

**ESPAÑA Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN
TRES ACTOS**

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

ialvarez1@ucm.es

Índice

Índice.....	3
ABREVIATURAS.....	5
PRESENTACIÓN.....	9
CAPÍTULO 1. PRIMER ACTO: ESPAÑA Y LA PROHIBICIÓN DE TORTURAS	11
1. Introducción.....	11
2. El artículo 3 CEDH en general: la protección de un valor absoluto e inderogable.....	11
2.1. La vertiente sustantiva.....	14
2.2. La vertiente procesal.....	17
3. El artículo 3 CEDH en particular: las condenas a España.....	19
3.1. Fisonomía de las condenas.....	19
3.2. Fisiología de las condenas.....	22
4. La reacción de España ante las condenas.....	25
4.1. Reacción del Poder Ejecutivo.....	25
4.2. Reacción del Poder Legislativo.....	26
4.3. Reacción del Juez de la Constitución.....	28
5. Breve reflexión final.....	33
CAPÍTULO 2. SEGUNDO ACTO: ESPAÑA Y EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.....	34
1. Introducción.....	34
2. El artículo 6 CEDH en general: la protección de un proceso con todas las garantías.....	34
3. El artículo 6 CEDH en particular: las condenas a España.....	38
3.1. Fisonomía de las condenas.....	38

3.2. Fisiología de las condenas.....	40
4. La reacción de España ante las condenas.....	42
4.1. Reacción del Poder Ejecutivo	42
4.2. Reacción del Poder Legislativo.....	44
4.3. Reacción del Juez de la Constitución	46
5. Breve reflexión final	49
CAPÍTULO 3. TERCER ACTO: ESPAÑA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN .	52
1. Introducción.....	52
2. El artículo 10 CEDH en general: la protección del pluralismo democrático	52
3. El artículo 10 CEDH en particular: las condenas a España.....	54
3.1. Fisonomía de las condenas	55
3.2. Fisiología de las condenas	56
4. La reacción de España ante las condenas.....	57
4.1. Reacción del Poder Ejecutivo	58
4.2. Reacción del Poder Legislativo.....	60
4.3. Reacción del Juez de la Constitución	61
5. Breve reflexión final.....	62
A MODO DE CONCLUSIÓN.....	63
BIBLIOGRAFÍA	65

ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CCT	Comité contra la Tortura de la Organización de Naciones Unidas.
CE	Constitución Española.
CDH	Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CEPT	Convenio Europeo de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa.
CP	Código Penal
CPT	Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa.
DCEDH	Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
MNPT	Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
OPCAT	Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas.
SCT	Subcomité contra la Tortura de la Organización de Naciones Unidas.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TC	Tribunal Constitucional.

TEDH

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PRESENTACIÓN

Puede que sorprenda comenzar un working-paper con este dato, pero así es: España es de los países menos condenados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el periodo comprendido entre los años 1959-2018, nos ha condenado en 112 ocasiones. Pertenece al Convenio desde el año 1979. Tomando como referencia este hecho, el total de condenas no llega a tres por año (2.8)¹. Sin acudir a los casos más extremos de incumplimiento (liderados en todas las facetas por Rusia y Turquía²), podemos comparar ese dato con el de algunos países homologables. Finlandia, un ejemplo de democracia escandinava (y lo es), amerita un total de 140 condenas. Alemania –qué decir del régimen constitucional modelo en tantas cosas- ha sido condenada en 195 sentencias. Portugal, país que no se antoja especialmente conflictivo a la hora de gestionar sus relaciones con el Convenio, ha sido condenado en 262 ocasiones. El Reino Unido, cuna de la democracia y de los derechos fundamentales, ha resultado condenado en 315 sentencias. Hungría ha sido condenada 483 veces. Francia ha sido condenada en 736 ocasiones. Grecia ha sido condenada 894 veces. Polonia, 978 veces. E Italia, con sus 1.830 condenas hasta la fecha, es un caso que se comenta solo.

Dicho eso, huelga decir que hay que como Estado miembro del Consejo de Europa debemos procurar ir a una política de cero condenas.

La presente monografía se interroga sobre esas condenas contra nuestro país en tres aspectos concretos, que por lo demás suelen generar amplias polémicas tanto en el seno de la opinión pública como en la comunidad científica: los casos de malos tratos y torturas; los casos donde no se respeta

¹ Todos los datos han sido obtenidos en *ECHR-Overview 1959-2018*, Strasbourg, March, 2019 (en línea: www.echr.coe.int. Consultado el 27 de mayo de 2019).

² Turquía ha sido objeto de 3.532 sentencias por parte del TEDH. 3.128 han declarado al menos una vulneración del Convenio. Rusia ha sido objeto de 2.501 sentencias por parte del TEDH. 2.365 han declarado al menos una vulneración del Convenio. Vid. *ECHR-Overview 1959-2018*, Strasbourg, March, 2019, p. 8 y ss (en línea: www.echr.coe.int. Consultado el 2 de junio de 2019).

la garantía de intermediación en el ámbito penal; y los casos donde se quebranta la libertad de expresión. Los tres, aunque difieren en muchas cosas, tienen un nexo común: son claves de bóveda de nuestra democracia. O garantizamos que se trate bien a las personas, especialmente por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad cuando hacen su trabajo, que se respete las garantías procesales inherentes al proceso judicial penal, y que podamos expresarnos con libertad, o entonces es muy probable que de la Constitución solo quede el nombre.

En ese sentido deben hacerse dos precisiones. La primera, obvia: nuestro punto de partida es que España es una democracia con todas las letras, tal y como acreditan los diferentes rankings y estudios científicos sobre la materia³. La segunda, menos obvia pero no por ello menos importante, que la construcción de un mínimo común denominador democrático para los 47 países miembros del Consejo de Europa es un proceso que, aun basado en el consenso común derivado de la jurisprudencia convencional, ofrece dificultades y vaivenes, avances y retrocesos⁴. El progreso, como se sabe, no suele ser lineal.

³ Véase el exhaustivo estudio de BLANCO VALDÉS, R; *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*. Alianza, Madrid, 2018.

⁴ Sin olvidar las dificultades que encuentra la tarea de crear un consenso común en torno al espacio convencional. El esfuerzo merece la pena porque, en palabras del profesor Gearty, se trata de hacer buenos los derechos humanos, ese “faro que nos guía, en las marejadas políticas turbulentas, hasta buen puerto”. Vid. GEARTY, C; “Building Consensus on European Consensus”. En KAPOTAS, P; and TZEVELEKOS, V.P (eds); *Building Consensus on European Consensus. Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

CAPÍTULO 1. PRIMER ACTO: ESPAÑA Y LA PROHIBICIÓN DE TORTURAS

1. Introducción

Comencemos con las condenas que atesoramos por vulnerar el artículo 3 CEDH. Primero haremos una sucinta exégesis del precepto, resaltando la importancia que para el sistema del Convenio tiene ese valor -la prohibición de la tortura- así como las dos vertientes que lo integran, la sustantiva y la procesal. Después abordamos el caso de España, analizando los principales motivos de condena⁵. A continuación, se sistematiza la reacción de España frente a tales condenas, haciendo especial hincapié en tres estratos: la reacción del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y de nuestro Juez de la Constitución. Finalmente, ofrecemos una breve reflexión final.

2. El artículo 3 CEDH en general: la protección de un valor absoluto e inderogable

Es bien sabido que el artículo 3 CEDH establece que: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"⁶. El TEDH ha reiterado que este precepto recoge uno de los valores fundamentales de toda

⁵ Una visión de conjunto puede verse en MATIA PORTILLA, F.J; "Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 273-310. Del mismo autor, "Informe sobre España", en MATIA PORTILLA, F.J; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I (dirs.); *Informes nacionales sobre la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-70; también DÍAZ CREGO, M^a; "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno a España: una historia de acuerdos y desencuentros"; En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3^a edición), pp. 791-831.

⁶ Vid. CANOSA USERA, R; "La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes en el CEDH", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 273-310; SALADO OSUNA, A; "Los tratos prohibidos en el artículo 3 del CEDH". En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3^a edición), pp. 85-112; SANTAMARÍA ARINAS, R; Y BOLAÑO PIÑEIRO, M^a.C; "Prohibición de la tortura". En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2015 (3^a edición), pp. 54-95.

sociedad democrática, goza de carácter absoluto ("no permite excepciones, matizaciones, o puesta en equilibrio con otros valores"⁷), y es inderogable⁸ (ya sea en supuestos de normalidad democrática, de contextos de lucha contra el terrorismo, ya sea en cualquier tipo de estado de excepción⁹; ya sea en esos supuestos algo vaporosos conocidos con el nombre de *estados/Derecho de emergencia*)¹⁰.

La jurisprudencia del TEDH en la materia, muy abundante, es uno de los activos más sólidos de las democracias europeas¹¹. El precepto ha sido aplicado a multitud de situaciones y lugares, manifestando una vis expansiva digna de mención. Así sucede con todo tipo de detención/traslado/custodia policial, así como a la situación del recluso en cualquier lugar (comisarías, cuarteles, cárceles, centros de internamiento psiquiátricos, centros de internamiento de extranjeros), sea por estancia provisional o decretada en firme¹². Se aplica, huelga decirlo, a las condiciones de cumplimiento de la pena

⁷ Por todas, ver STEDH *Gäfgen c. Alemania*, de 1/6/2010, §107. Sobre el particular vid. CANO PALOMARES, M.A.; *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal: el caso de "Jakob Von Metzler" y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2017; y ROIG TORRES, M; "Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de Octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la "tortura de rescate" (*rettungsfolter*); *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11, 2014, pp. 295-364; y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I; "La dignidad quebrada"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 14, 2004, pp. 331-343.

⁸ Vid. LÓPEZ GUERRA, L; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias". *Teoría y Realidad Constitucional* nº 32, 2013, p. 149. Respecto a la jurisprudencia de Estrasburgo deben destacarse por pioneras la STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978; y la STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25/4/1978.

⁹ Vid. COSTAS TRASCASAS, M; "Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de terrorismo internacional: ¿hacia un nuevo equilibrio?". En CONDE PÉREZ, E; (dir); e IGLESIAS SÁNCHEZ, S; (coord): *Terrorismo y Legalidad Internacional*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 195 y ss. Son señeras la STEDH *Tomasi c. Italia* de 27/8/1992, y la STEDH *Askoy c. Turquía*, de 18/12/1996.

¹⁰ Vid. CANOSA USERA, R; *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 31 y ss.

¹¹ Esta norma se encuentra en el cuarto lugar del listado de preceptos infringidos. El TEDH sólo ha condenado más veces por la vulneración de otros tres preceptos. Desde 1959 a 2018, lideran el tenebroso ranking de Estados condenados Rusia (con 62 condenas por torturas y 818 condenas por tratos inhumanos/degradantes); Turquía (con 31 condenas por tortura y 327 condenas por tratos inhumanos y degradantes); y Ucrania (con 15 condenas por tortura y 184 por tratos inhumanos y degradantes). El ranking de lo contrario lo encabezan Liechtenstein, San Marino, Noruega y Portugal, con cero condenas. Las referencias provienen de ECHR; *Overview 1959-2018*, March, 2019 (en línea: https://www.echr.coe.int/.../Overview_19592016_ENG.pdf, consultado el 15 de junio de 2019).

¹² Por ejemplo, mantener a los reclusos en celdas de diecisiete metros cuadrados, sin luz ni agua, ni colchones y con insectos, es contrario al artículo 3 CEDH (STEDH *Kalachnikov c. Rusia*, de 15/7/2002; STEDH *Karalevicius c. Lituania*, de 07/04/2005; y STEDH *Kadikis II c. Lituania*, 04/05/2006. La privación sensorial absoluta, también conocida como *tortura blanca*, está prohibida (STEDH *Messina II c. Italia*, de 28/09/2000). Someter a presos de manera periódica y rutinaria a exploraciones anales atenta contra la dignidad causando angustia y/o humillación, por lo que está prohibido (STEDH *Lorsé y otros c. Países Bajos*, de 04/02/2003).

(incluso, o precisamente, si esta es de muerte)¹³. Se aplica cotidianamente a usos de la fuerza por parte de agentes de la autoridad¹⁴. Se ha aplicado para erradicar prácticas de otro tiempo, como los castigos corporales¹⁵. La norma *rige* extraterritorialmente¹⁶, lo cual exige de los Estados que recaben ciertas garantías de que la persona afectada por la decisión de extradición/expulsión no será sometida a los tratos prohibidos por el artículo 3 CEDH¹⁷. El precepto ha sido interpretado de forma tan garantista que incluso cae bajo su radio de acción no sólo los actos cometidos por funcionario público sino también los imputables a sujetos privados¹⁸.

Más ejemplos: siete meses en una celda donde entraba la lluvia y el sol por un boquete de dimensiones considerables, sin apenas salir al patio exterior (necesitaba silla de ruedas y no se la dieron) está prohibido (STEDH *Mathew c. Países Bajos*, de 29/09/2005). También ha declarado prohibido no dar el tratamiento médico necesario a un preso que lo necesita (STEDH *Kudla c. Polonia*, de 26/10/2000). Pero la detención y reclusión en una prisión de máxima seguridad no es contrario, en sí misma, al precepto (*Lorsé y otros c. Países Bajos*, de 04/02/2003), aunque sí lo es atar a un recluso toda la noche a la cama (STEDH *Henaf c. Francia*, de 27/11/2003).

¹³ Destacan los casos de aislamiento, donde el TEDH evalúa con mucho cuidado la gravedad de las medidas, su duración, el objetivo perseguido, y los efectos sobre la persona (STEDH *Van der Ven c. Países Bajos*, de 04/02/2003; y STEDH *Renolde c. Francia*, de 16/10/2008). De ese modo, un registro semanal donde se mantiene desnudos por tiempo prolongado a los reclusos es contrario al precepto (casos STEDH *Van der Ven c. Países Bajos*, de 04/02/2003; y STEDH *Salah c. Países Bajos*, de 06/07/2006); la operación forzosa a un recluso para obtener prueba de culpabilidad también está prohibida (STEDH *Jalloh c. Alemania*, de 11/07/2006). Y el hecho de estar condenado a muerte no empece a que el preso sea tratado con dignidad. Si las medidas y condiciones que existen en el corredor de la muerte el TEDH no son suficientes a ojos del precepto, el TEDH condena (STEDH *Aliiev c. Ucrania*, de 29/04/2003). Si lo son, no condena (STEDH *Ocalan I c. Turquía*, de 12/05/2005). Sobre la recepción en el ámbito penitenciario vid. REVIRIEGO PICÓN, F; *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.

¹⁴ Un caso relevante es el decidido en la STEDH *Cestaro c. Italia*, de 7/7/2015, donde la entrada y acción policial por la fuerza en un colegio donde se albergaban algunos manifestantes contra el G-8 en Génova llegó a tal umbral de gravedad que el TEDH lo calificó de tortura (§190).

¹⁵ Nos referimos a esa "violencia institucionalizada" que se ha prohibido desde la STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25/04/1978.

¹⁶ En la STEDH *Saadi c. Italia*, de 28/2/2008, se dice que no cabe ponderar, entre otros factores e incluso en el marco de la lucha antiterrorista, la "peligrosidad" del sujeto en cuestión. Vid. CONDE PÉREZ, E; "TEDH-Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06-artículo 3 CEDH-Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes-terrorismo v. tortura", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 32, 2009, pp. 275-290.

¹⁷ Así, por ejemplo, en la STEDH *Chahal c. Reino Unido*, de 15/11/1996; en la STEDH *Jabari c. Turquía*, de 11/7/2000; en la STEDH *N. c. Finlandia*, de 26/7/2005; en la STEDH *Saadi c. Italia*, de 28/2/2008; y en la STEDH *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, de 21/1/2011. Vid. CASADEVALL, J; *El Convenio...*, cit, p. 230 y ss.

¹⁸ Por todos, STEDH *A. c. Reino Unido*, de 23/9/1998, y STEDH *Beganovic c. Croacia*, de 25/6/2009. Vid. LAVRYSEN, L; *Human rights in a positive state*, Intersentia, Cambdrige-Antwerp-Portland, 2016, p. 63; SALADO OSUNA, A; "Los tratos...", *cit.*, pássim. Los Estados deben, pues, adoptar mecanismos legales pertinentes y suficientes, así como medidas razonables para evitar que se materialicen (STEDH *Mahmut Kaya c. Turquía*, de 28/3/2000. Vid. CASADEVALL, J; *El Convenio...*, cit, p. 218.

Hechas estas observaciones obligadamente concisas y sucintas, es momento de conocer las dos principales vertientes de la norma.

2.1. La vertiente sustantiva

La vertiente sustantiva prohíbe taxativamente que se ejerzan malos tratos, tratos inhumanos, degradantes, y/o torturas. Dicha obligación constituye una obligación sólidamente asentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁹. Tal extremo es corroborado por los órganos de supervisión y control de los Tratados Internacionales en la materia, tanto de la ONU (el CDH, el CCT, y el SCT, entre otros²⁰), como del Consejo de Europa (CPT)²¹.

¹⁹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C; "La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española"; *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26, 2013, pp. 1-42; y "El derecho al acceso a la justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de derechos humanos", *Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 27, 2013, p. 7-24. Como recuerda la doctrina, estamos ante Derecho Convencional, por lo que su origen está en los tratados y sólo se aplica a quienes los hayan firmado. Vid. DíEZ-PICAZO, L.Mª; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014 (4ª edición), p. 155.

²⁰ La ONU tiene diversos mecanismos de garantía, como es bien sabido, aunque el que más relevancia ha tenido en los últimos tiempos es el SPT, órgano creado por el OPCAT. Ampliamente inspirado en su hermano del Consejo de Europa, está formado por un grupo de veinticinco expertos que realizan básicamente una labor preventiva, llevando a cabo visitas periódicas a los diferentes centros de detención de los territorios de los Estados miembro (ochenta y siete, a día de hoy). Las visitas finalizan con un Informe que se hace llegar al Estado en cuestión, con las recomendaciones y observaciones pertinentes. Es el Estado quien decide hacerlos públicos o no. Y también es el Estado el que decide si implementa o no las mismas. Para el caso español, la última visita que nos realizó fue en 2017 pero el Gobierno no ha hecho público el Informe. Por lo demás, desde el resto de órganos de protección de Naciones Unidas se nos ha dicho que eliminemos el régimen de detención incomunicada; que se grabe toda actuación en dependencias policiales (grabaciones debidamente custodiadas y a disposición de las partes implicadas); y que se elimine o suavice el régimen de aislamiento en nuestras cárceles así como evitar ciertas prácticas que socavan la credibilidad de estas medidas (por ejemplo: indultar a agentes condenados mediante sentencia judicial por delito de tortura). Desde el CCT puede verse el Informe CAT/C/ESP/CO/6/2015. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=ESP&Lang=SP (en línea: 2 de junio de 2018); desde la *Relatoría Especial de sobre la cuestión de la tortura* puede verse el Informe Van Boven, (E/CN.4/2004/56/Add.2, de 6 de febrero de 2004); y desde la *Relatoría Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, el llamado Informe Juan Méndez (A/HRC/19/61/Add.3 de 1 d marzo de 2012). Vid. RUILOBA ALVARIÑO, J; "Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de Naciones Unidas", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Gandulfo, 2010, pp. 263-281.

²¹ El CPT es el órgano de protección creado por el CEPT, tratado internacional para proteger específicamente el artículo 3 CEDH. Está formado por cuarenta y siete expertos, uno por cada

Desde el punto de vista subjetivo, y sin perjuicio de lo dicho antes, esta obligación es especialmente exigible a todos aquellos que detentan el poder, especialmente a sujetos cualificados tales como los agentes de la autoridad y miembros de cuerpos policiales.

Desde el punto de vista objetivo, el precepto prohíbe tres conductas, que a lo largo y ancho de la jurisprudencia del TEDH son tratadas como derivadas de un nexo común: el atentado contra la dignidad más elemental del ser humano. De hecho, la primera vez que el TEDH habló de dignidad lo hizo precisamente en el marco de un litigio relacionado con este precepto²².

Es importante resaltar que la diferencia entre las tres no es una cuestión de principio sino de grado²³. Así, el TEDH reserva la tortura para los actos de mayor gravedad, basándose en la principal referencia en la materia: el artículo 1 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas (y específicamente en el hecho de causar graves y severos daños o sufrimientos de toda índole, no tanto en el fin y objetivos perseguidos)²⁴. Los tratos inhumanos están en el

Estado parte y nombrado por este, en cuyas funciones se rigen por los principios de cooperación y confidencialidad, implementando un sistema de visitas (periódicas y/o *ad hoc*) a los diferentes centros de detención de los Estados miembro. Finaliza la misma con un Informe, que sólo el es público si el Estado así lo decide, donde se realiza balance de las luces y sombras de su visita. La iniciativa, en su momento calificada de "revolucionaria" ha tenido las bendiciones doctrinales por su seriedad y rigor. Vid. CASSESE, A; "The European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)". En CASSESE, A; (ed.); *The International Fight Against Torture*, Nomos, Baden-Baden, 1991, *pássim*; SALADO OSUNA, A; "Las funciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura", *Revista de Instituciones Europeas*, 21/2, 1994, p 577; y ss; MORGAN, R; y EVANS, D; (eds.), *Protecting Prisoners. The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in context*, Oxford, New York, 1999; CRUZ, J; *El Comité para la Prevención de la Tortura*, ENE Ediciones, Valencia, 2001.

²² Vid. ELVIRA PERALES, A; "La dignidad humana en el TEDH". En CHUECA, R; (dir.); *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 197-234; también puede verse CANOSA USERA, R; *El derecho...*, cit, p. 179 y ss; OEHLING DE LOS REYES, A; *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010; GONZÁLEZ PÉREZ, J; *La dignidad de la persona*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011 (2ª edición); y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I; "La dignidad...", cit, p. 333 y ss. La importancia de este valor en la esfera internacional ya fue anotada en su momento por ALZAGA VILLAAMIL, Ó; *Comentario Sistemático a la Constitución Española*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (2ª edición), p. 119 y ss.

²³ El punto de partida de la delimitación conceptual es la STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978.

²⁴ Vid. SALADO OSUNA, A; "Los tratos...", cit. p. 90 y ss. Artículo 1 de la CT: "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

siguiente escalón, siendo definidos por el TEDH como "aquellos sufrimientos físicos/psíquicos provocados deliberadamente con una intensidad particular"²⁵, lo cual incluye indudablemente el maltrato psíquico²⁶. Incluso cabe que el TEDH aprecie un mismo acto como trato inhumano y degradante, lo que lo situaría en un estado intermedio²⁷. Por último, los tratos degradantes son los de menor intensidad, esto es los "susceptibles de originar temor, angustia, e inferioridad capaz de humillar a una persona"²⁸.

Para sentenciar una vulneración material del artículo 3 CEDH, el Tribunal ha ido estableciendo una serie de criterios mínimos que examina a conciencia, bajo la premisa de que superen ese "umbral mínimo de gravedad"²⁹ y atendiendo escrupulosamente a las circunstancias del caso. Así, la casuística que ha llegado a producir este precepto es casi inabarcable y goza de un patrón común: una interpretación evolutiva, expansiva y garantista³⁰. Con el paso del tiempo el TEDH ha ido estableciendo diversos factores de valoración, tales como la intencionalidad del autor; la duración e intensidad del trato; los efectos físicos y psíquicos en el presunto maltratado; su vulnerabilidad; y/o su sexo y edad, entre otros muchos³¹.

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". Sobre esto decir que desde la STEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978, el Tribunal suele delimitar lo que son y no son torturas atendiendo a que se produzca un daño o sufrimiento psíquico y/o físico severo (y no tanto al fin o al propósito perseguido). Vid. NOWAK, M; Y MCARTHUR, E; *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 67.

²⁵ Así lo dijo en las SSTEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18/1/1978; *Soering c. Reino Unido*, de 7/7/1989; *Kudla c. Polonia*, de 26/10/2000; y *Van der Ven c. Países Bajos*, de 4/2/2003.

²⁶ Por todos, STEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12/10/2006.

²⁷ Así, por ejemplo, en la STEDH *Selmouni c. Francia*, de 28/7/1999; en la STEDH *Rivas c. Francia*, de 1/4/2004; y en la STEDH *Jalloh c. Alemania*, de 11/7/2006.

²⁸ Por poner un ejemplo, en la STEDH *Yankov y otros c. Bulgaria*, de 11/12/2004, se dijo que rapar a un recluso la cabeza era un trato degradante prohibido por el artículo 3 CEDH. Queda claro que "la persona que está privada de libertad lo está de libertad, no de dignidad". Vid. GIMENO SENDRA, V; (et al); *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, Madrid, 2017, p. 147.

²⁹ También merece destacarse que el TEDH sólo condena en este tipo de asuntos si los hechos probados demuestran que los malos tratos han tenido lugar "más allá de toda duda razonable". Un caso límite fue STEDH *Labita v. Italia*, de 6/4/2000, donde entendió que no se cumplía el criterio, fue decidido por nueve votos contra ocho, y estos ocho Jueces expresaron opinión parcialmente disidente.

³⁰ Vid. SALADO OSUNA, A; "Los tratos...", *cit.* p. 100 y ss. Los últimos casos de los que se ha tenido noticia no hacen sino certificar esta afirmación; así STEDH *Khani c. Chipre*, de 5/6/2018; STEDH *Amerkhnov c. Turquía*, de 5/6/2018; STEDH *Artur Ivanov c. Rusia*, de 5/6/2018; y *Abu Zubaydah c. Lituania*, de 31/5/2018.

³¹ Vid. CASADEVALL, J; *El Convenio...*, *cit.* p. 217.

Una cuestión que se antoja fundamental es la carga de la prueba. El principio acusatorio comporta, con carácter general, que quien acuse demuestre lo que alega. Dado el tiempo que suele transcurrir desde que se producen las presuntas sevicias hasta que se celebra el juicio en, el TEDH ha invertido la misma, creando una *presunción de imputabilidad*: es el Estado debe aportar explicaciones convincentes y suficientes sobre los hechos acaecidos, dado que es responsable de las personas bajo su tutela. Por ello, si las lesiones que ha sufrido una persona no existían antes de pasar por dependencias policiales (entendidas estas en sentido amplio), existe una fuerte presunción de hecho a favor del denunciante. Dicho de otro modo, corresponde al Estado enervarla³².

2.2. La vertiente procesal

La vertiente procesal del artículo 3 CEDH también constituye una obligación consolidada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³³. En el marco de la interpretación realizada por el TEDH su origen se cifra en la última década del siglo XX, desarrollándose ampliamente hasta fechas actuales³⁴.

Esta vertiente tiene varias implicaciones, todas ellas de suma importancia³⁵. En primer lugar, deriva de la misma para el Estado una obligación positiva, basada en que las autoridades lleven a cabo una investigación cuando se denuncien torturas y/o malos tratos; esa investigación debe ser realizada por los órganos competentes, especialmente por quienes gocen de independencia

³² Así, por todas, STEDH *Bouyid c. Bélgica*, de 28/9/2015; STEDH *Rahmi Sahin c. Turquía*, de 5/7/2016; y STEDH *Tiziana Pennino c. Italia*, de 12/10/2017. El TEDH ha desarrollado ampliamente esa obligación positiva de tutelar correctamente a quienes están bajo su custodia, sea en una prisión, sea en comisarías. Vid. LAVRYSEN, L; *Human rights...*, cit, p. 105 y ss.

³³ Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C; "La obligación...", cit, p. 30 y ss.

³⁴ El primer caso donde se reconoce es en la STEDH *Assenov c. Bulgaria* de 28/10/1998; obtiene impulso en la STEDH *Labita c. Italia*, de 6/4/2000 y en las SSTEDH *Khachiev y Akasieva c. Rusia*, de 24/2/2005, y *Menesheva c. Rusia*, de 9/3/2006; y llega hasta nuestros días, con las SSTEDH *Ostrovencs c. Letonia*, de 5/10/2017; *Shevtsova c. Rusia*, de 3/10/2017; *Kuparadze c. Georgia*, de 21/9/2017; *Zolotorev c. Rusia*, de 19/9/2017; y *Tiziana Pennino c. Italia*, de 12/10/2017; los últimos asuntos hasta la fecha donde el Tribunal decreta su vulneración son la la STEDH *Al Nashiri c. Rumania*, de 31/5/2018; y la STEDH *Khani Kabbara c. Chipre*, de 5/6/2018.

³⁵ Vid. GARLICKI, L; "Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority). En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 66 y ss.

e imparcialidad (esto es, el poder judicial)³⁶. A mayor abundamiento, si el denunciado es un agente de policía, el artículo 3 CEDH no sólo permite sino que exige dicha investigación. ¿Cómo debe ser la misma? Debe ser oficial, eficaz, independiente, dotada de preferencia frente a otros asuntos y razonablemente conducida, tanto en tiempo –plazos razonables- como en forma –participación de la víctima y/o familiares³⁷.

En segundo lugar, la investigación debe estar en condiciones de desentrañar las causas de lo sucedido y de poder identificar y castigar, en su caso, a los responsables. De lo contrario, la prohibición de tortura o de tratos inhumanos/degradantes quedaría vaciada de contenido en la práctica. Además, si se ha llegado a juzgar a los responsables en sede interna, el TEDH también ha dejado dicho que ni el proceso penal ni la sentencia deberían beneficiarse de la prescripción, como tampoco de amnistía o indulto posterior en caso de condena³⁸.

Lo realmente importante es no sólo abrir diligencias y realizar la investigación, sino conducirla de forma transparente, eficaz, y exhaustiva por sujetos que actúen de forma escrupulosamente independiente; de lo contrario la investigación no cumplirá los cánones convencionales³⁹.

³⁶ Voz muy autorizada ya nos hizo ver que la auténtica protección contra estos abusos sólo podía provenir del poder judicial. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F; "La tortura en España", *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1997, p. 883 y ss; también es muy recomendable su escrito "Sobre la tortura y otros males menores", recogido en TOMÁS Y VALIENTE, F; *A Orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 74-78. Sobre estas cuestiones no puede eludirse la referencia al Tribunal Supremo de Israel, en concreto a su Sentencia de 6 de septiembre de 1999 (HCJ 5100/94 *Public Committee against Torture in Israel and Others v. The State of Israel* 53(4) PD 817, § 38 [1999]. La traducción oficial en inglés puede verse aquí: http://elyonl.court.gov.il/fileseng/94/000/051/a09/9405_1000.a09.htm.). En esta resolución proscribire la tortura y cualesquiera otros malos tratos como métodos legítimos de investigación/interrogación. Vid. GUR-AYE, M; Y JESSBEGGER F; "The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tolerated? Reflections in light of recent german and israeli experiences", *Israel Law Review*, vol. 44-nº 1-2 (2011), pp. 292-262.

³⁷ Vid. LAVRYSEN, L; *Human rights...*, cit, p. 62.

³⁸ En la STEDH *Okkali c. Turquía*, de 12/2/2007, se dijo que si existe condena firme sentenciada por un tribunal esta debe "ejecutarse con ejemplaridad", para que tenga "eficacia preventiva y disuasoria" (§65 y §78); en sentido muy parecido, STEDH *Tahirova c. Azerbayán*, de 3/10/2013; STEDH *Tarasov c. Ucrania*, de 31/10/2013; STEDH *Mocanu y otros c. Rumania*, de 17/9/2014; y STEDH *Tiziana Pennino c. Italia*, de 12/10/2017. En España se ha indultado a miembros de diferentes cuerpos policiales condenados por sentencia judicial firme por la comisión de un delito de torturas y/o contra la integridad física y/o moral. Desde 1996 hasta la fecha son cuarenta y siete indultos, en clara contradicción con las exigencias de Estrasburgo. Vid. <https://civio.es/el-indultometro/buscador-de-indultos/>. Consultado el 7 de junio de 2018; y MATIA PORTILLA, F.J; "Examen de las...", cit, p. 287 y ss.

³⁹ Por todos, STEDH *Khani Kabbara c. Chipre*, de 5/6/2018.

3. El artículo 3 CEDH en particular: las condenas a España

Para analizar las condenas al Reino de España se propone un esquema doble. Por un lado, se hará alusión a su fisonomía y, por otro, a su fisiología.

3.1. Fisonomía de las condenas

Hasta la fecha, España ha sido condenada en once ocasiones por vulnerar el artículo 3 CEDH, aunque ha sido demandada algunas más⁴⁰. La primera condena recayó en 2004 en el asunto *Martínez Sala*⁴¹, y a partir de ahí se han sucedido en una secuencia de casi una por año, hasta llegar a la última y quizá más polémica, la dictada en 2018 en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*⁴².

En todos los casos menos en uno (*B.S*), estamos ante hechos relacionados con ilícitos de terrorismo, de pertenencia a banda armada, o análogos (*kale borroka*)⁴³. La segunda similitud es que los demandantes se encontraban o

⁴⁰ No se observó vulneración del artículo 3 CEDH en las SSTEDH *Díaz Ruano c. España*, de 26/4/1994; *López Ostra c. España*, de 9/12/1994; *H.E.F. c. España*, de 1/10/2011; *A.M.B. y otros c. España*, de 28/1/2014; *Mohamed Raji y otros c. España*, de 16/12/2014; ni en *López Elorza c. España*, de 12/12/2017. Vid. DÍAZ CREGO, M^a; "La jurisprudencia...", *cit.*, p. 794.

⁴¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A; "Martínez Sala y otros c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004): la vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes". En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADÍEZ ROJO, M; Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M (coords). *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* 2013, Civitas, Madrid, 2013, pp. 37-62.

⁴² Los casos son los siguientes: STEDH *Martínez Sala y otros c. España*, de 2/11/2004; STEDH *Iribarren Pinillos c. España*, de 8/1/2009; STEDH *San Argimiro Isasa c. España*, de 28/9/2010; STEDH *Beristain Ukar c. España*, de 8/3/2011; STEDH *Otamendi Egiguren c. España*, de 12/12/2012; STEDH *B.S c. España*, de 24/7/2012; STEDH *Ataun Rojo c. España*, de 7/10/2014; STEDH *Etxebarria Caballero c. España*, de 7/10/2014; STEDH *Arratibel Garnandia c. España*, de 5/5/2015; STEDH *Beortegui c. España*, de 31/5/2016; y la última hasta la fecha, STEDH *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, de 13/2/2018.

⁴³ En la STEDH *B.S c. España*, de 24/7/2012, la condena proviene de no haber investigado de forma efectiva y diligente la denuncia de una prostituta nigeriana en Palma de Mallorca en la que alegó haber sido golpeada reiteradamente por agentes del orden durante el arresto y los interrogatorios. Vid. CARMONA CUENCA, E; ARENAS RAMIRO, M; FERNÁNDEZ VIVAS, Y; Y PIOVESAN, F; "Los derechos humanos con perspectiva de género". En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds)., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 331 y ss.

bien en dependencias policiales, o estaban siendo trasladados en furgones policiales, o bien en régimen de detención incomunicada⁴⁴.

Además, en todos los casos el fallo de la condena se concreta por el TEDH aplicando la satisfacción equitativa, mecanismo previsto en el artículo 41 CEDH.⁴⁵ El asunto *Martínez Sala* vuelve a ser, de nuevo, el *leading-case*⁴⁶, sin perjuicio de tres que merecen consideración aparte. El primero de ellos es el asunto *Iribarren Pinillos*, donde las cantidades decididas fueron inusualmente altas. Se otorgó al demandante 100.000 euros por daños materiales; 30.000 euros por gastos y costas; y 40.000 euros por daño moral⁴⁷. El segundo es el asunto *B.S.*, donde lo que pide adicionalmente la demandante es la creación de un Protocolo de actuación para futuros casos similares⁴⁸. El tercero es el

⁴⁴ Vid. RUILOBA ALVARIÑO, J; *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Madrid, Dykinson, 2005; "El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT): examen de las visitas efectuadas a España". En FERNÁNDEZ DE CASAVEANTE ROMANÍ, C; (coord.); *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010, pp. 419-480; y "Analogías...", *cit.*

⁴⁵ Artículo 41 CEDH: "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa". A juicio de la doctrina, "estamos ante la forma de reparación menos problemática en cuanto a su cumplimiento". Vid. SAAVEDRA ALESSANDRI, A; CANO PALOMARES, G; Y HERNÁNDEZ RAMOS, M; "Reparación y supervisión de sentencias". En GARCÍA ROCA, J; CARMONA CUENCA, E (EDS); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 214.

⁴⁶ Así, solicitada por los demandantes una satisfacción equitativa que repare los daños causados, el TEDH rebaja ostensiblemente la solicitada por daños morales (de 181.305 euros a 8.000 euros), mientras que condena en gastos y costas íntegramente (12.009 euros).

⁴⁷ Esta última cantidad fue decidida por cuatro votos contra tres, con opinión disidente de estos. Algunos sectores doctrinales consideran que la primera condena a España por vulnerar materialmente el artículo 3 CEDH es esta (así: NIEVA-FENOLL, J; "Primera condena a España por infligir tratos degradantes", *Agenda Pública*, 14 de febrero de 2018); en realidad el TEDH no condena en dicho caso por tal motivo sino porque no se investigó lo suficiente en sede interna qué policía había lanzando el bote de humo que produjo las lesiones. (ver STEDH *Iribarren Pinillos*, §51). Vid. DÍAZ CREGO, M^a; "La jurisprudencia...", *cit.*, p. 797.

⁴⁸ El TEDH, recordando "en lo esencial" que sus sentencias son declarativas, considera que son los Estados los que deben decidir los remedios a adoptar, declarando expresamente que no estamos ante una falla estructural del sistema español (dicho con otras palabras: no estamos ante un *Caso Piloto*). Vid. GARLECKI, L; "Judgments...", *cit.*, p. 57 y ss; y ECHR; *Factsheet about Pilot Judgments*, <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets> (consultado el 15 de junio de 2018). En el ámbito que nos ocupa el TEDH ha empleado recientemente dicha herramienta en la STEDH *W.D. c. Bélgica*, de 6/9/2016, donde condena a Bélgica por vulnerar el artículo 3 CEDH. La situación, como corrobora el CPT en diversos informes, estaba al borde del colapso, con huelgas casi permanentes de funcionarios de prisiones, ausencia de unas condiciones mínimas de atención y salubridad, así como de tratamientos médicos para los necesitados, entre otras. En 2017 recurrió a la Declaración Pública, mecanismo legítimo aunque de uso muy extraordinario, haciendo ver que la situación podía desembocar en tragedia. Vid. SANTAMARÍA ARINAS, R; Y BOLAÑO PIÑEIRO, M^a.C; "Prohibición...", *cit.*, p. 56.

asunto *Arratibel*, donde no se otorga cantidad alguna porque el demandante no la solicita.

Otra similitud tiene que ver con el acatamiento de las resoluciones. Tal y como acredita el órgano encargado de supervisar tal extremo -el Comité de Ministros del Consejo de Europa- España sigue la tendencia general que muestra con el resto del CEDH: un cumplimiento puntual y sin reservas de las sentencias en cuestión, abonando todas y cada una de las cantidades estipuladas⁴⁹.

Finalmente, debemos dedicar algún espacio al asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*.⁵⁰ En lo que hace a este epígrafe lo cierto y verdad es que las diferencias que plantea son dos. Por un lado, el TEDH entiende que España ha vulnerado tanto la vertiente procesal como la vertiente material de la norma. Por otro, la vulneración procesal se observa no tanto por incumplir la obligación de investigar (hubo dos juicios internos, ante al Audiencia Provincial de Guipúzcoa y ante el Tribunal Supremo) sino porque se realizó quebrantando algunas garantías mínimas en la segunda instancia, incardinadas usualmente en el artículo 6.1 CEDH⁵¹. Como es materia del segundo apartado del presente escrito, dejaremos su tratamiento para después.

⁴⁹ Según la *Resolution CM/ResDH(2017)281*, el Comité ha informado positivamente de los asuntos *San Argimiro Isasa y Etxebarría Caballero*. Lo mismo puede decirse de la *Resolution CM/ResDH(2011)266*, que hace lo propio con el asunto *Iribarren Pinillos*, y de la *Resolution CM/ResDH(2011)159*, que observa satisfecha la reparación en el asunto *Martínez Sala*. Los datos se han consultado aquí: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, el 10 de junio de 2018. Los problemas que plantea en otros ordenes la ejecución de las sentencias del TEDH se estudian, entre otros, por RIPOL CARULLA, S; *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 73 y ss; ARANGÜENA FANEGO, C; Y LANDA ARROYO, C; "Mecanismos procesales internos para la ejecución de sentencias". En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 169-209; y SAAVEDRA ALESSANDRI, P; CANO PALOMARES, G; Y HERNÁNDEZ RAMOS, M; "Reparación y supervisión de sentencias", pp. 211-268. En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

⁵⁰ Vid. MONTESINOS PADILLA, C; "¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas y malos tratos?. Reflexiones a la luz de la Sentencia del TEDH en el Asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 67, 2018, pp. 111-137.

⁵¹ Vid. ESPARZA LEIBAR, I; Y ETXEBARRÍA GURIDI, J.F; "Derecho a un proceso equitativo". En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2015 (3ª edición), pp. 264 y ss; VIDAL ZAPATERO, J.M; "El derecho a un proceso público". En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3ª edición)p. 265 y ss; ALCÁCER GUIRAO, R; *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013; LÓPEZ GUERRA, L; "El diálogo...", *cit.* p. 144 y ss; y MATIA PORTILLA, F.J.; "Examen de las...", *cit.* en prensa.

3.2. Fisiología de las condenas

Dejando de lado, pues, tales salvedades, en el resto de asuntos las condenas presentan unos supuestos de hecho y una fundamentación jurídica casi idéntica⁵², acreditando que los órganos judiciales internos no investigaron lo suficiente las denuncias de torturas/malos tratos realizadas en su día⁵³. Dicho con otras palabras, el principal argumento que conforma la *ratio decidendi* es que la vulneración se produce al no haberse investigado ni suficiente ni eficazmente las mismas, lo cual trae causa de que los tribunales internos sobreseyeron las causas sin practicar ulteriores pruebas que contribuyeran a esclarecer las querellas.

Hay un aspecto dentro de la fundamentación jurídica que merece glosa aparte. Y es que el TEDH utiliza expresamente las recomendaciones que el CPT ha dictado para el caso de España⁵⁴. Esta práctica viene siendo empleada al menos desde los asuntos *Ocalan I* y *Ocalan II*⁵⁵, y se ha mantenido constante

⁵² Estudian los casos en profundidad RODRÍGUEZ BOENTE, S.E; *83 Argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 25 y ss; y VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V; "Confluencia del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva con el concepto de investigación oficial eficaz en el contexto de la prohibición de la tortura", *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 15-nº 1, 2012, pp. 29-86.

⁵³ Para estudiar las particularidades del derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema del CEDH puede verse MILONE, C; *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015. Sobre el deber de investigar desde el Derecho Internacional puede verse los trabajos de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C; "La obligación ...", *cit.* y "El derecho ...", *cit.*

⁵⁴ Por todos, GARCÍA ROCA, J; Y NOGUEIRA ALCALÁ, H; "El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante". En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 75 y 76.

⁵⁵ En *Ocalan I* (STEDH *Ocalan c. Turquía*, de 12/5/2005), el Tribunal estima que las condiciones de cumplimiento de la pena no superan ese "umbral mínimo de gravedad" necesario para violar el artículo 3 CEDH (§196). Por el contrario, en *Ocalan II* (STEDH *Ocalan c. Turquía*, de 18/3/2014) realiza un exhaustivo desbroce de aquéllas, concluyendo que se vulnera este desde 2005 hasta 2009 (§146 y ss), pero no de 2009 en adelante (§ 148 y ss). Esta última fue objeto de tres opiniones disidentes. Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J; "Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman, Osman Karademir, Osmanoçlu, Balçık y otros, contra Turquía", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 33, 2009, pp. 591-615; y ALLUÉ BUIZA, A; "Los derechos fundamentales en Turquía, un claro retroceso", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 38, 2016, pp. 471-485. La deriva del país es sumamente inquietante, tal y como lo explica KABOGLU, I; "Turquía: supresión del régimen parlamentario bajo el estado de emergencia (Observaciones preliminares sobre la modificación constitucional aprobada por el

a lo largo y ancho de su jurisprudencia hasta la actualidad⁵⁶. Para los casos que nos ocupan, dicha técnica ha sido implementada en todos los asuntos menos en *Martínez Sala*, (quizá precisamente por eso, por ser un caso anterior a la *saga Ocalan*). Las recomendaciones que nos viene realizando el CPT no son sino producto del sistema de visitas a diversos centros de detención nacionales desde el año 1990, y cuya principal crítica es, entre otras y en lo que interesa al objeto del presente trabajo, las condiciones que rodean a las detenciones incomunicadas (y en general, su mera existencia)⁵⁷. De esa manera ha dotado de eficacia jurídica a unos informes que, en su idea original, eran fundamentalmente recomendaciones y observaciones que se le formulan al Estado interesado respecto a su sistema preventivo contra la tortura y demás malos tratos

Como se decía antes, en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal* subsisten dos grandes diferencias que hacen necesario comentario aparte.

Por un lado, la consabida primera vez que se condena a España por vulnerar la vertiente material del artículo 3 CEDH. Así, aplicando la jurisprudencia convencional en la materia, el TEDH se decanta por la lectura que hace del caso de autos la Audiencia Provincial y no por la del Tribunal Supremo. Con sus propias palabras, "no acaba de comprender esa nueva lectura que hace el Tribunal Supremo de los peritos, donde considera que las lesiones se produjeron como resultado de factores *posteriores sobrevenidos e indeterminados*. Eso cuando la Audiencia había considerado probado que "todos los peritos estaban de acuerdo en que las fracturas de las costillas se produjeron de forma progresiva a lo largo del día de la detención y que probablemente estuvieron causadas por el movimiento del vehículo y por la postura sentada del detenido durante su traslado a Intxaurreondo" (§80). Y

referéndum de 16 de abril de 2017)", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 40, 2017, pp. 487-505.

⁵⁶ Por todos, ver STEDH *Khani Kabbara c. Chipre*, de 5/6/2018, § 156. La primera vez que la Comisión toma en consideración tales informes fue en la DCEDH *S.M & T c. Austria*, de 10/07/1991; y dos años más tarde volvió a hacerlo en la DCEDH *L.J. c. Finlandia*, de 28/5/1995. Por su parte, la primera vez que el TEDH lo hace es en la STEDH *Amuur c. Francia*, de 18/10/1993, lo que repite en la STEDH *Aerts c. Bélgica*, de 30/07/1998. Vid. CRUZ, J; *El Comité...*, cit, p. 95 y ss.

⁵⁷Vid. MORTE GÓMEZ, C; "El régimen de detención incomunicada en España: las obligaciones positivas procesales derivadas de artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos". En LÓPEZ GUERRA, L (coord; et. al.); *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 311 y ss.

sigue: “el Tribunal no puede sino constatar que el Tribunal Supremo se limitó a rechazar la versión de los demandantes sin determinar el origen de las lesiones establecidas por los informes médicos, en relación con la detención y custodia por los miembros de la guardia civil, o la posible parte de responsabilidad de estos agentes. Incluso suponiendo que pudiera aceptarse la versión del Tribunal Supremo sobre el origen de las lesiones en el momento de la detención, este tribunal no examinó la cuestión de si el recurso a la fuerza física por parte de los agentes de la guardia civil durante esta operación fue estrictamente necesario y proporcional (...) o si las lesiones más graves sufridas por el primer demandante, después de su detención, según el Tribunal Supremo, fueron responsabilidad de los agentes responsables de su vigilancia y detención, cuando éste estuvo siempre en detención provisional incomunicada, y por tanto, bajo el control de la guardia civil” (§81). Lo cual se añade a que “el Gobierno no ha demostrado las circunstancias exactas de la detención de los demandantes ni establecido que la fuerza utilizada por los oficiales involucrados en esta operación haya sido proporcionada” (§82). En consecuencia, “el Tribunal juzga que está suficientemente establecido que las lesiones descritas en los dictámenes presentados por los demandantes, cuya existencia no niegan ni el Tribunal Supremo ni el Gobierno se produjeron cuando estaban en manos de la guardia civil. Considera que ni las autoridades internas ni el Gobierno han proporcionado argumentos convincentes o creíbles que puedan explicar o justificar en las circunstancias del presente asunto, las lesiones sufridas por los demandantes. Por tanto, el Tribunal estima que la responsabilidad de las lesiones descritas es imputable al Estado acusado” (§83). Quizá lo más sorprendente llega a continuación: cuando todo parecía abocar a una condena por torturas, el TEDH estima, en un escueto párrafo, que “en la medida en que los demandantes no alegaron que las lesiones en cuestión tuvieran efectos secundarios a largo plazo sobre ellos (...) y en ausencia de prueba concluyente relativa a la finalidad de los tratamientos infligidos (...), el Tribunal estima que los malos tratos infligidos a los demandantes no pueden ser calificados como torturas. Siendo así, fueron lo

suficientemente graves para ser considerados tratos inhumanos o degradantes” (§84)⁵⁸.

La segunda diferencia es que, aunque también se condena por vulnerar la vertiente procesal, se hace por motivo parcialmente diferente al resto (que no diferente al sistema del CEDH). Aplicando firmes criterios jurisprudenciales precedentes, el TEDH observa que “el Tribunal Supremo no se limitó a efectuar una interpretación diferente de las pruebas documentales, asimismo reevaluó la credibilidad de los testimonios de ambos demandantes, querellantes en el procedimiento interno, así como la de otros testigos (...). Esta nueva valoración de las pruebas de carácter personal, sin una valoración directa por el Tribunal Supremo y en contradicción con las conclusiones del tribunal de instancia, que tuvo la oportunidad de escuchar el testimonio de los demandantes, los acusados y de todos los testigos en una audiencia pública, fue determinante para concluir la absolución de los guardias civiles acusados” (§83). Lo cual, también es sabido, conecta con otro de los grandes “vectores de condena” a España en Estrasburgo, toda vez que se incumple con las garantías procesales que establece el artículo 6.1 CEDH y que trataremos en breves momentos.

4. La reacción de España ante las condenas

La reacción de España ante el acervo de jurisprudencia convencional reseñado es notable. Cabe destacar tres niveles. Primero, el referido al Poder Ejecutivo. Segundo, el referido al Poder Legislativo. Tercero, el referido a la recepción que ha hecho de este el Tribunal Constitucional.⁵⁹

4.1. Reacción del Poder Ejecutivo

⁵⁸ La resolución se acompaña de voto particular parcialmente disidente y parcialmente concordante de tres Jueces, quienes consideran que los malos tratos probados son torturas y no tratos inhumanos/degradantes. Sobre la diferenciación entre ambos conceptos, vid. *supra*. epígrafe 2.1.

⁵⁹ Vid. MATIA PORTILLA, F.J; "Examen de las...", *cit*, en prensa.

Como se decía anteriormente, el órgano encargado de dar cumplimiento a los fallos condenatorios de Estrasburgo es el Gobierno. En una materia tan sensible como esta, que podría dar lugar a posibles subterfugios y veleidades, es de justicia reconocer que no ha sido así. Se observa una pauta que será regla general en la forma de conducirse de España ante una condena convencional: cumpliendo con lo que el fallo estipula.

Así lo ha ratificado el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano competente en la materia, quien además da cuenta de las acciones internas que los altos tribunales han acometido para llevar el criterio de Estrasburgo a sus decisiones.⁶⁰

4.2. Reacción del Poder Legislativo

Respecto a nuestro legislador, su reacción ha sido doble.

Por un lado, debe reseñarse la implementación del *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*⁶¹. Al firmar España el OPCAT, una de las obligaciones que rubricó fue crear un herramienta nacional que garantizase, a través de un sistema de visitas a centros de detención y/o penitenciarios, la prevención de la tortura y de cualesquiera malos tratos⁶². De esa manera, y mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se ejecuta el mandato, atribuyendo dicha función al Defensor del Pueblo.⁶³ La misma norma creó el Consejo Asesor, órgano de cooperación técnica y jurídica del MNPT y

⁶⁰ Ver las páginas 12 y la nota al pie del presente trabajo.

⁶¹ Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M; Y CEBADA ROMERO, A. (Dir.): *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid, 2009.

⁶² El sistema ONU se encuentra ampliamente inspirado en el sistema Consejo de Europa, aunque gozan de algunas diferencias que por razones evidentes aquí no se pueden abordar. Vid. RUILOBA ALVARIÑO, J; "Analogías...", *cít*, p. 265 y ss.

⁶³ Un estudio de esa defensa *procesal* puede verse en TORRES MURO, I; "Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional: una revisión", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 26, 2010, pp. 95-126.

presidido por el Adjunto en quien el Defensor delegue⁶⁴. La decisión de no dotarlo de estructura independiente y formalmente separada de nuestro *Ombudsman* ha suscitado algunas críticas, aunque no parece que haya sido un obstáculo real para que el MNPT lleve a cabo sus tareas con toda garantía y libertad, tal y como lo acredita la comunidad científica.⁶⁵

Por otro lado, se han reformado algunas leyes para intentar dar acomodo a los criterios de Estrasburgo, destacando especialmente los cambios operados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015⁶⁶.

Una de las novedades reseñables de la misma es que el detenido tiene derecho a entrevistarse personal, privada y previamente con su letrado antes del interrogatorio policial, lo cual no sólo acrece a una mejor defensa procesal sino también a crear un cierto *cordón de seguridad*⁶⁷.

Otro cambio destacable es el nuevo régimen de la detención incomunicada. Por un lado, porque las causas para dictaminarla se limitan a dos, y deben observarse siempre velando por la salvaguarda del principio de proporcionalidad. Además, el plazo máximo que puede pasar una persona en régimen incomunicado es de cinco días, prorrogables por otros cinco si se trata de delitos de terrorismo o cometidos por organización criminal. Se elimina,

⁶⁴ Vid. RUIZ LEGAZPI, A; "La prevención de la tortura: ¿una novedad en el frente del Defensor del Pueblo?". En ROCA ESCOBAR, G (ed); *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1105-1111.

⁶⁵ Existen varios ejemplos comparados de lo mismo. Por ejemplo, México, Costa Rica, República Checa, Dinamarca y Polonia. En el otro extremo está Francia, que decidió crear una institución nueva. Vid. SÁNCHEZ SAUDINÓS, J.M; "Introducción. La organización y competencias de las Defensorías del Pueblo: panorama general". En ROCA ESCOBAR, G (ed); *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 961-980. Por su parte, el informe Anual 2016 del MNPT puede consultarse aquí: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2016/>. Consultado el 30 de mayo de 2018.

⁶⁶ Recogiendo el guante que la doctrina había lanzado hace tiempo. Vid. DÍAZ CREGO, M^a; "La jurisprudencia...", *cit.* p. 796 y ss. Un estudio sistemático de la reforma puede verse en MARCHENA GÓMEZ, M; Y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015. Una de las medidas de salvaguarda por la doctrina, que podría implementarse en futuras reformas, es la instalación de videocámaras en comisarías y centros de detención, "incluso el anuncio de la mera posibilidad de que hayan sido instaladas"

⁶⁷ Artículo 520.6. d) LeCrim; "La asistencia del abogado consistirá en (...): Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial (...)". La crítica desde instancias internacionales sobre este aspecto era reiterada. Por todos, vid. NOWAK, M; Y MCARTHUR, E; *The United Nations...*, *cit.*, p. 58.

pues, la segunda incomunicación por tres días⁶⁸. Mientras dure el régimen, el juez "controlará efectivamente" las condiciones de desarrollo. Y en todo caso debe motivar cada una de las limitaciones de derechos, si observa que proceden, a lo largo de la incomunicación. Por último, aunque no menos importante, el detenido incomunicado deberá ser sometido, al menos, a dos reconocimientos médicos cada 24 horas, según criterio facultativo⁶⁹.

4.3. La reacción del Juez de la Constitución

Que la jurisprudencia constitucional es, quizá, el instrumento decisivo a la hora de recepcionar los criterios que provienen de Estrasburgo es cosa poco discutida⁷⁰. Tampoco es objeto de litigio que nuestro Juez Constitucional viene

⁶⁸ Artículo 509 LeCrim: "1. El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal. 2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. 3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida. 4. En ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años".

⁶⁹ Artículo 527 LeCrim: "1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: a) Designar un abogado de su confianza. b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención. 2. La incomunicación o restricción de otro derecho del apartado anterior será acordada por auto. Cuando la restricción de derechos sea solicitada por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal se entenderán acordadas las medidas previstas por el apartado 1 que hayan sido instadas por un plazo máximo de veinticuatro horas, dentro del cual el juez habrá de pronunciarse sobre la solicitud, así como sobre la pertinencia de acordar el secreto de las actuaciones. La incomunicación y la aplicación al detenido o preso de alguna de las excepciones referidas en el apartado anterior será acordada por auto debiéndose motivar las razones que justifican la adopción de cada una de las excepciones al régimen general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509".

⁷⁰ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X; *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, p. 177 y ss; GARCÍA ROCA, J; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012, p. 217 y ss; y SALVADOR MARTÍNEZ, M^a; "Influencias recíprocas entre ordenamientos en el reconocimiento y determinación del contenido de los derechos fundamentales de Europa". En PRESNO LINERA,

aplicando los criterios del TEDH⁷¹, aun con los problemas que esas "interconexiones entre jurisprudencias" suelen plantear⁷². No cabe duda que el artículo 10.2 CE ha prestado y sigue prestando servicios muy importantes a la hora de interpretar nuestro catálogo de derechos fundamentales⁷³.

En lo que hace al objeto específico aquí estudiado debemos distinguir dos momentos bien definidos. El primero lo conforman un grupo de resoluciones dictadas antes del asunto *Martínez Sala*, donde se maneja un primigenio *canon de investigación suficiente*⁷⁴. El segundo lo conforman todas aquellas resoluciones *post Martínez Sala*, donde el TC va integrando en diferentes amparos los criterios de Estrasburgo⁷⁵.

Dentro de este segundo grupo se debe reseñar, a su vez, una doble divisoria. Primero, la recepción que otorga el amparo y, en segundo lugar, la recepción que deniega el amparo⁷⁶.

M.A.; Y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I (coords); *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, p. 30 y ss.

⁷¹ Nuestra doctrina suele criticar la timidez del legislador a la hora de articular mecanismos generales para ejecutar las resoluciones de Estrasburgo, y el lento ritmo de acogida de estas por la jurisprudencia constitucional. Vid. LÓPEZ GUERRA, L; "El Derecho Constitucional en España hoy", en PÉREZ TREMPES, P (comp.); *El Derecho Constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea Homenaje a los profesores Louis Favoreu, Alessandro Pizzorusso y Francisco Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2017, p. 197 y ss. Un estudio en profundidad sobre la interrelación de ambos puede verse en QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.

⁷² Vid. STONE SWEET, A; Y KELLER, H; "The reception of the ECHR in National Legal Orders", en KELLER, H; Y STONE SWEET, A; (eds.); *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, New York, Oxford, 2008, p. 3 y ss; para el caso español, GAY MONTALVO, E; "El diálogo entre el Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales". En MAC-GREGOR FERRER; Y HERRERA GARCÍA, A (coords); *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013, p. 250 y ss; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L; "La recepción por el Tribunal Constitucional de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 1998, p. 251 y ss; y TENORIO SÁNCHEZ, P; "Influence of the European Convention of Human Rights on the interpretation of the spanish Constitution. A European Perspective". *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 9, 2010, p. 1 y ss.

⁷³ Vid. SAIZ ARNÁIZ, A; *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999 y CANDELA SORIANO, M., "The reception process in Spain and Italy", en KELLER, H; Y STONE SWEET, A; (eds.); *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, New York, 2008, pp. 404 y ss. Asimismo ARZOZ SANTISTEBAN, X; *La concretización...*, cit, pp. 177 y ss; DíEZ-PICAZO, L.Mª; *Sistema...*, cit, p. 157; y CANOSA USERA, R; *El derecho...*, cit, p. 184 y ss;

⁷⁴ Nos referimos a la STC 65/1986, a la STC 2/1987, al ATC 333/1997, a la STC 32/2003, a la STC 7/2004, y en la STC 148/2004. Vid SAIZ ARNÁIZ, A; *La apertura...*, cit, pp. 261 y 262.

⁷⁵ Vid. DÍAZ CREGO, Mª; "La jurisprudencia...", cit, p. 797 y ss.

⁷⁶ Vid. RODRÍGUEZ BOENTE, S.E; *83 argumentos...*cit, p. 28; y VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V; "La confluencia...", cit., p. 83.

El primer caso donde el Tribunal Constitucional acoge el canon convencional es en la STC 224/2007, que abre la saga de otorgamientos de amparo por entender lesionado el artículo 24 CE en relación con el artículo 15 CE⁷⁷. En su FJ 3 acoge expresamente los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y llega a la conclusión de que si el juez nacional deniega "inmotivadamente o irrazonablemente" la demanda, se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 CE. Es lo que sucede precisamente en este caso, a juicio del TC, por lo que anula la decisión del juez ordinario y ordena la retroacción de las actuaciones al momento de dictar el Auto.

En la siguiente oportunidad que tuvo desarrolló en profundidad las exigencias supranacionales. Así sucede en la STC 34/2008, auténtico *leading-case* donde se establecen los criterios para determinar si existe o no una investigación oficial eficaz, realizando un minucioso desbroce de las circunstancias particulares que debe tener en cuenta el juez instructor cuando se encuentre investigando la denuncia de torturas y/o de tratos inhumanos o degradantes. Para saber si estamos ante una investigación oficial eficaz (FJ 7), establece un prerequisite -que exista sospecha razonable de haber sufrido ese maltrato y que la misma resulte disipable, y un triple criterio. El primero es la apariencia de verosimilitud de las sevicias denunciadas. El segundo es que, si existen lesiones después de entrar en comisaría y no antes, se presume que las mismas son atribuibles a los encargados de la custodia de la persona lesionada. El tercero es que se considera "particularmente idóneo" el testimonio judicial del denunciante, así como toda declaración previa de médicos, y/o policías.

A partir de ahí, el Tribunal Constitucional aplica tales exigencias a los amparos que se le presentan. En la STC 52/2008 otorga el amparo, aunque no sin cierta discrepancia⁷⁸. La STC 69/2008 otorga el amparo a un etarra: las sospechas

⁷⁷ Regla que lleva a todos los amparos, y que implica un canon reforzado de protección que obliga a apurar los medios para esclarecer los hechos denunciados. Vid. GONZÁLEZ ALONSO, A; *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*, Tesis Doctoral, UAM, Madrid, 2012, p. 162 y ss (consultada aquí: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/9207>, el 10 de junio de 2018).

⁷⁸ El Magistrado Rodríguez-Zapata disiente de la mayoría, en tanto considera que el canon de Estrasburgo se cumplió por parte de la jurisdicción ordinaria y, en consecuencia, no procedía la concesión del amparo. Con sus propias palabras: "(...) Si el detenido se niega a colaborar en la

de malos tratos eran razonables, debió seguir investigándose, no se hizo, ergo se vulneró el art. 24 CE en relación con el artículo 15 CE. Igualmente sucede en la STC 107/2008, donde “existieron medios de investigación disponibles” que no se implementaron. En la STC 63/2010 vuelve a aplicar la doctrina sentada en la STC 34/2008, otorgando el amparo porque el juez no investigó lo suficiente. Además, el TC dejó dicho en esta que ni el efectuar la denuncia dos meses después de producirse las presuntas torturas, ni el hecho de no mencionar las mismas cuando prestó declaración dotan de menor credibilidad a la misma [FJ 3 a)]⁷⁹. En la STC 131/2012 otorga el amparo, en este caso con un argumento adicional de cierta novedad. Y es que el canon de investigación suficiente se refiere “tanto a la inexistencia de sospechas razonables como a la utilidad de continuar con la instrucción” (FJ 2). En la jurisprudencia más reciente no parece que haya habido grandes cambios, tal y como amerita el otorgamiento del amparo en las SSTC 153/2013, 130/2016, 144/2016 y 39/2017⁸⁰.

Dentro de la recepción que deniega amparo destaca la STC 63/2008, por ser la primera *post Martínez-Sala* en la que no se concede. Entiende el Tribunal Constitucional suficiente la investigación realizada y, por ende, no observa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La denuncia se sobreesayó

investigación del hecho que denuncia, si en el informe hospitalario no se reflejan indicios de maltrato, si mientras estaba detenido en dependencias policiales fue visitado en cuatro ocasiones por un Médico forense y no adujo maltrato alguno —ni el forense lo apreció por sí— si el Abogado de oficio que le asistía tampoco advirtió ninguna irregularidad al respecto no creo que pueda afirmarse, como hace la Sentencia, que concurren sospechas razonables acerca de la posible comisión de los hechos denunciados. Para llegar a tal conclusión la Sentencia valora el material probatorio, pese a calificarlo como insuficiente, con una desenvoltura más propia de un órgano de la jurisdicción penal que de un Tribunal Constitucional (...). Apartado 3 del Voto Particular.

⁷⁹ A juicio de la doctrina, esta resolución es uno de los ejemplos más acabados de diálogo judicial. Por todos, GARCÍA ROCA, J; "El diálogo...", *cit*, p. 217.

⁸⁰ Resulta interesante la aclaración que realiza el Tribunal Constitucional, al entender que "(...) de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se infiere la necesidad de llevar a cabo un elenco cerrado y taxativo de diligencias de investigación en los casos de denuncia de torturas o malos tratos de personas bajo custodia policial, pero sí se desprende que, incluso en aquellos casos en que los informes médicos no revelan indicios claros de la comisión de un delito de tortura, han de practicarse otros medios de prueba adicionales, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos denunciados. El art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tiene una doble vertiente sustantiva y procesal y puede producirse una violación de esta última cuando la imposibilidad de determinar, más allá de toda duda razonable, que el denunciante fue sometido a malos tratos se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación oficial exhaustiva y efectiva tras la denuncia presentada (...)" (FJ 2, con cita expresa de la STC 130/2016).

por falta de credibilidad del denunciante, materializada en diversas razones (FJ 4). Primero, formular la demanda casi diez meses de los supuestos hechos que la provocaron; segundo, durante el examen médico negó haber sufrido agresión alguna; tercero, no concretó ni especificó nada respecto a las amenazas verbales; y cuarto, las pruebas del examen forense no se compadecían con los episodios de violencia que alegó originariamente.

Lo mismo sucede en la STC 123/2008, donde se deniega amparo porque no basta con formular “una mera denuncia vacía de argumentación”. Constata el Juez de la Constitución que se practicaron todas las diligencias que despejaron las dudas del juez ordinario (las cuales incluían, entre otras, informes médicos previos que acreditaron la inexistencia de torturas). Con sus propias palabras: “Por el contrario, si —como sucede en el presente caso— no concurre el presupuesto del deber de profundizar en la investigación, esto es, la existencia de sospechas razonables susceptibles de ser despejadas, no resulta constitucionalmente exigible el desarrollo de mayor actividad instructora y el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 15 CE, no resulta vulnerado por la decisión de clausurar la investigación” [FJ 3d)].

Uno de los casos más señalados es el de la STC 128/2012. Se deniega el amparo de un etarra porque la investigación fue suficiente. El TC llega a dicha conclusión empleando los cánones de constitucionalidad y convencionalidad. En el FJ 2 insiste en que las sospechas “deben ser razonables y los medios de investigación razonables y eficaces”. Y en el FJ 4 añade que la investigación suficiente no exige realizar todas y cada una de las diligencias propuestas, “lo cual, además, podría prorrogar indebidamente la misma (...)”. En la STC 12/2013 se deniega el amparo a un etarra porque, a juicio del Tribunal Constitucional, ni hubo sospechas razonables, ni de los informes médicos y de las declaraciones del recurrente se desprendieron indicios de maltrato físico/psíquico, ni se aportó indicio alguno que acreditase la veracidad de esos tratos⁸¹.

⁸¹ La sentencia fue debatida y la discrepancia de dos Magistrados se llevó al correspondiente voto particular. Un análisis crítico de la misma puede leerse en SÁNCHEZ TOMÁS, J.M; “El deber judicial de investigación eficaz de las denuncias creíbles por tortura: comentario a la STC 12/2013, de 28 de enero”, *La Ley Penal*, nº 102 (2013), pp. 7 y ss.

5. Breve reflexión final

De las líneas anteriores se deduce que España ha sido once veces condenada por vulnerar la vertiente procesal y una por vulnerar la vertiente sustantiva del artículo 3 CEDH. Mientras que las primeras se han dictado por incumplir la obligación positiva de investigar oficial y eficazmente las denuncias de tortura y/o tratos inhumanos y degradantes, la segunda se ha dictado porque el TEDH considera probado, en un caso, que ciertas acciones de determinados agentes de la ley constituyeron tratos inhumanos/degradantes. De esas mismas líneas se infiere, además, la importancia de los esfuerzos conjuntos del TEDH y del CPT, ambos órganos de protección de los valores recogidos en el artículo 3 CEDH. La secuencia se observa de forma idéntica en casi todos los casos: si el TEDH observa que el CPT ha reiterado aspectos negativos en sus Informes y el Estado no ha adoptado cambios, lleva tal criterio a la *ratio decidendi* que acaba en condena.

Con todo, el balance que puede hacerse es positivo, en líneas generales, dado que España cumple con las exigencias de Estrasburgo. El Poder Ejecutivo cumple con lo estipulado y abona las indemnizaciones exigidas. El Poder Legislativo acomete algunas acciones dignas de mención. Y nuestro Tribunal Constitucional, con una reacción integradora y sostenida en el tiempo, aplica el criterio convencional (otorgando once amparos y denegando cuatro). Además, destaca la reacción del legislador, donde se han adoptado tanto mecanismos internos para prevenir las conductas que atentan contra la norma (MNPT), como modificaciones puntuales de la legislación procesal penal en aspectos especialmente sensibles a estos efectos (con mención especial para el recorte en el tiempo máximo que se puede detener incomunicadamente a una persona).

En suma, habrá que estar al desarrollo de estas reformas, y de las que puedan venir, para conocer cómo van encajando las piezas. La materia es lo suficientemente sensible como para huir de prisas y frivolidades; pero también es lo suficientemente importante como para no eludir la realidad que muestra.

CAPÍTULO 2. SEGUNDO ACTO: ESPAÑA Y EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

1. Introducción

Le toca el turno ahora a las condenas recaídas contra el Reino de España por vulnerar la garantía de inmediación en la segunda instancia penal⁸².

El esquema que seguimos es el mismo. Primero se aportan unas pinceladas generales sobre el artículo 6 CEDH, precepto donde se incardina tal garantía procesal. Segundo, se estudia las condenas recaídas contra el Reino de España por vulnerarla. Tercero, se aborda la reacción de nuestros Poderes Ejecutivo y Legislativo, así como del Tribunal Constitucional.

2. El artículo 6 CEDH en general: la protección de un proceso con todas las garantías

El artículo 6 CEDH establece que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de

⁸² Aunque relacionada con el objeto del presente trabajo, la generalización de la segunda instancia penal presenta algunos contornos concretos que obligan a un tratamiento específico, en todo caso desbordando las modestas capacidades del autor y el objeto de estas líneas. Baste decir de forma muy resumida que España ha reformado recientemente la legislación procesal penal para dar cabida a una exigencia internacional que data de muy antiguo y que se incardina en el artículo 14.5 PIDCP. Vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. Madrid, 2015, p. 533 y ss; BELLIDO PENADÉS, Rafael: "Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015". *Diario La Ley* 8619 (2015); y "Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim. de 2015", *Diario La Ley* 8526 (2015); ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*. Tirant lo blanch. Valencia, 2013; y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *La implantación generalizada de la segunda instancia penal. Presente y futuro*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2011.

audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia". Tal y como ha dicho la doctrina, estamos ante el derecho al proceso debido/proceso justo, también conocido a veces como el derecho de un juicio equitativo.⁸³

Tal y como puede verse, y al igual que sucede con algunos textos constitucionales contemporáneos (el nuestro, sin ir más lejos) el CEDH no regula explícitamente la inmediación. Al igual que hacen los Tribunales Constitucionales (entre ellos el nuestro, sin ir más lejos), esta garantía ha sido deducida del precepto por jurisprudencia constante del TEDH⁸⁴. Estamos ante uno de los preceptos más importantes del Convenio, por dos razones: es el precepto más alegado ante la jurisdicción de Estrasburgo, el que más sentencias ha ocasionado y el que mayor número de condenas observa⁸⁵.

⁸³ Un análisis de la evolución de la norma respecto a la jurisdicción constitucional puede verse en SAIZ ARNÁIZ, A; *Procesos constitucionales y garantías convencionales. La aplicación del artículo 6.1. CEDH a la Jurisdicción Constitucional*. CEPC-Tribunal Constitucional, Madrid, 2018. Para ver un análisis comparado de lo que sucede en diversos países respecto a este y otros preceptos del CEDH puede consultarse MATIA PORTILLA, Francisco Javier; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (dirs.): *Informes...*, cit.. Estudia las particularidades de este derecho en el sistema convencional MILIONE, C; *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁸⁴ Vid. MATIA PORTILLA, Francisco Javier; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (dirs.): *Informes Nacionales Europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Alemania, España, Francia, Italia, Polonia)*. Tirant lo blanch, Valencia, 2018. Estudia las particularidades de este derecho en el sistema convencional MILIONE, C; *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁸⁵ Un dato elocuente: de las más de 18.000 condenas dictadas por el TEDH, más de 10.00 son por vulnerar alguna de las garantías reconocidas en la norma. Vid. *ECHR-Overview 1959-2018*, Strasbourg, March, 2019, p. 9. Vid. ESPARZA LEIBAR, Iñaki; y ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco; "Derecho a un proceso equitativo". En LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*. Civitas. Madrid, 2015 (3ª edición), pp. 264 y ss; VIDAL ZAPATERO, José Miguel: "El derecho a un proceso público". En García Roca, Javier; y Santolaya Machetti, Pablo; (coords): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. CEPC. Madrid, 2014 (3ª edición), p. 265 y ss; y ALCÁCER GUIRAO, Rafael; *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

Lo primero que cabe destacar de la exégesis general que ha realizado el TEDH es que la interpretación de lo que engloba el derecho a un proceso equitativo es más amplia que la que realizan las diferentes jurisdicciones de los Estados miembros, propiciando la creación jurisprudencial de principios que no resultan de manera explícita del texto, como se verá a continuación.

Tampoco conviene olvidar que el TEDH ha sentado en no pocas ocasiones que los Estados disponen de un amplio margen de actuación a la hora de adoptar los medios y remedios procesales que estimen oportunos. Es sabido que la jurisdicción de Estrasburgo ni es una cuarta instancia, ni una casación internacional, ni "revisa la bondad o justeza de las resoluciones jurisdiccionales nacionales": sólo conoce de los casos de forma subsidiaria y, cuando lo hace, no lo hace tanto para entrar a conocer de los errores cometidos en los procesos internos sino porque "algo que ha sucedido" en esos procesos no ha respetado las previsiones del Convenio⁸⁶.

El artículo 6.1 CEDH reconoce en su interior diversos derechos, ligados a dos manifestaciones clave, el *principio de contradicción* y el *principio procesal de igualdad de armas*. Ambas garantías son especialmente importantes en el proceso penal, por motivos obvios. En su formulación tradicional, el primero supone que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido antes en juicio. El segundo garantiza, por su parte, la capacidad de todas las partes para que puedan participar en el conjunto de actuaciones procesales. En lo que aquí interesa también hay que recordar el *principio de publicidad*, especialmente relevante en la jurisdicción penal toda vez que es una garantía adicional no ya para que el Tribunal establezca la verdad -que también- sino para que pueda fiscalizarse su desempeño independiente e imparcial.⁸⁷

En lo que hace a las sucesivas instancias donde se puede desarrollar ese proceso equitativo, en primera instancia implica que el acusado pueda asistir a todos los debates públicos. En lo que hace a la segunda y restantes instancias (apelación, casación, amparo), habrá que estar a las particularidades del

⁸⁶ Vid. CASADEVALL, Josep: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Tirant lo blanch. Valencia, 2012, p. 273 y ss.

⁸⁷ Vid. ESPARZA LEIBAR, Iñaki; y ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco: "Derecho...", *cit.* p. 264 y ss.

proceso, lo cual, como ya se dijo arriba, entra dentro del margen de apreciación nacional⁸⁸.

Es ahí donde se incardina el principio de inmediación. ¿Qué ha dicho el TEDH sobre el mismo? Lo principal ha sido el establecimiento de una regla general, al menos desde finales de la década de los setenta del pasado siglo: el artículo 6.1 CEDH reconoce las mismas garantías tanto en el proceso de instancia como en el proceso de apelación⁸⁹. Por ello dicha apelación debe celebrarse en audiencia pública, escuchando de nuevo a las partes y, especialmente, al acusado, quien debe estar presente en los debates⁹⁰. Aun más, en apelación es obligado escuchar los testimonios personales de los acusados directamente si lo que hace el tribunal *ad quem* es condenar cuando el tribunal *a quo* absolvió, o si agrava la condena impuesta en instancia⁹¹. El criterio completo sería el siguiente: si el tribunal de apelación realiza una nueva valoración de elementos fácticos y de dicha valoración se deduce una condena al acusado cuando el tribunal de instancia absolvió (o agrava la condena que recayó en instancia) el artículo 6.1 CEDH exige que el proceso *ad quem* se ventile con inmediación en audiencia pública, gozando el acusado de la posibilidad de defenderse ante el tribunal⁹². El principal motivo reside en que "el destino procesal del justiciable estaría de nuevo en juego, y tendría, por ello, que reproducirse la posibilidad de control social del procedimiento"⁹³. Dicho con otras palabras: cada vez que estemos ante una valoración fáctica y se

⁸⁸ Sobre el mismo véase GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010; y ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J; "Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos". *Revista General de Derecho Europeo* 25 (2011), pp. 1-18.

⁸⁹ STEDH *Delcourt c. Bélgica*, de 17 de enero de 1970.

⁹⁰ STEDH *Pakelli c. República Federal de Alemania*, de 25 de abril de 1983; STEDH *Axen c. República Federal de Alemania*, de 8 de diciembre de 1983; STEDH *Sutter c. Suiza*, de 22 de febrero de 1984; y STEDH *Colozza c. Italia*, de 12 de febrero de 1985.

⁹¹ STEDH *Ekbatani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988; y STEDH *Constantinescu c. Rumanía*, de 27 de junio de 2000.

⁹² De nuevo, STEDH *Ekbatani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988 y STEDH *Constantinescu c. Rumanía*, de 27 de junio de 2000. Por el contrario, si el tribunal *ad quem* sólo valora elementos de Derecho, el artículo 6.1 CEDH no exige que se celebre nueva vista pública. Así, por ejemplo, STEDH *Bazo c. España*, de 16/12/2008. Por todos, LÓPEZ GUERRA, Luis: "El diálogo entre el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias". *Teoría y Realidad Constitucional* 32 (2013), p. 145 y ss.

⁹³ VIDAL ZAPATERO, José Miguel: "El derecho...", *cit*, p. 263.

encuentre en juego la inocencia y/o culpabilidad del acusado, el TEDH exige esa vista pública⁹⁴.

Como toda regla general, esta tiene su excepción. El TEDH ha dicho que la audiencia pública en segunda instancia debe celebrarse siempre que en la apelación se discuta la realización de la misma conducta punible, sobre la base de pruebas que deban reproducirse en juicio oral (y no sobre la base del resto de circunstancias que pudieran dilucidarse con el simple estudio de los autos)⁹⁵. Con eso parece que se reserva un cierto margen de actuación que flexibiliza la exigencia citada a tenor de otras variables en juego, margen que ha suscitado la crítica doctrinal.⁹⁶

3. El artículo 6 CEDH en particular: las condenas a España

Volvemos a aplicar el esquema anterior para abordar la cuestión. Las condenas a España por vulnerar la garantía de inmediación tienen componentes fisonómicos y fisiológicos propios.

3.1. Fisonomía de las condenas

En lo que hace a nuestro país se debe empezar diciendo que este precepto, el artículo 6 CEDH es el que ha ocasionado más condenas⁹⁷. Aquí sólo nos

⁹⁴ Vid. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza: *83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Aranzadi. Cizur Menor, 2015, p. 49; En líneas generales, de la lectura de la jurisprudencia de Estrasburgo lo que realmente parece deducirse es que el precepto impone al tribunal de apelación que respete y garantice el derecho de defensa y de contradicción del acusado, concediéndole a estos efectos la imprescindible audiencia. Así lo defiende ESCALADA LÓPEZ, María Luisa; "Doble instancia e inmediación: ¿un problema resuelto?". En Moreno Catena, Víctor (dir): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 2015, p. 933 y ss.

⁹⁵ STEDH *Jan-Ake Anderson c. Suecia*, de 29 de octubre de 1991; STEDH *Fedje c. Suecia*, de 29 de octubre de 1991; y STEDH *Helmerts c. Suecia*, de 29 de octubre de 1991; y STEDH *Michael Edward Cooke c. Austria*, de 08 de febrero de 2000.

⁹⁶ VIDAL ZAPATERO, José Miguel: "El derecho...", *cít*, p. 265.

⁹⁷ Comprende desde condenas por indefensión hasta por dilaciones indebidas, pasando por falta de motivación en las resoluciones judiciales internas, por falta de imparcialidad del juzgador, o por ruptura del principio de seguridad jurídica. A título de ejemplo valgan la STEDH *Otegi Mondragón y otros c. España*, de 6 de noviembre de 2018, y la STEDH *Arrózpide Sarasola y otros c. España*, de 23 de octubre de 2018. En ambas el TEDH estima la

ocuparemos de las condenas por vulnerar la exigencia de inmediación en la segunda instancia penal, cuya configuración ha resultado ser, según el parecer doctrinal, nuestro particular "talón de Aquiles" en el sistema convencional⁹⁸.

Lo primero que destaca es que el Reino de España ha sido condenado quince veces en Estrasburgo. El segundo aspecto relevante es que catorce de esas condenas se incardinan en la vulneración del artículo 6.1 CEDH⁹⁹ y una se incardina en la vertiente procesal del artículo 3 CEDH (el ya analizado asunto *Portu Juanenea*). De las que se incardinan en el precepto que ahora interesa, la primera de ellas tuvo lugar en el asunto *Igual Coll*, del año 2009, y la última tuvo lugar en 2017, en el asunto *Atutxa Mendiola*.

El segundo aspecto reseñable es que todas se dictan en procesos penales. Tanto los asuntos donde no se respetó el artículo 6.1 CEDH¹⁰⁰, como el referido a la vertiente procesal del artículo 3 CEDH.

El tercer aspecto importante es el arco temporal que abarcan las condenas. El Reino de España no ha sido condenado "desde siempre". En ese sentido conviene recordar que la primera condena recae en 2009 y la última en 2017, por lo que la secuencia es de casi una por año a lo largo de esta década¹⁰¹.

vulneración del artículo 6.1 CEDH, aunque por motivos diferentes (en el primero por quiebra de la imparcialidad; y en el segundo por quiebra de la seguridad jurídica). Es sugerente el trabajo de DELGADO DEL RINCÓN, Luis; "El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42 (2018), pp. 569-590.

⁹⁸ Vid. DÍAZ CREGO, María: "La jurisprudencia...", *cit.*, p. 807; y MATIA PORTILLA, Francisco Javier: "Examen...", *cit.*, en prensa.

⁹⁹ Sobre el particular puede verse PÉREZ SOLA, Nicolás: "El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH", *Teoría y Realidad Constitucional* 42 (2018) pp. 317-393.

¹⁰⁰ *Igual Coll*; *Marcos Barrios*; *García Hernández*; *Almenara Álvarez*; *Lacadena Calero*; *Valbuena Redondo*; *Serrano Contreras*; *Vilanova Goterris y Llop García*; *Nieto Macero*; *Román Zurdo*; *Sainz Casla*; *Porcel Terribas*; *Gómez Olmeda*; y *Atutxa Mendiola*. Los casos fueron decididos, respectivamente, por la STEDH de 10 de marzo de 2009; la STEDH de 21 de septiembre de 2010; la STEDH de 16 noviembre de 2011; la STEDH de 25 de octubre de 2011; la STEDH de 13 de diciembre de 2011; la STEDH de 20 de marzo de 2012; la STEDH de 22 de noviembre de 2011; la STEDH de 27 de noviembre de 2012; la STEDH de 8 de octubre de 2013; la STEDH de 8 de octubre de 2013; y la STEDH de 12 de noviembre de 2013; la STEDH de 8 de marzo de 2016; la STEDH de 29 de marzo de 2016; y la STEDH de 13 de junio de 2017.

¹⁰¹ Por el contrario, cuatro demandas no finalizaron en condena. Hablamos de los casos *Naranjo Acevedo* (STEDH de 23 de octubre de 2018); *Vilches Coronado* (STEDH de 13 de marzo de 2018); *Pérez Martínez* (STEDH de 23 de febrero de 2016); y *Hernández Royo* (STEDH de 20 de septiembre de 2016). Es verdad, no obstante, que en el plazo de tres años (2008-2011) se sucedieron hasta seis condenas. Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, Marta: "La supuesta garantía de la inmediación en la segunda instancia penal española: seis sentencias condenatorias del TEDH en menos tres años". En *Revista General de Derecho Europeo* 27 (2012), pp. 1-25.

3.2. Fisiología de las condenas

Diez de las condenas afectan a sentencias de Audiencias Provinciales y cuatro a sentencias del Tribunal Supremo que resolvían recurso de casación. Constatado el fracaso del amparo ante el TC, quedaba expedita la vía convencional. Apuntamos desde ya que, aunque es cierto que los datos muestran que existe un problema, no es menos cierto que nuestros tribunales lo han intentado paliar aplicando y no eludiendo las exigencias convencionales¹⁰².

Cabe apreciar una suerte de *íter* procesal semejante en todas ellas. Lo primero que sucede en todos los casos es una condena en apelación cuando se absolvió al reo en instancia. Después se observa la inadmisión a trámite del recurso de amparo correspondiente por parte de nuestro Tribunal Constitucional; tales inadmisiones comparten un mismo fundamento jurídico: según el criterio del Juez de la Constitución lo que el tribunal de apelación revisa son elementos jurídicos y no fácticos (lo que como es sabido puede hacer, ergo, a su parecer, no se lesiona el artículo 24.2 CE)¹⁰³. Así, el recurrente llega a Estrasburgo, litiga y el TEDH le da la razón con una interpretación diametralmente opuesta: entiende este que los tribunales de apelación revisaron de nuevo elementos fácticos (nueva valoración de prueba y de testimonios) y que dicha revisión se realizó sin vista pública, lo cual, siguiendo su propia jurisprudencia, vulnera el artículo 6.1 CEDH¹⁰⁴.

¹⁰² A lo cual también coadyuva el Tribunal Constitucional, quien desde el año 2002 integró el canon convencional. Vid. PÉREZ SOLA, Nicolás; "El contenido...", *cit.*, p. 456 y ss. También parece que Ley 41/2015 ha ayudado a tal extremo, habiendo "devuelto el recurso de casación a su dimensión natural". Así lo expresa MATIA PORTILLA, Francisco Javier: "Examen...", *cit.*, en prensa.

¹⁰³ Algunos sectores doctrinales sostienen que "la distinción entre *cuestiones de hecho* y *cuestiones jurídicas* no tiene futuro alguno, discusión que su juicio "fundamentalmente sirve para confundir y oscurecer la realidad". Vid. MILANS DEL BOSCH, S; "La segunda instancia penal generalizada tras la reforma de la LECrim...y necesidad de celebración de la vista", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 913 (2015), p. 1.

¹⁰⁴ Obviamente, no se vulnera el principio de intermediación cuando los acusados, pudiendo intervenir, deciden no hacerlo. Eso es precisamente lo que sucede en el caso *Vilches Coronado c. España* (STEDH de 13 de marzo de 2018). En líneas generales, "sólo si el debate de planteado en la segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia

Otro aspecto que merece anotarse es que todas las resoluciones, sin excepción, se dictaron por unanimidad. Si acaso destaca la única discrepancia -que no es tal- en el caso *García Hernández*, mediante la opinión concurrente del Juez Zupančič, quien consideró que "habría que invitar insistentemente al Gobierno español a adoptar una legislación que permitiera un nuevo proceso, a petición de cualquier demandante, cuando el Tribunal Europeo de derechos humanos hubiera comprobado una violación del derecho a un proceso equitativo".

Conviene no olvidar que el TEDH establece en todas ellas el pago de una indemnización (el conocido mecanismo de la *satisfacción equitativa*), en concepto de daños morales y en concepto de gastos y costas procesales. Las cantidades en ningún caso se alejan de lo razonable, incluso a veces son meramente testimoniales (como en el asunto *Atutxa Mendiola*, que el TEDH fija en "1 euro" por daño moral y en 600 euros "de manera conjunta para todos los demandantes").

Recordemos, de nuevo, la condena incardinada en el artículo 3 CEDH, por ser uno de los aspectos más novedosos respecto a la vulneración de la inmediación en la segunda instancia (se habla del caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzaba*). La diferencia con el resto de condenas por lesionar este precepto estriba, precisamente, en que el TEDH aplica la doctrina sentada al hilo de los casos relacionados con el artículo 6.1 CEDH y no la deducida de aquél. El motivo es bastante obvio: los tribunales internos investigaron de forma eficaz y suficiente las denuncias de torturas, pero el tribunal *ad quem* lo hizo sin respetar los criterios de Estrasburgo, porque valoró de nuevo elementos probatorios personales sin celebrar un nuevo juicio donde se

ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte". Así lo expresa SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; "El enjuiciamiento penal: quién decide, dónde se decide, cómo se decide y cómo se revisa lo decidido", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 48, 2017, p. 17.

podría escuchar a todas las partes. La principal consecuencia del supuesto resulta palmaria: de seguir el criterio que se establece en la sentencia el trámite de audiencia pública en apelación debería realizarse en todo caso, independientemente de que en primera instancia se condenara o no¹⁰⁵.

4. La reacción de España ante las condenas

Empleemos de nuevo el esquema anterior y veamos cómo ha reaccionado España a las condenas en esta materia.

4.2. Reacción del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo cumple con su cometido e informa al Comité de Ministros de las acciones llevadas a cabo por los operadores jurídicos nacionales para cumplir con los fallos de Estrasburgo. Destacan, además de su tratamiento conjunto (todas las condenas), tres aspectos.

El primero acaece en 2013. En ese año, el Gobierno comunica al Comité que se han abonado las indemnizaciones allá donde se exigieron y se señala la

¹⁰⁵ Vid. GOYENA HUERTA, Jaime: "La segunda instancia y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a la Sentencia *Portu-Sarasola c. España*". *Revista Aranzadi Doctrinal* 4 (2018), p. 4 y ss. Tampoco puede olvidarse lo que dijeron los Jueces discrepantes (Keller, Pastor Vilanova y Serghedis) en su opinión parcialmente disidente y parcialmente concurrente: "En nuestra opinión, existían, en este caso, elementos convincentes que hubieran permitido a la Sala apartarse de la valoración de los hechos considerados por el Tribunal Supremo. En primer lugar, el Tribunal Supremo ha procedido a una nueva evaluación de la credibilidad de las declaraciones de los demandantes y de los testimonios de tres testigos, pero sin oírlos previamente. El más Alto Tribunal ha estimado sobre todo que estos tres testigos eran parciales por sus supuestos vínculos con ETA, lo que ha dado pie a una absolución general. Ahora bien en la sentencia *Lacadena Calero c. España* (...), esta misma Sala ya tuvo la ocasión de condenar esta práctica del Tribunal Supremo a tenor del artículo 6 del Convenio, no sólo por su falta de conocimiento directo e inmediato de las pruebas subjetivas sino que además el recurso de casación no permite volver, en principio, sobre los hechos ya determinados por la primera instancia. En consecuencia parece ilógico que la Sala haya concluido, por una parte que, "en ausencia de prueba concluyente relativa a la finalidad de los tratos infligidos" (párrafo 84), lo que equivale a dar el mismo valor a las dos sentencias penales, y por otra, que haya sancionado la nueva (e irregular) valoración de los hechos contenida en la última. La coherencia interna de la sentencia se encuentra entonces debilitada (...)".

jurisprudencia constitucional en la materia (especialmente la STC 245/1991), que permitía abrir la revisión de los procesos penales que habían acabado siendo objeto de condena en Estrasburgo por no respetar la garantía de intermediación. Además, se comunica que las sentencias del TEDH han recibido la difusión pública correspondiente, dándose a conocer tanto a la ciudadanía como a esos operadores.¹⁰⁶

El segundo viene en 2016. El Gobierno actualiza la información respecto a todos los litigios, dando cuenta, además de lo anterior, de dos cuestiones de relevancia. La primera es la modificación introducida en la legislación procesal penal de 2015 en aras de crear el cauce normativo para la revisión de casos cerrados que finalicen en condena en Estrasburgo. La segunda es dar cuenta de los diferentes procesos penales que se han reabierto como consecuencia del fallo de Estrasburgo y la suerte procesal que corrieron. Así, de los cuatro casos donde se hasta la fecha se ha dictado nueva sentencia por el Tribunal Supremo (*Almenara Álvarez, Serrano Contreras, Vilanova Goterris, y Llop García*), tenemos que en el primero se ha anulado el veredicto de condena y se ha procedido a celebrar nueva vista; en el segundo, sucede lo mismo parcialmente: se anula el veredicto en la parte afectada por la condena en Estrasburgo; en el tercero y en el cuarto se anula el veredicto y se absuelve al acusado.¹⁰⁷

En 2018, el Comité de Ministros reconoce que el Estado miembro ha satisfecho sus obligaciones para con el Convenio y declara cerrados los casos. Dicho con otras palabras: ha satisfecho la satisfacción equitativa exigida; ha llevado a cabo las medidas individuales señaladas y ha adoptado diversas medidas generales de reparación.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Véase la Res DH-DD(2013)36F (en línea: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804a87d4). Consultado el 20 de septiembre de 2019.

¹⁰⁷ Véase la Res DH-DD(2016)1215 (en línea: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806b7ee9). Consultado el 20 de septiembre de 2019).

¹⁰⁸ Vid. CM/ResDH(2017)69 (en línea: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806f1848). Consultado el 20 de septiembre de 2019).

4.3. Reacción del Poder Legislativo

Haciendo bueno lo que algunos autores denominan “efecto absorción”¹⁰⁹, nuestro Poder Legislativo modificó en 2015 la legislación procesal penal. Es cierto que la reforma, desbrozada hasta en siete leyes diferentes y no consecutivas, ha sido criticada doctrinalmente por su falta de sistemática y de técnica legislativa¹¹⁰. Aunque afecta a diversas cuestiones procesales de importancia¹¹¹, en lo que hace al objeto del presente trabajo destaca la modificación de la letra de los artículos 790.2 y 792.2 LeCrim.

La dicción literal del artículo 790.2 LeCrim reza así: "El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia. Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación. Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las

¹⁰⁹ Haciendo bueno el *efecto absorción* defendido por GARLICKI, Lech; "Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)". En Carmona Cuenca, E; y García Roca, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Aranzadi. Cizur Menor, 2017, p. 67.

¹¹⁰ Por todos, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: "El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015". En Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume (dir): *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Atelier. Barcelona, 2016, p. 20 y ss.

¹¹¹ Nos referimos, entre otras, a la generalización de la segunda instancia o a la ampliación de motivos que permiten plantear el recurso de revisión. Vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel; Y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *La reforma...*, cit, p. 533 y ss; y BELLIDO PENADÉS, Rafael: "Generalización de...", cit; y "Revisión penal y...", cit.

máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada".

Por su parte, la dicción literal del artículo 792.2 LeCrim establece que: "La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa".

De la conjunción de los principios arriba referidos parece que la reforma opta por una solución intermedia entre la opción del *nuevo juicio* y la opción del *juicio sobre el juicio* (aunque quizá algo escorada hacia esta segunda opción).

Para un sector doctrinal, con la nueva redacción de ambos preceptos "la cuestión queda definitivamente resuelta", porque el tribunal *ad quem* no puede ya revocar la sentencia apelada para valorar de forma distinta la prueba del juicio oral y dictar sentencia en sentido diferente. Entonces, ¿qué puede hacer? ¿Puede anular la valoración hecha en el proceso *a quo*? Sí. ¿Puede sustituir la valoración realizada tribunal *a quo*? No¹¹². Este sector resalta, además, que la reforma es más consecuente tanto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo como con la garantía de la inmediación. Sería, dicho con sus propias palabras "en lugar de pretender cuadrar el círculo, salir de ese círculo", permitiendo la anulación de la sentencia al reenviar el asunto al tribunal *a quo* para que se subsane el defecto¹¹³.

¹¹² Defiende esta postura HERRERO ÁLVAREZ, Sergio: "El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de sus novedades y dificultades". En Roca Martínez, José María (dir): *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 39; también SUAU MOREY, Jaime: *Recurso de apelación penal*. Juruá Editorial. Lisboa, 2017, p. 37.

¹¹³ Las opciones de nuestro legislador oscilaban desde el *modelo anglosajón* de prohibir el recurso frente a la sentencia absolutoria (por el desacuerdo de la acusación con la determinación de los hechos) hasta el *modelo alemán* de apelación plena reproduciéndose por completo la prueba en nuevo juicio (en segunda instancia). Vid. MARCHENA GÓMEZ, Manuel; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *La reforma...*, cit, pp. 536 y 537.

El sector crítico recuerda que con la solución dada por la reforma se repetirían pruebas ya practicadas, lo cual le restaría eficacia al quedar condicionada por la practicada en el primer juicio. Además ese nuevo juicio dilataría en el tiempo el proceso hasta extremos cuestionables¹¹⁴. Este sector propone, así, una solución parecida pero diferente. Lo primero que debería hacer el tribunal de apelación es reproducir la grabación del juicio de instancia. A partir de ahí, decidir qué pruebas personales deberían practicarse en segunda instancia, fijando concreta y expresamente lo que induce a error y/o duda. El siguiente paso sería citar de oficio en vista pública y contradictoria a todos los sujetos necesarios para esclarecer esos hechos, especialmente al acusado. Lo que realmente garantiza la reforma, dirán, son otros institutos tales como la contradicción, el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia, no tanto la inmediación, porque el juicio se vuelve irrepetible, en el sentido de que la inmediación bien entendida se agotaría en primera instancia (la prueba caduca con la práctica de la misma). En una línea parecida, otros autores recuerdan que *la misma* inmediación en segunda instancia que en primera instancia es imposible por definición, perdiéndose la fiabilidad y la autenticidad. Lo menos malo, reflexionan sin considerarlo un método del todo aceptable, sería visionar la grabación de instancia y celebrar nueva vista en apelación¹¹⁵.

4.4. Reacción del Juez de la Constitución

Aunque se discute mucho el contenido y alcance de la interpretación de nuestro catálogo de derechos fundamentales ex artículo 10.2 CE¹¹⁶, es sabido

¹¹⁴ Esta es la visión de SÁNCHEZ ROMERO, Rosario: *La garantía de inmediación en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 118 y ss.

¹¹⁵ Los límites vendrían del artículo 790.3 LeCrim arriba referido. Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho...*, cit, p. 88 y ss. El problema de esta solución es que choca con el criterio de la STEDH 29 de marzo de 2016 (asunto *Gómez Olmeda c. España*), donde se nos dijo que la reproducción de la grabación audiovisual en segunda instancia no es inmediación.

¹¹⁶ Así, para Matia Portilla, el TC tendría en los criterios hermenéuticos internacionales un criterio más para concretar el alcance de los derechos fundamentales. Para Canosa Usera no acaba de resultar convincente que el TC reitere "sin desmayo" que el CEDH no integra su canon de enjuiciamiento a la vez que se vincula a la interpretación que hace del mismo el TEDH. Vid. MATIA PORTILLA, Francisco Javier: *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Marcial Pons. Madrid, 2018, p. 115 y ss; y CANOSA USERA, Raúl: *El control de*

que en esta materia el Tribunal Constitucional viene aplicando el canon interpretativo de Estrasburgo desde hace al menos quince años; concretamente, desde la STC 167/2002, con el consiguiente otorgamiento del amparo en los diferentes procesos¹¹⁷, y con escasa discrepancia en el seno del Tribunal¹¹⁸.

Son muchas las resoluciones que el Tribunal, desde aquella, ha dictado en ese sentido¹¹⁹. De todas ellas se pueden extraer algunas conclusiones de relevancia, sobre todo las que ayudan a responder el interrogante de hasta qué punto se puede revisar la prueba de instancia en apelación. Tal cosa podría suceder básicamente en tres situaciones¹²⁰. Primero, según el TC no se puede condenar a quien fue absuelto (o no se puede agravar la condena del condenado) con una nueva valoración de las pruebas personales si no se vuelve a practicar dicha prueba en apelación. Segundo, la prueba documental, *per se*, puede valorarse de tal suerte que conduzca a la condena del absuelto en instancia (o a la agravación de la condena del ya condenado), dado que la garantía de inmediación es la misma en ambos procesos. Tercero, cabe revisar cuestiones sustantivas no procesales y acabar condenando a quien fue

convencionalidad. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2015, p. 97 y ss; para Arzo Santisteban los criterios derivados del precepto cumplen con una función actualizadora y coordinadora de los derechos fundamentales, sin que en ningún caso quepa deducir de los mismos nuevos derechos. Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. CEPC. Madrid, 2014, p. 177 y ss.

¹¹⁷ Por ejemplo, las SSTC 232/2002, 134/2007, 184/2009, 45/2011, 142/2011, 201/2012, 88/2013, 105/2016, 172/2016, 125/2017, 146/2017, 36/2018, y 37/2018. En algunas de ellas (184/2009, 45/2011, 142/2011), el Tribunal añade una garantía adicional a la inmediación, cual es la audiencia personal del acusado. Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho...*, cit, p. 83. Para algunos sectores, el TC podría haber actuado en alguno de esos casos de forma *demasiado* garantista, toda vez que llegó a decir que debía escucharse en apelación al acusado incluso si sólo se estaban discutiendo elementos jurídicos (STC 184/2002), lo cual rectificó posteriormente (STC 45/2011). Vid. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza: *83 argumentos...*, cit., p. 48.

¹¹⁸ En dicha resolución, en la STC 167/2002, el Magistrado D. Roberto García-Calvo emitió voto particular donde se manifestaba contrario a aplicar de tal forma el canon convencional. Por un lado, porque observaba que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no implica en todo caso la necesidad de celebrar vista pública, ni que el recurrente absuelto en la instancia deba ser necesariamente oído en la apelación. Por otro, porque la distinta valoración que hace el tribunal de apelación no proviene de practicar prueba sin inmediación "sino la expresión de un criterio jurídico opuesto acerca de la existencia de la lesión del derecho fundamental invocado como vulnerado, lo que tuvo como consecuencia la posibilidad de tomar en consideración pruebas objetivamente incriminatorias que en la instancia no se utilizaron para pronunciarse sobre la culpabilidad de los acusados por entender el Juez de forma errónea, a juicio de la Audiencia, que eran constitucionalmente ilícitas, y por ello inválidas" (apartado 3 del Voto Particular).

¹¹⁹ Se remite de nuevo al estudio de PÉREZ SOLA, Nicolás; "El contenido...", *cit*, p. 456 y ss.

¹²⁰ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; "El enjuiciamiento...", *cit*, pp. 17 y 18.

absuelto (o agravar la condena del condenado), por errores de subsunción en el tipo o en la apreciación de los elementos de culpabilidad, por poner dos ejemplos.

En fin, la última línea de la jurisprudencia constitucional no parece haber cambiado mucho de criterio. Por citar una de las últimas resoluciones, cabe traer a colación la STC 37/2018, de 23 de abril, donde el Tribunal Constitucional sostiene que: "el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción" (FJ 6). El criterio ha sido reiterado en la STC 59/2018, de 4 de junio, la resolución más reciente encontrada a la fecha de cierre del presente trabajo, donde se ampara al recurrente aplicando el canon convencional.

Aquí debemos hacer una valoración también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano que ha recepcionado el criterio del TEDH, tal y como se observa en jurisprudencia reciente y no tan reciente (verbigracia, en las SSTS 493/2015, de 22 de julio; 497/2015, de 24 de julio; 1002/2016, de 19 de enero de 2017)¹²¹.

Parece de especial importancia la STS 5679/2012, de 19 de julio, donde dijo tres cosas importantes. La primera es que la legislación procesal penal española no negaba que se practicase prueba en apelación, lo que sucede es que resulta restringida a tenor del artículo 790.3 LECrim¹²². Por eso no se puede dar carta de naturaleza a la práctica generalizada de prueba en segunda instancia (mucho menos exigirla). La segunda es que si ese es el

¹²¹ De importancia capital es la STS 1322/2009, de 30 de diciembre, por considerar que la inmediación es una "técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez", lo cual tiene dos efectos: le impide alegar la misma para evitar motivar la resolución y hace del control casacional una instancia perfectamente válida para revisar la valoración de la prueba. Vid. RIFÁ SOLER, José María; y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel; *El Proceso...*, cit., p. 114 y 115.

¹²² Artículo 790.3 LeCrim: "En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables".

criterio de Estrasburgo, y lo es, lo que se está haciendo es exigir que se celebre un nuevo juicio, con repetición oral, vista pública y práctica de prueba, lo que devalúa la primera instancia. Y la última, derivada de esta pero no menos importante: tales exigencias alteran sustancialmente el sistema procesal español de recursos. Parte de la doctrina entiende que el Tribunal Supremo está en lo cierto, y que precisamente lo que resulta necesario es una reforma del sistema de recursos si queremos adecuarnos a los patrones comprendidos en el artículo 6.1 CEDH¹²³.

Quizá el principal problema se plantea en torno al recurso de casación. Efectivamente, es doctrina firme del Tribunal Supremo que en casación no puede condenarse a quien ha sido absuelto en instancia (o agravar su condena de haber sido condenado) si ello supone modificar la convicción relacionada con los hechos probados en aquellos juicios. Para ello se requiere, dirá, audiencia previa al acusado. Y el problema aparece cuando se aprecia que en la sustanciación del recurso de casación la legislación que lo regula no contempla dicho trámite. Así que Estrasburgo exige la adopción de una medida que nuestra legislación no contempla directamente (sin perjuicio de lo que dicho arriba), extremo que recordó el propio Tribunal Supremo en su Acuerdo No Jurisdiccional, de 19 de diciembre de 2012, cuando dijo que: "La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley".¹²⁴

5. Breve reflexión final

De lo dicho hasta aquí podemos señalar, en primer lugar, la luz propia de la intermediación dentro del artículo 6 CEDH (derecho al proceso debido/derecho al juicio justo), con el TEDH exigiendo su cumplimiento en la segunda instancia penal, tanto por los bienes en juego como por la entidad y gravedad de los castigos aparejados.

¹²³ Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis: "El diálogo...", *cit*, p. 147.

¹²⁴ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; "El enjuiciamiento...", *cit*, p. 18.

En segundo lugar, resalta la regla general que se aplica a todos los Estados miembros: si un Tribunal interno condena en apelación cuando en instancia se absolvió (o agrava la condena dictada allí) revisando de nuevo elementos fácticos (o fácticos y jurídicos), y lo hace sin garantizar la inmediación, y a ello se le suma que posteriormente ningún otro tribunal interno "superior" pone remedio, Estrasburgo condenará por vulnerar el artículo 6.1 CEDH. Es jurisprudencia constante desde los años ochenta del pasado siglo y no parece que tenga visos de cambiar.

En tercer lugar, aplicando dicho criterio España ha resultado condenada hasta quince veces. Catorce vienen por quebrar el artículo 6.1 CEDH y una por quebrar la vertiente procesal del artículo 3 CEDH. Las catorce condenas presentan una serie de rasgos comunes que pueden ser resumidos en una suerte de "condena-tipo", parámetro básico que puede resultar muy útil para anticipar condenas: primero nuestro tribunal interno condena en segunda instancia (o agrava la condena ya dictada) revisando de nuevo elementos fácticos sin inmediación; después, el afectado recurre esta decisión, algunas veces en recurso de casación y siempre en recurso de amparo. Así, el asunto acaba llegando al Tribunal Constitucional, que inadmite a trámite el recurso (normalmente, porque entiende que la jurisdicción ordinaria ha revisado elementos jurídicos y no fácticos en aquella). Finalmente, el litigio llega a Estrasburgo, y el TEDH condena a España porque interpreta que, cuanto menos, se han revisado de nuevo elementos fácticos en la apelación, cosa que no puede hacerse sin observar inmediación.

La condena incardinada en el artículo 3 CEDH va incluso un poco más allá, porque en primera instancia se había condenado a los acusados y en segunda se les había absuelto. Aun así, el TEDH acabó sentenciando la condena. La especial idiosincrasia del caso puede explicar tal extensión del límite, que en cualquier caso deberá esperar a ser confirmado o no por jurisprudencia posterior.

En cuarto lugar, destaca la reacción que ha tenido España. La reacción trasluce, de nuevo, la actitud de un Estado que demuestra, con todas las taras y tachas que se quieran, que cree y cumple con en el Estado de Derecho. Primero, su Poder Ejecutivo, abonando las indemnizaciones exigidas en el

fallo. Segundo, el Poder Legislativo, porque en el año 2015 reforma la legislación procesal penal justamente para abordar la solución a este problema, solución que podríamos llamar "de compromiso" y que se sitúa entre las dos aguas arriba referidas (la segunda instancia como juicio sobre el juicio/la segunda instancia como nuevo juicio). El balance que la misma merezca sólo podrá hacerse una vez se observe su aplicación a lo largo y ancho de la práctica forense. Tercero, nuestro Tribunal Constitucional (y también en buena medida nuestro Tribunal Supremo), reconociendo y aplicando el canon convencional sin dejar desamparado al justiciable (si se quiere, con un punto más de crítica en la doctrina del segundo,

CAPÍTULO 3. TERCER ACTO: ESPAÑA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Introducción

Llegamos al tercer apartado de la investigación, donde se estudia las condenas dictadas por el TEDH contra el Reino de España por vulnerar la libertad de expresión, empleando el esquema habitual: una introducción general al precepto, un análisis de las condenas, y un estudio sobre la reacción de nuestro país ante tales hechos¹²⁵.

2. El artículo 10 CEDH en general: la protección del pluralismo democrático

El artículo 10 CEDH establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones

¹²⁵ El debate sobre la libertad de expresión está realmente animado. Eso es bueno en una democracia. Vid. POLLICINO, O; “Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the world of bits: the case of freedom of speech”, *European Law Journal*, 25/2, 2019, pp. 1-13; entre nosotros, ver URÍAS, J., *Libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2019; y PRESNO LINERA, M.Á; y TERUEL LOZANO, G; *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017. Es también muy recomendable la lectura de ALBERTÍ ROVIRA, E; BILBAO UBILLOS, J.Mª; FERRERES COMELLÁ, V; GARCÍA ROCA, J; JIMENA QUESADA, L; RUIZ MIGUEL, C; y TUR AUSINA, R; “Encuesta”, al número monográfico sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, especialmente las pp. 86 y ss. Todos coinciden en valorar positivamente la jurisprudencia convencional sobre libertad de expresión, dentro de lo variado y rico en matices de la misma. Y estos existen. Por ejemplo, a juicio de García Roca, la jurisprudencia respecto de los límites a la libertad de expresión es “más compleja y confusa (...) pues tienden a ser ponderaciones de derechos e intereses nada seguras” (p. 96). Por ejemplo, a juicio de Ruiz Miguel, dicha jurisprudencia “no ha sido del todo afortunada, especialmente respecto a España, pues la misma ha llevado en muchos casos a vaciar de contenido el artículo 20.4 de la Constitución” (p. 101).

previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Es sabido que nos encontramos ante el corazón de toda democracia que se precie y la construcción convencional ayuda a ello¹²⁶. En el espacio público europeo el juego de los dos apartados será el que dirima qué expresiones y actitudes quedan protegidos por su marco y cuáles no. De hecho, al igual que sucede con nuestro 20.4 CE, si nos quedamos en la mera literalidad del precepto veremos cómo los límites aparecen enunciados de forma tan que podrían llegar a vaciar de contenido el propio derecho¹²⁷.

No ha sido el caso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien ya en una de sus sentencias más señeras estableció que “la libertad de expresión es fundamento esencial de una sociedad democrática, base de su progreso y del desarrollo personal” (STEDH *Handyside c. Reino Unido*, 1976, §48)¹²⁸.

A los efectos que aquí interesa cabe resaltar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha protegido el pluralismo, especialmente el político, como condición inherente de las sociedades democráticas modernas. Tal extremo queda reflejado en tres caracteres de la jurisprudencia convencional. En primer lugar, toda limitación a la libre expresión que lesione ese pluralismo no es jurídicamente aceptable. En segundo lugar, destaca una razón práctica: algunas instituciones como la prensa necesitan de una protección especial, por

¹²⁶ Es muy útil el trabajo de BYCHAWSKA-SINIARSKA, D; *Protecting the right to freedom of expression under the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, 2017 (en línea: <https://www.coe.int/en/web/help/-/new-council-of-europe-handbook-on-freedom-of-expression>. Consultado el 30 de mayo de 2019).

¹²⁷ Algo similar pasa en España respecto a nuestro artículo 20.4 CE, donde se establecen los límites a las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 20.1 CE. Nuestro Tribunal Constitucional, en su primera jurisprudencia sobre la materia, parecía inclinarse por la interpretación literal del mismo, línea que abandonó pronto sopena de dejar en precario el ejercicio de la misma. Vid. DÍEZ-PICAZO, L.Mª; *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor, 2014 (4ª edición), p. 268.

¹²⁸ Puede verse un análisis de aquel momento en FERNÁNDEZ SEGADO, F; “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, nº 70, 1990, p. 95 y ss,

ser garantes de un debate público e informado sobre cuestiones de interés general. En tercer lugar, se pone especial celo en proteger, justamente, la creación y desarrollo de debates informados sobre cuestiones de interés general¹²⁹. Por ello, todos los que participen en el debate político, sean sujetos activos o pasivos, tienen que asumir que la libertad de expresión es un pilar del mismo especialmente protegido, independientemente de que las expresiones puedan resultar -aquí viene otra expresión conocida- “inquietantes, molestas o perturbadoras”¹³⁰.

3. El artículo 10 CEDH en particular: las condenas a España

España ha sido condenada en ocho ocasiones, la primera en el asunto *Castells c. España* (1992)¹³¹ y la última, al menos hasta la fecha, en el asunto *Toranzo Gómez c. España* (2018). Entre medias vinieron las condenas en los asuntos *Fuentes Bobo c. España* (2000)¹³²; *Gutiérrez Suárez c. España* (2010); *Otegi Mondragón c. España* (2011)¹³³; *Rodríguez Ravelo c. España*

¹²⁹ Esos tres criterios los enuncia ZYSSET, A; *The ECHR and Human Rights Theory. Reconciling the Moral and Political Conceptions*. Routledge, Abingdon-Oxon, 2017, p. 154 y ss.

¹³⁰ Estudios exhaustivos de la norma y de su interpretación por el TEDH pueden verse en BUSTOS GISBERT, R; “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”. En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3ª edición), pp. 591-628; LAZCANO BROTONS, I; “Artículo 10. Libertad de expresión”. En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (3ª edición), pp. WHITE, R; and OVEY, C; *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010 (5ª edición), pp. 425-450; y VAN RIJN, A; “Freedom of Expression”. En VAN DIJK, P; VAN HOOFF, F; VAN RIJN, A; ZWAAK, L (eds); *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 765-811.

¹³¹ Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J; “Castells c. España (STEDH de 26 de abril de 1992): la libertad de crítica política veraz”. En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 557-585.

¹³² Vid. DURÁN ALBA, J.F; “Fuentes Bobo C. España (STEDH de 29 de febrero de 2000): alcance de la libertad de expresión en el ámbito laboral”. En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 587-612; TORRES PÉREZ, A; “Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España”; *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 21, 2007, pp. 145-169; y PULIDO QUECEDO, M; “Libertad de expresión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Fuentes Bobo c. España)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, 2000, pp. 1745-1749.

¹³³ Vid. RODRÍGUEZ BOENTE, S.E; *83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia que afecta a España*. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 83 y ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T; “Otegui Mondragón C. España (STEDH de 15 de marzo de 2011): el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo. En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y*

(2016); *Jiménez Losantos c. España* (2016); y *Stern Taulats y Roura Capellera* (2018).

3.1. Fisonomía de las condenas

El TEDH ha dictado 777 sentencias condenatorias por vulnerar la libertad de expresión. Las condenas a España ascienden a 8, lo que supone un total del 1.02%. Si dejamos fuera a Rusia y a Turquía, quienes tienen el dudoso honor de liderar también aquí el ranking de condenados¹³⁴, y empleamos la comparación con países homologables al nuestro, tenemos el siguiente cuadro. Finlandia ha sido condenada 20 veces. Alemania en 9 ocasiones. Portugal resulta condenado en 24 ocasiones. El Reino Unido, en 12. Hungría ha sido condenada 26 veces. Francia ha sido condenada 38 veces. Grecia ha sido condenada 15 veces. Polonia, 32 veces. E Italia aquí deja de ser un caso preocupante: ha sido condenada las mismas veces que España, 8.

Conviene retener que España cumple puntualmente, también aquí, con lo que establece el fallo de cada una de las sentencias condenatorias, como luego veremos. Y que ninguna de las condenas fue recurrida ante la Gran Sala, aviniéndose el Gobierno a las razones jurídicas de *primera instancia*.

Es reseñable que en cinco de las ocho condenas se emitieron votos particulares, bien concordantes bien disidentes. Lo cual nos dice que el criterio de la mayoría no estuvo del todo claro para condenar; y, cuando condenó, alguno de los argumentos empleados para hacerlo eran, cuando menos, dudosos. La consecuencia que se infiere se antoja más o menos clara: no era obvio que España hubiere vulnerado la libertad de expresión ni tampoco eran obvios alguno de los argumentos mayoritarios para llegar a esa conclusión.

diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 613-640; GÓMEZ CORONA, E; "El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso Otegi Mondragón c. España"; *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 151, 2011, pp. 727-741; SOTO GARCÍA, M; "Los límites de la libertad de expresión en el debate político"; *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012, pp. 575-591.

¹³⁴ Turquía ha sido condenada 351 veces. Rusia, por su parte, ha sido condenada 53 veces. Vid. *ECHR-Overview 1959-2018*, Strasbourg, March, 2019, p. 9 (en línea: www.echr.coe.int. Consultado el 27 de mayo de 2019).

3.2. Fisiología de las condenas

La fisiología de las condenas resulta, para este caso, ambivalente. Veamos los motivos.

Parece claro que el TEDH observa en esta materia que existe un margen de apreciación nacional para los Estados. Aunque no es menos cierto que en los casos donde esté en juego el debate público democrático el margen se reduce considerablemente.¹³⁵

Por un lado, de la jurisprudencia convencional se deduce que la sanción penal -bien de ciudadanos, bien de sujetos cualificados como periodistas o informantes- cuando participan en debates públicos inherentes a la democracia, de interés general por definición, merece reproche convencional, por excesiva.¹³⁶ Además, si las expresiones o informaciones tienen que ver con “hombres políticos”, más protegidas resultan. Si se ostenta un cargo público representativo, incluso la más alta magistratura (Jefe de Estado), las espaldas deben ser anchas a la hora de soportar el ejercicio de la crítica. Y aunque la libre expresión se ensancha para aquellos que se dedican profesionalmente a la política (asuntos *Castells y Otegi*), otro tanto se puede decir para el ciudadano medio que participa en el debate político, aun bajo forma “provocativas” (asuntos *Stern Taulats y Roura Capellera y Toranzo*

¹³⁵ Este margen de apreciación es un concepto elástico y dinámico, haciéndolo especialmente útil para ser aplicado a contextos nacionales diferentes y cambiantes. Vid. GREER, S; “Universalism and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture”. En AGHA, P (ed); *Human Rights Between Law and Politics*, Hart Publishing, Portland, 2017, p. 34; y BAMFORTH, N; “Social Sensitivity, Consensus and the Margin of Appreciation”. En AGHA, P (ed); *Human Rights Between Law and Politics*, Hart Publishing, Portland, 2017, p. 143 y ss. Para el caso español puede verse SERRANO MAÍLLO, I; “El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 579-596.

¹³⁶ También en foros como el judicial. En el asunto *Rodríguez Ravelo* se condena a España porque la sanción penal impuesta a un abogado (motivada por un duro escrito plagado de epítetos calificativos contra la jueza de instrucción) no fue proporcionada. Cabe observar dos matices. Uno, el voto particular discrepante del Juez Nicolau, donde dice que de permitir este tipo de calificativos se menoscaba no solo la autoridad judicial individual sino el crédito del sistema judicial en su conjunto. Y dos, que la casuística es rica y variada. La línea divisoria entre lo que es una crítica legítima al poder judicial y a sus integrantes y la difamación no está clara. Cuando el TEDH interpreta un eventual límite a la libertad de expresión en este tipo de asuntos suele hacer valer la necesaria autoridad de los tribunales de justicia, cimentada en torno a la confianza “pública” o “social”. Vid. BASSOK, O; “The European Consensus Doctrine and the ECtHR Quest for Public Confidence”. En KAPOTAS, P; and TZEVELEKOS, V.P (eds); *Building Consensus on European Consensus. Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 243 y ss.

Gómez).¹³⁷ Por ello, las condenas comparten un argumento fuerza: el TEDH condena porque observa que esa sanción penal no cumple el principio de proporcionalidad y, por ende, no es necesaria en una sociedad democrática.¹³⁸

La ambivalencia viene de que, aun teniendo en cuenta lo que se acaba de decir, las condenas no revelan una falla estructural en nuestro ordenamiento constitucional. Es cierto que en los últimos años las condenas han aumentado, aunque no lo es menos que desde la primera a la segunda median ocho años, que algunos años no hay condenas, y que otros hay un pico de aumento¹³⁹. De existir un problema estructural de veras en el ejercicio de esta libertad, tendríamos más condenas en términos absolutos y relativos (esto es, en cantidad y con mayor frecuencia temporal). Pero no ha sido así. *Ítem más*: España nunca ha sido, hasta la fecha, objeto de un *procedimiento-piloto*, que es el que aplica para combatir defectos sistémico-estructurales¹⁴⁰.

4. La reacción de España ante las condenas

¹³⁷ El TEDH aplica, por un lado, la doctrina *Mamère* (asunto *Mamère c. Francia*, STEDH de 7 de noviembre de 2006), donde declaró que la imposición de sanciones a un representante político ecologista por manifestar sus opiniones negativas respecto a la gestión de las autoridades francesas de la crisis de Chernóbil atentaban contra la libertad de expresión, porque “aunque sarcásticas, se mantuvieron dentro de los límites de la exageración y provocación admisibles” (§ 21). Además, aplica la doctrina *Colombani* (asunto *Colombani y otros c. Francia*, STEDH de 25 de junio de 2002); y la doctrina *Pakdermili* (asunto *Pakdermili y otros c. Turquía*, STEDH de 22 de febrero de 2005), donde viene a decir que una protección penal especial de la figura del Jefe del Estado respecto a injurias u ofensas no se atiende, en principio, al espíritu del Convenio.

¹³⁸ Otra característica reseñable del sistema de protección convencional: al partir de la presunción general favorable a la libertad de expresión (principio clásico de *favor libertatis*), el TEDH exige al Estado el cumplimiento de la proporcionalidad de la medida limitante. Por eso el examen de este tipo de casos al final tienen que ver con el cumplimiento de la necesidad en una sociedad democrática. Lo cual significa que la restricción debe ser, primero, de necesidad social imperiosa; segundo, proporcionada y ajustada al fin perseguido; tercero, que las razones para limitar la libertad sean “relevantes y suficientes”. Así lo señala BARENDT, E; *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (2ª edición), p. 65 y ss.

¹³⁹ Vid. MATIA PORTILLA, F.J; “Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 42, 2018, p. 294 y ss.

¹⁴⁰ Vid. LÓPEZ GUERRA, L; “La evolución del sistema europeo de protección de los derechos humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 42, 2018, p. 126 y ss; y QUERALT JIMÉNEZ, A; “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 42, 2018, pp. 395-424.

Vayamos a nuestro esquema conocido y veamos qué han hecho el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional a la hora de enfrentarse con estas condenas.

4.1. Reacción del Poder Ejecutivo

Aquí solo podemos reiterar el escrupuloso cumplimiento del Gobierno de todas las resoluciones, abonando las cantidades establecidas en concepto de satisfacción equitativa. Pongamos algunos ejemplos. En el *asunto Castells*, como sabemos, se condenó al Reino de España al pago de una cantidad de tres millones de pesetas. La sentencia se dicta el 23 de abril de 1992 y el Gobierno español informó al órgano encargado de supervisar el cumplimiento del fallo –el Comité de Ministros del Consejo de Europa- el abono de dicha cantidad a fecha de julio de 1992. Posteriormente, hizo saber al mismo que el Tribunal Constitucional se refería expresamente a la jurisprudencia convencional en la materia, acusando recibo del criterio interpretativo que evite el riesgo de futuras condenas. Por ello, el Comité de Ministros entiende satisfechas las obligaciones del Reino de España para con el Convenio¹⁴¹. En el *asunto Fuentes Bobo* sucede otro tanto. El Gobierno español entiende satisfecha la obligación pecuniaria (España ha pagado la cantidad estipulada en la resolución judicial) y, además, informa del efecto directo que tiene el Convenio y las sentencias de Estrasburgo, lo cual ayudará a evitar futuras condenas. El Gobierno hace saber, a mayores, que la resolución ha sido publicada en los diarios nacionales de mayor tirada. El Comité de Ministros reconoce de nuevo que se ha cumplido con lo que exige el Convenio¹⁴². Luego

¹⁴¹ Vid. COMITÉ DE MINISTROS; Resolution DH (95) 93 + Appendix to the Resolution (en línea:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22respondent%22:%5B%22ESP%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22EXECUTION%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-55686%22%5D%7D>. Consultado el 27 de mayo de 2019). Una postura crítica puede verse en URÍAS MARTÍNEZ, J; “Castells c. España (STEDH de 26 de abril de 1992): la libertad de crítica política veraz”. En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, especialmente p. 573 y ss.

¹⁴² Vid. COMITÉ DE MINISTROS; Resolution ResDH (2002) 106, concerning the judgment of the European Court of Human Rights of 29 February 2000 (final on 29 May 2000) in the case of Fuentes Bobo against Spain + Appendix to the Resolution (en línea:

vino el *asunto Gutiérrez Suárez*, que como ya sabemos no estableció cantidad alguna de indemnización. Requerido el Gobierno a informar sobre las medidas adoptadas para evitar eventuales condenas en el futuro, responde este en dos sentidos. Individualmente, puesto que el demandante en sede interna no tuvo que pagar multa alguna; y generalmente, dando cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que aplican el criterio convencional (así, la STC 65/2015 y la STS 4058/2015). El Comité de Ministros también dejó sentado en este caso que España había cumplido con la resolución¹⁴³. Como sabemos, a este le siguió el *asunto Otegi*. El Reino de España debía abonar en total 23.000 euros, cosa que hizo con la diligencia debida, tal y como vuelve a acreditar el Comité de Ministros¹⁴⁴.

Creo que aquí poco más se puede decir del Ejecutivo, más allá de recordar la obviedad de que cuanto más lejos permanezca un Gobierno de *regular* o *intervenir* en la libertad de expresión, mejor (independientemente de que en algunas latitudes se haya argumentado en contrario).¹⁴⁵

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%22respondent%22:%5B%22ESP%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22EXECUTION%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-56119%22%5D%7D> . Consultada el 27 de mayo de 2019). De nuevo, la doctrina llama la atención sobre los complejos vericuetos procesales que se sucedieron al intentar al recurrente hacer valer la resolución en sede interna. Vid. DURÁN ALBA, J.F; “Fuentes Bobo C. España (STEDH de 29 de febrero de 2000): alcance de la libertad de expresión en el ámbito laboral”. En ALCÁ CER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 604 y ss.

¹⁴³ Vid. COMITÉ DE MINISTROS; Resolution CM/ResDH (2018) 421, Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Gutiérrez Suárez against Spain, adopted on 14 november 2018) (en línea: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%22respondent%22:%5B%22ESP%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22EXECUTION%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-187986%22%5D%7D>) (Consultado el 27 de mayo de 2019).

¹⁴⁴ Vid. COMITÉ DE MINISTROS; Resolution CM/ResDH(2017)251. Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Otegi Mondragon against Spain (en línea: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22otegi%22%5D%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22EXECUTION%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-177287%22%5D%7D>). Consultado el 28 de mayo de 2019.

¹⁴⁵ Uno de los principales representantes de esta línea es FISS, O; *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999. Su metáfora de “repartir altavoces” es estimulante, la verdad, pero hay que contextualizarla: el debate sobre la primera enmienda de la Constitución estadounidense tiene mucho que ver con las interpretaciones libertarias de la misma. El profesor Fiss responde a las mismas alegando que –de ahí la ironía- no siempre la intervención pública sea mala. Por ejemplo, para dar voz a minorías que de otro modo no tendrían forma de expresar sus puntos de vista.

4.2. Reacción del Poder Legislativo

Otro tanto se puede decir del Poder Legislativo. Saltarían todas las alarmas si existiera algo así como una Ley de Libertad de Expresión o similares. No obstante, es muy probable que exista algo que veladamente esté empezando a cumplir similar función: el famoso discurso del odio castigado en el artículo 510 CP y el manejo generoso que se está haciendo del mismo, hecho sobre el que la doctrina ha dado la voz de alarma.¹⁴⁶

La cuestión supera con mucho el objetivo de este trabajo, pero no nos resistimos a hacer algunas consideraciones especialmente referidas a algunas de las condenas comentadas. Ya en el asunto *Otegi* el TEDH salió al paso de posibles amplitudes excesivas a la hora de hablar de discurso del odio; según su criterio, las expresiones vertidas contra la figura del Rey constituían críticas de un representante público enunciadas por quien era en aquel momento no sólo “hombre político” sino hombre político cualificado, como parlamentario y líder del Grupo Parlamentario *Sozialistak Abertzaleak*. El Tribunal considera que “si algunos términos del discurso del demandante describen un cuadro muy negativo del Rey como institución y dan así al relato una connotación hostil, no incitan sin embargo a la violencia, y no se trata de un discurso de odio, lo que a los ojos del Tribunal es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta” (§ 54).

El asunto definitivo ha sido, hasta el momento y sin lugar a dudas, el de *Stern Taulats y Roura Capellera*. En ese sentido, reconoce que la puesta en escena (la quema de las fotos de los Reyes) fue “provocadora”, pero entra dentro de la provocación permitida en aras de “transmitir un mensaje crítico desde la

¹⁴⁶ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G; “La represión penal del “discurso del odio”. En MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A; VENTURA PÜSCHEL, A; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (dirs.); *Tratado de derecho penal español: Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pp. 379-412; del mismo autor, “La represión penal del “discurso del odio”. En QUINTERO OLIVARES, G (dir); *Comentario a la reforma penal del 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 717-753; y VÁZQUEZ ALONSO, “Artistas abyectos y discurso del odio”, en ALONSO, L; y VÁZQUEZ, V (dirs.); *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, p. 232 y ss.

perspectiva de la libertad de expresión” (§38). Tampoco considera que la quema de fotos sea incitar a la violencia, sino más bien una “expresión simbólica de una insatisfacción y de una protesta” (§39). Ni acto de odio ni acto de violencia, pues.

Parece que con estas decisiones el mensaje del TEDH es claro: el discurso del odio se reserva para actos que realmente puedan poner en peligro a personas o bienes, o incluso el propio sistema democrático. Para nada más.¹⁴⁷

4.3. Reacción del Juez de la Constitución

El papel del Tribunal Constitucional en esta materia es relevante y delicado, marcado en todo caso por el viejo aforismo tan conocido de los árboles y el bosque.

El bosque lo constituyen las más de trescientas sentencias que ha dictado desde aquella STC 6/1981, la primera sobre libertad de expresión. Esa jurisprudencia ha sido ampliamente garantista para con este derecho fundamental, estableciendo el insulto como único límite claro y sostenido en el tiempo. Se pueden poner muchos y variados ejemplos pero quizá con una buena muestra valga: la STC 235/2007, uno de los casos más difíciles y complejos de resolver, donde el Tribunal Constitucional sostuvo que la mera negación del genocidio no podía ser objeto de represión penal, al entrar dentro de los confines del artículo 20 CE.

Los árboles son algunas resoluciones sueltas, por decir así.¹⁴⁸ Está claro que en algunas de las más recientes parece haber expandido los contornos del

¹⁴⁷ Vid. ESQUIVEL ALONSO, Y; “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, nº 35, 2016, pp. 1-42; y TERUEL LOZANO, G; “El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho”? En ALONSO, L; y VÁZQUEZ, V (dirs.); *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017, p. 175.

discurso de odio y aminorado, lógicamente, los márgenes de la libertad de expresión. Una, la STC 177/2015, ya ha sido tumbada en Estrasburgo (es el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera*).¹⁴⁹ De la segunda, la STC 112/2016 (caso *Erkizia*) no tenemos todavía noticias desde lugares convencionales. Sea como fuere, la doctrina ha dejado claro los problemas que plantean uno y otro caso.¹⁵⁰

5. Breve reflexión final

España ha sido condenada ocho veces por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulnerar la libertad de expresión. El principal motivo por el que se nos condena es porque “algo que sucedió” en el proceso judicial interno correspondiente no respetó el Convenio. En concreto, el TEDH observa que la medida que limita la libertad de expresión, la sanción penal, era desproporcionada y por ello no era necesaria en una sociedad democrática.

Queda claro, también gracias a la jurisprudencia del TEDH, que está especialmente protegido el debate político, tanto desde el punto de vista subjetivo (quienes se dedican profesionalmente a la política), como desde el punto de vista objetivo (el debate sobre cuestiones de interés general y, en ciertos casos, el ejercicio de la abogacía). De lo cual se deduce que las instituciones de gobierno, las administraciones públicas en general, incluso las

¹⁴⁸ Otro ejemplo: la STC 226/2016, de 22 de diciembre, donde el Tribunal considera que la sanción disciplinaria impuesta por el partido político a una militante por un artículo de opinión de *alto voltaje* no atentaba contra su libertad de expresión. La misma cuenta con voto particular del Magistrado Pérez de los Cobos, al que se adhiere el Magistrado Ollero Tassara. Vid. SALVADOR MARTÍNEZ, M^a; “La libertad de expresión del afiliado a un partido político y sus límites (a propósito de la STC 226/2016)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 115, 2019, pp. 391-422.

¹⁴⁹ Extremo que parecía anticipado en alguna medida en los votos particulares de la Magistrada Asúa Batarrita (al que se adhiere el Magistrado Valdés Dal-Ré); del Magistrado Xiol Ríos; y de la Magistrada Roca Trías.

¹⁵⁰ Sobre la primera véase BILBAO UBILLOS, J.M^a; “La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n^o 28, 2018, pp. 1-29; y PRESNO LINERA, M.Á; “Crónica de una condena anunciada: el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey”, *Teoría y Realidad Constitucional* n^o 42, 2018, pp. 539-549. Sobre la segunda, analiza los problemas del artículo 578 CP (enaltecimiento del terrorismo CABELLOS ESPIÉRREZ, M.Á; “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 112, 2018, pp. 45-86.

que más altas responsabilidades tienen, deben soportar una carga mayor, deben tener las espaldas más anchas a la hora de *aguantar* el ejercicio de esta libertad por parte de los ciudadanos (y especialmente si son ciudadanos cualificados tales como representantes políticos y/o periodistas-medios de comunicación).

El análisis de las condenas se ha realizado conforme al conocido esquema de la reacción en su triple faceta. Y de nuevo se repite la pauta, aquí si se quiere matizada por ser el derecho fundamental que es: el Poder Ejecutivo abona las indemnizaciones; el Poder Legislativo ha implementado algunas restricciones penales al discurso que no parecen casar del todo bien con la doctrina de Estrasburgo (especialmente el hecho de manejar como se hace la noción “discurso del odio”); y el Tribunal Constitucional, dentro de su labor de protección de este derecho fundamental, ha podido tener alguna resolución controvertida pero aislada.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Ha llegado el momento de realizar la recapitulación final. Eso pasa por destacar las siguientes reflexiones.

En primer lugar, España ha sido condenada en reiteradas ocasiones por vulnerar los artículos 3, 6 y 10 CEDH. Los datos muestran que, con todo, somos de los países menos condenados (en general y respecto a tales preceptos en concreto).

En segundo lugar, aunque las condenas obedecen a fisonomías y fisiologías idiosincráticas, se adivina un motivo de fondo que recorre *las profundidades* de todas ellas: el poder público (algún poder público) actuó fuera de los márgenes convencionales permitidos. Así, mientras en las vulneraciones del artículo 3 CEDH todas las condenas –menos una- tienen que ver con que los tribunales nacionales no investigaron lo suficiente las denuncias presentadas, en las referidas al artículo 6 CEDH en su vertiente de garantía de la inmediación será la legislación procesal del momento, en aplicación por los tribunales, la causante del mal; finalmente, las que tienen que ver con el artículo 10 CEDH

se ciñen en un empleo excesivo de la acción penal por el Ministerio Fiscal y en la condena posterior por los tribunales de justicia, ante manifestaciones que el TEDH considera protegidas por el precepto.

En tercer lugar, a cada uno de los vectores de condena le sigue una reacción que hemos denominado triple, al protagonizarla el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional. Con los datos en la mano, se aprecia que el primero cumple el fallo de las resoluciones abonando las indemnizaciones estipuladas (e informando al Comité de Ministros del Consejo de Europa de ese y todos los extremos relacionados con el cumplimiento de los mismos); el segundo ha llevado a cabo diversas reformas intentando paliar los problemas de compatibilidad con el CEDH. Cuando se ha desviado de esa senda, España ha sido a la postre condenada; el tercero, porque siendo como es el máximo intérprete de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento lo hace integrando los criterios convencionales en su jurisprudencia (con todos los matices y errores que se quiera), lo cual no solo sirve de faro para las jurisdicciones ordinarias, sino también para mostrar el compromiso de España para con el Convenio.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E; BILBAO UBILLOS, J.M^a; FERRERES COMELLÁ, V; GARCÍA ROCA, J; JIMENA QUESADA, L; RUIZ MIGUEL, C; y TUR AUSINA, R; "Encuesta", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*. Tirant lo blanch. Valencia, 2013.

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge; "Ponderación, proporcionalidad y margen de apreciación en la jurisdicción europea de los derechos". *Revista General de Derecho Europeo* 25 (2011).

ALLUÉ BUIZA, Alfredo; "Los derechos fundamentales en Turquía, un claro retroceso", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 38, 2016.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume: "El nuevo proceso penal: valoración crítica de las reformas procesales de 2015". En Alonso-Cuevillas Sayrol, Jaume (dir): *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*. Atelier. Barcelona, 2016.

ALZAGA VILLAAMIL, Ó; *Comentario Sistemático a la Constitución Española*, Marcial Pons, Madrid, 2016 (2^a edición).

ARANGÜENA FANEGO, C; y LANDA ARROYO, C; "Mecanismos procesales internos para la ejecución de sentencias". En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

ARZOZ SANTISTEBAN, X; *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014.

BAMFORTH, N; "Social Sensitivity, Consensus and the Margin of Appreciation". En AGHA, P (ed); *Human Rights Between Law and Politics*, Hart Publishing, Portland, 2017.

- BARENDT, E; *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (2ª edición).
- BASSOK, O; "The European Consensus Doctrine and the ECtHR Quest for Public Confidence". En KAPOTAS, P; and TZEVELEKOS, V.P (eds); *Building Consensus on European Consensus. Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: "Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015". *Diario La Ley* 8619 (2015).
- BELLIDO PENADÉS, Rafael; "Revisión penal y generalización de la doble instancia penal en el proyecto de reforma de la LECrim. de 2015", *Diario La Ley* 8526 (2015).
- BILBAO UBILLOS, J.Mª; "La STEDH de 13 de marzo de 2018 en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España: la crónica de una condena anunciada", *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 28, 2018.
- BLANCO VALDÉS, R; *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*. Alianza, Madrid, 2018.
- BUSTOS GISBERT, R; "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática". En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3ª edición).
- BYCHAWSKA-SINIARSKA, D; *Protecting the right to freedom of expression under the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, 2017 (en línea: <https://www.coe.int/en/web/help/-/new-council-of-europe-handbook-on-freedom-of-expression>. Consultado el 30 de mayo de 2019)
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.Á; "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 112, 2018.

- CANDELA SORIANO, M., "The reception process in Spain and Italy", en KELLER, H; y STONE SWEET, A; (eds.); *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, New York, 2008.
- CANO PALOMARES, M.A; *En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal: el caso de "Jakob Von Metzler" y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2017.
- CANOSA USERA, R; *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- CANOSA USERA, Raúl: *El control de convencionalidad*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2015.
- CANOSA USERA, R; "La prohibición de la tortura y de penas y tratos inhumanos o degradantes en el CEDH", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.
- CARMONA CUENCA, E; ARENAS RAMIRO, M; FERNÁNDEZ VIVAS, Y; Y PIOVESAN, F; "Los derechos humanos con perspectiva de género". En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds)., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- CASADEVALL, Josep: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Tirant lo blanch. Valencia, 2012.
- CASSESE, A; "The European Committe for the Prevention of Torture and Inhuman on Degrading Treatment or Punishment (CPT)". En CASSESE, A; (ed.); *The International Fight Against Torture*, Nomos, Baden-Baden, 1991.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J; "Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos Getirem, Kemal Kahraman, Osman Karademir, Osmanoğlu, Balçık y otros, contra Turquía", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 33, 2009.
- CONDE PÉREZ, E; "TEDH-Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia, 37201/06-artículo 3 CEDH-Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o

- degradantes-terrorismo v. tortura”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 32, 2009.
- CONSEJO DE EUROPA; *ECHR-Overview 1959-2018*, Strasbourg, March, 2019 (en línea: www.echr.coe.int. Consultado el 27 de mayo de 2019).
- COSTAS TRASCASAS, M; "Seguridad nacional y derechos humanos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de terrorismo internacional: ¿hacia un nuevo equilibrio?". En CONDE PÉREZ, E; (dir); e IGLESIAS SÁNCHEZ, S; (coord): *Terrorismo y Legalidad Internacional*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CRUZ, J; *El Comité para la Prevención de la Tortura*, ENE Ediciones, Valencia, 2001.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis; "El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42 (2018), pp. 569-590.
- DÍAZ CREGO, M^a; "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno a España: una historia de acuerdos y desencuentros"; En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3^a edición), pp. 791-831.
- DÍEZ-PICAZO, L.M^a; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014 (4^a edición).
- DURÁN ALBA, J.F; "Fuentes Bobo C. España (STEDH de 29 de febrero de 2000): alcance de la libertad de expresión en el ámbito laboral". En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- ELVIRA PERALES, A; "La dignidad humana en el TEDH". En CHUECA, R; (dir.); *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2015.

- ESCALADA LÓPEZ, María Luisa; "Doble instancia e inmediatez: ¿un problema resuelto?". En MORENO CATENA, Víctor (dir): *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 2015.
- ESPARZA LEIBAR, I; y ETXEBARRÍA GURIDI, J.F; "Derecho a un proceso equitativo". En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2015 (3ª edición).
- ESQUIVEL ALONSO, Y; "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuestiones Constitucionales*, nº 35, 2016.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C; "El derecho al acceso a la justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de derechos humanos", *Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 27, 2013.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, C; "La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española"; *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 26, 2013.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F; "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, nº 70, 1990.
- FISS, O; *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- GARCÍA ROCA, J; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012.
- GARCÍA ROCA, J; y NOGUEIRA ALCALÁ, H; "El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante". En CARMONA CUENCA, E; y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.
- GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

- GARLICKI, L; "Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority). En CARMONA CUENCA, E; Y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.
- GAY MONTALVO, E; "El diálogo entre el Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales". En MAC-GREGOR FERRER; Y HERRERA GARCÍA, A (coords); *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2013.
- GEARTY, C; "Building Consensus on European Consensus". En KAPOTAS, P; and TZEVELEKOS, V.P (eds); *Building Consensus on European Consensus. Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- GIMENO SENDRA, V; (et al); *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Edisofer, Madrid, 2017.
- GÓMEZ CORONA, E; "El prestigio de las instituciones como límite a la libertad de expresión de los ciudadanos: el caso Otegi Mondragón c. España"; *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 151, 2011.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, Marta: "La supuesta garantía de la intermediación en la segunda instancia penal española: seis sentencias condenatorias del TEDH en menos tres años". En *Revista General de Derecho Europeo* 27 (2012).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J; *La dignidad de la persona*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011 (2ª edición);
- GOYENA HUERTA, Jaime: "La segunda instancia y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia a la Sentencia *Portu-Sarasola c. España*". *Revista Aranzadi Doctrinal* 4 (2018), p. 4 y ss.
- GREER, S; "Universalism and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture". En AGHA, P (ed); *Human Rights Between Law and Politics*, Hart Publishing, Portland, 2017.

- GUR-AYE, M; y JESSBEGER F; "The protection of human dignity in interrogations: may interrogative torture ever be tolerated? Reflections in light of recent german and israeli experiences", *Israel Law Review*, vol. 44-nº 1-2 (2011).
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I; "La dignidad quebrada"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 14, 2004.
- HERRERO ÁLVAREZ, Sergio: "El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de sus novedades y dificultades". En ROCA MARTÍNEZ, José María (dir): *El proceso penal en ebullición*, Atelier, Barcelona, 2017.
- KABOGLU, I; "Turquía: supresión del régimen parlamentario bajo el estado de emergencia (Observaciones preliminares sobre la modificación constitucional aprobada por el referéndum de 16 de abril de 2017)", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 40, 2017.
- LAVRYSEN, L; *Human rights in a positive state*, Intersentia, Cambdrige-Antwerp-Portland, 2016.
- LAZCANO BROTONS, I; "Artículo 10. Libertad de expresión". En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (3ª edición).
- LÓPEZ GUERRA, L; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias". *Teoría y Realidad Constitucional* nº 32, 2013.
- LÓPEZ GUERRA, L; "El Derecho Constitucional en España hoy", en PÉREZ TREMP, P (comp.); *El Derecho Constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea Homenaje a los profesores Louis Favoreu, Alessandro Pizzorusso y Francisco Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, 2017.
- LÓPEZ GUERRA, L; "La evolución del sistema europeo de protección de los derechos humanos", *Teoría y Realidad Constitucional* nº 42, 2018.

- MARCHENA GÓMEZ, M; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M; Y CEBADA ROMERO, A. (Dir.): *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Iustel, Madrid, 2009.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L; "La recepción por el Tribunal Constitucional de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 1998.
- MATIA PORTILLA, F.J; "Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.
- MATIA PORTILLA, F.J; "Informe sobre España", en MATIA PORTILLA, F.J; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I (dir.); *Informes nacionales sobre la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-70.
- MATIA PORTILLA, F.J; *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Marcial Pons. Madrid, 2018.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (dir.): *Informes Nacionales Europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Alemania, España, Francia, Italia, Polonia)*. Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- MILANS DEL BOSCH, S; "La segunda instancia penal generalizada tras la reforma de la LECrim...y necesidad de celebración de la vista", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 913 (2015).
- MILONE, C; *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015.
- MONTESINOS PADILLA, C; "¿Impunidad en España ante la perpetración de torturas y malos tratos?. Reflexiones a la luz de la Sentencia del TEDH en el Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 67, 2018.

- MORGAN, R; y EVANS, D; (eds.), *Protecting Prisoners. The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in context*, Oxford, New York, 1999.
- MORTE GÓMEZ, C; "El régimen de detención incomunicada en España: las obligaciones positivas procesales derivadas de artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos". En LÓPEZ GUERRA, L (coord; et. al.); *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- NIEVA-FENOLL, J; "Primera condena a España por infligir tratos degradantes", *Agenda Pública*, 14 de febrero de 2018.
- NOWAK, M; Y MCARTHUR, E; *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2008.
- OEHLING DE LOS REYES, A; *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010.
- PÉREZ SOLA, Nicolás: "El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH", *Teoría y Realidad Constitucional* 42 (2018).
- POLLICINO, O; "Judicial protection of fundamental rights in the transition from the world of atoms to the world of bits: the case of freedom of speech", *European Law Journal*, 25/2, 2019.
- PORTILLA CONTRERAS, G; "La represión penal del "discurso del odio". En MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A; VENTURA PÜSCHEL, A; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (dirs.); *Tratado de derecho penal español: Parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.
- PORTILLA CONTRERAS, G; "La represión penal del "discurso del odio". En QUINTERO OLIVARES, G (dir); *Comentario a la reforma penal del 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015.
- PRESNO LINERA, M.Á; "Crónica de una condena anunciada: el Asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España sobre la quema de fotos del Rey", *Teoría y Realidad Constitucional* nº 42, 2018.

- PRESNO LINERA, M.Á; y TERUEL LOZANO, G; *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017.
- PULIDO QUECEDO, M; "Libertad de expresión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Fuentes Bobo c. España)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, A; "Martínez Sala y otros c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004): la vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes". En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADÍEZ ROJO, M; Y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M (coords). *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* 2013, Civitas, Madrid, 2013.
- QUERALT JIMÉNEZ, A; "Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional* nº 42, 2018.
- QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008.
- REVIRIEGO PICÓN, F; *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.
- RIPOL CARULLA, S; *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ BOENTE, S.E; *83 Argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T; "Otegui Mondragón C. España (STEDH de 15 de marzo de 2011): el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo. En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- ROIG TORRES, M; "Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de Octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la "tortura de

rescate" (*rettungsfolter*); *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11, 2014, pp. 295-364.

RUILOBA ALVARIÑO, J; "Analogías y diferencias entre el sistema europeo para la prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo facultativo a la convención contra la tortura de Naciones Unidas", en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; *La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*, Sevilla, Gandulfo, 2010.

RUILOBA ALVARIÑO, J; "El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT): examen de las visitas efectuadas a España". En FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C; (coord.); *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010.

RUILOBA ALVARIÑO, J; *El convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Madrid, Dykinson, 2005.

RUIZ LEGAZPI, A; "La prevención de la tortura: ¿una novedad en el frente del Defensor del Pueblo?". En ROCA ESCOBAR, G (ed); *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013.

SAAVEDRA ALESSANDRI, P; CANO PALOMARES, G; y HERNÁNDEZ RAMOS, M; "Reparación y supervisión de sentencias". En CARMONA CUENCA, E; y GARCÍA ROCA, J (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

SAIZ ARNÁIZ, A; *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, CGPJ, 1999.

SALADO OSUNA, A; "Las funciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, nº 2, 1994.

SALADO OSUNA, A; "Los tratos prohibidos en el artículo 3 del CEDH". En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de*

los Derechos el Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEPC, Madrid, 2014 (3ª edición), pp. 85-112.

SALVADOR MARTÍNEZ, M^a; "Influencias recíprocas entre ordenamientos en el reconocimiento y determinación del contenido de los derechos fundamentales de Europa". En PRESNO LINERA, M.A; y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I (coords); *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012.

SALVADOR MARTÍNEZ, M^a; "La libertad de expresión del afiliado a un partido político y sus límites (a propósito de la STC 226/2016)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 115, 2019.

SÁNCHEZ ROMERO, Rosario: *La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal*, Dykinson, Madrid, 2017.

SÁNCHEZ SAUDINÓS, J.M; "Introducción. La organización y competencias de las Defensorías del Pueblo: panorama general". En ROCA ESCOBAR, G (ed); *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013.

SANTAMARÍA ARINAS, R; y BOLAÑO PIÑEIRO, M^a.C; "Prohibición de la tortura". En LASAGABASTER HERRARTE, I (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2015 (3ª edición), pp. 54-95.

SERRANO MAÍLLO, I; "El derecho a la libertad de expression en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: dos casos españoles", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011, pp. 579-596.

SOTO GARCÍA, M; "Los límites de la libertad de expresión en el debate político"; *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012.

STONE SWEET, A; y KELLER, H; "The reception of the ECHR in National Legal Orders", en KELLER, H; y STONE SWEET, A; (eds.); *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, New York, Oxford, 2008.

SUAU MOREY, Jaime: *Recurso de apelación penal*. Juruá Editorial. Lisboa, 2017.

- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; "El enjuiciamiento penal: quién decide, dónde se decide, cómo se decide y cómo se revisa lo decidido", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 48, 2017, p. 17.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *La implantación generalizada de la segunda instancia penal. Presente y futuro*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor, 2011.
- TENORIO SÁNCHEZ, P; "Influence of the European Convention of Human Rights on the interpretation of the spanish Constitution. A European Perspective". *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 9, 2010.
- TERUEL LOZANO, G; "El discurso del odio y el discurso negacionista: ¿ejercicio de una libertad o abuso de derecho"? En ALONSO, L; y VÁZQUEZ, V (dirs.); *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017.
- TOMÁS Y VALIENTE, F; "La tortura en España", *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1997.
- TOMÁS Y VALIENTE, F; *A Orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996.
- TORRES MURO, I; "Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional: una revisión", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 26, 2010.
- TORRES PÉREZ, A; "Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España"; *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 21, 2007.
- URÍAS MARTÍNEZ, J; "Castells c. España (STEDH de 26 de abril de 1992): la libertad de crítica política veraz". En ALCÁCER GUIRAO, R; BELADIEZ ROJO, M; SÁNCHEZ TOMAS, J.M (coords); *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- URÍAS, J., *Libertad de expresión. Una inmersión rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2019.
- VAN RIJN, A; "Freedom of Expression". En VAN DIJK, P; VAN HOOFF, F; VAN RIJN, A; ZWAAK, L (eds); *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2018.

VÁZQUEZ ALONSO, "Artistas abyectos y discurso del odio", en ALONSO, L; y VÁZQUEZ, V (dirs.); *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017.

VIDAL ZAPATERO, J.M; "El derecho a un proceso público". En GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P; (coords); *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014 (3ª edición).

VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V; "Confluencia del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva con el concepto de investigación oficial eficaz en el contexto de la prohibición de la tortura", *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 15-nº 1, 2012.

WHITE, R; and OVEY, C; *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010 (5ª edición).

ZYSSET, A; *The ECHR and Human Rights Theory. Reconciling the Moral and Political Conceptions*. Routledge, Abingdon-Oxon, 2017.