

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

La tortura en relación con la banda terrorista ETA: estado de la jurisprudencia penal*

A la vez un comentario a la STS 2 noviembre
2011 (caso Portu y Sarasola)

Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA

1. Introducción

La entrada en vigor del vigente Código Penal de 1995 tuvo como consecuencia, en materia de tortura, un cambio sustancial. El entonces artículo 204 bis¹ pasó a conformarse como un delito autónomo —el actual artículo 174 CP— que inauguraba una vía de aproximación de su estructura típica a los estándares internacionales en la materia². La Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas

* El presente trabajo se inscribe en el marco de los *Proyectos de investigación* financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (*DER 2009-08167 subprograma JURI*), «Factores postdelictivos y peligrosidad postdelictual en la individualización de la respuesta penal», Investigador Principal Jon-M. Landa; y por el Gobierno Vasco (*GV IT 540-10*), «Individualización de las respuestas penales. Derecho comparado y armonización europea en sistema de sanciones», Investigador Principal Jon-M. Landa.

¹ Introducido, como señala Maqueda Abreu, María Luisa, «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1986, p. 444, con «desacostumbrado acuerdo» de todos los Grupos Parlamentarios en el Código Penal por Ley 31/1978, de 17 de Julio de modificación del Código Penal para tipificar el delito de tortura (BOE nº 172 de 20 de Julio de 1978) con el siguiente texto:

«La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos uno y cuatro del título ocho y capítulo seis del título doce de este código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial.

» Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en los artículos quinientos ochenta y dos, quinientos ochenta y tres, número uno, y quinientos ochenta y cinco, el hecho se reputara delito y serán castigados con las penas de arresto mayor y suspensión.

» En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

» La autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

» Igualmente se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.»

Sobre los antecedentes previos véase, por todos, el resumen de Barquin Sanz, Jesús, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992, p. 3 ss. También, la obra fundamental de Tomás y Valiente, Francisco, *La tortura judicial en España*, Barcelona, 2000, *passim*.

² Como ya reclamaba insistentemente la doctrina penal. Por todos De la Cuesta Arzamendi, José Luis, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, Barcelona, 1990, pp. 219, 220 y *passim*.

cruelles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984, en el plano universal, y su homónima, en el ámbito europeo (Convenio Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987), ya hacía tiempo que habían consolidado un modelo legislativo³ que se iba extendiendo y asumiendo por la Comunidad Internacional y que requería, por parte del Estado español, modificaciones en el ordenamiento interno para adaptarlo a las obligaciones adquiridas por la firma y ratificación de los instrumentos internacionales señalados⁴. Las modificaciones eran por tanto cuestión de tiempo y fue el nuevo Código Penal vigente⁵ el que finalmente fue aprovechado para impulsar esa necesaria adaptación a los estándares internacionales que deberían haber traído como consecuencia una mejora en la persecución de este tipo de criminalidad.

La mejora técnica en la conformación legislativa del delito de tortura en sentido estricto (artículo 174) no fue, sin embargo, la única novedad. También acompañaron a esa decisión político-criminal otras de calado⁶. Sin embargo, uno es el aspecto que más interesa destacar en el marco de esta contribución: la creación de otro tipo delictivo de atentado contra la integridad moral cometido igualmente por funcionario público abusando de su cargo pero «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior», esto es, sin ser constitutivo de tortura en sentido estricto (art. 174)⁷. Con ello se quiere subrayar que en la legislación vigente los comportamientos que se cometan en el ámbito criminológico de la tortura y los malos tratos, inhumanos o degradantes —en un sentido amplio— pueden ser recogidos en la práctica en dos tipos delictivos —el uno (art. 175) expresamente subsidiario del otro (art. 174)— que, además, admiten, los dos, tanto la comisión activa y omisiva (art. 176), como las modalidades de conducta grave y no grave, por lo que se viene a dibujar una gradación penológica de estos comportamientos prohibidos de hasta cuatro escalones.

Esta novedad ampliatoria del tradicional delito de torturas parece que abocaba a las nuevas figuras a un problema serio de indeterminación y de dificultad práctica a la hora de intentar una delimitación precisa y taxativa de conformidad con el man-

³ Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984, Artículo 1:

«1. 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 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.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.»

Modelo legislativo que arranca como señala González González, Rossana, *El control internacional de la prohibición de la tortura*, Granada, 1998, p. 77, de la definición que ya apuntaba la *Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1975*. Véase también sobre la evolución y consolidación de la definición de la tortura en el derecho internacional público y, en particular, en el derecho penal internacional sobre la base de la definición de la Convención de 1984, por todos, Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 119 ss.

⁴ Véase, por todos, el análisis que hacían pocos años antes de la modificación del Código Penal de 1995 Quel López, Javier/Fernández De Casadevante, Carlos, *La lucha contra la tortura (Aspectos de Derecho Internacional y de Derecho Interno español)*, Oñati, 1991, p. 85 ss.

⁵ Sin perjuicio de la modificación posterior por LO 15/2003 que vino a ampliar las finalidades típicas en el delito de tortura del artículo 174 a los supuestos en que la conducta se cometa «por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación». Reclama, sin embargo, recientemente, todavía más adaptaciones el Comité contra la Tortura (CAT/C/ESP/CO/5 de 19 de noviembre de 2009) al analizar el quinto informe periódico presentado en el marco de la Convención de 1984.

⁶ Así su misma ubicación sistemática en el Título VII ente los Delitos contra la integridad moral. Véase, al respecto, Muñoz Sánchez, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, p. 11.

⁷ Como señala Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 101, cumple la función de cierre del conjunto de conductas que la Convención de Naciones Unidas de 1984 insta a penalizar.

dato de determinación derivado del principio de legalidad penal⁸. Ello además no ya sólo por el hecho de tener que establecer criterios de delimitación entre cuatro categorías (tortura grave, no grave y atentado contra la integridad moral grave y no grave) sino, además, porque el legislador optó por una redacción del elemento objetivo de las conductas muy parca y confusa⁹.

A la luz del tenor literal de los tipos penales (art. 174 y 175) era previsible que debería de ser en gran medida la propia jurisprudencia la que intentara decantar criterios de interpretación claros y seguros. Y efectivamente a más de quince años vista de la entrada en vigor de estos preceptos se ha ido generando un cuerpo de jurisprudencia que está intentando llevar a cabo la mencionada labor¹⁰.

2. La jurisprudencia penal en materia de tortura en relación con ETA

2.1. Puede resultar especialmente ilustrativo de esa labor de decantación interpretativa el avance que se va produciendo a la hora de identificar el núcleo definitorio de la tortura y su grado de intensidad. En concreto, respecto del artículo 174, ya la Sentencia del TS 701/2001, de 23 de abril, estableció los elementos diferenciadores principales de la tortura en sentido estricto. Se trata de un supuesto en que agentes de la Guardia Civil golpean a los detenidos durante la detención, el traslado y en las dependencias del cuartel¹¹. El Fundamento Jurídico Primero de dicha senten-

⁸ Así lo advirtió la doctrina penal desde un principio. Véase, por todos, Grima Lizandra, Vicente, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia, 1998, p. 141.

⁹ El artículo 174 define la tortura, más allá de los fines típicos alternativos (indagatorio, vindicativo o discriminatorio) y de las cualidades del sujeto activo (autoridad o funcionario público abusando de su cargo), como aquella en que se «sometiere [a una persona] 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 artículo 175, de forma lacónica, sin señalar fin típico alguno, alude únicamente a que el mismo sujeto activo «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona». No le falta razón a Tamarit Sumalla, Josep María en Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.)/Morales Prats, Fermín (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009, p. 276, cuando asegura que el artículo 175 «(...) constituye probablemente el máximo exponente de la desgraciada técnica legislativa empleada en este título. La delimitación del ámbito de lo típico se efectúa a partir de una descripción indeterminada de la conducta (atentar contra la integridad moral de una persona), completada por una referencia al artículo anterior [artículo 174], ya por sí definido en términos bastante difusos al incluir «cualquier atentado contra la integridad moral». Véase, también, en el mismo sentido, la afirmación de Rodríguez Mesa, María José, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000, p. 244, señalando esta dificultad interpretativa como «[u]na de las cuestiones más reiteradamente criticadas por la doctrina».

¹⁰ Señala García Del Blanco, Victoria en Molina Fernández, Fernando (Coord.), *Memento Práctico. Francis Lefebvre. Penal 2011 (Actualizado a 6 de diciembre de 2010)*, Santiago de Compostela, 2010, p. 776, que en el período de tiempo comprendido entre los años 2002 y 2009 se cuenta con 35 resoluciones del Tribunal Supremo que aplican los tipos penales de los artículos 174 y 175, superando las condenas en diversos niveles el número de 250. Para un análisis jurisprudencial tanto interno como internacional véase también, por todos, el trabajo de Zúñiga, Laura, «El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional» en Pérez Álvarez, Fernando (coord.)/Núñez Paz, Miguel Ángel (coord.)/García Alfaraz, Isabel (coord.), *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Salamanca, 2007, p. 875 ss.

¹¹ Los Hechos Probados son los siguientes: «Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que el día 13 de marzo de 1997 sobre las 21.10 horas Mario R. V. en su condición de Guardia Civil adscrito al Puesto que dicho Cuerpo tiene ubicado en la localidad de Salas de los Infantes, se personó junto con su compañero de servicio en el interior del Pub «El Pozo» de dicha localidad donde surgió un incidente con los propietarios del establecimiento a causa de la comprobación que efectuaba el agente sobre determinados requisitos administrativos que debía reunir el establecimiento para poder permanecer abierto. Como consecuencia de dicho incidente —que ha sido objeto de enjuiciamiento en distinto procedimiento sin que por tanto afecte a la presente resolución— uno de los propietarios llamado Francisco Javier H. C., su hermano Roberto y el agente Mario R. V. cayeron al suelo tomando el agente la decisión de detener a Roberto H. C., lo cual provocó la oposición de los clientes del local que se acercaron a Mario R. V. quien desenfundó su arma corta reglamentaria, y haciendo además de accionar la corredera de la misma, conminó a los clientes a que se abstuvieran de impedir la detención que se proponía efectuar. Tanto Mario R. V. como su compañero de profesión se encontraban en ese momento de servicio y vestían el uniforme reglamentario de la Guardia Civil. Lograda la detención de Roberto H. C. fue conducido al vehículo policial, matrícula PGC-...-T, introduciéndolo en la

cia argumenta la aplicación del delito de torturas del artículo 174 esencialmente en atención al elemento teleológico, ya que dan por probado que actuaron movidos por ánimo de venganza personal ante los hechos.

Se trata por tanto de una de las primeras condenas por torturas revisadas y confirmadas por el TS¹² que tilda asimismo los hechos como no graves para lo cual afirma el Tribunal que:

«[n]o debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo, aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso.

En el supuesto que examinamos, aunque como tortura siempre es degradante de la dignidad humana, no puede afirmarse, sin embargo, que constituya un supuesto de especial gravedad de la integridad moral a los

parte trasera del mismo y encaminándose hacia el Cuartel de la Guardia Civil de Salas de los Infantes. En el momento de subir al vehículo policial Roberto no tenía lesión alguna en la cara. Una vez llegado a citado acuartelamiento el vehículo fue parcialmente introducido en el mismo y apeado Roberto H. fue insultado y golpeado en la cara por Mario R. V. provocándole una contusión nasal con hemorragia bilateral, razón por la cual, y ya en el interior de las dependencias policiales, se le cortó la misma mediante un pañuelo de papel. A continuación, Mario R. V., junto con otros dos Guardias Civiles se dirigieron nuevamente al Pub «El Pozo», con la intención de proceder a la detención de Iván G. G. quien había tenido igualmente participación en los incidentes antes citados, el cual fue inmovilizado mediante grilletes y trasladado al vehículo policial para su posterior traslado al Cuartel siéndole propinado por Mario R. V. en el interior del vehículo un codazo en su mentón izquierdo al tiempo que le insultaba con palabras tales como «hijo de puta», «cabrón», «me cago en tu madre». Mario R. V. regresó por tercera vez acompañado de los mismos Guardias que habían intervenido en la detención de Iván al Pub «El Pozo» con el fin de detener a Francisco Javier H. C. que también había intervenido en los incidentes previos procediendo igualmente a inmovilizarlo mediante grilletes para lo cual fue necesario vencer la resistencia que oponía a su detención siendo el grupo objeto de empujones y golpes por parte de los clientes del local en el momento de abandonar el mismo. Durante el traslado a las dependencias policiales el detenido fue insultado por el agente Mario R. V. Los tres detenidos permanecieron toda la noche en las dependencias del acuartelamiento de Salas de los Infantes y, concretamente, en la correspondiente al despacho del jefe de línea de la que únicamente salieron para prestar declaración ante agentes de un equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil con sede en la localidad de Aranda de Duero. Francisco Javier H. C. e Iván G. G. fueron golpeados en la cara —sin que se les causara lesión alguna— por el agente Mario R. V. cuando se encontraban en las dependencias policiales con sus manos inmovilizadas con esposas. Los tres detenidos, al ser informados de sus derechos en el mismo instante de su detención, solicitaron ser reconocidos por un Médico no siendo trasladados al ambulatorio de la Seguridad Social de dicha localidad, por separado, sino hasta las 1.45 horas, 2.20 horas y 3.20 horas. Con anterioridad a efectuarse dicho traslado por los agentes, un Médico perteneciente a dicho ambulatorio se había personado en el acuartelamiento al ser avisado de que tenía que reconocer a unos detenidos si bien al llegar al mismo fue informado de que el objeto de su reconocimiento eran unos Guardias Civiles que habían resultado lesionados. Tras efectuar la oportuna exploración abandonó el acuartelamiento al ser informado de que no había más personas a quienes reconocer. Las diligencias de lecturas de derechos se extendieron a las 21.15 horas respecto de Roberto H. C., a las 21.20 horas respecto de Iván G. G., y a las 21.30 horas respecto de Francisco Javier H. C. Los detenidos resultaron con las siguientes lesiones: a) Roberto H. C. sufrió policontusiones en tórax, zona lumbar derecha, brazo derecho, erosiones múltiples en brazo izquierdo, contusión nasal y epixtasis bilateral que ocasionó desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria. Igualmente le fue diagnosticado un síndrome por estrés postraumático. Tales padecimientos requirieron para su curación de una primera asistencia facultativa seguida de tratamiento médico consistente en cura local, tratamiento psiquiátrico con tranxilium y stilnox, así como revisiones diagnósticas por parte del servicio de otorrinolaringología donde —en un primer momento— le fue recomendado tratamiento quirúrgico corrector de la desviación del tabique nasal que padece siendo contraindicada la intervención con posterioridad. Dichas lesiones le impidieron dedicarse a sus ocupaciones habituales durante trece días. Como secuela persiste una desviación del tabique nasal con dificultad respiratoria. b) Iván G. G. sufrió lesiones consistentes en eritema en zona posterior del cuello y arañazo, contusión en zona malar izquierda y contusión en pierna izquierda, requiriendo para su curación de una primera asistencia facultativa no seguida de tratamiento médico ni quirúrgico curando sin secuelas a los cinco días, ninguno de los cuales estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales. c) Francisco Javier H. C. no sufrió lesiones. Le fue diagnosticado síndrome por estrés postraumático que requirió para su curación tratamiento médico de tipo psiquiátrico con administración de tranxilium y stilnox así como con aplicación de psicoterapia. Tardó en curar de dicho padecimiento ciento cinco días estando incapacitado para sus ocupaciones habituales durante los dieciocho primeros».

¹² Véase, sin embargo, casando en parte la condena y absolviendo del delito de atentado contra la integridad moral (art. 175/176) la fundamental STS de 16 de abril de 2003 que establece la doctrina interpretativa respecto del tipo de omisión del artículo 176 demandando para su aplicación una relación de jerarquía ente actor y omitente.

efectos de considerarlo acreedor del tipo agravado. Por lo que procede aplicar la pena de un año por cada uno de los tres delitos de tortura en que ha incurrido la conducta del acusado.»(FD 1)

La diferencia entre los delitos del artículo 174 y 175 se establece, por tanto, esencialmente en torno al elemento finalístico (tortura vindicativa, indagatoria o discriminatoria). Más difusa queda, sin embargo, la gradación del delito de tortura *ad intra*: el tribunal afirmaba en la sentencia del 2001 ya señalada que será contextual y caso por caso no necesariamente atendiendo a un posible resultado lesivo sino, principalmente a la especial intensidad del atentado contra la integridad moral.

Jurisprudencia más reciente, sin embargo, ha venido a intentar concretar ese criterio difuso de la «especial intensidad» del ataque con nuevos criterios. Así, recogiendo esta doctrina consolidada, la Sentencia del TS 1246/2009, de 30 de noviembre, confirma¹³ un supuesto de torturas graves en el caso de un ciudadano rumano, Celso, que es objeto —por confusión— de una detención como presunto autor de un delito de robo. Los Mossos de Esquadra practican una detención extremadamente violenta hasta el punto que varios viandantes rodean a los mismos rogándoles que cesen en la misma, con vejaciones, patadas, poniéndole el pie en el cuello, empujones violentos y llegándole incluso a introducir la pistola por la boca en su traslado a la comisaría amenazándole de muerte para lograr la confesión de los hechos. Se daba, además, la circunstancia de que la víctima era hemofílica, condición que desde el principio explicó que padecía¹⁴.

¹³ La Sentencia en cuestión casa en parte otra de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2008 pero no en lo que hace a la calificación del delito de torturas del artículo 174.

¹⁴ Los hechos probados tal y como se desprenden de la sentencia objeto de control casacional (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2008) son los siguientes:

«A.- Como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo por el Grupo de Atracos de la Unidad Regional de Investigación de Barcelona de la Policía de la Generalitat-Mossos de Esquadra, tendentes a averiguar la autoría de un delito de robo con violencia y lesiones perpetrado sobre las 15:00 horas del día 22-07-2006 en el domicilio sito en C/ DIRECCION000 n° NUM000 - NUM001 - NUM002 de la ciudad de Barcelona y, fundamentalmente en base a una diligencia de reconocimiento fotográfico efectuado el día 27-07-2006 por la víctima de tales delitos, en el cual —está reconocido— con bastantes dudas- al ciudadano rumano, Celso como posible autor; por parte del Jefe del reseñado Grupo de Atracos, el acusado Raúl, n° profesional NUM003, mayor de edad y sin antecedentes penales, se ordenó proceder a la detención del referido Celso, desplazándose, a tales efectos, a las inmediaciones del domicilio de éste, sito en C/ DIRECCION001 n° NUM004 de esta ciudad, vestidos de paisanos, los acusados: Efrain, Indalecio, Ovidio, Argimiro y Luis Antonio, todos ellos funcionarios del Cuerpo de Mossos de Esquadra con n°s profesionales: NUM005, NUM006, NUM007, NUM008 y NUM009, respectivamente, y todos ellos mayores de edad y carentes de antecedentes penales, sucediendo lo siguiente:

1.º Entre las 20:30 y las 21:00 horas del día 27-07-2006, cuando Celso salía de su domicilio, a fin de tomar un café, en compañía de su novia Leocadia, y de un amigo de ambos, los acusados Efrain, Indalecio, Ovidio y Argimiro, actuando de común acuerdo tanto en la acción como en el propósito de menoscabar la dignidad personal de Celso, sin importarles que, a consecuencia de ello se viera también menoscabada su integridad física, se le abalanzaron por la espalda, le pusieron la zancadilla, lo arrojaron de cara al suelo colocándolo boca abajo y esposándolo con las manos atrás, imposibilitando cualquier reacción defensiva suya, tanto por el uso del factor sorpresa como por la desproporción física y numérica, le propinaron los cuatro acusados mencionados indistintamente reiterados golpes y puñetazos por todo el cuerpo, pisándole la cabeza contra el asfalto y agarrándole por el cuello para impedir que gritase; todo ello sin identificación alguna y en presencia de un grupo de personas que se habían acercado al observar el hecho, viandantes que recriminaron en todo momento a los acusados su brutal actuación, pidiéndoles a gritos que cesaran de golpear a Celso. Fue en ese momento cuando uno de los acusados abrió su chaqueta, dejón entrever una pistola, sacó la placa, la mostró a los allí presentes y les expresó «dejennos en paz, que estamos haciendo nuestro trabajo», sin que conste acreditado que Celso, en el suelo, boca abajo y recibiendo golpes, pudiera apercebirse de la condición policial de los mencionados acusados.

Seguidamente, los acusados mencionados introdujeron a Celso en un vehículo policial que fue conducido por el acusado Argimiro, viajando como copiloto el acusado Ovidio y, sentado en el asiento posterior, junto a Celso, el acusado Indalecio, a fin de trasladarlo a la Comisaría de Mossos de Esquadra sita en la Trevessera de les Corts en calidad de detenido, ignorando Celso, en ese momento, el motivo de su detención.

2.º Durante el traslado de Celso hasta las dependencias policiales, el acusado Indalecio, actuando de común acuerdo con los dos acusados Ovidio y Argimiro, tanto en la acción como en el propósito de obtener de Celso el reconocimiento de los hechos que se le imputaban, pero que Celso desconocía, le introdujo en la boca la pistola que portaba, exigiéndole que: «reconócelo todo si no te tiraremos por un barranco», expresándole que: «si la jueza te suelta, te podemos matar, no serías el primero», obligándole

Se trata por tanto de un caso, a diferencia del anterior, de tortura indagatoria antes que vindicativa y que el TS confirma en su calificación de «grave». Se sanciona así la argumentación más detallada y concreta de la Audiencia Provincial respecto

a viajar con la cabeza hacia abajo y metida entre los asientos, al tiempo que lo agarraba del cuello y le golpeaba con la referida pistola en la espalda.

Asimismo, los acusados Argimiro y Ovidio golpearon e insultaron repetida e indistintamente con idéntico propósito a Celso, haciéndolo el primero de ellos, conductor del vehículo, cuando se detenía por los atascos del tráfico; haciendo, los tres, caso omiso de la petición, entre sollozos, que expresaba Celso, rogándoles que lo dejaran de golpear porque era hemofílico.

3.º Cuando llegaron al parking de la Comisaría de Travessera de Les Corts, los tres acusados mencionados hicieron descender del vehículo a Celso, y uno de ellos le cambió las esposas por otras nuevas, apretándoselas más fuerte y presionándoselas hacia abajo, al tiempo que el acusado Indalecio le seguía golpeando, a pesar de que el acusado seguía sollozando y rogando que parara, repitiendo que era hemofílico y podía morir, a lo que el agente le contestó: «más valía», saliendo, en ese momento, uno de los agentes —no identificado— que estaba aquella noche de servicio en comisaría y quien dijo a sus compañeros acusados que pararan, que había cámaras grabadoras.

A continuación, Celso fue introducido en un cuartito de las dependencias policiales y fue obligado a desnudarse por un agente no identificado a fin de observarle los golpes de los que se quejaba. Tras los trámites oportunos, Celso fue ingresado en un calabozo, siéndole entonces —y nunca antes— facilitado un impreso donde constaba la información de los motivos de su detención y de sus derechos como detenido. En dicho calabozo permaneció toda la noche, ya sin esposar y sin ser más golpeado y/o insultado, habiendo sido trasladado, a su requerimiento, a un hospital y, ulteriormente, visitado por el médico de la Comisaría. Sobre las 11:30 horas del día siguiente 28 de julio del 2006, trasa una serie de gestiones ordenados por el jefe de grupo y también acusado Raúl, todos los agentes actuantes y aquí acusados de dieron cuenta de que se habían equivocado de persona, sobre las 12:30 horas tomaron declaración a Celso a presencia de su letrado de oficio y, a continuación, le pusieron en libertad sin cargos, siendo acompañado a su domicilio por uno de los agentes acusados quien le pidió disculpas por lo sucedido.

4.º.—Como consecuencia de la agresión de que fue objeto Celso, hemofílico, condición manifestada por él mismo a los agentes acusados Indalecio, Ovidio y Argimiro, al ser golpeado por éstos dentro del vehículo policial, lo que no fue óbice para que le siguieran golpeando— el referido Celso sufrió policontusiones-hematomas (hematoma supraescapular izquierdo, brazo izquierdo y herida superficial en codo derecho) que requirieron para su sanidad, el día 30-07-2006, de tratamiento médico y, en concreto de tratamiento intravenoso con factor VIII dado que presentaba niveles bajos de hematies, hemoglobina y hematocrito, aunque no sangrado activo y, por tanto, sin riesgo vital; lesiones que tardaron en curar 15 días durante los cuales permaneció incapacitado para sus ocupaciones habituales y 2 de ellos hospitalizado.

Celso perdió el trabajo a consecuencia de la detención.

B.- Mientras tenía lugar la detención de Celso, entre las 20:30 y las 21:00 horas del referido día 27-07-2006 y en la misma C/ DIRECCION001 de esta ciudad, alrededor del nº NUM004, el acusado Luis Antonio, con la posterior ayuda del acusado Efrain, ambos de paisano y sin identificarse en ningún momento como policías, actuando ambos con el propósito de privarla de su libertad sin motivo alguno y, sin que resuelta acreditado que el resto de los acusados actuaran de común acuerdo en tal acción o participaran de tal propósito, apretaron del cuello, para que dejara de gritar, a la novia de Celso, Leocadia, a la sazón embarazada de tres meses, la sujetaron de ambos brazos y la agarraron fuertemente de sus cabellos, siendo arrastrada por ambos acusados hasta otro vehículo policial donde la introdujeron a la fuerza y la trasladaron a Comisaría, donde permaneció, obligada por los acusados, unas dos horas, tiempo durante el cual, ambos acusados le hicieron múltiples preguntas en relación a Celso y la engañaron a fin de que respondiera lo que ellos querían —manifestándole que su novio era proxeneta y que más le valía marchar a su país con su hijo—, sin que los agentes lograran su propósito puesto que en todo momento Leocadia se mantuvo convencida de la inocencia de su novio, reiterando a los agentes dónde estuvo con su novio Celso el día y a la hora en que se había cometido el robo con violencia y lesiones por el cual había sido detenido Celso. En ningún momento le manifestaron que estuviera detenida, pese a encontrarse privada de libertad de forma forzada.

Como consecuencia de estos hechos, Leocadia no sufrió lesiones ni precisó de asistencia médica alguna.

C.- En el espacio de tiempo comprendido entre las 22:00 horas del día 27-07-2006 y las 00:00 horas del día siguiente, los acusados, Indalecio y Luis Antonio, con el pretexto de acompañar a casa a Leocadia, se introdujeron en el domicilio de la citada y de Celso, a lo que accedió Leocadia y sin contar con el consentimiento ni de Leocadia ni de Celso, ni la presencia del interesado Celso que, bien podía haber estado al estar detenido, ni de autorización judicial, registraron el domicilio y, en concreto, el dormitorio de Celso y Leocadia donde abrieron cajones y armarios y de donde se llevaron algunas fotografías, así como el salón procediendo, asimismo, a identificar a las personas que vivían en el domicilio por tener habitaciones alquiladas.

Igualmente, dichos acusados, valiéndose de las llaves del vehículo titularidad de Celso y que las habían cogido de entre los efectos personales del detenido Celso, procedieron a registrarlo, sin que conste acreditado que se llevaran unas gafas de sol.

D.- No ha quedado acreditado que Raúl, Jefe del Grupo de Atracos de los Mossos de Barcelona, con nº profesional NUM003, impidiera la lectura de derechos y la asistencia de letrado al detenido ni que manipulare el contenido del Atestado policial.»

de los criterios que deben atenderse para determinar la intensidad del ataque al bien jurídico que asienta el tribunal de instancia en los siguientes términos:

«De los dos subtipos de tortura contemplados en el art. 174 C. Penal, resulta de aplicación el de carácter grave, puesto que supone un grave atentado contra la integridad moral. Para ello, se atiende a las circunstancias de tan alta intensidad en que se desarrolla este atentado contra la dignidad humana. El mismo se prolongó en el tiempo: desde que cuatro personas de complexión atlética (que luego resultan ser mossos de escuadra) se abalanzan sobre una de complexión menuda, tras esposarlo, manos atrás y boca abajo en el suelo, le colocan un pie sobre su cabeza y le propinan patadas reiteradamente en las costillas; todo ello a la luz del día, en una vía pública y con numerosos ciudadanos congregados.

Lo arrastran para introducirlo en el vehículo y, ya dentro del mismo, es cuando se produce el episodio narrado en el anterior párrafo [introducción de la pistola en la boca con amenazas hasta hacerlo llorar]. A ello cabe añadir que, al llegar a Comisaría, los tres agentes acusados y a los que luego nos referiremos al analizar la autoría, le siguen golpeando, insultando y vejando. Todo ello con el Plus que comporta la circunstancia de que Ismael fuera hemofílico, que así lo avisó a los agentes, a lo cual éstos hicieron caso omiso y le siguieron golpeando, a pesar del riesgo vital que ello comportaba. Dicha situación es digna para generar temor y miedo en cualquier persona y así lo debió de sufrir Ismael. Todavía recuerda este Tribunal a Ismael en el juicio oral cuando expresó que ignoraba quienes eran aquellos hombres, que pensó que eran delincuentes y que solo se tranquilizó cuando llegaron a Comisaría porque, entonces, comprendió que eran policías... Ciertamente, no es ésta la actuación que se espera de unos agentes integrados en una Policía formada en un Estado de Derecho. Ciertamente NO y, es por ello que esta actuación aislada de unos agentes que se desviaron de sus correctas obligaciones debe de ser juzgada, como lo está siendo, por el Poder Judicial, revistiendo toda esta actuación conjunta y prolongada (desde las 21:00 horas hasta las 13:30 horas del día siguiente, siendo abandonado Ismael en un calabozo sin más explicaciones, hasta que, descubierto el error, se le piden disculpas de forma sibilina), que no puede ser calificada sino de extrema crueldad, como GRAVE, todo ello sin contar con las lesiones físicas padecidas por Ismael que, como establece el art. 177 CPenal, deben de ser objeto de castigo independiente, conforme al delito o falta en el que se integren.»

La gravedad se basa en criterios de duración temporal del ataque a la integridad moral, su exposición pública, cantidad de golpes y de acometimientos físicos, especial situación de vulnerabilidad de la víctima (condición de hemofílico) y actos de vejación especialmente intensos (introducción de pistola en la boca con amenazas hasta hacerle llorar). Por tanto, aunque el resultado lesivo físico no es lo determinante como punto de partida, a la hora de especificar qué criterios deben informar la gravedad del ataque se señalan la duración temporal, la modalidad del acometimiento (número de golpes, circunstancias de lugar, su carácter físico...), especial vulnerabilidad de la víctima así como un criterio cualitativo indeterminado de cierre relativo a la «especial intensidad vejatoria» de los actos¹⁵.

2.2. Baste lo expuesto como botón de muestra de la evolución y esfuerzos de la jurisprudencia por aquilatar el tipo penal del artículo 174 e incluso los criterios de

¹⁵ Esencialmente coincidente el resumen de los criterios jurisprudenciales que indica García Del Blanco, Victoria, *op. cit.*, p. 781, quien alude a la irrelevancia del resultado lesivo, a la duración del ataque, su contexto, naturaleza, circunstancias y forma de ejecución, así como las circunstancias personales del sujeto pasivo.

gradación según gravedad, como reflejo también de una práctica de control y aplicación de los tipos creciente¹⁶. Resulta, sin embargo, llamativo, como contraste, que no se hayan producido pronunciamientos jurisprudenciales condenatorios por delitos de torturas del artículo 174 (ni tampoco del artículo 175) en relación a actuaciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado contra miembros —o presuntos miembros o colaboradores— de la banda terrorista ETA al amparo de la normativa antiterrorista. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 30 de diciembre de 2010 (*caso Portu y Sarasola*) que condenó por delito de torturas graves (art. 174) a un sargento y tres guardias civiles supuso, por ello, una auténtica excepción que generó un gran debate y enorme atención mediática¹⁷. Lo que parecía que iba a convertirse en la primera condena firme, no obstante, resultó revocada por el TS en su Sentencia de 2 de noviembre de 2011 que absolvió a todos los acusados¹⁸.

En consecuencia, desde que por Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2003 se confirma en parte la condena de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de julio de 2001 (¡por unos hechos nada más ni nada menos que de noviembre de 1980!)¹⁹, no ha habido ninguna sentencia que imponga penas por el

¹⁶ Véase, también, en la misma línea de establecimiento de criterios aunque respecto del artículo 175, la reciente STS de 23 de noviembre de 2011, que condena a un Mosso de Esquadra, por atentado no grave contra la integridad moral a resultados de golpes reiterados contra el detenido que además es obligado a desnudarse del todo de manera totalmente injustificada. En el Fundamento de Derecho Cuarto, se argumenta la no gravedad del atentado porque, en primer lugar, las lesiones y padecimientos ocasionados son de menor gravedad (aunque se reprocha al Tribunal de instancia y a las acusaciones no haber tenido en consideración la lesión —más importante— del tabique nasal) y, en segundo lugar, el desnudo integral que le obligaron a practicar al detenido apenas si duró entre 10 y 15 segundos (lapso temporal). Véanse también las condenas ratificadas por STS de 30 de septiembre de 2009 (delito de torturas, no grave, del art. 174 por golpear, tras una detención injustificada, con resultado de hasta 15 menoscabos físicos por venganza a causa de incidentes anteriores); STS de 25 de septiembre de 2009 (delito de atentado no grave a la integridad moral del art. 175 por abofetear y dar patadas a esposados que no presentan resistencia, acosándoles con anuncio de graves acusaciones y sometiéndoles a traslados y encierros innecesarios); STS de 2 de junio de 2010 (delito de atentado no grave a la integridad moral del art. 175 por propinar una bofetada humillante); STS de 4 de diciembre de 2010 (delito de atentado no grave a la integridad moral del art. 175 por golpear y amenazar verbalmente con matar al detenido y follarse a su mujer en caso de que los denunciara); y la STS de 8 de febrero de 2011 (delito de atentado no grave a la integridad moral del art. 175 por golpear reiteradamente al perjudicado que iba a ser detenido tras una persecución y que no podía reaccionar al encontrarse aprisionado por el ciclomotor y un vehículo de la policía).

¹⁷ Véase, por todas, la reseña del *El País* del mismo día de publicación de la sentencia en http://elpais.com/elpais/2010/12/30/actualidad/1293700619_850215.html (último acceso el 27 de febrero de 2012) que recoge, asimismo, el comunicado público hecho por la Asociación Pro Guardia Civil (APROGC) solidarizándose con los condenados.

¹⁸ Véase *Infra* apartado 5.

¹⁹ Circunstancia tan anómala que determinó la inclusión de un Fundamento de Derecho Preliminar cuyos términos literales, haciendo mención al «oscurantismo» y «opacidad» de la actuación policial de entonces, merecen ser parcialmente reproducidos a continuación:

«La sentencia objeto de la censura casacional condena a los recurrentes, guardias civiles destinados en el acuartelamiento de La Salve en Bilbao, como autores de los delitos de torturas que se declaran en la sentencia, y a uno de los recurrentes por un delito de prevaricación del art. 359 del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

Los hechos tienen lugar en el mes de noviembre de 1980, es decir, hace 23 años. Afortunadamente el ordenamiento jurídico, de entonces a acá, se ha dotado de suficientes instrumentos para evitar, o al menos reducir, espacios descontrolados de actuaciones de investigación de hechos delictivos. De manera que hoy son llamativos los plazos de detención policial establecidos en la legislación de la época a la que se remontan los hechos, así como las limitaciones a la actuación jurisdiccional de control adoptadas, sin base jurídica alguna, por los órganos de dependencia orgánica que hoy serían impensables.

La actuación investigadora por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se envolvía en tal oscurantismo y opacidad que motivó la denuncia de los hechos en prevención de lo que pudiera ocurrir y sin mayor base que la existencia de experiencias vividas, en este caso, por ciudadanos del pueblo cuya corporación municipal interpone la denuncia, posteriormente ampliada mediante querrela. En el presente sumario, la tramitación ha sido ciertamente complicada, se plantearon cuestiones de jurisdicción, resueltas inicialmente por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo y, recurrida en amparo, por el Tribunal Constitucional; la causa fue archivada en dos ocasiones y concluida sin procesamiento en otra, con las subsiguientes impugnaciones que dieron lugar a su definitivo enjuiciamiento; los imputados declararon en el procedimiento seguido ante la jurisdicción militar y, remitida a la ordinaria, a través de exhorto en sus nuevos destinos a inicios de los años 90. Se practicaron numerosas ruedas de reconocimiento, 42 el día 24 de febrero de 1988, 63 del 16 al 20 de diciembre y otras 16 el catorce de marzo de 1989, la mayoría de ellas infructuosas, pues reconocimientos de identidad en el delito objeto de la acción

delito de torturas (o el tipo subsidiario del artículo 175) muy a pesar de que, como es sabido, es en materia antiterrorista donde la tensión y la presión a que se ven sometidas las fuerzas policiales resulta extraordinaria debido a la gravedad y naturaleza de las conductas delictivas. La lucha antiterrorista es, sin género de dudas, un campo especialmente abonado a posibles excesos en el normal actuar de los funcionarios públicos aplicados a la investigación y persecución de estos crímenes²⁰.

Haciendo historia de las condenas por torturas en aplicación de la normativa antiterrorista a presuntos miembros de ETA, sólo hay, hasta la fecha, pronunciamientos con base en el artículo 204 bis del anterior Código Penal de 1973. En concreto, salvo error u omisión²¹, catorce serían en total las sentencias condenatorias. Deberíamos remontarnos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1985 como el primer supuesto de castigo firme por torturas. Los hechos, de extraordinaria dureza, se remontan a junio de 1979²² determinando esa primera condena a la que siguieron

ejercitada sólo se realiza respecto a tres de los imputados, aunque uno de ellos haya sido reconocido por varios de los querellantes.

Pese a la dilatada en el tiempo instrucción son pocas las diligencias de prueba practicadas. Como antes señalamos, los imputados declararon prácticamente al inicio de la investigación y lo volvieron a realizar, mediante exhorto, transcurridos más de diez años de la primera declaración. Otros diez años después, declararon en el juicio oral. Los perjudicados y querellantes, han declarado, primero al tiempo de su detención con escasas manifestaciones en cuanto a las torturas que posteriormente amplían y desarrollan en sucesivas declaraciones. Las periciales con las que se cuenta son las que fueron realizadas al tiempo de la declaración en el juzgado central de instrucción y el tribunal echa en falta una pericial más detallada sobre etiología y evolución de las lesiones declaradas. Las resoluciones sobre jurisdicción competente, archivos, estimaciones de los recursos y períodos de paralización para la emisión de escritos, han supuesto la extraordinaria dilación en el tiempo de la tramitación, dilación en la que convergen tanto el tribunal, como acusadores y acusados (...).

²⁰ Nótese que el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos registra una evolución interpretativa de creciente garantismo a la hora de interpretar la prohibición absoluta de la tortura del artículo 3 del CEDH precisamente en materia antiterrorista a pesar de las dudas iniciales al respecto tal y como se reflejó en el caso Irlanda c. Reino Unido 18 de enero de 1978. Santamaría Arinas, René, en Lasagabaster Herrarte, Iñaki (Dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Pamplona, 2009, pp. 46 y 47.

²¹ De conformidad con las búsquedas llevadas a cabo en la base de datos de jurisprudencia WESTLAW (Thomson/Aranzadi) y del CENDOJ. Búsquedas realizadas, como última fecha, hasta el 29 de febrero de 2012. La búsqueda se ha concentrado en aquellos supuestos en que hubo recurso ante el Tribunal Supremo ya que, es de presumir, que se produjo en la mayoría de las condenas en instancia. La mención a las condenas, por tanto, siempre toma como referencia temporal el pronunciamiento, que otorga firmeza, de la sentencia correspondiente al Tribunal Supremo. Queda abierta, por tanto, la posibilidad de condenas no registradas en este estudio en instancia que no llegaron hasta dicho Alto Tribunal o que no resultan accesibles mediante las bases de datos manejadas.

²² Los hechos probados de la sentencia tal y como se incorporan de la Sentencia de instancia (Audiencia Provincial de Bilbao de 29 de marzo de 1983) recogen el caso de un médico de 26 años al que se detiene el 13 de junio de 1979 por su presunta vinculación a ETA militar y se le traslada a la Jefatura de la Policía de Bilbao donde se le mantuvo 9 días incomunicado. Durante siete días, dice la sentencia, en la denominada «Biblioteca» del sótano, entre 12 y 14 personas distribuidas y turnándose en grupos practicaron los siguientes actos:

«1) apaleamiento, mediante puñetazos, tiro reside pelo, golpes propinados con el mango de una fregona o con; libros de grueso volumen en la cabeza, patadas y golpes en el cuello con una porra o 'defensa' de las utilizadas por las fuerzas de la Seguridad del Estado. 2) Hacerle permanecer esposado y colgado de manos y pies de un palo colocado entre dos mesas, logrando que se manifestara hacerle pasar las dos piernas por el hueco formado por los dos brazos esposados. 3) Aplicarle en la posición descrita en el punto anterior descargas eléctricas en las manos, sienes y orejas. 4) Hacerle realizar continuas flexiones de piernas así como caminar en cuclillas con los brazos extendidos, hasta sobrepasar su resistencia física, propinándole golpes en el momento que caía o trataba de descansar. 5) Hacerle permanecer, con los pies' amarrados a una tubería adosada a la pared acostado sobre una mesa en la que sólo tenía apoyo la parte inferior del cuerpo, de suerte que el tronco y la cabeza permanecían sin apoyo de clase alguna; en esta situación, que generaba graves dificultades respiratorias y práctica imposibilidad de hablar, sólo indicaba que si tenía algo que decir que abriera las manos; en ocasiones se le levantaba la cabeza para que pudiera hablar y si no contestaba o la respuesta no parecía satisfactoria, se le dejaba caer de nuevo. 6) Someterle a interrogatorios prolongados e imprevistos a cualquier hora de la mañana, tarde o noche, impidiéndole, con ello, dormir con regularidad y ocasionando con ello la natural fatiga y derrumbamiento físico y psíquico. 7) Dándole en todo momento un trato humillante y despectivo, utilizando él teuteo, manifestándole no tener derechos humanos de ningún tipo, diciéndole que le aplicarían descargas eléctricas en los testículos para dejarle impotente, apuntándole con una pistola, fingiendo con palabras y gestos que iban a oprimir el gatillo, anunciándole que sería sacado al campo para ejecutarse haciéndole cavar previamente un agujero para enterrarle y, finalmente, advirtiéndole que podría morir si revelaba lo que en tales dependencias policiales había ocurrido.»

otras tres²³ durante la década de los 80 y otras 9 condenas la década de los 90 (concentrándose cuatro de ellas en el año 1998 y dos en 1999)²⁴. La última del TS, como ya hemos señalado, por hechos acaecidos en noviembre de 1980 en el pueblo vizcaíno de Amorebieta/Zornotza, y tras un proceso especialmente irregular de más de veinte años, se dictó el 19 de noviembre de 2003.

Debe subrayarse que la historia de condenas por torturas en el contexto de actuaciones antiterroristas contra ETA arranca relativamente «tarde» teniendo que esperar hasta el año 1983 para obtener un primer pronunciamiento de instancia que gana firmeza en 1985. Y enfatizamos «tarde» habida cuenta que el primer supuesto de condena por torturas ya señalado presenta un patrón de tal gravedad que hace virtualmente imposible pensar que se trata de un hecho aislado, sino más bien sistemático²⁵, que hubiera requerido de una reacción generalizada de control judicial. Comienza tarde, se desarrolla, sin embargo, a cuentagotas prácticamente a razón de una sentencia condenatoria cada dos años²⁶ y termina, de manera abrupta, con la sentencia del TS de 19 de noviembre de 2003. Termina además con la sombra de una política de indultos que se cifra al menos en 12 agentes indultados por torturas y malos tratos en actividades contraterroristas²⁷ cuando menos en flagrante contradicción con la jurisprudencia de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos que indica, de forma expresa, que los culpables de tortura no deben bene-

²³ STS 27 de marzo de 1987 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 26 de mayo de 1984 por hechos acaecidos inicialmente en Julio de 1980); STS de 25 de septiembre de 1989 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de septiembre de 1985 por hechos acaecidos inicialmente en febrero de 1981); STS de 24 de febrero de 1990 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 21 de noviembre de 1986 por hechos acaecidos inicialmente en octubre de 1983).

²⁴ STS de 13 de diciembre de 1993 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 16 de noviembre de 1990 por hechos acaecidos inicialmente en mayo de 1981); STS de 1 de febrero de 1994 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián de 22 de septiembre de 1992 por hechos acaecidos inicialmente en julio de 1983); STS de 19 de diciembre de 1996 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de octubre de 1994 por hechos acaecidos inicialmente en noviembre de 1984); STS de 25 de enero de 1998 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 28 de enero de 1997 por hechos acaecidos en abril de 1982); STS de 2 de junio de 1998 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 18 de febrero de 1997 por hechos acaecidos inicialmente en Noviembre de 1983); STS de 3 de julio de 1998 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 1997 por hechos acaecidos inicialmente en Septiembre de 1982); STS de 30 de septiembre de 1998 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 7 de noviembre de 1997 por hechos acaecidos inicialmente en enero de 1992); STS de 25 de enero de 1999 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 28 de enero de 1997 por hechos acaecidos en Abril de 1982); y, finalmente, STS de 31 de mayo de 1999 (revisando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 17 de febrero de 1998 por hechos acaecidos inicialmente en Febrero de 1984).

²⁵ Como han reiterado de manera constante las organizaciones internacionales de monitoreo de los derechos humanos tanto oficiales como no gubernamentales que calificaban la práctica de la tortura en el Estado español en las décadas de los 70 y los 80 como sistemática. Véase *Infra* apartado 4.

²⁶ Desde la primera en 1985 se suceden las siguientes en 1987, 1989, 1990, 1993, 1994, 1996 siendo, en el año 1998, donde se concentra el mayor número de condenas (4), dos más en el año 1999, para luego producirse un salto hasta el año 2003 donde se sitúa la última.

²⁷ Según la información disponible a través de los buscadores de la base de datos del BOE, se han otorgado hasta la fecha al menos un total de 33 *indultos* en materia de torturas o malos tratos (relativos a funcionarios policiales) en general. En concreto: Reales Decretos 343/1995 y 347/1995, de 3 de marzo; 1465/1998, 1467/1998, 1469/1998, 1472/1998 y 1473/1998, de 3 de julio; 1793/1998, de 31 de julio; 1268/1999, 1272/1999 y 1274/1999, de 16 de julio; 288/2000, 2918/2000, 2923/2000, 2949/2000, 2960/2000, 2997/2000, 3007/2000, 3008/2000, 3010/2000, 3024/2000, 3030/2000, 3035/2000, 3044/2000 y 3053/2000, de 1 de diciembre; 697/2006, de 2 de junio; 1137/2011 y 1139/2011, de 22 de julio. A los que habría que añadir otros cinco indultos concedidos recientemente (febrero de 2012) a los autores de las torturas infligidas al ciudadano rumano Celso condenadas por STS de 30 de noviembre de 2009 y referidas *supra* apartado 2. Véase al respecto la información en el diario Público <http://www.publico.es/espana/422658/el-gobierno-indulta-a-cinco-mossos-condenados-por-torturas> (ultimo acceso 27 de febrero de 2012).

De los cuales *al menos 12 hacen referencia a delitos de tortura en el contexto de actuaciones contraterroristas con relación a presuntos miembros o colaboradores de ETA*. En concreto: Reales Decretos 343/1995 y 347/1995, de 3 de marzo; 1268/1999, 1272/1999 y 1274/1999, de 16 de julio; y 2949/2000, 3007/2000, 3024/2000, 3030/2000, 3035/2000, 3044/2000 y 3053/2000, de 1 de diciembre.

ficiarse de medidas de gracia de ningún tipo si el Estado quiere evitar minar la eficacia de la prohibición del artículo 3 CEDH mediante la impunidad de los agentes²⁸.

En veinticinco años desde la entrada en vigor de la Constitución (1978-2003) se registran, por tanto, 14 condenas firmes. Desde el año 2003 hasta la fecha ninguna. Debe tenerse en cuenta además que si se repara en la fecha de los hechos enjuiciados y no en la del pronunciamiento judicial²⁹, se restringe aún de forma mucho más drástica el periodo de tiempo en que se constata, a nivel judicial, hechos probados de tortura. En concreto, de las 14 sentencias se derivaría que la tortura probada judicialmente se detiene a principios de los 90 e incluso que se restringe casi exclusivamente al periodo 1979-1984. Desde este punto de vista prácticamente en los últimos veinte años no se ha probado que haya habido torturas en el actuar contraterrorista de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado contra ETA³⁰.

Una posible interpretación de lo hasta ahora expuesto sería aquella según la cual la ausencia de condenas indicaría que dicho fenómeno de la tortura habría desaparecido. La progresiva profesionalización de la policía y la mejora, en definitiva, de los mecanismos institucionales y judiciales tanto preventivos como punitivos, habrían dado como resultado la desaparición de dicha lacra al menos en el campo más sensible de la lucha antiterrorista. Una tal interpretación, sin embargo, parece entrar en contradicción, en primer lugar, con diversos pronunciamientos —algunos muy recientes— tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e incluso de la Audiencia Nacional y el propio Tribunal Supremo. Y en segundo lugar no parece que la hipótesis interpretativa de la desaparición de la tortura se compadezca con los pronunciamientos de los organismos internacionales, tanto oficiales como no gubernamentales, de control y monitoreo de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Veamos ambos aspectos de forma necesariamente sintética.

3. La investigación de la tortura por los Tribunales

En el año 2010 se han venido acumulando algunos pronunciamientos muy significativos sobre el fenómeno de la tortura con relación a actuaciones antiterroristas frente a presuntos miembros de ETA. En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 abril de 2010 relativa al denominado «caso Egunkaria»³¹, en su Fundamento Jurídico 4.1., se vierte una afirmación inequívoca sobre la ausencia de control «suficiente y

²⁸ Santamaría Arinas, René, *op. cit.*, p. 58.

²⁹ El lapso temporal entre el momento de comisión de los hechos y la fecha en que recae sentencia en instancia y, posteriormente, deviene firme, resulta extraordinariamente dilatado en la práctica totalidad de los supuestos analizados. Recoge y analiza, recientemente, este aspecto crítico desde la óptica del impacto negativo en la víctimas Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *Indarkeria politikoaren ondorioz izandako giza eskubideen urraketan biktimak. Víctimas de vulneraciones de derechos humanos derivadas de la violencia de motivación política. Victims of human Rights violations derived from politically motivated violence*, Vitoria-Gasteiz, 2009, pp. 337 y 338.

³⁰ De las catorce sentencias analizadas, 12 hacen referencia a hechos acaecidos a principios de los años 80 (entre 1980 y 1984), una, la primera, a hechos de 1979 y otra, la STS de 30 de septiembre de 1998 (*caso Kepa Urra*), a hechos que se remontan a enero de 1992. El grueso de condenas revisa, por tanto, únicamente hechos entre 1979 y 1984 por lo que, con la excepción del *caso Kepa Urra*, se abre un periodo de tiempo de más de 25 años (1985-2012) en que prácticamente (¡una!) no hay condenas firmes por torturas.

³¹ Para un análisis del caso, con especial atención a la medida de cierre del periódico con base en el artículo 129 del Código Penal véase De la Cuesta, José Luis/Muñagorri, Ignacio (Dir.), *Clausura de medios de comunicación vascos. Egin, Egin irratia, Euskaldunon Egunkaria*, Eusko Jaurlaritza/Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2008, *passim*. Debe notarse que el cierre cautelar devino en definitivo por imposibilidad de continuar con el proyecto empresarial quedando abocado al cierre definitivo muy a pesar de que, posteriormente, la propia Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2010, en su Fundamento Jurídico cero, señaló literalmente lo siguiente: «Por lo tanto, el cierre provisional o cautelar de Euskaldunon Egunkaria, único diario que existía en euskera, no tenía habilitación constitucional directa y carecía de una norma legal especial y expresa que la autorizara. Por otro lado, el art.129 del código penal, pudiera ser una cobertura incierta e insuficiente porque un periódico diario no admite, como decimos, ser considerado como una empresa cualquiera, además de que la aplicación de esa norma en

eficiente» de la detención incomunicada dejando constancia de la duda sobre las posibles torturas y malos tratos que tuvieron lugar. Asegura el Tribunal:

«Por último, en la valoración de las declaraciones de los procesados tiene especial relevancia que las denuncias de estos sobre malos tratos y torturas sufridos durante la detención incomunicada —que fueron relatadas con detalle en la vista oral y antes ante el instructor y objeto de denuncia en los tribunales— son compatibles con lo expuesto en los informes médico-forenses emitidos tras ser reconocidos en el centro de detención, si bien el Tribunal no puede llegar a conclusiones jurídico penalmente relevantes sobre el particular salvo constatar que no hubo un control judicial suficiente y eficiente de las condiciones de la incomunicación.»

A la sombra de duda de torturas expresada por la propia Audiencia Nacional en un caso tan emblemático y respecto de personas inocentes, pero detenidas por su presunta vinculación a ETA, se anudan dos recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero de 28 de septiembre de 2010 (*Caso Argimiro Isasa*)³², que estima parcialmente la demanda interpuesta al apreciar una violación del artículo 3 del Convenio en su parte procesal. El Tribunal revisa un caso de detención por presunta pertenencia a ETA que se remonta a mayo de 2002, con evidencias médicas constatadas (hematomas, costilla rota...), que, sin embargo, no fueron eficazmente investigadas. Señala el Tribunal que «(...) las jurisdicciones internas rechazaron pruebas que podían haber contribuido al esclarecimiento de los hechos, concretamente, a la identificación y castigo de los eventuales responsables, como exige la Jurisprudencia del Tribunal y recomendada (sic) por el CPT. En conclusión, teniendo en cuenta la ausencia de una investigación profunda y efectiva respecto a las alegaciones defendibles del demandante según las cuales sufrió malos tratos durante la detención, el Tribunal considera que ha habido violación del artículo 3 en su parte procesal.». No se puede, por tanto, determinar una violación sustantiva de la prohibición de la tortura porque no hubo una investigación eficaz que hace imposible entrar al fondo de la cuestión y de ahí el reproche del Tribunal³³. A la citada sentencia ha seguido otra más reciente en la misma línea, *Caso Beristain Ukar* contra España de 8 de marzo de 2011, que confirma una violación del artículo 3 del Convenio en su aspecto procesal esta vez respecto de una detención practicada en Donostia/San Sebastián por presuntos hechos de Kale Borroka³⁴.

Por último, son ya el propio Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo quienes han venido a incidir en la misma línea. El TC (STC 63/2010, de 18 de octubre) recoge la doctrina del órgano judicial de Estrasburgo en otro caso de detención (*caso Majarinas*) por terrorismo en febrero de 2005 y, en alusión directa a los casos *Martínez Salas* y *Argimiro Isasa* del Tribunal de Estrasburgo, subraya el máximo órgano constitucional la vigencia del «canon reforzado» que ha de regir en materia de prohibición absoluta de la tortura, reprochando a los órganos judiciales que archivaron la investigación la omisión de la práctica de medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos. Otorga así el amparo, declara la nulidad de los Autos de sobreseimiento y retrotrae las actuaciones correspondientes.

Finalmente, el TS (STS 483/2011, de 30 de mayo) revisa en casación un supuesto de colaboración con organización terrorista del año 2009 (Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de Julio de 2010). En su Fundamento de Derecho Primero analiza

el sentido indicado puede estar resucitando la vigencia del art. 21.1 LO 9/1984 que fue expulsado del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional.»

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección 3ª). *Caso Argimiro Isasa* contra España. Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

³³ En la misma línea véase el *Caso Martínez Sala* y otros contra España. Sentencia del TEDH (sección 4ª) de 2 de noviembre de 2004. Sobre la violación procesal y sustantiva véase, por todos, *Santamaría Arinas, René, op. cit.*, pp. 57-59.

³⁴ Sentencia del TEDH (sección 3ª) de 8 de marzo de 2011.

las actuaciones del juez de instrucción y después de subrayar el especial papel de garante de los derechos del detenido que le compete en situación de incomunicación le reprocha literalmente no haber cumplido adecuadamente con su función «(..)

«(...) al recibir la información médica a la que se ha aludido, que le obligaba a indagar en concreto la posible causa de los traumatismos de Alcocer Gabaldón. Y tampoco cuando, no obstante la reiteración de la denuncia de malos tratos realizada por esta a su presencia, consintió en degradar su declaración judicial al trámite infralegal de mera burocrática ratificación de las actuaciones policiales en que se convirtió.»³⁵

4. Los informes de control de organismos internacionales

Los aspectos críticos señalados al máximo nivel por los altos Tribunales españoles (AN, TC, TEDH) sobre las carencias en punto a una investigación eficaz, parecen encontrar refrendo en la corriente mayoritaria de las actividades de los organismos oficiales y no oficiales (ONG) de control y monitoreo de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

La tortura en España ha sido objeto de observación y escrutinio regular y sistemático por organismos intergubernamentales como el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas y el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT). Asimismo, organismos como Amnistía Internacional o *Human Rights Watch* han prestado atención con regularidad a este fenómeno y sus peculiaridades. Estos órganos de derechos humanos llevan ya mucho tiempo expresando preocupación por casos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes infligidos por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en España y, enlazando con los pronunciamientos judiciales ya señalados, por la impunidad efectiva de los responsables en muchos de ellos. Así mismo, han mostrado su preocupación por la persistencia de las deficiencias en relación a las garantías de los detenidos, y por la demora y la falta de investigación de estos hechos por parte de los tribunales ordinarios competentes.

4.1. El CPT. Desde la ratificación y entrada en vigor para el Reino de España del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes, el 1 de septiembre de 1989³⁶, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura —CPT— ha visitado España en doce ocasiones, la última de ellas precisamente durante dos semanas a partir del 31 de mayo de 2011. De ellas, se han

³⁵ El Tribunal Supremo finaliza dicho Fundamento de Derecho Primero con la siguiente conclusión que no deja lugar a dudas:

«Es claro que aquí y en este momento, no se trata de enjuiciar el proceder de los agentes de la Guardia Civil (que ha sido o es objeto de una causa *ad hoc*), sino estrictamente la calidad procesal de los resultados y de los de la actuación del Juez de Instrucción, en orden a la formación de la convicción de la Audiencia sobre la imputación formulada contra la recurrente. Y, ya en este plano, hay que decir que los primeros presentan indudables sombras, que no pueden dejar de afectar a su atendibilidad. Porque, en el contexto, lo denunciado por Alcocer Gabaldón no es implausible. Y porque su declaración fue obtenida al margen y con omisión de la precisa cautela impuesta por el instructor al modo policial de operar. A lo que se une que el carácter meramente rutinario de la actuación de este último, no obstante las circunstancias que constan, hizo que no sirviera para aportar al fruto de la intervención de la Guardia Civil el *valor añadido* que sólo la *interposición judicial efectiva* puede aportar. Por ello, la conclusión que se impone es que la fuente de conocimiento de que dispuso la sala de instancia nunca dejó de ser exclusivamente policial, por el patente déficit de judicialidad señalado, y esto es algo que no podría darse sin grave daño del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio. Así, y por todo, el motivo tiene que estimarse.»

³⁶ De conformidad con el Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 159/1989, de 5 de julio de 1989.

hecho públicos once informes, el último, relativo a la visita de septiembre-octubre de 2007, precisamente el 25 de marzo de 2011³⁷.

El contenido más relevante de sus informes es probablemente la parte referida a los hallazgos encontrados de primera mano por las diferentes delegaciones que han realizado las visitas. Por poner algunos ejemplos de estos hallazgos, desde su primera visita cursada del 1 al 12 de abril de 1991 CPT/Inf (96) 9 [Part 1] ya se menciona que «la delegación escuchó un cierto número de alegaciones de naturaleza reciente sobre malos tratos severos y tortura, y no únicamente, lo cual debería subrayarse, de personas detenidas bajo la sospecha de delitos de naturaleza terrorista. Sería, por lo tanto, prematuro concluir que el fenómeno de la tortura y los malos tratos ha sido erradicado». El CPT, posteriormente a sus visitas a España en 1991 y 1994 y tras examinar las alegaciones de tortura —consistente en golpes, asfixia mediante la bolsa, descargas eléctricas, ejercicios físicos extenuantes, etc.— de varios detenidos, consideró que las alegaciones eran de naturaleza no estereotipada, sino antes bien detalladas y largamente concordantes, con variaciones que las hacían creíbles en vista de las circunstancias personales.

Esta opinión ha sido reiterada en varios de sus informes. Por poner otro ejemplo, en el Informe CPT/Inf (2003) 22 tras la visita a España llevada a cabo del 22 al 26 de Julio de 2001 menciona: «la delegación del CPT entrevistó un número de personas detenidas en los meses recientes bajo sospecha de delitos relacionados con terrorismo. Algunas de ellas alegaron que habían sufrido malos tratos bajo custodia de la Policía Nacional y la Guardia Civil. Sus alegaciones incluían golpes en varias partes del cuerpo y, en algunos casos, formas más severas de malos tratos. Se incluían alegaciones de asfixia por la colocación de la bolsa de plástico en la cabeza y, en

³⁷ Véase el informe completo Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 19 September to 1 October 2007 CPT/Inf (2011) 11. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2011-11-inf-eng.pdf> Y para las siguientes referencias en el texto:

European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 1 to 12 April 1991. CPT/Inf (96) 9 [EN] (Part 1) - Publication Date: 5 March 1996. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/1996-09-inf-eng-1.htm>. Accessed January 30, 2007.

European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 22 April 1994 CPT/Inf (96) 9 [EN] (Part 2) - Publication Date: 5 March 1996. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/1996-09-inf-eng-2.htm>. Accessed January 30, 2007.

European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 10 to 14 June 1994 Ref.: CPT/Inf (96) 9 [EN] (Part 3) - Publication Date: 5 March 1996. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/1996-09-inf-eng-3.htm>. Accessed January 30, 2007.

European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 17 to 18 January 1997. Ref.: CPT/Inf (2000) 3 [EN] - Publication Date: 13 April 2000. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2000-03-inf-eng.htm>. Accessed January 30, 2007.

European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 21 to 28 April 1997. Ref.: CPT/Inf (98) 9 [EN] - Publication Date: 19 May 1998. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/1998-09-inf-eng.htm>. Accessed January 30, 2007.

European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 November to 4 December 1998. Ref.: CPT/Inf (2000) 5 [EN] - Publication Date: 13 April 2000. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2000-05-inf-eng.htm>. Accessed January 30, 2007.

European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT). Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 22 to 26 July 2001. CPT/Inf (2003) 22. Publication [13/03/2003]. <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2003-22-inf-eng.htm>. Accessed January 30, 2007

el caso de las personas detenidas por la Guardia Civil, descargas eléctricas. Como en algunas de sus visitas previas, la delegación obtuvo amplia evidencia, incluso de naturaleza médica coherente con las alegaciones de malos tratos recibidos. En particular, y a pesar del tiempo transcurrido, en varios casos los médicos de la delegación observaron restos de heridas que estaban en consonancia con las alegaciones hechas por las personas en cuestión».

En el mismo ámbito del Consejo de Europa, también el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Alvaro Gil-Robles, redactó un informe tras su visita a España del 10 a 19 de marzo de 2005, de referencia CommDH(2005)8, coincidente con los hechos hallados por el CPT. En su informe recomendaba «revisar el régimen actual de la incomunicación, permitiendo que el detenido pueda entrevistarse, al menos una vez, a solas con su abogado»³⁸.

4.2. Naciones Unidas. De la misma manera que el CPT, organismos de monitoreo de los malos tratos de Naciones Unidas se han posicionado contra la aplicación de la detención incomunicada y han expresado su convicción sobre la persistencia en España de la tortura. El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en el examen sobre el cumplimiento de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, en su 29º período de sesiones, emitió el informe CAT/C/XXIX/Misc.3 de 19 de noviembre de 2002 en el que afirma lo siguiente:

*«El Comité sigue profundamente preocupado por el mantenimiento de la detención incomunicada hasta un máximo de 5 días, para determinadas categorías de delitos especialmente graves, durante la cual el detenido no tiene acceso ni a un abogado ni a un médico de su confianza ni a notificar a su familia. Si bien el Estado Parte explica que esta incomunicación no implica el aislamiento absoluto del detenido, ya que este cuenta con asistencia de un abogado de oficio y de un médico forense, el Comité considera que el régimen de la incomunicación, independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos»*³⁹.

Posteriormente la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas analizó el informe E/CN.4/2004/56/Add.2 de 6 de febrero de 2004, presentado por el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven, tras su visita a España⁴⁰. Dicho experto asegura que «atribuye gran valor a las opiniones de interlocutores fidedignos del poder judicial, el mundo académico y la sociedad civil en el sentido de que ciertos actores y militantes que apoyan la causa radical vasca puedan muy bien seguir la táctica de presentar sistemáticamente denuncias inventadas de torturas y malos tratos. Al mismo tiempo, esos interlocutores han transmitido también al Relator Especial su opinión de que las fuerzas y cuerpos de seguridad, en particular en sus actividades antiterroristas, recurren más que esporádicamente a prácticas que constituyen torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta opinión es compartida por un considerable número de ONG con las que se entrevistó el Relator Especial y fue confirmada por una serie de testimonios que le presentaron personas arrestadas, detenidas e interrogadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Sus afirmaciones se referían a malos tratos infligidos en forma de golpes, ejercicios físicos extenuantes, asfixia con la bolsa de plástico y acoso sexual humillante. A la luz de la coherencia interna de la información recibida y de la precisión

³⁸ Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Alvaro Gil-Robles informe tras su visita al Estado español del 10 a 19 de Marzo de 2005, CommDH(2005) 8.

³⁹ El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en el examen sobre el cumplimiento de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, en su 29º período de sesiones emitió el informe CAT/C/XXIX/Misc.3 de 19 de noviembre de 2002.

⁴⁰ Relator Especial sobre la cuestión de la tortura en el año 2004 E/CN.4/2004/56/Add.2 de 6 de febrero de 2004, presentado por el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven tras su visita a España.

de los detalles de hecho, el Relator Especial ha llegado a la meditada consideración de que esas denuncias de torturas y malos tratos no pueden considerarse meras fabulaciones. El Relator Especial no concluye que los tratos que acaba de describir constituyan una práctica regular pero, a su juicio, su ocurrencia es más que esporádica e incidental». Remarcaba esta idea, reconociendo que «recibió información fidedigna que le induce a creer que, aunque la tortura y los malos tratos no son sistemáticos en España, el sistema de detención practicado permite casos de tortura o malos tratos, en particular de personas detenidas en régimen de incomunicación por actividades terroristas». A partir de aquí realiza ciertas recomendaciones que ayudarían a la erradicación de este fenómeno, entre ellas menciona que la detención incomunicada crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante o incluso de tortura por lo que insiste en que el régimen de incomunicación debería ser abolido.

Uno de los últimos posicionamientos internacionales del sistema de Naciones Unidas proviene del quinto examen periódico realizado por el Comité de Derechos Humanos en octubre de 2008⁴¹. En su informe CCPR/C/ESP/CO/5/ de conclusiones se afirma que «el Comité observa con preocupación que continúan denunciándose casos de tortura y que el Estado parte no parece haber elaborado una estrategia global, ni haber tomado medidas suficientes para asegurar la erradicación definitiva de esta práctica». Añade además que «[e]l Comité no comparte la opinión del Estado parte en cuanto a la necesidad de mantener el régimen de incomunicación, justificado en aras del «interés de la justicia». El Comité entiende que este régimen puede propiciar los malos tratos y lamenta que se mantenga, a pesar de las recomendaciones de diversos órganos y expertos internacionales para que se suprima». El estado español cursó respuesta a esta recomendación, por medio del documento CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1 de 13 de enero de 2009, en el que considera que el análisis del Comité «no se corresponde con la realidad», añadiendo que «El Gobierno español considera que el Comité recoge ampliamente, por el contrario, opiniones distorsionadas de esta cuestión, que hacen que el proyecto de observaciones sea desequilibrado»⁴².

Por último, los más recientes posicionamientos internacionales del sistema de Naciones Unidas provienen del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo⁴³, y del Comité contra la Tortura (CAT)⁴⁴. Martin Scheinin tras su visita al Estado español en mayo del 2008 presentó su informe A/HRC/10/3/Add.2 de fecha de 16 de diciembre de 2008 en el que asegura que «el Relator Especial examinó en detalle el uso de la detención en régimen de incomunicación», ante el cual «expresa su preocupación por las alegaciones de tortura y otros malos tratos hechas por sospechosos de terrorismo mantenidos en régimen de incomunicación». Subraya que «[a]l Relator Especial le preocupan las denuncias de interrogatorios constantes sin la presencia de un abogado, combinados con amenazas asociadas al origen de los detenidos, privación de sueño y, en algunos casos, el uso de la fuerza física [...]. Teniendo en cuenta que muchos de los detenidos fueron más tarde puestos en libertad por falta de pruebas y ni siquiera fueron llamados a declarar, al Relator Especial le preocupa que, en algunos casos, pudiera haberse recurrido al régimen de inco-

⁴¹ Naciones Unidas quinto examen periódico realizado por el Comité de Derechos Humanos en octubre de 2008. Informe CCPR/C/ESP/CO/5.

⁴² Documento CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009 Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Adición Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5).

⁴³ Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo en el año 2008. informe A/HRC/10/3/Add.2 de fecha de 16 de diciembre de 2008.

⁴⁴ Documento CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009, en el que el Comité contra la Tortura examinó el quinto informe periódico de España.

municación para obtener información que pudiera ayudar en las investigaciones». El experto recuerda al gobierno del Estado español que tiene «la obligación positiva de realizar una investigación pronta, independiente, imparcial y completa cuando haya motivos razonables para creer que se han infligido tratos prohibidos, así como de velar por que las víctimas de la tortura y los malos tratos tengan acceso a un recurso efectivo y reciban una reparación adecuada, incluso una indemnización». En la misma línea el Comité contra la Tortura reclama expresamente un fortalecimiento de las garantías tanto de asistencia letrada como médica y la abolición del régimen de incomunicación⁴⁵

4.3. *Organizaciones no Gubernamentales internacionales.* Varias ONG internacionales han recogido también datos sobre el terreno para poder fundamentar sus apreciaciones sobre la existencia de la tortura en relación a la persecución de delitos vinculados a acciones terroristas. Veamos, brevemente, algunas evidencias recabadas por las de ámbito internacional y de mayor solvencia por haber trabajado sobre el terreno y haber basado sus informes en las propias averiguaciones realizadas.

Amnistía Internacional. Al es, sin duda, la organización que en más ocasiones ha mencionado la existencia de la tortura en España y, asimismo, la que más ha insistido en mecanismos de prevención y erradicación⁴⁶. Baste señalar al respecto que en el informe anual de 2005 constataba que se habían recibido «muchas denuncias relacionadas con la práctica de la detención en régimen de incomunicación», considerando que «la precisión de los detalles de hecho facilitados en relación con varias denuncias sugerían que éstas no pueden considerarse meras fabulaciones». A este comentario añadían que «[l]a consigna de silencio que rodea al tema y el rechazo por las autoridades de las denuncias de torturas sin investigarlas ha hecho particularmente difícil la necesaria supervisión de la protección y las garantías». Amnistía Internacional valoraba al respecto que «el gobierno anterior, que rechazó enérgicamente las conclusiones del informe, siguió negándose a introducir salvaguardas para los detenidos en régimen de incomunicación y, al final del año, el nuevo gobierno no había tomado ninguna medida para poner en práctica las recomendaciones del relator». En la misma línea, en su Informe anual 2007 la organización internacional considera que «los informes de tortura y otros malos tratos por agentes encargados de hacer cumplir la ley seguían estando extendidos». En concreto indica que «durante las investigaciones sobre el caso de 22 personas detenidas en enero de 2006 por cargos relacionados con terrorismo, varias de ellas contaron al juez de instrucción que habían sufrido torturas y otros

⁴⁵ En concreto el CAT se dirige al Estado Español en los siguientes términos:
«El Estado parte debe revisar el régimen de incomunicación, con el fin de su abolición, y asegurar que todas las personas privadas de su libertad tengan acceso a los siguientes derechos fundamentales del detenido:

- a) a escoger un abogado de elección;
- b) a ser visitado por un médico de elección;
- c) a que se ponga en conocimiento de un familiar o persona que el detenido desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento;
- d) a entrevistarse reservadamente con un abogado (derecho que actualmente viene restringido aún cuando éste sea un abogado de oficio).

El Estado parte también debería implementar y fortalecer las medidas programáticas previstas en el Plan de Derechos Humanos en la Medida 97; a este respecto, es especialmente importante que el previsto sistema de grabación cubra todas dependencias policiales del país y que se instale en las celdas y sala de interrogación y no se limite a las áreas comunes».

Puede consultarse la respuesta de España en:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.ESP.CO.5.Add.1_sp.pdf

⁴⁶ Véase, sólo, y para ulteriores referencias en el texto, Amnistía Internacional Informe 2005: Una nueva y peligrosa agenda. Índice AI: POL 10/006/2005. http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_userait-ypdb/Mas_20alla_20del_20papel.pdf.

Amnistía Internacional la Sal en la herida: La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos» (EUR 41/006/2007).

Amnistía Internacional Informe 2007 de Amnistía Internacional. El estado de los derechos humanos en el mundo. Índice AI: POL 10/001/2007. <http://report2007.amnesty.org/document/172>.

malos tratos a manos de agentes de la Guardia Civil mientras estaban recluidas en régimen de incomunicación. Al final del año no se tenía conocimiento de que se hubiera realizado una investigación criminal sobre tales denuncias».

Human Rights Watch. En su Informe monográfico «¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España» de Enero de 2005⁴⁷, si bien en muchos puntos se focaliza en el tratamiento a detenidos acusados de terrorismo internacional, HRW reconoce que se les han aplicado «las estrictas medidas antiterroristas de España, conformadas por años de lucha contra la violencia de ETA (...). En virtud de estas medidas, remarca la organización internacional, los detenidos sospechosos de pertenencia a una banda armada pueden estar recluidos en situación de incomunicación durante un máximo de 13 días y pueden estar en prisión provisional durante un máximo de cuatro años. Prosigue dicha ONG afirmando que «durante la detención incomunicada, los detenidos están aislados y no tienen derecho a asesoramiento jurídico desde el comienzo de la detención ni a un abogado de su elección. [...] La ley y la práctica de la detención incomunicada en España hacen que sea prácticamente inútil para el detenido presentar un recurso de hábeas corpus cuestionando la legitimidad de su detención».

5. El «Caso Portu y Sarasola»: ¿Una oportunidad perdida?

5.1. El estado de la jurisprudencia penal, sin una sola sentencia firme por torturas según el CP 1995 a supuestos de actuación contraterrorista frente a ETA, parecía haber encontrado un punto de inflexión en una condena en instancia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de gran trascendencia ya que se refiere a presuntas torturas practicadas a raíz de la detención de parte del comando que fue finalmente condenado por Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2010 por haber materializado, entre otras acciones, la ruptura de una de las treguas de la banda terrorista mediante un atentado contra la terminal número 4 (T-4) del aeropuerto de Madrid-Barajas. El denominado caso *Portu y Sarasola* atrajo una enorme atención mediática tanto por su relación con el atentado contra la T-4 como por la circunstancia del ingreso hospitalario de uno de los detenidos y la sombra de haberse producido torturas graves⁴⁸.

Los hechos se remontan a la detención practicada por miembros de la Guardia Civil (Grupo de Acción Rápida —GAR—) de dos —entonces presuntos— miembros de ETA integrantes de un comando (*Elurra*) en la mañana del día 6 de enero de 2008 cerca del monte Udala (Arrasate-Mondragón, Gipuzkoa). La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 30 de diciembre de 2010* realizó una pormenorizada descripción de los hechos que incluía, entre otros extremos, a todo un operativo de más de diez guardias civiles que tras arrestar e introducir a los dos activistas en los Patrol los trasladan a una pista forestal cercana al pueblo de Arrasate-Mondragón, cierran el acceso al lugar en cuestión, y es allí donde se constatan de forma particularmente masiva toda clase de amenazas, golpes e incluso sesiones de inmersión en un río contra los detenidos⁴⁹.

⁴⁷ Human Rights Watch, *¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España*, Vol. 17 nº 1(D), 2005, *passim*.

⁴⁸ Puede consultarse, por todos, el enlace de *El País* de 8 de enero de 2008 en http://elpais.com/diario/2008/01/08/espana/1199746802_850215.html (último acceso 25 de febrero de 2012).

⁴⁹ Según los hechos probados (Primera y Segundo) de la Sentencia de instancia, Igor Portu Juarena, y Mattin Sarasola Yarzabal, miembros liberados del comando «*Elurra*», perteneciente a la organización terrorista E.T.A., fueron detenidos por Guardia Civil en la mañana del día 6 de Enero del 2008 al intentar realizar una recogida de material en el monte Udala, perteneciente a la localidad gipuzcoana de Arrasate-Mondragón. Los dos miembros de ETA se vieron sorprendidos por la presencia de un control de la Guardia Civil llevado a cabo por quince agentes de la Segunda Compañía del Grupo de Acción Rápida de la Guardia Civil (GAR).

A resultas de los hechos que se daban por probados en instancia uno de los miembros de ETA —Sarasola— presentaba numerosos hematomas por todo el cuerpo (región cefálica, torácica, abdominal, extremidades superiores...) que requirieron medicación antiinflamatoria y precisaron para su curación de 14 días. Respecto del otro detenido, Portu, tuvo que ser hospitalizado porque, además de los numerosos hematomas, presentaba las siguientes lesiones en concreto en la región dorsal:

« [...] a nivel de la 9-10 costilla izquierda y enfisema subcutáneo de gran importancia que interesaba a la región cervical, torax y abdomen, fractura costal polifragmentaria a nivel de arco posterior de la 9ª costilla izquierda en su zona media, fractura de cabeza de 9ª costilla izquierda, fractura de cabeza de 10ª costilla izquierda, neumomediastino, hemoneumotórax, contusión pulmonar, colapso pulmonar y derrame pleural» (Hecho Probado Quinto).

En el momento de la detención les esposaron con las manos hacia atrás, y les introdujeron en sendos vehículos Nissan Patrol. Inmediatamente después, la comitiva policial, por decisión o contando con el conocimiento y el beneplácito del sargento C., se puso en marcha hacia una pista forestal cercana, sita en el barrio Untzilla del término municipal de Aramaio. Durante este trayecto, los guardias civiles comenzaron a dirigirse hacia Portu y Sarasola respectivamente, con las expresiones: «hijo de puta, te vamos a matar». Les comenzaron a golpear. Los golpes provenían de los tres guardias civiles que les acompañaban, sobre todo del que ocupaba la posición de copiloto, y estaban dirigidos a la zona de la cara y la cabeza de cada activista, dirigidos con la mano y con el puño.

En concreto, a Sarasola le inclinaron la cabeza sobre las piernas, y, con la única intención de humillarle, le comenzaron a dirigir expresiones del tipo «lo vas a pasar mal, asesino, te vamos a matar». «Vamos a detener a tu hermano». Los golpes provenían de los tres agentes. Los dos guardias civiles que le custodiaban, G.A. y M.T. le propinaban cachetes, empujones.

Tras este traslado, lo llevaron a una especie de camino o pista forestal de tierra, de los utilizados para cortar pino, situado a diez minutos, más o menos, en coche, del lugar en el que se había producido la detención. Tras llegar al lugar de destino, el vehículo se detuvo. A Sarasola, que permanecía esposado con las manos hacia atrás, los guardias civiles G.A. y M.T. le bajaron del vehículo, le colocaron una pistola en la sien, le dijeron que «le iban a hacer como a Mikel Zabalba», le empujaron, le tiraron cuesta abajo, y, cuando estaba en el suelo, le endilgaron una serie de patadas en los costados y en las piernas, así como un elenco de puñetazos por todo el cuerpo, llegando a colocarle una bota del pie en la cabeza.

De nuevo en dirección al Patrol, Sarasola se cayó en el trayecto de subida. Una vez arriba, le introdujeron en el Patrol y se quedó durante un rato esperando. En este intervalo de tiempo, le abrieron continuamente las puertas del vehículo, y estando esposado, con las manos hacia atrás, con el único propósito de castigarle por su pertenencia a E.T.A., le propinaron algún puñetazo en la cara y repetidas patadas en el costado derecho que impactaron en el hemitorax y antebrazo derecho del activista.

Portu fue conducido en un Patrol que seguía al vehículo de Sarasola. El sargento C. y el guardia E. viajaban con él en la parte trasera del vehículo, con ánimo de humillarle, le profirieron expresiones del tipo «hijo de puta, te vamos a matar». Enseguida comenzaron las alusiones a ETA al decirle «gudaris de mierda, los jefes están muy bien en Francia, y vosotros, pringados, aquí».

Al estacionar el Patrol en el lugar, Portu, y los guardias civiles que con él se hallaban en el vehículo, entre ellos el sargento C., observaron cómo los agentes sacaban, del modo anteriormente indicado, a Mattin del Patrol que les precedía en la marcha y tomaban, todos ellos, dirección monte abajo, escuchando, instantes después, un fuerte ruido que, por sus características, pudieron asociar a un disparo. A los pocos minutos, Sarasola y los agentes de la Guardia Civil retornaron al campo de visión de los ocupantes del Patrol en el que estaba Portu, siendo introducido el detenido en el otro Patrol.

Durante este interin, el Sargento C., teniendo la dirección funcional del operativo policial, no actuó, pudiendo hacerlo, para impedir las agresiones que veía que los agentes a su mando estaban realizando sobre Sarasola y que, en atención a la anómala conducción del citado detenido monte abajo hacia una zona solitaria, conocía iban a continuar realizando sus subordinados sobre el mismo.

Tras un breve intervalo de tiempo, entre tres o cuatro agentes, incluyendo al sargento Casas y al guardia civil Escamilla, sacaron a Portu del vehículo a empujones, y lo condujeron monte abajo. Al llegar cerca del río Aramaio, le propinaron, con la única intención de castigarle por su presumida pertenencia a E.T.A., patadas en las extremidades inferiores, puñetazos en el vientre, y un puñetazo, de gran intensidad, a la altura de la parte inferior de la octava costilla, alcanzando la novena y la décima. En la explanada del río, le introdujeron la cabeza en el agua. Repitieron dos o tres veces la sumersión, mientras le preguntaban si era de E.T.A., y le referían si tenía bien la apnea. Levantándole de los tobillos, le hicieron tragar agua. Le sacaron y le subieron monte arriba, mientras le iban diciendo «que estos eran los primeros veinte minutos y que tenían cinco días para hacer con él lo que quisieran».

En el trayecto de subida, la secuencia agresiva en forma de patadas por todo el cuerpo, piernas, costado y puños en la cara y en el tronco se repitió.

Una vez arriba, le metieron en el mismo Patrol en el que había llegado, y teniendo la cabeza encauchada, y entre las piernas, le condujeron al cuartel de Intxaurren. Durante el traslado de vuelta, realizado por autopista, recibió algún cachete.

Para su curación, con asistencia hospitalaria, se invirtieron 27 días 22 de los cuales fueron impeditivos de sus ocupaciones habituales y el resto ingreso hospitalario.

Los hechos imputados eran graves. La base argumental que defiende el relato fáctico se despliega a lo largo de una sentencia muy trabajada que dedica un extraordinario esfuerzo y despliegue de detalles con argumentación muy concreta para enervar la presunción de inocencia de los guardias civiles que resultan finalmente condenados. La Audiencia de Gipuzkoa parte en todo momento y es consciente de la posibilidad de que una de las hipótesis para la declaración inculpativa de los detenidos puede ser la estrategia de denuncia sistemática de torturas y la eventual preparación de la misma, de forma previa, como consecuencia de las instrucciones en ese sentido impartidas por la organización terrorista ETA a sus activistas con el objetivo de desprestigiar a los cuerpos de seguridad y, en particular, a la Guardia Civil (FD Tercero, apartado IV.2. y Cuarto, apartado II.a). La posibilidad de una mera fabulación o «kantada» —en terminología de la banda terrorista— se incorpora desde el principio a la versión de la defensa y el tribunal va formando su convicción a base de ir enervando paso a paso su plausibilidad. La actividad probatoria se despliega y valora, por tanto, desde esa angular de contraste y alcanza un refinamiento inusual en cantidad y calidad respecto de los estándares de una condena de instancia. En concreto, el Fundamento de Derecho Tercero se dedica a la «delimitación del cuadro probatorio» en el que se contrastan las hipótesis de acusación y defensa con análisis de las declaraciones de unos y otros pero también de testigos (de la detención y de la estancia en el hospital) o periciales sobre las características del terreno (con la deposición del alcalde de la localidad de Aramaio, limítrofe con la de Arrasate-Mondragón) y sobre todo de los informes médico-forenses (FD 3, apartado III.8)⁵⁰. En particular el centro medular de la convicción formada por la sala resulta ser, a mi juicio, el informe forense que finalmente es acogido (FD Cuarto, apartado III) y que se revela incompatible con una detención violenta y por placaje de los detenidos en la presunta huida a que alude la defensa y perfectamente compatible, sin embargo, con la versión de los detenidos⁵¹.

⁵⁰ De los 82 folios con que cuenta la Sentencia de la AP Gipuzkoa nada menos que 51 (Fundamentos de Derecho tercero y cuarto) se dedican a delimitar el cuadro probatorio y a establecer su rendimiento. Sobre la base de las declaraciones acusatorias de los detenidos se van rastreando las posibilidades de corroboración periférica que sólo respecto del periodo de tiempo que discurre entre la detención y traslado a la pista forestal y a los cuarteles de Intxaurre (San Sebastián) arroja resultados positivos. Las acusaciones contra miembros del instituto armado sobre eventuales torturas infligidas tanto en los calabozos del cuartel de la Guardia Civil en Intxaurre, en el posterior desplazamiento al registro de los domicilios de los detenidos (Lesaka) o a las dependencias de la Audiencia Nacional (Madrid) no se consideran probadas (Fundamento de Derecho Cuarto, apartado III.2,3 y IV).

⁵¹ Señala literalmente la Sentencia en el FD 4, apartado III: «En el orden de las premisas, el informe médico-forense —folios 1036 a 1061 y 1067 a 1097— parte del examen de las características de las lesiones sufridas por Portu y Sarasola y señala que con independencia de que alguna de las lesiones, en todo caso menores, que presentaban los dos detenidos, pudieran ser compatibles con una fricción o roce de algunas partes del cuerpo con la ropa o elementos salientes del material que portaban los agentes, o con las esposas, la etiología de las lesiones más importantes que presentaban Portu y Sarasola tienen un origen contusivo y fueron producto de una agresión, reiterada, y directa, lo que coherente con el relato de los denunciadores. A ello se añade el examen de las características del lugar en el que se afirma se produjo una detención «violenta» debido a la fuerte resistencia de los dos denunciadores, así como un análisis del tipo de inmovilización con el que se garantizó el sometimiento de los detenidos —a modo de placaje en el caso de Portu—. Las características del terreno —lleno de piedras puntiagudas— impide que una detención a «modo de placaje» no genere, en quien sufre un impacto de considerable fuerza boca abajo con el suelo, ninguna lesión o herida en la cara, el pecho o las piernas—. La dinámica del «placaje» no explica una lesión como la sufrida por Portu en la región costal dado que esta última lesión precisa para su causación una energía física que se concentra con toda intensidad en ese punto (puñetazo o patada), dinámica comitiva que no es factible se produzca cuando existe un placaje «por alcance» al no ser factible la convergencia conjunta de una simetría total entre dos cuerpos de la misma altura y, además, una concentración exclusiva de un miembro del cuerpo superior sobre un punto específico del cuerpo inferior. En el orden metodológico, el informe médico forense analiza— con amplio bagaje informativo de origen gráfico— las características de cada una de las lesiones, su etiología y su data, ofreciendo, en cada caso, las conclusiones pertinentes respecto a la causalidad violenta de las mismas. Es un dictamen, por lo tanto, que parte del análisis «del caso concreto» mediante el examen de la totalidad de los datos informativos que hacen referencia al mismo.»

A resultas de lo expuesto el tribunal condenó por delito de torturas graves del artículo 174 (acción) y 176 (omisión) al sargento y responsable del operativo a cuatro años de prisión (y seis meses por delito de lesiones), dos inhabilitaciones absolutas de 8 años cada una y demás accesorias; y a dos años de prisión (art. 174) e inhabilitación absoluta de 8 años y demás accesorias a otros tres guardias del operativo (más, seis meses de prisión por delito de lesiones a uno de ellos y localización permanente por falta de lesiones a los otros dos)⁵².

5.2. La cuidadosa y detallada argumentación de la sala que se apoyaba, por cierto, en la acusación pública del Fiscal Jefe de Gipuzkoa, va a ser objeto de revisión en casación con el resultado de ser puesto en tela de juicio de raíz en un ejercicio de neutralización sistemática de toda la actividad probatoria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011, que casa la de instancia y absuelve a todos los acusados, basa la revocación completa en una relectura de los hechos probados que acoge la hipótesis de que es una mera fabulación o «Kantada» de los miembros de ETA detenidos. El núcleo, y práctica totalidad, de la sentencia se dedica, en su largo Fundamento de Derecho Tercero, al contraste de versiones. Reprocha el Alto Tribunal al de instancia que, a pesar de haber sido consciente de la estrategia de ETA de fabular las torturas, no ha sido quizás «excesivamente cautelosa» (FD Tercero, apartado 2) y así va relativizando diversos aspectos de la detención tal y como estaban fijados en instancia (la hora de la detención, la —no— ausencia de la oposición a la detención, la introducción en los vehículos, incluso ausencia del río... FD Tercero, apartados 4, 5, 6 y 7). Pero particularmente, podría sintetizarse la argumentación del TS en torno a dos elementos clave: los testigos (presentes en la detención, en el hospital o el alcalde que depuso) no son creíbles y parecen encuadrarse en la estrategia de ETA de «sacar testigos» que no resultarían «espontáneos» (apartados 5, 10, 11, 12, 22 ss.); y, en segundo lugar, la diferente valoración respecto de las pruebas documentales (apartados 13 ss.) y en particular de los informes forenses. Este último aspecto es crucial: el TS relativiza las conclusiones obtenidas en instancia desde una doble perspectiva. En primer lugar, porque impugna su solvencia a la luz de los hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2010 que condenó a Portu y Sarasola por sus acciones de terrorismo (apartados 15 y 16). Y en segundo lugar, porque exige una mayor consideración de la hipótesis interpretativa de que todo es una mera fabulación fruto de la estrategia terrorista (apartados 14 y 17 ss.).

⁵² En concreto el fallo condenatorio establece las siguientes penas:

—al Guardia Civil J.J.C.G como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del C.P, a la pena de dos años de prisión— con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena— e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años; como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 176 del C.P. a la pena de dos años de prisión —con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena— e inhabilitación absoluta por el tiempo de ocho años; como autor de un delito de lesiones, previsto y penado en el artículo 147.1 del C.P, a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y, finalmente, como autor de una falta de lesiones del artículo 617.1 C.P, a la pena de ocho días de localización permanente;

- al Guardia Civil J.M.E.M. como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del C.P, a la pena de dos años de prisión —con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena— e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años; y como autor de un delito de lesiones, previsto y penado en el art. 147 del C.P, a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena;

- al Guardia Civil S.G.A. como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del C.P, a la pena de dos años de prisión —con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena— e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años; y como autor de una falta de lesiones, previsto y penada en el artículo 617.1 del C.P, a la pena de ocho días de localización permanente;

- al Guardia Civil S.M.T. como autor de un delito de torturas graves, previsto y penado en el artículo 174 del C.P, a la pena de dos años de prisión —con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de esta condena— e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años; y como autor de una falta de lesiones, prevista y penada en el artículo 617.1 del C.P., a la pena de ocho días de localización permanente.

El TS parece, desde un principio, partir de la precomprensión de la insinceridad y orientación dolosa de los detenidos a construir una falsa imputación de torturas —«kantada»— lo cual, a modo de caballo de Troya, va viciando de raíz la fuerza suavisoria de todas y cada una de las pruebas practicadas incluidas las periciales forenses que decaen ante otras ajustadas a esta hipótesis inicial.

Desde un punto de vista jurídico-formal la revocación del TS hace desaparecer todo rastro de torturas en el caso Portu y Sarasola. Pero la pregunta que queda en el aire es hasta qué punto la hipótesis sobre las instrucciones de ETA dadas a sus activistas en genérico para denunciar torturas, no está produciendo el efecto de dificultar en concreto más allá de lo razonable el estándar probatorio que debería considerarse suficiente a efectos de poder acreditar torturas o malos tratos en la actividad contraterrorista. El TEDH, al igual que el TC⁵³ aluden a un «canon reforzado» en materia de prohibición de torturas que, sin invertir la carga de la prueba, traslada al Estado la especial obligación de dar una respuesta razonada y razonable ante cualquier indicio de malos tratos habida cuenta que los detenidos están, por definición, en manos y a merced de los servidores públicos en espacios opacos y cerrados que resultarían inaccesibles y favorecedores de la impunidad con un tratamiento estándar de las reglas probatorias ordinarias. La pregunta es hasta qué punto no debería abrirse un debate y una reflexión sobre si la consideración de la hipótesis de la estrategia de la banda terrorista ETA⁵⁴ no está socavando la lógica de dicho canon reforzado hasta el extremo de que la presunción de inocencia de los agentes resulta, por el contrario, blindada incluso a la vista de graves indicios de maltrato. De hecho, la ausencia de condenas por torturas conforme al nuevo CP 1995 que se esté reprochando desde los tribunales de garantías y organismos internacionales de derechos humanos o la falta de investigación al respecto, parecen apuntar a que en vez de un canon reforzado favorable a los detenidos éste parece haberse invertido a favor de los agentes que con aludir a las instrucciones genéricas de ETA para denunciar parece minar de raíz la actividad investigadora y probatoria.

El razonamiento de la sala de instancia que frente a las instrucciones genéricas de ETA contraponen los detalles del caso concreto (FD Cuarto, apartado II) y la plausibilidad de que los hechos respondan a aquéllas sobre la base de un exhaustivo despliegue probatorio, con informes forenses detallados, supone sin duda una oportunidad ¿perdida? para abrir un camino intermedio entre la inversión de la carga de la prueba tras la acusación por malos tratos y una consideración «no reforzada» de la prohibición de tortura que blindada hasta el extremo la presunción de inocencia de los agentes al abrigo de la estrategia de ETA para denunciar sistemáticamente malos tratos.

⁵³ Véase *supra* apartado 3.

⁵⁴ Que la organización terrorista ETA haya dado unas instrucciones genéricas para denunciar torturas de forma sistemática como estrategia de desgaste y desprestigio de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado podría estar llevando a la falacia de considerar que, en consecuencia, en efecto toda denuncia es falsa siempre que se dé en el contexto de la lucha antiterrorista. Ponen en tela de juicio que el conjunto de denuncias realizadas en este campo pueda ser considerado, sin más, una mera fabulación Morentin, Benito/Landa, Jon-Mirena, «La tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial», Eguzkilore 25 (2011), *passim* (en prensa). Es este estudio se recogen en concreto los datos de alegaciones de malos tratos / tortura en el contexto de la actividad contraterrorista desde el año 2000 al 2008 sobre una muestra en la que se ha identificado a 957 detenidos (sobre un total de 1231) en régimen de incomunicación y se ha volcado la información de casi 300 denuncias judiciales y testimonios y más de 500 informes medico-forenses. El estudio describe principalmente la existencia y porcentajes de alegaciones de malos tratos / tortura y un análisis de su incidencia en función de variables como el cuerpo policial, situación procesal, sexo, edad del detenido, año, lugar y motivo de la detención. A lo largo del trabajo se incorpora también el contraste de los datos con los hallazgos de los informes de control de organismos oficiales y no oficiales de derechos humanos y con algunos estudios empíricos nacionales. El objetivo final es determinar la fiabilidad global del conjunto de denuncias y no una determinación individual de cada una de ellas.

6. Reflexion Final

El objetivo principal de la presente contribución era, en primer lugar, reunir y presentar sistemáticamente la información judicial sobre condenas judiciales firmes que dan por probada la existencia de torturas o malos tratos infligidos por agentes policiales en su actividad contraterrorista respecto de ETA: son 14 los pronunciamientos firmes al respecto, todos en aplicación del anterior Código Penal de 1973 y ninguno respecto del vigente —y más duro— CP 1995. De las catorce condenas la inmensa mayoría (13 de las 14) se refieren a hechos acaecidos entre 1979 y 1984 y sólo una a hechos acaecidos en 1992. Este cuadro de pronunciamientos contrasta con la existencia de una evolución cuantitativa y cualitativa de la jurisprudencia en materia de torturas en general y que cuenta, por ejemplo, sólo en la década 2000-2010 con más de doscientas condenas⁵⁵. El progresivo refinamiento de la jurisprudencia en esta materia, y su incremento aplicativo con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 en los más diversos contextos de actuación de los cuerpos policiales, no parece afectar a uno de los campos —el contraterrorista— más proclives a su práctica con la agravante de que, las escasas condenas por torturas en materia antiterrorista vienen acompañadas de una política de indultos (al menos 12 policías condenados por malos tratos y torturas en actuaciones contra ETA han resultado indultados)⁵⁶ frontalmente contraria a la doctrina interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los informes de control de los organismos internacionales de monitoreo y control de los derechos humanos y los recientes pronunciamientos judiciales de las más altas instancias (AN, TS, TC, TEDH) por la ausencia censurable de investigaciones efectivas en actuaciones contraterroristas con sospechas de torturas y malos tratos, actúan a modo de líneas convergentes que acentúan la contradicción entre la verdad judicial sobre la tortura en materia contraterrorista y las crecientes sospechas sobre su verdadera situación.

Si desde que se aprueba la Constitución de 1978 y hasta la fecha han transcurrido casi 34 años de democracia, con 14 condenas y ninguna constatada sobre hechos posteriores a 1992, podría sugerirse que aparentemente, si se permite la expresión, todo apunta hacia la existencia de un *agujero negro* que evidencia una ausencia de registro oficial de prácticas de malos tratos o torturas en la aplicación de la normativa antiterrorista contra ETA.

Todo ello arroja, a mi juicio, una foto inquietante de la situación⁵⁷ cuyos exactos contornos e implicación interpretativa sólo pueden aquí quedar sugeridos.

La presentación y análisis de la historia jurisprudencial en la materia era el hilo central de este trabajo. Hilo central que encuentra en el caso *Portu y Sarasola* una condena inédita en instancia por cuanto que podría haberse convertido en la primera aplicación firme del delito de torturas del artículo 174 (y 176) del nuevo Código Penal de 1995 en el contexto de actuaciones contraterroristas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra ETA. Dicha condena parecía inaugurar un nuevo tiempo pero fue revocada en su totalidad por la casación del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011. El TS hizo prevalecer la convicción de que el relato fáctico de las torturas denunciadas era una mera fabulación escenificada en cumplimiento de las órdenes dadas por ETA a sus activistas. Convicción frente a la que no parece, por el momento, que pueda haber un espacio intermedio entre quienes niegan que exista la tortura —ninguna tortura— en este terreno y quienes, en el otro extremo, están siempre dispuestos a otorgar credibilidad a su denuncia.

⁵⁵ García Del Blanco, Victoria, *Memento Práctico 2011, op.cit.*, p. 776, indica que en el período de tiempo comprendido entre los años 2002 y 2009 se cuenta con 35 resoluciones del Tribunal Supremo que aplican los tipos penales de los artículos 174 y 175, superando las condenas en diversos niveles el número de 250.

⁵⁶ Véase *supra* apartado 2.

⁵⁷ Véase al respecto Morentin, Benito/Landa, Jon-Mirena, «La tortura en relación a la aplicación de la normativa antiterrorista: una aproximación estadística multifactorial», *Eguzkilore 25* (2011), *passim* (en prensa).

La democracia, toda democracia, sin embargo, se mueve en ese terreno intermedio en el que la tensión vigilante debe estar siempre activada para evitar los excesos de los custodios que deberían encontrar en la aplicación efectiva de la ley penal el mensaje más firme contra la impunidad. Es por ello que a la luz de todo lo expuesto, parece que la tortura sigue siendo un reto y constituye una deuda pendiente con la transición y con la misma democracia al menos en lo que respecta al delicado terreno de la actividad contraterrorista del Estado⁵⁸. Y es que como señalaba Francisco Tomás y Valiente, vilmente asesinado por ETA:

«(...) el problema de la tortura es ése: el del límite del poder político (...). Para renunciar a la tortura, dondequiera que ésta se dé, si es que se da y en la medida en que se dé, es preciso que el propio Estado reconozca que por encima de la eficacia represiva hay otros valores, que es preferible no averiguar quién fue el autor de un delito que torturar a un inocente, o incluso a quien luego resulte ser el culpable.

Claro que el Estado moderno está predispuesto a reconocer todo esto cuando se trata de delitos como el aborto, la estafa o un homicidio simple. Pero ¿estará el Estado decidido a renunciar para siempre a la tortura en relación con posibles delitos de marcado cariz o contenido políticos? La historia nos enseña que justamente ha sido en estos casos cuando más intensa y arbitrariamente se ha aplicado la tortura ¿Habrà de ser siempre así?»⁵⁹.

⁵⁸ Véase al respecto Landa Gorostiza, Jon-Mirena, *op. cit.*, p. 291 ss., 332 ss.; 433 ss. y *passim*.

⁵⁹ Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.* p. 234 y 235.