.

Tenemos, por tanto, una adaptación normativa peculiar respecto de la definición que plantea la Convención, lo que de alguna manera valida la hipótesis planteada. La pregunta que sigue es si este diseño normativo es más “útil” o eficaz o funcional a la hora de regular los delitos contra la integridad.

## **2.-Trabajo de campo (breve explicación de lo investigado para poder hablar de problemas procesales)**

Abordamos aquí algunas cuestiones que han sido analizadas mediante su exploración previa en un trabajo de campo, cuyos resultados más relevantes en materia procesal desglosamos a continuación.

### **2.1.-Metodología empleada:**

Para el desarrollo de esta parte de la investigación se ha partido de una base de datos de resoluciones judiciales proporcionadas por la Coordinadora para la Prevención y Denuncia de la Tortura, integrada por 2962 resoluciones.

Por tanto, se han analizado 448 resoluciones, consistentes en resoluciones de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, consistentes en autos y sentencias, en las que se resuelven:

- Autos en los que se resuelven estimaciones y desestimaciones de recursos de apelación, en los que se plantean fundamentalmente cuestiones procesales referidas a la práctica de diligencias de investigación desestimadas, pero también cuestiones materiales de calificación por delitos del 174.1 al 177 CP
- Autos en los que se resuelven estimaciones y desestimaciones de recursos de casación
- Sentencias en las que se resuelven estimaciones y desestimaciones de procedimientos penales de Audiencias Provinciales

Territorialmente, se han seleccionado, obviamente, resoluciones en las que es competente el orden jurisdiccional penal estatal.

Temporalmente, se acotó la búsqueda a resoluciones de los años desde el 2000 hasta el 2015

No se analizaron resoluciones en las que la acusación se formuló por un delito de lesiones

Sobre las resoluciones, se realizó un doble análisis: cuantitativo y cualitativo.

## 2.2.-Datos generales de los resultados

Desglosamos aquí algunos datos relevantes que han aflorado como consecuencia de la investigación realizada:

- *Número y tipo de investigados:*

En los 448 casos analizados están implicadas 646 personas como investigadas.

Por cuerpos, la mayoría de los sujetos activos investigados pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía (145), seguidos por miembros de las policías locales (104). En tercer lugar, aparecen los miembros de la Guardia Civil (97), en la mayoría de los casos en supuestos de custodia de detenidos bajo legislación antiterrorista. Respecto de las policías autonómicas, Mossos d'Esquadra acumulan 27 supuestos, frente a los 18 de la Ertzaintza. Los funcionarios de prisiones, que engloban también a los de centros de menores y CIE, son 28 las personas implicadas. Aparece un caso de un juez de instrucción acusado por un delito omisivo del 176 CP. En 28 ocasiones se desconoce qué tipo de funcionario es.

**Tabla nº4: Cuerpos a los que pertenecen los funcionarios denunciados**

CUERPO	
CUERPO NACIONAL POLICÍA	145
GUARDIA CIVIL	97
POLICÍA MUNICIPAL	104
MOSSOS D'ESQUADRA	27

<b>ERTZAINZA</b>	18
<b>FUNCIÓNARIOS DE PRISIONES</b>	28
<b>JUECES DE INSTRUCCIÓN</b>	1
<b>DESCONOCIDO</b>	28

Fuente: Elaboración propia

- *Número y género (y edad) de los denunciantes:*

Los datos señalan que las personas que denuncian por alguno de los delitos contra la integridad son 532 en la muestra analizada, de las que la inmensa mayoría son hombres (456, frente a 73 mujeres). En tres ocasiones, la resolución no especifica el género del denunciante.

**Tabla nº5 Número y género del denunciante**

<b>GÉNERO DENUNCIANTE</b>	<b>HOMBRE</b>	<b>MUJER</b>	<b>DESCONOCIDO</b>
<b>532</b>	456	73	3

Fuente: Elaboración propia

- *Lugar de la comisión de los delitos:*

Respecto del lugar de comisión de los hechos, los resultados señalan que la mayoría de los ataques a la integridad denunciados tienen lugar en la vía pública (116 casos); es un dato que llama la atención, en la medida en que la propia jurisprudencia reconoce que el gran problema de los delitos contra la integridad es que suelen suceder en espacios opacos, en los que es difícil que haya testigos. Respecto de los lugares cuya ubicación se conoce, van seguidos de las comisarías de Policía Nacional (89 casos), los cuarteles de la Guardia Civil (46 casos) y las comisarías de las distintas Policías Municipales (33 casos). A continuación, siguen los centros penitenciarios (24 casos), las comisarías de la Ertzaintza (17 casos), los vehículos policiales (16 casos), las comisarías de Mossos d'Esquadra (14 casos) y los establecimientos de ocio (11 casos). Por último, aparecen los centros de menores (6 casos), los aeropuertos (2 casos), y los centros de internamiento de extranjeros (1 caso), de los cuales cabe pensar que es la dificultad de las personas migrantes para interponer denuncia, y no la ausencia de las mismas, la que explica esta baja frecuencia.

De los 70 casos en los que no se conoce el lugar de comisión de los hechos, 29 corresponden a detenidos bajo legislación antiterrorista que fueron trasladados por varias dependencias policiales hasta la Audiencia Nacional.

**Tabla nº 6: Lugar de comisión de los hechos**

LUGAR DE COMISIÓN DE LOS HECHOS	
VÍA PÚBLICA	116
COMISARÍA CNP	89
CUARTEL GUARDIA CIVIL	46
COMISARÍA MOSSOS	14
COMISARÍA ERTZAINZA	17
COMISARÍA POLICÍA MUNICIPAL	33
CENTRO PENITENCIARIO	24
CENTRO DE MENORES	6
CENTRO INTERNAMIENTO EXTRANJEROS	1
VEHÍCULO POLICIAL	16
ESTABLECIMIENTO DE OCIO	11
AEROPUERTO	2
DESCONOCIDO	70

Fuente: Elaboración propia

- *Ubicación geográfica:*

Respecto de la ubicación geográfica, mostramos el siguiente cuadro donde se recogen comunidades autónomas y provincias.

La mayoría de los casos se concentran en la Comunidad de Madrid, seguida de Euskadi, Cataluña y Andalucía. A continuación, Islas Canarias, Comunidad Valenciana e Islas Baleares. Siguen Aragón, Galicia, Castilla-La Mancha, Castilla León; Asturias, Ciudad Autónoma de Ceuta, y, por último, el resto de territorios en los que solo se registra un caso: Navarra, Cantabria, La Rioja, Ciudad Autónoma de Melilla y Región de Murcia. No hay casos de Extremadura. En una ocasión la resolución no explicitaba dónde se produjeron los hechos.

- *Frecuencia de cada tipo de delito:*

Si nos detenemos a revisar cuántas veces se acusa por cada tipo de delito, nos encontramos que el delito que más veces aparece es el delito de tortura del 174.1 (273 veces es invocado por las acusaciones), seguido del delito de tortura gratuita del 175 CP (invocado 149 veces por las acusaciones). La fórmula concursal del 177 CP se ha invocado en 23 ocasiones. A gran distancia de los delitos anteriores, el delito de torturas en prisión, por la especificidad de su sujeto pasivo, del 174.2 CP (invocado 19 veces), seguido del tipo omisivo del 176 CP (solicitado en 18 ocasiones). En 15 ocasiones las acusaciones invocan el delito de trato degradante del 173 CP.

**Tabla nº 7 Delitos por los que se acusa**

**DELITOS POR LOS QUE SE ACUSA**

173.1	15
174.1	273
174.2	19
175	149
176	18
177	23

Fuente: Elaboración propia

- *Sentido de las resoluciones:*

Cabe señalar que la inmensa mayoría de las resoluciones analizadas quitan la razón al denunciante respecto de sus pretensiones de condena o investigación en sus actuaciones judiciales: solo hay condenas en 78 casos de los 448 analizados. Por otra parte, la inmensa mayoría de los recursos de apelación planteados son desestimados (142, frente a 57 estimados). Las probabilidades de obtener satisfacción a la pretensión son, por tanto, reducidas.

**Tabla nº 8: Sentido de las resoluciones**

SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN	
ABSOLUTORIA	161
CONDENATORIA	78
DESESTIMA RECURSO APELACIÓN	142
ESTIMA RECURSO APELACIÓN	57
INADMITE REC. CASACIÓN	6
DESESTIMA REC. CASACIÓN	2
ESTIMA REC. CASACIÓN	2

Fuente: Elaboración propia

Respecto de los supuestos en los que los tipos penales no se aplican, la mayoría de los supuestos están en el art. 174.1, seguidos del 175 CP.

**Tabla nº 9: Sentido de las resoluciones por tipo penal. Inaplicación.**

INAPLICACIÓN TIPOS PENALES	RESOLUCIÓN ABSOLUTORIA	RESOLUCIÓN DESESTIMA	RESOLUCIÓN INADMITE	TOTAL
173.1 CP	5	5	0	10

<b>174.1 CP</b>	80	113	2	195
<b>174.2 CP</b>	3	11	0	14
<b>175 CP</b>	77	15	4	96
<b>176 CP</b>	9	1	0	10
<b>177 CP</b>	19	1	0	20

Fuente: Elaboración propia

### **3.- Los problemas procesales en la persistencia de la tortura: el deber de investigar**

Comenzamos por la parte general de la dimensión procesal de la tortura, el deber de investigar, para abordar progresivamente los problemas procesales concretos que plantea esta cuestión en los tribunales españoles.

#### **3.1.-La belleza intrínseca de las normas garantistas: el deber de investigar la tortura**

Hay una regulación garantista en materia de investigación de la tortura... muy hermosa, pero que no se aplica... Así, revisaremos por separado y conjuntamente el contenido del deber de investigar en la jurisprudencia europea y estatal y compararemos los resultados con su aplicación práctica.

##### **a) Deber de investigar en la jurisprudencia del TEDH:**

En concreto, el deber de investigar del Estado en la jurisprudencia europea se protocoliza sobre los siguientes supuestos:

- No será necesaria la denuncia previa de la víctima o de sus familiares, en la medida en que el Estado tiene a obligación incluso en ausencia de denuncia. Así, según Fernández de Casadevante Romani<sup>3</sup>, en la sentencia del caso Yasa c. Turquía de 2 de septiembre de 1998, se señala que *“el sólo hecho de que las autoridades fueran informadas del asesinato del tío del demandante implicaba ipso facto una obligación sobre el terreno del artículo 2 –derecho a la vida– de proceder a una investigación efectiva (ver, mutatis mutandis, Ergi c. Turquía de 28 julio 1998, Recurso 1998-IV, p. 1778, § 82)<sup>4n</sup>*.
- Se requiere que los responsables de investigar sean independientes de los implicados en los hechos denunciados: *“Recuerda que para que una investigación sobre hechos de homicidio o malos tratos sea considerada efectiva, (...) es necesario que los responsables de la investigación y quienes realicen la investigación sean independientes de los implicados en los hechos (véase, por ejemplo, Güleç c. Turquía de 27 de julio de 1998, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-IV, §§ 81-82 y Ogur c. Turquía [GC] no 21954/93, TEDH 1999-III, §§ 91-92). Esto significa no sólo la ausencia de conexión jerárquica o institucional, sino también una independencia práctica*

<sup>3</sup>FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (2013); *op. cit.*, pp. 11.

<sup>4</sup> Sentencia caso Yasa c. Turquía, de 2 de septiembre de 1998, párrafo 100. Traducción propia.

(véase, por ejemplo, *Ergi c. Turquía*, de 28 de julio de 1998, Reportes 1998-IV, §§ 83-84, y *Kelly y otros c. el Reino Unido*, N° 30054/96, § 114, 4 de mayo de 2001)<sup>5</sup>. Así, algunos autores<sup>6</sup>, siguiendo la jurisprudencia TEDH, han incidido en el carácter no autónomo de los médicos forenses<sup>7</sup>.

- Se requiere diligencia y prontitud en la investigación. Como señala la sentencia del caso Iribarren Pinillos c. España de 8 de enero de 2009: “*En el campo de los daños causados como resultado de sucesos ocurridos bajo la responsabilidad de los Gobiernos, inscribible en el artículo 3 CEDH, las autoridades competentes deben ejercer con diligencia y prontitud las acciones y movimientos necesarios para llevar a cabo investigaciones específicas*”<sup>8</sup>.
- No puede haber obstáculos injustificados por parte de las autoridades, como señala la sentencia del caso *Gheorghe Dima c. Rumanía* de 19 abril de 2016: La investigación ha de ser “*efectiva en la práctica y en derecho y no ser obstaculizada de manera injustificada por actos u omisiones de las autoridades*”<sup>9</sup>.
- Los objetivos de la investigación no han de estar destinadas exclusivamente al esclarecimiento de los hechos, sino también a la identificación de los responsables: “*en primer lugar, para determinar las circunstancias en que se ha producido tal violación y el fallo en la aplicación del marco regulador y, en segundo lugar, para identificar los agentes u órganos del estado que participaron de alguna forma, en el desarrollo de los hechos*”<sup>10</sup>. Respecto de ello, algunos autores han abordado si este deber de esclarecimiento de la autoría incluye también la persecución y castigo de los perpetradores, contestando afirmativamente<sup>11</sup>.
- Hay una incompatibilidad entre la concesión de amnistías o medidas de gracia y el deber de investigar en materia de tortura y malos tratos. Así, la sentencia

---

<sup>5</sup> Sentencia TEDH 46430/99 caso Barbu Anghelescu c. Rumania, de 5 de octubre de 2004, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66855> párrafo 66.

<sup>6</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, S; SÁNCHEZ, J. y RECODER VALLINA, T. “Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; un análisis”, en Comentarios jurisprudenciales: Los derechos en el TEDH: un análisis, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 5, enero 2007, pp. 91-156 <http://universitas.idhbc.es/n05/05-06.pdf> Cita en pp. 103.

<sup>7</sup> Sentencia TEDH 58438/00 caso Martínez Sala y otros c. España de 2 de noviembre de 2004, *op. cit.*, párrafo 158.

<sup>8</sup> Sentencia TEDH 36777/03 caso Iribarren Pinillos c. España de 8 de enero de 2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90437> párrafo 50. También en la sentencia TEDH 29178/95 del caso Finucane c. Reino Unido de 1 de julio de 2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61185> párrafo 70.

<sup>9</sup> Sentencia TEDH 2770/09 caso *Gheorghe Dima c. Rumanía*, de 19 abril de 2016. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162343> párrafo 99.

<sup>10</sup> Sentencia 36777/03, caso Iribarren Pinillos c. España de 8 de enero de 2009, párrafo 50.

<sup>11</sup> Es el caso de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (2013): *op. cit.*, pp. 7. En este sentido se pronuncia, al fin y al cabo, entre otras, la Sentencia TEDH 17060/03, caso Zelilof c. Grecia, de 24 de mayo de 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80623> párrafo 54, cuando dice “*la investigación debería ser capaz de llegar a la identificación y castigo de los responsables*”.

del caso Asociación “21 de diciembre 1989” y otros c. Rumanía, de 24 de mayo de 2011, señala que “*La amnistía es generalmente incompatible con el deber que incumbe a los Estados de investigar los actos de tortura (véase Ould Dah c. Francia (dec.), N ° 13113/03, de 17 de marzo de 2009) y para combatir la impunidad de los crímenes internacionales. Esto también es cierto con respecto al perdón (véase Abdülsamet Yaman c. Turquía, n ° 32446/96, § 55, 2 de noviembre de 2004)*”.<sup>12</sup>

- Entre las diligencias que señala el TEDH que forman parte del deber de investigar estarían, sin ánimo de exhaustividad<sup>13</sup>, las siguientes:
  - Que se ordene la identificación y toma de declaración a los agentes que detuvieron o custodiaron a la persona detenida<sup>14</sup>
  - Que se ordene la citación y toma de declaración de los letrados de oficio que hubieran asistido a una persona detenida<sup>15</sup>
  - Que se tome declaración a los testigos<sup>16</sup>
  - Que se soliciten imágenes de las cámaras de vigilancia<sup>17</sup>
  - Que se ordene un nuevo examen médico y psicológico del demandante<sup>18</sup>
  - Que se practiquen ruedas de reconocimiento<sup>19</sup>
  - Que se realicen careos entre demandante y acusado<sup>20</sup>.

#### **b) El deber de investigar en la jurisprudencia estatal:**

En concreto, el deber de investigar del Estado en la jurisprudencia estatal se protocoliza sobre los siguientes supuestos:

- Un deber de motivación reforzado en las resoluciones judiciales. Como señala la STC 224/2007 de 22 de octubre (FJ 3): “*El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a recibir una resolución razonada en Derecho a las pretensiones ejercidas en el seno de un proceso judicial. (...) Tal exigencia de motivación razonable se ve acentuada en los supuestos en los que a través del procedimiento judicial se hace valer la protección de un derecho fundamental especialmente garantizado. Como hemos señalado en otras ocasiones (por todas, STC 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), sobre las*

<sup>12</sup> Sentencia TEDH 33810/07 caso Asociación ‘21 de diciembre 1989’ y otros c. Rumanía, (Gran Sala), de 24 de mayo de 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104864> párrafo 144.

<sup>13</sup> Para un análisis más profundo de esta cuestión, ver GOICOECHEA GARCÍA, P.: “Del deber de investigar las torturas y los malos tratos” en Boletín informativo Jueces para la Democracia, nº 68, noviembre 2016.

<sup>14</sup> Sentencia TEDH caso Martínez Sala y otros c. España, de 2 de noviembre de 2004, *op. cit.*, párrafo 159.

<sup>15</sup> Sentencia TEDH 74016/12 caso Etxebarria Caballero c. España de 7 de octubre de 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148165> párrafo 47.

<sup>16</sup> Sentencia TEDH 17060/03 caso Zelilof c. Grecia, de 24 de mayo de 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80623> párrafo 56.

<sup>17</sup> Sentencia TEDH 3344/13 caso Ataún Rojo c. España, de 7 de octubre de 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147257> párrafo 36.

<sup>18</sup> Sentencia TEDH 36286/14, caso Beortegui c. España, de 31 de mayo de 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165558> párrafo 40.

<sup>19</sup> Sentencia TEDH 47159/08, caso B.S. c. España, de 24 de julio de 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148104> párrafo 44.

<sup>20</sup> Sentencia TEDH 76672/12, caso Hoalgă c. Rumanía, de 15 de marzo de 2016, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161727> párrafo 80.

resoluciones judiciales que inciden en el contenido de un derecho fundamental sustantivo pesa un deber de motivación reforzada, por comparación con el específicamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE (entre otras, SSTC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 6.a). Ese plus de motivación hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, por recoger las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas (SSTC 14/2002, de 28 de enero, FJ 5; 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4”).

- Respecto del deber de investigar, el Tribunal Constitucional exige además una motivación reforzada específica respecto de las razones para el cierre de la instrucción y la falta de necesidad de nuevas diligencias. Así, la STC 63/2008 de 26 de mayo (FJ 3) señala que “*En el presente caso, la decisión de sobreseimiento libre y archivo definitivo de las diligencias penales abiertas como consecuencia de la denuncia por torturas de la recurrente debe considerarse conforme con las exigencias del art. 24.1 CE, en relación con el art. 15 CE, toda vez que fue el resultado de una adecuada ponderación de las especiales necesidades de tutela judicial en este tipo de denuncias, en que se ha puesto de manifiesto de manera pormenorizada y suficiente las razones que avalaban el cierre de la instrucción por no pervivir sospechas razonables acerca de la posible comisión de los hechos denunciados y, en relación con ello, la improcedencia de desplegar cualquier otro medio de investigación judicial suplementario a los ya desarrollados*”.
- La investigación ha de ser “suficiente y efectiva”<sup>21</sup>. La STC 63/2008 de 26 de mayo (FJ2) destaca que: “*el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva*”.
- El criterio de suficiencia tiene para el Constitucional como referencia la existencia de indicios suficientes que justificaran la continuación de la investigación. Así, en la STC 69/2008 de 23 de junio (FJ 3) se señala que “*Pues bien, las sospechas sobre la efectiva realidad de los hechos denunciados quizás pudieran no ser contundentes, pero, en lo que importa desde la perspectiva constitucional que nos ocupa, sí eran suficientes para que debiera proseguirse en la indagación judicial llevada a cabo en la medida en que restaban medios de investigación para ello*”.
- El criterio de efectividad, como hemos visto en la anterior cita de la STC 63/2008 de 26 de mayo (FJ 3), ha de responder al despliegue de medios realizado y a su virtualidad a la hora de acreditar los hechos

---

<sup>21</sup> En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 4; 52/2008 de 14 de abril, FJ 2; 69/2008 de 23 de junio, FJ 2; 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 2; 40/2010 de 19 de julio, FJ 2; 63/2010 de 18 de octubre, FJ 2; y 131/2012 de 18 de junio, FJ 2.

denunciados. Del mismo modo, y como señala Villalibre Fernández<sup>22</sup>, la efectividad está relacionada con otros factores, como son:

- La excesiva rapidez en la clausura de la investigación judicial: la STC 40/2010 de 19 de julio (FJ 4) señala que *“habida cuenta de que frente a la denuncia de malos tratos formulada por el recurrente no se produjo una investigación judicial eficaz, toda vez que se decidió archivar las diligencias abiertas cuando podía no haberse esclarecido suficientemente la realidad de los hechos denunciados y existían aún medios razonablemente disponibles para despejar las posibles dudas al respecto, procede otorgar el amparo”*.
- La efectiva identificación y castigo de los responsables, que el TC deriva del mandato de la jurisprudencia europea. Así, la STC 224/2007 de 22 de octubre (FJ 3) señala que: *“En este sentido como recordamos en la STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 2 la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio europeo), vincula reiteradamente la apreciación de violaciones de este precepto al incumplimiento por parte de los Estados firmantes del deber que les impone el Convenio de efectuar una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los culpables. Así, en la STEDH de 2 de noviembre de 2004 (caso Martínez Sala y otros c. España), se recuerda que, cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios del Estado, graves sevicias contrarias al artículo 3 CEDH, dicha disposición requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz que debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables”*.
- A la hora de decretar el sobreseimiento de las actuaciones, el Tribunal Constitucional realiza una doble ponderación, respecto de si perviven las sospechas de la comisión del delito y si se han agotado las diligencias investigadoras necesarias para esclarecer los hechos. Así, las SSTC 34/2008 de 25 de febrero (FJ 7); 63/2008 de 26 de mayo (FJ 2); 69/2008 de 23 de junio (FJ 2); 107/2008 de 22 de septiembre (FJ 2); y 123/2008 de 20 de octubre (FJ 2) señalan tres requisitos:
  - Ante la escasez esperable del acervo probatorio<sup>23</sup>, se debe contemplar la dificultad de la víctima para aportarlo y estimular la diligencia

---

<sup>22</sup>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, Nueva época, vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 29-86. Cita en pp. 39.

<sup>23</sup> A esta cuestión alude también la STC 130/2016 de 18 de julio en su FJ 2. La ya mencionada STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 5, señala de manera concreta que *“A su natural comisión en una situación de clandestinidad se une el hecho de que, al menos en su configuración histórica, en su realización más habitual y en la definición que procuran el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el art. 174 del Código*

investigadora del instructor: “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” (STC 34/2008 de 25 de febrero (FJ 7)).

- Deberá valorarse el testimonio judicial del demandante. Así, la STC 34/2008 de 25 de febrero (FJ 7)<sup>24</sup> señala 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”, atendiendo a la pervivencia de la virtualidad coactiva de la violencia ejercida.
  
- Respecto de las diligencias de prueba que han de ser practicadas a fin de realizar una investigación judicial suficiente y eficaz, no parece haber un consenso claro. Como señala la STC de 18 de octubre, FJ 4, han de ser “medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos”, sin entrar en más detalles. La jurisprudencia ha detallado, sin embargo, algunas diligencias de prueba que se podrían haber practicado, aparte de la declaración del demandante:
  - Reconocimiento físico y psicológico del médico forense (SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; STC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 2 y 5)
  - Exploración psicológica por un psicólogo de confianza (STC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5)
  - Declaración de médicos forenses que le atendieron durante detención (SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008 de 14 de abril, FJ 5; 69/2008 de 23 de junio, FJ 5; 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 4; 40/2010 de 19 de julio, FJ 4; 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 5)
  - Incorporación a las actuaciones de los informes médicos elaborados por forenses durante detención (SSTC 52/2008 de 14 de abril, FJ 5; 63/2010 de 18 de octubre, FJ 3; 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 153/2013 de 9 de septiembre, FJ 6)
  - Identificación de los agentes que participaron en detención y custodia (SSTC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 4)

---

*penal, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son conductas que se realizan en el seno del poder público y que cuentan por ello con los resortes del mismo para potenciar esa opacidad”.*

<sup>24</sup> También lo exigen las SSTC 52/2008 de 14 de abril, FJ 2; 69/2008 de 23 de junio, FJ 2; 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 2; 63/2010 de 18 de octubre, FJ 2; y 131/2012 de 18 de junio, FJ 2.

- Declaración de agentes que participaron en detención (SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 4; 40/2010 de 19 de julio, FJ 4; 130/2016 de 18 de julio, FJ 2 y 5; 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 4)
- Declaración del abogado de oficio que le asistió en la detención (SSTC 52/2008 de 14 de abril, FJ 5; 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 5; 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 4)
- Declaración del testigo que presencié la detención (STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8)
- Reconocimiento en rueda de los agentes denunciados (STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8)
- Aportación de fotografías que le hizo el abogado (STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8)
- Aportación de fotografías realizadas al demandante en el momento de su ingreso en centro penitenciario (STC 69/2008 de 23 de junio, FJ 5)
- Aportación a las actuaciones de las declaraciones realizadas por demandante ante la policía y ante el Juez Instructor (SSTC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 5)
- Aportación a las actuaciones de las grabaciones de videocámara efectuadas durante la detención (STC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5).

### 3.2.-La belleza aún más intrínseca de las diligencias de prueba que no se aplican

Existe una discordancia constante entre lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que debe comprender “el deber de investigar” los delitos de torturas y conexos, y la práctica judicial estatal habitual.

Planteamos el siguiente esquema para visualizarlo. En la siguiente tabla se han incorporado el conjunto de diligencias de la jurisprudencia del TEDH; respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional) y el análisis de resultados. En la primera columna aparecen todas las mencionadas en cada uno de esos ámbitos, y en las restantes se menciona: las sentencias del TEDH que las reconocen como necesarias, las sentencias del TC que las reconocen como necesarias, y, en la última columna, los resultados de nuestra investigación. Hemos separado para esta última las diligencias solicitadas, por un lado, de las diligencias estimadas, por otro.

**Tabla nº 10: Diligencias de investigación según TEDH, TC y el resultado de nuestra investigación**

DILIGENCIAS QUE CONFORMAN UNA INVESTIGACIÓN EFICAZ		TEDH	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	RESULTADOS DE NUESTRA INVESTIGACIÓN
<b>Declaración denunciante</b>	<b>del</b>	STEDH Otamendi Eguiguren c. España, párrafo 40 y 41	STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 7	Solicitada en 22 ocasiones, se estima en 6
<b>Identificación de agentes que le custodiaron</b>	<b>de</b>	STEDH Martínez Sala y otros c. España, párrafo 159	SSTC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 4	Solicitada en 7 ocasiones, se estima en 2

<b>Declaración de agentes que le custodiaron</b>	STEDH Martínez Sala y otros c. España, párrafo 159; STEDH Otamendi Eguiguren c. España, párrafo 41	SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 4; 40/2010 de 19 de julio, FJ 4	Solicitada en 23 ocasiones, se estima en 7
<b>Declaración de abogado que le asistió</b>	STEDH Etxebarria Caballero c. España, párrafo 47	SSTC 52/2008 de 14 de abril, FJ 5; 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 5	Solicitada en 10 ocasiones, se estima en 4
<b>Declaración de los testigos</b>	STEDH Otamendi Eguiguren c. España, párrafo 40 y 41	STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8	No aparece en resoluciones analizadas
<b>Aportación de imágenes de videovigilancia</b>	STEDH Ataún Rojo c. España, párrafo 36	STC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5	Solicitada en 8 ocasiones, se estima en 5
<b>Realización de nuevo examen médico</b>	STEDH Beortegui c. España, párrafo 40	SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; STC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 2 y 5	Solicitada en 4 ocasiones, se estima en 1
<b>Ruedas de reconocimiento</b>	STEDH B.S. c. España, párrafo 44	STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8	Se solicita en 2 ocasiones, no se estima ninguna
<b>Careo entre denunciante y denunciado</b>	STEDH Hoalgă c. Rumanía, párrafo 80	No aparece en las resoluciones consultadas	No aparece en resoluciones analizadas
<b>Reconocimiento psicológico por médico forense</b>	STEDH Beortegui c. España, párrafo 40	SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; STC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 2 y 5	No aparece en resoluciones analizadas
<b>Exploración psicológica por psicólogo de confianza</b>	No aparece en las resoluciones consultadas. Aparece en Recomendaciones CPT abril 2013 <sup>25</sup>	STC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5	No aparece en resoluciones analizadas
<b>Declaración de médicos forenses que le asistieron</b>	STEDH Beortegui Martínez c. España, párrafo 40 y 45	SSTC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008 de 14 de abril, FJ 5; 69/2008 de 23 de junio, FJ 5; 107/2008 de 22 de	Solicitada en 13 ocasiones, se estima en 6

<sup>25</sup> Informe del 30 de abril de 2013 dirigido al Gobierno español por el CPT a raíz de las visitas realizadas por este entre mayo y junio de 2011, párrafos 18 y 22.

		septiembre, FJ 4	
<b>Remisión de informes médicos durante detención</b>	No aparece en las resoluciones consultadas	SSTC 52/2008 de 14 de abril, FJ 5; 63/2010 de 18 de octubre, FJ 3; 131/2012 de 18 de junio, FJ 5	Solicitada en 13 ocasiones, se estima en 8
<b>Aportación de fotografías realizadas al denunciante</b>	No aparece en las resoluciones consultadas	STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8; STC 69/2008 de 23 de junio, FJ 5	No aparece en resoluciones analizadas
<b>Remisión de declaraciones realizadas ante juez instructor</b>	No aparece en las resoluciones consultadas	SSTC 131/2012 de 18 de junio, FJ 5; 130/2016 de 18 de julio, FJ 5	Solicitada en 9 ocasiones, se estima en 8
<b>Remisión de informes forenses en prisión</b>	No aparece en las resoluciones consultadas	No aparece en las resoluciones consultadas	Solicitada en 5 ocasiones, se estima en 5
<b>Remisión de informes forenses de médicos de confianza</b>	No aparece en las resoluciones consultadas. Aparece en Recomendaciones CPT abril 2013 <sup>26</sup>	No aparece en las resoluciones consultadas	Solicitada en 2 ocasiones, no se estima ninguna
<b>Declaración de forenses de confianza</b>	No aparece en las resoluciones consultadas. Aparece en Recomendaciones CPT abril 2013 <sup>27</sup>	No aparece en las resoluciones consultadas	Solicitada en 2 ocasiones, se estima en 1

Fuente: Elaboración propia

De la tabla se pueden extraer algunas conclusiones:

- La primera es que nuestra jurisprudencia constitucional es garantista, y en algunas ocasiones lo es más incluso que el propio TEDH. El problema aparece cuando descendemos a niveles jurisdiccionales inferiores, donde tan diligente marco de investigación se estrella con la realidad de los juzgados de instrucción y las audiencias provinciales, que estiman bastante menos de lo que parecería deseable la práctica de diligencias que la jurisprudencia europea y constitucional consideran necesarias para esclarecer este tipo de delitos.
- La segunda conclusión tiene que ver con las diligencias solicitadas en apelación, que obviamente no han sido estimadas por los juzgados de instrucción. El hecho de que los particulares tengan que recurrir a una segunda

<sup>26</sup> Informe del 30 de abril de 2013 dirigido al Gobierno español por el CPT a raíz de las visitas realizadas por este entre mayo y junio de 2011, párrafos 18 y 22.

<sup>27</sup> Informe del 30 de abril de 2013 dirigido al Gobierno español por el CPT a raíz de las visitas realizadas por este entre mayo y junio de 2011, párrafos 18 y 22.

instancia para que se practiquen diligencias tan elementales como la declaración de denunciante y denunciado debería hacernos pensar cómo están funcionando los juzgados de instrucción al respecto.

- La tercera conclusión tiene que ver con las diligencias que sí se estiman, que son, si nos fijamos, las que tienen que ver con el paquete de diligencias clásicas o habitualmente practicadas en este tipo de delitos, y que son las que guardan una relación más estrecha con los ejes argumentales destacados en las resoluciones analizadas: la remisión de los informes médicos realizados durante la detención y en ingreso en prisión (delatando el peso de la pericial médica), la declaración ante el juez instructor (delatando el peso del comportamiento del denunciante) y la aportación de la documental videográfica (delatando el peso de la documental, cuando existe).
- La última conclusión se centra en las diligencias que no se estiman, y que delatan que muchos denunciantes tienen que recurrir para solicitar diligencias que parecen muy básicas, pero, una vez llegados al tribunal de apelación, éste las desestima en un porcentaje considerable. Es aquí donde aparece el problema que la jurisprudencia europea amenaza con convertir -ojalá lo hubiera hecho antes- en un foco de vergüenza estatal, planteando seriamente el asunto de las investigaciones judiciales en materia de tortura en España.

Volviendo al plano general, por tanto, cabe concluir que estamos lejos -en la praxis de las Audiencias Provinciales- de lo que la jurisprudencia europea, pero también la constitucional estatal, considera una investigación judicial eficaz. Las propuestas en relación con esto escapan nuestra capacidad de abordaje, pero inevitablemente pasan por más formación de jueces y fiscales, más formación de forenses, y una decidida intención de avanzar en esta materia.

### **3.3.-Los problemas procesales que impiden que prosperen las denuncias por delitos contra la integridad moral**

Mediante el análisis realizado, hemos concluido que las principales dificultades con las que se encuentran los denunciantes de malos tratos y tortura son las siguientes:

- ***Primer problema: La “inconsistencia” de la prueba pericial médica***

No ha sido un resultado sorprendente constatar cómo la inconsistencia de la prueba pericial se convierte en el gran obstáculo procesal para aplicar los delitos contra la integridad: aparece en 163 ocasiones, en sus distintas variantes, en la muestra analizada como argumento para inaplicar el delito invocado. Partíamos de esa intuición. Así, los ejes argumentales encontrados se concentran en varios ejes, como son la imposibilidad de determinar el mecanismo causal; la no aparición de lesiones concretas en los lugares donde el denunciante señala que ha sido golpeado; la discrepancia entre el denunciante y el forense a través de los propios informes forenses, que el tribunal resuelve en contra del denunciante; el argumento de que si los hechos hubieran sucedido, habrían sido detectados por el forense y diligentemente

denunciados por el forense; el argumento de que las lesiones son producto de las condiciones de la detención; el argumento de la falta de acreditación de lesiones se completa cuando se añaden otras consideraciones, como la supuesta filiación ideológica del denunciante; el argumento de que las lesiones son producto de la conducta del denunciante, o auto-provocadas, u obedecen a otra causa.

Podemos ver los resultados en esta tabla:

**Tabla nº11 Inconsistencia de la prueba pericial**

MOTIVOS PROCESALES	MOTIVOS PROCESALES DE ABSOLUCIÓN	MOTIVOS PROCESALES DE SOBRESEIMIENTO	MOTIVOS PROCESALES DE DESESTIMACIÓN	TOTAL
<b>18.1.4.1.- Inconsistencia de la prueba pericial</b>	39	2	88	129
<b>18.1.4.2.- Lesiones no son compatibles con los hechos</b>	14	1	9	24
<b>18.1.4.3.- Lesiones autoprovocadas</b>	4	0	6	10

Fuente: Elaboración propia

Nos encontramos, por tanto, ante un problema de fondo que tiene, por un lado, dimensión material: así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los malos tratos no necesariamente dejan lesiones (la STC 107/2088 de 22 de septiembre, lo constata), pero lo cierto es que las resoluciones analizadas siguen poniendo relevancia, a la hora de aplicar los tipos penales, en la posibilidad efectiva de acreditar la efectiva concurrencia de hechos que normalmente suceden sin testigos a través del resultado lesivo de carácter concreto, o, al menos, constatable mediante una pericial médica. Y se trata, indudablemente, de un problema con dimensión procesal, en la medida en que la adecuación de la pericial al relato formulado por el demandante podría descansar en una serie de factores que parecen ser ignorados con frecuencia.

Por tanto, y por lo que respecta al primer aspecto (la posibilidad de que los actos no hayan provocado lesiones), cabe hacer varias puntualizaciones:

- La no necesidad de lesividad en los delitos contra la integridad moral

Sin ánimo de justificar lo injustificable, obviamente, pero con la intención de tratar de encontrar una respuesta a tanta discrepancia, asumimos como posible que en gran parte de los casos la ausencia del resultado lesivo corresponda, efectivamente, a la ausencia de las conductas denunciadas. Sin embargo, sería irresponsable no constatar que es perfectamente posible que la secuencia de argumentos por los que

“las lesiones no aparecen en correspondencia con los actos que el denunciante señala” se deba a causas que son valoradas con cierta rapidez por parte de los tribunales.

- Actos que no dejan marca

Por un lado, ya se ha señalado que hay actos que, efectivamente, no dejan marca visible. Lo señala la propia herramienta diseñada por Naciones Unidas para evaluar los impactos físicos y psicológicos de la tortura, el Protocolo de Estambul, en su párrafo 161, cuando señala que *“en ningún caso se considerará que la ausencia de señales físicas indica que no se ha producido tortura, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes”*<sup>28</sup>. Insiste en esta cuestión Morentín, forense del Instituto Vasco de Medicina Legal, cuando dice que *“De todas formas, hay que recordar que la ausencia de lesiones físicas objetivas no excluye la práctica de la tortura. En bastantes casos hemos podido leer en la prensa que las denuncias de tortura son falsas porque el médico forense no detectó ninguna lesión. Eso no es así, la ausencia de marcas de tortura no debe interpretarse como evidencia de la falsedad de la alegación, igual que la presencia de lesiones tampoco es necesariamente un signo que confirme la tortura”*<sup>29</sup>.

Por un lado, tenemos métodos de maltrato psicológico que son imposibles de acreditar por esta vía de la pericial médica convencional. Por otro, tenemos métodos de tortura que no se pueden acreditar en ausencia de una pericial médica cualificada capaz de detectar determinados síntomas; es el caso de las pruebas gasométricas para determinar si la persona ha sido sometida a métodos de asfixia, o de determinados análisis que permitan demostrar que una persona ha sido sometida a posiciones estresantes o a actividad física extenuante. Y, sin llegar a casos extremos, la consideración de que determinadas dinámicas de maltrato que cabría considerar de “no grave” en el baremo de penalidad que aplican los tipos penales, no tienen ninguna correspondencia con lo que pueda resultar de una pericial médica.

- Los métodos de tortura y cómo esquivar la prueba pericial

Sin intención de hacer demagogia, resulta evidente constatar que, al menos en las situaciones más extremas, se ha producido una evolución de los métodos de tortura, precisamente en la línea de esquivar el control de su existencia mediante la prueba pericial. No es una afirmación gratuita de la autora. El informe, elaborado a instancias del Gobierno vasco en 2016, por el que se peritan cerca de 2000 casos de torturas, constata en sus conclusiones que *“Particularmente la década de los años 80 destaca por el elevado número de denuncias y por las primeras condenas ratificadas por los tribunales de justicia ratificadas por el Tribunal Supremo. Posteriormente se produjeron algunos cambios en los métodos de tortura para tratar de dificultar la prueba forense que los acreditase”*<sup>30</sup>. La clave está, obviamente, en no dejar rastro. Por otra parte, el

---

<sup>28</sup> Protocolo de Estambul: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>  
pp. 61

<sup>29</sup> Morentín, B. (2014): El Protocolo de Estambul: guía práctica de evaluación médico-forense de los malos tratos y torturas. Ponencia en el Seminario con el mismo título, Asociación Libre de Abogados. En [http://www.osalde.org/website/sites/default/files/Protocolo\\_Estambul\\_Ponencias-Seminario-1.doc](http://www.osalde.org/website/sites/default/files/Protocolo_Estambul_Ponencias-Seminario-1.doc)

<sup>30</sup> ETXEBERRÍA, F.; MARTÍN BERISTAIN, C.; PEGO, L.: (2016): Proyecto de investigación de la tortura en el País Vasco (1960-2013). Secretaría General para la Paz y la Convivencia del

presidente de la sección de Tortura de la Asociación Psiquiátrica Mundial y editor de la revista *Torture*, señala el peso que tiene la propia regulación internacional en esta evolución: “Asumiendo que el criterio esencial para diferenciar la tortura del trato cruel e inhumano es el “propósito”, se hace innecesario definir cuál es el umbral mínimo de dolor o sufrimiento que los distingue. Esta visión alternativa refleja la realidad de la tortura contemporánea (así como la de la tortura en un futuro), en la que los interrogadores apelan a mecanismos más sutiles de tortura que no necesariamente se basan en el dolor o sufrimiento<sup>31</sup>”.

- La tortura psicológica

A este respecto, la principal evolución del fenómeno parece orientarse a fórmulas de tortura psicológica. El propio TEDH reconoce su existencia en la famosa sentencia del caso Gäfgen c. Alemania de 3 de junio de 2010<sup>32</sup>. No es el único caso<sup>33</sup>. Y, nuevamente, los profesionales psiquiátricos, inciden en la importancia de esta dimensión, llegando a proponer la no distinción entre tortura física y psicológica, por cuanto están indisolublemente unidas; es más, llegan a plantear que, en realidad, la tortura es siempre, y por definición, psicológica, por cuanto su principal finalidad es quebrar la identidad del sujeto pasivo, y solo en ocasiones va acompañada de tortura física. Así, “La tortura psicológica consiste en el uso de técnicas de manipulación cognitiva, emocional o sensorial dirigidas al yo consciente y que provocan sufrimiento, daño psicológico y/o quiebre de identidad en la mayoría de los sujetos que se ven sometidos a ellas. Tales técnicas pueden ser utilizadas solas o combinadas con otras de índole física para producir un efecto acumulativo<sup>34</sup>”.

Estos mismos autores reclaman, además, un enfoque menos centrado en la acreditación de las secuelas físicas: “Cuando los procedimientos judiciales evalúan la gravedad de la tortura basándose en el método utilizado (por ejemplo, romper una pierna se considera peor que las posiciones de estrés o el hambre) ignoran -como bien nos recuerdan Viñar o Liscano- que, adecuadamente empleadas, hasta las técnicas más banales pueden destruir a una persona<sup>35</sup>”.

- La manera de registrar los resultados lesivos y la formación de los médicos forenses

En realidad, gran parte del problema parece residir en la manera en que se realizan los partes de lesiones durante la pericial médica. Tampoco es una opinión personal de la autora: el propio Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, en su “Informe sobre los partes de lesiones de personas privadas de libertad” señala que “Existen

---

Gobierno vasco, Pp. 39.  
<http://www.eitb.eus/multimedia/documentos/2016/06/27/1987310/Memoria%20Proyecto%20tortura%202016.pdf>

<sup>31</sup> Pérez Sales, P. (2016): op. cit. pp. 37.

<sup>32</sup> Ya citada, Sentencia 22978/05, caso Gäfgen c. Alemania, de 3 de junio de 2010  
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015>

<sup>33</sup> Hay resoluciones dictadas sobre supuestos de tortura claramente psicológica, como en la sentencia del caso Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia, pp. 430-440.

<sup>34</sup> Pérez Sales, P. (2016): op.cit, pp. 40.

<sup>35</sup> Pérez Sales, P. (2016): op.cit, pp. 92

muy escasos estudios sobre la calidad de los partes de lesiones en servicios de urgencias y en atención primaria, mostrando de manera coincidente una mala cumplimentación de datos entre el 40% y el 60% de casos, especialmente en referencia a la descripción de los hechos, el presunto agresor (según relato de la víctima), la descripción del mecanismo causal y la adecuada valoración médica y psicológica. Estos datos coinciden con lo que indican estudios internacionales. En general se concluye que los actuales partes de lesiones tienen un escaso valor legal y no permiten la toma de decisión<sup>36</sup>. En un sentido similar se pronuncia Morentín, ya citado, evaluando los resultados de un trabajo de especialistas internacionales sobre el trabajo de los forenses de la Audiencia Nacional<sup>37</sup>, en el que señala que, sobre una muestra de 425 informes forenses, “En un 35% de los informes con alegaciones de malos tratos no aparece suficientemente detallado lo que el detenido habría sufrido. Así. Se pueden leer en los informes frases como “dice que le han golpeado”, sin especificar dónde, cómo, cuántas veces, etc., o “dice que le hicieron la bolsa”, pero sin aportar más datos, cosa que es esencial para llegar a valorar el grado de fiabilidad de lo denunciado, carencias que van a impedir una investigación eficaz. En un 36% se daba algo de información, pero insuficiente. Sólo en un 11% la información era detallada para los fines forenses”. Sobre la diligencia investigadora del forense, prosigue señalando que “en la descripción de la región golpeada: si alguien dice haber sido golpeado en la cabeza es obligatorio reconocer esa zona de forma minuciosa, pues bien, hasta en un 30% de los informes no aparece ningún dato sobre estas cuestiones (por ejemplo, no se ha explorado la cabeza de un sujeto que dice haber sido golpeado en ella), lo que impide hacer correlatos de concordancia”. Y respecto de la relación de causalidad entre actos denunciados y lesiones, concluye que “En cualquier informe pericial médico forense debe darse en las conclusiones un grado de correlación entre lo que nosotros objetivamos y lo que el sujeto ha relatado. Esta valoración es esencial para la autoridad judicial. Pues bien, en ninguno de los 127 informes médico-forenses en los que el sujeto ha denunciado torturas aparece una conclusión sobre el grado de correlación o probabilidad”.

Haciendo constar que el Ministerio de Justicia aprobó el 16 de septiembre de 1997 un protocolo que han de utilizar los médicos forenses en el reconocimiento de los detenidos<sup>38</sup>, que, por lo que señala Morentín, se aplica poco: “En relación con el tipo de documento emitido, en el 85% de los informes no se había utilizado ningún protocolo (ni tan siquiera el de la orden ministerial de 1997 que se supone de obligado cumplimiento). El protocolo del Mº de Justicia se había empleado tan sólo en el 2% de los informes<sup>39</sup>. Algo similar parece señalar el informe ya mencionado del gobierno

<sup>36</sup> MNPT (2014): “Informe sobre los partes de lesiones de personas privadas de libertad”. Pp.

14 En <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-06-Estudio-sobre-los-partes-de-lesiones-de-las-personas-privadas-de-libertad.pdf>

<sup>37</sup> En concreto, éste: MORENTÍN, B; PETERSEN, H.D.; CALLADO, L.; ITXASO IDOYAGA, M; MEANA, J.: “A follow-up investigation on the quality of medical documents from examinations of Basque incommunicado detainees: The role of the medical doctors and national and international authorities in the prevention of ill-treatment and torture”. *Forensic Science International*. Vol. 182, Issues 1-3, 20 November 2008, pp. 57-65. En MORENTÍN, B. (2014): op. cit, pp. 6-7.

<sup>38</sup> Orden de 16 de septiembre de 1997 por la que se aprueba el Protocolo que han de utilizar los Médicos forenses en el reconocimiento de detenidos: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-20472](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-20472)

<sup>39</sup> MORENTÍN, B. (2014): op. cit, pp. 7.

vasco: “En 1997 y con el “fin de hacer efectivas las recomendaciones hechas por las organizaciones internacionales, especialmente Naciones Unidas y Consejo de Europa, y lograr que la acción de los Médicos Forenses en España se adapte a técnicas y procedimientos internacionalmente reconocidos”, se establece un protocolo para el reconocimiento médico forense a los detenidos con el objetivo de que la información médica sea más clara y concisa como elemento de prueba fundamental ante los tribunales. Lamentablemente, lo anteriormente señalado no se ha cumplido, salvo excepciones, lo que ha dificultado el ejercicio de prueba pericial esencial para investigar los casos alegados por los detenidos<sup>40</sup>. Pero quizás el dato más revelador es la insistencia del nada sospechoso Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa en recalcar la necesidad de modificar dicho protocolo que tan poco se usa, al no ser óptimo para recabar información fiable respecto del tema que nos ocupa. Así, todavía en su reciente informe por su visita en 2012 señala que “El CPT reitera su recomendación de que se adopten medidas para garantizar que, además de registrar con detalle cualquier signo de violencia observado cuando un recluso es sometido a un examen médico a su llegada al centro, el informe elaborado por el médico incluya cualquier alegación de malos tratos hecha por el recluso en cuestión y las conclusiones del médico en lo relativo a la coherencia entre dichas alegaciones y los resultados médicos objetivos<sup>41</sup>”. Cabe mencionar, además, que esta falta de adecuación del Protocolo ha sido recogida en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del TEDH<sup>42</sup>. En dos sentencias relativamente recientes, de 2012<sup>43</sup> y 2016, “El TEDH insiste, por otra parte, sobre la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el CPT para mejorar la calidad del reconocimiento médico forense de las personas sometidas a detención preventiva en régimen de incomunicación (Otamendi, anteriormente citada § 41)<sup>44</sup>”.

- La nula utilización del Protocolo de Estambul

Lo hemos visto, pues solo una resolución de las 448 analizadas lo menciona, y esto no quiere decir que lo aplique, sino que alude al mismo indicando que no se aplicado sus previsiones respecto de cómo debe hacerse un interrogatorio a un denunciante de malos tratos.

Sin insistir más en esta cuestión, no es hasta 2016 (fuera, por tanto, del ámbito temporal analizado) cuando esta pericial empieza a cobrar relevancia y vemos resoluciones que consideran acreditada la existencia de torturas en virtud de su aportación, ordenando la retracción de las actuaciones<sup>45</sup>. Vemos además que el propio MNPT, en su informe sobre los partes de lesiones, insiste en la necesidad de que los

---

<sup>40</sup> ETXEBERRÍA, F.; MARTÍN BERISTAIN, C.; PEGO, L.: (2016): op. cit. Pp. 40.

<sup>41</sup> Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) llevada a cabo del 19 al 22 de junio de 2012, párrafo 22. En <https://www.idhc.org/arxius/noticies/1418819583-2013-08-inf-esp-1.pdf>

<sup>42</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTEDH de los casos Beristain Ukar c. España, párrafo 33 y la del caso Etxebarria Caballero c. España, párrafo 48, ambas ya citadas.

<sup>43</sup> STEDH caso Otamendi Eguiguren c. España, citada, párrafo 41.

<sup>44</sup> STEDH caso Beortegui Martínez c. España, citada, párrafo 46

<sup>45</sup> STS 620/2016 de 12 de julio, ya citada en el capítulo 3.

mismos se atengan, como mínimo, al art. 83 del protocolo<sup>46</sup>. Vemos, en definitiva, cómo el desconocimiento por parte de forenses y jueces respecto de una herramienta avalada internacionalmente a la hora de acreditar la existencia de torturas pasa sin pena ni gloria por el restrictivo espectro de la pericial médica. No solo tocará plantearse adoptar medidas a este respecto, sino también, serenamente, preguntarse por qué ha sucedido esto.

- El problema de las dificultades para acceder a médicos de confianza

Y en estrecha relación con lo anterior, y a la ya señalada por el Tribunal Constitucional posible persistencia de la virtualidad coactiva que la persona maltratada atribuye no solo a los agentes que le maltratan, sino a todos quienes forman parte del entramado de la detención, sean jueces o forenses, aparece nuevamente otra vieja reivindicación del CPT cuando señala que *“Sin embargo, la posibilidad de poder ser visto por un médico de elección propia es algo que la legislación española todavía no contempla. El CPT recomienda que este derecho quede adecuadamente recogido en la ley”*<sup>47</sup>. Esta misma reivindicación la recoge el TEDH en varias resoluciones, en las que insiste en la necesidad de que la investigación de malos tratos o torturas se lleve a cabo, como ya se señaló, por profesionales independientes, lo que incluye a los forenses<sup>48</sup>.

En todo caso, solo en la Audiencia Nacional, y en concreto en las secciones que adoptaron el denominado “Protocolo Garzón” es posible el acceso a un médico de confianza.

- Las explicaciones de las lesiones que no atienden a las denuncias formuladas

Hemos encontrado también, en el ámbito de la inconsistencia de la pericial médica, algunas otras explicaciones por las que se atribuye la presencia de lesiones a otras causas distintas de la existencia de malos tratos. Respecto de las principales encontradas, cabe hacer algunos apuntes:

- Respecto de las lesiones que son consecuencia de las condiciones de la detención

Y en la medida en que hemos visto resoluciones que utilizan este hilo argumental, cabe plantearse la pertinencia de investigar condiciones de detención que son susceptibles de provocar lesiones. Si el TEDH ha declarado que *“el Estado debe garantizar que una persona sea detenida en condiciones que son compatibles con su dignidad humana, que la manera y el método de ejecución de la medida no lo someta a una angustia y una penuria de tal intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”*<sup>49</sup>, el argumento de que la persona detenida presenta ansiedad por haber sido incomunicada, sin practicar la más mínima diligencia

---

<sup>46</sup> MNPT (2014): *op. cit.*, pp. 16.

<sup>47</sup> Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011, párrafo 39 <https://www.idhc.org/arxius/noticies/1418819583-2013-06-inf-esp.pdf>

<sup>48</sup> STEDH caso Barbu Anghelescu c. Rumania, de 5 de octubre de 2004, ya citada, párrafo 66.

<sup>49</sup> STEDH caso Kudla c. Polonia de 26 de octubre de 2000, párrafo 94 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58920> Traducción propia.

orientada a esclarecerlo, plantea serias dudas de admisibilidad, si no jurídica -que no descartamos-, pero depende de la evolución del caso, ética.

- Respecto de las lesiones que son consecuencia de la conducta del denunciante

Y en la medida en que se trata -en clave material- del segundo gran argumento de inaplicación de los delitos contra la integridad, pero aparece en clave procesal como una explicación de la necesidad de no atender a una pericial que acredita lesiones, nuevamente conviene recordar que el TEDH también ha señalado que “*con respecto a las personas privadas de libertad, el recurso a la fuerza física que no sea estrictamente necesario a causa de la conducta de dichas personas menoscaba la dignidad humana y es, en principio, una infracción del derecho establecido en el artículo 3<sup>50</sup>*”. A lo que cabe añadir, que, como ya dijimos, no todo vale a la hora de contener a un detenido que se resiste.

- Reflexiones sobre la pericial médica como obstáculo y la necesidad de incorporar de adoptar medidas urgentes

Por tanto, y finalizando las reflexiones sobre esta cuestión, toca preguntarse por el peso de este elemento procesal y las alternativas de mejora.

No será la autora quien arroje la respuesta estrella al respecto, pero tocará en algún momento empezar a plantearse algunas de las cuestiones ya señaladas (actos que no dejan lesiones, evolución de los métodos de tortura, etc.) y empezar a pensar que la actividad probatoria no puede depender, en esta materia, solo de que un dictamen -al menos, los dictámenes al uso- acrediten el relato. En todo caso, y asumiendo que parecemos condenados a depender de la pericial por el momento, cabe señalar que, mientras esto haya de ser así, parecemos obligados a iniciar una reflexión -y a adoptar medidas urgentes- sobre cuestiones como, en primer lugar, la limitada formación de los jueces y fiscales respecto de los delitos contra la integridad y sus vías probatorias (asumiendo que quizás se trate simplemente de eso, de un problema de formación). Al respecto, cabe mencionar que organizaciones como Jueces para la Democracia ha denunciado en varias ocasiones la falta de diligencia de las autoridades -políticas y judiciales- a la hora de facilitar formación a los jueces en esta materia, y, en concreto, en nuevas diligencias de prueba para acreditar la concurrencia de malos tratos<sup>51</sup>. Tocaré en algún momento preguntarse por los motivos de esta indolencia. En segundo lugar, la necesidad de adaptar los protocolos de acreditación por parte de los forenses a los estándares internacionales, y, en concreto, al tantas veces mencionado Protocolo de Estambul. Y, en tercer lugar, la necesaria formación de los cuerpos de forenses en la aplicación de los mismos. Son las medidas mínimas. En cuarto lugar, una decisión “política” de la Fiscalía de erradicar estas prácticas, con líneas de investigación y

---

<sup>50</sup> STEDH caso Selmouni c. Francia de 28 de julio de 1999, párrafo 99 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58287> Traducción propia

<sup>51</sup> Ver la entrevista al portavoz de la organización, en la que denuncia que el CGPJ retira un curso específico para jueces en esta materia: <http://www.elplural.com/sociedad/2016/12/05/el-consejo-general-del-poder-judicial-no-quiere-que-los-jueces-se-formen-contra> o la entrevista en la que un miembro de la asociación señala que no hay formación en Protocolo de Estambul: [http://www.eldiario.es/sociedad/Espana-espacios-exentos-tortura-producen\\_0\\_524948256.html](http://www.eldiario.es/sociedad/Espana-espacios-exentos-tortura-producen_0_524948256.html)

acusaciones sostenidas ayudaría, sin duda, a empezar a coger este toro por donde corresponde.

- **Segundo problema: la “irrelevancia” de las diligencias de prueba solicitadas**

Aparece en 71 ocasiones. Los tribunales desestiman la solicitud de las diligencias de prueba solicitadas por el denunciante, que denuncia una falta de investigación efectiva.

**Tabla nº 12: Denunciante denuncia falta de investigación efectiva**

MOTIVOS PROCESALES	MOTIVOS PROCESALES DE ABSOLUCIÓN	MOTIVOS PROCESALES DE SOBRESEIMIENTO	MOTIVOS PROCESALES DE DESESTIMACIÓN	TOTAL
23.- Denunciante denuncia falta de investigación efectiva	3	0	68	71

Fuente: Elaboración propia

Nos encontramos aquí con otro de los grandes problemas de la aplicación de los delitos contra la integridad moral, consistente en una cierta tendencia a la denegación de la práctica de diligencias de prueba por parte de juzgados de instrucción, lo que origina recursos de apelación, que son desestimados por las Audiencias Provinciales considerando que la suma de indicios, fundamentalmente con base en la inconsistencia de la prueba pericial, en la falta de credibilidad del denunciante y en la conducta del denunciante (con una combinación de los factores ya analizados: no denunciar los hechos antes el juez de instrucción, no denunciar los hechos ante el forense, rechazar la revisión del forense, o contar con asistencia letrada, entre otros) no permiten considerar necesaria la continuación de la instrucción. Este hecho ha motivado, como sabemos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya condenado a España en numerosas ocasiones por la vulneración del art. 3 del Convenio en su vertiente procesal.

- **Tercer problema: La desconfianza del denunciante**

Cabe destacar un tercer bloque de argumentos que ponen el foco en la desconfianza en lo que dice y hace el denunciante en relación con estos hechos. Aparece en 47 ocasiones.

Esta tabla muestra el peso de esta variable.

**Tabla nº13: Ausencia credibilidad del denunciante**

MOTIVOS PROCESALES	MOTIVOS PROCESALES DE ABSOLUCIÓN	MOTIVOS PROCESALES DE SOBRESEIMIENTO	MOTIVOS PROCESALES DE DESESTIMACIÓN	TOTAL
18.1.2.1.- Ausencia de credibilidad del testimonio denunciante	30	0	17	47

Fuente: Elaboración propia

Nos limitaremos a comentar algunas cuestiones:

- Por un lado, la mencionada concurrencia entre la inconsistencia de la pericial médica y la falta de credibilidad del relato del denunciante nos llevan a la necesidad de resolver la primera para tratar de resolver el problema que plantea la segunda, si es que entendemos que hay un problema con la segunda.

Simplemente, y respecto del conjunto de los ejes argumentales que cabe señalar como responsables de la pérdida de credibilidad del denunciante, el preocupante reside en la falta de adecuación a lo que señalan los informes forenses, por lo que no cabe sino reiterar la necesidad de recuperar lo señalado en el apartado anterior: solo mejorando las potencialidades probatorias de la misma se podrá salir de este bucle perverso.

- Por otro, la paradoja también mencionada entre la falta de credibilidad de la declaración del denunciante y la alta concurrencia de la resistencia a tomar declaración al denunciante.

Ya se mencionó la pertinencia que atribuye el TEDH a la declaración del denunciante en esta materia<sup>52</sup>, pero cabe insistir en que nuestro Tribunal Constitucional también ha hecho énfasis en esta cuestión, indicando 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”*<sup>53</sup>. Por tanto, esta paradoja solamente se resuelve con una atenta atención a los mandatos jurisprudenciales respecto de la necesidad de practicar diligencias, especialmente la declaración del denunciante, y atender a los elementos indiciarios que se derivan del relato, junto con lo señalado respecto de la prueba pericial y su necesidad de mejora urgente.

- La sanción a la conducta del denunciante: así, como parte de esa desconfianza, observamos cómo se aplica un canon de buena conducta que es completamente ajeno al estado emocional de quien

<sup>52</sup> STEDH del caso Otamendi Eguiguren c. España, ya citada, párrafo 41.

<sup>53</sup> STC 34/2008 de 25 de febrero (FJ 7). También lo exigen las SSTC 52/2008 de 14 de abril, FJ 2; 69/2008 de 23 de junio, FJ 2; 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 2; 63/2010 de 18 de octubre, FJ 2; y 131/2012 de 18 de junio, FJ 2.

denuncia haber sido víctima de torturas, y que no es sino una pieza más de este paquete argumental de la desconfianza hacia el denunciante.

La jurisprudencia TEDH se ha manifestado contraria a interpretar estas manifestaciones como sinónimo de falsa denuncia; así, por mencionar un caso cercano, en la sentencia del caso Beortegui Martínez c. España se reconoce con claridad la posibilidad de impactos psicológicos desmovilizadores en la conducta del denunciante: *“El TEDH reconoce, a semejanza del Comité contra la tortura de las Naciones Unidas (Mocanu y otros, anteriormente citada, §§ 251-255), que las consecuencias psicológicas de los malos tratos inferidos por agentes del Estado pueden también ir en perjuicio de la capacidad de las víctimas de quejarse de los tratos padecidos, y constituir, de esta manera, un obstáculo mayor al ejercicio del derecho a reparación de las víctimas de torturas y de otros malos tratos. Este tipo de factores puede tener también como efecto hacer que la víctima sea incapaz de iniciar los trámites necesarios para emprender, sin dilación, acciones contra el autor de los hechos<sup>54</sup>”*.

No encontramos, sin embargo, impactos gratificadores al buen denunciante que sí cumple el protocolo, y, en conjunto, una clara resistencia no solo a asumir la posibilidad de que nos encontremos ante un caso de torturas, sino además a entender cómo eso puede afectar a la situación personal del afectado. Desde esta perspectiva, solo un enfoque centrado en las víctimas puede ayudarnos a atajar este obstáculo.

- **Cuarto problema: La falta de credibilidad de los testigos del denunciante**

Se configura como el cuarto obstáculo procesal, encontrado en 27 ocasiones, que podrían parecer comparativamente pocas, pero que cobran entidad si tenemos en cuenta que este tipo de delitos no suelen contar con testigos que las acrediten. El paquete argumental desplegado por desechar gran parte de los mismos vuelve a tener su eje en la inconsistencia entre lo relatado por los testigos y la prueba pericial, por lo que nos remite al problema de fondo. Procede simplemente señalar que la toma de declaración a los testigos del denunciante que pudieron presenciar los hechos ha sido recogida por la jurisprudencia del TEDH como una prueba pertinente en la investigación de malos tratos y torturas<sup>55</sup>. Sin embargo, el problema no parece residir en que no se le tome declaración, sino en el conjunto de argumentos usuales para desacreditar estos testimonios.

**Tabla nº13: Ausencia de credibilidad de los testigos**

MOTIVOS PROCESALES	MOTIVOS PROCESALES DE ABSOLUCIÓN	MOTIVOS PROCESALES DE SOBRESEIMIENTO	MOTIVOS PROCESALES DE DESESTIMACIÓN	TOTAL
<b>18.1.3.1.- Ausencia de credibilidad</b>	16	0	11	27

<sup>54</sup> STEDH caso Beortegui Martínez c. España, *op. cit.*, pp. 43

<sup>55</sup> STEDH Otamendi Eguiguren c. España, párrafo 40 y 41

<b>del testimonio testigos denunciante</b>				
<b>18.1.3.2.- Credibilidad del testimonio de los testigos del denunciado</b>	11	0	4	15
<b>18.1.3.3.- Testigos del denunciante no corroboran los hechos</b>	4	0	0	4
<b>18.1.3.4.- Testigos no presenciaron los hechos</b>	6	0	0	6

Fuente: Elaboración propia

- **Quinto problema: La poca relevancia de la prueba documental**

En relación con esta cuestión, que aparece considerablemente poco, como no podía ser de otra manera, nos encontramos con que todavía no hay una regulación uniforme que establezca la obligatoriedad de que haya cámaras en las dependencias policiales de todos los establecimientos de custodia. La Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos está pensada para la instalación de cámaras “en lugares públicos, abiertos o cerrados”, lo que excluye en principio las dependencias policiales. Con la salvedad de las instalaciones de Mossos, Ertzaintza y las de la Audiencia Nacional, no hay, por tanto, un sistema articulado que permita reclamar las imágenes de lo sucedido en los calabozos, por cuanto no en todos los hay. Cabe preguntarse, en primer lugar, por la falta de diligencia en la aplicación de esta cuestión<sup>56</sup>, pese a las constantes peticiones de organizaciones de sociedad civil<sup>57</sup> y a las observaciones del CPT. De hecho, en su informe respecto de la visita realizada en 2011, señalaban que muchas dependencias en las que había instaladas cámaras no cubrían el conjunto de dependencias por donde transitaba la persona detenida: así respecto de un centro del CNP en Madrid, señalaban que “*La delegación del CPT*

<sup>56</sup> “Interior da largas a las cámaras en las comisarías” <http://www.publico.es/actualidad/interior-da-largas-camaras-comisarias.html>

<sup>57</sup> “Amnistía Internacional reclama que haya cámaras en las comisarías españolas” <http://www.asturbulla.org/index.php/politica/politica-y-represion/9567--amnistia-internacional-reclama-que-haya-camaras-en-las-comisarias-espanolas>

*pudo examinar las grabaciones de las cámaras de vigilancia relativas a un período anterior de detención incomunicada. Se apreció que las cámaras cubrían sólo el corredor fuera de cada celda y que las salas de interrogatorios y las celdas quedan fuera del alcance de aquéllas. Para que la grabación mediante cámaras de vigilancia constituya una garantía eficaz frente a los malos tratos es necesario que las cámaras cubran toda el área de detención, incluidas las salas de interrogatorios y las celdas<sup>58</sup>.*

Cabe también mencionar la escasa ayuda a esta cuestión que plantea la existencia, en la LO 4/2015 de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, la conocida como Ley Mordaza, y especialmente para los supuestos que suceden en la vía pública, de la sanción recogida en el art. 36.23 por la que se sanciona “*El uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información*”. Si bien es cierto que esta infracción no penaliza la toma de imágenes a funcionarios de servicio, la intensa campaña mediática de la que fue acompañada la aprobación de ley generó un imaginario colectivo que traslada precisamente la prohibición de tomar imágenes a policías en la vía pública<sup>59</sup>. No cabe descartar que fuera precisamente el efecto deseado.

En conjunto, el marco normativo no parece el más óptimo para facilitar el mayor peso de la prueba documental en esta materia.

#### **4.-Las “excusas absolutorias”. O de cómo penalizar la conducta del denunciante durante la detención**

Por último, hemos de señalar nuestra absoluta perplejidad con la alta incidencia del factor de la conducta del denunciante, por un lado, y la mínima fuerza imprescindible, por otro (aunque sean el mismo factor, en el que se ha querido constatar el peso del imaginario policial en seno del discurso del poder judicial) como causa de justificación. En total, aparece en 78 ocasiones en la muestra analizada.

---

<sup>58</sup> Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) llevada a cabo del 30 de mayo hasta el 13 de junio de 2011, citado, párrafo 26.

<sup>59</sup> Así, son numerosos los artículos de prensa que, entre las “diez cosas que ya no podrás hacer con la Ley Mordaza”, señalan la toma de imágenes a CFSE. Por ejemplo, <http://www.elplural.com/2015/06/29/10-cosas-que-no-podras-hacer-a-partir-del-1-de-julio-por-la-ley-mordaza> o <http://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2015/06/30/x-podras-partir-manana-ley-mordaza/00031435679978982890860.htm>

Tabla nº 14: Causas de justificación basadas en conducta del denunciante por tipo penal

CAUSAS JUSTIFICACIÓN	MÍNIMA IMPRESCINDIBLE	FUERZA CONDUCTA DENUNCIANTE	DEL TOTAL
ART. 173.1 CP	0	1	1
ART. 174.1 CP	19	22	41
ART. 174.2 CP	5	7	12
ART. 175 CP	8	15	24

Fuente: Elaboración propia

Al respecto, procede recordar varias cuestiones, a modo de discusión:

- Por un lado, que no todo vale cuando se trata de reducir a un detenido que opone resistencia, y, por tanto, que no todo cabe dentro de la mínima fuerza imprescindible. Así, la STS 949/2013, de 19 de diciembre, por citar alguna, señala los límites de la actuación policial en estos supuestos, señalando como requisitos: “1º) que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo, 2º) que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos o privados cuya protección les viene legalmente encomendada, 3º) que la medida de fuerza utilizada sea proporcionada, es decir la idónea en relación con los medios disponibles y la gravedad de la infracción que pretende evitar el agente mediante su utilización, actuando sin extralimitación alguna, 4º) que concorra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo, que justifique que sobre el mismo se haga recaer el acto de fuerza. En el caso actual es claro que no concurren dichos requisitos. En primer lugar, el recurso a la fuerza no fue racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos, pues no es necesario utilizar la fuerza para reprimir una actuación simplemente “molesta” de un ciudadano, que ya había sufrido ciertas lesiones en una contienda previa, máxime cuando, como señala el Tribunal sentenciador, el agente policial disponía del apoyo de otros dos compañeros, por lo que la víctima no representaba peligro alguno. Incluso en caso de que llegase a abalanzarse sobre el acusado, lo que no hizo según el relato fáctico, habría bastado con colocar la defensa a modo de barrera o con su sujeción por parte de los compañeros del acusado, sin necesidad de recurrir a violencia alguna, como con pleno acierto razona el Tribunal de Instancia. Y, en cualquier caso, el uso de la fuerza es manifiestamente desproporcionado y abusivo, pues no era en absoluto necesario fracturar a un ciudadano tres costillas, utilizando la defensa o porra policial”.
- Por otro lado, la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Interior establece los parámetros en los que se puede aplicar la fuerza con personas detenidas, que pasan por los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad, y, recordemos, el mandato de provocar la menor lesividad posible. En el mismo sentido, el Principio 15 de los “Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, ya mencionados, señala que “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente

*necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas*<sup>60</sup>. Nos resulta difícil creer que algunas de las lesiones narradas fueron atribuidas a la causa de justificación con naturalidad, sin emprender acciones legales por ello.

### **5.-Argumentos “inaplicables” para el sobreseimiento de la investigación. O de cómo penalizar la conducta del denunciante durante e inmediatamente después de los hechos denunciados**

Señala el Tribunal Constitucional una serie de formulaciones que no considera adecuadas como argumentos a la hora de archivar una investigación en la que pudieran existir indicios de la existencia del delito y posibilidades de esclarecimiento. Así, entiende que no se puede alegar para sobreseer por parte del Juzgado de Instrucción que:

- El denunciante pretendía defenderse, mediante la denuncia de malos tratos, de la acusación que pesaba contra él (STC 34/2008 de 25 de febrero, FJ 8)
- El denunciante se negó al reconocimiento por parte del forense, cuando esta negativa se produce el mismo día que alega haber sido torturado, por la pervivencia de la virtualidad coactiva de la amenaza (STC 52/2008 de 14 de abril, FJ 4)
- El denunciante tardó en denunciar los hechos (SSTC 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 3; 63/2010 de 18 de octubre, FJ 3; 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 3)
- El denunciante estuvo asistido de letrado de oficio durante su declaración, en la medida en que éste no es de confianza y no está presente durante toda la detención (STC 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 3)
- El informe forense no establece la relación de causalidad entre las agresiones denunciadas y las lesiones existentes (STC 69/2008 de 23 de junio, FJ 4) o no acredita el origen y la fecha de las lesiones (STC 40/2010 de 19 de julio, FJ 3)
- El denunciante no presenta secuelas físicas, no hay marcas (SSTC 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 3; 40/2010 de 19 de julio, FJ 3; 63/2010 de 18 de octubre, FJ 3; 131/2012 de 18 de junio, FJ 4; 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 3) o el médico forense no detectó signos al asistirle durante la detención (STC 130/2016 de 18 de julio 4)
- El denunciante hubiera declarado ante el forense no haber sido objeto de torturas (STC 107/2008 de 22 de septiembre, FJ 3; 131/2012 de 18 de junio, FJ 4; 130/2016 de 18 de julio, FJ 4)
- El denunciante no denunció los hechos en su comparecencia ante el Juez de Instrucción (STC 63/2010 de 18 de octubre, FJ 3; 130/2016 de 18 de julio, FJ 4; 144/2016 de 19 de septiembre, FJ 3).

Sin embargo, si vamos a buscar los argumentos por los que se produce el archivo en los autos de sobreseimiento analizados, nos encontramos con que los factores determinantes son: la ausencia de denuncia ante el juez instructor, el retraso en denunciar, la ausencia de denuncia ante el médico forense, la negativa a ser

---

<sup>60</sup> Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, ya citados. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>

reconocido por el forense, la asistencia de letrado que no denunció los hechos, o la suposición de que la denuncia se formula para defenderse de la imputación, o por animadversión, o por orden de tercero, son, como hemos visto, parte del paquete argumental que sustenta o refuerza la falta de credibilidad atribuida al testimonio del denunciante.

Lo podemos ver con claridad en la siguiente tabla.

**Tabla nº 15: La conducta del denunciante en la inaplicación de los tipos penales**

MOTIVOS PROCESALES	MOTIVOS PROCESALES DE ABSOLUCIÓN	MOTIVOS PROCESALES DE SOBRESEIMIENTO	MOTIVOS PROCESALES DE DESESTIMACIÓN	TOTAL
19.1.- Denunciante no denuncia ante policía o juez	8	2	16	26
19.2.- Denunciante tarda en denunciar	4	0	7	11
19.3.- Denunciante no acude a centro médico o rechaza revisión forense	3	1	24	28
19.4.- Denunciante niega malos tratos ante forense	4	1	36	41
19.5.-Denuncia para defenderse o por animadversión	5	0	2	7
19.6.-Denuncia por orden de tercero	1	0	1	2
19.7.- Denunciante asistido por letrado que no denuncia malos tratos	3	0	16	19

## **6.-La penalidad. Penas impuestas en resoluciones condenatorias por delitos contra la integridad moral (2000-2015)**

Para terminar, y con esto ponemos fin a la revisión de las cuestiones procesales que dificultan la persecución de los delitos contra la integridad moral, cabe señalar la baja penalidad asociada, no ya a los tipos penales, sino a la imposición específica de penas por parte de las distintas instancias judiciales analizadas.

En cierto modo, tiene sentido pensar que se trata de una suerte más a añadir a los obstáculos procesales contabilizados en esta investigación respecto de la posibilidad de obtener resoluciones en las que se apliquen los delitos contra la integridad.

- **Las penas de prisión**

Como hemos visto, son en su inmensa mayoría inferiores a un año, en concreto 40. Las inferiores a dos años son 13 y las inferiores a tres años son 3. Nos encontramos, por tanto, con una penalidad particularmente baja aplicada a este tipo de delitos.

- **Las penas de inhabilitación**

Mayores son las penas de inhabilitación. Las inferiores a un año son 9; las inferiores a dos, 15; las inferiores a 3, 12; las inferiores a 4, una; una las inferiores a 7 años; 12 son las inferiores a ocho años y 14 las inferiores a nueve años. Con todo, y en conjunto, las probabilidades de que la pena de inhabilitación impuesta sea inferior a tres años son altas: son 36, frente a las 26 superiores a 8 años.

- **Los indultos**

El eje de todo es cuántas de esas condenas realmente se cumplen. Si, como vimos, desde 1982 los indultos a funcionarios públicos condenados por delitos contra la integridad han sido 40 y el conjunto de resoluciones condenatorias analizadas son en total 78, y aun asumiendo que pueden no coincidir los casos, en términos globales más de la mitad de las veces que se ha condenado, los responsables han sido indultados.

Procede recordar, además, que el TEDH se ha pronunciado respecto de las medidas de gracia a quienes han sido condenados por torturas. Como ya vimos en el capítulo 2, la sentencia del caso Asociación “21 de diciembre 1989” y otros c. Rumanía, de 24 de mayo de 2011, señala que “*La amnistía es generalmente incompatible con el deber que incumbe a los Estados de investigar los actos de tortura (véase Ould Dah c. Francia (dec.), N ° 13113/03, de 17 de marzo de 2009) y para combatir la impunidad de los crímenes internacionales. Esto también es cierto con respecto al perdón (véase Abdülsamet Yaman c. Turquía, n ° 32446/96, § 55, 2 de noviembre de 2004)*”.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Sentencia 33810/07, caso Asociación ‘21 de diciembre 1989’ y otros c. Rumanía, (Gran Sala), ya citada, párrafo 144.