

JURISPRUDENCIA

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

COACCIÓN ADMINISTRATIVA, RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (De la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009, caso *Iribarren Pinillos contra España*)*

JAVIER BARCELONA LLOP
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

RESUMEN

La Sentencia del TEDH de 9 de enero de 2009 (caso *Iribarren Pinillos contra España*) declara que el Estado demandado ha vulnerado el artículo 3 del Convenio (derecho a no sufrir torturas ni malos tratos) porque el Tribunal Supremo no indemnizó al demandante, herido de gravedad por las fuerzas de policía. La Sentencia de Estrasburgo corrige la interpretación que de los hechos hizo el Tribunal Supremo y deduce del artículo 3 del Convenio un derecho a la indemnización prácticamente autónomo, desligado de una previa declaración de vulneración material o procedimental del precepto y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 del Convenio).

Palabras clave: responsabilidad patrimonial de la Administración; Convenio Europeo de Derechos Humanos; intervención de las fuerzas de policía; principio de proporcionalidad; derecho a la integridad física; derecho a un recurso efectivo.

ABSTRACT

The ECHR's judgement in the case *Iribarren Pinillos v. Spain* declares that had been a violation of article 3 of the European Convention on Human Rights (prohibition of torture or inhuman or degrading treatment) because the Spanish Supreme Court did not award a damage compensation to the applicant, who had been severely wounded by the police forces. The Strasbourg judgement deduces from article 3 ECHR a right to be compensated regardless of a previous declaration of violation (material or procedural) of the right ensured by the article 3 and of the right to an effective remedy (art. 13).

Key words: patrimonial liability of the Administration; European Convention on Human Rights; action of the police forces; proportionality; right to physical integrity; right to an effective remedy.

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación *Veinticinco años de Derecho Administrativo posconstitucional. Los cambios producidos* (SEJ2006-15130-C02-01/JURI), dirigido por el profesor Luis MARTÍN REBOLLO. He utilizado los textos de la Sentencia *Iribarren Pinillos* y de la Decisión sobre la admisibilidad de la demanda, disponibles en la página *web* del propio Tribunal (en francés).

1. La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 (Sección 6.^a, recurso núm. 9060/1998, Ponente: A. Puente Prieto) resuelve que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una Sentencia de la Audiencia Nacional parcialmente estimatoria de la demanda de daños y perjuicios formulada por don Mikel Iribarren Píñillos, quien había sido gravemente herido por el impacto de un bote de humo lanzado por la policía en el contexto de unos disturbios callejeros acaecidos en Pamplona el 15 de diciembre de 1991. Tras los hechos se incoaron diligencias previas, a las que puso fin el Auto de la Audiencia Provincial de Pamplona de 29 de septiembre de 1995 que, confirmando el Auto del Juzgado de Instrucción número 3 de la misma ciudad, acordó su sobreseimiento al no poderse identificar al autor de las lesiones. No obstante, éstas quedaron acreditadas, así como que habían sido causadas por un miembro del Cuerpo Nacional de Policía y también que la víctima participaba en los acontecimientos¹.

El 2 de agosto de 1996, el señor Iribarren presentó reclamación por daños y perjuicios ante el Ministerio del Interior, cuyos servicios jurídicos sostuvieron que procedía estimarla aunque moderando la cuantía indemnizatoria, habida cuenta de que el interesado intervino en los disturbios². Por su parte, el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de septiembre de 1997 (expediente núm. 3230/1997) propuso la desestimación de la reclamación en los siguientes términos:

«La cuestión que se suscita es la relativa a la procedencia del deber de indemnizar a título de responsabilidad patrimonial del Estado.

¹ La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo transcribe *in extenso* la resolución penal; disponemos así de una fuente de la que manan, entre otros, los datos relevantes que siguen. Funcionarios dotados de material antidisturbios encontraron al señor Iribarren gravemente herido y tendido en el suelo; éste tardó 459 días en curar; quedándole secuelas y precisando diversas intervenciones quirúrgicas. Las lesiones «fueron ocasionadas por el impacto de un bote fumígeno o lacrimógeno, máxime teniendo en cuenta que dicho artefacto, lanzado a corta distancia, como se evidenció en las pruebas de lanzamiento realizadas, es susceptible de causar lesiones tan importantes (...). Amén de lo anterior, también ha de tenerse en cuenta que ni los policías que estuvieron en el lugar de los hechos, ni los miembros de la Cruz Roja, apreciaron en las inmediaciones del lugar en donde se encontraba el herido objeto alguno susceptible de causar semejante traumatismo». Como se ha mencionado, la autoría del disparo no pudo ser determinada, a salvo de que provino de un miembro del Cuerpo Nacional de Policía «uniformado y haciendo uso de material antidisturbios entre lo que se encuentra el casco con visera». En cuanto a la participación del herido en la algarada, la jurisdicción penal la tiene por establecida habida cuenta de los testimonios contradictorios de quienes decían lo contrario y de que en sus ropas se hallaron «restos de antimonio, elemento químico que suele formar parte de las sustancias iniciadoras de artefactos pirotécnicos y explosivos».

² Este dato figura tanto en el Dictamen del Consejo de Estado que se cita acto seguido como en la propia Sentencia del Tribunal de Estrasburgo que ha de ocuparnos más adelante (§ 22). Los servicios jurídicos del Ministerio del Interior propusieron indemnizar al reclamante con algo más de 101.000 euros, cantidad que se estimaba era la mitad de la que le hubiera correspondido en caso de no haber intervenido en el enfrentamiento con la policía. El señor Iribarren había solicitado un total de 283.826,26 euros por diversos conceptos (lesiones permanentes, lucro cesante, daño moral, incapacidad permanente parcial, estancia durante 129 días en el hospital e incapacidad tras ella).

Para ello es necesario acreditar que el daño sufrido por el particular es imputable a una actuación de la Administración Pública y que aquél no tenía el deber jurídico de soportarlo.

En el presente caso estima el reclamante que se dan los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado al considerar probado que el impacto de un bote de humo en la cabeza del reclamante, que le ocasiona las lesiones cuyo resarcimiento solicita, tuvo lugar por una actuación de un funcionario policial.

La instrucción por su parte propone aplicar la doctrina de la compensación de culpas al estimar que interfiere el nexo causal la propia conducta del perjudicado, participante en esa violenta manifestación. Estima el Consejo de Estado que ha de estarse a los datos que resultan del expediente, es decir:

Según se puede leer en el auto de sobreesimiento de 29 de septiembre de 1995 no hay autor conocido del lanzamiento del bote de humo. No cabe, pues, establecer la inferencia de que se trata de un funcionario policial. A juicio de la instrucción queda acreditado, y así resulta de las diligencias previas incoadas, la participación del reclamante en la violenta manifestación. Teniendo en cuenta ambos datos, resulta claro que falta un elemento esencial, la imputación del daño a la Administración Pública. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que quien participa de la violencia no puede resultar acreedor a una indemnización por los daños generados por la propia violencia a que ha cooperado. En momento alguno en su reclamación intenta el reclamante justificar su presencia en el lugar de los hechos (que no parece así que hubiera sido ocasional). No se trata de aplicar un eventual criterio de compensación de culpas; la regla general de prohibición del abuso de derecho veda la pretensión ejercida en tal caso.

Procede, pues, desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado».

La fórmula ritual («V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado») se tradujo en el caso en la desestimación de la reclamación presentada.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo, el demandante obtuvo éxito parcial en la Audiencia Nacional, cuya Sentencia de 1 de julio de 1998 condenó a la Administración del Estado a indemnizarle con 10 millones de pesetas (unos 60.000 euros), cantidad notablemente inferior a la que había solicitado (algo más de 283.000 euros). Según informa la Sentencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional basó su criterio en que, aun constandingo que el demandante intervino en la algarada, la acción policial fue despro-

porcionada en la medida en que el bote de humo fue lanzado a muy corta distancia por un funcionario cuya identidad nunca llegó a conocerse.

2. Las dos partes procesales se alzaron en casación frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional, aunque, según aclara el Tribunal Supremo, «desde perspectivas antagónicas». El señor Iribarren propugnaba el derecho a la reparación económica que había solicitado desde un principio, mientras que el Abogado del Estado sostenía «la improcedencia del abono de indemnización alguna con fundamento en lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992». Apoyándose en el criterio jurisprudencial que prioriza el examen del motivo consistente en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, el Tribunal Supremo entra directamente en el análisis del recurso de la Administración, avisando de que su eventual estimación privaría de contenido al recurso de casación interpuesto por la otra parte, vertebrado éste en torno a diversos argumentos que no es menester recordar ahora puesto que la Sentencia no analiza ninguno de ellos³.

Observando la metodología al uso, el Tribunal Supremo tiene muy en cuenta los hechos declarados probados en vía penal. La Audiencia Nacional había procedido de igual modo, pero el Tribunal Supremo hará una lectura jurídica de aquéllos bien distinta, pues en lugar de apreciar concurrencia de culpas (la del demandante y la de la Administración, derivada ésta de una respuesta policial desproporcionada) entiende que no hubo lesión antijurídica, con las consecuencias que de ahí se siguen en orden al éxito de la reclamación. Traigamos a la vista el argumento del Tribunal Supremo, ciertamente expuesto con orden y claridad:

«Partiendo por lo tanto de la acreditada participación del recurrente en los hechos, ha de tenerse en cuenta que la manifestación que da lugar a la intervención de las fuerzas de orden público se estaba produciendo desde hacía horas y con extrema violencia, como lo acredita su propia duración y la existencia de barricadas incendiadas formadas por los manifestantes, lo que obligó a las fuerzas de orden público a intervenir durante horas lanzando botes de humo y lacrimógenos.

³ De la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 se deduce que el recurso presentado por el señor Iribarren estaba bastante acabado (no entro, obviamente, en el fondo del asunto), mientras que el de la Abogacía del Estado se limitaba a aducir la infracción de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992. De hecho, el Tribunal Supremo pormenoriza las infracciones denunciadas por el demandante, mientras que respecto de la casación promovida por la Abogacía del Estado sólo dice que se funda en la infracción de aquellos preceptos, sin mayores indicaciones. Si el relato que figura en la Sentencia se corresponde con el texto de los escritos forenses, cabe preguntarse por si el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado satisfizo realmente la exigencia, tantas y tantas veces recordada por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de la cita precisa de las normas que se reputan infringidas y del concepto por el que se dice que lo fueron.

Partiendo de tal consideración fundamental queda por examinar si el daño ocasionado resulta antijurídico por concurrir una causa que excluya tal calificación y un derecho que ampara el actuar administrativo generando la obligación jurídica de soportar el daño puesto que, como hemos afirmado en Sentencia de 17 de abril de 2.001 (recurso 8512/96), esta Sala ha venido declarando, entre otras en sus Sentencias de 22 de abril de 1994, 1 de julio de 1995 y 21 de noviembre de 1995, que existe el deber jurídico de soportar el daño cuando el lesionado se ha arriesgado a participar en una manifestación ilegal y violenta, declarando la Sentencia de 7 de octubre de 1995 que el daño causado es antijurídico cuando la respuesta o reacción de las fuerzas de orden público es desproporcionada en medios y modos atendidas las circunstancias.

En el presente caso, como se resolvió en Sentencia de 27 de noviembre del año 2000 (recurso 6589/1996), la Sala entiende que los hechos relatados evidencian que, efectivamente, el daño fue causado por las fuerzas antidisturbios, pero que carece de la nota de antijuricidad ya que fue el recurrente el que creó la situación del riesgo al participar en una manifestación violenta viéndose obligada la fuerza pública a utilizar los medios de que disponía, en modo congruente con la finalidad a perseguir, al objeto de disolver la ilícita manifestación que venía produciéndose durante horas y para restablecer la seguridad y el orden público perturbado. Como en esa Sentencia afirmamos, una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que son exponentes las Sentencias de 22 de abril de 1994, 1 de julio y 7 de octubre de 1995, 16 de diciembre de 1997 y 18 de octubre de 1999, ha declarado que corresponde al lesionado el deber jurídico de soportar el daño cuando, como en este caso, se arriesgó a participar en una manifestación violenta o ilegal sin que la presunción de inocencia alegada por la representación procesal del recurrente tenga cabida en este proceso contencioso-administrativo cuyo objeto se proyecta sobre la acción de responsabilidad patrimonial entablada.

En conclusión cabe decir que, si bien está acreditado que los daños se produjeron como consecuencia del impacto realizado sobre el recurrente de un bote de humo lanzado por personal de la fuerza pública, es lo cierto que, al no haberse acreditado circunstancias que lo contradigan, ha de presumirse, en función del principio de legalidad de la actuación administrativa, que dicha actuación no resulta desproporcionada, en contra de lo que se afirma por la sentencia recurrida, ni puede, en consecuencia, calificarse como antijurídica al ser proporcionados, oportunos y congruentes los medios utiliza-

dos, ya que en modo alguno aparece acreditado en las actuaciones que el impacto del bote de humo fuera consecuencia de un disparo efectuado a conciencia sobre el recurrente, sino que más bien sería resultado del azar, dadas las condiciones de extrema violencia en que se estaba desarrollando la manifestación y la confusión existente en aquellos momentos, como en todos en que se actúa durante horas formando barricadas e imposibilitando durante ese período de tiempo el ejercicio de su misión por la fuerza pública que, por el contrario, está obligada a actuar con la decisión necesaria y sin demora, rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, conforme exige el apartado c del artículo 5.2 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin que se haya acreditado, ni siquiera indiciariamente, que en el presente caso la actuación de las fuerzas del orden no se acomodara a esas exigencias legales.

No existiendo la antijuricidad en la actuación de la Administración, el perjudicado resulta obligado a soportar el daño por lo que, estimando el recurso de casación interpuesto por la representación de la Administración del Estado y entrando en el examen de la cuestión planteada en el debate, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo confirmando la resolución recurrida, y con ello la improcedencia de declarar la responsabilidad de la Administración del Estado por los hechos».

No entro ahora a valorar la argumentación evocada, pues a ello dedicaré un momento más adelante; destaco, sí, que es diáfana y en verdad rotunda.

3. A la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 acompaña un voto particular discrepante firmado por el Magistrado J. E. Peces Morate. Esta circunstancia es llamativa por no ser habitual que en las sentencias que resuelven litigios de esta naturaleza figuren opiniones disidentes⁴, pero también porque permite sospechar que el asunto no era quizá tan sencillo como sugiere la contundencia argumental de la Sentencia. En resumen, el voto particular sostiene lo siguiente:

⁴ No es habitual, pero tampoco insólito. Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005 (recurso de casación núm. 6322/2000, Ponente: S. Martínez-Vares García), que versa igualmente sobre una demanda de daños propiciada por una determinada intervención policial, aunque el supuesto de hecho era completamente distinto; en ella figura un voto particular discrepante firmado por la Magistrada M. Robles Fernández. De todas formas, el asunto al que se refiere esta Sentencia debió suscitar interpretaciones jurídicas acusadamente divergentes pues fue preciso aplicar el mecanismo previsto en el artículo 262.2 LOPJ; esto es, la discordia era tal que fue necesaria la celebración de una nueva vista a la que concurrieron los Magistrados que habían asistido a la primera y otros tres más.

a) La lesión causada al reclamante «fue antijurídica porque éste no tenía que asumir el riesgo de sufrir el impacto de un medio antidisturbios, como es un bote de humo, al no ser éste un instrumento idóneo para ser lanzado contra los manifestantes a muy corta distancia debido a las terribles consecuencias que su impacto puede producir, según sucedió en este caso».

b) La doctrina jurisprudencial que «ha declarado repetidamente que la intervención en una manifestación violenta genera riesgos que sitúan a sus participantes en el deber jurídico de soportarlos» no es aplicable «al caso enjuiciado en que el medio empleado para disolver o disuadir a los manifestantes fue, como con todo acierto declara la Sala de instancia en la sentencia recurrida, desproporcionado al ser lanzado a muy corta distancia, aunque el comportamiento del herido pudiera ser relevante» para moderar el importe de la indemnización.

Como se observa, el voto particular sí aprecia falta de proporcionalidad en la intervención policial (un funcionamiento anormal, en suma), criterio que lleva al Magistrado discrepante a defender que, a partir de la idea conforme a la cual «la relación de causalidad puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración», debía haberse desestimado la casación promovida por el Abogado del Estado y examinado los motivos aducidos por el reclamante.

4. El señor Iribarren Pinillos interpuso recurso de amparo, que fue inadmitido por providencia de 21 de octubre de 2003. No he podido manejarla, pero se encuentran referencias a ella en la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 31 de mayo de 2005, por la que se acuerda la admisión parcial de la demanda presentada ante aquél el 14 de noviembre de 2003. Dado que la lectura de la Decisión de Estrasburgo no permite vislumbrar bien el grueso argumental sobre el que se levantaba el recurso de amparo, es mejor no detenerse demasiado en esa providencia de desconocida literalidad.

Podemos mencionar, con todo, y siempre según Estrasburgo, que el Tribunal Constitucional señala lo siguiente. En primer lugar, que el recurrente debió haber promovido el incidente de nulidad de actuaciones previsto entonces en el artículo 240.3 LOPJ y que al no actuar así no había agotado las vías previas de recurso en punto a la incongruencia *extra petita* de la que se quejaba⁵;

⁵ El precepto citado se refería a la petición por escrito de la declaración de nulidad de actuaciones «fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida». Hoy, el artículo 241.1 LOPJ configura la extensión material del incidente de nulidad de actuaciones de modo bien distinto, proviniendo la redacción del precepto de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, que en este punto aspira a incrementar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales. Cfr. L. BACHMAIER WINTER, «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones», *Revista de Derecho*

en segundo lugar, que la diferente apreciación de los hechos realizada por los tribunales de lo contencioso-administrativo no vulnera ningún derecho fundamental, como tampoco la valoración hecha por el Tribunal Supremo acerca de la proporcionalidad de la acción policial; en tercer lugar, que la duración de los procedimientos judiciales no había sido excesiva; en cuarto lugar, que la inaplicación del baremo establecido en la legislación sobre accidentes de tráfico carecía de relevancia constitucional; en quinto lugar, que la denegación de la indemnización no atentaba al derecho a la integridad personal del demandante; y, por último, que la constatación de que había participado en los altercados no vulneraba sus derechos a la presunción de inocencia, al honor y a la propia imagen y a la utilización de los medios convenientes para su defensa.

En cuanto a la Decisión misma del Tribunal Europeo, admite la demanda en punto a las quejas relacionadas con los artículos 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes), 6.1 (derecho a un proceso en un plazo razonable) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio, aunque sin realizar ninguna consideración sobre el fondo⁶. Así acotado el asunto, lo resuelve la Sentencia de 8 de enero de 2009 (caso *Iribarren Pinillos contra España*, demanda núm. 36777/03) de la Tercera Sección del Tribunal⁷, cuyo fallo es el siguiente:

«Por estos motivos, el Tribunal

1. Declara, por unanimidad, que la demanda es admisible.
2. Dice, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 3 del Convenio.
3. Dice, por unanimidad, que ninguna cuestión distinta debe analizarse a la luz del artículo 8 del Convenio.
4. Dice, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio.
5. Dice,
 - a) por unanimidad, que el Estado demandado debe abonar al demandante, en el plazo de tres meses a contar

Procesal 2007, págs. 45 y ss., y las contribuciones de M. CARRILLO, G. FERNÁNDEZ FARRERES y A. GARRORENA MORALES en la obra colectiva, dirigida por el primero de los citados, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 121 y ss., 157 y ss. y 231 y ss., especial y respectivamente.

⁶ Por el contrario, juzga inadmisibles (en el sentido del art. 35.4 del Convenio) las quejas concernientes al principio de no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el Tratado (art. 14.1) y otras vinculadas al derecho a un proceso equitativo (art. 6.1) y al derecho a un recurso efectivo (art. 13.1).

⁷ Presidida por J. M. Casadevall (Andorra, Juez desde 1996) y de la que formó parte, como Juez *ad hoc* designado por el Gobierno español, M. A. Saiz Arnáiz tras la inhibición de L. López Guerra. Los demás Jueces que formaron Sala fueron E. Fura-Sandström (Suecia, Vicepresidenta, Juez desde 2003), B. M. Zupancic (Eslovenia, Juez desde 1998), A. Gyulumyan (Armenia, Juez desde 2003), I. Ziemele (Letonia, Juez desde 2005) y A. Power (Irlanda, Juez desde 2008). La Sala se completa con S. Quesada, *greffier de section*.

desde el día en que esta Sentencia sea definitiva conforme al artículo 44.2 del Convenio, las cantidades siguientes:

- i. 100.000 euros (...) por daños materiales;
 - ii. 30.000 euros (...) por gastos procesales;
- b) por cuatro votos contra tres, que el Estado demandado debe abonar al demandante, en el plazo de tres meses a contar desde el día en que esta Sentencia sea definitiva conforme al artículo 44.2 del Convenio, las cantidades siguientes:

40.000 euros (...) por daño moral».

He preferido transcribir el fallo (excepción hecha de las fórmulas al uso relacionadas con la exención del pago de impuestos y la aplicación de los intereses moratorios) antes de referir los argumentos de la Sentencia para poner de manifiesto que, salvo en el punto concerniente a la indemnización por daños morales, los Jueces de Estrasburgo resolvieron la demanda de forma unánime. Más aún, es momento de decir que la disidencia que formularon en su opinión común los Jueces Fura-Sandström, Gyulumyan y Saiz Arnáiz no afectaba al tema de fondo (¿tenía el señor Iribarren derecho a percibir una indemnización por daños morales o no?), sino a la cantidad que la mayoría de la Sala consideró que tenía derecho a percibir, que reputaron elevada a la vista de las circunstancias del caso. Fue, pues, una disidencia cuantitativa, no cualitativa⁸.

⁸ Frente a los 40.000 euros otorgados en equidad por la mayoría (el demandante solicitaba 83.000), los Jueces citados calculan que debían ser 30.000, teniendo en cuenta que Mikel Iribarren Pinillos había participado en la manifestación y no había sido objeto de torturas ni de malos tratos durante una detención o un interrogatorio. Buscan apoyo en el precedente de la Sentencia *Güleç contra Turquía*, de 27 de julio de 1998, y reclaman que el Tribunal mantenga cierta coherencia; reconocen, no obstante, que «cualquiera que fuera la suma acordada, no podría constituir jamás una reparación adecuada en un caso como el que nos ha sido sometido». Como se observa, la discrepancia es en el fondo menor. En cuanto a la Sentencia *Güleç*, que habrá que volver a citar más adelante, recordemos que no reconoce daños materiales y que la indemnización por daño moral, fijada en 50.000 francos franceses, se justificaba en la violación del artículo 2 del Convenio a causa del empleo desproporcionado de la fuerza pública (el hijo del demandante murió en el curso de la disolución de una manifestación) y por la infracción del deber estatal de emprender y llevar a término una investigación eficaz. En este caso, los Jueces Gölcüklü y Matscher votaron en contra de la reparación por daños morales aduciendo que, por motivos de principio, no eran favorables a su reconocimiento (cualquiera que fue la cuantía) a favor de los padres de la víctima pues encontraban «poco delicado que se pueda sacar provecho financiero de la muerte de un pariente». Quizá esos Jueces no tuvieron suficientemente en cuenta que, a los efectos de la jurisdicción de Estrasburgo, también los padres y parientes de quien muere a causa de una acción de la fuerza pública son *víctimas* en sentido del artículo 34 del Convenio; sobre este punto, J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los ar-*

¿Por qué razones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó, en los términos señalados, la demanda presentada por el señor Iribarren Pinillos contra España? Vayamos por partes.

5. Mikel Iribarren Pinillos emprendió el camino de la responsabilidad patrimonial de la Administración una vez que la Audiencia Provincial de Pamplona acordó el sobreseimiento de las diligencias penales por no haberse podido identificar al autor del disparo, en todo caso miembro del Cuerpo Nacional de Policía. Abierto el procedimiento europeo, el Gobierno español opuso que el demandante no había agotado las vías internas de recurso, pues si presentó un amparo contra la Sentencia del Tribunal Supremo que rechazaba su pretensión resarcitoria, no lo hizo contra el sobreseimiento de las diligencias penales; en consecuencia, postulaba la inadmisión de la demanda en virtud del artículo 35.1 del Convenio.

No puede decirse que el argumento fuera muy consistente. Y no tanto por la cierta renuencia que muestra nuestro Tribunal Constitucional a exigir que los autos de sobreseimiento cuenten con una motivación pormenorizada o exhaustiva, con las consecuencias que se adivinan en orden a las posibilidades de éxito del recurso de amparo⁹, sino particularmente porque la demanda presentada ante el Tribunal de Estrasburgo no versaba sobre la ausencia de responsabilidad criminal de nadie, sino sobre la denegación de la indemnización, extremo para el que la eventual identificación del agente que disparó el bote de humo era irrelevante. A la vista de ello se comprende fácilmente la respuesta del Tribunal, por lo demás coherente con su jurisprudencia sobre el requisito del agotamiento de las vías previas de recurso a propósito de las demandas que versan sobre los artículos 2 y 3 del Convenio, supuestos en los que da muestras de una cierta flexibilidad casuística, aunque sin desmantelar la regla, en verdad capital, de la subsidiariedad de su jurisdicción¹⁰.

El Tribunal hace notar que el sobreseimiento de la causa penal no puso en cuestión que las lesiones sufridas por el demandante hubieran sido causadas por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, circunstancia que permitía a aquél iniciar el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. Añade que la interposición de un recurso de amparo contra la decisión de la Audiencia Provincial no hubiera servido para conseguir

títulos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales), Ed. Thomson-Civitas, 2007, págs. 166 y ss., y la bibliografía allí citada; igualmente, y con alcance más general, el posterior estudio de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El concepto de “víctima de una violación de los derechos humanos” como determinante para el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos», núm. 175 de esta REVISTA, 2008, págs. 253 y ss. y, especialmente, 277 y ss.

⁹ Véanse, entre otras y para el argumento principal, la STC 191/1992, de 16 de noviembre (estimatoria del recurso de amparo precisamente por la insuficiente motivación del auto de sobreseimiento), y la STC 176/2006, de 5 de junio (que desestima el recurso de amparo por entender que el contexto que rodea a la decisión y en la que ésta se apoya suministra fundamento suficiente y conocido, aunque con un voto particular del Magistrado García-Calvo).

¹⁰ Cfr. J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal...*, cit., págs. 55 y ss.

la identificación del culpable o culpables, además de alargar en demasía un procedimiento que, a la fecha del sobreseimiento, duraba ya casi cuatro años (§ 39); en tal tesitura, entiende que:

«§ 40. (...) al demandante, que eligió utilizar la vía de la reparación administrativa, que en principio aparecía como efectiva, susceptible de ofrecerle la reparación de los daños y que presentaba perspectivas razonables de éxito (...) no se le puede reprochar el no haber intentado otras que, aun disponibles, no presentaban similares posibilidades de éxito».

Según jurisprudencia reiterada, la regla del artículo 35.1 del Convenio (agotamiento de las vías internas de recurso) se funda en la hipótesis, incorporada al artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), de que el ordenamiento nacional contempla un recurso disponible y adecuado para, en su caso, obtener la reparación de las violaciones aducidas. Salta a la vista que exigir al demandante la interposición de un recurso de amparo contra las decisiones que acordaron el sobreseimiento hubiera supuesto obligarle a utilizar un procedimiento mediante el que nunca hubiera podido satisfacer el interés que pudiera tener en la elucidación de la responsabilidad individual del agente que había lanzado el bote de humo. En este contexto, abandonar lo penal y tomar el camino de la responsabilidad patrimonial de la Administración fue un proceder inobjetable desde la perspectiva del artículo 35.1 del Convenio.

Acto seguido, el Tribunal recuerda que cuando los atentados al derecho a la vida o a la integridad física no son intencionales, la obligación positiva estatal de articular un sistema judicial eficaz de protección no exige necesariamente y en todo caso la previsión de acciones penales, pudiendo entenderse satisfecha si los interesados disponen de vías civiles, administrativas o incluso disciplinarias¹¹. La Sentencia cita en este punto diversos asuntos próximos en el tiempo y recuerda en particular otro español, la Decisión de inadmisión recaída en el caso *Sergio Murillo Saldías y otros contra España* (demanda núm. 76973/2001), de 28 de noviembre de 2006, relacionada con el anegamiento por las aguas de un *camping* ubicado en Biescas (Valle de Tena, Huesca) que provocó 87 muertos, muchos más heridos y cuantiosos daños materiales. El asunto se saldó en el orden nacional con el sobreseimiento penal y la condena a la Administración, en vía contencioso-administrativa, a abonar elevadas sumas a las víctimas de la catástrofe; puesto que los interesados no estaban conformes con que los acontecimientos carecieran de repercusiones penales, se dirigieron a Estrasburgo. El Tribunal inadmite la demanda en relación con uno de ellos por entender que, al haber ganado el contencioso de la responsabilidad de la Administración en la jurisdicción in-

¹¹ Nótese que el argumento se vierte a propósito de las lesiones no intencionales, pues en otro caso el tema se resuelve de forma completamente distinta; cfr. J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea...*, cit., págs. 106 y ss.; G. DOMENECH PASCUAL, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *REDC*, núm. 78, 2006, págs. 343 y ss.

terna, no podía considerarse *víctima* de una vulneración del artículo 2 del Convenio¹². En cuanto a los demás demandantes, el Tribunal tiene en cuenta que si se constituyeron como acusación en el proceso penal que fue sobreesido, no presentaron acciones de responsabilidad patrimonial, e inadmite su demanda por entender que, aunque el ordenamiento nacional suministraba vías suficientes de recurso, eligieron únicamente la penal, cuando podían haber utilizado además la administrativa de la responsabilidad patrimonial, que estaba a su disposición y con perspectivas razonables de éxito¹³.

Se trata, como se observa, de una hipótesis inversa a la que analiza la Sentencia *Iribarren Pinillos*, y no hay que descartar que el Tribunal la traiga a colación con aspiraciones de cierto contraste. Sea como fuere, hemos de retener el criterio fundamental: si el atentado contra la vida no es intencionado, la obligación positiva de poner en marcha un sistema judicial eficaz no exige necesariamente remedios penales, dándose por cumplida si las vías civiles, administrativas o incluso disciplinarias están abiertas a los interesados y presentan razonables posibilidades de éxito, interesados que, como hemos visto, deben agotarlas antes de dirigirse a la jurisdicción europea.

Aclarado lo anterior, el Tribunal se adentra en el fondo del asunto, versando su razonamiento sobre la posible vulneración de los artículos 3 y 6 del Convenio. Vulneración que, como sabemos ya, declara por unanimidad.

6. En cuanto al artículo 3, el Tribunal recuerda que ciertos argumentos desarrollados por él mismo a propósito del artículo 2 (derecho a la vida) son aplicables a la exégesis del precepto, confirmándose así que aunque uno y otro garantizan derechos distintos comparten determinados elementos comunes de importancia institucional nada desdeñable¹⁴. De ellos, importa ahora el que

¹² Esto es, el Tribunal estima que el Estado (sus tribunales) había(n) reconocido el daño causado (a la vida de los familiares del demandante) y lo había(n) reparado económicamente. A juicio del Tribunal de Estrasburgo, la jurisdicción interna, al rechazar la causa de fuerza mayor alegada por la Administración, facilitó una «reparación apropiada de la violación sufrida» cifrada en cantidades que «no pueden ser consideradas poco razonables». Y apostilla que «[e]n vista de los elementos del expediente en su posesión y del examen global del proceso, el Tribunal constata que el primer demandante ganó el pleito ante los tribunales contencioso-administrativos. En estas condiciones, no podría considerarse “víctima” en el sentido del artículo 34 del Convenio de la vulneración del artículo 2». Acerca de la interpretación del concepto de víctima en el contexto del artículo 2 del Convenio, véanse los estudios citados *supra*, nota 8.

¹³ Si, leemos en la decisión *Sergio Murillo Saldías*, una vez sobreesido el procedimiento penal las víctimas opinan que los daños (muertes y lesiones) podían imputarse al funcionamiento de la Administración, tenían «todavía la posibilidad de presentar ante los tribunales administrativos una acción de responsabilidad del Estado y obtener una indemnización». Acción que el Tribunal Europeo considera «que cumplía las condiciones mencionadas, a saber, un recurso accesible, susceptible de ofrecerles la reparación de las quejas y tener perspectivas razonables de éxito»; en consecuencia, los demandantes «estaban, por tanto, obligados a intentar la vía contencioso-administrativa que tenían disponible antes de recurrir al Tribunal».

¹⁴ Me he referido a estos elementos comunes en el capítulo primero de *La garantía europea...*, cit., págs. 43 y ss.

exige a las autoridades que emprendan una investigación oficial, diligente y eficaz, tendente a aclarar lo sucedido, a identificar a los funcionarios implicados en los hechos y a detectar los fallos en la aplicación del marco normativo que hayan podido facilitar la producción del resultado. En el caso, el Tribunal no parece tener reproche alguno que hacer a la jurisdicción penal. Recuérdese que las diligencias fueron sobreeseadas al no lograrse la identificación del autor material del disparo; por lo tanto, y en términos materiales, podríamos decir que fracasaron. Sin embargo, el Tribunal no extrae de ahí ninguna conclusión relevante en orden a la consideración que le merece la investigación emprendida; incluso pasa por alto, o por lo menos no se detiene explícitamente en él, el argumento del demandante relativo a que las autoridades no habían colaborado con los Jueces en el esclarecimiento de los hechos.

En cambio, destaca que las graves lesiones sufridas por Mikel Iribarren Pinillos fueron infligidas «por un policía en el marco de violentos altercados con las fuerzas de seguridad», y que de las actuaciones penales se desprendería que «las fuerzas de seguridad habían cometido un delito de lesiones», motivo por el que considera que la responsabilidad del Estado en la producción del daño había quedado establecida. El paso siguiente es aclarar si el demandante pudo obtener una reparación adecuada al perjuicio que sufrió: «[r]este donc à examiner si le requérant a pu obtenir une réparation adéquate du préjudice subi» (§ 51). Es decir, y recuérdese que hablamos del artículo 3 del Convenio, el debate jurídico se sitúa en el terreno indemnizatorio. La reparación adecuada podría haber consistido en una sanción penal impuesta al responsable inmediato de los hechos, sanción que hubiera llevado sin duda aparejada la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, pero como la vía punitiva había quedado fuera de campo, la única reparación adecuada en la que se podía pensar era la responsabilidad patrimonial, objetiva y directa, de la Administración¹⁵.

Enfrentado al asunto, el Tribunal parte de las ideas siguientes: cuando se pretende de manera plausible que ha habido violación de uno o más de los derechos que garantiza el Convenio, la víctima debe disponer de mecanismos que permitan establecer la responsabilidad de los funcionarios o de los órganos del Estado; tratándose de alegaciones relacionadas con los artículos 2 y 3, debe ser en principio posible obtener una indemnización, tanto por daños materiales como morales (§ 52). El Tribunal sostiene que Mikel Iribarren Pinillos dispuso de una vía de recurso que, *a priori*, le ofrecía perspectivas razonables de obtener una indemnización, por lo que cabe pensar que las mencionadas exigencias habían quedado cubiertas; sin embargo, la clave está en si dicho recurso fue efectivo en la práctica. Esto es, no basta con que el remedio jurisdiccional (la acción por responsabilidad patrimonial de la Administración) esté abierto y con que, en abstracto, ofrezca posibilidades de

¹⁵ Entiendo que, dadas las circunstancias del caso, la posibilidad de obtener una reparación haciendo uso de las vías disciplinarias estaba por completo obturada. Ya he señalado en el texto que, en caso de daños no intencionales, ésa puede ser una modalidad de reparación aceptable, pero salta a la vista que, en el asunto que nos ocupa, pensar siquiera en ella hubiera sido un ejercicio de ciencia-ficción.

éxito; es necesario que haya sido efectivo en el caso concreto. Eso es, justamente, lo que interesa al Tribunal: «[r]este cependant à savoir si ce recours était également effectif en pratique, eu égard aux circonstances de la présente cause» (§ 53). Y, en su criterio, no lo fue. Tras recordar que el Tribunal Supremo interpretó que la respuesta policial no fue desproporcionada, que las heridas sufridas por el demandante fueron debidas al azar y que éste tenía el deber de soportarlas, indica que tal motivación no es satisfactoria:

«§ 56. El Tribunal (...) hace notar, por un lado, que la jurisdicción penal en ningún momento ha establecido o pretendido establecer una eventual responsabilidad del demandante en los daños que ha sufrido; por otro, que la jurisdicción contencioso-administrativa no ha practicado una investigación complementaria en el marco del procedimiento tendente a determinar la cuota de responsabilidad del demandante. A juicio del Tribunal, el demandante no estaba obligado a soportar el efecto del impacto del bote de humo. El empleo del mismo y el modo en que fue utilizado implicaron necesariamente un riesgo potencial para la integridad física o incluso la vida de las personas allí presentes. Sin embargo, las jurisdicciones internas que han rechazado la indemnización reclamada por el demandante no han tenido suficientemente en cuenta la gravedad de sus heridas y secuelas y, en definitiva, no se han pronunciado acerca de en qué medida la utilización que hicieron las fuerzas del orden del arma en cuestión fue estrictamente necesaria y proporcionada al fin legítimo de poner término a los altercados».

A lo que el § 57 añade que el Tribunal Supremo ni tuvo en cuenta la responsabilidad de la Administración en los hechos, tal como quedó establecida en la jurisdicción penal, ni examinó correctamente la existencia de un perjuicio efectivo y evaluable económicamente sufrido por el demandante ni la relación de causalidad entre el hecho y el daño; y todo ello en ausencia de una investigación o de una justificación que dieran cuenta de las razones del apartamiento de lo constatado por aquella jurisdicción. La conclusión es terminante: «§ 58. [t]eniendo en cuenta lo que antecede, el Tribunal afirma que ha habido violación del artículo 3 del Convenio».

Acto seguido, los §§ 59 y 60 despachan en muy pocas líneas la alegación de vulneración del artículo 8, al no considerarse necesario analizarla por no suscitar cuestiones diferentes a las resueltas del modo que se ha visto¹⁶.

¹⁶ En realidad, los argumentos del demandante relativos a la vulneración del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida privada y familiar) no están en ningún momento claramente especificados ni puede deducirse de la Sentencia cuáles podían ser. El Gobierno alegó que la actuación policial no constituyó atentado alguno a la vida privada del demandante, sino una reacción plenamente justificada habida cuenta de las graves alteraciones del orden público que estaban ocurriendo (§ 46), pero si ése era el planteamiento de la demanda, resultaba

7. En cuanto al artículo 6.1 del Convenio (derecho a que el proceso se sustancie en un plazo razonable), la queja del demandante se basaba en que entre la fecha en que se produjeron los hechos (15 de diciembre de 1991) y la providencia del Tribunal Constitucional (21 de octubre de 2003) transcurrieron once años y diez meses. Según relata el Tribunal, Mikel Iribarren Pinillos hizo hincapié en que no estuvo en condiciones de presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Estado hasta que no existiera un pronunciamiento de la jurisdicción penal; el Gobierno sostuvo, por el contrario, que el plazo debía contarse a partir de la fecha de interposición del recurso contencioso contra la denegación administrativa de la reclamación y hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 (en total, poco más de cinco años y un mes), período a su juicio razonable habida cuenta de la complejidad del asunto y de la intervención del Tribunal Supremo.

El Tribunal de Estrasburgo comparte el cómputo hecho por el demandante, pues considera necesaria la apertura de la vía penal para la elucidación de la eventual responsabilidad de la Administración y selecciona como término final del plazo la providencia del Tribunal Constitucional¹⁷. Ello establecido, ¿fue una duración razonable a los efectos del artículo 6.1 del Convenio? El Tribunal Europeo dice que no. Teniendo en cuenta las reglas hermenéuticas al uso (complejidad del asunto, comportamiento del interesado y de las autoridades), entiende que, aun cuando el litigio no era sencillo, nada explica la duración que tuvo¹⁸. En consecuencia, «considera que (...) teniendo en cuen-

inviene su encaje en los cánones de la garantía europea del derecho a la vida privada, que discurren por otros derroteros. Por cierto que sea que, como se dice en F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, París, PUF, 2009 (5.^a ed.), pág. 452, «[l']article 8 est une véritable corne d'abondance d'où s'échappent régulièrement de nouveaux droits de l'homme longtemps inaperçus», la verdad es que a la luz de la interpretación jurisprudencial del precepto no acaba de verse el modo en que podía traerse a colación en el caso *Iribarren Pinillos*. En la Decisión sobre la admisibilidad de la demanda leemos que el Tribunal Constitucional sostuvo que la constatación de que Mikel Iribarren Pinillos había participado en los disturbios no vulneraba sus derechos a la presunción de inocencia, al honor y a la propia imagen y a la utilización de los medios convenientes para su defensa; ¿quiere esto acaso decir que las afirmaciones relativas a la participación del demandante en los disturbios fueron presentadas como una agresión al derecho al respeto a la vida privada garantizado por el artículo 8.1 del Convenio? Si fue así, del estado actual de la interpretación de este *verdadero cuerno de la abundancia* tampoco se pueden extraer argumentos sólidos en apoyo de dicho alegato. Véase la exposición que figura en la obra citada hace un momento, págs. 428 y ss., y, además, C. RUSSO y P. M. QUAINI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milán, Giuffrè Ed., 2006 (2.^a ed.), págs. 154 y ss.; U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2003, págs. 35 y ss.

¹⁷ § 65: «Para llegar a esta conclusión el Tribunal tiene en cuenta que el procedimiento penal incoado para identificar a los culpables del delito de lesiones era un paso previo necesario para la determinación de la responsabilidad del Estado. Por lo demás, y al margen de la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil [“le pénal tient le civil en état”], el Tribunal considera que la duración a examinar en el caso debe tener en cuenta todos los pasos dados por el demandante hacia la identificación en vía penal del culpable, y a ser indemnizado por perjuicios sufridos a causa de la acción de un agente de las fuerzas del orden por medio del procedimiento de responsabilidad de la Administración».

¹⁸ No deja de ser interesante que el Tribunal señale que el comportamiento del demandante no causó retrasos importantes. Aunque desde que la Audiencia de Pamplona acordó el

ta el conjunto de los elementos de que dispone, el procedimiento no ha sido concluido» en un plazo que merezca ser calificado de razonable (§ 67).

8. El último aspecto afrontado por la Sentencia es el referido a la indemnización, esto es, a la *satisfacción equitativa* prevista en el artículo 41 del Convenio. Este precepto contiene dos requisitos y una habilitación. Los primeros son que el Tribunal de Estrasburgo haya declarado una violación del Convenio o de sus protocolos y que el Derecho interno del Estado concernido sólo permita «de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación»; la habilitación va dirigida al propio Tribunal, quien, verificada la concurrencia de tales requisitos, concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Esto es, y en principio, la intervención del Tribunal es subsidiaria y sólo tiene lugar cuando el Estado no ha reparado adecuadamente las consecuencias de la violación previamente declarada por la jurisdicción europea¹⁹.

Sin embargo, no es tan extraño que las sentencias sobre el fondo del asunto se pronuncien también acerca de la satisfacción equitativa si el demandante la ha solicitado²⁰. Así ocurre cuando se declara la vulneración de los derechos humanos garantizados por los artículos 2 y 3 del Convenio, caso en el que el Tribunal aplica el artículo 41 en la Sentencia que resuelve el tema principal y concede una compensación económica sin dar ocasión a que el Estado repare las violaciones afirmadas²¹. Con independencia de que, en línea con la experiencia de la Corte Interamericana, quizá fuera interesante estudiar la concesión de reparaciones distintas a la económica y añadidas a ella²²,

sobreseimiento de las diligencias penales, el señor Iribarren tardó diez meses en presentar la reclamación por daños y perjuicios ante el Ministerio del Interior, el Tribunal Europeo señala que lo hizo dentro del plazo legalmente establecido (§ 66). Si, por lo que se dirá más adelante, lo discutible es la selección del *dies a quo* para el cómputo del plazo a los efectos del artículo 6.1 del Convenio, parece claro que la interposición de la reclamación dentro del plazo previsto por la Ley —y aunque sea en los tramos finales del mismo— no puede considerarse un hecho revelador del comportamiento retardatario del interesado.

¹⁹ Cabe recordar que, en ocasiones, el Tribunal entiende que la estimación de la demanda supone por sí misma satisfacción suficiente y que es innecesario añadir nada más; véase, por ejemplo, la Sentencia *Perote Pellón contra España*, de 25 de julio de 2002 (demanda núm. 45238/1999), §§ 57 a 61. Tampoco faltan Sentencias que reconocen el derecho a la satisfacción equitativa de forma quizá discutible o polémica; véase, a propósito del asunto *Puig Pannella contra España*, Sentencia de 25 de abril de 2006 (demanda núm. 1483/2002), L. MARTÍN REBOLLO, «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado», en la obra colectiva, por él mismo dirigida, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, tomo II, 2008, págs. 1509 y ss.

²⁰ Cfr. M. A. EISSEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 66-67; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, París, PUF, 2005 (6.ª ed.), págs. 70-71.

²¹ Cfr. J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea...*, cit., págs. 65 y ss. Por cierto que en F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts...*, cit., pág. 801, se señala que los daños a los bienes suelen dar lugar a indemnizaciones (da lo mismo ahora si se declaran en la sentencia principal o no) mucho más elevadas que las reconocidas en caso de violación del derecho a la vida o del derecho a no padecer torturas, y ello a pesar de que la jurisprudencia de Estrasburgo afirma constantemente la importancia primordial de éstos.

²² Referencias en L. BURGORGUE-LARSEN y A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2008 (prólogo de S. GAR-

el criterio referido es correcto. Si la reparación se traduce en la concesión de una indemnización, no existe razón seria que justifique que la determinación de la cuantía se difiera a un momento ulterior al de la declaración de la violación. ¿Tendría sentido y sería equitativo remitir al demandante victorioso a una vía interna de reclamación de éxito quizá seguro pero de duración impredecible? Habida cuenta de lo dicho, no puede extrañar que lo normal sea que las sentencias que constatan la vulneración de aquellos preceptos (o de uno de los dos) se pronuncian sin más trámite ni demora sobre la aplicación del artículo 41 del Convenio. La Sentencia *Iribarren Pinillos* no es una excepción.

El demandante solicitaba 425.236,26 euros por daños materiales. El Gobierno se limitó a aducir que se trataba de una cantidad excesiva a la vista de las habitualmente reconocidas para casos similares por los tribunales internos y que, en cualquier caso, la responsabilidad por los daños no podía ser atribuida exclusivamente al Estado. El Tribunal resuelve en equidad teniendo en cuenta el nexo causal existente entre el daño alegado y la violación del artículo 3 del Convenio, así como la situación del demandante (incapacidad laboral); fija una suma de 100.000 euros. En cuanto a los daños morales, y frente a los 83.000 euros solicitados (el Gobierno no formuló ninguna alegación sobre este punto), acuerda, igualmente con base en argumentos de equidad, reconocer al demandante el derecho a percibir 40.000. Como se ha dicho en su momento, fue únicamente este punto el discutido por los Jueces discrepantes, quienes sostuvieron que la cantidad en concepto de daños morales debía ser de 30.000 euros. A ello hay que añadir la cantidad reclamada en concepto de costas y gastos procesales, que el demandante cifraba en 67.918,84 euros; aplicando el criterio conforme al cual es preciso acreditar la realidad y la necesidad de tales gastos, así como valorar el carácter razonable de la cuantía reclamada, el Tribunal, resolviendo nuevamente en equidad, concede al demandante la cantidad de 30.000 euros. En total, 170.000 euros²³.

9. Llegados hasta aquí, hora es de emitir algunas consideraciones de cosecha propia. Comencemos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003.

Los servicios de policía son *servicios públicos* en el sentido que la expresión tiene en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración, mo-

CÍA RAMÍREZ), págs. 265-267; A. SALADO OSUNA, «La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas nacionales de protección», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla, 2005, págs. 1268-1269; G. CITRONI, «Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2003, págs. 401-402. He expresado ya mi adhesión a esas fórmulas adicionales; cfr. «El fenómeno de las desapariciones forzadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en L. MARTÍN REBOLLO (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, tomo I, cit., págs. 752-753.

²³ Recuérdese que los Servicios Jurídicos del Ministerio del Interior habían propuesto indemnizar al demandante con algo más de 100.000 euros y que la Audiencia Nacional había resuelto que se le abonaran 60.000.

tivo por el que se aplican a su funcionamiento los mismos criterios que rigen la vida del instituto en los demás sectores de la acción administrativa²⁴. Ya se trate de coacción directa, ya de compulsión sobre las personas en ejecución forzosa de un acto administrativo, la acción de la policía no reviste singularidades desde el mencionado punto de vista. Aquí debemos introducir, no obstante, una precisión de importancia: el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración aplicable a las actuaciones policiales dependerá de que las mismas sean de policía judicial o de policía gubernativa; pero en tanto en cuanto pertenezcan a la segunda categoría, la entrada en escena de los preceptos legales rectores de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios administrativos y de los criterios jurisprudenciales que los aplican e interpretan está fuera de duda²⁵.

Así las cosas, se comprende bien que el debilitamiento de la tesis de la causalidad exclusiva, con el correlativo refuerzo conceptual y práctico de la que postula que la exoneración de la Administración no es una consecuencia obligatoria aunque haya mediado culpa de la víctima, sea igualmente observable en el ámbito de los daños causados por la policía. Conforme al esquema general, la culpa de la víctima no excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración si el servicio público ha funcionado anormalmente, aplicándose entonces el criterio de la llamada *compensación de culpas*, determinante de la moderación del *quantum* indemnizatorio²⁶; lo mismo sucede, y debe suceder, en el caso de los servicios de policía. Ahora bien, ¿qué funcionamiento de los mismos podemos calificar de anormal? Aunque las posibilidades son diversas, el prototipo de funcionamiento anormal de los servicios de policía es el uso desproporcionado de la fuerza.

Hoy día, es indiscutible que la exigencia de proporcionalidad tiene origen legal²⁷. Se trata de un elemento clave a efectos penales en la medida en que

²⁴ Sobre la aplicación a la acción de las fuerzas de seguridad de los criterios generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es en nuestra doctrina pionero el estudio de J. L. CARRO, «Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa», núms. 100-102 de esta REVISTA, 1983, vol. II, págs. 1171 y ss. Con posterioridad, J. BARCELONA LLOP, «Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policiales», *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994, págs. 333 y ss.; del mismo, *Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad*, de próxima aparición en una obra colectiva sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, dirigida por el profesor Tomás QUINTANA LÓPEZ, que ha de publicar la Editorial Tirant lo Blanch.

²⁵ En cambio, si la policía actúa en funciones de policía judicial, el régimen de la responsabilidad patrimonial será el aplicable al funcionamiento (anormal) de la Administración de Justicia. Véanse las consideraciones hechas en los dos trabajos del autor citados en la nota precedente y la jurisprudencia en ellos referida. Igualmente, *Policía y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 362 y ss.

²⁶ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, vol. II, 2004 (9.ª ed.), págs. 402 y ss.; L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Madrid, Iustel, 2005, págs. 87 y ss.; G. GARCÍA ÁLVAREZ, «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos», en J. BERMEO VERA (Dir.), *Derecho administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 2009 (7.ª ed.), págs. 1235-1237.

²⁷ Véanse las letras c) y d) del artículo 5.2 LOFCS. El criterio figura igualmente en diversos textos internacionales relativos al marco jurídico de la actuación de las fuerzas del orden; véase como muestra, y aun admitiendo su condición de *soft law*, el artículo 37 del Código Eu-

la valoración de si una acción policial concreta fue proporcionada o no es fundamental a la hora de apreciar la concurrencia de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber²⁸; pero no es menos relevante en el plano de la responsabilidad patrimonial de la Administración, donde sirve para razonar acerca de si el servicio ha funcionado normal o anormalmente, extremo que resulta decisivo a la hora de resolver si la Administración debe indemnizar a la víctima o no y aun cuando ésta tenga algún grado de culpa en la producción de daño. En este punto, debemos recordar que es doctrina de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo que las lesiones sufridas por quienes participan en una algarada, revuelta o manifestación cuya ilegalidad originaria o sobrevenida reclama la intervención de la fuerza pública no generan derecho a indemnización salvo que la respuesta policial haya sido desproporcionada. Al margen de la razón de los disturbios (altercados de origen político, protestas vecinales, de comerciantes, de ecologistas..., sin descartar por supuesto que en ocasiones los móviles se mezclen y hasta se confundan) y de los medios empleados por la policía (pelotas de goma, defensas, chorros de agua, armas de fuego incluso), el enfoque jurisprudencial es generalmente el mismo, dependiendo el sentido del fallo de las conclusiones obtenidas en punto a la proporcionalidad de la respuesta policial en el caso concreto²⁹.

Debemos precisar de inmediato que no se trata de someter necesariamente el empleo de la fuerza policial al *test de proporcionalidad* desglosado en los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto cuya sucesiva superación es imprescindible para afirmar la adecuación constitucional de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

ropeo de Ética de la Policía, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de septiembre de 2001 [Rec (2001) 10]: «la policía sólo puede recurrir a la fuerza en caso de absoluta necesidad, y únicamente en la medida necesaria para conseguir un objetivo legítimo». En la Exposición de Motivos de la Recomendación, que incorpora un comentario a cada artículo, podemos leer que el citado indica que «la fuerza utilizada debe ser proporcionada al objetivo legítimo que se pretende conseguir. Es necesario hallar un justo equilibrio entre el empleo de la fuerza y la situación en la que se utiliza (...). El derecho interno y las reglamentaciones nacionales deberían contener disposiciones sobre el recurso a la fuerza fundadas sobre los principios de necesidad y de proporcionalidad». Se reconoce, por lo demás, que el respeto a los principios señalados impone a las policías una carga importante, circunstancia que aconseja no sólo que vayan provistos de medios adecuados y se encuentren en buena forma física, sino que tanto su selección como su formación sean rigurosas.

²⁸ Cfr. J. CERREZO MIR, «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987-2, págs. 279 y ss.; G. QUINTERO OLIVARES *et al.*, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2005 (4.^a ed.), págs. 201-203.

²⁹ Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo, todas de la Sección 6.^a, de 22 de abril de 1994 (recurso núm. 3197/1991, Ponente: M. Goded Miranda), de 1 de julio de 1995 (recurso núm. 2029/1992, Ponente: J. E. Peces Morate), de 7 de octubre de 1995 (recurso núm. 878/1993, Ponente: J. E. Peces Morate), de 21 de noviembre de 1995 (recurso núm. 9125/1991, Ponente: P. A. Mateos García), de 21 de diciembre de 1998 (recurso núm. 5163/1994, Ponente: F. González Navarro), de 27 de noviembre de 2000 (recurso núm. 6589/1998, Ponente: E. Lecumberri Martí) y de 17 de abril de 2001 (recurso núm. 8512/1996, Ponente: J. E. Peces Morate). Prescinde de específicas referencias al tema de la proporcionalidad, quizá porque da por supuesto que la policía no se extralimitó, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1999 (recurso núm. 5763/1995, Ponente: F. González Navarro).

Determinadas acciones de la policía pueden y deben evaluarse a la luz de ese *test*, y así lo acredita la jurisprudencia constitucional³⁰, pero otras no. Esto sucederá cuando la intervención policial pretenda dar respuesta inmediata a una determinada situación conflictiva y violenta, caso en el que sería absolutamente irreal, exagerado e incluso abusivo reclamar que el funcionario obligado a tomar rápidamente una decisión en un momento crítico se tome el tiempo necesario para verificar si su comportamiento es idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto. Es por ello comprensible que la STC 37/1998 haya señalado que el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5.2 LOFCS tiene un sentido más genérico que el propio de la misma expresión en el contexto de la aplicación del *test*, que en definitiva es el diseño legislativo de injerencias en el ejercicio de los derechos o la adopción por la Administración de medidas policiales que suponen intromisiones en los derechos fundamentales, pero que no están motivadas por la necesidad de solventar cuanto antes un problema acuciante de seguridad ciudadana. En buena medida, el Tribunal de Estrasburgo sigue la misma pauta de razonamiento y aplica de forma diversa el principio de proporcionalidad en función de las circunstancias; con menores exigencias cuando los agentes se encuentran *dans le feu de l'action*, con mayores en otro caso³¹.

Pero esto que se dice en absoluto obsta a que sea imprescindible examinar con el debido pormenor si la respuesta policial frente a unos hechos determinados fue proporcionada o no. El análisis es, desde luego, menos sofisticado que el que propone el citado *test*, pues únicamente debe girar en torno a si el lanzamiento de la fuerza sirvió a la consecución legal de un fin legítimo y a si, a la vista de la situación real, fue o no excesivo, pero es inexcusable hacerlo; es la única pasarela que permite el correcto trasvase de las teorías sobre la causalidad y la incidencia de la culpa de la víctima al mundo real. A diferencia de las costumbres de Procusto, que adaptaba el tamaño de sus víctimas a las dimensiones de su lecho de hierro, por lo que o las estiraba o serraba el sobrante, los Jueces de lo contencioso-administrativo deben aplicar el patrón conceptual (la culpa de la víctima no excluye la responsabilidad de la Administración si el funcionamiento del servicio ha sido anormal) atendiendo a lo que sucedió; el criterio teórico es claro y debe

³⁰ La STC 37/1998, de 17 de febrero, aprecia falta de proporcionalidad, en el sentido del *test*, a propósito de la filmación por la Ertzaintza de la actividad de unos *piquetes informativos* que desarrollaban su labor de forma pacífica, pues entiende que aunque la medida era idónea al ser «susceptible de conseguir el objetivo de prevenir desórdenes capaces de comprometer el ejercicio de otros derechos y libertades de los ciudadanos» y «capaz de captar la comisión de hechos que pueden ser constitutivos de ilícitos penales», no superaba el juicio de necesidad, motivo por el que considera vulnerado el derecho de huelga, de cuyo contenido esencial forma parte la difusión y publicidad de la misma. De igual modo, y por traer a la vista otro ejemplo de jurisprudencia constitucional, la distribución por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a los medios de comunicación de la fotografía a cuerpo entero de un detenido sospechoso de haber participado en la comisión de un homicidio no es, a la vista de las circunstancias del caso, idónea, necesaria ni proporcionada para satisfacer los bienes e intereses que dicen perseguirse, vulnerándose por tal motivo los derechos a la propia imagen y al honor del demandante (STC 14/2003, de 28 de enero).

³¹ Cfr. J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea...*, cit., págs. 173 y ss., 256 y ss.

defenderse, pero salvo que se postule que no debe descender de los cielos y que su manejo puede hacerse al margen de los hechos, que están siempre en el suelo, debe administrarse a la vista de lo que ocurrió, como corresponde en definitiva a todo contencioso-administrativo sobre la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones públicas.

En nuestro caso, la aplicación del referido patrón conceptual a la realidad requiere inexcusablemente analizar si la acción policial de que se trata (el bote de humo lanzado a corta distancia sobre Mikel Iribarren Pinillos) fue proporcionada o no. La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 pasa de puntillas sobre el particular; motivo por el que, a mi juicio, es acreedora de una crítica jurídica.

10. Por lo pronto, la Sentencia se apoya en el «principio de legalidad de la actuación administrativa» para presumir que la acción de la policía fue ajustada a Derecho.

No existe principio alguno de legalidad de la actuación administrativa del que deducir que el lanzamiento de la coacción policial debe tenerse por ajustado a Derecho salvo que se acredite lo contrario. En rigor, lo que ha existido y existe es una presunción legal de legalidad (o de validez) de los actos administrativos que abastece de apoyo conceptual a la afirmación, igualmente legal, de que aquéllos producen efectos inmediatos salvo en casos tasados³². La presunción de validez y la inmediata producción de efectos del acto administrativo figuran conjuntamente en la legislación (arts. 57.1 LRJ-PAC y 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), pero no cabe desconocer que la primera apuntala a la segunda y que, sin aquélla, ésta se sostendría con muchas dificultades. En el fondo, es una ficción que pretende dar cuenta conceptual de una necesidad pragmática pero que no puede justificarse apodícticamente; de ahí la oportunidad y conveniencia del andamiaje teórico que suministra a la proclamación de la inmediata producción de efectos del acto administrativo, que es la auténtica beneficiaria del diseño legal.

Pero esa presunción no se predica de la actuación administrativa material. Aunque esta circunstancia podría quizá ser suficiente para discrepar del presupuesto del que parte el Tribunal Supremo, podemos añadir algo más. A diferencia del acto administrativo, la coacción administrativa no necesita construcción intelectual alguna que puntale su inmediata eficacia ni precepto legal que la afirme pues, por definición, produce efectos *ipso facto* y por sí misma. Es verdad que si se lanza en ejecución forzosa de un acto previo podemos relacionar éste con el principio/presunción de legalidad, pero ello irá referido siempre al acto, no al empleo de la fuerza, al que no privilegia ninguna ficción jurídica de la que colegir que, salvo prueba en contrario, debe tenerse por ajustada al ordenamiento. Y carece del privilegio simplemente porque no lo necesita; si dicha ficción es útil para justificar la eficacia inmedia-

³² Cfr. J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Universidad de Cantabria, 1995 (prólogo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), págs. 96 y ss., y las referencias doctrinales allí recogidas.

ta del acto administrativo, salta a la vista que para explicar la inmediata producción de efectos de la coacción administrativa es innecesario cualquier armazón conceptual.

Con ello no se está diciendo que la coacción administrativa esté en permanente sospecha de ilegalidad, sino que no le hace falta una presunción legal de ajuste al ordenamiento jurídico para dar cuenta del hecho objetivo de su inmediata producción material de efectos. La coacción será legal o ilegal según que se acomode a las prescripciones normativas o no, lo mismo que el acto administrativo, pero, a diferencia de éste, no necesita la presunción de legalidad para justificar su inmediata producción de efectos. Cuando la policía se enfrenta a una manifestación violenta y utiliza botes de humo, aducir que se presume la legalidad de su actuación constituye, a mi juicio, un equivocado trasplante de las razones teóricas que en un cuerpo (el del acto administrativo) sirven para explicar un determinado criterio legal, mientras que en otro (el de la coacción administrativa) no cumplen ningún papel; el lanzamiento de la fuerza pública tiene consecuencias prácticas inmediatas que no precisan amparo dogmático ni elaboraciones teóricas que den cuenta de las mismas.

Además, y esto es en realidad más importante, si el discurso jurídico descansa sobre aquella presunción (o principio) de legalidad, se corre el grave riesgo de orillar el análisis de lo fundamental: ¿fue la actuación policial proporcionada o no lo fue? Porque si se parte de allí es fácil hilvanar un argumento que omita materialmente el estudio de la proporcionalidad, que sólo puede ser *ad hoc*. En los abismos de ese riesgo cae, a mi juicio, la Sentencia de 31 de enero de 2003. El Tribunal Supremo se limita a decir que la acción policial fue proporcionada *en función del principio de legalidad de la actuación administrativa*, añadiendo que «en modo alguno aparece acreditado en las actuaciones que el impacto del bote de humo fuera consecuencia de un disparo efectuado a conciencia sobre el recurrente, sino que más bien sería resultado del azar, dadas las condiciones de extrema violencia en que se estaba desarrollando la manifestación y la confusión existente en aquellos momentos». Aunque no lo conociéramos ya, sería fácil pronosticar el corolario al que llega el Tribunal Supremo: al no existir «antijuridicidad en la actuación de la Administración, el perjudicado resultaba obligado a soportar el daño».

Entiendo que, al cimentar su argumentación en el referido principio, el Tribunal Supremo elude la cuestión principal. La Sentencia se conforma con indicar, siempre a partir del *principio de legalidad de la actuación administrativa*, que la actuación no fue desproporcionada ni podía, «en consecuencia, calificarse como antijurídica, al ser proporcionados, oportunos y congruentes los medios utilizados, ya que en modo alguno aparece acreditado en las actuaciones que el impacto del bote de humo fuera consecuencia de un disparo efectuado a conciencia sobre el recurrente, sino que más bien sería resultado del azar, dadas las condiciones de extrema violencia en que se estaba desarrollando la manifestación y la confusión existente en aquellos momentos». Creo que eso es tanto como decir nada o casi nada. Que la lesión sea consecuencia del azar y no de un disparo intencional es cuestión ajena al

contencioso-administrativo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por razones bien conocidas. Que, en abstracto, los medios utilizados por la policía pudieran ser proporcionados, oportunos y congruentes tampoco es decisivo; un litigio de estas características está por fuerza íntimamente ligado a hechos concretos, y en el caso tales fueron el lanzamiento de un bote de humo a corta distancia sobre Mikel Iribarren Pinillos. ¿Fue proporcionado, oportuno y congruente este específico uso de la fuerza? Es la pregunta capital que el Tribunal Supremo no se formula a causa de la deferencia que muestra hacia el principio de legalidad de la actuación administrativa.

Como carezco de datos diferentes a los que figuran en la Sentencia, no afirmaré terminantemente que el señor Iribarren Pinillos debió ver vista parcialmente estimada su demanda de daños y perjuicios y reconocido su derecho a la indemnización, moderada la cuantía en la proporción pertinente habida cuenta de que participaba activamente en los disturbios³³. A los efectos del presente comentario, lo verdaderamente destacable es la elusión argumental perceptible en la Sentencia de 31 de enero de 2003, que margina el escrutinio de la adecuación a Derecho de la acción policial causante del daño. Cabe decir que resuelve de forma parecida a aquellas que, en otra época, aplicaban la doctrina de la causalidad exclusiva, lo que desde luego no puede considerarse un avance. Si la sedicente presunción de legalidad de la actuación administrativa es suficiente para, prácticamente sin más, reputar proporcionada la intervención del policía que lanzó un bote de humo a corta distancia sobre Mikel Iribarren Pinillos, ¿qué diferencia real existe entre esta Sentencia y las que entendían que la culpa de la víctima exonera a la Administración con independencia de la calificación jurídica que pudiera merecer su actividad?

11. Vayamos ahora a la Sentencia de Estrasburgo, que declara la violación de los artículos 3 y 6.1 del Convenio. Comencemos por éste.

A los efectos del derecho a que el proceso se sustancie en un plazo razonable, el Tribunal computa el período de tiempo que media entre la producción de los hechos (15 de diciembre de 1991) y la providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional (21 de octubre de 2003). Discrepo de dicho cálculo por las razones siguientes.

El Tribunal Europeo da por supuesto que, antes de emprender el camino de la reclamación de daños y perjuicios en vía administrativa, había sido necesario aclarar en vía penal que el responsable de los daños fue un funcionario de policía. Podemos dar por válida tal suposición puesto que, al fin y al cabo, no había por qué descartar *a limine* que las lesiones sufridas por el demandante tuvieran otro origen; aceptemos, pues, que era preciso saber si el daño provino de la fuerza pública o no. Pero una vez que el señor Iribarren concentra sus pretensiones en la demanda de daños y perjuicios contra el Esta-

³³ De todos modos, cabe recordar que los Servicios Jurídicos del Ministerio del Interior, la Audiencia Nacional y un Magistrado de la Sección 6.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo consideraron que sí, que tenía ese derecho y en esos justos términos.

do y el propio Tribunal de Estrasburgo acota en el mismo sentido el objeto del procedimiento, ¿deben tenerse en cuenta, a los efectos del artículo 6.1 del Convenio, otros pasos que pertenecen a fases distintas? La Sentencia *Iribarren Píñillos contra España* versa exclusivamente sobre el fracaso de la reclamación de daños y perjuicios, no se detiene en otros extremos, como podrían ser la falta de una investigación eficaz o el fracaso de la sanción penal. En estas condiciones, entiendo que el cómputo del plazo razonable a los efectos del artículo 6.1 del Convenio debiera haberse ajustado al auténtico objeto del proceso; esto es, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la reclamación en vía administrativa (2 de agosto de 1996) y la de la providencia del Tribunal Constitucional que inadmite el recurso de amparo interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 (21 de octubre del mismo año).

Hay que señalar, también, que el cómputo propuesto por el Gobierno español, que fijaba el *dies a quo* en la fecha de la interposición del recurso contencioso-administrativo, no se compadece con los criterios al uso del Tribunal de Estrasburgo³⁴. Desde la importante Sentencia *König contra Alemania*, de 28 de junio de 1978³⁵, la jurisdicción de Estrasburgo considera que el plazo a los efectos del artículo 6.1 del Convenio comienza cuando lo hace el procedimiento y, en términos materiales, el procedimiento en estos casos comienza con la presentación de la reclamación de daños en vía administrativa, sin la que la acción judicial es sencillamente impracticable³⁶.

¿Fue excesivo el plazo que aquí se defiende teniendo en cuenta que, previamente a la decisión administrativa, tuvo que intervenir el Consejo de Estado y que después de ella lo hicieron la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo? No aventuro nada a este respecto; únicamente recordaré que el Tribunal admite que el asunto revestía cierta complejidad (§ 67) y que éste es uno de los elementos que tiene en cuenta a la hora de resolver si los procedimientos se han desenvuelto en un plazo razonable³⁷.

³⁴ Merece la pena indicar que el cómputo hecho por el Gobierno coincide con el que había practicado el Tribunal Constitucional; de ello queda constancia en la Decisión sobre la admisibilidad de la demanda y en la propia Sentencia (§ 64).

³⁵ Sentencia importante porque aclara que la expresión «derechos y obligaciones de carácter civil» del artículo 6.1 del Convenio constituye una *noción autónoma*; cfr. F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts...*, cit., págs. 41 y ss., a partir precisamente de la Sentencia *König* y del caso *Engel y otros contra Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, éste para la autonomía de la noción de «acusación en materia penal» (también en el art. 6.1).

³⁶ A propósito del asunto *König* (no *Köning*, como escribe el autor), L. ORTEGA señaló tempranamente que «aporta datos muy interesantes. En primer lugar, al tratarse de un recurso contencioso-administrativo, el Tribunal ha estimado que, debido a que el recurrente tenía que interponer necesariamente recursos administrativos previos a la vía contencioso (*sic*), el plazo razonable debe comenzar a computarse a partir del día en que el particular formule su oposición al acto administrativo en cuestión»; así, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1983 (2.ª ed.), pág. 97. Véase la posterior Sentencia de 26 de abril de 1994, *Vallée contra Francia* (demanda núm. 22121/1993), en particular § 33, y, *mutatis mutandi*, la Sentencia *Santoni contra Francia*, de 29 de julio de 2003 (demanda núm. 49580/1999), § 37.

³⁷ El Tribunal valora también la diligencia del interesado y la actitud de las autoridades nacionales, esencialmente de las jurisdiccionales, respecto de la que las exigencias europeas pueden ser particularmente intensas en función de la índole de los derechos

12. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la acción de las fuerzas del orden que se enfrentan a manifestaciones ilegales o tumultos callejeros infringe el Convenio si es desproporcionada. Es a este respecto ilustrativa la Sentencia *Güleç contra Turquía*, de 27 de julio de 1998 (demanda núm. 21593/1993), en la que se establece que la utilización de dos vehículos blindados, uno de los cuales abrió fuego sobre los manifestantes, fue claramente desproporcionada, sin perjuicio de que la actitud de aquéllos estuviera lejos de ser pacífica³⁸. De igual modo, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado que los artículos 2 y 3 del Convenio pueden ser vulnerados si los Estados incumplen el deber de emprender y llevar a término una investigación eficiente dirigida a clarificar los hechos e identificar a los responsables. La Sentencia recién citada es muestra de esta doctrina (§§ 77 y ss.), pero hay muchas otras que reflejan la idea esencial, en verdad recurrente en la jurisprudencia de Estrasburgo³⁹.

La Sentencia *Iribarren Pinillos contra España* no declara que el artículo 3 del Convenio ha sido vulnerado a causa de una actuación policial desproporcionada. Señala que el lanzamiento del bote de humo implicaba necesariamente un riesgo potencial para la integridad física, o incluso la vida, de las personas allí presentes y que «las jurisdicciones internas, al haber denegado la indemnización solicitada por el demandante, no valoraron suficientemente la gravedad de las lesiones y secuelas y, en definitiva, no se pronunciaron sobre la cuestión de la medida en que el empleo de tal artefacto por las fuerzas del orden era estrictamente necesario y proporcionado al fin legítimo de poner término a los altercados» (§ 56); pero no afirma que la acción policial fuera desproporcionada ni declara que el Estado español infringiera el Convenio por tal motivo. Tampoco razona que existiera una vulneración del artículo 3 a causa de la infracción del deber estatal de emprender y llevar a término una investigación eficaz. Señala, sí, que la realizada no sirvió para identificar al policía que lanzó el bote de humo, pero cree relevante que los tribunales penales consideraron que las lesiones sufridas por Mikel Iribarren Pinillos habían sido causadas por las fuerzas de policía.

Esto es, la Sentencia *Iribarren Pinillos* no afirma la vulneración material o procedimental del artículo 3 del Convenio. En realidad, declara la vulneración de dicho precepto por entender que el demandante tuvo que ser resarcido económicamente y no lo fue. Lo que el Tribunal de Estrasburgo sostiene es que la jurisdicción contencioso-administrativa no analizó debidamente si la fuerza pública se comportó con exceso o falta de proporcionalidad y que, al no hacerlo, privó injustificadamente al señor Iribarren Pinillos de la indemnización que había solicitado. En definitiva, la denegación de la pretensión indemnizatoria se considera una violación del artículo 3.

sustantivos en juego. Cfr. F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts...*, cit., págs. 354 y ss.; N. MOLE y C. HARBY, *Le droit à un procès équitable*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2007 (2.^a ed.), págs. 26 y ss.

³⁸ Vid., con referencias adicionales, J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea...*, cit., págs. 194-197.

³⁹ Cfr. J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea...*, cit., págs. 101 y ss.

La idea de fondo es que cuando se pretende de forma defendible que ha habido violación de uno o más de los derechos garantizados por el Convenio, la víctima debe disponer de un mecanismo que le permita establecer la responsabilidad de los órganos y agentes del Estado, y que cuando las alegaciones versan sobre los artículos 2 y 3 una indemnización por daños materiales y morales debe ser posible (§ 52).

Nada tengo que objetar a dicha idea, que me parece encomiable y portadora de un criterio de justicia, pero no estoy seguro de que haya sido aplicada correctamente al caso que comentamos. De ahí las observaciones que siguen.

13. Como regla, cada vez que el Tribunal constata una violación del artículo 3 del Convenio (o del art. 2), otorga una indemnización en virtud del artículo 41 del propio Tratado y, por las razones antes mencionadas, en la Sentencia que resuelve sobre el tema principal. Ciertamente que la importante y simbólica Sentencia *McCann y otros contra Reino Unido*, de 27 de septiembre de 1995 (demanda núm. 18984/1991), declara la vulneración material del artículo 2 y no concede indemnización alguna porque las víctimas eran tres terroristas del IRA de quienes se sospechaba que tenían intención de poner una bomba en Gibraltar⁴⁰, pero el criterio jurisprudencial absolutamente dominante es el opuesto. Y ello ya se declare la infracción del Convenio por razones materiales (uso desmedido de la fuerza), por razones procedimentales (infracción del deber estatal de emprender y llevar a término una investigación eficaz) o por ambas, como, por cierto, no es infrecuente.

La Sentencia *Iribarren Pinillos*, en cambio, no sigue dicha pauta. El Tribunal aplica el artículo 41 del Convenio y condena al Estado español a indemnizar al demandante por la violación del artículo 3 (nada se dice, en cambio, acerca de la del artículo 6.1, igualmente constatada), pero esa violación se declara porque el Tribunal Supremo rechazó la pretensión indemnizatoria ejercida por aquél en vía contencioso-administrativa, por lo que la satisfacción equitativa se acuerda a causa del fracaso de la demanda de indemnización en el orden nacional, fracaso que el Tribunal considera vulnerador del artículo 3. Esto es, la aplicación del artículo 41 no obedece a que previamente se haya afirmado la violación material o procedimental de la garantía europea del derecho a la integridad física, sino a que el Tribunal Su-

⁴⁰ El Tribunal deja muy claro que la muerte a tiros de McCann, Savage y Farrell supuso una flagrante violación del artículo 2 del Convenio, pero tiene en cuenta las sospechas que pesaban sobre ellos relacionadas con la inminente perpetración de un atentado y no reconoce derecho alguno a indemnización. Merece la pena recordar que, en el asunto *McCann*, la violación del artículo 2 no se declaró porque los miembros del *Special Air Service*, entrenados para disparar a matar cada vez que tuvieran que hacer uso de las armas de fuego, demostraron que su adiestramiento había sido óptimo y abatieron a tiros sin contemplaciones a los tres miembros del IRA en las calles de Gibraltar, sino porque, a juicio del Tribunal, el diseño y preparación de la operación fueron deficientes, propiciando así unos resultados de muerte que, si aquélla hubiera sido planteada de otra forma, quizá no se hubieran producido; habida cuenta de ello, la conclusión a la que llega el Tribunal es que el empleo de la fuerza mortal no fue absolutamente necesario en el sentido del artículo 2 del Convenio. Cfr. J. BARCELONA LLOP, *La garantía europea...*, cit., págs. 175 y ss., 208 y ss.

premo no reconoció el derecho del demandante a una indemnización, falta de reconocimiento que se tiene por sí misma como infractora del artículo 3 del Convenio.

Salvo error u omisión por mi parte, el reconocimiento del derecho a indemnización en caso de alegaciones plausibles de violación de los artículos 2 y 3 del Convenio o de uno de los dos está en función de que, previamente, haya sido declarada la vulneración material de uno u otro, o de los dos; esta declaración es el paso necesario y anterior para que el Tribunal Europeo aplique el artículo 41 y afirme el derecho del demandante a la satisfacción equitativa. Nada mejor, para ilustrar lo que se dice, que acudir a las Sentencias que evoca la comentada precisamente para apuntalar su razonamiento. Son tres, que cito por el orden en el que figuran en el § 52: *T. P. y K. M. contra Reino Unido* (Gran Sala), de 10 de mayo de 2001 (demanda núm. 28945/1995); *Paul y Audrey Edwards contra Reino Unido*, de 14 de marzo de 2002 (demanda núm. 46477/1999); *Z. y otros contra Reino Unido* (Gran Sala), de 10 de mayo de 2001 (demanda núm. 29392/1995). Puesto que la primera no se refiere a la vulneración del artículo 2 o del artículo 3, podemos prescindir de ella y hacernos eco de las otras⁴¹.

La Sentencia *Edwards* trae causa en la muerte de un preso a manos de su compañero de celda. A juicio del Tribunal, y en síntesis apretada, el Estado demandado incumplió la obligación positiva de proteger la vida de una persona situada bajo su custodia, pues las autoridades, conocedoras de la peligrosidad y enajenación mental del homicida, toleraron que compartiera celda con Christopher Edwards, una persona particularmente vulnerable (§§ 57 a 64). Adicionalmente, declara la infracción del artículo 2 del Convenio por no haberse llevado a cabo una investigación eficaz; aunque hubo pesquisas, dos oficiales de la prisión rehusaron testificar al no ser obligatorio hacerlo (parece que al menos uno de ellos podía tener algo importante que decir) y, además, los padres del difunto ni estuvieron representados ni tuvieron posibilidad de preguntar a los testigos (§ 84). Por lo tanto, la Sentencia afirmó la violación del artículo 2, y por más de un motivo.

Solamente entonces aborda el Tribunal el tema de la indemnización, y desde la perspectiva del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo). El § 97 de la Sentencia *Edwards*, citado expresamente en la Sentencia *Iribarren*, dice lo si-

⁴¹ La Sentencia *T. P. y K. M. contra Reino Unido* versa sobre la decisión pública de separar temporalmente a una niña de cuatro años de su entorno familiar porque se creía que había sido víctima de abusos sexuales por parte del compañero de su madre. El Tribunal declara la vulneración del artículo 8 del Convenio por razones relacionadas con las posibilidades de la madre de recuperar cuanto antes la custodia de la niña sin riesgo alguno para ésta, que no fueron facilitadas por las autoridades. Declara igualmente la violación del artículo 13 por no haber dispuesto las demandantes (la madre y la niña) de la posibilidad de obtener una resolución judicial que les indemnizara por el daño sufrido a causa de la separación, previamente considerada contraria al artículo 8 del Convenio. En este contexto, el Tribunal aplica el artículo 41 y concluye «que las demandantes sufrieron un daño moral real, que no repara suficientemente la constatación de la violación del Convenio», y resuelve en equidad que cada una de ellas debe ser indemnizada con 10.000 libras esterlinas, gastos y costas aparte. La Juez Arden emite una opinión concordante indicando que, a su juicio, la indemnización debiera haber sido de 6.000 libras esterlinas.

guiente: «[e]n lo que respecta al supuesto fallo de las autoridades de proteger a las personas de los actos de otros, el artículo 13 puede que no siempre exija que las autoridades tengan la responsabilidad de investigar las alegaciones. Sin embargo, debe haber disponible para la víctima o su familia un mecanismo para establecer las responsabilidades civiles de los oficiales o cuerpos del Estado por los actos u omisiones que impliquen una violación de los artículos 2 y 3 del Convenio. La compensación por el daño moral que fluye de la violación, en principio, debería estar disponible como parte de la gama de reparaciones». La conclusión es ésta: «los demandantes no tenían disponible ningún medio apropiado para obtener una decisión sobre sus acusaciones de que las autoridades no protegieron el derecho de su hijo a la vida y la posibilidad de obtener una compensación por el daño sufrido por ello» (§ 101). De ahí que se declare la violación del artículo 13. Como colofón, y en aplicación del artículo 41, el Tribunal declara el derecho de los padres de Christopher Edwards a percibir 20.000 libras esterlinas en concepto de daño moral y otras tantas en concepto de costas y gastos procesales.

La Sentencia *Z y otros contra Reino Unido* versa sobre la falta de protección de unos menores víctimas de malos tratos en el contexto familiar, de ahí que la identidad de aquéllos quede oculta bajo unas mayúsculas que quizá no sean siquiera las iniciales de los nombres auténticos (Z, A, B y C). No me detengo en el relato de los hechos, en verdad impresionante y acreditativo de que los niños son con frecuencia víctimas de los problemas y de las carencias de los adultos. La Comisión Europea de Derechos Humanos (el procedimiento fue anterior a la entrada en vigor del Protocolo núm. 11) concluyó por unanimidad que había habido violación del artículo 3 del Convenio a causa de la pasividad de las autoridades ante una situación de la que eran conscientes, tesis que el Tribunal confirma (§§ 73-74); en consecuencia, declara que se ha producido una violación de dicho precepto (§ 75), sin considerar necesario analizar si también la hubo del artículo 8 por no suscitarse ninguna cuestión en realidad distinta.

Acto seguido, el Tribunal analiza la alegada vulneración del artículo 6.1, que desestima por entender que los tribunales nacionales rechazaron motivadamente las demandas de responsabilidad por negligencia de la Administración, aunque introduciendo una precisión capital. Dicho rechazo se debió a que los Jueces británicos entendieron que la estimación de la demanda suscitaba cuestiones jurídicas de primer orden que debían ser resueltas muy cuidadosamente. El texto de Lord Browne-Wilkinson, que la Sentencia incluye ampliamente en §§ 45-46, es al respecto muy revelador; de él podemos retener que la cuestión era novedosa, delicada por muchos aspectos y en todo caso difícil a la vista de las disposiciones del ordenamiento interno. El Tribunal Europeo considera que la interpretación del Derecho nacional hecha por los Jueces nacionales, de la que se siguió la inadmisión de la demanda, no ocasionó vulneración del artículo 6.1, pero que los demandantes quizá tuvieran razón en el punto relativo a que las lagunas apreciables en el ordenamiento británico podían ser relevantes desde la perspectiva del Convenio.

Tras una frase contundente que traslada el debate a otro terreno («[e] Tri-

bunal entiende que se trata de una cuestión a examinar desde el punto de vista del artículo 13», § 102), la Sentencia subraya que (§ 103)

«de conformidad con el objeto y finalidad subyacentes al Convenio, tal y como se deducen del artículo 1 del mismo, cada Estado parte debe asegurar en su orden jurídico interno el disfrute de los derechos y libertades garantizados por aquél. Es fundamental, para el mecanismo de protección establecido en el Convenio, que los propios sistemas nacionales permitan reparar las violaciones cometidas y que el Tribunal ejerza su control con respeto al principio de subsidiariedad. A este propósito, el artículo 13, que exige un recurso efectivo para denunciar las infracciones del Convenio, desempeña un papel crucial. En el caso, los demandantes se quejan esencialmente de no haber dispuesto de un recurso ante los tribunales que les hubiera garantizado el nivel de protección contra los abusos al que tienen derecho en virtud del artículo 13 del Convenio. Las jurisdicciones internas consideraron que “el primero de los imperativos de interés general a tener en cuenta por el derecho” es que “los daños causados deben ser reparados” (...). Por lo que respecta a los daños relevantes a los efectos del Convenio, este principio está consagrado por el artículo 13 (...). Es en el dominio de esta disposición donde conviene examinar, y llegado el caso atender, la queja de los demandantes».

¿Y qué opina el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Z y otros contra Reino Unido*? Declara infringido el artículo 13 del Convenio porque, en caso de violación de los artículos 2 y 3, debe ser posible una indemnización por daño moral (§ 109) y las víctimas no dispusieron de un recurso efectivo que les permitiera obtenerla.

14. Aunque las cita, la Sentencia *Iribarren Pinillos contra España* difiere de las señaladas en que reconoce el derecho del demandante a ser indemnizado sin declarar previamente una violación material o procedimental del artículo 3, y en que no analiza si el recurso utilizado por el demandante fue o no efectivo en el sentido del artículo 13 del Convenio.

Todo indica que el Tribunal Europeo da por supuesto que la acción policial infringió materialmente el artículo 3 del Convenio. Las alusiones que hace a que el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta la gravedad de las lesiones sufridas por Mikel Iribarren Pinillos y a que omitió pronunciarse sobre la proporcionalidad del lanzamiento de la fuerza (§ 56) sugieren dicha suposición, pero ésta no llega a plasmarse en el texto de la Sentencia. Y, a mi juicio, no es fácilmente aceptable que algo tan serio como la condena a un Estado miembro del Consejo de Europa por vulneración de la garantía europea del derecho a no sufrir torturas ni malos tratos pueda basarse poco menos que en una elipsis argumental. Sinceramente, no considero que sea la

mejor forma de razonar; de ahí que sostenga que el Tribunal de Estrasburgo debió haber analizado específicamente si la acción policial fue desproporcionada o no a los efectos del artículo 3 del Convenio antes de adentrarse en el territorio de la indemnización. En este punto contaba con los elementos fácticos declarados probados por la jurisdicción penal, que posiblemente hubieran bastado para enjuiciar la acción a la luz del principio de proporcionalidad.

Aún cabe añadir algo más. Comparto la tesis del Tribunal en punto a que la garantía europea del derecho a la integridad personal incluye el derecho a obtener una reparación económica por daños materiales y morales; sin embargo, entiendo que el análisis de la cuestión no puede hacerse a partir del artículo 3, sino que es necesario canalizarlo a través del artículo 13 del Convenio, que garantiza el derecho a un recurso efectivo. La razón es la siguiente: el derecho a obtener una reparación económica ha debido poderse ejercitar previamente en el orden interno, por lo que la función del Tribunal de Estrasburgo consiste en verificar si las acciones a disposición del demandante ante los tribunales nacionales fueron o no efectivas en el sentido del artículo 13; así se obró, como se ha visto, en los asuntos *Paul y Audrey Edwards y Z y otros*, ambos contra Reino Unido.

Aunque es cierto que la Sentencia *Iribarren Pinillos* contiene alusiones explícitas a la necesidad de contar con mecanismos que permitan obtener las reparaciones debidas, lo hace siempre en el contexto jurídico del artículo 3 del Convenio, cuando, entiendo, tendría que haberlas hecho a propósito del artículo 13. Para ello no hubiera sido un obstáculo insalvable que la demanda no incluyera una queja relativa a la vulneración de dicho precepto⁴². En la práctica anterior a la entrada en vigor del Protocolo número 11, y en virtud del principio *iura novit curia* y de la idea conforme a la cual una pretensión se caracteriza por los hechos que denuncia y no por los argumentos de Derecho invocados, el Tribunal ha estudiado asuntos desde el punto de vista de una determinada cláusula del Convenio no citada por las partes o incluso declarada inadmisibles por la Comisión⁴³. Una vez entrado en vigor dicho Protocolo, el criterio subsiste, motivo por el que en el caso *Iribarren Pinillos contra España* el Tribunal estaba en condiciones de analizar la queja a la luz del artículo 13, aun cuando éste no figurara expresamente entre los que debía examinar⁴⁴.

⁴² El artículo 13 sí figuraba entre los reputados vulnerados en la demanda inicial, que la Decisión de 31 de mayo de 2005 declaró inadmisibles en este punto. De todas formas, la invocación de la norma no se hizo con la pretensión de alegar la ineficacia de la vía contencioso-administrativa. El demandante adujo la violación del principio de contradicción al no poder presentar recurso contra la providencia de inadmisión del amparo, mientras que el Ministerio Fiscal sí podía hacerlo (art. 50.2 LOTC); en el caso, el Ministerio Fiscal no hizo nada, pero el argumento del demandante nada tenía que ver con ello, sino con que, a su juicio, el recurso de amparo no podía considerarse efectivo habida cuenta de la imposibilidad legal de recurrir la providencia de inadmisión.

⁴³ Cfr. M. A. EISSEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., págs. 61-62. El antiguo *greffier* no hace sino recordar lo que ya a principios de la década de los ochenta del siglo pasado era jurisprudencia europea consolidada.

⁴⁴ En palabras de C. OWEY y R. WHITE [*The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2006 (4.ª ed.), pág. 485], «corresponde al Tribunal examinar una de-

Y la pregunta es: ¿hubiera podido afirmarse que M. Iribarren Pinillos no dispuso de un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 del Convenio?, ¿que no contó con vías jurisdiccionales de reclamación que le aseguraran de antemano una razonable probabilidad de éxito? Al margen de otros aspectos de importancia relacionados con la interpretación actual del derecho a un recurso efectivo⁴⁵, recordemos ahora que la jurisprudencia de Estrasburgo ha precisado las características que dicho recurso ha de tener para entender satisfechas las exigencias materiales del artículo 13 del Convenio. En síntesis, son las siguientes, tal y como figuran en las Sentencias *Saggio contra Italia*, de 25 de octubre de 2001 (demanda núm. 41874/1998), y *Chizotti contra Italia*, de 2 de febrero de 2006 (demanda núm. 15535/2002), §§ 41 y 40, respectivamente:

«En términos de la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 13 garantiza la existencia en derecho interno de un recurso que permite aprovecharse de los derechos y libertades del Convenio, tal como se encuentran en él consagrados. Esta disposición tiene, por tanto, como consecuencia exigir, para las quejas que puedan considerarse “defendibles” de acuerdo con el Convenio o sus Protocolos, un recurso interno ante la instancia nacional competente para conocer el contenido de la queja y ofrecer la solución, aunque los Estados Contratantes gocen de cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de conformarse con las obligaciones que les impone esta disposición. El alcance de la obligación que se desprende del artículo 13 varía en función de la queja que el demandante apoya en el Convenio. Sin embargo, el recurso exigido debe ser “efectivo” tanto en la práctica como en derecho, de manera que

manda no sólo en relación con los derechos que hayan sido invocados por el reclamante sino también, y por iniciativa propia (*of its own motion*), en relación con otros derechos que, dados los hechos y las alegaciones, puedan haber sido vulnerados». Como ejemplo de ese proceder puede verse la Sentencia *Fonseca Mendes contra España*, de 1 de febrero de 2005 (demanda núm. 43991/2002); la demanda invocaba vulneración del artículo 6.1 del Convenio, pero en razón de los argumentos citados el Tribunal decide analizarla a la luz del artículo 2. Véase igualmente la Sentencia *Pérez Arias contra España*, de 28 de junio de 2007 (demanda núm. 32978/2003), en la que, alegada la vulneración del artículo 14 del Convenio y del artículo 1 del Protocolo número 1, el Tribunal enfoca el asunto a la luz del artículo 6, recordando que es el responsable de la calificación jurídica de los hechos en causa y que no se considera ligado a la atribuida por los demandantes o los Gobiernos (§ 15).

⁴⁵ Aspectos desvelados a partir de la Sentencia *Kudla contra Polonia*, de 26 de octubre de 2000, que confiere al derecho a un recurso efectivo un importante grado de autonomía, profundiza en la idea de la subsidiariedad de la jurisdicción de Estrasburgo e insiste en que la primera obligación de los Estados parte del Convenio es la de garantizar por sus propios medios los derechos y libertades que el Tratado reconoce. Véase el comentario que firma A. SAIZ ARNÁIZ, «El derecho a un proceso “dentro de un plazo razonable” y la “necesaria” existencia de remedios nacionales ante su vulneración. Un trascendental cambio en la jurisprudencia del TEDH», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. III, 2000, págs. 1821 y ss. (aunque nada tenga que ver con el tema que nos ocupa, me permito recordar que el profesor SAIZ ARNÁIZ fue Juez *ad hoc* en el asunto *Iribarren Pinillos contra España*); asimismo, F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts...*, cit., págs. 418 y ss.

su existencia no debe ser obstaculizada de manera injustificada por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado».

Desde luego, no creo que, en términos generales, nuestra experiencia jurisprudencial en materia de daños causados por las fuerzas de policía acredite la inefectividad de los recursos. Pero ¿fue efectivo en el caso concreto el que el señor Iribarren Pinillos tenía a su disposición y utilizó? La respuesta depende de si se considera que la interpretación que de los hechos hizo el Tribunal Supremo tenía o no entidad suficiente para, por sí misma, vulnerar el derecho garantizado por el artículo 13. Tal era, a mi juicio, el auténtico quicio del debate. En este contexto, el Tribunal Europeo quizá pudo haber sostenido que la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 privó al demandante de la reparación que le correspondía a causa de la vulneración de su derecho a la integridad física y que, por tal motivo, dicha Sentencia hizo inefectivo el recurso contencioso-administrativo utilizado.

Una conclusión semejante no hubiera sido contraria a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo relativa a que su tarea no es sustituir a los Jueces nacionales al interpretar el ordenamiento interno, a que su papel se limita a verificar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de dicha interpretación, y a que no le corresponde conocer los errores de hecho o de derecho presuntamente cometidos por un Tribunal, salvo si y en la medida en que puedan vulnerar los derechos y libertades que el Convenio protege⁴⁶. Desde luego, si el artículo 3 incorpora una garantía indemnizatoria que la víctima debe estar en condiciones de obtener mediante la utilización de un recurso efectivo en el sentido del artículo 13 del Convenio, es claro que el Tribunal Europeo puede afirmar que la inefectividad del recurso, en un supuesto dado, supone una violación tanto del artículo 13 como del artículo 3, éste en punto a la referida garantía, estando entonces en condiciones de aplicar el dispositivo previsto en el artículo 41. Ciertamente, subsistiría en cualquier caso el problema de la inexistente declaración formal de violación material del artículo 3 y la Sentencia podría seguir siendo discutible por tal motivo, pero al menos, y en todo lo demás, podría decirse de la misma que no se aparta del *modus operandi* habitual del Tribunal de Estrasburgo.

⁴⁶ Por ejemplo, Sentencias *García Ruiz contra España*, de 21 de enero de 1999 (demanda num. 30544/1996), § 28; *Pérez Arias contra España*, de 28 de junio de 2007, ya citada, § 23.