

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

Laura Zúñiga Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

1. Preámbulo: La protección frente a las torturas como uno de los ejes fundamentales del Estado de Derecho.

Uno de los aspectos más apasionantes de la historia del hombre es el de la lucha por conseguir espacios de libertades, respeto a su integridad humana, frente a los poderosos, cuya fuerza económica o política les 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, porque 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 está en su capacidad para proteger a los ciudadanos (Estado protector) frente a las 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 cual es 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 persona¹, de toda persona, de cualquier persona.

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 le 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 estos compromisos nacionales e internacionales los poderes públicos están obligados a erradicar las conductas que supongan malos tratos y torturas de sus ciudadanos y de todas las personas que estén en su territorio, realizadas por parte de particulares o por funcionarios públicos. La prevención de estas prácticas supondrá: 1º un ámbito legislativo apropiado que no propicie situaciones de vulnerabilidad de las personas; 2º cuando se produzca torturas 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 por parte de funcionarios públicos adquieren mayor gravedad social que la de los particulares, porque éstos son precisamente los encargados de hacer respetar las leyes y las actuaciones

¹ Según ELÍAS DÍAZ, 1985, págs. 31 y ss. la expresión Estado de Derecho, que se diferencia radicalmente de los Estados autoritarios o fascistas, quiere decir que al menos, se inspiran en cuatro notas 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 asegure un funcionamiento conforme a Derecho; y, por último, que se reconozcan y garanticen los derechos fundamentales de la persona humana. El autor prosigue (pág. 39): "exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho".

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 TC. Este alto tribunal ha interpretado los términos empleados por el constituyente “torturas y tratos inhumanos o degradantes” como si fueran conceptos relacionados por un mismo núcleo esencial, sólo que tendrían una diferencia de 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 ROYO², la tortura y los tratos inhumanos o degradantes no son, pues, desde una perspectiva constitucional, compartimentos estancos, entre los que exista una línea divisoria clara. Ambos coinciden en tres elementos: 1º) se inflige padecimientos físicos o psíquicos; 2º) se realiza de manera vejatoria; y, 3º) se persigue el objetivo de anular la voluntad de la víctima y hacerle hacer lo que de otra manera no haría. Al tratarse de conductas que tienen por objetivo anular la voluntad de la víctima y hacerle 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 poder ser degradado a la condición de mero instrumento de una voluntad ajena**. En definitiva, las torturas 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 debe brindar el Estado ante conductas de este tipo y la necesidad de su persecución penal cuando se denuncian estos casos.

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

La Edad Media y las monarquías absolutas institucionalizaron en Europa la tortura como instrumento de investigación para obtener la confesión de los sospechosos de haber cometido delitos. La tortura judicial era una pieza dentro del engranaje del terror punitivo, la coacción y la intimidación de los ciudadanos, una herramienta para el mantenimiento del orden establecido. No importaba la verdad real, lo fundamental era facilitar la condena de los presuntos reos, con la idea de que cuanto más temor infunda la pena, más ejemplar y, por tanto, más eficaz era. Por eso, como advierte Tomás y Valiente, destacado estudioso de la tortura en España, la tortura es eficaz, no tanto como instrumento para acceder a la verdad, porque puede dar lugar a autoacusaciones o delaciones falsas, sino sobre todo como mecanismo intimidativo³. A fin de cuentas, lo importante era infundir una amenaza general a 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 había por lo menos indicios suficientes para justificar la aplicación de la tortura contra él. En estos 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; pero si no realizaba la ratificación, podía volver a ser torturado (dos o tres veces sucesivas, según las legislaciones de cada país) hasta que

² PÉREZ ROYO, 2000, Pág. 342.

³ TOMÁS Y VALIENTE, 1973, pág. 254. También en términos similares se expresa en del mismo, 1992, pág. 175.

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 majestad⁴.

De ahí que los ilustrados tuvieran como uno de sus principales lemas, la abolición de las penas crueles, inhumanas o degradantes, por chocar frontalmente con la idea de que los derechos del hombre están por encima de cualquier poder constituido⁵. De la tortura decía Beccaria⁶: “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 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 de que debemos a los iluministas el esfuerzo más notable por abolir de la faz de la tierra los malos tratos y las torturas 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 de la proscripción de la tortura. La consideración de la tortura como una práctica inhumana e irracional, hacía que los pensadores de la época calificaran los países donde todavía se practicaba como bárbaros e incivilizados. 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, los conflictos internos sucedidos en la época de la guerra fría, al desconocer los derechos del hombre, dejó a los ciudadanos inermes frente al poder del Estado. La tortura en el siglo pasado reapareció con más fuerza que nunca, bajo las 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”, etc.), cuyo fin justificaba cualquier restricción de 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 exterminación⁸.

⁴ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, 1982, págs. 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, pág. 95.

⁷ Cfr. PETERS, 1987, pág. 140.

⁸ El tratamiento excepcional para aquellos considerados *anormales*, *asociales*, *peligrosos*, etc. es una constante de los regímenes autoritarios. La historia de las leyes que se dictaron en el nacionalsocialismo alemán para el tratamiento de los *asociales* es una muestra de los procesos sociales que legitiman la aplicación de una regulación especial para un grupo de personas a las que se les desconoce los derechos fundamentales y cuyo colofón es la exterminación. Esto está muy bien documentado en MUÑOZ CONDE, 2002, *passim.*, donde se destaca el Proyecto de extraños a la comunidad (págs. 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”, la “culpa de la conducción de vida de los *asociales*”, etc. Quiero resaltar no sólo el valor científico de esta investigación del 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.

Después de la segunda guerra mundial, se produce un resurgimiento de los derechos humanos con la Carta de Naciones Unidas de 1948, donde se percibe un consenso internacional por anteponer los derechos del hombre frente a los intereses públicos. Pero en la práctica, la lucha ideológica entre comunistas y capitalistas⁹ propia de los años 60 y 70, produce en varias partes del mundo un desconocimiento de los derechos humanos que conllevan no pocos casos de torturas. Especialmente destacables son los casos del cono sur latinoamericano, Argentina, Chile, Uruguay, Brasil, apoyados por la doctrina Kissinger, se impusieron regímenes autoritarios que conocieron miles de casos de torturas y desapariciones. En Europa, no faltaron voces que justificaron la tortura para casos excepcionales en las guerras de descolonización. 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 argelinos¹⁰. 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 propio empleo sobre la base de que las circunstancias excepcionales, que entonces prevalecían, justificaban su uso y de que él como militar responsable se vió en la necesidad de practicarla. La polémica que suscitó esta defensa de la tortura¹¹, 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 extrema¹².

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. Pero 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, incluso estados democráticos.

En estos 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 impotencia¹³, 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, sino 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**

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 tanto de Hitler, como de Stalin o Mao.

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

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 reconoce haber practicado torturas 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, “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, pág. 243.

¹³ PETERS, 1987, pág. 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 dolor y a aumentar éste de todos los modos posibles (op. ult. cit., pág. 235).

terror, obtener información es secundario¹⁴. Es decir, primero se amedrenta al sujeto, se le quiebra la voluntad, luego la información que da viene por añadidura.

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 un tratamiento excepcional hacia determinados grupos de personas, fundamentadas en amenazas, peligros, riesgos para nuestra cultura, sociedades, o países, que pueden ser el caldo de cultivo de una serie de restricciones de derechos en general, y de los malos tratos y las torturas en particular. La vieja doctrina de la seguridad nacional se transmuta constantemente en conceptos como seguridad ciudadana, seguridad de Occidente, seguridad de una determinada etnia, etc. 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, como pasará a desarrollar.

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 es 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 estaban asociadas a la detención y a las demás formas de privación de 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 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 sobre 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 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). Puede sintetizarse estos tres derechos, como los tres instrumentos jurídicos para prevenir la tortura, por excelencia.

Precisamente estos derechos son los que se restringen en las legislaciones excepcionales para el tratamiento del terrorismo¹⁵ y que, significativamente, hoy toman carta de naturaleza, como

¹⁴ PETERS, 1987, págs. 222-223.

¹⁵ Concretamente, en el caso español conviene recordar que la excepcionalidad para el terrorismo data del proceso constituyente. Al decir de PÉREZ ROYO, 2000, pág. 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 que se inscriben en la legislación de emergencia, que suspenden dos garantías de la detención que son fundamentales para el control jurídico

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 de vulnerabilidad de las personas. Nuevamente la presión política ejercida por el terrorismo surte sus efectos de 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 torturas, 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, las torturas son un problema social, de toda la sociedad civil, no sólo de los cuerpos agentes 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 sancionen a los responsables, de reprobador socialmente las conductas de malos tratos o a las 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 coinciden en señalar que **el contexto social** es importante para 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 delincuente¹⁶. Asociada a esta 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 labbling 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 individuo¹⁷.

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 de poder que perpetúa la violencia de los malos tratos¹⁸. 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

de esta medida policial: el plazo de 72 horas como período 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 a 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 implicancias de este dispositivo se analizarán en el epígrafe 5.

¹⁶ Cfr. GUIDDENS, 1998, pág. 240.

¹⁷ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001, págs. 165-166.

¹⁸ Como dice PETERS, 1987, págs. 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, 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.

deslegitimación de las conductas de los agentes del orden, para pregonar la profecía que se autocumple: el autoritarismo de estos 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 aún es 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 legítimas¹⁹.

De otro lado, las **teorías de la victimología** resaltan que algunos sujetos poseen mayor riesgo de ser víctimas de determinados delitos. Existen determinadas circunstancias de las personas, situaciones de precariedad, marginalidad, 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 del suceso criminal, lo cual, evidentemente, tendrá que dar luces para una estrategia políticocriminal de prevención, ayudando a las potenciales víctimas indicándoles comportamientos, actitudes, conductas y medidas tendentes a evitar la realización del delito²⁰. En el caso de las víctimas de torturas, su situación de vulnerabilidad por razón de situación social (pobreza), sexo, minoría de edad, pertenencia a una etnia minoritaria, status jurídico (inmigrantes irregulares), pueden ser factores que faciliten su comisión. Si a eso se unen coadyuvantes como la situación de fortaleza posicional de los agentes del orden, como impunidad o leyes que les facultan cierto grado de arbitrariedad, se ha producido las condiciones idóneas para la práctica de la tortura²¹.

De acuerdo a 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 torturas es en las diversas formas de privación de libertad realizadas por las fuerzas públicas del orden. En el ámbito español, son dos situaciones las que propician el ser víctimas de torturas o malos tratos: la detención preventiva, en especial por terrorismo cuando están sometidos a incomunicación, y el tratamiento de las fuerzas del orden con extranjeros por la supuesta comisión de delito o redadas o cacheos a inmigrantes irregulares.

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 los "nosotros" y "los otros". Las sociedades que han conocido prácticas sistemáticas de torturas han sido sociedades divididas, en las que el grupo dominante ha sido incapaz de tener

¹⁹ Pongo dos ejemplos. En Perú, la lucha contra Sendero Luminoso que produjo 69.000 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 de detención 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 las cúpulas 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, de suspensión de actividades a asociaciones ilícitas, de los arts. 129 y 515 CP.

²⁰ Cfr. GARCÍA PABLOS, 1989, págs. 633 y ss.

²¹ El Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación que investigó las violaciones de derechos humanos sucedidas durante la década de lucha contra Sendero Luminoso en el Perú, pone en evidencia que de cada cuatro víctimas, tres fueron campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua. La violencia no impactó igual en todos los peruanos, sino que golpeó desigualmente diferentes estratos geográficos y diferentes estratos de la población. El 40% 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", Cfr. COMISIÓN DE ENTREGA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Hatun Willakuy*, Navarrete S.A., Lima, 2004, pág. 10.

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 las torturas **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 torturas y malos tratos existe una intolerancia al que es de distinta raza, color, sexo, ideología, etc., por esto, la tortura no sólo va 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 restricciones de derechos ciudadanos que, finalmente, pueden dar lugar a rebotes 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 los derechos ciudadanos y, por tanto, es previsible un rebote de la tortura. Algunas muestras de las leyes dictadas a propósito de estos execrables atentados ilustran este comentario. La primera reacción de Estados Unidos, aparte de la invasión de Afganistán, fue la promulgación de la **USA Patriot Act** que institucionaliza la creación de tribunales secretos nombrado por el secretario de justicia, la detención preventiva sin pruebas y sin límite legal (por un período “razonable”), la ausencia de abogados, la incomunicación y la interceptación de todas las comunicaciones de los detenidos; todo ello, como no, crea el caldo de cultivo para la privación de libertad sin límites, la indefensión y la tortura. No podemos olvidar que en estos momentos se encuentran más de 600 detenidos en la Base Militar de Guantánamo, sometidos a condiciones inhumanas y castigos corporales, bajo la custodia del país más poderoso del mundo que supuestamente defiende la democracia y las libertades. Si esto sucede en el país que lidera la política internacional, económica y criminal de nuestra era, qué puede esperarse de países que no son siquiera democráticos.

Seguidamente se aprueba la Ley antiterrorista británica (*Antiterrorism Crime and Security Act 2001*), según el cual el Estado británico suspende sus obligaciones de garantía de los derechos derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos, regulando un estado excepcional para el tratamiento del terrorismo. La UE responde inmediatamente con la Propuesta de Reglamento del Consejo (Documento 501PC0569) y considera como objetivo políticocriminal fundamental atajar las fuentes de financiación del terrorismo, para lo cual establece como medida la “congelación de capitales” pertenecientes a las personas físicas o jurídicas, entidades u organismos enumerados en una lista confeccionada de organizaciones terroristas. Las garantías para la confección de dichas listas, establecer quiénes colaboran con el terrorismo y cómo se imponen dichas sanciones no son regladas, por lo que deja un ámbito importante de arbitrariedad.

Por su parte, el Consejo Europeo de 21 de septiembre de 2001, declara que “la lucha contra el terrorismo será más que nunca un objetivo prioritario de la Unión Europea”. Como concreción

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

²³ PETERS, 1987, pág. 255.

de esta 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 a 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 derechos fundamentales a razones de oportunidad política. Otro riesgo para los derechos fundamentales 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 libertad, las cuales sin duda pueden favorecer malos tratos y torturas. 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 malos tratos y torturas.

Por consiguiente, la medida preventiva de mayor calado para hacer frente a las torturas y tratos inhumanos o degradantes es precisamente, no aceptar la ideología de la “guerra preventiva”, ni el choque de culturas que nos viene desde los Estados Unidos²⁵, 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 del 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 torturas ni malos tratos, sino que se trata de hechos aislados, aunque lamentables. Particularmente, el Informe publicado el 13 de marzo de 2003 del Comité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, relativo a visitas efectuadas en julio de 2001, denuncia que los mecanismos legales de la detención en España

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

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 documenta decenas de casos de torturas y malos tratos de 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 una violación sistemática de los derechos de los detenidos de la “guerra contra el terrorismo”. Cfr. *El País*, 28 de octubre de 2004.

no ofrecen garantías para la prevención de los malos tratos y las torturas²⁶. Concretamente el Comité echa en falta la no 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 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 LECrim).

Otro aspecto oscuro en la situación española de la protección frente a los malos tratos y torturas es el del tratamiento de 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 han sufrido estas prácticas en los últimos años, en puestos fronterizos, centros de acogida, comisarías o en la propia calle.

Del análisis de la jurisprudencia²⁷, se observan varios supuestos de malos tratos o torturas que corresponden a excesos ilegítimos en la propia detención: lesiones, violaciones o muertes de los detenidos.

Es de saludar que los malos tratos en las cárceles hayan disminuido notablemente, por lo que el cumplimiento de la pena privativa de 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 libertad, como el aislamiento en celda²⁸ y la restricción de las comunicaciones²⁹, supuestos en los que la Administración debe actuar en 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, cuyas restricciones de derechos es la máxima del ordenamiento penitenciario, especialmente la de los internos de los departamentos especiales art. 91.3 RP). Deberá aplicarse esta clasificación de manera excepcional, esto es, de acuerdo a los principios de oportunidad, adecuación y proporcionalidad estricta³⁰.

Mientras se termina de redactar este texto, llega la noticia de una condena a España 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 da por no probados los malos tratos alegados por los demandantes. Esto es, según la Convención contra la Tortura³¹, se produce una violación al derecho a no ser sometido a estas prácticas ilícitas, no sólo cuando se

²⁶ Cfr. <http://www.cpt.coe.int>

²⁷ Que se desarrollará más adelante en el epígrafe siguiente.

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, “El régimen disciplinario”, en BERDUGO / ZÚÑIGA, 2001, pág. 300 y ss.

²⁹ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Relaciones del recluso con el mundo exterior”, en BERDUGO / ZÚÑIGA, 2001, págs. 270-271.

³⁰ El TC en STC núm. 119/1996 se 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, págs. 325-329.

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”.

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.

5. El tipo penal de tortura del art. 174 CP a la luz de la jurisprudencia española.

5.1. El bien jurídico y la conducta típica.

Establecer el bien jurídico tutelado en el delito de tortura no es un tema pacífico. 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 torutra 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, las garantías constitucionales³³. En suma, estaríamos ante un delito pluriofensivo, si no fuera 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 públicos³⁴. De ahí que las distintas interpretaciones sobre el bien jurídico en este delito hayan girado entorno a la protección penal de un ámbito de seguridad personal, a las “garantías” constitucionales y procesales de la persona³⁵; en suma, a la protección de la dignidad de la persona y las garantías de la Administración de Justicia³⁶. La dañosidad social de este delito ponía el acento en la conducta del funcionario público, que facultado para restringir derechos fundamentales de la persona, se extralimitaba en sus funciones abusivamente.

El CP de 1995, otorga una sistemática propia para los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes, e introduce 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 y con el objeto zanjar toda discusión sobre el carácter pluriofensivo de la figura y solucionar los problemas de concursos, como enseguida se verá. 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 de 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).

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

³³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1990, págs. 25 y ss.

³⁴ En este sentido especialmente, MAQUEDA ABREU, 1986, pág. 449.

³⁵ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1990, págs. 116-117, para quien el bien jurídico sería “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 con 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 de 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 a 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. Quizás venga a bien evocar las palabras de RIVACOBAY RIVACOBAY 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 torturas o tratos inhumanos o degradantes, se está 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 las torturas siempre suponen 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.

Una cuestión importantísima a resaltar: la autonomía del bien jurídico integridad moral deja clarificada la problemática de la *autonomía de los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*. Esto es, no se requiere un resultado constitutivo de otro delito, como lesiones, homicidios, detenciones ilegales, etc. para que se perfeccione el delito³⁹; ni tampoco puede argumentarse que el menoscabo a la integridad moral queda absorbido por la configuración de estos delitos⁴⁰, ya que la lesividad de la conducta prohibida queda configurada por atentar un bien jurídico distinto y especialmente protegido, cual es la integridad moral⁴¹.

³⁷ RIVACOBAY RIVACOBAY, 1982, pág. 807.

³⁸ MUÑOZ CONDE, 2002, pág. 184. Así también la doctrina especializada: DÍAZ PITA, 1997, pág. 80 y MUÑOZ SÁNCHEZ, 1999, pág. 24.

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 sea 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 a la calificación del delito de torturas, 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 ante 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, el propio Tribunal Supremo también resolvió en otros casos, que esto suponía vulnerar el principio de “non bis in idem” porque sería 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 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

5.2. 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 al 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 tipifica las torturas propiamente, muy similar a la propuesta de la Convención; pero el art. 175 no es 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 afección al bien jurídico integridad moral, se rompe teniendo en cuenta otros criterios de tipificación, como son la cualidad de 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 CP⁴², 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 de contenido vejatorio para el sujeto activo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; c) un 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 tangible⁴³, el legislador ha renunciado a describir los atentados de manera explícita⁴⁴, 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

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 esta manera, porque el sujeto no actuaba dentro del ejercicio de sus funciones, esto es, con la finalidad indagativa que establece el art. 174 CP, y por tanto, calificó delito de trato degradante del art. 173 CP.

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

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.

⁴³ Como bien ha puesto de manifiesto TAMARIT SUMALLA, 1996, pág. 858, la dificultad de 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.

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 afeción grave al bien jurídico tutelado, por lo que es importante racionalizar estos dos elementos: gravedad y afeción 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 a la gravedad de la afeción al bien jurídico, por lo que poco nos ayuda para interpretar qué criterios de gravedad caben 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 torturas del art. 174 CP inexplicablemente – va a suponer nada menos que no se configure el delito y, en todo caso, suponga una falta de 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, por ejemplo, falló 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 los incidentes que presuntamente habían protagonizado en un “pub”, resolución judicial que luego es recurrida y anulada por el TS, el que sí reconoce la calificación de torturas 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 considerar atentatoria contra la integridad moral. Así, el 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 de sus efectos físicos o mentales y, a veces del sexo, edad, estado de salud de la víctima, etc. Asimismo, la STC de 28 de febrero de 1994 establece que “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 ataca la dignidad personal⁴⁷. Los efectos físicos o psíquicos sobre el sujeto pasivo son elementos a valorar dentro de las circunstancias, pero no son los únicos ni los determinantes. Así, como ejemplos, puede citarse como casos graves de afeción a la integridad moral:

⁴⁵ La Audiencia Provincial condenó como autor de dos falta de lesiones, tres faltas de injurias leves y una falta de malos tratos de obra, a las penas de arresto de seis fines de semana por cada una de las dos faltas de lesiones, multa de veinte días con cuota diaria de 5.000 pesetas por cada una de las tres faltas de injurias y arresto de tres fines de semana por la falta de malos tratos de obra. Luego, el TS **declara haber lugar** al recurso de la acusación particular y dicta segunda Sentencia en la que condena 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 a las faltas de injurias leves y de malos tratos.

⁴⁶ PORTILLA CONTRERAS, 1996, pág. 288.

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

- "Obligar al detenido a desnudarse y hacer flexiones" el TS calificó de 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 intimidan 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 graves⁴⁹, 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. Ello es así, porque los otros elementos, que pasaremos a desarrollar, configuran la gravedad de la figura y el grado de lesividad de la conducta suficiente 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, 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, en este caso, y también la extralimitación de las funciones de custodia de los mismos por parte del funcionario penitenciario.

Dado que la gravedad de la afección al bien jurídico depende de una serie de circunstancias concretas, y este 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 va a ser de suma importancia⁵⁰.

⁴⁸ Sin embargo, la Audiencia Provincial de Zaragoza calificó de 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).

⁴⁹ En esto, 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.

Afección: Un tema de suyo relevante es determinar si se requiere un resultado lesivo en estos delitos 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 afección 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 torturas o malos tratos que no dejan huella, por lo que si se refiere a resultado físico constituyente de delitos, 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, violaciones, etc. Es decir, estamos ante delitos con sustantividad propia al margen del resultado típico constitutivo de delito. No obstante, no estamos ante un delito de peligro, ni ante un delito de mera actividad, sino ante un *delito de lesión*⁵¹: 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 afecta a la dignidad humana, la mayoría de veces con connotaciones discriminatorias y que en última instancia doblega la voluntad de la persona al obligarle 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 conjuntamente⁵². En todo caso, como lo dicho respecto a 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 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 tentativa⁵³, en la práctica es difícil pensar en casos prácticos, 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 las torturas, sino entre éstas y otro 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

⁵¹ Hay consenso en la doctrina sobre su naturaleza de delito de lesión, esto es, de resultado material, Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, 1999, pág. 97. Aunque autores como BUSTOS y VÁSQUEZ IRUZUBIETA, al interpretar el tipo precedente, art. 204 bis CP, consideraban que estamos ante un delito de mera actividad. Cfr. más ampliamente sobre el tema BARQUÍN SANZ, 1992, págs. 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), 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 otras sobre someter al 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, págs. 279-283 da 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”.

fallecimiento del interfecto y los golpes que le propinaron, pero reconocen que le produjeron -y también al otro detenido- contusiones y erosiones varias”⁵⁴.

5.3. 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 a 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 normas que rigen el proceso de investigación policial o judicial o la custodia de los presos y detenidos⁵⁶.

Debe subrayarse que debe tratarse de 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 está habilitado legalmente. Esta 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 pues, 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 analizará 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 estén ejerciendo el servicio y que suponga su conducta un comportamiento abiertamente antijurídico (STS 4324/1999, RJ 2001,8551). Entonces, el abuso del cargo no puede entenderse como un elemento subjetivo, como antiguamente lo entendía, sino como un elemento objetivo que desvalora especialmente la acción⁵⁷ y que suele dar lugar al concurso con otros delitos: detenciones ilegales, injurias, lesiones, etc. (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 m⁵⁸oral no cometido por funcionario público del art. 175 CP⁵⁹. El carácter propio del sujeto activo y el

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 **declara haber lugar** al recurso y dicta segunda Sentencia en la que condena a los acusados don Carlos S. V. y don Rafael P. M. como autores de dos faltas de lesiones, a las penas de quince días de arresto menor por cada una.

⁵⁵ El art. 24 CP establece quienes son funcionarios públicos a efectos penales.

⁵⁶ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, 1999, pág. 59.

⁵⁷ Este elemento da unidad a los delitos de funcionarios públicos, que en otros tipos penales se denominan “abuso de poder”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 1993, págs. 168-170.

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

⁵⁹ Así, MUÑOZ SÁNCHEZ, 1999, pág. 59, con la matización de que el atentado contra la integridad moral de funcionario público no grave, al no estar comprendido en el art. 175 CP, no tiene un tipo de referencia, por lo que en estos casos, el art. 174 CP sería delito especial propio. Para QUERALT, BARQUÍN y BUSTOS el delito de tortura es especial propio.

realizar la conducta con infracción de los deberes del cargo supone dos consecuencias: se puede realizar la conducta por omisión y 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, esto es, producirse la regla de equivalencia entre acción y omisión en cuanto a lo injusto: 1) producirse un resultado lesivo; 2) el deber jurídico de actuar; 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 las torturas⁶⁰. Especial problemática jurisprudencial ha suscitado el deber de actuar entre compañeros. En algún caso el TS ha calificado torturas del 176 CP cuando los compañeros dejaban que torture a otro⁶¹. Así castiga a los policías que observan como el compañero desnuda y maltrata al detenido (STS 726/2001 – RJ 2001,3572). Especialmente ha calificado de esta manera 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: inexistencia de tortura por no estar presente en el momento de 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 las violencias físicas contra los detenidos⁶² y también el mismo deber jurídico tienen los funcionarios penitenciarios⁶³. No obstante, en otros casos el TS ha calificado que la autoridad debe ser superior a quien realiza los malos tratos para calificar el art. 176 CP (Así 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. El particular puede sancionársele por un delito contra la integridad moral del art. 173 CP en concurso con el resultado producido: lesiones, homicidio, atentado contra la libertad sexual, etc.

5.4. 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 inflige 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 torturas los malos tratos graves que puedan

⁶⁰ Así TAMARIT SUMALLA, 1996, pág. 859, MUÑOZ SÁNCHEZ, 1999, pág. 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 La jurisprudencia calificaba anteriormente como delito de prevaricación el que las autoridades permitieran y no persiguieran un delito de tortura del que tuvieran conocimiento.

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

⁶³ Art. 34 L.O. General Penitenciaria.

infligir las autoridades públicas, que no tengan como fines interrogatorios en el curso de una investigación por delito que resulten gratuitas, como por ejemplo, las redadas, cacheos, solicitudes de identificación, etc. que por razones rutinarias realizan los agentes públicos y que resulten ostensiblemente vejatorios. En estos 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, castigarla por un hecho cometido o que se sospeche que ha cometido, o discriminarla por cualquier razón, cierra el círculo de conductas que pueden ser subsumibles en el tipo penal de tortura del art. 174 CP.

Este elemento intencional, por otro lado, ha dado lugar a que la jurisprudencia requiera dolo, como es lógico; pero lo que debe quedar claro es que el dolo es respecto a la afeción de los malos tratos o padecimientos físicos o psíquicos vejatorios, no sobre el resultado material de los mismos: lesiones, muertes, violaciones, etc.

5.5. Especial consideración 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 torturas, malos tratos, incluso muertes que han llegado al Tribunal Supremo, se trata de hechos acaecidos durante el transcurso de la propia detención. Es decir, de detenciones ilegales por el uso ilegítimo por excesivo de la violencia física para reducir al sospechoso de cometer un delito:

- 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 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. Hay 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

⁶⁴ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 1993, págs. 281-283.

del Estado (art. 5.2.c, en adelante LFCSE). Además establece las siguientes reglas de 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 el uso de la fuerza sea legítima en una detención debe respetar los siguientes principios:

- 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 el 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** también está regulada por las leyes, por lo que también se puede establecer cuándo es ilegítima su utilización.

En consecuencia, el uso de la violencia en la detención debe regirse por los principios de necesidad, oportunidad y proporcionalidad para ser legítima, sino estamos ante unas detenciones ilegales y, en su caso, puede consistir un delito de malos tratos del art. 173 o unas torturas del art. 174.

5.5.1. 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 se trata de una medida proporcionada 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 establezca 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 torturas. 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 estas 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, se pueden prorrogar por dos días más con autorización judicial. El art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal contempla que dicho plazo pueda darse en estos casos bajo **régimen de incomunicación** (art. 527 LECrim.). Este régimen de incomunicación consistente en una situación jurídica de mayores restricciones de los derechos de defensa, supone en la práctica 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, recomienda en España 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 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 también ha solicitado en reiterados informes la derogación del régimen de incomunicación por ser el caldo de cultivo de los malos tratos⁶⁵. En estos momentos, en contra de todas estas recomendaciones, el gobierno ha aprobado un *Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*⁶⁶, según el cual se prolongaría por cinco días más el plazo de la incomunicación.

Conviene recordar los fundamentos del TC al respecto en la STC 199/1987 que declaró inconstitucional 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 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 las torturas⁶⁷, 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 a 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 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 terrorismo⁶⁹. Incluso, puede decirse que el tratamiento

⁶⁵ Vid. www.a-i.es. Documento público: España: *Acabar con las medidas que propician la tortura*, Marzo de 2003, pág. 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.

⁶⁷ PORTILLA CONTRERAS, 1996, págs. 269 y ss.

⁶⁸ Así también, analizando la normativa excepcional sustantiva antiterrorista CANCIO MELIÁ, 2002, pág. 23, quien 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 con el terrorismo han estado vigente hace mucho tiempo. El art. 129 CP por el que se regulan las consecuencias accesorias que permitieron la

excepcional resulta contraproducente para la lucha política antiterrorista que debe tratar de convencer de 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 mientras se aplique la incomunicación, se han propuesto una serie de instrumentos preventivos: grabación de las declaraciones, visita médica periódica, contacto con los familiares, que pueden servir de control o contrapeso a este régimen, como el Protocolo firmado por diferentes Departamentos del Gobierno Vasco, pero el fin de una política preventiva contra las torturas pasa necesariamente por la **desaparición del régimen de incomunicación**.

5.6. Otras causas de justificación.

No se admiten causas de justificación en el delito de torturas (art. 174 CP), ni en el delito de atentado contra la integridad moral efectuadas por funcionario público (art. 175 CP). Se trata de delitos contra los derechos fundamentales en su vertiente de libertades públicas, cuya indemnidad debe proteger el Estado. Además esta es una regla que ha firmado el Estado español, porque se encuentra en el Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura que ha ratificado España. Como se ha dicho antes, las teorías que intentan explicar casos excepcionales en los que cabría practicar torturas para salvaguardar bienes supremos, han conducido todas al autoritarismo y al desconocimiento final de los derechos fundamentales del hombre⁷¹. Mientras la obediencia debida fue considerada una exigente antes de la segunda guerra mundial, 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 a la dignidad humana. La propia Constitución, 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, mayores problemas puede plantear el consentimiento en el delito de trato degradante del art. 173 CP. Las personas mayores de edad que realizan conductas objetivamente denigrantes como relaciones sado-masoquistas, en las que se inflige padecimientos físicos y psíquicos, pero consentidos, al realizarse en ámbitos privados, están

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 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 no de carácter 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 lucha más eficazmente contra el terrorismo, sino con la voluntad de los operadores jurídicos, policías y jueces, de aplicar realmente las normas penales existentes como se puede combatir esta lacra. Como decía Beccaria, la eficacia está en la *prontitud* y *celeridad* de la acción penal.

⁷⁰ Si 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 restringirlos, pierde

⁷¹ Es preocupante advertir que el desconocimiento de los derechos humanos se está practicando en estos momentos con el consentimiento de la Comunidad Internacional, por realizarlo Estados Unidos para aplacar la resistencia encontrada en Irak, después del bombardeo del país y su ocupación. *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, entérgate”. La táctica funcionó, relató el coronel. El viernes, el teniente general se entregó”. La práctica de torturas, cobijadas bajo la doctrina de la “guerra preventiva”, es un precedente internacional que amenaza a las bases en que se asienta la convivencia democrática.

exculpadas por el consentimiento y por razones de adecuación social del tipo penal. No obstante, habría que advertir bien hasta que punto son consensuadas, pues muchas de ellas se realizan en situaciones de desigualdad y dependencia (prostitución, abusos de personas que tienen cierto poder sobre otras, como relación laboral, docente, etc.), en las que la libertad de elección puede estar viciada⁷². En todo caso, hay que tener en cuenta la intangibilidad de la dignidad humana, como valor supremo del Estado, para atajar conductas que la vulneran abiertamente⁷³.

5.7. 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: detenciones ilegales, lesiones, homicidios, etc. En principio, cuando se producen estos resultados constitutivos de delitos graves deben, pues, acumularse las penas. Pero no deja de plantear problemas la absorción de algunas figuras delictivas como las injurias leves o las lesiones leves, 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 obra. Nuevamente el juez tendrá que valorar las circunstancias del caso para dilucidar si las conductas de violencia física o psíquica vejatorias, deben integrarse o no 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, 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.

5.8. Penalidad.

La penalidad más grave, en lo que respecta a la pena privativa de libertad, 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 libertad no es muy grave, si comparamos con otras figuras que protegen otros bienes jurídicos menos importantes y que se realizan con menos violencia, como una 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 libertad puede lograr efectos disuasorios y, sobre todo, constituirá para la víctima la mejor reparación para su ofensa. Además, desde un punto de vista preventivo general, la pena privativa de libertad puede tener un buen efecto intimidador de los funcionarios públicos que se extralimitan abusivamente en sus funciones. Desde la posición

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

⁷³ Por ejemplo, *El País*, 21 de julio de 2003, informa de 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 pagan por ello los cazadores 10.000 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 a la dignidad humana.

de la víctima, de las personas o familiares que ha sufrido una tortura, la reparación del daño consiste fundamentalmente en ver en la cárcel al torturador⁷⁴.

Más bien si puede llamar la atención el mínimo de la pena de inhabilitación absoluta, que es de ocho a doce años, en el caso del funcionario que realiza un delito de torturas del art. 174 CP, cuya imposición debe hacer el juez. Esto es, en cada condena por torturas, cuando califique el delito de torturas del art. 174, tendrá que sancionar necesariamente como mínimo a ocho años de inhabilitación absoluta. Esto puede resultar excesivo, en los casos de torturas no graves, ya que privar a un funcionario de manera definitiva de su empleo público (art. 41 CP) puede resultar para el penado bastante gravoso, pues 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 absolución. Por eso, una excesiva penalidad no es finalmente más ventajoso 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 al 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 mal entendido “espíritu de cuerpo” impide investigar estos hechos, como seguidamente se verá.

6. 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 de las investigaciones sobre malos tratos y torturas denunciadas. La mejor reparación de una víctima de torturas 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 torturas por su condición de agentes públicos del orden, temen mucho una pena privativa de libertad, por lo que el efecto intimidante de esta sanción puede tener efectos 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 suelen declararse la culpabilidad y sancionarse los delitos de torturas⁷⁵. Las razones aducidas son diversas:

- **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 torturas. 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 comprueba que las lesiones, la violación o la muerte se han producido cuando el sujeto se encontraba bajo custodia

⁷⁴ Con fecha 29 de noviembre de 2004 el gobierno chileno ha resuelto indemnizar a las víctimas de las torturas atroces de la dictadura de Pinochet. Los debates se han dado sobre todo en 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 libertad para los torturadores.

⁷⁵ Cfr. PORTILLA CONTRERAS, 1996, pág. 273. Así también AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2002, págs. 98 y ss. destaca especialmente la impunidad de los maltratos y torturas de las que son víctimas extranjeros, ya que su especial vulnerabilidad, muchas de ellas, indocumentadas, les hace temer recurrir a la ley.

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 comprueba la existencia de lesiones producidas durante la detención, ocasionadas por golpes a los detenidos por intento de fuga y la muerte de uno de ellos, pero se considera no probada la relación de causalidad entre unas y otras, pese a que la autopsia practicada determinó que la causa de la muerte fue una hemorragia epidural, producida por un impacto en la región temporal izquierda. La absolución se fundamenta en la inexistencia de dolo, pero no plantea la posibilidad de un concurso ideal con un homicidio imprudente, ya que existe una imputación objetiva entre las lesiones y la muerte, como en varios casos similares ha resuelto el TS. En este caso, el TS condena a una pena de quince días de arresto menor, por unas faltas de lesiones y al pago conjunto de sesenta mil pesetas (360 euros), a pagar 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 probar, no sólo porque en muchos casos la tortura no deja huellas (la bolsa en la cabeza, la privación del sueño, etc.), sino también porque muchas se consideran propias del acto mismo de la detención, cuando el detenido opone resistencia, o se consideran autolesiones⁷⁶. Por eso el Comité para la Prevención de la Tortura establece como un requisito preventivo prioritario el examen médico del detenido privado de libertad por un médico de su libre elección. El juez de instrucción debe, incluso, solicitar otros informes médicos para contrastarlos en caso de duda.

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 de torturas o malos tratos consumados 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 orden⁷⁷. De no extremarse el celo en la investigación, el

⁷⁶ Particularmente destacables son los casos de presuntos etarras detenidos, donde 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 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 absuelve 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 que necesariamente 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 pedía 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 fueron absueltos por falta de pruebas, ante la negativa de los dos agentes y el apoyo del fiscal. Por

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 posibles⁷⁹.

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 período da lugar a serias presunciones de hecho... corresponde por tanto al Gobierno facilitar una explicación plausible 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 los mismos. Esta misma doctrina ya ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en los supuestos desaparición forzada de personas⁸⁰.

b) La impunidad.

En general los órganos de la ONU han mostrado su preocupación por la impunidad de los malos tratos y torturas. Muchas veces los procesados por estos hechos son absueltos, reciben indultos, 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 a la justicia.

su parte, la Unidad de Asuntos Internos de la Dirección General de Policía, siguiendo la recomendación vertida por el TS, “tras un minucioso expediente, concluyó que no había existido agresión sexual ni infracción administrativa alguna” (págs. 46 y 47). Así se cierra un oscuro y triste caso de impunidad de nuestra democracia.

⁷⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, 1995, pág. 589.

⁷⁹ Como recuerda ANDRÉS IBÁÑEZ, 1995, pág. 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*”.

⁸⁰ En la STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990,5665) (Caso “El Nani”) donde el Tribunal fundamenta 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.

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

7. La jurisdicción internacional y el principio de justicia universal.

a) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH ha creado una doctrina rica en argumentos para la protección de las personas frente a los malos tratos y las torturas, 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 destacar 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 alega: “La aplicación estricta, desde el inicio de la privación de 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 hace eco de las demandas de los organismos internacionales y las organizaciones de derechos humanos que recomiendan 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, establece el “deber de las autoridades de proteger la vida de las personas en custodia”. Declara totalmente inverosímil la explicación del gobierno al afirmar que se dañó a sí mismo al caer al suelo. Además, condena 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**. De lo contrario, existen fuertes indicios de que dicha muerte o lesiones son 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 torturas 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. Pero las fuerzas que se oponen a la real vigencia de la Corte Penal Internacional son muy poderosas. EE UU 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 ciudadanos⁸¹. El Consejo de Seguridad de la ONU, con la oposición de la Unión Europea, aceptó dicha inmunidad por un año y hace unas 3 semanas se amplió a un segundo año más. Está claro pues, que el gobierno de Estados Unidos no está dispuesto a establecer reglas comunes internacionales para la protección de los derechos humanos, quizás porque sus actuaciones a partir de los atentados del 11 de septiembre, rozan cuanto menos la ilegitimidad.

c) El principio de justicia universal.

Está comprobado que el juzgamiento por delitos contra los derechos humanos muchas veces no pueden 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 del gobierno democrático difícilmente pueden dar el paso de condenar las anteriores injusticias, sin que esto no vuelva a suponer una fractura social.

El principio de justicia universal constituye una buena herramienta para superar estos escollos, dado que permite ampliar las reglas de persecución penal de territorialidad y juzgamiento de nacionales, en caso 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, torturas y terrorismo cometidos hace más de 20 años⁸².

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

Después de este panorama histórico, legislativo y jurisprudencial sobre las prácticas de malos tratos y torturas es posible argumentar que la protección de las víctimas, por estos hechos perpetrados por agentes del orden, es una tarea continuamente pendiente en un Estado democrático de Derecho. No es posible bajar la guardia ante cuestiones formales como las declaraciones constitucionales de derechos, la ratificación de convenios internacionales o las regulaciones penales, pues detrás de las normas, puede existir códigos de conducta que más bien las alienten, tal como el corporativismo de los cuerpos de seguridad, la pasividad de jueces y fiscales para indagar los hechos, los cacheos y redadas abusivas a inmigrantes irregulares, etc. También las propias normas jurídicas pueden ser favorecedoras de prácticas de malos tratos y torturas. Así se ha detectado, como regulaciones que dejan en un situación de especial vulnerabilidad a la detención en régimen de incomunicación de terroristas y la situación de irregularidad de los extranjeros. Es en estos dos ámbitos donde en la práctica se producen mayores casos de malos tratos y torturas en España, así como en el transcurso de detenciones ilegales.

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

Pero es fundamentalmente, la sociedad civil quien es responsable de las prácticas de torturas y malos tratos que suceden en su seno, ya que, admitiendo doctrinas como "guerra preventiva", "régimen de excepción", "situaciones excepcionales", en fin, aceptando la lógica amigo/enemigo, está creando el caldo de cultivo para que nuestros representantes actúen desconociendo los elementales derechos de los extranjeros, terroristas o delincuentes.

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).

⁸² *El País*, 30 de junio de 2003.

BIBLIOGRAFÍA:

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *España. Crisis de identidad: Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del Estado*, Madrid, 2002.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, "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, 1995.
- BARQUÍN SANZ, JESÚS, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, Edersa, 1992.
- BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1982, 4ª reimpresión.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (COORDS.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, Colex, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Parte Especial*, Barcelona, Ariel, 1991, 2ª ed.
- COMISIÓN DE ENTREGA DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Hatun Willakuy*, Navarrete S.A, Lima, 2004.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL, "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, 2002.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del CP*, Barcelona, Bosch, 1990.
- DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1985, cuarta reimpresión.
- DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR, "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1997.
- GARCÍA PABLOS, ANTONIO, "La aportación de la criminología al estudio del problema criminal", en *Doctrina Penal*, Nº 48, 1989.
- GUIDDENS, ANTHONY, *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Maqueda Abreu, María Luisa,
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 14ª ed.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- TAMARIT SUMALLA, JOSE MARÍA, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en *Comentarios al Código Penal*, QUINTERO OLIVARES (DIR.), Pamplona, Aranzadi, 1996.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, 7ª ed.
- PETERS, EDWARD, *La tortura*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en AA. VV., *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, “Crisis y pervivencia de la tortura”, en AA. VV., *Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca*, Univ. de Salamanca, 1982.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *La tortura en España*, Barcelona, Ariel, 1973.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, Madrid, Tecnos (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 1992, 2ª ed.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, “Introducción” a BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1982, 4ª reimpresión.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política Criminal*, Cóllex, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *El delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Barcelona, PPU, 1993.