

EL TIPO PENAL DE TORTURA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL *

Laura Zúñiga Rodríguez **

1. Preámbulo: la protección frente a la tortura como eje fundamental del Estado de Derecho

Uno de los aspectos más apasionantes de la historia del hombre es el de su lucha por conseguir espacios de libertad y respeto a su integridad humana frente a los poderosos, cuya fuerza económica o política los coloca en situación real de superioridad. La conquista de los derechos del hombre, como ciudadano, respecto de los poderes públicos, es una parte importante de esta historia ya que, precisamente, compromete las relaciones Estado/sociedad civil; en suma, la construcción del Estado mismo. Y es que, precisamente, el fundamento de los orígenes del Estado se encuentra en su capacidad para proteger a los ciudadanos (Estado protector) frente a las diversas formas de violencia privada pero, también, frente a los excesos de sus propios representantes. La prevención de los tratos inhumanos y degradantes, así como de su práctica más burda, la tortura, es un compromiso ineludible de los poderes públicos en los Estados democráticos de Derecho, toda vez que éstos se construyen como sistemas sociales, cuyo fundamento consiste en el respeto de la dignidad de la persona,¹ de toda persona, de cualquier persona.

* Ponencia presentada durante el Seminario sobre los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura. México, Distrito Federal, noviembre de 2004.

** Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Salamanca.

¹ Según Elías Díaz, 1985, p. 31 y ss., la expresión Estado de Derecho, que se diferencia radicalmente de los Estados autoritarios o fascistas, quiere decir que éstos, se inspiran, al

Concretamente, en el caso de la normativa española, se parte de la premisa de un sistema político y social en el que las actuaciones públicas están sometidas a la legitimidad que otorga el respeto de los derechos fundamentales (Art. 1.1 CE). Más específicamente, sobre el tema que nos ocupa, se trata de la protección del derecho fundamental a la integridad moral, consagrada en el Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidas a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”. Además, la principal fuente internacional que ilustra el contenido de este derecho es la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que entró en vigor en España el 20 de noviembre de 1987.

Según esos compromisos nacionales e internacionales, los poderes públicos están obligados a erradicar las conductas que supongan malos tratos y tortura de sus ciudadanos, de todas las personas que estén en su territorio, realizadas por parte de particulares o funcionarios públicos. La prevención de estas prácticas supondrá: 1º) un ámbito legislativo apropiado que no propicie situaciones de vulnerabilidad de las personas; y 2º) cuando se produzcan tortura o maltratos, los poderes públicos deben investigar y sancionar a los responsables (sanciones penales o sanciones administrativas). Como es lógico, las conductas de malos tratos y tortura cometidas por funcionarios públicos, adquieren mayor gravedad social que las efectuadas por los particulares, ya que éstos son precisamente los encargados de hacer respetar las leyes, y las actuaciones que supongan una vulneración de derechos fundamentales, como éstas, no sólo deslegitiman su propia actuación, sino también la del Estado que representan.

El contenido esencial del derecho fundamental a la integridad moral ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional (TC). Este alto tribunal ha interpretado los términos empleados por el constituyente

menos, en cuatro aspectos fundamentales: en el imperio de la ley, esto es, que la ley es considerada expresión de la voluntad general; que su organización política obedece al principio de división de poderes; que la Administración está sometida al principio de legalidad a la ley, especialmente a través de sistemas de control y responsabilidad que aseguren un funcionamiento conforme a Derecho; y, por último, que se reconozcan y garanticen los derechos fundamentales de la persona humana. El autor prosigue (p. 39): “exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho”.

“torturas y tratos inhumanos o degradantes” como si fueran conceptos relacionados por un mismo núcleo esencial, sólo que tendrían una diferencia en el grado de afección: “... son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e inflingidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto” (STC 120/1990, FJ 9º). Como sostiene Pérez Royo,² la tortura y los tratos inhumanos o degradantes no son, desde una perspectiva constitucional, compartimentos estancos entre los que exista una línea divisoria clara. Ambos coinciden en tres elementos: 1º) se infligen padecimientos físicos o psíquicos; 2º) se realizan de manera vejatoria; y, 3º) se persigue el objetivo de anular la voluntad de la víctima y obligarle a hacer lo que de otra manera no haría. Al tratarse de conductas que tienen por objetivo anular la voluntad de la víctima y obligarla a hacer lo que de otra manera no haría, estamos ante *conductas que atacan el núcleo esencial de la dignidad humana, el hecho de tener voluntad propia y de no ser degradado a la condición de mero instrumento de una voluntad ajena*. En definitiva, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes constituyen una afección frontal al principio kantiano de que todo hombre es un fin en sí mismo y ningún hombre puede ser utilizado como medio de otro. De ahí la relevancia de la protección penal que el Estado debe brindar ante conductas de este tipo y la necesidad de su persecución penal cuando se denuncien estos casos.

2. La historia de la abolición de la tortura o el sueño de la razón

En Europa, durante la Edad Media, las monarquías absolutas institucionalizaron la tortura como un instrumento de investigación para obtener la confesión por parte de los sospechosos de haber cometido un delito. La tortura judicial era una pieza más dentro del engranaje del terror punitivo, la coacción y la intimidación de los ciudadanos; es decir, una herramienta para el mantenimiento del orden establecido. No

² Pérez Royo, 2000, p. 342.

importaba la verdad real, lo fundamental era facilitar la condena de los presuntos reos, con la idea de que cuanto más temor infundiera la pena, más ejemplar y, por tanto, más eficaz sería. Por eso, como advierte Tomás y Valiente, destacado estudioso de la tortura en España, la tortura era eficaz no tanto como instrumento para acceder a la verdad, porque podía dar lugar a autoacusaciones o delaciones falsas, sino sobre todo como mecanismo intimidatorio.³ A fin de cuentas lo importante era infundir una amenaza general en toda la población, para imponer la ley del monarca.

El procedimiento penal de tipo inquisitivo, secreto, con clara desigualdad entre las partes (acusador y acusado), tenía muchas semejanzas con el Sacramento de la Penitencia: el pecador debe acusarse de sus propias culpas y expiarlas. Así, cuando no existían pruebas suficientes para condenar al acusado, casi siempre, por lo menos, había indicios suficientes para justificar la aplicación de la tortura contra éste. En esos casos de pruebas incompletas, la tortura tenía como finalidad “descubrir la verdad”, entendiéndose que la “verdad” quedaba revelada cuando el reo atormentado confesaba su culpabilidad, pero no si afirmaba insistentemente su inocencia durante el tormento. La confesión pronunciada bajo el dolor del tormento no era válida si el reo no la ratificaba después; sin embargo, si no realizaba la ratificación, podía volver a ser torturado (dos o tres veces sucesivas, según la legislación de cada país) hasta que ratificase su confesión. Una de las manifestaciones de la desigualdad ante la ley era la prohibición de someter a tortura a un noble, salvo en procesos por delitos de lesa majestad.⁴

De ahí que los ilustrados tuvieran como uno de sus lemas principales, la abolición de las penas crueles, inhumanas o degradantes, al chocar frontalmente con la idea de que los derechos del hombre están por encima de cualquier poder constituido.⁵ De la tortura decía Beccaria:⁶ “Una crueldad consagrada por el uso en la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, bien para constreñirlo

³ Tomás y Valiente, 1973, p. 254. En términos similares se expresa en otro texto escrito por él mismo; *cf.* 1992, p. 175.

⁴ *Cfr.* Tomás y Valiente, 1982, pp. 26-27.

⁵ En España la tortura fue abolida por la Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812 (Art. 303) y la Real Cédula, de 25 de julio de 1814, de Fernando VII.

⁶ Beccaria, 1982, p. 95.

a confesar un delito, bien por las contradicciones en que hubiere incurrido, bien para descubrir a los cómplices, bien por no sé qué metafísica e incomprensible purgación de la infamia”. La fundamentación que este autor iluminista daba era la de vulnerar la presunción de inocencia: “Un hombre no puede ser llamado culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección pública sino cuando se haya decidido que violó los pactos con los que aquella protección le fue acordada”.

No hay duda que debemos a los iluministas el esfuerzo más notable por abolir de la faz de la tierra los malos tratos y la tortura de manos de los funcionarios del Estado. La identificación, en el siglo XVIII, de la tortura con toda una visión del mundo rechazada por las fuerzas políticas y sociales emergentes, fue el mejor caldo de cultivo para la proscripción de la misma. La consideración de la tortura como una práctica inhumana e irracional, hizo que los pensadores de la época calificaran a los países en los que todavía se practicaba como bárbaros e incivilizados. En ese sentido, en 1657 Frederick Keller escribía: “Israel, Aragón e Inglaterra, son ejemplos de naciones civilizadas que no emplean la tortura”.⁷

Lamentablemente, cuando en el siglo XX una serie de Estados empezaron a desconocer el papel protector de la ley y entró en crisis la concepción de la soberanía popular, transmutada por la soberanía de una parte del pueblo, reverdeció la práctica de la tortura. Los Estados autoritarios y fascistas, las dos guerras mundiales, y los conflictos internos sucedidos durante la época de la guerra fría, al desconocer los derechos del hombre, dejaron a los ciudadanos inermes frente al poder del Estado. En el siglo pasado la tortura reapareció con más fuerza que nunca, bajo ideologías que supeditaban los derechos humanos a un bien público ideal y abstracto (“la sana conciencia del pueblo alemán”, “salvar la Patria de los comunistas”, etcétera, etcétera), cuyo fin justificaba cualquier restricción de las libertades. La funcionalización de la vida social y política hacia valores supremos, propició una fractura social entre “amigos” y “enemigos”, entre “nosotros” y los “otros”, a quienes había que tratar de manera diferente, hasta la exterminación.⁸

⁷ Cfr. Peters, 1987, p. 140.

⁸ El tratamiento excepcional para aquellos considerados *anormales*, *asociales*, *peligrosos*, entre otros términos, es una constante de los regímenes autoritarios. La historia de las leyes

Después de la segunda guerra mundial, con la Carta de Naciones Unidas de 1948, se produjo un resurgimiento de los derechos humanos, en el que se percibió un consenso internacional por anteponer los derechos del hombre frente a los intereses públicos. No obstante, en la práctica, la lucha ideológica entre comunistas y capitalistas,⁹ propia de los años sesenta y setenta, produjo en varias partes del mundo un desconocimiento de los derechos humanos que conllevó no pocos casos de tortura. Especialmente destacables son los casos de países del cono sur latinoamericano (Argentina, Chile, Uruguay, Brasil), en los que, apoyados por la doctrina Kissinger, se impusieron regímenes autoritarios que conocieron miles de casos de tortura y desapariciones. En Europa, durante las guerras de descolonización, no faltaron voces que justificaron la tortura para casos excepcionales. En 1957 y 1958 empezaron a circular rumores de que el ejército francés y las fuerzas de policía coloniales habían utilizado la tortura en su trato contra los rebeldes argelinos.¹⁰ En 1971, casi dos décadas después, el general Massu publicó sus memorias sobre la guerra argelina, con el título *La verdadera batalla de Argel*, donde defendió su empleo, sobre la base de que las circunstancias excepcionales

que fueron dictadas en el nacionalsocialismo alemán para tratar a los asociales, es una muestra de los procesos sociales que legitimaron la aplicación de una regulación especial para un grupo de personas al que se le desconocieron sus derechos fundamentales y cuyo colofón fue la exterminación. Este proceso está muy bien documentado en Muñoz Conde, 2002, *passim.*, en donde destaca el *Proyecto de extraños a la comunidad* (p. 206 y ss.) y sobre todo, como suele suceder en todo régimen político, la colaboración denostable de uno de los catedráticos más notables del momento, Edmund Mezger, quien sin ambages prestó su apoyo académico para fundamentar leyes sobre “la eliminación de los elementos extraños a la raza y al pueblo”, y la “culpa de la conducción de vida de los asociales”, entre otros argumentos. Quiero resaltar no sólo el valor científico de esta investigación efectuada por el Profesor Muñoz Conde, sino también su importante mérito histórico-político, pero sobre todo su valentía para sacar a la luz, de una manera documentada y rigurosa, el colaboracionismo del gremio académico con los políticos, pese a las dificultades que ello pudiera causarle, producto de un mal entendido corporativismo, lamentablemente no sólo común entre los profesores universitarios.

⁹ Que quede claro que el desconocimiento de los derechos humanos se evidenció en las posturas radicales de ambas ideologías, sirvió de bandera tanto para luchar contra los comunistas como contra los capitalistas, lo cual prueba que lo verdaderamente abominable es el autoritarismo, tanto de izquierdas como de derechas, pues se sabe de las torturas practicadas tanto por Hitler, como por Stalin o Mao.

¹⁰ El retorno de la tortura conmocionó a los intelectuales de ese tiempo. Sartre escribió: “La tortura no es civil ni militar, ni es específicamente francesa; es una plaga que infecta a toda nuestra época”. *Cfr.* Peters, 1987, p. 187.

que entonces preveían justificaban su uso, y de que él como militar responsable se vio en la necesidad de practicarla. La polémica que suscitó esa defensa de la tortura,¹¹ dio lugar, incluso, a acuñar un nuevo término francés, el *Massuisme*: el argumento de que los torturadores pueden ser servidores responsables del Estado en tiempos de crisis extrema.¹²

Ante estas nuevas justificaciones de la tortura, la Convención de 1984 ha sido taxativa: el Art. 3 dispone que ningún Estado de Derecho puede alegar circunstancias excepcionales, ni la guerra, como justificación de la tortura. Sin embargo, si bien la abolición legal de la tortura se ha dado ya, queda pendiente la abolición real de la misma, esto es, la erradicación de su práctica en numerosos países del mundo, incluyendo Estados democráticos.

En los albores del siglo XXI, lamentablemente, “la tortura goza de muy buena salud”, se ha hecho más “científica” y sofisticada, no deja huellas y busca vencer a la víctima, reducirla a la impotencia,¹³ para ganarle la moral al torturado y a los suyos. Hoy, como ayer, la tortura no tiene por objetivo último y fundamental arrancar la confesión del torturado, se trata de transformar la cooperación forzada en aceptación, *quebrar la voluntad del torturado*, de sus superiores, de su ideología. El principal objetivo de los torturadores es *difundir un clima de terror*, obtener información es secundario.¹⁴ Es decir, primero se amedrenta al sujeto, se le quiebra la voluntad, la información que da viene luego, por añadidura.

¹¹ En el 2001 se reabrió el debate en Francia, conmocionando a toda Europa, tras la publicación del libro del general Aussaresses, *Servicios Especiales. Argelia 1955-1967*, donde reconocía haber practicado la tortura y dirigido un escuadrón de la muerte durante la guerra de Argelia (*El País*, 18 de mayo de 2001). Es la llamada por los anglosajones *dirty hands theory*, o teoría de las manos sucias, según la cual “Todo dirigente de alto nivel, civil o militar, en ciertas situaciones, puede verse obligado a ensuciarse las manos actuando fuera de la ley y de la moral, en aras de un mejor servicio a la propia sociedad”; como bien recuerda Prudencia García en “Manos sucias y moral militar” (*El País*, 17 de mayo de 2001): “Pese a la tortura y al crimen, Francia perdió Argelia. Sin crimen y sin tortura la hubiera perdido también. Pero lo hubiera hecho con mayor dignidad...”.

¹² Cfr. Peters, 1987, p. 243.

¹³ *Ibidem*, p. 225. Los adelantos científicos en materia de instrumentos para no dejar huella y los últimos conocimientos sobre el dolor, han dado lugar a que la tortura hoy esté destinada a reforzar la experiencia del dolor, a bloquear la acción de inhibidores naturales del mismo y a aumentar éste de todos los modos posibles (cfr. p. 235).

¹⁴ *Ibidem*, pp. 222-223.

El sueño de los iluministas no sólo no se ha hecho realidad, sino que todavía parecen persistir “razones” para justificar la tortura. El siglo XX y lo que llevamos del XXI nos han dado muestras de que, cada cierto tiempo, en algunos países de nuestro propio entorno cultural, se tejen razones para dar un tratamiento excepcional hacia determinados grupos de personas, fundamentadas en amenazas, peligros, riesgos para nuestras culturas, sociedades, o países, que pueden ser el caldo de cultivo de una serie de restricciones de derechos en general, y de malos tratos y la tortura en particular. La vieja doctrina de la seguridad nacional se ha transmutado constantemente en conceptos como “seguridad ciudadana”, “seguridad de Occidente”, “seguridad de una determinada etnia”, entre otros. Es frente a esos razonamientos falaces, que finalmente desconocen los derechos de las personas en aras de un supuesto bien común, que debemos estar alertas, constantemente despiertos.

3. La prevención de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes: la razón de las leyes y las leyes de la razón

Desde que en 1984 Amnistía Internacional publicó su *Informe mundial sobre la Tortura* y se proclamó la Convención sobre la misma, el interés tanto de Naciones Unidas como de los organismos no gubernamentales preocupados por el tema, ha sido el de establecer una serie de mecanismos concretos para combatir su práctica y la de otros tratos inhumanos, además de su prohibición penal. Principalmente, se detectó que estas conductas ilícitas de los funcionarios están asociadas a la detención y a las demás formas de privación de la libertad, por lo que todas las medidas preventivas necesariamente están en conexión con los instrumentos de garantías de las personas detenidas o sometidas a prisión.

De acuerdo con las experiencias internacionales, ha quedado patente que las restricciones al principio de presunción de inocencia y al derecho de defensa, en sus diversas manifestaciones, acarrearán una situación de vulnerabilidad de los detenidos y privados de la libertad que puede favorecer la tortura. Por consiguiente, las regulaciones que restringen estos derechos ciudadanos, aún siendo legales, esto es, promulgadas por los mecanismos legítimos de los países democráticos, pueden auspiciar los malos tratos y la tortura. Concretamente, el Comité de

Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, organismo internacional encargado de realizar visitas periódicas a los países, y de elaborar un informe sobre la situación de los mismos en este tema, considera que existen tres reglas básicas que los poderes públicos deben ofrecer a las personas que se encuentran bajo su custodia: derecho al acceso de un abogado en todo momento que dure la situación de privación de la libertad, derecho a ser notificado de su detención a un familiar o persona de su elección y derecho a ser examinado por un médico de su elección (además del médico forense designado por ley). Pueden sintetizarse estos tres derechos como los tres instrumentos jurídicos por excelencia para prevenir la tortura.

Precisamente esos derechos son los que se restringen en las legislaciones excepcionales para el tratamiento del terrorismo¹⁵ y que, significativamente, hoy han tomado carta de naturaleza, como enseguida se verá. En estos casos la razón de las leyes no concuerda con las leyes de la razón iluminista, favorecedora de límites al poder del Estado, sino más bien crea espacios legítimos para la vulnerabilidad de las personas. Nuevamente la presión política ejercida por el terrorismo surte sus efectos al

¹⁵ Concretamente, en el caso español conviene recordar que la excepcionalidad para el terrorismo data del proceso constituyente. Al decir de Pérez Royo, 2000, p. 1069: “La Constitución Española toma nota del fenómeno terrorista tanto de forma expresa, algo insólito en el Derecho Comparado, como de forma implícita, ya que, como vimos al estudiar el Art. 17 CE, el plazo de la detención preventiva de setenta y dos horas frente a las veinticuatro horas usuales en los demás países europeos únicamente se explica por la presión del terrorismo”. El Art. 55.2 CE, al establecer la suspensión individual de garantías en estos supuestos, “es de una incoherencia notable” y se presenta como “una de las cuestiones más polémicas desde que la Constitución se puso en vigor a finales de 1978”. El desarrollo de este dispositivo constitucional dio lugar a la promulgación de una serie de normas inscritas en la legislación de emergencia, que suspenden dos garantías de la detención que son fundamentales para el control jurídico de esta medida policial: el plazo de 72 horas como periodo máximo de la detención preventiva y la intervención judicial. En 1987 el TC declaró inconstitucional (STC 199/1987) la incomunicación de 10 días, entonces vigentes, al entender que la prolongación de la detención policial más allá de las 72 horas no puede ni iniciarse ni llevarse a cabo, de acuerdo con los Arts. 17.2 y 55.2 CE, sin una previa y expresa autorización judicial. Además, puntualizó que siguen siendo puntos necesarios de referencia las normas internacionales que requieren la conducción del detenido frente a la presencia judicial “en el plazo más breve posible”, como expresión de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En la actualidad el Art. 520 bis LECrim permite la incomunicación por 24 horas más, con intervención judicial. Las implicaciones de este dispositivo se analizarán en el epígrafe 5.

lograr rebajas en los procesos democratizadores y la manida doctrina de la seguridad nacional sirve de “razón” para legitimarla.

Como lo ha demostrado la experiencia, no basta con garantizar una serie de derechos, ni que los Estados firmen los convenios internacionales, tampoco son suficientes las prohibiciones penales. Lo verdaderamente importante, como suele suceder con cualquier tipo de criminalidad, es reconocer que detrás de las prácticas de malos tratos y tortura, más allá de las definiciones penales, tras la imposición o no de sanciones, existen una serie de relaciones sociales condicionantes de las mismas. Como todo fenómeno criminal, la tortura es un problema social, de toda la sociedad civil, no sólo de los cuerpos de agentes encargados de hacer cumplir la ley. La sociedad civil es responsable, en último término, de la actuación de sus propios funcionarios públicos, de actuar u omitir acciones para prevenir la tortura, de que se sancione a los responsables, de reprobar socialmente las conductas de malos tratos o a los jueces que son negligentes con la protección de las víctimas; en suma, de admitir o no la impunidad de estas conductas.

Esto coincide con las corrientes criminológicas que explican el fenómeno criminal, en especial con las teorías sociológicas que señalan que *el contexto social* es importante para generar la actividad delictiva. Por un lado, las *teorías del aprendizaje social* enseñan que el ambiente incide en que alguien realice un acto delictivo o sea considerado como un delincuente.¹⁶ Asociada a esa teoría, la *teoría de las subculturas* explica que la conducta desviada de ciertos individuos se ve reforzada por el grupo y su pertenencia al mismo, en cuyo seno aprende determinada cultura de la violencia. De otro lado, las *teorías del etiquetaje, o labelling approach*, muestran que el delincuente se construye socialmente, esto es, que la delincuencia consiste en un proceso social de criminalización, una verdadera interacción entre el grupo social y el individuo.¹⁷

Trasladando estas teorías al tema que nos ocupa, significa afirmar que el torturador no nace sino se hace, se construye socialmente, y hay determinadas relaciones sociales que favorecen su aparición. El torturador existe cuando hay una determinada ideología o un aparato organizado

¹⁶ Cfr. Guiddens, 1998, p. 240.

¹⁷ Cfr. Zúñiga Rodríguez, 2001, pp. 165-166.

de poder que perpetúa la violencia de los malos tratos.¹⁸ Como se suele decir, la violencia genera mayor violencia. Por eso, cuando se ha instaurado la violencia, ésta se autoreprocede ilimitadamente; de ahí que sea tan preocupante la pervivencia y el aumento de la falta de tolerancia; y de ahí también la importancia de atajar cualquier clima social de confrontación, pues esto finalmente supone limitaciones a los derechos humanos. También el terrorismo, como una suerte de “provocación” a los Estados democráticos, busca la deslegitimación de las conductas de los agentes del orden, para pregonar la profecía que se autocumple: el autoritarismo de esos Estados. De ahí que sea muy importante que los Estados no caigan en la provocación de los terroristas, rebajando los niveles de legitimidad de sus conductas, aunque sean santiguadas por la legitimidad formal de leyes excepcionales. Ello es aún más importante si se constata que, históricamente, prácticamente ninguna guerra contra el terrorismo ha sido ganada con malos tratos y torturas, sino con actuaciones de las fuerzas del orden, legales y legítimas.¹⁹

Por otro lado, las *teorías de la victimología* resaltan que algunos sujetos poseen mayores riesgos para ser víctimas de determinados delitos. Existen determinadas circunstancias de las personas, situaciones de precariedad, marginalidad, y especial vulnerabilidad, que favorecen que se conviertan en víctimas. La moderna *Victimología* explica la interacción delincuente/víctima. Es importante estudiar empíricamente cuál es la función “real” que desempeña la víctima del delito en los diversos momentos

¹⁸ Como dice Peters, 1987, pp. 244 y 251, los estudios de personas que llegaron a realizar torturas en el régimen nazi, demuestran que el torturador no es siempre una persona cruel y perversa, sino que, la mayoría de las veces, se trata de personas al servicio de un sistema político autoritario, en el que la violencia sirve de apoyo a las necesidades políticas de quienes están en el poder. Los torturadores son preparados ideológicamente de forma deliberada, de tal modo que se altera su personalidad, haciéndoles aceptar una realidad política inventada en la que sus víctimas son puestas fuera del límite de la humanidad.

¹⁹ Pongo dos ejemplos. En Perú, la lucha contra Sendero Luminoso, que produjo 69 mil muertos y se prolongó de 1980 a 1992, culminó con la detención de su líder Abimael Guzmán, en septiembre de 1992, con una actuación policial, al detener a la cúpula de la organización, que puede adjetivarse como ejemplar. En España, la disminución de las acciones terroristas se debe en buena medida a las sucesivas capturas de miembros de la cúpula de la organización; pero sobre todo a su incapacidad para autogenerarse, debido al gran golpe económico que ha supuesto la ilegalización de su brazo político, *Herri Batasuna*; acción que no fue otra que la aplicación de un supuesto contemplado en la legislación penal, la suspensión de actividades de asociaciones ilícitas, de los Arts. 129 y 515 CP.

del suceso criminal, lo cual, evidentemente, tendrá que dar luces para establecer una estrategia político-criminal de prevención, ayudando a las potenciales víctimas indicándoles comportamientos, actitudes, conductas y medidas tendientes a evitar la realización del delito.²⁰ En el caso de las víctimas de tortura, su situación de vulnerabilidad, por razón de su situación social –pobreza, sexo, minoría de edad, pertenencia a una etnia minoritaria, estatus jurídico (inmigrantes irregulares)–, puede ser un factor que facilite su comisión. Si a eso se unen coadyuvantes como la situación de fortaleza posicional de los agentes del orden, como la impunidad, o leyes que les facultan cierto grado de arbitrariedad, se producen las condiciones idóneas para la práctica de la tortura.²¹

De acuerdo con los informes de las organizaciones de derechos humanos y del Comité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, como ya se ha dicho, la situación de mayor vulnerabilidad del sujeto, para ser víctima de malos tratos o tortura, sucede durante las diversas formas de privación de la libertad efectuadas por las fuerzas públicas del orden. En el ámbito español, dos son las situaciones que propician ser víctima de tortura o malos tratos: la detención preventiva, en especial por terrorismo, cuando los detenidos están sometidos a incomunicación; y durante el tratamiento de las fuerzas del orden a los extranjeros, por la supuesta comisión de un delito, o a partir de operativos de redadas o cacheos contra inmigrantes irregulares.

²⁰ *Cf.* García Pablos, 1989, p. 633 y ss.

²¹ El Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) que investigó las violaciones de derechos humanos sucedidas durante la década de lucha contra Sendero Luminoso en Perú, puso en evidencia que de cada cuatro víctimas, tres eran campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua. La violencia no impactó igual a todos los peruanos, sino que golpeó desigualmente a diferentes estratos geográficos y de la población. El 40 por ciento de los muertos y desaparecidos reportados a la CVR procedían de Ayacucho, región donde se concentra la población indígena más pobre del país; esto es, la población excluida de la modernidad urbana y pujante. Como señala su Presidente, Salomón Lerner, “agobia encontrar en esos testimonios, una y otra vez, el insulto racial, el agravio verbal a personas humildes, como un abominable estribillo que precede a la golpiza, la violación sexual, el secuestro del hijo o la hija, el disparo a quemarropa de parte de algún agente de las fuerzas armadas o la policía”. *Cf.* Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Hatun Willakuy*, Navarrete S.A, Lima, 2004, p. 10.

Como ha podido comprobarse históricamente, la tortura se ha instaurado en sociedades en las que persistía un clima social de confrontación, de fractura social entre “amigo” y “enemigo”, entre “nosotros” y “los otros”. Las sociedades que han conocido prácticas sistemáticas de tortura han sido sociedades divididas; en las que el grupo dominante ha sido incapaz de tener empatía con el otro; cuando no ha existido diálogo, cuando el otro es el enemigo al que hay que vencer o aniquilar moral y físicamente. Esas fueron las constantes de las dictaduras de Videla, Pinochet o del nazismo.

En fin, el futuro de la tortura no está principalmente en las leyes, sino en la propia sociedad civil, en su proyecto social, en su manera de entender la convivencia, en la forma de comprender y relacionarse con el otro, en la tolerancia de las distintas maneras de ver el mundo. Es decir, la más importante forma de prevención de la tortura *no está en las leyes, sino en las mentes de las personas*,²² en su manera de relacionarse con el que piensa de manera distinta, en la *tolerancia*, que es la base material de la convivencia democrática. Finalmente en toda forma de tortura y malos tratos existe una intolerancia al que es de distinta raza, color, sexo, ideología, etcétera, por eso la tortura no sólo atenta contra la dignidad humana, sino, también, constituye en sí un acto de discriminación ilícito.

Muchas veces es la propia sociedad civil la que admite políticas criminales, o es responsable de climas sociales o contextos jurídicos que favorecen las restricciones de derechos de los ciudadanos que, finalmente, pueden dar lugar a rebrotes de la tortura. Como sostiene Peters: “A veces es más fácil desgastar lentamente una gran idea contra la dignidad humana que arriesgar la introducción abrupta directamente de la tortura en una sociedad. Es más fácil transformar una antropología lentamente, pues con tal transformación, la tortura puede parecer como un paso lógico y previsible”.²³

Lamentablemente el clima social actual, en especial a partir del 11 de septiembre de 2001, no es precisamente favorecedor del respeto de

²² Lo importante es lo que Montesquieu llamaba “el espíritu de las leyes” o lo que los penalistas llamamos “las normas de cultura”, pues son en definitiva los sujetos sociales quienes crean, aplican e interpretan las leyes. De nada valen unas magníficas leyes, si las mentes de las personas están secuestradas por la intolerancia.

²³ Peters, 1987, p. 255.

los derechos ciudadanos y, por tanto, es previsible un rebrote de la tortura. Algunas muestras de las leyes dictadas a propósito de estos execrables atentados ilustran esta situación. La primera reacción de Estados Unidos, más allá de la invasión de Afganistán, fue la promulgación de la *USA Patriot Act*, que institucionalizó la creación de tribunales secretos nombrados por el secretario de justicia; la detención preventiva sin pruebas y sin límite legal –por un periodo “razonable”–; la ausencia de abogados, la incomunicación y la interceptación de todas las comunicaciones de los detenidos; todo ello ha creado el caldo de cultivo para la privación de la libertad sin límites, la indefensión y la tortura. No podemos olvidar que en estos momentos se encuentran detenidas más de 600 personas en la Base Militar de Guantánamo, y que están sometidas a condiciones inhumanas y castigos corporales, bajo la custodia del país más poderoso del mundo, que supuestamente defiende la democracia y las libertades. Si eso sucede en el país que liderea la política internacional, económica y criminal de nuestra era, qué puede esperarse de países que no son siquiera democráticos.

Enseguida fue aprobada la Ley antiterrorista británica (*Antiterrorism Crime and Security Act 2001*), según la cual el Estado británico suspendía sus obligaciones de garantía de los derechos, derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos, regulando un estado excepcional para el tratamiento del terrorismo. La Unión Europea (UE) respondió inmediatamente, con la Propuesta de Reglamento del Consejo (Documento 501PC0569), y consideró como objetivo político-criminal fundamental atajar las fuentes de financiamiento del terrorismo, para lo cual estableció como medida la “congelación de capitales” pertenecientes a las personas físicas o jurídicas, entidades u organismos, enumerados en una confeccionada lista de organizaciones terroristas. Las garantías para la confección de dichas listas, el establecimiento de quiénes colaboran con el terrorismo y cómo se imponen dichas sanciones no están reglamentadas, por lo que dejan un ámbito importante para la arbitrariedad.

Por su parte, el Consejo Europeo de 21 de septiembre de 2001, declaró que “la lucha contra el terrorismo será más que nunca un objetivo prioritario de la Unión Europea”. Como concreción de esa declaración política de intenciones, se acordó el Plan de Acción Común contra el Terrorismo y la Propuesta de Decisión-Marco que, entre otras medidas, incluye una definición amplia de terrorismo, definición que contradice

el principio de taxatividad de la ley penal (principio de legalidad) y pone en entredicho la seguridad jurídica.

En suma, las normas europeas contra el terrorismo, dictadas a propósito de los atentados terroristas del 11 S, han dado lugar, según un informe reciente de expertos encargados por la Comisión Europea, a un déficit en la protección de las libertades relativas al derecho de tutela judicial –en especial a la presunción de inocencia y al derecho de defensa–, el derecho a no ser discriminado –en especial en relación con la situación de los extranjeros–, y a los derechos de la personalidad –como el secreto de las comunicaciones y la intimidad–. El informe también destaca el déficit en la cooperación en materia policial y judicial, dado que no existe una interpretación uniforme de la euroorden y su procedimiento, corriéndose el riesgo de subordinar el respeto de los derechos fundamentales a razones de oportunidad política. Otro riesgo para los derechos fundamentales lo constituye la aplicación de la recomendación adoptada por el Consejo Europeo en noviembre de 2002, relativa a la necesidad de elaborar “perfiles de terroristas sobre la base de características como la nacionalidad, edad, educación, lugar de nacimiento, características psicosociológicas o la situación familiar.”²⁴

Todas estas medidas europeas conducen a una normativa legal que deja en situación de vulnerabilidad a las personas que adquieran la condición jurídica de imputados por terrorismo, o que son extranjeros, especialmente en situación irregular, toda vez que se restringen derechos asociados a las garantías de la detención y la privación de la libertad, lo cual sin duda puede favorecer situaciones que deriven en malos tratos y tortura. Nuevamente, los dos grandes problemas europeos, el terrorismo y la inmigración, confrontan a la sociedad y tocan las fibras de los derechos ciudadanos, poniendo en cuestión la dignidad humana.

Si las sociedades democráticas están optando por la seguridad frente a las libertades, por la eficacia, sacrificando garantías, y esto se hace con el beneplácito de los electores, habrá que recordar que es la sociedad civil y su particular concepción de las relaciones individuo-sociedad/sociedad-Estado, la que es finalmente responsable de la persistencia de los malos tratos y la tortura.

²⁴ Cfr. Marc Carrillo. “EE UU y Europa: las libertades... ¿para qué?”, en *El País*, 30 de junio de 2003.

Por consiguiente, la medida preventiva de mayor importancia para hacer frente a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes es, precisamente, no aceptar la ideología de la “guerra preventiva”, ni el choque de culturas, que viene desde los Estados Unidos;²⁵ no admitirla ni social ni jurídicamente porque dinamita las bases de la convivencia, de la tolerancia en paz y, con ella, la particular razón de las leyes según el ideario iluminista que justificó la creación del Estado y el Derecho: la consideración de que no es posible subordinar los derechos de la persona a cualquier bien público.

4. La situación en España

Los organismos internacionales y las asociaciones de derechos humanos coinciden en afirmar que en España no existen casos sistemáticos de tortura ni malos tratos, sino que se trata de hechos aislados, aunque lamentables. Particularmente, el Informe publicado el 13 de marzo de 2003 por el Comité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, relativo a las visitas efectuadas en julio de 2001, denuncia que en España los mecanismos legales de la detención no ofrecen garantías para la prevención de los malos tratos y la tortura.²⁶ Concretamente, el Comité echa en falta la implementación de las tres reglas básicas que los poderes públicos deben ofrecer a las personas que se encuentran bajo su custodia: derecho al acceso de un abogado en todo momento que dure la situación de privación de la libertad, derecho a ser notificado de su detención a un familiar o persona de su elección y derecho a ser examinado por un médico de su elección (además del médico forense designado por ley). Se trata de derechos que justamente se restringen en los casos de incomunicación de detenidos por terrorismo (Art. 520 bis LE-Crim).

²⁵ Amnistía Internacional ha hecho público, el 27 de octubre de 2004, un informe (*Negación de la dignidad humana. Tortura y malos tratos en el contexto de la guerra contra el terror*), en el que se documentan decenas de casos de tortura y malos tratos contra los detenidos en el contexto de las guerras de Irak y Afganistán, lo cual demuestra que los casos de *Abu Ghraib* no son aislados, sino que se trata de una violación sistemática de los derechos de los detenidos de la “guerra contra el terrorismo”. Cfr. *El País*, 28 de octubre de 2004.

²⁶ Cfr. www.cpt.coe.int.

Otro aspecto oscuro en la situación española, con relación a la protección frente a los malos tratos y la tortura, es el tratamiento procurado a los inmigrantes. El último Informe de Amnistía Internacional, de abril de 2002, *España: Crisis de identidad. Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado*, recoge más de 300 casos de inmigrantes que en los últimos años han sufrido estas prácticas en puestos fronterizos, centros de acogida, comisarías o en la propia calle.

A partir del análisis de la jurisprudencia²⁷ se observan varios supuestos de malos tratos o tortura, que corresponden con excesos ilegítimos sucedidos en la propia detención: lesiones, violaciones o muerte de los detenidos.

Es de saludar que los malos tratos en las cárceles hayan disminuido notablemente, porque el cumplimiento de la pena privativa de la libertad y, especialmente, el régimen disciplinario dentro de la cárcel, suele rodearse de garantías. El Tribunal Constitucional se ha preocupado por establecer una serie de criterios jurisprudenciales en los casos de restricciones de derechos –dentro de la privación de la libertad–, como el aislamiento en celda²⁸ y la restricción de las comunicaciones;²⁹ supuestos en los que la Administración debe actuar con claro respeto del principio de proporcionalidad. El TC también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legitimidad de los cacheos por parte de funcionarios penitenciarios, por motivos de seguridad, declarando que no se trata de un trato inhumano o degradante, pero puede afectar al derecho a la intimidad (STC 57/1994- RTC 1994\57). No obstante, queda un tema irresuelto, que es la situación de los internos clasificados en primer grado, cuya restricción de derechos es la máxima del ordenamiento penitenciario, especialmente la de los internos de los departamentos especiales (Art. 91.3 RP). Con relación a éste, deberá aplicarse esa clasificación de manera excepcional; esto es, de acuerdo con los principios de oportunidad, adecuación y proporcionalidad estricta.³⁰

²⁷ Que se desarrollará en el epígrafe siguiente.

²⁸ Cfr. Fernández García. “El régimen disciplinario”, en Berdugo/Zúñiga, 2001, p. 300 y ss.

²⁹ Cfr. Zúñiga Rodríguez. “Relaciones del recluso con el mundo exterior”, *ibidem*, pp. 270-271.

³⁰ El TC en STC núm. 119/1996 se ha ocupado de este tema considerando inadmisibile el amparo por violación del Art. 15 las restricciones concretas que sufren estos clasificados. Vid. Zúñiga Rodríguez. “El tratamiento penitenciario I”, en Berdugo/Zúñiga, 2001, pp. 325-329.

Mientras terminaba de redactar este texto, llegó la noticia de una condena a España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) por violación del Art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) –el derecho a “no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”–, por no abrir una investigación “profunda y efectiva” sobre las denuncias formuladas en 1992 por 15 independentistas catalanes, supuestos simpatizantes de *Terra Lliure*, aunque dio por no probados los malos tratos alegados por los demandantes. Esto es, según la Convención contra la Tortura,³¹ se produce una violación al derecho a no ser sometido a estas prácticas ilícitas no sólo cuando se efectúan, sino también cuando los tribunales nacionales no realizan una efectiva investigación. En el caso de autos, se señala que el informe solicitado por el juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, “únicamente hace referencia a los malos tratos físicos y en ningún momento excluye la hipótesis de malos tratos psíquicos ni su eventual gravedad”.³²

4. El tipo penal de tortura del Art. 174 CP, a la luz de la jurisprudencia española

4.1. El bien jurídico y la conducta típica

Establecer el bien jurídico tutelado en el delito de tortura no es un tema sencillo. Como ha puesto de manifiesto De la Cuesta Arzamendi cuando comentaba el precedente legislativo actual –el antiguo Art. 204 bis CP, que se incorporó a la legislación penal española en 1978–, la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos tiende a preservar una variedad de intereses y valores, tanto individuales como colectivos, dignos de protección: la integridad física y moral, la salud, la vida, la dignidad, la función pública, las garantías procesales, y las garantías constitucionales.³³ En suma, estaríamos ante un delito pluriofensivo, si no fuera

³¹ El Art. 12 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, establece la obligación del Estado de realizar una investigación “pronta e imparcial”.

³² *Cfr. El País*, 3 de noviembre de 2004.

³³ De la Cuesta Arzamendi, 1990, p. 25 y ss.

porque varios de estos bienes jurídicos tienen ya una protección penal propia en el CP y, porque la obligación internacional de penalizar específicamente esta práctica obliga a pensar en un solo bien jurídico que contenga todos estos ámbitos de protección.

Si nos atenemos a la sistemática del CP, el antiguo Art. 204 bis era considerado un delito contra la seguridad interior del Estado. Esta opción legislativa daba pie para interpretar el bien jurídico de carácter colectivo, esto es, haciendo énfasis en la conducta centrada en el “abuso de poder” por parte de los funcionarios públicos.³⁴ De ahí que en este delito las distintas interpretaciones sobre el bien jurídico hayan girado en torno a la protección penal de un ámbito de seguridad personal, las “garantías” constitucionales y procesales de la persona;³⁵ en suma, de la protección de la dignidad de la persona y las garantías de la Administración de Justicia.³⁶ El daño social de este delito ponía el acento en la conducta del funcionario público que, facultado para restringir derechos fundamentales de la persona, abusivamente se extralimitaba en sus funciones.

El CP de 1995 otorgó una sistemática propia para los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes, e introdujo un Título especial de protección frente a las afecciones a la integridad moral (Título VII), lo cual debe reconocerse como un acierto del legislador, dada la trascendencia del bien jurídico protegido, con el objeto zanjar toda discusión sobre el carácter pluriofensivo de la figura y solucionar los problemas de concursos, como se verá enseguida. El Título se ha sistematizado con el tipo de trato degradante (Art. 173), el tipo de tortura propio (Art. 174), el tipo de atentados contra la integridad moral por parte del funcionario público, no comprendidos en el Art. 174 (Art. 175), la regla de la omisión en las torturas (Art. 176) y una regla concursal (Art. 177).

³⁴ En ese sentido, ver especialmente, Maqueda Abreu, 1986, p. 449.

³⁵ *Cfr.* De la Cuesta Arzamendi, 1990, pp. 116-117, para quien el bien jurídico serían “las garantías personales más básicas, reconocidas por la Constitución (vida, incolumidad personal, libertad), en cuanto plasmación de los valores constitucionales “humanidad” y “dignidad”.

³⁶ Así, Bustos Ramírez, 1991, p. 319, sostenía, en relación a estos delitos cometidos por funcionarios públicos, en ocasión del ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes, que “atacan justamente las garantías, implican un abuso de poder de la autoridad y, por ello, tienden a eliminar o disminuir al ciudadano como sujeto autónomo”.

La opción del legislador, por la nomenclatura del bien jurídico como “integridad moral”, responde directamente a que se trata de la protección penal de un derecho constitucional reconocido en el Art. 15 CE, que es “el derecho al respeto a la integridad moral y la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes”. Respecto de lo que debe entenderse como contenido material de la integridad moral, parece más fácil definirlo negativamente, esto es, cuándo se atenta contra la integridad moral. Quizá venga a bien evocar las palabras de Rivacoba y Rivacoba al referirse al delito de tortura: “... lo que se repudia es el tratamiento del hombre como cosa, el desconocimiento de su dignidad, el someterlo a la acción implacable de las fuerzas naturales y violar lo más íntimo y constitutivo de su ser, es decir, su voluntad y su conciencia... en ello reside su inhumanidad profunda y el secreto de la oposición y la lucha contra ella, hoy como ayer y probablemente como mañana, de todas las almas grandes, de todos los espíritus libres”.³⁷

En efecto, al atentar contra la integridad moral, con tortura o tratos inhumanos o degradantes, se están afectando diversos aspectos de los derechos fundamentales de la persona: el derecho a la seguridad, a la libertad ambulatoria, a la libertad de conciencia, a no ser discriminado por cualquier razón –recordemos cómo la tortura siempre supone un trato discriminatorio contra “el otro”–, en suma, negando la esencia del hombre que es su libertad y el respeto a su dignidad personal. Por eso atentar contra la integridad moral consiste en infligir padecimientos físicos o psíquicos graves y vejatorios. Así, la integridad moral se configura como un bien jurídico que dota de autonomía a estos delitos, que se tipifican en el Título VII, entendido como “el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas”.³⁸

Es necesario resaltar una cuestión importantísima: la autonomía del bien jurídico *integridad moral* deja clarificada la problemática de la *autonomía de los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Es to es, no se requiere un resultado constitutivo de otro delito, como lesiones,

³⁷ Rivacoba y Rivacoba, 1982, p. 807.

³⁸ Cf. Muñoz Conde, 2002, p. 184; asimismo, la doctrina especializada, en particular: Díaz Pita, 1997, p. 80 y Muñoz Sánchez, 1999, p. 24.

homicidios, detenciones ilegales, entre otros, para que se perfeccione el delito;³⁹ ni tampoco puede argumentarse que el menoscabo a la integridad moral queda absorbido por la configuración de estos delitos,⁴⁰ ya que la lesividad de la conducta prohibida queda configurada por atentar contra un bien jurídico distinto y especialmente protegido, que es la integridad moral.⁴¹

³⁹ El párrafo primero del antiguo delito de tortura, Artículo 204 bis del Código Penal de 1973, exigía que la autoridad o funcionario público “cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del Título VIII y capítulo VI del Título XII de este Código...”. Es decir, delitos de homicidio, lesiones, amenazas o coacciones. De otro lado, el segundo párrafo contemplaba la posibilidad de que el atentado contra la integridad física no fuese constitutivo de delito, sino de una falta del 581 CP, distinguiendo la penalidad en ambos casos. La jurisprudencia interpretó de manera dispar la calificación del atentado contra la integridad física en relación con la calificación del delito de tortura, hasta que la Sala II del Tribunal Supremo, en el Pleno no jurisdiccional, de 17 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3925), expuso la necesidad de analizar cada supuesto concreto para comprobar la debida proporcionalidad entre la acción ejecutada y la consecuencia jurídica prevista. Así, consideró que en ese examen de proporcionalidad, la causación de una lesión mediante el empleo de tortura –esto es, cuando se realiza en el curso de una indagación policial–, la consideración del hecho como delito es adecuada a la gravedad del hecho. No obstante, en otros casos el propio Tribunal Supremo resolvió que esto suponía vulnerar el principio de *non bis in idem*, porque implicaba calificar dos veces un solo hecho (STS 1117/98-RJ 1998, 7599). Todos estos problemas han sido superados con la nueva redacción y con la regla concursal del Art. 177CP.

⁴⁰ Ni es posible declarar como absorbido en el delito contra la integridad moral alguno de estos delitos, como lo hace la STS 568/2004 (RJ 2004,3039), en la que el Tribunal reconoce que se privó al perjudicado de su libertad deambulatoria cuando se le trasladó en el vehículo del acusado a un lugar distinto del que esperaba o deseaba; afirmándose que el acusado actuó de tal modo porque quería llevarle a un lugar donde “se sintiera a la merced del agresor” y actuó en la forma que lo hizo “porque en el lugar en que originalmente se encontraba no podría haberse conseguido el propósito pretendido”, habiendo llegado a formular el siguiente juicio de valor: “el transporte indebido de Marcos formó parte de ese trato degradante (por el que ha sido condenado como autor de un delito del Art. 173 del CP y tuvo (...) el carácter de medio tendente a obtener ese fin”, por cuanto “la privación de libertad deambulatoria fue (...) la imprescindible para cometer el delito que se pretendía”, “por lo que se estima que ha de quedar absorbido el menoscabo del bien jurídico de la libertad dentro del delito contra la integridad moral” (v. F. 4º (ARP 2003, 158)). En este caso, el TS calificó de esa manera porque el sujeto no actuaba dentro del ejercicio de sus funciones; esto es, con la finalidad indagatoria que establece el Art. 174 CP y, por tanto, lo calificó como delito de trato degradante, del Art. 173 CP.

⁴¹ Abunda en esta interpretación la opción del legislador al establecer la regla concursal del Art. 177 CP, donde queda claro que no es posible absorber los distintos delitos en el de tortura, desde que se protegen distintos bienes jurídicos. *Vid.*, más ampliamente, concursos.

4.2. El tipo objetivo en el delito de tortura del Art. 174 CP: elementos comunes con los delitos contra la integridad moral

Como ya se ha dicho, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional español consideran una gradualidad entre las diversas formas de atentado contra la integridad moral. El TC, en STC 120/1990 y 137/1990, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, considera que “la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, son en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e inflingidos de modo vejatorio”. Es decir, en una escala de mayor a menor gravedad del atentado contra la integridad moral están: la tortura, el trato inhumano y el trato degradante.

En principio ese debería haber sido el criterio del legislador para la tipificación penal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad que rige la opción penal. Sin embargo, los tipos penales no se han estructurado siguiendo ese criterio de gradualidad, salvo el Art. 173, que tipifica la forma más leve de atentado contra la integridad moral, y el Art. 174, que propiamente tipifica la tortura, de manera muy similar a la propuesta de la Convención; no obstante, el Art. 175 no establece un delito consistente en trato inhumano, sino una regla subsidiaria frente a los atentados, no contemplados en los Arts. 173 y 174 del CP. La gradualidad en el grado de afcción al bien jurídico integridad moral se rompe al tener en cuenta otros criterios de tipificación –como son la cualidad del sujeto activo funcionario público en el ejercicio de sus funciones, del Art. 174, delito propio de tortura–, y tipificando atentados graves a la integridad moral –como el introducido en el segundo párrafo del Art. 173 CP,⁴² el delito de violencia doméstica–, con penas que pueden ser superiores a las de tortura.

En todo caso, como lo señala la STS 294/2003 (RJ 2003,4381), el concepto de atentado contra la integridad moral comprenderá: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto activo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; c) un

⁴² Modificado por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Ahora bien, como estamos ante un bien jurídico difícilmente tangible,⁴³ el legislador ha renunciado a describir los atentados de manera explícita,⁴⁴ estableciendo más bien cláusulas generales bajo los verbos rectores “atentar” (Art. 175) o “menoscabar” la integridad moral (Art. 173), prácticamente en sentido negativo a la prescripción constitucional (Art. 15 CE). Como ya se ha visto, existen múltiples formas de atentar contra la integridad moral, algunas dejan huella en la víctima y otras no, algunas formas son constitutivas de delitos y otras no.

Con carácter general, todo atentado o menoscabo a la integridad moral supone una afección grave al bien jurídico tutelado, por lo que es importante racionalizar estos dos elementos: gravedad y afección al bien jurídico.

Gravedad. En todos los tipos penales contra la integridad moral, el legislador hace alusión a la gravedad del atentado. En los Arts. 173 y 175 como elemento constitutivo del delito, y en el Art. 174 para distinguir la penalidad. Ahora bien, como se ha visto, la tipificación penal no sigue una sistemática de gradualidad respecto de la gravedad de la afección al bien jurídico, por lo que poco ayuda al interpretar los criterios de gravedad que cabe considerar para calificar uno u otro delito. El tema no es baladí, porque en el caso de los tipos penales de los Arts. 173 y 175 –aunque también sucede en el tipo de tortura del Art. 174 CP, inexplicablemente– va a suponer nada menos que no se configure el delito y, en todo caso, suponga una falta por lesiones leves, del Art. 617.1, un maltrato de obra, del Art. 617.2 CP, o unas injurias leves, del Art. 620.2 CP. Así falló, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Burgos, en Sentencia del 7 de junio de 1999, en el caso de un Guardia Civil que golpeó e insultó a los detenidos, por incidentes que presuntamente habían protagonizado en un “pub”; resolución judicial que luego fue recurrida

⁴³ Como bien ha puesto de manifiesto Tamarit Sumalla, 1996, p. 858, la dificultad para la tipificación de los atentados contra la integridad moral proviene de la indeterminación del propio bien jurídico tutelado.

⁴⁴ Salvo el Art. 174, el delito de tortura, cuya descripción coincide con la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

y anulada por el TS, el que sí reconoció la calificación de tortura, del Art. 174, por concurrir todos sus elementos (STS 701/2001-RJ 2001,3567).⁴⁵

Sin duda, el principio de subsidiariedad del Derecho Penal indica que debe existir un mínimo de gravedad de la conducta para considerarla atentatoria contra la integridad moral. Así, a la luz del umbral mínimo de gravedad de relevancia penal ha de entenderse el delito de atentado contra la integridad moral, del Art. 173.1 CP. Por otro lado, la jurisprudencia del TEDH mantiene que la gravedad depende de un conjunto de circunstancias; en concreto, de la duración de los malos tratos y sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, edad y estado de salud de la víctima, entre otras características. Asimismo, la STC de 28 de febrero de 1994, estableció: “para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Fundamento jurídico 3.B).⁴⁶

Nótese que el TC dice “debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad”. Esto es, se trata de una *valoración objetiva de las circunstancias* que deben ser consideradas socialmente como gravemente humillantes o envilecedoras, en suma, que atacan la dignidad personal.⁴⁷ Dentro de las circunstancias, los efectos físicos o psíquicos sobre el sujeto pasivo son elementos a valorar, sin embargo, no son los únicos ni los determinantes. Así, por ejemplo, pueden citarse como casos graves de afección a la integridad moral:

⁴⁵ La Audiencia Provincial condenó al Guardia Civil –como autor de dos faltas por lesiones, tres faltas por injurias leves y una falta por malos tratos de obra–, a las penas de arresto de seis fines de semana por cada una de las dos faltas por lesiones; multa de veinte días con cuota diaria de cinco mil pesetas por cada una de las tres faltas por injurias; y arresto de tres fines de semana por la falta de malos tratos de obra. Luego, el TS *declaró haber lugar* al recurso de la acusación particular y dictó una segunda Sentencia en la que condenó al acusado, don Mario R. V., como autor de tres delitos de tortura, a la pena, por cada uno de ellos, de un año de prisión y ocho años de inhabilitación absoluta, dejando sin efecto la condena impuesta por el Tribunal de instancia respecto de las faltas por injurias leves y malos tratos.

⁴⁶ Portilla Contreras, 1996, p. 288.

⁴⁷ Claramente, la STS 294/2003 (RJ 2003, 4381) une el comportamiento degradante y vejatorio a la incidencia en la dignidad de la persona.

- “Obligar al detenido a desnudarse y hacer flexiones”; el TS calificó como delito de trato degradante, del Art. 173 CP, por no actuar el sujeto activo en el ejercicio de las funciones públicas (STS 457/2003-RJ 2003, 8929);⁴⁸
- “Dar patadas y puñetazos por el cuerpo del detenido que se resiste a la identificación por parte de la autoridad”, fue calificado como delito contra la integridad moral, del Art. 175 CP (STS 294/2003-RJ 2003, 4381);
- “Se le aplicó electrodos en las manos, golpeó repetidamente, mientras permanecía vendado y encapuchado, obligándole a realizar ejercicios físicos, llegando a decirle que a su madre le harían todo esto”, fue calificado como delito de tortura, del Art. 174 CP (STS 481/2003-RJ 2003, 3490);
- “Se considera someter al interrogado a condiciones que le intimiden su voluntad, el impedir a una persona el ejercicio de los derechos civiles reconocidos por las leyes: el policía que priva al detenido ilegalmente de su derecho de defensa”, fue calificado como tortura no grave, del Art. 174 CP (STS 1202/1995-RJ 1995, 8879);
- “En el ámbito penitenciario para que se aprecie existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto al de la condena. Así, los cacheos realizados en el cuerpo del preso con fines de seguridad, no son considerados tratos inhumanos o degradantes” (STC 57/1994-RTC 1994, 57);
- “El no dar información del paradero del detenido a un miembro directo de su familia, como la madre”, se considera violatorio del Art. 3 de la CEDH, esto es, la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (TEDH 2001, 353).

Con respecto al delito de tortura, del Art. 174 CP, la configuración penal asume como típicas tanto las afecciones graves, como las no

⁴⁸ Sin embargo, la Audiencia Provincial de Zaragoza calificó como inexistente el someter al interrogado a condiciones que le intimiden su voluntad: detenido obligado a desnudarse para ser cacheado en una dependencia cerrada de la comisaría: no constituye trato inhumano ni provoca humillación o trato degradante (ARP 1997, 77).

graves,⁴⁹ lo cual quiere decir que cuando se perfeccionan los demás elementos que constituyen este delito, no se requerirá mayor gravedad que el mínimo establecido: actos vejatorios o humillantes que incidan en la dignidad del sujeto pasivo. Eso es así porque los otros elementos que pasaremos a desarrollar, configuran la gravedad de la figura y el grado de lesividad de la conducta suficientes para hacer merecedora la intervención penal. Esto es así porque además del atentado a la integridad moral, se une el abuso de poder por parte del funcionario público, en tanto extralimitación de sus funciones, afectando derechos constitucionales de las personas. Además, en el segundo párrafo del Art. 174 CP, que tipifica la tortura penitenciaria, permanece el sustrato de actos vejatorios o humillantes que inciden en la dignidad del preso y también la extralimitación de las funciones de custodia por parte del funcionario penitenciario.

Dado que la gravedad de la afeción al bien jurídico depende de una serie de circunstancias concretas, y éste es un elemento para determinar la sustantividad de los tipos penales, el juzgador debe valorar detenidamente dichas circunstancias, por lo cual la motivación de la sentencia será de suma importancia.⁵⁰

Afeción. Un tema de suyo relevante es determinar si en estos delitos se requiere un resultado lesivo, o basta con una conducta degradante. Dada la intangibilidad del bien jurídico, la indeterminación de los medios comisivos y la necesidad del carácter grave de la afeción para demostrar su concurrencia, adquiere trascendencia dilucidar si estamos ante un delito de mera actividad o de resultado. Tal como ya se ha advertido, hay tortura o malos tratos que no dejan huella, por lo que, para demostrar su concurrencia, si se refiere a resultado físico constituyente de delitos, éste no puede considerarse como un elemento constitutivo. Abunda en esta interpretación la regla de los concursos del Art. 177 CP, que establece la autonomía de los delitos contra la integridad moral respecto de los otros delitos que se pudieran ocasionar: homicidio, lesiones, injurias y violaciones, entre otros. Es decir, estamos ante delitos con sustantividad propia, al margen del resultado típico constitutivo de

⁴⁹ En este aspecto la tipificación española es más amplia que la Convención contra la Tortura, que requiere atentado *grave* a la integridad moral.

⁵⁰ *Vid.* más adelante, necesidad de motivación de la sentencia.

delito. No obstante, no estamos ante un delito de peligro, ni ante un delito de mera actividad, sino ante un *delito de lesión*:⁵¹ lo que significa que la afección al bien jurídico requerirá un resultado típico, que no necesariamente es observable como un resultado material constitutivo de delito, pero sí supondrá una lesión al bien jurídico integridad moral, en tanto que se trata de padecimientos físicos o psíquicos de carácter vejatorio que afectan la dignidad humana, la mayoría de veces con connotaciones discriminatorias, y que en última instancia doblegan la voluntad de la persona al obligarla a hacer o no hacer algo que no decide libremente. Todos estos elementos pueden servir para detectar conductas atentatorias contra la integridad moral que supongan la afección al bien jurídico; elementos que no necesariamente deben concurrir conjuntamente.⁵² En todo caso, como se indicó respecto de la gravedad, la motivación de la sentencia tendrá que valorar todos estos extremos.

Hay dos cuestiones que se derivan del carácter de delitos de lesión de estos injustos actos contra la integridad moral: caben las formas imperfectas de ejecución y en algún caso se ha requerido comprobar la relación de causalidad o la imputación objetiva. Ahora bien, aunque teóricamente es posible admitir la tentativa,⁵³ en la práctica es difícil pensar en casos concretos, tan es así que no es posible hallar jurisprudencia al respecto. Más elocuente en la práctica es la problemática de la relación de causalidad, no en relación a la tortura, sino entre ésta y otro

⁵¹ Hay consenso en la doctrina sobre su naturaleza como delito de lesión, esto es, de resultado material; *cf.* Muñoz Sánchez, 1999, p. 97. Aunque autores como Bustos y Vázquez Iruzubieta, al interpretar el tipo precedente, Art. 204 bis CP, consideran que estamos ante un delito de mera actividad; *cf.* más ampliamente sobre el tema, Barquín Sanz, 1992, pp. 282-283.

⁵² En algunos casos la jurisprudencia incide sobre los actos vejatorios (humillantes, degradantes, ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 2198/2003-JUR 2003, 258380), y los sufrimientos físicos o psíquicos (lesiones, amenazas, ejemplo, la Audiencia Provincial de Girona en Sentencia núm. 171/2002-JUR 2002, 165492: lesiones en el curso de una investigación policial), y en otras sobre el sometimiento del interrogado a condiciones que intimiden su voluntad (STS núm. 1202/1995-RJ 1995, 8879: policía que priva al detenido de su derecho de defensa).

⁵³ Barquín Sanz, 1992, pp. 279-283, proporciona dos ejemplos de tentativa y frustración del delito de tortura: del primero, “cuando el funcionario ha comenzado a deslumbrar al interrogado, o a someterlo a un ruido particularmente molesto”; del segundo, “cuando se suministra al sujeto pasivo una sustancia tranquilizante dirigida a vencer la resistencia que pudiera tener a decir todo lo que sabe, pero con ella se le infunde un estado de somnolencia que dura varias horas e impide el interrogatorio”.

resultado típico, como lesiones u homicidios, Así, por ejemplo, la STS 2051/2002 (RJ 2003, 1117): “declara que no se comprobó la relación de causalidad entre los golpes de la detención y la muerte del detenido”, pese a que en los hechos probados se comprueba “que los dos procesados golpearon innecesariamente a los detenidos una vez que los habían reducido como castigo del intento de fuga y de los golpes que recibieron los agentes al realizar la acción evasiva. Las lesiones presentadas por los detenidos, imputados a los procesados, consistían en contusiones y erosiones diversas por el cuerpo, que no precisaban para su curación más que una primera asistencia facultativa”; en afirmaciones fácticas de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, se niega la relación causal entre el fallecimiento del interfecto y los golpes que le propinaron, pero reconocen que le produjeron —y también al otro detenido— contusiones y erosiones varias.⁵⁴

4. 3. El tipo objetivo de tortura: elementos especiales respecto de los delitos contra la integridad moral

Sujeto activo: funcionario público en el ejercicio de sus funciones

La peculiaridad fundamental del delito de tortura, que lo distingue de otros atentados contra la integridad moral, es que el sujeto activo es un sujeto cualificado; esto es, un funcionario público⁵⁵ en el ejercicio de sus funciones. El tipo de tortura está configurado como un atentado a la integridad moral, con un *plus*: un especial desvalor de la conducta, porque el funcionario público actúa extralimitándose, abusando de unas facultades concedidas en relación con los derechos fundamentales de las personas. El sujeto activo, además de atentar contra la integridad moral, lo hace con infracción de los deberes especiales que le habilitan las

⁵⁴ La Sentencia de la Audiencia de Barcelona (Sección 3ª) de 21-02-2001, absolvió a los acusados don Carlos S. V. y don Rafael P. M. como autores de los delitos de asesinato, tortura y falsedad en documento oficial. El TS *declaró haber lugar* al recurso y dictó segunda Sentencia en la que condenó a los acusados, don Carlos S. V. y don Rafael P. M., como autores de dos faltas por lesiones, a las penas de quince días de arresto menor por cada una.

⁵⁵ El Art. 24 CP establece, para efectos penales, quienes son funcionarios públicos.

normas que rigen el proceso de investigación policial o judicial, o la custodia de los presos y detenidos.⁵⁶

Es necesario subrayar que debe tratarse de un funcionario público *en el ejercicio de la función*; esto es, realizando una investigación policial o judicial, o custodia de los detenidos, o algún control para el que esté habilitado legalmente. Esa precisión se deriva de dos requisitos exigidos por el tipo: que el funcionario actúe con “abuso de su cargo” y con el “fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.

El abuso del cargo, que supone el especial desvalor de la conducta, se configura como un elemento objetivo posicional que hace que exista una situación de prevalimiento entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. No se trata, entonces, de un elemento subjetivo, sino objetivo. Ahora bien, el elemento de finalidad sí es de tipo subjetivo y cierra la interpretación de actuar en el ejercicio del cargo, cuyos definitivos alcances se analizarán al estudiar dicha finalidad. El funcionario público debe estar actuando “abusando de su cargo”; esto es, ejerciendo la función de orden público. Al margen de que esté vestido de uniforme, lo importante es que esté ejerciendo el servicio y que su conducta suponga un comportamiento abiertamente antijurídico (STS 4324/1999, RJ 2001, 8551). Entonces, el abuso del cargo no puede entenderse como un elemento subjetivo, como antiguamente se entendía, sino como un elemento objetivo que desvalora especialmente la acción⁵⁷ y que suele dar lugar al concurso con otros delitos: detenciones ilegales, injurias y lesiones, entre otros (Art. 177 CP).

La doctrina mayoritaria considera que es un *delito especial impropio*, porque la infracción de los deberes del cargo no fundamentan la punibilidad de la conducta, sino la agravación de la pena y porque el propio CP plantea un tipo residual de atentado contra la integridad moral⁵⁸ no cometido por un funcionario público, del Art. 175 CP.⁵⁹ El

⁵⁶ Cf. Muñoz Sánchez, 1999, p. 59.

⁵⁷ Este elemento da unidad a los delitos cometidos por funcionarios públicos que en otros tipos penales se denominan “abuso de poder”. Vid. Zúñiga Rodríguez, 1993, pp. 168-170.

⁵⁸ A diferencia de la Convención contra la Tortura, que expresamente contempla el caso del particular.

⁵⁹ Así lo considera Muñoz Sánchez, 1999, p. 59, con la matización de que el atentado contra la integridad moral, no grave, de un funcionario público, al no estar comprendido

carácter propio del sujeto activo y realizar la conducta con infracción de los deberes del cargo supone dos consecuencias: que se puede realizar la conducta por omisión, y generar la problemática especial de autoría y participación.

Tratándose de un delito configurado como infracción de los deberes del cargo, de resultado y de medios indeterminados, cabe perfectamente tanto la *omisión* como la *comisión por omisión*. Un caso de omisión sería el no suministrar al detenido los alimentos necesarios para vivir o diversas conductas omisivas que infringen la integridad moral y que tuvieran como finalidad castigar a la víctima. Pero también cabe la comisión por omisión y así lo ha tipificado expresamente el legislador en el Art. 176 CP, sancionando al funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, permita que otros atenten contra la integridad ajena. Se ha interpretado que en estos supuestos deben requerirse las reglas de la comisión por omisión del Art. 14 CP, es decir, producirse la regla de equivalencia entre acción y omisión en cuanto a lo injusto, esto es: 1) producirse un resultado lesivo; 2) el deber jurídico de actuar; y 3) una relación de causalidad hipotética entre la omisión y el resultado lesivo. Respecto del deber de actuar, la doctrina ha considerado sin problemas el caso del superior, en la medida que tiene la posibilidad de impedir la tortura.⁶⁰ Especial problemática jurisprudencial ha suscitado el deber de actuar entre compañeros. En algún caso el TS ha calificado como tortura, del 176 CP, el que los compañeros dejaran que se torturara a alguien.⁶¹ Así castigó a los policías que observaban cómo su compañero desnudaba y maltrataba al detenido (STS 726/2001-RJ 2001, 3572). Ha calificado de esta manera, especialmente cuando los compañeros, superiores o policías, estaban presentes en el momento de los malos tratos, esto es, lo consentían (Así, la STS 1559/2003 RJ 2003, 9246, calificó: inexistencia de tortura por no estar presente en el momento de

en el Art. 175 CP, no tiene un tipo de referencia, por lo que en esos casos el Art. 174 CP sería delito especial propio. Para Queralt, Barquín y Bustos, el delito de tortura es especial propio.

⁶⁰ Así, para Tamarit Sumalla, 1996, p. 859, y Muñoz Sánchez, 1999, p. 77, la posición de garante queda suficientemente acreditada cuando el funcionario es superior o dirige la investigación en la que se tortura al detenido.

⁶¹ Anteriormente, la jurisprudencia calificaba como delito de prevaricación el que las autoridades permitieran y no persiguieran un delito de tortura del que tuvieran conocimiento.

los malos tratos). La *ratio* de esta interpretación jurisprudencial es que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado tienen el deber jurídico de impedir la violencia física contra los detenidos⁶² y, también, el mismo deber jurídico tienen los funcionarios penitenciarios.⁶³ No obstante, en otros casos, el TS, para calificar con el Art. 176 CP, ha indicado que la autoridad debe ser superior a quien realiza los malos tratos (así se calificó en la STS 294/2003-RJ 2003, 4381).

El tipo penal del Art. 174, el tipo de tortura, sólo puede realizarlo quien cumple con los requisitos objetivos y subjetivos de actuar en el ejercicio del cargo. Un particular no puede realizar un delito de tortura según nuestra legislación penal. Ello no quiere decir que su actuación quede impune. Puede ser un instrumento de un autor mediato, del tipo penal del Art. 174, que sí cumple con los requisitos exigidos cuando éste se vale de un particular para realizar las torturas. Al particular puede sancionársele por un delito contra la integridad moral, del Art. 173 CP, en concurso con el resultado producido: lesiones, homicidio y atentado contra la libertad sexual, entre otros.

4. 4 El tipo subjetivo de tortura: elemento especial del delito de tortura: la finalidad

El Art. 174 CP prevé un elemento subjetivo en el injusto. La tortura se configura cuando se infligen padecimientos físicos o psíquicos “con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. La redacción amplia de este elemento subjetivo coincide en su totalidad con la regla de la Convención sobre la tortura. La L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, incorporó el elemento subjetivo de discriminación, que fue una demanda importante de las organizaciones de derechos humanos, porque antes dejaba fuera de la consideración de tortura los malos tratos graves que pueden infligir las autoridades públicas que no tengan como fin un interrogatorio en el curso de una

⁶² Art. 5.2 L.O., de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

⁶³ Art. 34 L.O., General Penitenciaria.

investigación por delito –que resulten gratuitas–, como, por ejemplo, durante las redadas, cacheos y solicitudes de identificación, entre otros operativos, que por razones rutinarias realizan los agentes públicos y que resultan ostensiblemente vejatorios. En esos casos se ha aplicado el Art. 175 CP, aunque con bastante menor pena.

La finalidad, cualquiera de estas tres descritas –obtener una confesión o información, castigar por un hecho cometido o que se sospeche que ha cometido, o discriminar por cualquier razón–, cierra el círculo de conductas que pueden ser subsumibles en el tipo penal de tortura del Art. 174 CP.

Ese elemento intencional, por otro lado, ha dado lugar a que la jurisprudencia requiera dolo, como es lógico; sin embargo, lo que debe quedar claro es que el dolo es respecto de la afección de los malos tratos o padecimientos físicos o psíquicos vejatorios, no del resultado material de los mismos: lesiones, muertes y violaciones, entre otros.

4. 5 Consideración especial de la detención preventiva: los límites del ejercicio legítimo de la violencia estatal

De las causas de justificación que pueden aducirse, la más problemática es la del posible ejercicio de la violencia durante una detención.

Varios supuestos de denuncias penales por tortura, malos tratos, e incluso muerte, que han llegado al Tribunal Supremo, se refieren a hechos acaecidos durante el transcurso de la detención. Es decir, detenciones ilegales por el uso ilegítimo, por excesivo, de la violencia física para reducir al sospechoso de cometer un delito, he aquí unos ejemplos:

- STS 2051/2002 (RJ 2003\1117): “no se comprobó la relación de causalidad entre los golpes de la detención y la muerte del detenido”;
- STS 1725/2001 (RJ 2001\8851): “agentes de la Guardia Civil de paisano, que tras montar el arma dos veces, la colocan en la nuca de una persona, le obligan a bajarse los pantalones en presencia de otras personas y a buscar una colilla por el suelo”;
- STS 701/2001 (RJ 2001\3567): “guardia civil que en el ejercicio de sus funciones golpea a los detenidos por los incidentes que presuntamente habían protagonizado en un pub”;

- STS 1326/1998 (RJ 1998\8569): “meter la cabeza del detenido varias veces en el inodoro mientras le pegaban golpes, que no le ocasionaron lesiones”;
- STS 1644/2002 (RJ 2002\8881): por excesos de violencia durante el control de alcoholemia: “agente que empujó, pateó y golpeó por distintas partes del cuerpo y llevó arrastrando al coche policial al denunciante”.

En un Estado democrático, el uso del ejercicio de la violencia por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad está reglado por el *principio de proporcionalidad*. La coacción del Estado debe ejercerse con la mínima restricción de derechos fundamentales posible, para salvaguardar un bien común. Existe un aforismo que dice: “no se puede matar gorriones a cañonazos”, denotando con ello que el ejercicio de la violencia no puede ser desproporcionado, porque deviene en ilegítimo. La detención puede convertirse en un acto violento, sobre todo si hay oposición por parte del detenido. Sólo se admite la restricción de derechos fundamentales, en casos como la detención con el uso de la fuerza, cuando ésta es proporcionada para salvaguardar un interés general que es preponderante; esto es, para evitar “un daño grave, inmediato e irreparable”.⁶⁴ Así lo contempla la propia Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Art. 5.2.c, en adelante LFCSE). Además, establece las siguientes reglas para la detención:

- Art. 5.1.a: la actuación de los cuerpos de seguridad del Estado debe ceñirse a la Constitución;
- Art. 5.2.c: los principios de necesidad, oportunidad y proporcionalidad deben regir el uso de la coacción directa;
- Art. 5.3.b: en el tratamiento de los detenidos los cuerpos de seguridad deben respetar la vida, integridad física, honor y dignidad de la persona; por tanto, están prohibidos los malos tratos y, por supuesto, la tortura.

En suma, para que en una detención el uso de la fuerza sea legítima, se deben respetar los siguientes principios:

⁶⁴ Zúñiga Rodríguez, 1993, pp. 281-283.

- a) *Principio de oportunidad*: adecuación o idoneidad: el agente de policía debe elegir el instrumento menos lesivo posible;
- b) *Principio de necesidad*: El uso de la violencia ha de ser necesaria para ser legítima; debe ser el único instrumento posible para reducir al detenido;
- c) *Principio de proporcionalidad estricta*: El *quantum* de la violencia debe ser proporcional al mal que se pretende evitar: cuando se trata de delincuentes peligrosos y constituye un delito grave;
- d) *El uso de las armas de fuego*: El uso de armas está también regulado por las leyes, por lo que también se puede establecer cuándo su utilización es ilegítima.

En consecuencia, el uso de la violencia en la detención, para ser legítima, debe regirse por los principios de necesidad, oportunidad y proporcionalidad; si no, estamos ante detenciones ilegales y, en su caso, pueden configurar un delito por malos tratos, del Art. 173, o tortura, del Art. 174.

4.5.1 La detención preventiva por terrorismo. La incomunicación

La detención constituye de por sí una grave restricción de derechos fundamentales, en la que a la persona se le priva de la libertad y con ella de su autodeterminación. Como se ha dicho, se trata de una restricción de derechos fundamentales sólo justificable cuando es una medida adoptada para salvaguardar un interés general que es preponderante, esto es, para evitar “un daño grave, inmediato e irreparable”. De ahí que en la propia CE, Art. 17, se establezcan unas garantías, controles, para que el ejercicio de esa potestad de los poderes públicos sea legítima y el detenido no quede en una situación de indefensión, favorecedora de situaciones de malos tratos y tortura. La propia Constitución, como se ha visto, ha exceptuado de estas garantías a los detenidos por terrorismo, en el Art. 55.2 CE, y su desarrollo, el Art. 520 bis LECrim.

Según esas disposiciones, la regla del plazo de la detención preventiva, que es de 72 horas (en otros países es de 24 horas), para los detenidos por delitos de terrorismo, con autorización judicial, se puede

prorrogar por dos días más. El Art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal contempla que dicho plazo puede darse en estos casos bajo *régimen de incomunicación* (Art. 527 LECrim.). Este régimen de incomunicación consistente en una situación jurídica con mayores restricciones de los derechos de defensa; en la práctica supone que el detenido no tiene comunicación libre con su abogado defensor (sólo está asistido por un abogado de oficio), ni con sus familiares, a los que no se comunica ni el lugar ni el hecho de la detención, tampoco tiene acceso a un médico de su elección; por tanto, no puede organizar su defensa y se convierte en un sujeto especialmente vulnerable a los malos tratos, puesto que está totalmente privado del mundo exterior.

Como ya se ha puesto de relieve, el Comité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, recomendó la implementación en España de las tres reglas básicas que los poderes públicos deben ofrecer a las personas que se encuentran bajo su custodia: derecho al acceso de un abogado en todo momento que dure la situación de privación de la libertad, derecho a ser notificado de su detención a un familiar o persona de su elección y derecho a ser examinado por un médico de su elección (además del médico forense designado por ley). Amnistía Internacional ha solicitado también, en reiterados informes, la derogación del régimen de incomunicación, por ser el caldo de cultivo de los malos tratos.⁶⁵ En estos momentos, en contra de todas esas recomendaciones, el gobierno ha aprobado un *Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*,⁶⁶ según el cual el plazo de la incomunicación se prolongaría por cinco días más.

Conviene recordar los fundamentos del TC al respecto, expresados en la STC 199/1987, que declaró inconstitucionales los Arts. 13 y 15.1 de la Ley Antiterrorista de entonces, la cual estipulaba un plazo de incomunicación de 10 días: “siguen siendo puntos necesarios de referencia tanto el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

⁶⁵ Vid. www.a-i.es, Documento público: *España: Acabar con las medidas que propician la tortura*, Marzo de 2003, p. 6. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura ha pedido que se prohíba totalmente la detención incomunicada: “Cuando más a menudo se practica la tortura es durante la detención en régimen de incomunicación. Este tipo de detención debe declararse ilegal y las personas retenidas en régimen de incomunicación debe declararse ilegal” (Informe del Relator Especial, Doc. ONU E/CN.4/1995/34).

⁶⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 130-1, de 28 de febrero de 2003.

Políticos como el Art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España, que requieren la conducción del detenido ante la presencia judicial ‘en el plazo más breve posible’”. En otro extremo argumenta: “... esa amplitud de la detención preventiva que permite el Art. 13, en cuanto excede de los límites antes señalados, puede suponer... una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable...”.

Desde el ámbito académico también se ha cuestionado el plazo excesivo de la detención para presuntos terroristas y, en especial, el régimen de incomunicación; no sólo porque afecta desproporcionadamente los derechos fundamentales y favorece los malos tratos y la tortura,⁶⁷ sino también porque resulta *innecesario, inútil e ineficaz*. El plazo ordinario de 72 horas es más que suficiente para que el detenido declare o se acoja a su derecho de no declarar contra sí mismo y, por tanto, debe ser puesto inmediatamente a disposición judicial. Todo exceso de dicho plazo resulta una situación legal favorecedora de los malos tratos y, por tanto, un factor criminógeno para los abusos y excesos de las fuerzas del orden, sin que con ello se alcance una mejor investigación de los hechos.

De ahí que, desde diversas aproximaciones al tema del terrorismo, se propugne por un tratamiento penal del mismo dentro de los cánones de la normalidad y se considere que *debe derogarse la excepcionalidad legislativa para el tratamiento del terrorismo*,⁶⁸ no sólo por infringir diversos principios –igualdad, presunción de inocencia, derecho de defensa, dignidad de la persona–, sino también por resultar una normativa poco eficaz para afrontar un fenómeno criminal tan complejo como es el terrorismo.⁶⁹ Incluso, puede decirse que el tratamiento excepcional resulta contraproducente para la lucha política antiterrorista, que debe

⁶⁷ Portilla Contreras, 1996, p. 269 y ss.

⁶⁸ Así también, analizando la normativa excepcional sustantiva antiterrorista, Cancio Meliá, 2002, p. 23, cuestiona especialmente la construcción teórica *jakobsiana* de “Derecho penal del enemigo”, como una especie de tratamiento excepcional para quienes son hostiles al sistema consensuado.

⁶⁹ Conviene recalcar que las medidas que están teniendo más efecto sobre el terrorismo han estado vigentes hace mucho tiempo. El Art. 129 CP, por el que se regulan las consecuencias accesorias que permitieron la suspensión de actividades del grupo político *Batasuna*, por el auto de agosto de 2002, por el juzgado núm. 5 de la Audiencia Nacional, es una

tratar de convencer sobre la legitimidad de la actuación del Estado⁷⁰ a aquellos que no están atrapados en el mensaje de los grupos terroristas. El tratamiento excepcional fomenta el victimismo con el cual se nutre el terrorismo y, por lo tanto, atiza el fuego de la violencia incontrolada de las fuerzas no democráticas.

Como medidas paliativas, frente al régimen de incomunicación, se han propuesto una serie de instrumentos preventivos mientras se aplique: grabación de las declaraciones, visita médica periódica y contacto con los familiares, acciones que pueden servir de control o contrapeso a este régimen, como el Protocolo firmado por diferentes Departamentos del Gobierno Vasco; sin embargo, el objetivo de una política preventiva contra la tortura pasa necesariamente por la *desaparición del régimen de incomunicación*.

4.6 Otras causas de justificación

En el delito de tortura no se admiten causas de justificación (Art. 174 CP), tampoco en el delito de atentado contra la integridad moral efectuado por funcionarios públicos (Art. 175 CP). Se trata de delitos contra los derechos fundamentales, en su vertiente de libertades públicas, cuya indemnidad debe proteger el Estado. Además, ésta es una regla que ha firmado el Estado español, ya que se encuentra en el Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura, ratificado por España. Como se ha dicho antes, las teorías que han intentado explicar casos excepcionales en los que cabría practicar la tortura para salvaguardar bienes supremos,

norma vigente desde 1995 y ya antes se establecía la disolución de las asociaciones ilícitas. La otra medida, la ilegalización de los partidos políticos como medida definitiva contra los grupos satélites de ETA, es una norma general de carácter no represivo. De otro lado, las detenciones contra los disturbios callejeros (la *Kaleborroka*) no se han debido a un cambio de legislación, sino a la voluntad de aplicar las normas existentes por parte de policías y fiscales. Entonces, no es aumentando las penas que se puede luchar más eficazmente contra el terrorismo, sino con la voluntad de los operadores jurídicos, policías y jueces, para aplicar realmente las normas penales existentes. Como decía Beccaria, la eficacia está en la *prontitud y celeridad* de la acción penal.

⁷⁰ Cuando, precisamente, la fuerza argumentativa del Estado está en su carácter democrático, en el cual uno de sus pilares lo constituyen los derechos fundamentales; entonces, al restringir éstos, el Estado pierde ese carácter.

todas, han conducido al autoritarismo y al desconocimiento de los derechos fundamentales del hombre.⁷¹ Mientras, antes de la segunda guerra mundial, la obediencia debida fue considerada una eximente, hoy está prácticamente consensuado que por encima del deber de obediencia está el respeto de la legalidad, máxime cuando están en juego bienes jurídicos tan preciados como éstos que comprometen la dignidad humana. La propia Constitución española, en su Art. 15 dice “*en ningún caso* pueden ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, dejando claro que las conductas denigrantes no se admiten de ningún modo en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el consentimiento del delito de trato degradante, del Art. 173 CP, puede plantear mayores problemas. Las personas mayores de edad que realizan conductas objetivamente denigrantes, como relaciones sadomasoquistas, en las que se infligen padecimientos físicos y psíquicos, pero consentidos, al realizarse en ámbitos privados, están exculpadas por el consentimiento y por razones de adecuación social del tipo penal. No obstante, habría que advertir bien hasta qué punto son consensuadas, pues muchas de ellas se realizan en situaciones de desigualdad y dependencia (prostitución, abuso de personas que tienen cierto poder sobre otras a partir de una relación laboral, docente, etcétera), en las que la libertad de elección puede estar viciada.⁷² En todo

⁷¹ Es preocupante advertir cómo, con el consentimiento de la Comunidad Internacional, para aplacar la resistencia en Irak, después del bombardeo de ese país y su ocupación, en estos momentos se está practicando el desconocimiento de los derechos humanos por parte de los Estados Unidos. *El País*, 29 de julio de 2003, informa en primera plana: “Estados Unidos ha matado a 300 iraquíes en su lucha antiguerrillera”. La noticia recoge otros hechos: han detenido a miles y han realizado cientos de operaciones de registro en casas y pueblos. Además, informa: “El miércoles pasado, por ejemplo, las tropas del coronel David Hogg buscaban a un antiguo teniente general iraquí. En su casa no lo hallaron, pero sí a su esposa y a su hija. Las detuvieron. Y dejaron una nota que decía: ‘Si quieres que liberemos a tu familia, entrégate’. La táctica funcionó, relató el coronel. El viernes, el teniente general se entregó”. La práctica de la tortura, cobijada bajo la doctrina de la “guerra preventiva”, es un precedente internacional que amenaza las bases en que se asienta la convivencia democrática.

⁷² Particularmente importantes son los malos tratos infligidos en el ámbito doméstico, cuyas cifras de muerte están conmocionando al país. Debe resaltarse que, en muchos casos, esas prácticas son “consentidas” un tiempo por las víctimas y la espiral de violencia desemboca en la muerte de uno o los dos miembros de la pareja. Establecer que ese consentimiento es realmente libre resulta difícil, puesto que se produce, en la mayoría de los casos, en relaciones bajo dependencia económica y afectiva.

caso, hay que tener en cuenta la intangibilidad de la dignidad humana, como valor supremo del Estado, para atajar conductas que la vulneran abiertamente.⁷³

4.7 Concursos

El Art. 177 CP establece una regla concursal según la cual, se sanciona con las reglas del concurso ideal cuando, además del atentado a la integridad moral, se producen otros delitos, como: detenciones ilegales, lesiones y homicidios, entre otros. En principio, cuando se producen estos resultados constitutivos de delitos graves, deben acumularse las penas. No obstante, la absorción de algunas figuras delictivas, como las injurias leves o las lesiones leves, no deja de plantear problemas, porque las conductas de atentados contra la integridad moral consisten en infligir padecimientos físicos o psíquicos de carácter vejatorio; es decir, conductas que de por sí constituyen coacciones, amenazas o malos tratos de hecho. Nuevamente, el juez tendrá que valorar las circunstancias del caso para dilucidar si las conductas de violencia física o psíquica vejatorias deben integrarse en el atentado contra la integridad moral.

Al respecto el TS ha resuelto, en STS 3433/1999 (RJ 2001\3567), que “el núcleo típico incorpora sufrimientos psíquicos o mentales y otros modos de atentar contra la integridad moral. Las faltas de injurias leves y maltratos de obra quedan absorbidos por la conducta en que se materializa la tortura y como configuradora de la agresión a la integridad moral. No sucede lo mismo con las dos faltas de lesiones de las que fueron víctimas...”. Esto es, la jurisprudencia suele considerar que los padecimientos psíquicos y las violencias morales, constituyen parte de la figura de tortura, puesto que se trata de atentados contra la integridad moral, mientras que las lesiones, aunque sean leves, no forman parte de estos delitos.

⁷³ Por ejemplo, *El País*, 21 de julio de 2003, informa sobre una oferta, en Estados Unidos (Nevada), de una empresa que organiza cacerías con mujeres desnudas, a las que los cazadores disparan con pintura roja. El juego se llama “*Hunting for Bambi*” y los cazadores pagan por ello 10 mil dólares. Según el organizador, “las chicas participan gustosas”. Como es lógico, las organizaciones norteamericanas defensoras de los derechos civiles han protestado. Aunque exista consentimiento, es una práctica totalmente denigrante que afecta la dignidad humana.

4.8 Penalidad

En lo que respecta a la pena privativa de la libertad, la penalidad más grave, como corresponde al desvalor de la conducta, es para las torturas graves, del Art. 174 CP, de dos a seis años, y de uno a tres si no lo es. Hay que destacar que la pena privativa de la libertad no es muy grave, si la comparamos con otras figuras que protegen otros bienes jurídicos menos importantes y que se realizan con menos violencia, como la estafa cualificada, del Art. 250, cuya pena máxima es similar. Sin embargo, en la práctica esta baja penalidad se puede compensar con la aplicación del concurso real, del Art. 177 CP. Desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial, la pena privativa de la libertad puede lograr efectos disuasorios y, sobre todo, para la víctima, constituirá la mejor reparación para su ofensa. Además, desde un punto de vista preventivo general, la pena privativa de la libertad puede tener un buen efecto intimidatorio en los funcionarios públicos que se extralimitan abusivamente en sus funciones. Desde la posición de la víctima, de las personas o familiares que han sufrido tortura, la reparación del daño consiste fundamentalmente en ver en la cárcel al torturador.⁷⁴

En ese sentido, llama la atención el mínimo de la pena de inhabilitación absoluta, que es de ocho a doce años, en el caso del funcionario que cometa un delito de tortura, del Art. 174 CP, cuya imposición debe hacerla el juez. Esto es, en cada condena por tortura, cuando califique el delito de tortura, del Art. 174, necesariamente tendrá que sancionar, como mínimo, a ocho años de inhabilitación absoluta. Esto puede resultar excesivo en los casos de tortura no grave, ya que privar a un funcionario de manera definitiva de su empleo público (Art. 41 CP) puede resultar para el penado bastante gravoso, pues lo afecta a él y a su familia, privándole prácticamente de una relación laboral. No hay que desdeñar que la determinación legal de penas excesivas conduce en la práctica a que los jueces sean reticentes a aplicarlas, y busquen diferentes argumentos para rebajar la pena o declarar la absolucón. Por eso, una excesiva

⁷⁴ Con fecha 29 de noviembre de 2004, el gobierno chileno ha resuelto indemnizar a las víctimas de las torturas atroces perpetradas durante la dictadura de Pinochet. En ese sentido, los debates se han dado sobre todo en la relación a la forma de reparar pecuniariamente a las víctimas, cuando ellas lo que exigen es una justicia retributiva y preventiva, pidiendo juzgamiento y penas privativas de la libertad para los torturadores.

penalidad no es finalmente más ventajosa para proteger a las víctimas, sino todo lo contrario.

Por último, en cuanto a las sanciones, conviene resaltar que en estos casos existe, paralelamente, *responsabilidad disciplinaria*, por cuanto estos hechos también constituyen infracciones de las funciones de los cuerpos de seguridad (Art. 5.3.b LFCSE que prohíbe los malos tratos y la tortura). En principio, de acuerdo con el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, debería primar el ámbito no punitivo, por tanto el disciplinario, cuando se trata de casos leves. En la práctica, un malentendido “espíritu de cuerpo” impide investigar estos hechos, como enseguida se verá.

5. Tratamiento jurisprudencial: la investigación y castigo de los responsables

La Convención para la prevención de la Tortura prevé que los Estados deben cumplir con los requisitos de exhaustividad, prontitud e imparcialidad en las investigaciones sobre malos tratos y tortura denunciadas. La mejor reparación para una víctima de tortura es ver a su torturador sometido a un castigo ejemplar, para que otras potenciales víctimas no sufran lo que ellas han sufrido. Para ellas no vale una reparación económica, puesto que el daño es un daño moral a la integridad del ser de la persona misma. Además, los sujetos activos de delitos de tortura, por su condición de agentes públicos del orden, temen mucho una pena privativa de la libertad, por lo que el efecto intimidante de esta sanción puede tener resultados disuasivos. Pasaré a analizar los extremos; exhaustividad, en el punto a) y prontitud e imparcialidad, en el punto b).

a) Escasas investigaciones y sanciones penales

De la escasa jurisprudencia que llega a los Tribunales –siendo que ya llegan muy pocos casos a juzgarse– se puede concluir que en la mayoría de supuestos no suele declararse la culpabilidad y sancionarse los delitos de tortura.⁷⁵ Las razones aducidas son diversas:

⁷⁵ Cfr. Portilla Contreras, 1996, p. 273; asimismo, Amnistía Internacional, 2002, p. 98 y ss., que destacan particularmente la impunidad de los maltratos y torturas de que son

- *Falta del elemento intencional* (STS de 18 de mayo de 1993). La existencia de un elemento teleológico, un especial elemento subjetivo, puede dificultar la calificación por tortura. No obstante, cabe recalcar que el dolo que se exige no es del resultado producido, sino de atentar contra la integridad moral.

- *Falta de relación de causalidad*. En varios casos se ha comprobado que las lesiones, la violación o la muerte se han producido cuando el sujeto se encontraba bajo custodia policial, pero como no se ha podido comprobar que la agresión de un determinado agente es la causante del resultado, se ha producido la absolución.

Especialmente destacable es el caso resuelto por la STS 2051/2002 (RJ 2003\1117), Ponente D. José Aparicio Calvo-Rubio, en el que se comprobó la existencia de lesiones, producidas durante la detención, ocasionadas por los golpes propinados a los detenidos –por intento de fuga–, y la muerte de uno de ellos; sin embargo, la relación de causalidad entre unas y otras se consideró no probada, pese a que la autopsia practicada determinó que la causa de la muerte había sido una hemorragia epidural, producida por un impacto en la región temporal izquierda. La absolución se fundamentó en la inexistencia de dolo, pero no planteó la posibilidad de un concurso ideal con un homicidio imprudente, ya que existía una imputación objetiva entre las lesiones y la muerte, como en casos similares que ha resuelto el TS. En este caso, el TS condenó al responsable a una pena de quince días de arresto menor, por una falta por lesiones, y al pago conjunto de 60 mil pesetas (360 euros), por responsabilidad civil, a los herederos del occiso.

- *Falta de pruebas*. Como es lógico, si un médico forense no certifica inmediatamente el hecho, es difícil de probarlo, no sólo porque en muchos casos la tortura no deja huellas (la bolsa en la cabeza, la privación del sueño, etcétera), sino también porque muchas veces se consideran propias del acto mismo de la detención, cuando el detenido opone resistencia, o se consideran como autolesiones.⁷⁶

víctimas los extranjeros, ya que su especial vulnerabilidad, muchos de ellos son indocumentados, los hace temer recurrir a la ley.

⁷⁶ Particularmente destacables son los casos de presuntos etarras detenidos, en los que se mantiene una dialéctica de acusaciones entre éstos y la policía: mientras los primeros suelen aducir malos tratos, los segundos suelen contestar sosteniendo que se trata de autolesiones

Por eso el Comité para la Prevención de la Tortura ha establecido como un requisito preventivo prioritario el examen médico del detenido privado de la libertad, efectuado por un médico de su libre elección. El juez de instrucción debe, incluso, en caso de duda, solicitar otros informes médicos para contrastarlos.

El argumento “falta de pruebas”, en realidad es un cajón de sastre para denotar que la investigación judicial no ha conseguido esclarecer los hechos. En un Estado de Derecho de un país desarrollado del siglo XXI, no puede admitirse que unos casos consumados de tortura o malos tratos no puedan condenarse porque no hay pruebas suficientes para determinar la responsabilidad de sus autores. Corresponde al juez y al fiscal extremar la investigación para esclarecer casos tan graves, como corresponde a estos atentados contra la dignidad de las personas, ejercidos por las fuerzas del orden.⁷⁷

utilizadas como estrategia para autovictimizarse. En todo caso, las garantías de los controles médicos pueden servir de protección para ambos tipos de acusaciones y esclarecer fehacientemente los hechos.

⁷⁷ Además del caso reseñado líneas arriba, donde se absolvió al imputado “por no haberse comprobado la relación de causalidad” entre la muerte del detenido y los malos tratos (que sí están probados), Amnistía Internacional, 2002, relata varios casos lacerantes de impunidad. El caso de Rita Rogerio es especialmente llamativo. El 29 de agosto de 1995, Rita Rogerio, ciudadana brasileña, fue detenida en la zona de Barakaldo (Bilbao) por agentes de la Brigada Provincial de Extranjería, de la policía nacional, cuando estaban realizando redadas en los clubes nocturnos, en busca de ciudadanas extranjeras ilegales que ejercían la prostitución. Los informes médicos y psiquiátricos demostraron que Rita Rogerio fue golpeada y violada en el transcurso de la detención. El 4 de junio de 1998, la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, consideró probados estos hechos, pero absolvió a los tres agentes –uno de ellos, el presunto violador– porque ninguno había aportado pruebas contra sus compañeros, esto es, por falta de pruebas. En sentencia de 21 de abril de 1999 el TS expresó su consternación por el fallo, señalando que los otros dos agentes de guardia han tenido necesariamente que conocer y saber con claridad meridiana que el tercero, el que había entrado en la celda, era la misma persona que había cometido la violación. Era incomprensible que en un Estado democrático de Derecho un “gravísimo delito de violación acreditado y constatado” quedara sin castigo a causa de “trasnochadas ideas corporativas o falso compañerismo”. El TS declaró que los testigos habían incurrido en complicidad y falsedad, y pidió a la Audiencia Provincial de Vizcaya que solicitara la apertura de una investigación policial de alto nivel para decidir las medidas disciplinarias que deberían adoptarse contra los agentes. El 27 de mayo de 1999 dos de los agentes fueron suspendidos del servicio. El 12 de enero de 2000 se abrió un nuevo juicio contra dos policías nacionales (no contra el presunto violador) por torturar a Rita Rogerio. El 22 de marzo de 2000, ante la negativa de los dos agentes y el apoyo del fiscal, fueron absueltos por falta de pruebas. Por su parte, la Unidad de Asuntos Internos de la Dirección General de Policía,

De no extremarse el celo en la investigación, el Estado, por medio de sus operadores jurídicos, estaría infringiendo el Convenio contra la Tortura que obliga a la exhaustividad en la investigación y sanción de los responsables.

De ahí que se considere muy importante la *motivación de la sentencia*. La única manera de controlar la decisión judicial es la exigencia del mandato constitucional de motivación de las sentencias, tanto si son de absolución como de condena. En ambos casos, el juez debe realizar una argumentación jurídica de los hechos y de la aplicación del Derecho que justifique su decisión. Sobre todo, debe explicar “por qué se sirve o renuncia al uso de determinado medio de prueba, por qué confiere o niega valor a sus resultados, o privilegia algunos de éstos sobre otros; y qué criterios de ponderación habrá empleado en cada caso”.⁷⁸ En un ámbito tan importante como es la protección de un derecho fundamental básico para el Estado de Derecho, el juez debe establecer un especial celo en investigar exhaustivamente el caso, agotando todos los medios de prueba posibles.⁷⁹

En este sentido, es muy importante el precedente sentado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en la Demanda núm. 32574/1996, STEDH de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003\47911), contra la República de Turquía: “El Estado es responsable de toda persona detenida, ya que ésta está en manos de los funcionarios de policía, está en situación de vulnerabilidad y las autoridades tienen el *deber de protegerla*” ... “Cuando una persona es lesionada en el transcurso de una detención preventiva, cuando se encontraba totalmente bajo control de la policía, cualquier lesión acaecida durante dicho periodo da lugar a serias presunciones de hecho [...] corresponde por tanto al Gobierno facilitar una explicación plausible

siguiendo la recomendación vertida por el TS, “tras un minucioso expediente, concluyó que no había existido agresión sexual ni infracción administrativa alguna” (pp. 46 y 47). Así se cerró un oscuro y triste caso de impunidad en nuestra democracia.

⁷⁸ Andrés Ibáñez, 1995, p. 589.

⁷⁹ Como recuerda Andrés Ibáñez, 1995, p. 588: “El valor que deba darse a cada uno de tales medios no está tasado jurídicamente, sino que se rige por el principio de la libre convicción (Art. 741 LECrim.), que, a pesar que menudean opiniones en sentido opuesto, hoy sólo puede ser entendida como *convicción racional*”.

sobre los orígenes de dichas lesiones y presentar pruebas que establezcan hechos que hagan dudar de las alegaciones de la víctima”. En este caso resuelto, el TEDH sienta doctrina sobre lo que denominamos “posición de garante” del Estado respecto del detenido durante una detención; esto es, un deber jurídico de salvaguardar la vida, la salud, la integridad del mismo, porque el sujeto se encuentra totalmente sometido a su control y pierde capacidad de autodeterminación. En estos casos, la presunción de inocencia cede a la obligación del Estado de probar ante una muerte o lesiones probadas médicamente, producidas durante el transcurso de una detención, que no fueron los agentes de policía los causantes de las mismas. Esta misma doctrina ya ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en los supuestos de desaparición forzada de personas.⁸⁰

b) La impunidad

En general los órganos de la ONU han mostrado su preocupación por la impunidad en los casos de malos tratos y tortura. Muchas veces los procesados por estos hechos son absueltos, reciben indulto o son excarcelados pronto, lo cual es incompatible con la protección de las víctimas a la que están obligados los Estados. Para luchar contra la impunidad es preciso que la justicia sea *pronta y justa*. Esto es, que los juicios no se dilaten en el tiempo (buscando casi la prescripción), pues está comprobando que el efecto disuasivo de la sanción decae con el tiempo, puesto que cada vez hay mayores posibilidades de esquivar la justicia.

Para que sea justo, el juzgamiento debe ser *absolutamente imparcial*. En otros países, como Turquía, existe el problema del juzgamiento por Tribunales militares. En nuestro medio rige el principio del juez natural, pero la judicialización de la justicia que se observa en los últimos tiempos, hace que los jueces se vean sometidos a presiones, sobre todo cuando los hechos saltan a la prensa. Una buena manera de superar los problemas que conllevan los juzgamientos por tribunales nacionales es acudir a la

⁸⁰ En la STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 5665) (*Caso “El Nani”*), donde el Tribunal fundamentó una posición de garante de las autoridades que tuvieron bajo régimen de detención a Santiago Corella y no dieron explicaciones razonables sobre su puesta en libertad, por lo cual se presume racionalmente la desaparición del mismo, imputable a las autoridades.

jurisdicción internacional, en nuestro caso al TEDH, que ha desarrollado una importante jurisprudencia al respecto.

6. La jurisdicción internacional y el principio de justicia universal

a) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Frente a los malos tratos y la tortura, el TEDH ha creado una doctrina rica en argumentos para la protección de las personas, pues rige el principio *favor libertatis*; esto es, que la interpretación y aplicación del Derecho debe realizarse en el sentido que más favorezca a las libertades de las personas. Además, el TEDH constituye una instancia europea que puede sortear la impunidad y las presiones internas que se realizan dentro del país. Cabe desatacar la siguiente doctrina:

- En la Demanda núm. 32574/1996, STEDH de 22 de octubre de 2002 (JUR 2003\47911), contra la República de Turquía: “El Estado es responsable de toda persona detenida, ya que ésta está en manos de los funcionarios de policía, está en situación de vulnerabilidad y las autoridades tienen el *deber de protegerla*”, ya reseñada;
- En el mismo caso, el TEDH alegó: “La aplicación estricta, desde el inicio de la privación de la libertad, de las garantías fundamentales, tales como el derecho a solicitar un examen por un médico de su elección además del examen de un médico requerido por la policía. Así como el acceso a un abogado y a un miembro de la familia, reforzados por la pronta intervención judicial, puede efectivamente conducir a la detección y prevención de los malos tratos”. Con ello, el Tribunal de Estrasburgo se hizo eco de las demandas de los organismos internacionales y las organizaciones de derechos humanos, que han recomendado desde hace tiempo la eliminación de regímenes de incomunicación en los Estados democráticos.
- En la Demanda núm. 38361/1997, STEDH de 13 de junio de 2002 (JUR 2002\158627), contra Bulgaria, estableció el “deber de las autoridades de proteger la vida de las personas en custodia”;

declaró totalmente inverosímil la explicación del gobierno al afirmar que una persona en custodia se dañó a sí mismo al caer al suelo. Además, condenó la investigación, no suficientemente objetiva ni minuciosa de los hechos, como una violación al derecho de protección de las víctimas. Es decir, dado el deber de protección de la vida y la salud de los detenidos, el Estado debe responder por las muertes y lesiones concomitantes a la detención con, por lo menos, una *investigación exhaustiva y minuciosa*, ya que existen fuertes indicios de que dicha muerte o lesiones fueron producto de la violencia física desplegada en la detención preventiva.

b) La Corte Penal Internacional

El Art. 7 del Estatuto de Roma considera estos delitos como de lesa humanidad “cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. En estos casos estamos ante unos supuestos de tortura que son imprescriptibles (Art. 29). Sin duda, la configuración de una Corte Internacional que realmente juzgue estos delitos, de manera independiente y justa, es un reclamo de las fuerzas democráticas que consideran la legalidad internacional, protectora de los derechos fundamentales de las personas, como uno de los pilares de las sociedades democráticas. No obstante, las fuerzas que se oponen a la vigencia real de la Corte Penal Internacional son muy poderosas. Estados Unidos está presionando fuertemente para conseguir la inmunidad de sus compatriotas, restándole vigencia material a la jurisdicción de esta Corte. Se sabe que está utilizando su poder económico y militar para conseguir una cláusula de inmunidad para sus ciudadanos.⁸¹ El Consejo de Seguridad de la ONU, con la oposición de la Unión Europea, aceptó dicha inmunidad por un año y hace tres semanas se amplió a un segundo año más. Está claro que el gobierno de Estados Unidos no está dispuesto a establecer reglas internacionales comunes para la protección de los derechos humanos, quizá porque sus actuaciones a partir de los atentados del 11 de septiembre rozan, cuando menos, la ilegitimidad.

⁸¹ “EE UU suspende la ayuda militar a 50 países que no garantizan por escrito la inmunidad de sus militares y ciudadanos ante la Corte Penal Internacional”, *El País*, 2 de julio de 2003.

c) El principio de justicia universal

Está comprobado que el juicio por delitos contra los derechos humanos muchas veces no puede realizarse en el propio país donde se perpetraron, ya sea porque los gobiernos dictatoriales permanecen mucho tiempo en el poder y prescriben los delitos, ya sea porque una vez que se ha dado el advenimiento de gobiernos democráticos, éstos difícilmente pueden dar el paso de condenar las injusticias anteriores sin que eso no vuelva a suponer una fractura social.

El principio de justicia universal constituye una buena herramienta para superar esos escollos, dado que permite ampliar las reglas de persecución penal de territorialidad y juzgamiento de nacionales, en casos de delitos considerados de lesa humanidad como lo es la tortura. Así, por ejemplo, lo ha demostrado la reciente encarcelación del ex militar argentino Ricardo Cavallo, por genocidio, tortura y terrorismo, cometidos hace más de 20 años.⁸²

7. A modo de conclusión: la protección frente a los malos tratos y la tortura, una tarea aún pendiente

Después de haber revisado este panorama histórico, legislativo y jurisprudencial sobre las prácticas de malos tratos y tortura, es posible argumentar que la protección de las víctimas por hechos perpetrados por agentes del orden, es una tarea continuamente pendiente en todo Estado democrático de Derecho. Ante cuestiones formales como las declaraciones constitucionales de derechos, la ratificación de convenios internacionales o las regulaciones penales, no es posible bajar la guardia, pues detrás de las normas pueden existir códigos de conducta que más bien las alientan, tal como el corporativismo de los cuerpos de seguridad, la pasividad de los jueces y fiscales para indagar sobre los hechos, los cacheos y las redadas abusivas contra inmigrantes irregulares, entre otras conductas. Incluso las propias normas jurídicas pueden ser favorecedoras de prácticas de malos tratos y tortura; como el caso de regulaciones que dejan en una situación de especial vulnerabilidad a

⁸² *El País*, 30 de junio de 2003.

quienes sufren la detención, ya sea en régimen de incomunicación –como los terroristas–, o en una situación de irregularidad –como los extranjeros–. En estos dos ámbitos, en la práctica, se producen los mayores casos de malos tratos y tortura en España, así como en el transcurso de detenciones ilegales.

Para prevenir los malos tratos y la tortura, la privación de la libertad debe estar rodeada de las garantías del derecho de defensa. Especialmente, del derecho del detenido a la comunicación con su defensor, durante todo el tiempo que dure la privación de la libertad; del derecho a que se le comunique a sus familiares, o a cualquier persona de su elección, del motivo y lugar de su detención; y del derecho a ser examinado por un médico de su elección. Esas medidas deben regir irrestrictamente en un Estado democrático de Derecho.

En este sentido, el papel de la sociedad civil es fundamental, ya que ella es responsable de las prácticas de tortura y malos tratos que suceden en su seno, al admitir doctrinas como las de la “guerra preventiva”, los “régimenes de excepción”, las “situaciones excepcionales”; en fin, al aceptar la lógica amigo/enemigo, ya que está creando el caldo de cultivo para que nuestros representantes actúen desconociendo los elementales derechos de los extranjeros, y de presuntos terroristas o delincuentes.

Bibliografía

Amnistía Internacional.

2002 *España. Crisis de identidad: Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado*, Madrid.

Andrés Ibáñez, Perfecto.

1995 “La sentencia penal”, en AA. VV., *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares/Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria.

Barquín Sanz, Jesús.

1992 *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, Edersa. Beccaria.

1982 *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, cuarta reimpresión.

Berdugo Gómez de la Torre/Zúñiga Rodríguez (coords.).

2001 *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, Colex.

Bustos Ramírez, Juan.

1991 *Manual de Parte Especial*, Barcelona, Ariel, segunda edición.

Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

2004 *Hatun Willakuy*, Navarrete S.A, Lima.

Cancio Meliá, Manuel.

2002 “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 22.

De la Cuesta Arzamendi.

1990 *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del Art. 204 bis del CP*, Barcelona, Bosch.

Díaz, Elías.

1985 *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, cuarta reimpresión.

Díaz Pita, María del Mar.

1997 “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios Penales y Criminológicos*.

García Pablos, Antonio.

1989 “La aportación de la criminología al estudio del problema criminal”, en *Doctrina Penal*, núm. 48.

- Guiddens, Anthony.
1998 *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial.
- Muñoz Conde, Francisco.
2002 *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, catorceava edición.
- Muñoz Conde, Francisco.
2002 *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Muñoz Sánchez, Juan.
1999 *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Tamarit Sumalla, Jose María.
1996 “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Quintero Olivares (dir.). *Comentarios al Código Penal*, Pamplona, Aranzadi.
- Pérez Royo, Javier.
2000 *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, séptima edición.
- Peters, Edward.
1987 *La tortura*, Madrid, Alianza Editorial.
- Portilla Contreras, Guillermo.
1996 “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en AA. VV., *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Madrid, Marcial Pons.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel.
1982 “Crisis y pervivencia de la tortura”, en AA. VV., *Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca.
- Tomás y Valiente, Francisco.
1973 *La tortura en España*, Barcelona, Ariel.
- Tomás y Valiente, Francisco.
1992 *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, segunda edición.
- Tomás y Valiente, Francisco.
1982 “Introducción”, en Beccaria. *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, cuarta reimpresión.
- Zúñiga Rodríguez, Laura.
2001 *Política Criminal*, Cóllex.
1993 *El delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Barcelona, PPU.