

La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*

Por M.^a LUISA MAQUEDA ABREU

Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad de Granada

I. INTRODUCCION

Resulta lamentable la necesidad de enfrentarse en nuestros días con la realidad de una práctica que la filosofía de la razón y del sentimiento, característica del Siglo de las Luces (1), parecía haber desterrado definitivamente del mundo civilizado.

Pero quizá lo ingenuo sea creer que la deslegitimación de una práctica, por lo demás ciertamente útil (2), podía servir para erradicar-

* Quiero agradecer a José Miguel Zugaldía Espinar y Guillermo Portilla Contreras, también profesores de Derecho penal de esta Universidad, la estrecha colaboración que me han prestado en la realización de este trabajo.

(1) Es usual atribuir a este siglo el mérito de haber censurado seriamente la práctica del tormento, estableciendo los fundamentos sobre los que habría de sustentarse su abolición definitiva como institución legal (vid. ampliamente esos fundamentos, así como numerosos datos relativos a su progresiva desaparición de los ordenamientos europeos, en FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, II, 1953, pp. 244 ss. También, LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, Universidad de Chicago, 1977, pp. 10 ss.). No debe olvidarse, sin embargo, que en épocas anteriores, en especial durante los siglos XVI y XVII, se habían manifestado ya actitudes de oposición a esta «bárbara costumbre» —como la calificaba VERRI— con argumentos que posteriormente serían utilizados en su mayoría por los pensadores ilustrados (cfr. especialmente, VERRI, *Observaciones sobre la tortura*. Trad. y prólogo de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977, p. 116; también FIORELLI, *Ob. cit.*, pp. 223 ss.), cuya originalidad radicó en haber orientado sus dotes críticas y reformistas no ya frente a la institución concreta de la tortura, sino más ampliamente sobre todo el sistema penal y procesal que le servía de sustento (En este sentido, Tomás y VALIENTE, *La tortura en España*, Barcelona, 1973, pp. 141 ss.).

(2) Sea como medio de averiguación de «la verdad», sea como instrumento de intimidación (TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 216) o de castigo (FIORELLI, *Ob. cit.*, I, p. 9). Esta afirmación no es incompatible, en todo caso, con aquella otra que relativizando la eficacia de la tortura en su pretendida función de descubrimiento de la verdad, la conceptúa más bien como medio destinado a obtener una confesión que, en la mayoría de los casos, no es sino la que espera oír el torturador. En este sentido se pronuncia SAVATER cuando afirma que «lo más terrible de la tortura, lo que la hace objetivamente inacabable, es que la verdad sea establecida por el verdugo. El inquisidor —señala el autor— es el dueño de la verdad y el amo también del dolor, tiene el poder y la ideología que condiciona la pregunta y

la, y es más realista pensar a cambio, que ese gesto simbólico no hizo sino marcar un hito más en la evolución de la tortura; evolución que, bajo el pretexto de salvaguardar la sensibilidad de los hombres (3) y adecuarse al avance del saber y de la razón, ha ido oscureciendo más y más su uso.

Fueron, en efecto, sensibilidad y razón las que hicieron olvidar los «juicios de Dios» y los sustituyeron, reglamentándolos, por «juicios de los hombres», e idénticos valores convertirían más tarde la prohibición de esos juicios, en sus formas más crueles y arbitrarias, en prescripción de silencio, en secreta tolerancia. Las palabras de Verri son ilustrativas de la superación de aquella primera etapa en el empleo de la tortura: «Disminuida con el tiempo la grosera ignorancia, advirtieron los pueblos lo irracional de tales formas de juzgar, y la del hierro, la del agua hirviente y la del fuego, que herían la atención de la multitud porque se practicaban en público con solemnidad y precedidas de las más augustas ceremonias, debieron ceder y desaparecer a medida que progresó la razón; mientras que practicándose la tortura en lo recóndito de la cárcel sin otros testigos que el juez, los corchetes y el desgraciado que la sufre, no encontró obstáculo para perpetuarse...» (4).

la respuesta ... La víctima debe decir la verdad, pero no su verdad o la verdad ... sino la verdad del inquisidor». «El adversario absoluto», *Teoría y presencia de la tortura en España*, (obra conjunta), Barcelona, 1982, p. 20. En el mismo contexto cabe situar la opinión crítica de BECCARIA cuando afirma: «Las leyes te torturan porque eres reo, porque puedes ser reo, porque quiero que seas reo...», *De los delitos y de las penas*, Cap. XVI, trad. de Jordá Catalá, 1.ª ed., Barcelona, 1983, p. 86.

Pero es que el hecho de que la confesión obtenida sea falsa y pueda sobre ella pronunciarse una condena injusta, no le resta hoy como ayer utilidad a la práctica de la tortura. Antes, porque, como afirma TOMÁS Y VALIENTE, la condena de los reos representaba un mérito en la carrera de los jueces como prueba de su eficacia en la represión del crimen (*Ob. cit.*, p. 116); ahora, por idénticas razones, si bien referidas, por lo general a la policía y a la fase previa de investigación de los delitos. En todo caso, muestra inequívoca de su utilidad es, como se ha indicado, la persistencia en su uso (así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. P. E.*, Madrid, 1983, p. 714), y si bien es cierto que no puede dejar de valorarse el rechazo social que su práctica puede suscitar frente al actuar ilegítimo de los poderes públicos (RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal, P. E.*, Madrid, 1985, p. 77), no lo es menos que esa eventual reacción se obvia mediante el habitual silencio que rodea a su ejercicio.

(3) En este «discurso del corazón» al que se refiere FOUCAULT, los reformadores hablan en primera persona: «... el cuerpo, la imaginación, el sufrimiento, el corazón que respetar —como señala aquel autor— no son los del criminal, sino los de los hombres que, habiendo suscrito el pacto, tienen el derecho de ejercer contra él —sea éste ya condenado o todavía torturado— el poder de unirse. Los sufrimientos son los de los jueces o los espectadores...», *Vigilar y castigar*. Trad. de Garzón del Camino, 5.ª ed., Madrid, 1981, pp. 95 y 96.

(4) *Ob. cit.*, p. 108. La desaparición de las ordalías o «juicios de Dios» y el inicio en el empleo de la tortura como medio de prueba del Derecho Común se remonta a la Baja Edad Media, favorecido por el movimiento de intensificación del estudio del Derecho Romano y, bajo su influencia, por la creciente conciencia de la autoridad del Estado. Vid. en este sentido, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 213 y 214. Más ampliamente FIORELLI, *Ob. cit.*, pp. 68 ss.

A partir de ese momento, el espectáculo y la luz que habían acompañado a la historia del tormento serían proscritos y su ejecución progresivamente sometida a procedimiento. La tortura, concebida como mecanismo de producción de «la verdad» (5) pasa a ser, como ha señalado Foucault, un ejercicio reglamentado y calculado de sufrimientos (6). Una cualidad que los pensadores del siglo XVIII, en su creciente sensibilización frente a la barbarie, no sabrían valorar suficientemente, limitándose a condenar su empleo y deslegalizar su uso, quizá en la ingenua presunción de que «borrado el tormento de la ley quedaba extinguido de la vida real» (7).

Hoy, en efecto, ha desaparecido lo que de cálculo y transacción (8) había en la tortura, su reglamentación públicamente reconocida y aceptada, muchos de sus métodos demasiado burdos para ser mantenidos, pero no su práctica que, aun a costa de su consciente ocultamiento, de su pretendida ignorancia, permanece entre nosotros. Se ha consumado así una fase en la que lo cuidadosamente oscuro de su ejecución no era suficiente para prolongar su uso y necesitaba para pervivir negar su existencia misma.

Ello explica esa hipocresía que atribuye Fiorelli a la sociedad oficial moderna «que quiere hacer creer a sí misma que ha renunciado para siempre a la tortura» (9) o, en su caso, esa actitud no menos hipócrita de quienes, abrumados por la evidencia, se ven obligados a admitir su presencia si bien como hecho ocasional, obra de unos cuantos individuos aislados, agresivos y sádicos (10); actitud esta última que, a cambio

(5) Así se definía en la Partida 7, Ley I, Tít. XXX, como «manera de prueba, que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar e saber la verdad por él de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin provados por otra manera. E tiene muy gran pro para complir la justicia...», *Las Siete Partidas*, Madrid, 1844, p. 516.

Esta eufemística descripción de la tortura debe entenderse relativizada por las consideraciones realizadas *supra* en nota núm. 2.

(6) *Ob. cit.*, p. 42. «El tormento, afirma este autor, no es una manera de arrancar la verdad a toda costa; no es la tortura desencadenada de los interrogatorios modernos; es cruel, ciertamente, pero no salvaje. Es una práctica reglamentada que obedece a un procedimiento bien definido» (p. 46); que, de no observarse, podía atraer responsabilidad criminal para el juez (TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 131).

(7) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 160.

(8) En este sentido, FOUCAULT, *Ob. cit.*, p. 45.

(9) *Ob. cit.*, I, p. 4.

(10) Esta versión estereotipada de la tortura ha sido especialmente combatida en nuestros días por AMNISTÍA INTERNACIONAL. Con motivo del caso griego, este organismo había puesto de manifiesto, tras el relato de diversas aberraciones sexuales realizadas por los detenidos por parte de los oficiales de ESA, que «tales perversidades individuales no constituyen la causa de ningún sistema de tortura. Más bien, creado este sistema para sostener las necesidades políticas de quienes ocupan el poder, sus agentes ponen de manifiesto unas pautas de conducta que, en otras circunstancias, no tendrían ocasión de exhibir», *La tortura en Grecia, El Primer proceso por torturas en 1975*, 1.ª ed., Barcelona, 1978, p. 40. Parecidas consideraciones se encuentran en su *Informe*, Madrid, 1984, p. 4.

Si se comparan estas consideraciones precedentes no puede aceptarse como justificación la que recoge en nuestro país SERRANO GÓMEZ: «No se

de identificar tortura y psicopatología, obtiene la tranquilizante imagen de este fenómeno «como algo morboso que los ciudadanos normales no cometen (sino), sólo los de mentes perversas o desviadas», lo que permite localizar cómodamente su práctica «en un compartimento estanco que aparece ajeno a la bondad natural del sistema...» (11).

Lejos, pues, de esta mixtificación que, todo lo más, nos conduciría a inútiles divertimentos «criminológicos» carentes de valor teórico y práctico, se impone la tarea de situar el problema de la tortura en el contexto apropiado; y éste, como repetidamente se ha puesto de manifiesto por los estudiosos del tema, no es otro que el de la estrategia política, donde aquélla se configura como instrumento, a veces privilegiado, de salvaguarda de los que se califican como «altos» intereses del Estado (12). La propia historia del desenvolvimiento de esta institución, permite apreciar su desigual empleo en atención a las necesidades de fortalecimiento del poder y primordialmente en función de los delitos capaces de cuestionar los mecanismos y recursos últimos de ese mismo poder (13). De ahí, la eficacia que tradicionalmente han tenido en la justificación, más o menos encubierta, de esta execrable práctica; argumentaciones de corte idealista, tales como el de su pretendida necesidad para la defensa de «valores superiores» (14) que,

puede evitar, señala el autor, que algún interrogador pueda incurrir en alguna incorrección profesional o personal ... Pensar que esto no pueda ocurrir sería elevarlos a una condición de pureza angelical que no es de este mundo» —y que nadie pretenda, cabría añadir—. *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Madrid, 1976, pp. 133-134. Vid. también una interpretación «psicológica» peculiar del fenómeno de la tortura, poco consistente a mi entender, en RIVACOBA Y RIVACOBA en *Prólogo*, cit. a Consideraciones de Verri, p. XXXIX. Este autor describe muy claramente, sin embargo, el paso de la tortura «legal» a la tortura «encubierta» con consideraciones críticas frente a la falsedad e hipocresía actual que, sorprendentemente, terminan en un juicio positivo d alabanza al «progrso d la concincia moral de la humanidad» (?), p. XL-XLI.

(11) FABREGAS PAVEDA, «Institución y tortura encubierta», *Contra la tortura* (obra conjunta), ed. a cargo de Corominas y Farré, Barcelona, 1978, pp. 269 y 270. «El torturador, como afirma este mismo autor, no puede desinsertarse del contexto político, del que no es más que un producto destilado» (p. 271). En parecidos términos se pronuncia COLODRÓN, en *Introducción* a esta obra, p. 15; y RALLO, «Psicología del torturador», en la misma obra, p. 95. Vid. también, *La tortura en Euskadi*, Ed. Revolución, Madrid, 1986, pp. 161 ss.

(12) En este sentido, aparte los ya citados en notas precedentes, FIORELLI, *Ob. cit.*, II, p. 225; TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.* pp. 162 y ss.; PERIS, *Juez, Estado y Derechos Humanos*, Valencia, 1976, p. 284.

(13) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 216 ss.

(14) Este argumento no tiene, en efecto, nada de nuevo. Ya se refería a él VERRI cuando afirmaba refiriéndose a los jueces, que éstos, en su mayor parte, «se habían habituado gradualmente a la tortura por un principio respetable, esto es, sacrificando el horror de los males de un hombre solo, tenido como delincuente, en vista del bien general de la sociedad entera creyéndola necesaria para la seguridad pública...», *Ob. cit.*, pp. 3 y 4. Vid. También FIORELLI, *Ob. cit.*, II, p. 225 y TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 142. No es de extrañar, por tanto, que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECri., en adelante), en su Exposición de Motivos, previniera ya frente a esos funcionarios que actúan «animados por un espíritu receloso

tarde o temprano, han terminado por identificarse falazmente con el bien de la sociedad en su conjunto (15). Y tan contundente y bien tramada se presenta esa argucia que, muy a menudo, hace perder de vista el profundo divorcio que existe, aún en los regímenes democráticos, entre Estado y sociedad, y hasta qué punto las constantes exigencias de reafirmación del primero —como aparato de poder que es, con su inmanente vocación a la dominación y al autoritarismo— entrañan un importante riesgo en las garantías de libertad y seguridad de la segunda. Tiene, pues, razón Tomás y Valiente cuando señala que el problema de la tortura es, en definitiva, «el del límite del poder político» (16).

Modernamente, las condiciones de excepcionalidad que se reclaman como imprescindibles en la lucha contra el terrorismo, han ofrecido un pretexto de extraordinaria utilidad para ir ensanchando, bajo la apariencia de legitimidad que acompaña a toda decisión «democrática», los contornos de aquel límite y resolviendo, sin reservas, el viejo dilema Estado-individuo, en favor del primero. Este y no otro es, en realidad, el motivo velado pero determinante de la «secreta» pervivencia de la tortura en los *viejos Estados de Derecho* de nuestros días (17).

y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan» para que, «en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado» (subrayado mío). *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.ª ed., preparada por Moreno Catena, Madrid, 1985, pp. 29 y 30. Sobre la validez de esta justificación en la actualidad, vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe* (1984), cit., p. 9.

(15) Como cabe inferir de la nota precedente. Puede aquí trasladarse la crítica que dirige PASUKANIS a aquellas teorías que deducen sus principios de los intereses de la «sociedad en su conjunto» en el sentido de que no son sino «deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad». «La sociedad en su conjunto no existe —concluye el autor— sino en la imaginación de los juristas». *Teoría General del Derecho y Marxismo*, trad. de Zapatero, Barcelona, 1976, p. 149.

(16) *Ob. cit.*, p. 244.

(17) No es que se menosprecie como análisis el del fenómeno de la tortura en los regímenes dictatoriales donde aquella práctica se produce y se reproduce sin medida y sin disimulo, pero también sin legitimidad, ni interna ni, sobre todo, externa: sirvan como muestra exigua respecto de las experiencias recientes de Grecia y Argentina, las obras de *La tortura en Grecia*, cit. y *Nunca más*. Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, donde figuraba como presidente E. Sábato, Barcelona, 1985.

Si se destaca preferentemente en este trabajo la pervivencia de aquel mismo fenómeno de la tortura en los Estados formalmente reconocidos como democráticos es por lo caracterizado y digno de destacar y criticar que es su elaborado recato y la apariencia de legitimidad que logran conferir a todo aquello que realizan, por muy ilegítimo que ello sea.

II. LA TORTURA Y OTROS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISION Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (*)

Si, pues, lo que separa decisivamente el pasado y el presente de la práctica de la tortura es el esfuerzo día a día perfeccionado por ocultarla, ello tenía que afectar necesariamente a su concepto y, más propiamente aún, a la misma definición de su existencia.

Cuando las primeras Constituciones liberales hubieron de reflejar, de acuerdo con el estado de racionalidad existente, el rechazo frente a aquella práctica tradicional (18), les bastó declararla prohibida, sin necesidad de pasar a precisar su objeto, características o límites. Se trataba simplemente de transformar en «ilegal» y como tal constitutiva de delito una violencia hasta entonces amparada y regulada por el Derecho (19). El que alguno de aquellos textos fundamentales proscribiera otros usos que parecía desligarse de la noción clásica de tormento (20) —como sucedió en nuestro país con la Constitución de Bayona y la de Cádiz, respecto de los llamados «apremios ilegales»— no podía, en todo caso, llevar a confusión, porque nadie ignoraba que con su mención se aludía a nuevas formas de violencia —indirecta— que, no obstante, tenían cabida en el marco bien definido de la tortura (21). Esta, todavía al tiempo de su abolición, era primordialmente

(*) Merece destacarse que hace sólo unos días la Comisión ha aceptado a trámite una demanda presentada por los presuntos inculcados en el caso Bultó por torturas, dirigida contra el Gobierno español. *Vid.* Diario «El País» del 11 y 12 de octubre de 1985, pp. 24 y 25, respectivamente.

(18) A finales del siglo XVIII, la práctica del tormento había experimentado un notable retroceso: En algunos países había sido ya prohibida por virtud de leyes o decretos (FIORELLI, *Ob. cit.*, II, pp. 259 ss.); en otros, como España, era oficialmente tolerada, pero la resistencia mostrada por los magistrados a presenciar estos hechos había determinado que su empleo fuera cada vez más exiguo. De ello quedó constancia en las sesiones de Cortes donde se debatió el texto del Decreto de abolición del tormento de 1911, al hacerse expresa la petición de un diputado de que se hiciera mención en el texto «en honor de la magistratura española ... que a pesar de la (ley) que regía en contrario, de veinte años a esta parte no se había usado en España la tortura». Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 153, 155 y 159.

(19) De «violencia legal» era calificada la tortura en la Ordenanza Criminal de Austria y de Bohemia, como refiere en su comentario RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Prólogo*, cit., p. XXXIX.

(20) Aunque en este trabajo se usan indistintamente las expresiones «tortura» y «tormento», éstas son susceptibles de una distinción terminológica, según la cual, la primera sería sinónimo de «prueba en general» y la segunda designaría más concretamente «el procedimiento aflictivo». Tiene razón, en todo caso, TOMÁS Y VALIENTE cuando señala que ésta u otras distinciones son sutilezas que carecen de sentido y, por tanto, deben ser abandonadas, *Ob. cit.*, p. 113, nota núm. 9.

(21) Los «apremios ilegales» eran, en efecto, un método indirecto de tortura consistente en la colocación a los presos de «esposas», «perrillos» o bien, en su encierro en «calabozos extraordinarios» (en estos términos se refería a ellos el Decreto de abolición del tormento de 1911) o, finalmente, en la aplicación de cualesquiera otros medios de coacción física dirigidos a arrancar

concebida como instrumento judicial de prueba dirigido a obtener mediante el dolor una confesión o testimonio del declarado preso (22).

Ciertamente que este concepto estricto de tortura resultaba incluso ya entonces demasiado estrecho —nadie niega, por ejemplo, que junto a aquella finalidad básica existieran otras como las de castigar (23) o intimidar (24)— y es evidente que el paso del tiempo exigiría de él una ulterior adaptación y desarrollo.

Este esfuerzo ha correspondido en la actualidad a organismos de carácter internacional que han venido marcando, a través de sus declaraciones, las pautas a seguir por las leyes fundamentales de todos los Estados; y puede decirse que, a partir de aquí, el concepto formal de tortura ha ido progresivamente enriqueciéndose al tiempo que perdía precisión en sus contornos. A ello ha contribuido, sin duda, la aparición a nivel normativo de otras nociones, esta vez sí de confusa valoración, que parecen querer usurpar a aquélla, quizá en un afán por desdramatizar su uso, la relevancia histórica que le corresponde. No otro significado ha tenido en la práctica el empleo tan generalizado como mal definido en leyes, convenciones y tratados de la expresión «penas o tratamientos crueles, inhumanos y degradantes», breve y eufemísticamente conocida por «malos tratos». Bajo la apariencia de venir a cubrir el espacio representado por formas menos graves de violencia que la tortura y gracias a la imprecisión de su concepto, basado en un criterio de valoración tan arbitrario como la gravedad, ha terminado por hacer inservible o, en su caso, de validez excepcional, aquella noción básica.

les una confesión o testimonio. Esta denominación sería nuevamente empleada, como se verá, en el Código penal de 1848 (art. 291,1) y subsiste aún en el Código penal argentino (art. 144,2). CREUS en su interpretación de este último precepto, ofrece un concepto similar de aquel término. Apremio es —dice— «un procedimiento coaccionante que ... tiene una finalidad trascendente a él mismo: lograr una determinada conducta en el apremiado (tradicionalmente, una manifestación sobre un hecho ocurrido): Ejemplificadoramente, lo identifica con las amenazas, imprecaciones, órdenes intimidatorias, etc....» (*Derecho Penal, P. E.*, I Buenos Aires, 1938, p. 314). En todo caso, es importante destacar que quienes primeramente introdujeron esta fórmula en un texto legal (en 1911), ya habían hecho constar que se trataba de «un medio más o menos disimulado de tortura» que no merecía, por tanto, ser siquiera citado expresamente. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 158 y 159.

(22) Para una definición más amplia y detallada, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 113.

(23) En este sentido, se manifiesta FOUCAULT, cuando señala que con la tortura «se ponía en juego legítimamente una práctica que tenía un doble papel: comenzar a castigar en virtud de las indicaciones ya reunidas, y servir de este comienzo de pena para arrancar el resto de verdad que todavía faltaba» «La tortura judicial, en el siglo XVIII, concluye, funciona en medio de una extraña economía en que el ritual que produce la verdad corre parejo con el ritual que impone el castigo», *Ob. cit.*, p. 48. También FIORELLI apunta esa naturaleza híbrida de la tortura como institución procesal y «anticipo de pena», *Ob. cit.*, I, p. 4.

(24) Así, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 216. En cuanto a su carácter, más que su finalidad, humillante y degradante, era obvio si se tiene en cuenta que era un procedimiento no utilizado respecto de personas de posición preeminente desde el punto de vista social (nobles, personas «constituidas en dignidad», jueces, etc....). *Ob. cit.*, pp. 121-122.

Ello era previsible desde el momento en que las notas que acertadamente se han descrito hoy como características de la *tortura* —dolor o sufrimiento físico o mental (25) *de carácter grave* (26), infligidos directa o indirectamente por funcionario del Estado (27), en persecución de un propósito concreto, sea de obtener información o confesio-

(25) Esta forma refinada y perfeccionada de tortura cuya invención y puesta en práctica, como señalara FIORELLI, se suma a las glorias de nuestro siglo (*Ob. cit.*, p. 279) se encuentra hoy recogida, como no podía ser de otro modo, en cuantas definiciones de tortura se han dado en la actualidad. En concreto, merecen citarse, por su amplio alcance, el artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas de 1975 y del Proyecto de Convención y supresión de la tortura elaborado en Siracusa por la Asociación Internacional de Derecho Penal (1977); el artículo VIII del Proyecto de Código penal Internacional (Vid. BASSIOUNI, *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Trad. y anexo de De la Cuesta Arzamendi, Madrid, 1984); también, el artículo 5 de la Carta africana de los derechos del hombre y de los pueblos de 1981 y el artículo 7 de la Declaración islámica universal de los derechos del hombre de 1981; estos últimos, cit. por SUDRE, «La notion de «peine et traitements inhumains ou dégradants» dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 88, 1984, p. 832, nota núm. 21. Asimismo, se destaca esta exigencia en la definición de tortura que ofrecen la Asamblea Médica Mundial (Tokyo, 1975) y las obras de autores como BERJSTAIN, «Lagunas en la normativa deontológica policial» (Nueva política criminal contra la tortura y el terrorismo, *Revista de Derechos Humanos*, primavera, 1983, p. 13; y DEL TORO, «El nuevo delito de tortura», *La reforma del Derecho Penal* (obra conjunta), Barcelona, 1980, p. 293. Lo que deba entenderse por esta modalidad de tortura lo expresa AMNISTÍA INTERNACIONAL en su *Informe* de 1984, al señalar que se trata de «modernos métodos psicológicos de coacción extrema de los detenidos» (p. 14); lo que incluye —por expresa dicción del artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966—, el ensayo de técnicas de experimentación médica y científica sobre detenidos sin su libre consentimiento (p. 15). Sobre unos y otros métodos y sus efectos, vid. CAPARRÓS, «Efectos de la tortura sobre la personalidad», *Contra la tortura*, cit., pp. 165 ss.

(26) Este criterio de la gravedad, que se presta a las más arbitrarias valoraciones y que ni siquiera sirve adecuadamente, como luego se verá, al fin pretendido (que parece ser el de diferenciar la «tortura» de «otros malos tratos»), aparece asimismo recogido en las diversas definiciones —ya cit.— que se han elaborado en torno a esta institución, aunque no siempre bajo idéntica expresión; a veces se emplea, como índice de gravedad, la práctica «sistemática» de dolores físicos y mentales (Asamblea Médica Mundial); otras veces, con mayor imprecisión si cabe, se exige que el dolor, aparte de «cruel», sea «superior al que por razones personales y sociales puede sufrir normalmente la víctima» (?) (DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 293). Finalmente, en contra de esta exigencia, SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, pp. 167 y 168.

(27) La exigencia de la intervención de funcionario público en la práctica de la tortura parece decisiva para la configuración de esta conducta a la que, además, aparece vinculada históricamente. Ello no supone, como señala DEL TORO, exteriorizar una posición absolutamente anarquista fundada en «una especial comprensión del poder organizado» (*Ob. cit.*, p. 271); significa más bien la pretensión de dar una valoración separada y distinta a lo que por su especificidad lo merece. La tortura no puede, en efecto, identificarse con cualquier lesión de un particular por cruel y alevosa que ésta sea, porque exige ser valorada en el contexto que le es propio y que no es otro que el de las relaciones de poder —poder «pactado»— que ostenta el Estado respecto de los particulares, y fruto característico de su abuso. Y, como señala SAVATER en una reflexión muy certera, no es lo mismo la conducta individual

nes, de castigar, humillar, desacreditar o intimidar (28)— se declaran abiertamente idóneas para conformar también la esencia de aquellas otras especies menores de tortura y se dejara al intérprete la última

de quien «actúa de manera obcecada y criminal, pero por su cuenta» que la del «inquisidor de comisaría o de cárcel de máxima seguridad» que «es un funcionario público sostenido por nuestras contribuciones al Estado y que abusa del poder que en nuestro nombre se le concede e invoca nuestra seguridad como coartada», *Ob. cit.*, pp. 32 i.f.-33.

Es de destacar, en todo caso, que pese a ser un requisito habitualmente exigido en leyes y declaraciones internacionales relativas a la tortura, existen también textos que reclaman un entendimiento amplio de esta conducta. En este sentido, cabe citar el comentario elaborado por el Comité de Derechos Humanos el 27 de julio de 1982 en torno al artículo 7 del Pacto I. de derechos cívicos y políticos, cuando señala que en el mismo «se protege no sólo a los presos o detenidos, sino también a los alumnos y pacientes de instituciones educacionales o médicas ... aun cuando (los malos tratos) sean infligidos por personas que actúan fuera de la función pública o que no ejercen función pública alguna», cit. por AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe*, cit., Apéndice IV, p. 226. Una muestra de la efectividad práctica de esta recomendación ha sido la admisión por parte de la Comisión de Derechos Humanos del llamado «caso Campbell y Cosans», versante sobre la práctica de castigos corporales de carácter disciplinario en ciertos colegios escoceses. Sobre la resolución de este asunto y de otro similar interpuesto contra Reino Unido (demanda núm. 7907/77), susceptibles ambos de ser calificados como «tratamientos degradantes», Vid. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 854-855 y nota núm. 80. Como oportunamente se ha destacado, esa tendencia cada vez más generalizada de identificar la tortura con todo maltrato físico o psíquico de cualquier persona cumple una función específica no deseable: la de variar este término de significado, «si todo es tortura, nada es tortura», *La tortura en Euskadi*, cit., p. 26.

(28) Es de destacar como rasgo positivo de las modernas definiciones de tortura (en general, de las enumeradas) la aceptación de esta multiplicidad de motivos condicionantes de su práctica. No parece, de otra parte, haber tenido mucho éxito en la práctica de los órganos de la Convención de Derechos Humanos —en contra de lo que opina LIÑÁN NOGUERAS—, el criterio de hacer descansar la distinción entre la «tortura» y los restantes «malos tratos» en el criterio mixto de la finalidad (determinada finalidad) combinado con el de la gravedad de los sufrimientos inferidos. Y ello, pese a que la Comisión —como el propio autor cita— haya definido la tortura como «tratamiento inhumano que tiene por finalidad, por ejemplo, obtener informaciones o confesiones o infligir una pena y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano»; y también, a pesar de que al calificar de «tortura» los hechos que motivaron la causa de Irlanda del Norte contra el Reino Unido (combinación de cinco métodos de desorientación y privación sensorial de los calificados de «tortura blanca», tales como la colocación de los detenidos de pie contra la pared (el peso del cuerpo descansando sobre los dedos apoyados en el muro), cabeza encapuchada con un saco, sometimiento a ruidos constantes, privación de sueño y privación parcial de alimento) aludiera a su «muy neta similitud con los métodos de tortura sistemática conocidos desde hace siglos» (Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, *El detenido en el Convenio europeo de derechos humanos*, Universidad de Granada, 1980, pp. 96 ss.). Una muestra de ello lo ofrece —aparte de otros casos que se citan a lo largo de este capítulo— la solución otorgada por idéntico órgano al asunto *Donnelly*, también contra Reino Unido que, pese a las notables similitudes que presenta con el anterior, fue desestimado como contrario a los tratamientos del artículo 3. Si se acepta la explicación que ofrece SUDRE, cabría pensar que la razón de ser de esta última decisión debe buscarse en la actitud reticente que es lamentablemente característica de la Comisión en el enjuiciamiento de las demandas que se hacen a iniciativa de los particulares, *Ob. cit.*, p. 882. Lo que demuestra, cuando menos, que los criterios seguidos por aquellos órganos de

palabra para valorar en cada caso el grado de intensidad de los sufrimientos producidos y calificar así a su antojo, con ayuda de cualesquiera otros criterios adicionales, la naturaleza de los hechos que se sometieran a su juicio.

Una expresiva muestra de cuanto antecede la ofrece en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia establecida por la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, instituidos por los Estados contratantes del Convenio de 1950 para la protección de aquellos derechos (y de las libertades fundamentales) (29), entre los que figura, en su artículo 3, el de que «*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*»; una fórmula que, lejos de ser original —como ya se ha adelantado—, aparece recogida en cuantos textos le han precedido y cuantos le siguen en la prohibición de esas prácticas (30) y viene a reproducir, en idénticos términos, la problemática de su interpretación.

1. CRITERIOS DE APRECIACIÓN

La ausencia deliberada o no de directrices válidas por parte de otros organismos que habían tenido la iniciativa en la elaboración de tan desafortunada expresión (31) y la misma inconcreción que le es

carácter internacional son más variados y complejos. El que apunta LIÑÁN NOGUERAS, podría quizá aceptarse como válido para la configuración *prima facie* de los «tratamientos degradantes», como luego se verá.

(29) Este Convenio, firmado en Roma en 1950 ha sido ratificado por España y publicado en el *BOE* de 10-X-1977, lo que implica, de acuerdo con lo establecido por los artículos 1.º, 2.º de la Constitución y 96, 1.º del mismo texto legal de 1978, la vinculación de nuestro país a sus principios. Este, relativo a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes ha sido, en todo caso, recogido de forma expresa y con idéntica formulación por el artículo 15 de aquel texto fundamental. Un paso adelante en la protección efectiva de los derechos que vulneran estas prácticas supone respecto de este Convenio, el todavía proyecto de Convención europea contra la tortura que viene a suplir una de las principales insuficiencias de aquel otro instrumento legal, a saber, la de posibilitar que la vigilancia y control de aquellos supuestos se realice no ya *a posteriori* —que es cuando permite el vigente Convenio—, sino antes y durante su eventual ejecución. Sobre el alcance y pretensiones de este Proyecto, que aparecen resumidos en sus dieciséis artículos, vid. *Revista de Derechos Humanos*, primavera 1983, cit., pp. 39 y 40.

(30) Vid. la detallada enumeración que ofrece AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe* (1984), cit., pp. 27 a 29 y 222 ss.

(31) Es de observar, en efecto, que pese a la reiterada recomendación de Naciones Unidas de la utilidad de diferenciar la tortura de los otros conceptos vecinos (R. núm. 3.218, de 6-XI-1974, cit. por DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 268-269), todo cuanto esta organización ha aportado en orden al esclarecimiento y distinción de esos términos, aparecidos por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5), ha sido su imprecisa definición de tortura como «forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano y degradante» (art. 1, 2.º de la Declaración de 9-XII-1975) y la apostilla que en 1979 incorporó al Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, donde se limita a sugerir la interpretación de estos últimos conceptos como comprensivos de

característica, hacían temer en un primer momento por la falta de una línea coherente en el enjuiciamiento de los asuntos por parte de aquel Tribunal y aquella Comisión (32); hoy, ese temor se ha mostrado infundado y precisamente por ser «temible» su coherencia.

Siguiendo a Sudre, destacado comentarista de las decisiones de estos órganos (33), podrían resumirse de este modo, las líneas fundamentales de su actuación: El punto de partida viene representado por una diferenciación de conceptos en el seno del artículo 3 y consiguiente jerarquización de acuerdo con el criterio cualitativo de la «intensidad de sufrimientos infligidos», operación esta que va seguida de la fijación de sus correspondientes campos de aplicación con ayuda de lo que el autor califica como «criterios de apreciación relativa», llamados a valorar en el caso concreto las circunstancias internas y externas del asunto que se somete a su enjuiciamiento. La consecuencia final ha sido la de hallar un ámbito propio para cada una de aquellas nociones, lo que pudiera parecer deseable; ahora, la cuestión reside en valorar si los criterios que han servido para aquel fin, y el fin mismo obtenido son aceptables. Podría adelantarse ya que el juicio que merecen es, en todo caso, negativo.

El proceso merece ser, sin embargo, conocido.

Para comenzar, se distingue en relación al precepto en comentario (art. 3), tres niveles diferentes de maltrato que exigen cada uno un grado «determinado» de sufrimiento para ser franqueado y que se ordenan en sentido creciente, siendo la tortura la que ocupa el vértice más alto de esa relación jerárquica. Ello supone ya, respecto de la primera cuestión apuntada —«diferenciación de conceptos»—, dos consecuencias de orden primario: a) la exclusión de ciertas «brutalidades», como las califica Sudre (34), que no alcanzan el mínimo de gravedad requerido —éste viene representado por el «tratamiento degradante»—, pese a ser «moralmente» condenables; b) el que, para alcanzar la calificación de «tortura», los sufrimientos inferidos deben haber superado los niveles antecedentes de «degradantes» e «inhumanos», del mismo modo que este último estadio presupone el precedente. La propia Comisión, con motivo del *asunto griego* (35), había declarado que «toda tortura no puede ser más que un tratamiento

«la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental» (AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 225).

Tiene, pues, razón SUDRE cuando, a la vista de indicaciones tan exiguas, señala que todo lo que cabe deducir de ellas es que aquellos tratamientos son «menos» que la tortura, sin que ninguna otra precisión venga a esclarecer su específico alcance y contenido. *Ob. cit.*, p. 832.

(32) *Vid.* LIÑÁN NOGUERAS, *Ob. cit.*, p. 94.

(33) *Ob. cit.*, pp. 836 ss.

(34) La Comisión de Derechos Humanos las definía, sin pretensión de exhaustividad, en el sentido de que «podían tomar la forma de bofetadas o golpes dados con la mano sobre la cabeza o la cara», prácticas, añade SUDRE, que son «admitidas o consideradas como «normales» por la mayor parte de los detenidos», *Ob. cit.*, p. 837.

(35) Con motivo de las demandas, esta vez interestatales, presentadas por Dinamarca, Noruega y Suecia contra el régimen de los coroneles en 1970. Más ampliamente, SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 827-828.

inhumano y degradante y todo tratamiento inhumano no puede ser más que degradante».

De esta breve exposición resulta que la noción más autónoma de las que se someten a análisis es la de «penas y/o tratamientos degradantes», pues puede concurrir en principio, siempre que se franquee el límite mínimo de intensidad del sufrimiento requerido (?), y éste se halle motivado por una acción que humille o envilezca a una persona ante sus propios ojos o ante los de los demás (36). Los restantes conceptos quedan en una zona oscura e incierta, si se tiene en cuenta que el «tratamiento inhumano» —configurado como forma menos grave que la «tortura» (37)— es definida por la misma Comisión en base al principio de que «provoca *graves* sufrimientos mentales o físicos» (38).

Precisamente para evitar los efectos más indeseables de este criterio aisladamente considerado es por lo que —señala Sudre— los órganos de la Convención no proceden a su apreciación *in abstracto* sino en función del conjunto de circunstancias de las causas (39). La toma en consideración de esas circunstancias es lo que aquel autor califica como «criterio de apreciación relativa del límite de intensidad». Su análisis me parece decisivo.

Este criterio funciona sobre la base de dos parámetros de carácter distinto: uno, de orden interno y variable, que tiene en cuenta los datos que se detallan en cada asunto sometido a su análisis: naturaleza de los malos tratos, duración, efectos físicos y psíquicos sobre la víctima, edad, sexo, estado de salud, etc.; otro, que denomina «sociológico» y que es externo a la causa enjuiciada y de cierta permanencia, llamado a valorar el contexto socio-político en el que se inscribe el asunto considerado.

Lo que deba entenderse aquí por «contexto socio-político» lo describe con todo lujo de detalles el autor francés en una interpretación que parece coincidir con el parecer expresado por la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos, como luego se verá. Para Sudre, ese parámetro sociológico «permite tener en cuenta la evolución de las sociedades democráticas desde 1950..., si (entonces) convenía afirmar los derechos fundamentales contra el Estado, treinta años más tarde,

(36) Por *tratamiento degradante* entiende la Comisión el que «humilla al individuo gravemente ante otros o le impulsa a actuar contra su voluntad o su conciencia». Esta noción fue posteriormente ampliada con motivo del *asunto Patel* y otras veinticuatro demandas presentadas contra el Reino Unido por personas de origen asiático, en el sentido de incorporar como una nota más del concepto y suficiente para constituir esta clase de trato el que la víctima se sienta *humillada, rebajada ante sí misma*, sin necesidad de que trascienda a otros, cfr. SUDRE *Ob. cit.*, pp. 840 y 841 y nota núm. 46.

(37) Cfr. *supra*, la definición de Naciones Unidas (nota núm. 31) e *infra* la de la Comisión de Derechos Humanos (ncta núm. 172).

(38) Según la Comisión, la noción de *tratamiento inhumano* cubre, por lo menos, un tratamiento que provoca voluntariamente graves sufrimientos mentales o físicos y que ... no puede justificarse», cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 840.

Es de observar cómo este concepto ha absorbido, al ser sinónima, la expresión de trato cruel que figura en diversas declaraciones de alcance internacional, vid., nuevamente, AMNISTÍA I., *Informe*, cit., pp. 27-29.

(39) *Ob. cit.*, pp. 842-843.

importa sobre todo proteger a las sociedades democráticas europeas o a los derechos que ellas garantizan contra los peligros del terrorismo...». «Se trata —afirma— de conciliar los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de salvaguarda de los derechos individuales...», «el parámetro sociológico... fija así el límite entre los atentados a los derechos individuales que son necesarios (?) para la protección de la sociedad democrática y los que no lo son. La apreciación del límite de intensidad ... se hará, pues, en función de este parámetro: las consecuencias, como el mismo Sudre reconoce, no son pequeñas» (40) ... «el peso de los intereses contradictorios del Estado y del individuo es confiado a la sola sabiduría de los jueces de Estrasburgo» (41).

Siguiendo con el esquema de explicación teórico que habíamos iniciado es interesante valorar el alcance de los efectos que la aplicación de ese «criterio de apreciación relativa» —tan mediatizado por valoraciones de índole política— produce en su seno: de un lado, como es obvio, permite hacer descender o elevar el límite de franqueamiento del artículo 3 en función de la gravedad, esta vez, de la amenaza que pesa sobre el cuerpo social: cuanto menos perceptible sea esta amenaza, menos elevado será el límite mínimo de sufrimiento requerido y más fácil será la calificación de «tratamiento» del artículo 3; e inversamente, cuanto más gravemente amenazada (por el terrorismo u otros factores de desestabilización) se vea la sociedad democrática en cuestión, más crecerán también los límites de intensidad exigidos por el artículo 3, así como la tolerancia hacia la violación de los derechos humanos implicados (42); de otra parte, y en el terreno concreto de las categorías más graves de maltrato descritas en aquel precepto («tratos inhumanos» y «tortura»), al ir elevándose gracias a las supuestas necesidades de protección de la sociedad los límites requeridos para alcanzar aquellas calificaciones, su ámbito queda notablemente reducido, en especial el de la tortura, que termina por hacerse inoperante para su aplicación a los asuntos, de la gravedad que sean, provenientes de países donde rige una democracia formal. Como señala Sudre, «el campo de aplicación de la tortura... se limita a los casos extremos (régimen dictatorial, guerras civiles o internacionales) y no permanece en la práctica más que el tratamiento inhumano», si bien sólo «aplicable a situaciones asimismo excepcionales» (43).

2. SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Lamentablemente, la doctrina y jurisprudencia de los órganos de la Convención han confirmado hasta ahora la validez de esa interpretación teórica. Ello puede apreciarse a partir de un breve recorrido, necesariamente crítico, a través de los diferentes campos de aplicación que aquellos órganos han reservado a los conceptos enumerados en el artículo 3.

(40) *Ob. cit.*, pp. 844-845.

(41) *Ob. cit.*, p. 846.

(42) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, v. 846.

(43) *Ob. cit.*, pp. 846-847.

En lo que se refiere a la noción de *penas o tratamientos degradantes*, que es la que parece gozar de una mayor protección por su parte, ésta se manifiesta efectiva cuando se trata de conductas aisladas donde no se ventilan conflictos importantes que afecten a la seguridad del Estado (ciertas formas de discriminación racial o de descrédito social o incluso, supuestos de castigos corporales acompañados de humillación pública...) (44) y va debilitándose a medida que están motivadas por supuestas necesidades de represión ... de parte de personal policial o penitenciario que puedan ser justificadas en la defensa de «los intereses de la sociedad». Esta última actitud de consciente indiferencia —que, a veces, se apoya en la ausencia de pruebas relevantes (45); otras, en la falta del grado de severidad requerido (46) (expediente de muy fácil recurso)— se refleja, sobre todo, en relación a los derechos de las personas privadas de libertad (condiciones materiales de detención, medidas vejatorias acompañadas o no de sevicias, insuficiencia o negligencia en los cuidados médicos en prisión...) (47), y tiene

(44) Este se considera, de otra parte, el campo de aplicación «propio» o «natural» de la noción de *pena o tratamiento degradante*. Merecen ser examinadas en este apartado, las decisiones de los órganos de la Convención con motivo del mencionado *supra*, caso *Patel* o el de *Albert y Le Comp. te contra Bélgica* o el de *X*, transexual alemana, contra la República Federal o bien los más conocidos asuntos *Capbell y Cosans* cit. *supra* y el de *Tyrer*, ambos contra el Reino Unido. En este último asunto, que versaba sobre la aplicación de la pena de fustigación en la Isla de Mann, el Tribunal de Derechos Humanos en S. de 25-IV-1978 declaró esta práctica constitutiva de «pena degradante», despreciando el argumento de que la misma hubiera sido aplicada desde hacía largo tiempo y encontrara general aceptación en la opinión pública. Al parecer este supuesto cubría ese *plus*, exigido por estos órganos del Consejo de Europa, en cuanto a la violación de la dignidad humana, sin alcanzar, sin embargo, como se hacía constar en la decisión aludida, el grado de intensidad requerido para constituir tratamiento inhumano o, desde luego, tortura. Cfr. sobre todo ello, ampliamente, SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 850-855; también, GARCÍA DE ENTERRÍA y otros en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 79-80.

(45) Así, en la demanda núm. 4.220/69 de *X* contra Reino Unido —cit. por SUDRE— en que se alegaban las mordeduras de un perro policial, brutalidades, etc..., *Ob. cit.*, p. 864 y nota núm. 112. Es de lamentar, en todo caso, como señala LIÑÁN NOGUERAS, la pasividad que la Comisión adopta ante este difícil problema, *Ob. cit.*, pp. 102-103.

(46) Cfr., por ejemplo, el caso *J. M. Reed* contra Reino Unido, en que el demandado se quejaba de ser continuamente golpeado por sus guardianes, de ser víctima de observaciones sarcásticas, etc. ..., o bien el asunto de similares características de *A. Hilton* contra idéntico país, en que además concurrían motivaciones raciales. En ambos casos, sin embargo, la Comisión desestimó la violación del artículo 3. Vid. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 865 y notas números 114 y 115.

(47) Este constituye, podría decirse, un ámbito «indirecto» de protección a cargo de los órganos del Consejo de Europa, en tanto que no se estima que el tratamiento de las personas privadas de libertad esté comprendido propiamente en el campo de defensa de los derechos que ampara la Convención.

Los principios formalmente expuestos por la Comisión en este terreno y, más concretamente, en lo relativo a la ejecución de la pena de prisión, pueden resumirse en la exigencia de un *plus* de humillación o envilecimiento respecto de los que habitualmente conlleva aquella pena y un elemento sub-

su manifestación más precisa en el ámbito de las *penas o tratamientos inhumanos*. Es esta noción, en todo caso, la que ofrece el objeto de análisis más interesante.

En su campo de aplicación *natural* (48), dos supuestos han sido particularmente estudiados y elaborados por las decisiones de la Comisión y el Tribunal del Consejo de Europa. Se trata de las demandas presentadas con motivo de la aplicación de regímenes especiales de aislamiento celular y de malos tratos a detenidos y presos.

En cuanto a lo primero, es sabido que estas condiciones de detención se engloban entre los métodos de desorientación sensorial y psicológica que se califican como «tortura blanca», dirigidos a «quebrantar la personalidad, disminuir la identidad personal y minar el equilibrio físico de cualquiera» (49) y están prohibidas, bajo ciertas condiciones, por el Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (50).

Es de destacar, asimismo, que la propia Comisión de Derechos Humanos ha manifestado, al margen ya de aquellas prescripciones básicas de Naciones Unidas (51), su condena formal hacia estos supuestos de incomunicación celular, cuando van acompañados de un aislamiento

jetivo específico que exprese la voluntad directa de humillar el detenido, requisitos ambos que conocen una cierta flexibilidad cuando se trata de personas sometidas a prisión preventiva (cfr. *caso Simon Herald* contra Austria, relativo a un supuesto de insuficiencia y negligencia en cuidados médicos, en SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 859-860, notas núms. 99 y 100). A salvo estos casos, su posición en la práctica puede decirse estrictamente negativa. Así, en los *casos Reed y Hilton* contra Reino Unido, ya mencionados, y otros que cita SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 861 ss. y LIÑÁN NOGUERAS, como el *asunto Kiss* contra aquel mismo país, *Ob. cit.*, p. 103.

(48) Existe asimismo un ámbito «marginal» para la aplicación del concepto de pena o trato inhumano que se refiere, como en el caso anterior, a derechos no tutelados directamente por la Convención y que abarca cuestiones relativas a la duración de la detención y expulsión o extradición de extranjeros, esta última escasamente atendida por la Comisión por alcanzar a materias de orden público interno y externo. Ampliamente sobre ello, SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 866 a 869; y GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *Ob. cit.*, p. 80.

(49) Esta definición contenida en el *informe Dejardin* (Comisión de cuestiones políticas) sobre la protección de personas privadas de libertad contra la tortura y los tratamientos o penas crueles, inhumanos y degradantes (Consejo de Europa, 20-IX-1983) es recogida por SUDRE, *Ob. cit.*, p. 872, nota núm. 133. *Vid.* también ampliamente sobre los efectos de esta clase de tortura, 1975, *Tortura en R.F.T.* Colectivo editoriale 10/16, Milano, 1975, pp. 19 y ss.

(50) Esta resolución, adoptada por el primer Congreso de Naciones Unidas el 30-VIII-1955, contiene, en su artículo 31, una prohibición absoluta de la aplicación como medida disciplinaria del «encierro en celda oscura» y, en cuanto a las penas de aislamiento, prevé la exigencia de un informe médico previo que certifique que el recluso pueda soportarlas (art. 32, 1.º). Cfr. AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 222.

(51) Este órgano ha declarado expresamente el valor indicativo que para sus decisiones tiene ese conjunto de reglas básicas sobre el tratamiento de los detenidos, con lo que pretende reafirmar su autonomía en la interpretación del artículo 3 del Convenio. *Vid.* SUDRE, *Ob. cit.*, p. 858. Sobre los peligros inherentes a esta actitud de la Comisión, claramente exteriorizada en su decisión de 11-XII-1976 (*asunto Eggs* contra Suiza), *vid.* LIÑÁN NOGUERAS, *Ob. cit.*, p. 873.

social y sensorial *absoluto* (52). Ello no le ha impedido, sin embargo, negar la calificación de *tratamiento inhumano* —y también la de *degradante* (53)— a un caso tan representativo de aquellas características, como el de *Kröcher y Möller contra Suiza*, que merece ser descrito: condiciones durante varios meses de detención separada en celdas no contiguas en un piso de la prisión no habitado por otros detenidos, ventanas de la celda ciegas a fin de impedir toda vista del exterior, iluminación artificial permanente, prohibición de todo contacto entre sí y con otros detenidos y de visitas, prohibición de prensa, radio y ejercicio físico, vigilancia constante por circuito interno de televisión (54).

La Comisión justificaría la ausencia de violación del artículo 3 desde tres ángulos diferentes: en cuanto a las condiciones objetivas de aislamiento, rechaza que pueda ser calificado de «total» y sí, más bien, de «casi-total» (no suficientemente grave, por tanto) al no poder afirmar —dice— si «la prisión, la parte del edificio en el cual han sido detenidos los demandantes y su celda individual han podido llevar a crear un aislamiento sensorial susceptible de constituir una forma de tratamiento que no pudiera justificarse por razones de seguridad» (55). Respecto del fin perseguido, la Comisión reitera ese argumento. Al exigir la «intención deliberada de provocar sufrimientos», ello le permite declarar que, en este caso, aquellos sufrimientos no estaban destinados a «castigarles, destruir su personalidad o quebrantar su resistencia» (56), sino que su objetivo «era exclusivamente el de la seguridad». Finalmente, la Comisión, haciendo uso del parámetro «sociológico» al que hemos hecho referencia, hace recordar «la situación general del terrorismo» en esas fechas (otoño de 1977) (57).

Parecidos criterios han sido aplicados por los órganos de la Convención al segundo de los supuestos enumerados: el de malos tratos infligidos a presos y detenidos por personal penitenciario o miembros de las fuerzas armadas o de la policía. Aquí, es de destacar la interpretación tan peculiar como rebuscada que la Comisión ha dado al requisito de la finalidad. Partiendo de la exigencia de que los sufrimientos sean causados de propósito, buscados deliberadamente, este órgano ha denegado la calificación de *tratamiento inhumano* —y, desde luego, de *tortura*— a las conductas violentas de funcionarios aplicadas sobre detenidos que han mantenido una actitud de provocación o incluso de simple resistencia, aunque no medie entre ambas una relación de proporcionalidad (58). Para apreciar la existencia de aquel requisito, la Comisión parece requerir la constancia de una pasividad de la víctima

(52) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 873.

(53) Al considerar que los respectivos campos de aplicación de una y otra noción no pueden mezclarse y su valoración debe hacerse separadamente, cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 878.

(54) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 875, nota núm. 145.

(55) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 876.

(56) *Vid.* también parecida argumentación desde esta perspectiva en el asunto *S. Bonzi contra Suiza*, en SUDRE, *Ob. cit.*, p. 877, nota núm. 153.

(57) Cfr. detalladamente en SUDRE, *Ob. cit.*, p. 876, nota núm. 151.

(58) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 879-880.

frente a las brutalidades de que es objeto —una muestra la ofrece el caso *Zeidler-Kornmann contra R. F. A.*— (59), así como un empleo organizado de la violencia que denote un plan preestablecido, planificado y tolerado (60) de represión (lo que califica como «práctica administrativa» de malos tratos). No se conoce hasta el presente, afirma Sudre, ningún asunto en que se haya calificado de *tratamiento inhumano* la realización de violencias aisladas, accidentales (no sistemáticas o generalizadas) (61).

La presencia de aquella «práctica administrativa» se estima ya, de otra parte, un índice de la gravedad del caso que se enjuicia, si bien, como ha habido ocasión de apreciar con motivo del conocido *asunto de Irlanda del Norte contra el Reino Unido* —donde se denunciaba la aplicación combinada de cinco técnicas de desorientación y sufrimiento psicológico y físico por parte de la policía (R.U.C.) a presuntos militantes del I.R.A.— (62), esa gravedad no ha aparecido de suficiente intensidad, esta vez al Tribunal de Derechos Humanos, para declarar la existencia de *torturas*. La razón de esta decisión jurisprudencial debe probablemente buscarse en el consabido criterio sociológico.

A él había recurrido la Comisión precisamente en su informe sobre este mismo asunto en relación con el planteado con motivo de la dictadura de los coroneles en Grecia: «La situación general del caso griego, que se refería a los actos cometidos en nombre de un régimen dictatorial o bajo él, contra sus adversarios políticos, no es de ninguna manera comparable —había manifestado la Comisión— al presente asunto que trata de actos cometidos bajo un gobierno democrático que se esfuerza por restablecer y mantener la paz y el orden en una situación peligrosa» (63).

(59) En este asunto, en que el demandante, detenido en un prisión de Tegel, en Berlín, denuncia haber sido colocado, tras una disputa con un guardián, en régimen de aislamiento, maltratado después y finalmente abandonado desnudo, con una camisa de fuerza, la Comisión desestima la instancia: en primer lugar, por estimar que las brutalidades aplicadas tenían su origen en el comportamiento mismo de la víctima que se había resistido violentamente a ser trasladado a la mencionada celda de aislamiento, y también porque, apoyándose en lo anterior, considera que los actos no se ejecutaron en aplicación de un «plan preconcebido», requisito éste que, como se verá, considera necesario para la clasificación de «trato inhumano», cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 879-880.

(60) Si bien este requisito es interpretado al modo en que acostumbra la Comisión, en sentido muy estricto, no considerando suficiente que esta actitud se encuentre en un nivel intermedio o inferior de la jerarquía de mando (vgr. al nivel de un oficial responsable de una comisaría de policía o de un puesto militar) y exigiendo un grado de tolerancia oficial más amplio y de mayor constancia: «Que las autoridades superiores no hagan nada para hacer cesar estos actos o castigar a sus autores y oponga la inercia a las denuncias». Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 882 y 883.

(61) *Ob. cit.*, p. 880 i.f.

(62) Cfr. *supra*, nota núm. 28.

(63) La llamada «razón de Estado» de los Estados Democráticos. Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 883, 884.

3. CONCLUSIÓN

Estas consideraciones finales vienen a corroborar, una vez más, la pretensión antes denunciada de hacer desaparecer la tortura, incluso ya a nivel conceptual, de nuestro entorno socio-político. No basta exigir una práctica más o menos sistemática, más o menos preconcebida o tolerada de sufrimientos, de violencia institucional, se necesita además un contexto preciso que no puede ser nunca el de los Estados democráticos.

Tiene, pues, razón Sudre cuando afirma que «la tortura ha quedado excluida —conceptualmente, se entiende—, salvo paréntesis espacio-temporales, de la Europa Occidental...» (64), pero se equivoca cuando justifica esa exclusión *ex iudice* en la maniquea diferencia de trato que debe merecer «el terrorismo de Estado» de los sistemas dictatoriales y «la lucha de un Estado democrático contra la acción terrorista» (65); y se equivoca, porque el terrorismo de Estado también es posible por legitimado que se presente —la realidad lo enseña— en lo que él califica como regímenes democráticos.

III. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y PENAL DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES

1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En nuestro país, la todavía reciente Constitución de 1978 que proclama la existencia de un nuevo Estado democrático y garantizador de derechos y libertades fundamentales, contiene, en su artículo 15, una prohibición expresa de la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes (66). Con esta fórmula, que reproduce casi literalmente el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o, si se quiere, el más próximo artículo 3 del Convenio Europeo arriba enunciado, se viene a romper una larga etapa constitucional de más de un siglo de silencio en torno a la siempre necesaria proscripción de tales prácticas que muy probablemente se entendía ya realizada, siquiera sea por vía indirecta, a través de la protección no olvidada de la dignidad humana, la vida o la integridad personal (67).

(64) *Ob. cit.*, pp. 888 i.f.-889.

(65) *Ob. cit.*, p. 886.

(66) Para un análisis comparado de los diferentes sistemas adoptados para la prohibición de la tortura en las Constituciones actuales de gran número de países, vid. DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 266 ss. Es de observar, que en nuestro país se ha acogido una fórmula que, en sus términos estrictos coincide fundamentalmente con la que figura en los textos fundamentales de diversos Estados africanos (Kuwait, Uganda, Kenya, Rhodesia...), *Ob. cit.*, página 268.

(67) *Vid.* PERIS, *Ob. cit.*, p. 283; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Español*, P. G. Barcelona, 1984, p. 64. También, RODRÍGUEZ MOURULLO,

Con todo, lo cierto es que a partir de principios del pasado siglo y durante años tampoco las leyes llamadas a materializar la sobreentendida prohibición de torturas y malos tratos han sabido o querido ofrecer el cauce adecuado para su efectiva evitación y condena.

En efecto, con excepción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que vino a cumplir con particular acierto su misión de ofrecer garantías procesales al detenido frente a cualquier coacción o abuso que pudiera darse en el curso de la investigación policial o judicial (68), la mayor parte de los Códigos penales españoles han ignorado, casi sistemáticamente, la exigencia de tratar bajo una normativa apropiada este fenómeno singular de la tortura, que no pocas veces se ha visto contrariamente favorecido por la promulgación de una profusa legislación excepcional «de orden público» (69) o bien, dentro del ámbito

«Protección constitucional de la vida». *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Semana de Derecho Penal en Memoria del Prof., J. Pareda (obra conjunta)*, Universidad de Deusto, 1983, p. 129.

(68) Estas garantías, cuyo respeto se exige expresamente a los jueces en el curso de las investigaciones que realicen —pero que deben estimarse también vinculantes para los miembros de la llamada «policía judicial: artículo 283 LECrim.—(Vid. PERIS, *Ob. cit.*, pp. 288 ss.), están detalladas en los artículos 386 ss. de aquel texto legal y pueden resumirse, las más relevantes, en la prescripción de recibir declaración en el plazo más breve posible (art. 386), sin juramento previo (art. 387), que debe versar sobre el hecho concreto, sin que puedan utilizarse en el interrogatorio modos capciosos o sugestivos ni en caso alguno coacción o amenazas (art. 389) aun cuando el acusado guarde silencio (art. 392), dándole al mismo el tiempo requerido para descansar y recobrar la serenidad si la hubiere perdido (art. 393), pudiendo incurrir, policía y jueces, en responsabilidad disciplinaria y, en su caso, penal si no observan el procedimiento legalmente establecido (arts. 297, 3 y 394). Es de destacar, asimismo, el valor relativo que esta ley otorga a la confesión, en otro tiempo «reina de las pruebas» y hoy carente de eficacia decisiva para inspirar válidamente un juicio de condena, como cabe deducir de los artículos 406 y 820 de LECrim. En este sentido, CHAMORRO, «La tortura. Aspectos legales», en *Contra la tortura*, cit., pp. 234 y 235.

Otra cuestión diferente es la efectividad extralegal que la información obtenida a través de este medio de prueba tenga en la práctica, es decir, el que, como señala PERIS, sean precisamente «las versiones de los hechos que se derivan de los interrogatorios ... las que normalmente sirven de base y fundamento para dictar sentencias en materia criminal, *Ob. cit.*, p. 285. En muchos casos, este ilegal proceder por parte de jueces y tribunales aparece encubierto y legitimado por el entendimiento ilimitado de que es objeto el principio de «íntima convicción del juzgador» que rige en materia de prueba. Sobre ello, vid., MAQUEDA ABREU, «Problemas constitucionales de la prueba», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (RFD.ºUCM), núm. 65, primavera de 1982, pp. 213 ss. Esta interesante cuestión es particularmente objeto de tratamiento en STS de 10 de diciembre de 1983. R. 6510 y STC de 16 de diciembre de 1985. «B.O.E.» 15-I-86.

(69) Para una completa relación de leyes y decretos-leyes sobre orden público y terrorismo, que parte de la época de transición a la democracia española, vid. GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica de la política penal en orden público», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, Madrid, 1982, pp. 66 ss. A ella cabe añadir la no menos continuista L. O. 8/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55, 2 de la Constitución («B.O.E.» de 3-I-1985), que será comentada detenidamente en páginas posteriores de este trabajo.

penitenciario, por la aplicación de medidas disciplinarias acogidas por las respectivas leyes y reglamentos (70).

2. LA REGULACIÓN PENAL DE LA TORTURA. PRECEDENTES

En lo que a los Códigos penales se refiere —que va a ser motivo preferente de análisis—, cabe afirmar que, con la salvedad representada por los de 1822, 1844, 1850 y 1928 y ya recientemente por la Ley de reforma de 17 de julio de 1978 que incorporó un artículo inculminador de la tortura al Código actual, los restantes textos penales han omitido en sus disposiciones toda regulación específica particularmente relevante de aquella conducta, a no ser el precepto de alcance muy limitado que proscribía, bajo pena de suspensión, el uso de privaciones indebidas o rigor innecesario hacia presos y sentenciados por parte de los funcionarios de prisiones (71). Esta disposición, que ha

(70) Es de destacar, en este sentido, el artículo 404, 8.º del antiguo Reglamento de Prisiones de 2-II-1956, donde se autorizaba el empleo de «malos tratos de obra» respecto de los reclusos si se juzgaban *necesarios* para someterlos a la obediencia. Esta disposición encontraba su complemento en los artículos 104,2.º y 453, que autorizaba el empleo de pistola automática para casos especiales (Para un análisis optimista de este Reglamento, *vid.* SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, pp. 134 ss.). El actual de 8-V-1981, pese a proscribir la tortura, los malos tratos de palabra o de obra y el rigor innecesario para con los internos, permite asimismo, en su artículo 123, el uso de medios coactivos —en su mayoría proscritos por el Conjunto de Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (art. 33)— tales como el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los sprays de acción adecuada y las esposas, para impedir actos de evasión y de violencia y *también* de resistencia pasiva a las órdenes del personal penitenciario (*vid.* en relación al art. 45 de L.G.P.). Únicamente aparece prohibido por la Ley, en forma expresa, la utilización de armas de fuego por parte de los funcionarios en el desempeño de sus tareas de vigilancia (art. 45, 4.º), excepción ésta que ha sido recientemente subsanada, en concreto para la cárcel de máxima seguridad de Herrera de la Mancha, por la Orden de la Presidencia de Gobierno de 26-X-1983, que encomienda a los Cuerpos de Seguridad del Estado la inmediata custodia y vigilancia interior de este establecimiento. *Cfr.* GARCÍA VALDÉS, «La legislación antiterrorista: derecho vigente y proyectos continuistas», *R.F.D.ºU.C.M.*, núm. 6 (monográfico), 1985, p. 237. En cuanto a las medidas disciplinarias generales que contempla el moderno Reglamento, pueden decirse acordes, a diferencia de las anteriores, con el artículo 32 de aquellas Reglas Mínimas, donde se autoriza el empleo de sanciones de aislamiento bajo vigilancia médica y en celda no oscura. *Vid.* *Ordenamiento Penitenciario Español*, 2.º ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 75 ss. A estas garantías (art. 112, 1.º y 4.º) se suma en nuestro país en la actualidad la actividad de control del Juez de Vigilancia en los asuntos penitenciarios (art. 76 L.G.P.). No obstante, es de observar que en la práctica, muchas de estas garantías no se muestran todavía efectivas; así consta, por ejemplo, respecto de las medidas de incomunicación en las llamadas «celdas negras» que siguen existiendo y utilizándose en las prisiones españolas. *Vid.* ampliamente, en *Revista de Derechos Humanos*, primavera de 1983, p. 38.

(71) Aparece recogido en la actualidad en el Tít. II, Cap. II, Secc. 2.º, en el artículo 187, 5 del Código penal. El reducido círculo de autores que contempla este tipo penal, así como su carácter localizado, determinan que su campo de aplicación sea muy estrecho y poco relevante a los efectos de una inculminación general de la tortura (o incluso, si se quiere, de los

sobrevivido a las diferentes reformas penales desde 1848 hasta llegar intacta a la actualidad (72), ha conocido, por lo demás, una práctica escasa y poco efectiva, como resultado de la interpretación demasiado amplia e interesada de que han sido objeto términos tan relativos como lo que deba estimarse *debido* o *necesario* en cada circunstancia para mantener el orden, la disciplina o la obediencia en los centros penitenciarios (73).

Junto a ella, aquel texto legal contenía, bajo la amenaza de suspensión y multa, un imperativo genérico dirigido esta vez a todo «empleado público» para que en el desempeño de sus actos de servicio se abstuviere de cometer «cualquiera vejación injusta contra las personas o (de usar) ... de apremios ilegítimos e innecesarios...» (74). Con

tratos inhumanos o degradantes, a cuyo concepto se adecúan más fielmente, de acuerdo con los criterios de gravedad analizados *supra*). A idénticos fines, resultan definitivamente inidóneos los artículos 178 a 181 de este texto legal. En el mismo sentido se manifiesta DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 276, y CHAMORRO, *Ob. cit.*, p. 231.

(72) En efecto, a partir del Código penal de 1848 (art. 267, 3.º), los de 1850 (art. 296, 3.º), 1870 (art. 213, 6.º), 1932 (art. 201, 5.º) y 1944 (art. 187, 5) han recogido sin alteraciones sustanciales esta disposición, a veces entre los «abusos contra particulares» de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos (C. p. de 1848 y 1850) y, por lo general, entre los «delitos contra la Constitución» (C.p. de 1870 y 1932), con la excepción del C. p. de 1944, que, como es sabido, substituyó aquellas rúbricas por la de «delitos contra la seguridad interior del Estado», que permanece en vigor hoy día y que será más adelante objeto de comentario.

(73) Es de observar, en este sentido, la interpretación tan estricta que ofrece la STS. de 14-X-1976 del término «rigor innecesario». Según el Tribunal Supremo «es preciso que el recluso hubiese sido objeto por parte del funcionario de trató áspero o severo *sin otra justificación* que su malévola y cruel intención».... A continuación, podría figurar, pues, como eventual «justificación» la de obtener obediencia, mantener el orden o la disciplina, con lo que quedaría vacío de contenido el artículo 187, 5.º del C.p., siendo así que estos intereses, en ningún caso, deben ser estimados más valiosos que, por tanto, prevalecer sobre otros como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona. Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1972, pp. 326 y 327. Aparte aquella sentencia, cabe citar dos más antiguas, una estimatoria del mencionado «rigor innecesario» frente al Alcaide de cárcel que colocó a la expectación pública a un preso con grillos en los pies, atados los brazos por detrás y con unas gallinas colgadas de los hombros (S.T.S. 6-VI-1877) y otra, más acorde al proceder de nuestros días, que negó aquella calificación a la conducta de un funcionario que, tras haberle inferido un penado lesión a un vigilante produciendo tumulto en la cárcel, encerró a algunos en el calabozo y después de amarrar a dos con una cadena, los amenazó con un revólver y les pegó con un bastón de hierro. El T. S. en S. de 22-V-1888, estimó rigor *necesario* para imponer el orden Cfr. *Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1983, pp. 419 y 420. Modernamente, este precepto ha sido objeto de una interpretación más elaborada por parte de la STS de 5 julio de 1985 (R. 3960), donde, previa definición de los términos *privaciones indebidas* («despojo, impedimento a utilizar o ejercer los derechos y facultades que los reclusos tienen») y *rigor innecesario* («dureza y severidad desproporcionada con la normativa del régimen penitenciario»), se condena a tres de los doce funcionarios procesados por los sucesos de Herrera de la Mancha (cfr. *infra*, nota núm. 83 del texto).

(74) Tít. VIII, Cap. VIII, art. 291, 1.º del C.p. de 1848 que pasaría a ser el artículo 300 del C.p. de 1850. Más tarde, el C.p. de 1928, Tít. V, Cap. VI,

el tiempo, sin embargo, esta prescripción penal —que muy probablemente tenía su origen en el Código precedente de 1822, en cuyo articulado se prohibía expresamente el uso de cualquier maltrato de obra o de palabra o de otra violencia contra una persona por parte de funcionario público (75)— terminaría por hacerse inaplicable para eventuales actos de tortura o maltrato, al circunscribirse su esfera de aplicación al ámbito más restringido de la intimidad de las personas (76).

Han tenido que pasar, pues, muchos años para ver regulado de nuevo y esta vez con perfiles más precisos —aunque no por ello más correctos— el delito de tortura.

Su tipificación como figura independiente en el Código penal (artículo 204 bis), que recibió en una época todavía de transición política (1978) el desacostumbrado acuerdo de todos los grupos parlamentarios del Congreso (77), daría formalmente por terminada una larga etapa de denuncias sordas (78) y, a su pesar, de concienciación pública de la práctica frecuente de violencias sobre detenidos y presos por parte, sobre todo, de los funcionarios de policía, a veces con el concurso y casi siempre ante la indiferencia de jueces y fiscales.

Esto último les sería repetidamente reconvenido a partir de 1968, por el entonces fiscal del Tribunal Supremo, Herrero Tejedor, que recordaba en sus Memorias la obligación legal que incumbía a estos funcionarios de controlar y limitar, bajo su responsabilidad, la actuación policial (79). De otra parte, las escasas sentencias que datan de esas fechas evidencian claramente una actitud reacia a castigar con la necesaria dureza la realización de esta clase de hechos, lo que unido a la falta de un instrumento penal idóneo daría como resultado la aplicación de penas verdaderamente simbólicas (80).

artículo 450 recogería una disposición similar, donde se incriminaba con penas de inhabilitación especial de dos a seis años y multa, sin perjuicio de las correspondientes a los hechos realizados de ser constitutivos de delito, al «funcionario público que, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, empleare o haga emplear sin motivo legítimo, violencias innecesarias para la ejecución de los actos propios de su cargo».

(75) *Vid.* Tit. VI, Cap. VII, arts. 497-499.

(76) Así, a partir del C.p. de 1870, cuyo artículo 215, 3.º, refería ya la vejación injusta a la realizada por funcionario público «con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano», disposición que pasaría después al artículo 205, 3.º, del C.p. de 1932, para desaparecer posteriormente.

(77) *Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 94, 21-VI-1978, pp. 3545 a 3549.

(78) Resultan ilustrativas, en este sentido, las sentencias de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo (Contencioso-administrativa) de 15 y 23 de marzo de 1965 dictadas con motivo de un caso de denuncia de tortura realizadas sobre un detenido vasco en comisaría. Para su comentario, *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 236 ss.

(79) *Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo* de los años 1968 (pp. 170 ss.), 1969 (pp. 206 ss.) y 1974 (pp. 127-128), *cit.* por DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 273.

(80) Como es sabido, antes de la entrada en vigor del art. 204 bis —y aún hoy cuando se trata de actos que no se hallan inspirados en la motivación demasiado restringida que impone el tipo o no cumplen las exigencias en él descritas— la calificación penal aplicable es la del delito común realizado, con la agravante de «prevalimiento de carácter público» del artícu-

Pero lo cierto es que, en la actualidad, pese a la apariencia de un cambio radical de actitudes ante el fenómeno de la tortura —lo que incluye primeramente la falsa voluntad política de su erradicación— poco o nada ha cambiado sustancialmente (81). El sensible aumento de garantías procesales habidas en los últimos años (ley de asistencia al detenido, *habeas corpus*...), convenientemente recortadas desde el propio Parlamento en circunstancias que se saben de especial riesgo para el detenido, no ha servido, como podía preverse, de protección eficaz frente a la tortura (82) y la tutela penal que era de esperar por parte de jueces y tribunales se ha estimado, con toda evidencia, insu-

lo 10,10.º. Esta solución legal debe estimarse inadecuada para expresar el desvalor característico de los hechos constitutivos de tortura (en otro sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 277 y 286), entre otras razones, porque el amplio arbitrio que deja el juzgador —hacia abajo, no hacia arriba— permite prescindir, en todo caso en las faltas pero también en los delitos (mediante la compensación con otras circunstancias, v. gr.: art. 61, 3.º), de la nota agravatoria que —se le llame abuso de poder, de cargo o de función...— es inherente a los mismos. Una muestra significativa de los resultados del ejercicio de esa discrecionalidad judicial la ofrece la STS de 4-III-1964 (R. núm. 424 de *Jurisprudencia Criminal*), donde se condena a un inspector de policía a la pena de arresto mayor y multa, conforme al artículo 420, 4.º por las lesiones internas (intensas hemorragias y rotura de la mucosa del recto) que requirieron operación urgente, y externas, causadas a un detenido de resultas de un puntapié (!) («de tal fuerza», se dice) en la región perineal. El Tribunal Supremo aprecia la agravante del artículo 10, 10.º (porque la condición de autoridad del agresor «impidió o al menos dificultó o debilitó la humana reacción de legítima defensa) pero la compensa «racionalmente» con la atenuante preterintencional del artículo 9, 4.º. Cabría, además objetar a esta calificación —supuesta la compatibilidad de aquella agravante del artículo 10, 10.º con la alevosía (cfr. CORDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 676-677)— la no estimación de esta última circunstancia calificadora expresamente prevista en el pfo. último del art. 420 del C. p.

Téngase en cuenta, además, lo dicho *supra* en nota núm. 68 i.f.

(81) Sirva como testimonio de ello el último *informe* de un organismo tan solvente como AMNISTÍA INTERNACIONAL (1984), donde se afirma que «durante el período 1980-1983 ... la tortura y el maltrato de detenidos en España fueron continuos ... El Gobierno no ha realizado una investigación propia, amplia y pública ... Los jueces y los fiscales pueden visitar las comisarías ... pero en la práctica esto ocurre muy pocas veces. Los tribunales no han reaccionado ante querrelas judiciales incluso cuando estaban apoyadas por pruebas médicas...» (pp. 185-187). Tienen, pues, razón los que afirman que «la tortura sigue constituyendo aquí, hoy ... un instrumento de actuación política» ... y que lo único que ha cambiado es que «para utilizar este *instrumento*, el Estado ha tenido que adaptarlo a la nueva situación constitucional haciendo un recorrido de ajustes rápidos, reformando sus leyes y dando nuevos nombres a viejos vicios...». Cfr. MARTÍNEZ FRESNEDA, «La Ordenanza nueva de la tortura», en *Teoría y presencia de la tortura en España*, cit., pp. 44 i.f.-45 (subrayado del original).

(82) Olvidaba, por cierto, la exposición de motivos de la propuesta socialista presentada para la tipificación del delito de tortura referirse a esta vía excepcional de vaciamiento de garantías que tan fructífera se ha mostrado en los últimos años en las democracias occidentales, cuando señalaba en 1977 que «en un Estado de Derecho (no conseguido todavía en esa etapa constituyente) ... no es necesario tipificar el delito de tortura, BOC, núm. 52, 24-I-1978, p. 938.

ficiente (83) sin que, en muchos casos, ello pudiera atribuirse a las numerosas deficiencias que presenta el mencionado artículo 204 bis del Código penal.

3. LA PROPUESTA DE LEY SOCIALISTA DE 20-IX-1977 PARA LA TIPIFICACIÓN DE LA TORTURA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Aquel precepto, incorporado al Código penal antes de la aprobación de la Constitución de 1978, tuvo su origen en una Proposición de Ley socialista de 20 de septiembre de 1977 (84) que, con dudoso criterio y peor técnica legislativa, pretendía la creación de tipos cualificados de lesiones, amenazas y coacciones (en los artículos 422 bis, 495 bis y 496,3, respectivamente), en los que la agravación de las penas se hacía depender en cada caso de que las respectivas acciones delictivas hubieran sido realizadas «en el interrogatorio del perjudicado, en procedimiento judicial o durante la investigación policial o sobre persona privada de libertad por los encargados de su custodia y disciplina» y «con el fin de obtener una confesión» o bien «pruebas contra tercero», previéndose además, para el supuesto de que el responsable fuera

(83) Pueden citarse, por conocidas, la oscura sentencia del caso *Almería*, donde ni siquiera se planteó por el tribunal la posibilidad de que los hechos fueran constitutivos de tortura y se calificaron de homicidio atenuado por la concurrencia de eximentes incompletas de cumplimiento de un deber y obediencia (vid. STS. 16-V-1983, en *Rev. «La Ley»*, núm. 700, 16 de junio de 1983; y el comentario a la misma de ZUGALDIA ESPINAR, «La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas», en la misma revista, pp. 1 ss.); o la sentencia absolutoria de la secc. 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso *Arregui* (por estimar el tribunal que «todo lo relativo a los interrogatorios y custodia (quedaba) envuelto en una nebulosa...»), o la de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en el caso de los doce funcionarios implicados en los sucesos de *Herrera de la Mancha* donde fueron absueltos del delito de tortura y condenados, sólo nueve de ellos por el de «rigor innecesario» del artículo 187, 5.º del C. p. Para una mejor información sobre estos y otros casos, vid., MARTÍNEZ FRESNEDA, *Ob. cit.*, pp. 39, 46, 47, 48 ss. 62 ss. y 77 ss. También, BERISTAIN, *Ciencia penal y criminología*, Madrid, 1985, pp. 232 y 233. Más datos sobre los supuestos que refiere el autor en *Diario «El País»* de 28-X-1984, p. 23.

En julio de este año, la Sala II del Tribunal Supremo ha resuelto en casación anular las dos últimas sentencias, remitiendo la primera al Tribunal *a quo* para que sea revisada y completada en sus aspectos más sustanciales (Vid. STS. de 5 julio 1985, R. 3985), y modificando la calificación de la segunda a delito de tortura del art. 204 bis del C. p. que imputa a nueve de los doce primeramente procesados. (Vid., ampliamente, STS. de 5 julio 1985, R. 3960). A esta actitud respetable del Tribunal Supremo cabe añadir también la de las Audiencias Provinciales de Bilbao y San Sebastián por las sentencias dictadas el 29 de marzo y el 26 de mayo de 1983, respectivamente en los casos Onaindía y Cazalis. Vid. los datos detallados de esos sumarios en «*Diario 16*» de 28-X-1984, pp. 5 y 6. La primera de estas sentencias fue recurrida y ha sido confirmada en casación por el Tribunal Supremo (vid. «*El País*» de 13-VII-1985). Asimismo merece ser citada la STS de 10 mayo 1985, R. 2462.

(84) Cit. *supra*, en nota núm. 82.

funcionario (?), la pena de inhabilitación absoluta. Junto a ello, se proponía la incorporación al Código penal de dos nuevas faltas pensadas para quienes, estando investidos de la cualidad de funcionarios, infringieran las normas de procedimiento contenidas en los artículos 389,2 y 3 y 393 de la LECrim. relativas al interrogatorio de los procesados (que pasaría a estar recogida en el artículo 583,7) y los que, siendo o no funcionarios, causaren en las circunstancias antes enumeradas lesiones que no impidieren al ofendido realizar su trabajo habitual ni requirieran asistencia facultativa alguna (que vendría a dar un núm. 2 al art. 582, pese a ser una mera reiteración del núm. 1 del art. 583). Esta última disposición iba acompañada por la previsión de la pena de suspensión para el caso de que el sujeto activo fuese funcionario público y precedida de otra en que se autorizaba la conversión a delito de la falta de lesiones leves con la pena de inhabilitación absoluta, para idénticas circunstancias (art. 422 bis, 3 y 4).

Frente a la opinión de Del Toro que califica de «razonable» esta propuesta y cabaz de haber permitido «una verdadera persecución de los verdaderos supuestos de tortura, pese a no constar —dice el autor— que fuera esa su pretensión» (85), cabe señalar, por el contrario, que era ese precisamente el objetivo declarado por la proposición socialista (86), si bien imposible de alcanzar, toda vez que el concepto de tortura de que parte resulta inservible, por anacrónico, para abarcar la realidad actual, tan variada y compleja, de este fenómeno.

En efecto, parece difícil ignorar —y de hecho nadie lo ignora— que la realización de violencias físicas o psíquicas sobre detenidos y presos —situación que parece evocar con carácter exclusivo la propuesta en comentario— puede obedecer a motivaciones distintas de la de obtener una confesión o testimonio, tales como intimidar, castigar, desacreditar o humillar, sin que por ello pierdan su naturaleza de «torturas». No en vano aquellas finalidades aparecen comprendidas en todas las definiciones modernas que se ofrecen de esta particular conducta (87) y no existen razones que avalen su exclusión de una propuesta orientada a su punición si no es un injustificado descuido del legislador o peor aún, la intención deliberada de restringir tanto sus oportunidades de comisión que termine por hacerse excepcionalmente aplicable en la práctica. Esto último es particularmente factible cuando los malos tratos se realizan en medios penitenciarios donde cobran especial sentido aquellas otras motivaciones diferentes de la tradicional confesión.

Asimismo, resulta en exceso limitada por la proposición legal —a veces, como probable consecuencia del criterio final elegido en la creación de los tipos—, la misma selección de conductas que lleva a efecto como susceptibles de agravación, al omitir en la relación ofrecida los casos de muerte preterintencional o no de la víctima, mutilaciones o aborto o bien, atentados a la libertad sexual (violación, abusos deshonestos...) que, como es sabido, tienen en su actual regulación penal una

(85) *Ob. cit.*, p. 279.

(86) *B.O.C.* de 21-1-1978, cit., p. 938.

(87) *Cfr. supra*, nota núm. 28.

consideración separada y más grave que la de un simple atentado a la libertad de voluntad.

E incluso, el criterio situacional elegido para configurar el marco típico de los actos constitutivos de tortura podría someterse a discusión, pues nada se opone en principio a calificar de tal los hechos lesivos de la integridad y la libertad de una persona que no se encuentre en el curso de una investigación «oficial» ni, por tanto, en cualquiera de las situaciones procesales que parece evocar la propuesta de ley. Ello no significa, en todo caso, la pretensión de dar una extensión ilimitada al delito de tortura ni tampoco condicionar su calificación a la especificidad intimidatoria, violenta o, si se quiere, alevosa de sus métodos pero genérica de su uso (88); significa más bien el intento de delimitar esta forma particular de conducta a partir de su inserción en un contexto preciso, por lo demás históricamente reservado a ella, que es el de la relación Estado-individuo, adecuando posteriormente su ámbito a las situaciones en que la dominación característica de aquella relación se hace más absoluta y es más insoportable el estado de indefensión, de inseguridad del particular, lo que no implica *en todo caso* la exigencia adicional de que el mismo se halle en el curso de un proceso legal de investigación policial o judicial o bien de anticipo o ejecución de una pena judicialmente impuesta. Quizá podría emplearse aquí el concepto de «enajenación» para ayudar a esclarecer el grado de dominación requerido en la tortura: es preciso que la víctima se encuentre aislada y sin intermediario posible (89), *en manos del agresor, a su merced*; y éste, por la precisión antedicha, debe ostentar como requisito mínimo e indispensable la condición de funcionario público.

También, pues, desde esta perspectiva debe estimarse criticable la técnica legislativa empleada por la proposición socialista para tipificar la tortura. En efecto, el procedimiento seguido para la agravación de conductas susceptibles de ser calificadas bajo aquel concepto a través de preceptos diseminados por todo el Código penal y sin otro punto de enlace que criterios de orden espacial o circunstancial o, a veces, del fin perseguido (90), termina por hacer perder el necesario sentido unitario que los hechos constitutivos de tortura deben tener y que se logra en mayor medida refiriendo aquella multiplicidad de conductas o/y otras a un tipo penal específico que, bajo un fundamento sólido —que puede ofrecerle la idea de «abuso de poder» por parte de funcionario público—, contemple con mejor criterio aquello que se quiere prohibir.

(88) En este sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 271.

(89) Sobre esta idea, a mi entender correcta, *vid.*, SAVATER, *Ob. cit.*, páginas 24 ss.

(90) Como se desprende de la lectura de esta propuesta de ley, el criterio final de obtener una confesión o pruebas contra tercero», se omite en su art. 4 relativo a las coacciones causadas «en el curso de interrogatorio judicial o durante la investigación policial o sobre la persona privada de libertad por los encargados de su custodia. Cfr. B.O.C., cit., p. 939.

4. EL NUEVO DELITO DE TORTURA

Esto último puede considerarse ciertamente un logro positivo de la moderna regulación del delito de tortura (91), donde éste figura como precepto único —art. 204 bis del Código penal— entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

Aquí, aquella noción de «abuso de poder», que se invoca también por la doctrina como *ratio iuris* del precepto (92), da la primacía —como señala Rodríguez Devesa— al ataque de las libertades y derechos consagrados por la Constitución... por quienes están llamados más que nadie a defenderla y explica su colocación sistemática entre los delitos contra el orden constitucional, en lugar de configurar, como se hacía en la propuesta originaria, delitos o faltas cualificados de lesiones, amenazas o coacciones» (93).

Es importante, con todo, no perder de vista en el empleo de un criterio tan poco aprehensible como éste del «abuso de poder», que con él no se quiere aludir, en ningún caso, al abuso de funciones conferidas al funcionario *respecto del Estado*. Esta interpretación, que podría encontrar sustento en la rúbrica más general de «delitos contra la seguridad interior del Estado» que preside aún hoy los atentados contra los derechos reconocidos constitucionalmente (94) y que se ha utilizado, en ocasiones, como posible explicación de la benignidad de las penas que es característica de aquellos atentados cuando son cometidos por funcionario público (95) —así también en la tortura—, no

(91) Cuya redacción parte del dictamen de la Comisión de Justicia sobre la proposición de ley socialista, ya mencionada. B.O.C. núm. 109, de 15 de junio de 1978, p. 2360, 2361.

(92) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, P. E.*, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 600. También, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Ob. cit.*, p. 130.

(93) *Derecho Penal, P. E.*, 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 716.

(94) Esta rúbrica, que es «flagrante expresión del pensamiento autoritario del legislador de 1944» (OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1979, p. 256, nota núm. 954; también, GARCÍA RIVAS, «Título XIX: Delitos contra el sistema constitucional», *Propuesta de Anteproyecto de Código penal* (obra conjunta), *Documentación Jurídica*, Madrid, 1984, p. 1266), supuso una ruptura con la tradición personalista de los Códigos precedentes que contemplaban los delitos que hoy se regulan bajo ella como «delitos contra la Constitución» (Así también, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Madrid, 1975, p. 347; BUENO ARÚS, «Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución», *Propuesta ... cit.*, pp. 1311, 1312).

El «planteamiento estatalista» que tal rúbrica comporta es susceptible de ser superado, sin embargo, mediante una interpretación alternativa que entienda la «Seguridad del Estado» como «expectativa en una correcta actuación de los órganos e instituciones del Estado...», como «la seguridad que deben tener los ciudadanos en que el Estado ajuste su actuación a las normas fundamentales o constitucionales aprobadas por ellos democráticamente». Cfr. MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 530.

(95) Así, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 580. También, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, *cit.*, pp. 351-352.

puede sostenerse más que desde un punto de vista crítico si no se quiere caer en una visión transpersonalista del Estado que encubra su vocación totalitaria y defensiva (96). Así pues, cuando aquí se utiliza la noción de *abuso* por parte de los funcionarios públicos no es respecto del Estado como ente integrador de la función pública, pues no es su prestigio ni la estimación de su imagen lo que importa, sino, *referida a los particulares*, por el ataque cualificado que su actuación ilícita comporta para los derechos más fundamentales de éstos, lo que en definitiva supone también para todo el cuerpo social la frustración de su expectativa de que aquellos que están a su servicio se comporten de acuerdo con la legalidad constitucional vigente (97).

Pero sí, como se ha señalado, la situación sistemática del delito de tortura es hoy más afortunada que antes pese a las contradicciones de que adolece el título en que se inserta, no puede decirse tanto de su regulación material, que ha heredado muchos de los defectos existentes en la propuesta de ley que le precedió; lo que supone afirmar ya de antemano su incapacidad para responder a la necesidad declarada por sus artífices de castigar adecuadamente toda «práctica coercitiva» o de «malos tratos» contra las personas (98). Una nueva proposición de ley, esta vez del Grupo Mixto del Congreso, recientemente aparecida y que será comentada en las páginas que siguen, vendrá a subsanar en alguna medida aquellos defectos (99).

Consta el precepto en estudio —art. 204 bis— de cinco apartados fundamentales donde se contempla, bajo la amenaza de penas a menudo poco elevadas— la conducta de la autoridad o funcionario público que, en el curso de una investigación policial o judicial y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los *delitos*

(96) *Vid.* en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pp. 189 ss. y 210 ss.

(97) *Vid.* ampliamente, OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pp. 223 y 243.

(98) Cfr. *Diario de Sesiones* de 21-VI-1978, cit., especialmente, pp. 3546 y 3549. Esta resuelta actitud de todos los Grupos parlamentarios por compartir la «paternidad del precepto, por emplear los términos en que se expresaba el diputado de UCD, Díaz Fuentes (p. 3547), contrasta, sin embargo, con otra propuesta de menor éxito presentada, esta vez, por Coalición Democrática con motivo de la discusión del Proyecto de Ley sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en la que se pretendía por aquel Grupo la licitud de «las intromisiones o ingerencias por el uso de drogas y otros medios de narcoanálisis para llegar al conocimiento de la verdad en investigaciones policiales o judiciales y no con fines estrictamente terapéuticos». Curiosamente, el empleo de estos métodos de violentación se considera como una de las formas refinadas de tortura mental de nuestros días. *Vid.* ampliamente sobre ellos, FIORELLI. *Ob. cit.*, 2, pp. 277 ss.; RIVACOBAY y RIVACOBAY, *Prólogo*, cit., p. XLII; CAPARRÓS, *Ob. cit.*, p. 163; J. de ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Régimen constitucional español*, I, Barcelona, 1980, p. 144.

(99) *Vid.* Sección Legislativa, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante *ADP y CP*), enero-abril, 1985, pp. 185 ss. Esta proposición fue rechazada por el Congreso en junio de 1985.

(100) La distinción entre ambos conceptos normativos, por lo demás íntimamente relacionados entre sí, viene descrita en el artículo 119 del C. p. Para una amplia definición y delimitación de los mismos, *vid.* CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, II, pp. 725 ss.

contra la vida, la integridad o la libertad de las personas previstos en los Cap. I y IV del Tít. VIII y Cap. IV del Tít. XII del Código penal o las faltas de lesiones o de amenazas o coacciones leves contenidas en los artículos 582, 583,1 y 585, respectivamente, o bien sometiére al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad; así como la de aquellas autoridades o funcionarios de instituciones penitenciarias que realizaren esos delitos o esas faltas respecto de detenidos o presos. Por último, se recoge con criterio particularmente explícito, cuando es menos necesario, un supuesto de comisión por omisión para los casos en que «*la autoridad o funcionario, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en los párrafos precedentes*».

4 a) *Análisis del tipo del artículo 204 bis*

En el examen de la *tipicidad objetiva* de este delito, cabe destacar primeramente su carácter de delito *especial*, dada la condición de autoridad o funcionario público (100) que se exige en su autor. La infracción de un deber legal —extrapenal— inherente a la función, que es característica de estos delitos (de funcionarios) —y que aquí aparece vinculada a la inobservancia de las normas que rigen el proceso de investigación policial (101) o judicial o bien, la custodia y vigilancia penitenciarias (102)— determina una agravación relevante de su injusto y consecuentemente de sus penas en relación a los tipos comunes correspondientes. Precisamente, el que aquella circunstancia no sea fundamentadora de su punibilidad sino sólo agravatoria, determina su naturaleza de *delito especial impropio* (103), cuyas consecuencias en orden a la coautoría y participación de extraños serán descritas más adelante.

Se ha objetado sin razón a este precepto, que en su primer apartado deja sin delimitar suficientemente el círculo de autores cualificados para cometer las acciones descritas en el mismo, al haberse omitido toda precisión que permitiera atribuir aquella cualidad «de manera exclusiva y excluyente» a «las autoridades y funcionarios públicos que por razón de su cargo realizan ... la investigación policial o judicial», a saber, la mal llamada «policía judicial» (104) y los jueces y fisca-

(101) Pese a la ausencia de normativa específica relativa a la «forma» en que debe llevarse a cabo el interrogatorio policial (tanto en la LECrim. como en su propio reglamento orgánico: SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, p. 131), debe entenderse que les vinculan las garantías mínimas que aquella ley procesal establece en sus arts. 387 ss. para la investigación judicial (así también, el autor citado, pp. 132-133 y PERIS, *Ob. cit.*, pp. 288 ss.).

(102) A ellas, y a su necesaria sujeción de parte de la actividad penitenciaria se refiere el art. 2 LGP, *Ordenamiento...*, cit., p. 11.

(103) Así, STRATENWERTH, *Derecho Penal, P. G.*, trad. de G. Romero, Madrid, 1982, p. 76. En idéntico sentido, WELZEL, *Derecho Penal Alemán, P. G.*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez Chile, 1976, p. 94.

(104) Su amplísima definición y ámbito en art. 283 LECrim.

les (105). De esta forma, afirma Del Toro, «si cualquier autoridad o funcionario, por ejemplo un ministro sin cartera o un empleado... de pompas fúnebres logra infiltrarse en el curso de una investigación judicial o policial (será) sancionado por el párrafo primero del artículo 204 bis», del mismo modo, continúa el autor, que «si la autoridad o funcionario... que rige la investigación policial o judicial *permitiese* —según el último párrafo...— *que otras personas ejecutasen los hechos previstos* y entre esas otras personas hubiese, por ejemplo y de un lado, mercenarios quizá expertos en torturas y, de otro el hipotético ministro sin cartera o el señalado funcionario municipal, aquellos mercenarios no estarán incluidos en el tipo del artículo 204 bis, pero sí serán sancionados los dichos empleados públicos, por cuanto el párrafo primero *no limita la condición de empleado a la profesional para realizar legítimamente la investigación judicial o policial*» (106).

En mi opinión, las consecuencias que extrae este autor de la interpretación del precepto —por lo demás, «insatisfactorias» y contrarias a la más «elemental lógica jurídica», como él mismo reconoce (107)—, no parecen obligadas y sí, por el contrario, incorrectas. Es de observar, en efecto, que si lo característico de la estructura de lo injusto de los delitos especiales reside como se ha afirmado en la infracción de un deber que respecto de determinados bienes jurídicos (los que se contemplan en la previsión normativa al efecto) tienen determinados sujetos (por ello sujetos «especiales») parece obvio que la selección de estos últimos por parte del legislador no puede hacerse de forma arbitraria y general sino en razón a las singulares relaciones (de protección o garantía) que les vinculan de forma especial con aquellos bienes jurídicos que se pretenden tutelar (108).

Y, desde esta perspectiva, resulta impropio señalar, en cuanto al precepto en estudio, la existencia de un deber especial por parte de todo funcionario público —sea ministro sin cartera o empleado de pompas fúnebres, por citar los ejemplos del autor— respecto de la seguridad del particular que se halle «en el curso de una investigación policial o judicial»; y más correcto, por el contrario, afirmar que el mencionado deber compete únicamente a aquéllos que, por razón de su función —policial o judicial—, están encargados, por expreso mandato legal, de realizar —o velar porque se realice— correctamente (109) la investigación de los delitos. La singular relación de dependencia que en el curso de ese procedimiento ostentan los derechos del detenido —en definitiva, su seguridad— respecto de la actuación de esos fun-

(105) Así, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 283.

(106) *Ob. cit.* (subrayado del original), pp. 283-284.

(107) *Ob. cit.*, p. 283.

(108) En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal, P.G.*, I, Madrid, 1985, p. 42.

(109) Cfr. *supra*, notas núm. 68 y 101. Afirmación ésta que, por lo demás, encuentra un apoyo decisivo en el pfo. último del art. 204 bis donde figura como exigencia típica expresa de la autoría en este delito la de que la autoridad o funcionario público infrinja los *deberes de su cargo*...

cionarios en concreto, fundamenta sobradamente ese deber especial de salvaguarda que les compete.

Por ello, también, es común admitir sin reservas la figura de la *comisión por omisión* en relación a este delito. En efecto, se adopte un criterio formal, clásico, para la determinación del deber de garante que tome como fuente la ley (*teoría formal del deber jurídico*) o bien, una perspectiva material, más adecuada, que haga descansar aquel deber en la función de protección que compete a ciertas personas respecto de determinados bienes jurídicos cuya integridad queda bajo su dependencia personal (*teoría de las funciones*) (110), no cabe dudar de la posición de garante que ostenta el funcionario —sea policial, judicial o, en su caso, penitenciario— del artículo 204 bis respecto de los bienes jurídicos que en este precepto se tutelan. Su conducta, pues, de permitir o no evitar que otros lesionen esos bienes jurídicos deberá ser calificada de autoría en comisión por omisión de un delito de tortura (111). Esta previsión aparece recogida, por lo demás, en forma expresa por el apartado último del artículo 204 bis (vid. *supra*) que opta en este caso por una técnica de tipificación de la comisión por omisión poco deseable y deseada por la doctrina española en general, que muestra su preferencia por la creación de una cláusula genérica, al estilo de la que consagra el par. 13 del StGB alemán, en la que, subsanados los defectos más sustanciales que aquélla presenta, se regule adecuadamente esa polémica figura (112).

Pero, volviendo de nuevo a la problemática concreta que suscitaba Del Toro en cuanto al párrafo primero del precepto en estudio, cabe señalar, a la vista de las observaciones precedentes, que sólo podrán ser sujetos activos de los delitos contemplados en el mencionado párrafo los llamados por la ley para asistir, garantizando su correcto desenvolvimiento, al proceso de investigación de los delitos (y faltas, por supuesto) —en definitiva, pues, los funcionarios de policía y judiciales—; y, por tanto, que la pretensión legislativa de limitar el marco de las conductas típicas descritas en el artículo 204 bis, 1.º a las rea-

(110) Cfr. por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal*, P. G., Barcelona, 1948, p. 263.

(111) Cfr. *infra* en texto correspondiente a las notas 196 ss. En este sentido, deben reputarse de todo punto innecesarias cuando no infundadas (vid. art. 12)— las precisiones que la reciente propuesta del Grupo Mixto pretende incorporar al nuevo precepto de tortura y que parten de una diversificación exhaustiva de responsabilidades que, en muchos casos están ya previstas en otros lugares del Código (así a través de los arts. 359 y 371) y en otros pueden obtenerse a través de la figura de la comisión por omisión en sus formas dolosa e imprudente. Vid. en particular arts. 8 y 12 de la proposición de ley, *Sección Legislativa*, cit., pp. 187-188. Idéntica crítica merece, por tanto, a mi entender, la regulación que en este sentido incorpora al art. 14.4 del C. p. argentino la Ley 23.097 (BO 29-10-84).

(112) En este sentido, MIR PUIG, *Ob. cit.*, p. 256 y en *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de Jescheck, Barcelona, 1981, II, p. 846; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 585; ZUGALDIA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del pfo. 3 del art. 489 bis del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante CPCr., número 24, 1984, pp. 572 y 573, entre otros.

lizadas «en el curso de una investigación policial o judicial» tiene asimismo por finalidad la de concretar, recortándolo, el círculo de posibles autores cualificados para su ejecución.

No otra conclusión cabe obtener, además, del análisis de la propuesta de ley que sirvió al legislador de 1978 de modelo —sólo perfeccionado en cuanto a su técnica (113)— para la tipificación del delito de tortura (114), ni tampoco de la que modernamente ha presentado el Grupo Mixto del Congreso para una reforma sustancial del artículo 204 bis donde, pese a mantenerse los términos con que se inicia el artículo (115), se hace constar, en exposición de motivos, que sus beneficiarios principales son «los *funcionarios policiales o judiciales* que quieren cumplir precisamente la misión de ser los auténticos garantes de las libertades y derechos de los que somos titulares todos los ciudadanos» (117).

Ciertamente que las consideraciones precedentes, obtenidas de un examen de la regulación existente (*de lege data*) en torno a este delito, no obstan —como se ha hecho constar en otro lugar de este trabajo— a la conveniencia de revisar, ampliándolo, el marco típico que el mismo presenta en la actualidad. Así, en relación a otras conductas de maltrato —piénsese en el *caso Cazalis* (117)— que no se producen en el curso de una investigación «oficial» sino oficiosamente en lugares aislados o clandestinos donde la víctima queda o pueda quedar —como en la comisaría o la prisión— a disponibilidad del funcionario, a su merced (118). Estos supuestos son los que seguramente pretende abar-

(113) Como se expresa en el trámite de aprobación del texto que pasaría a convertirse en el art. 204 bis del C. p. *Diario de Sesiones de 21-VI-1978*, cit., p. 3545.

(114) Así lo reconoce también, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 284.

(115) Literalmente: «La autoridad o funcionario público que, en el curso de una investigación policial o judicial...», *Sección ... cit.*, p. 186.

(116) *Sección ... cit.*, p. 186.

(117) Según la narración de los hechos relativos a este caso, J. Cazalis, vasco de veintiún años, fue detenido por una patrulla de la Guardia Civil bajo la sospecha de que podía estar implicado en un atentado perpetrado por ETA ese mismo día (13-VI-1980); fue introducido en un Land Rover y conducido al monte Orio donde procedieron a interrogarle y torturarlo. Sólo después fue trasladado a la Comandancia de la Guardia Civil donde volvió a ser interrogado pero sin maltrato. Con todo, sus autores serían condenados por el art. 204 bis por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Cfr. *Supra*, nota núm. 83. *Vid.* también un supuesto similar en STS. de 10 mayo 1985, R. 2462, ya cit.

(118) De la misma opinión, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 283. Sin embargo, no deben quedar comprendidas en el concepto de tortura, a mi entender, otras prácticas policiales de violencia donde la víctima tenga posibilidad de defensa por sí misma o con la ayuda de otros (*vid. supra*). La alevosía, pues, debe ser una nota constitutiva de este delito. En consecuencia quedarán fuera de su ámbito, por lo común, las violencias de la policía realizadas con motivo, por ejemplo, de enfrentamientos callejeros, más aún si no están personalizadas. En otro sentido, parecen pronunciarse J. de ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Ob. cit.*, p. 144. No es ese el caso, sin embargo, de las situaciones de maltrato que se realizan, previa detención, aprovechando el aislamiento y la indefensión, en general, del sujeto pasivo. Así, en los supuestos denunciados de maltrato por parte de cuerpos especiales de vi-

car la moderna propuesta de ley del Grupo Mixto cuando en su artículo 6 estima «bastante» para considerar tortura, el que «la autoridad o funcionario ... cuenten con *poder de hecho sobre la víctima*» (119).

Asimismo merece ser revisada la selección misma de los sujetos cualificados para ser autores del delito de tortura; y si se aceptan como válidas las innovaciones de esta última proposición legislativa (120) y, en particular, los principios de ética médica adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas de 18-XII-1982 (121), incluir en el elenco existente —policía judicial, jueces y fiscales— a los funcionarios médicos encargados de la atención de personas presas o detenidas; por lo demás, el cuerpo de la policía judicial es tan amplio, según la relación que ofrece la vigente LECrim., que no precisa ser complementado a tales efectos (122).

No me parece, sin embargo, de recibo la propuesta genérica del Grupo Mixto de acoger a los particulares como posibles sujetos activos de esta singular figura delictiva (art. 5) (123). La tortura debe seguir siendo un delito de funcionarios, por las razones tantas veces apuntadas (124). El Código penal contiene, además, instrumentos adecuados para valorar suficientemente cualesquiera conductas de maltrato, provenientes de particulares, donde concurra abuso de superioridad (ar-

gilancia nocturna de la policía municipal (*vid.*, por ejemplo, los recientemente recogidos en el Diario «El País» de 7-IX-1985, p. 17 y 12-X-1985, p. 22). Ciertamente que muchos de estos casos quedarían fuera del marco del art. 204 bis por estar motivados, quizá, por finalidades distintas de las de obtener declaraciones de los detenidos.

(119) «Es indiferente señala el art. 6 de esta propuesta— que la detención tenga fundamentos legales o que el detenido o preso se encuentre jurídicamente a cargo de la autoridad o funcionario, (es) bastante con que éstos cuenten con poder de hecho sobre la víctima». *Sección ... cit.*, p. 187 (subrayado mío en el texto). Así también, expresamente, en el art. 144, 3.º del Código penal argentino recientemente reformado por Ley 23.097 (BO 29-10-1984), en donde parece haberse inspirado aquella propuesta.

(120) *Vid.* art. 9 i.f., donde pese a todo, no se propone, respecto de los funcionarios médicos una imputación de autoría en comisión por omisión, sino una mera tipificación agravada de la omisión de denuncia que se contempla en el art. 338 bis, 2.º y que se hace expresa en relación a los delitos comprendidos en el art. 204 bis. *Sección...*, cit., p. 187.

(121) Se trata de los seis principios relativos al papel del personal de la salud, particularmente médicos, en la protección de presos y detenidos contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradante, recogidos en Apéndice V del *Informe* de AMNISTIA I., de 1984, cit., pp. 227-229.

(122) Téngase en cuenta que acoge no sólo a la policía de seguridad o a la Guardia Civil, sino también a la policía municipal urbana o rural, guardas de montes, funcionarios del Cuerpo Especial de Prisiones, etc..., hasta ocho categorías diferentes (art. 283 LECrim.). Este precepto permanece en vigor tras la reciente publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, donde se anuncia simplemente la creación de unidades de policía judicial dependientes ya de jueces y fiscales. *Vid.* arts. 443 ss.

(123) *Vid.* art. 5, *Sección...*, cit., p. 187. Asimismo, el art. 144,3 nuevo (1984) del Código penal argentino, cit.

(124) Cfr. *supra*, nota núm. 27.

título 10,8), alevosía (art. 10,1) o, en su caso, ensañamiento (art. 10,5), (aparte los arts. 406 y 420 i.f.). Por ello, debe también rechazarse la expresión «robo acompañado de torturas», incorporada al artículo 501,4 por la reciente reforma parcial de este texto legal por Ley de 25 de junio de 1983, que ha venido a sustituir —«con dudoso acierto», afirma Muñoz Conde (125), y yo creo que sin ninguno— a la anterior de «violencia o intimidación manifiestamente innecesarias para la ejecución del hecho» (126). Nada tienen en común, de otra parte, la «violencia innecesaria» con la tortura, aunque a veces (art. 187,5), esta nota de la necesidad haya servido de indicador para establecer el límite entre lo que debe estimarse violencia legal y sus excesos, que constituirían violencia no permitida por el ordenamiento jurídico y eventualmente, maltrato característico de la tortura. Obviamente, estas consideraciones no afectan para nada al artículo 501,4 donde más bien parecía aludirse a la circunstancia de ensañamiento del artículo 10,5 (126 bis).

En cuanto al ámbito concreto de conductas que describe el artículo 204 bis —delitos contra la vida del art. 405 a 409, contra la integridad del art. 418 a 427 y contra la libertad del art. 493 a 496 bis—,

(125) *La reforma penal de 1983* (obra conjunta con QUINTERO OLIVARES); Barcelona, 1983, p. 164. Según el mencionado autor, la expresión utilizada en este precepto debe ser interpretada como «provocación de malos tratos o de dolor para la consecución del delito que no llegan a tener la entidad de las lesiones tipificadas en los números anteriores» (p. 164). Es claro que esta socorrida definición del término «tortura», que puede ser adecuada al contexto en que debe ser entendida, no se ajusta en ningún caso a la esencia de esa práctica singular, tal y como viene descrita en el art. 204 bis del C. p. Así también, RUIZ ANTÓN que, tras destacar el carácter perturbador de este término en el marco del art. 501 —a su juicio, sería bastante el posible recurso a la circunstancia de ensañamiento del art. 10,5 del C. p.—, propone un entendimiento del mismo similar al que sugiere Muñoz Conde, si bien con la previa exigencia de que «los padecimientos psíquicos o los sufrimientos causados ... fuesen de gran intensidad». «Los robos con violencia o intimidación en las personas», *Comentarios a la legislación penal*, cit., II, pp. 1101-1102. Por su parte, el Tribunal Supremo que ha tenido ocasión recientemente de interpretar aquella expresión, lo ha hecho en el sentido de entender por tortura «el infligir al ofendido ... o a personas ajenas al delito; sufrimientos físicos o morales, martirizándoles o atormentándoles» (S. 10 marzo 1984 —R. 1.729— y 29 junio 1984 —R. 3.712—), o también, que «torturar equivale a atormentar, a causar dolor físico o corporal, congoja o aflicción del ánimo», pudiéndose agregar a la vista de la sentencia de este Tribunal de 19 septiembre 1983 (R. 4.553), que aquellos sufrimientos «pueden causarse "con motivo" del robo. . o "con ocasión", es decir, cuando el dolor de dicha víctima surge episódicamente o como una incidencia de la ejecución revelando la crueldad, inhumanidad y sadismo del agente o los agentes, los cuales, con verdadero "lujo de males", infieren padecimientos, innecesarios o i.o, al sujeto o sujetos pasivos...» (S. 4 mayo 1984 —R. 2.470—). El requisito de su necesidad o no para la ejecución del robo ha sido asimismo tratado sin precisión por la S. de 7 noviembre 1983 —R. 5.465—. Sobre las incidencias que suscitó el empleo de esa expresión en el ámbito del art. 501, 4.º en el curso del debate para su reforma, *vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Ob. cit.*, pp. 417-418.

(126) Sobre ello, *vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Ob. cit.*, p. 418.

(126 bis) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 418, nota núm. 22.

debe reputarse ciertamente insatisfactorio, tanto en su estructura como en su contenido. Es de destacar, en efecto, que dada la técnica de remisión adoptada por el legislador penal en relación a este precepto, se contemplan en el mismo un gran número de comportamientos que carecen de significación y aplicación en el marco específico de la tortura: Es el caso de delitos como el parricidio, el homicidio y lesiones en riña tumultuaria, las mutilaciones para eximirse del servicio militar o de servicio público de inexcusable cumplimiento, las lesiones por infracción grave de leyes y reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo o también las coacciones para obligar a otros a iniciar a continuar una huelga, paro o cierre empresarial. De dudosa asimilación resultan también el propio homicidio (doloso directo) —no parece lógico «matar a otro» con el fin de obtener del mismo una confesión o testimonio (127)—; el asesinato —por la razón apuntada en todo caso y además, porque parece que circunstancias como la premeditación, la alevosía e incluso aunque más dudosamente el ensañamiento están ya implícitas en el tipo de tortura (128), el auxilio o inducción al suicidio y las amenazas lucrativas (129) o para atemorizar a los habitantes de una población (130). Estas últimas figuras delictivas resultan, en verdad, difícilmente compatibles con la estructura final que presenta el tipo de tortura, al menos en sus dos primeros párrafos, donde se requiere expresamente que los hechos descritos estén dirigidos a obtener una confesión o testimonio de la víctima, por lo que parece que sólo podrían ser calificados de acuerdo con el artículo 204 bis, de producirse en el ámbito penitenciario (131); esto es, en referencia al párrafo 3.º del precepto, si como cabe inferir de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de que ha sido objeto (132), no se exige en su caso la presencia de aquel criterio subjetivo.

(127) Si lo que sucede es que se mata a otro para hacer más efectiva la amenaza de muerte dirigida a aquel de quien se pretende obtener la confesión o testimonio, tampoco aquel homicidio o asesinato podrá ser calificado de tortura y deberá valorarse como delito independiente en concurso con las amenazas, éstas sí constitutivas del tipo del art. 204 bis. En otro sentido, difícilmente compartible, DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 288 i.f. 289.

(128) Así lo entiende, por ejemplo, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 286.

(129) También, DEL TORO, *Ob. cit.*; pp. 285-286.

(130) Motivación ésta que no resulta, sin embargo, ajena a la práctica de la tortura como la realidad actual de algunos países latino-americanos ha tenido ocasión de demostrar. Sobre este fenómeno, más ampliamente, TERRÓN, «Una interpretación sociológica de la tortura», *Contra la tortura*, cit., pp. 245 ss. Como hipótesis podría ser válida también en nuestro país acaso circunscrita a las zonas más conflictivas del País Vasco. Vid. sobre ello, «*Area Crítica*», núm. 9, noviembre, 1984, p. 26; *La tortura en Euskadi*, cit., pp. 32 ss.

(131) Piénsese, por ejemplo, en el número creciente de suicidios (conocidos) que se producen en las cárceles españolas en los últimos años (37 suicidios entre 1983 y mediados de 1985, según el Diario «*El País*» de 28-IX-1985) y en la posibilidad de que muchos o algunos de ellos hubieran sido motivados por la práctica de torturas físicas o psíquicas sobre los presos.

(132) Así, RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 718; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 603. En otro sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 291 y, al parecer, también RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio...*, cit., p. 76. De la primera opinión

Asimismo presenta una confusa justificación y parecería, en principio ineludible en ese conjunto de tipificaciones mal concebidas, la que —a modo de «tratamiento inhumano» o «degradante», por su inferior gravedad— lleva a cabo el legislador penal en el párrafo 4.º del precepto, relativa a «*la autoridad o funcionario público que ... sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad*». Esta disposición, que tiene claramente su origen en el artículo 5 de la propuesta socialista ya mencionada (133), y cuya pretensión, demasiado localista, es hoy como entonces garantizar penalmente la ausencia de toda coacción o amenaza *en el interrogatorio de los detenidos* (conforme a lo establecido en los arts. 389, 2 y 3 y 393 LECrim.), podría quedar subsumida, sin duda, en los primeros párrafos del artículo 204 bis donde se incrimina ya de forma expresa y atendiendo a sus diferencias de grado —sean graves de los artículos 493 a 496 o leves del artículo 585 (éstas últimas también posibles «tratamientos inhumanos», según el criterio diferenciador que adopta el artículo 15 de la Constitución de 1978)— las amenazas o coacciones realizadas «en el curso de una investigación policial o judicial». La regulación, pues, separada de aquel supuesto específico podría parecer una reiteración innecesaria si no fuera porque en su caso el legislador *prescinde* de la exigencia expresa de que la coacción o amenaza inferida al interrogado se dirija a «obtener su confesión o testimonio», requisito que sí aparece recogido en cambio en aquellos otros párrafos. Únicamente esta interpretación del apartado 4.º del precepto en estudio

resulta ser también el Tribunal Supremo como cabe inferir de la sentencia que dictó en julio de este año correspondiente a los sucesos de Herrera de la Mancha, donde aplicaba a nueve de los doce imputados el pto. 3.º del art. 204 bis, pese a que en este caso el maltrato de los presos no estaba motivado por la finalidad de obtener confesión alguna. La motivación que ofrece la STS. de 5 julio 1985 en este sentido es la de que el párrafo 3.º del art. 204 bis del C. p. exige «no el fin de obtener una confesión o testimonio... y sí que la actividad o conducta de la Autoridad o funcionario público de instituciones penitenciarias se realice por la calidad del sujeto pasivo, es decir, en consideración a las personas detenidas o presas, pues si se le diere el mismo ánimo finalístico de obtener una confesión o testimonio, quedarían fuera de la acción punible el dolor o el sufrimiento físico infringido al delincuente, no exigido por el régimen penitenciario y cuyo imputaría el agravar su penalidad y posibilidad de revivir y resucitar el tormento...», por lo que concluye afirmando que basta aquí la «tiranía de aumentar y agravar el estado de los reclusos» que es diferente, a su entender, del «deseo del rigor que resulta innecesario para mantener el régimen disciplinario» que suyoce a las intracciones recogidas en el artículo 18,5 del propio Código penal. Cfr. en especial, el octavo considerando de esta sentencia. *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, R. 3.960, cit., p. 3331.

(133) Que proponía la adición de un pfo. 9.º al art. 583 del C. p. en el sentido siguiente: «Quienes, investidos de la cualidad de funcionarios, en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito, formulen a los presuntos inculcados o testigos, preguntas de un modo capcioso o sugestivo, o prolonguen el interrogatorio cuando la persona interrogada esté en condiciones físicas deficientes o, de cualquier otro modo, infrinjan las disposiciones legales que rigen estas diligencias», *B.O.C.* de 24-I-1978, cit., p. 939.

es capaz de ofrecer una explicación aceptable de su existencia (134). Conforme a ella, deberá entenderse que el empleo de cualquier procedimiento coactivo proscrito por la LECrim. —como, por ejemplo, la formulación de preguntas capciosas o sugestivas o bien la prolongación excesiva del interrogatorio que provoque en el detenido un estado de cansancio o ansiedad—, si tiene por finalidad la de confundirlo y/o debilitar su resistencia para obtener del mismo una confesión o testimonio, deberá valorarse conforme a su entidad por los párrafos 1.º y 2.º del artículo 204 bis; pero si la conducta del funcionario no persigue otro objetivo, por ejemplo, que provocar sufrimientos al interrogado, humillarle o acabar prontamente con los trámites que exige todo interrogatorio oficial sea con confesión o sin ella o bien el maltrato sobreviniera después de producida ésta, entonces estaríamos en presencia del apartado 4.º de aquel precepto. Ciertamente que esta solución no es plenamente satisfactoria, entre otras razones porque el mencionado apartado no permite valorar con precisión la gravedad de los medios utilizados para violentar la voluntad del interrogado —a diferencia de lo que sucede en los primeros párrafos del artículo (135)—, y obliga a imponer, en todo caso, aún a riesgo de resultar desproporcionada (136) o insuficiente, la pena de arresto mayor e inhabilitación especial; sin embargo, ofrece siquiera la posibilidad de incriminar por tortura ciertos hechos que reuniendo objetivamente los requisitos establecidos para constituir ese delito, carecen no obstante del elemento subjetivo tan preciso que el tipo exige de ir dirigidos a la obtención de una confesión o testimonio de la víctima. Si, como es de desear, este elemento finalista desapareciera del ámbito del artículo 204 bis o se compatibilizara con otros de también frecuente persecución, tales como castigar, humillar o simplemente intimidar al detenido, el apartado en comentario perdería todo sentido y resultaría definitivamente superfluo.

En esta selección poco meditada y, en general, impropia de conductas que dan contenido al delito de tortura, podría destacarse además la ausencia de toda referencia a otros comportamientos que, gozando de una significación relevante en relación a aquella figura, no han sido tomados en cuenta sin embargo por el legislador de 1978. Me refiero,

(134) *Vid.* desde otra perspectiva las interpretaciones poco convincentes de DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 291, y RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 718.

(135) Por pequeña que sea esa diferencia, pues el pfo. 1.º del art. 204 bis prevé las penas de inhabilitación especial y elevación en su grado máximo de las correspondientes a los tipos comunes de coacción (arresto mayor) y amenazas (arresto mayor y prisión menor), mientras que el 2.º pfo., donde se procede a una conversión a delito de infracciones leves (faltas), las penas establecidas son las de arresto mayor y suspensión.

(136) Piénsese, sobre todo, en la diferente duración y efectos de las penas privativas de derechos de inhabilitación y suspensión para cargo público: en el primer caso, el límite máximo de gravedad puede alcanzar a doce años de *privación* del cargo; en el segundo, es sólo de seis años y únicamente priva de su *ejercicio*. Si bien —pese a la opinión de algún autor (CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, II, pp. 171 y 174)—, una y otra deben estimarse «temporales». Así también, MANZANARES, «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español», *A. D. P. y C. P.*, mayo-agosto 1975, p. 184; OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, p. 454.

en concreto —y en tanto que gozan de una consideración separada de los delitos contra la libertad en general (137)— a los atentados contra la libertad sexual, en especial violación y abusos deshonestos; los abortos intencionales y, en particular, los causados violentamente cuando la víctima del maltrato es mujer embarazada, e incluso las injurias, si se tiene en cuenta la relevancia que ciertos hechos humillantes o el uso de determinado lenguaje pueden tener para romper el equilibrio y manipular a placer las reacciones de una persona que se encuentra en una situación de dependencia, aislamiento y debilidad psicológica (138).

Esas lagunas de punibilidad que presenta el artículo 204 bis —y que en algún caso podrían fundarse en el pretexto de la estructura finalista que le caracteriza—; son colmadas parcialmente, aunque con dudoso acierto, por la proposición legislativa del Grupo Mixto, ya mencionada, que, sin llegar a subsanar muchas de las deficiencias apuntadas en relación a aquel precepto (139), contiene sin embargo remisiones específicas a los delitos de aborto violento del artículo 412 y de violación y abusos deshonestos de los artículos 429 y 430, respectivamente (140), para los que prevé la imposición de la *pena superior en grado* a la establecida en los correspondientes tipos comunes, aparte la inhabilitación especial. Este acertado criterio punitivo, que se generaliza también para las demás conductas que aparecen descritas en el articulado de la propuesta y que, en su dureza, se mantiene asimismo para los casos en que la referencia es a una falta (que al pasar a convertirse en delito se conmina con pena de prisión menor e inhabilitación), coincide en gran medida con el sustentado en su día por el texto socialista de 1977 (141) que, sin embargo, fue suavizado sin justificación alguna en la regulación que quedó finalmente incorporada

(137) Sobre ello, *vid.* las consideraciones y propuestas de Díez RIPOLLÉS, «La reforma del Derecho penal sexual y la propuesta de 1983», *Documentación Jurídica*, cit., I, pp. 445 ss y, en particular, p. 452.

(138) Bien entendido que, en la mayoría de los casos, estas conductas podrían ser calificadas de coacciones sin recurrir al tipo de injurias. *Vid.* ampliamente sobre lo expresado en el texto, COROMINAS, «Segundo sistema de señales: estado de terror y dolor moral», *Contra la tortura*, cit., en especial, pp. 75 a 77.

(139) Es de observar, por ejemplo, que pese a hacer una referencia expresa y concreta al «delito de homicidio» remite después a los arts. 405 a 409 del C. p. Idéntico criterio sigue en cuanto a las lesiones, que refiere a los arts. 418 a 427 del mencionado texto legal. Asimismo, mantiene intacta la diferenciación por sujetos (activos) de las torturas causadas «en el curso de investigación policial o judicial» y las cometidas en centros penitenciarios, y no prescinde, como era de esperar, del pfo. 4.º del vigente art. 204 bis. *Cfr. Sección...*, cit., pp. 186-187.

(140) En el pfo. 1.º del art. que propone. *Sección...*, cit., pp. 186-187.

(141) Salvo en lo relativo a las faltas donde, o bien mantiene el criterio punitivo que les corresponde (arresto menor: arts. 2 y 5) o bien se limita a elevar su pena a arresto mayor (art. 1 i.f.), *B.O.C.*, 24-I-1978, cit., p. 939. Es de observar, además, el descuido en que incurre el prelegislador en el art. 2 de esta propuesta, donde procede a crear, como integrante del pfo. 2.º del art. 582 del C. p., una falta que ya aparece descrita en el pfo. 1.º del art. 583.

al Código penal. Las penas en él previstas para los hechos constitutivos de tortura —pena del delito común respectivo en grado máximo o arresto mayor en el caso de remisión a las faltas, aparte las restrictivas de derechos: inhabilitación o suspensión—, no mantienen, en consecuencia, la proporcionalidad exigida para adecuarse a la gravedad de injusto del delito a que van referidas —como con razón se ha señalado por sectores progresistas de la magistratura (142)— y podrían llegar a suponer incluso un infundado privilegio para quienes reuniendo las características típicas deban ser juzgados conforme al artículo 204 bis (143).

La solución de compromiso que ha ofrecido, en este sentido, la reforma parcial de 1983 a través de la incorporación al Código penal del nuevo artículo 204 bis a) —en realidad, una mera especificación del artículo 68 del propio texto legal— que autoriza expresamente a renunciar a las penas previstas en aquel artículo cuando otro precepto señale pena superior para las conductas allí contempladas, representa una vía inconveniente pero utilizable a los efectos de evitar tan injustas consecuencias (143 bis). Piénsese, por ejemplo, en el caso del particular que queda impedido de un miembro principal de resulta de unas lesiones inferidas por funcionario público en el curso de una investigación policial para obtener su confesión. Por virtud del principio de especialidad, el concurso normativo entre el artículo 204 bis y 420,2 se resolvería a favor del primer precepto; si bien, esta solución beneficiaría al funcionario que debería sufrir la pena de *prisión menor* en grado máximo, multa e inhabilitación especial; de no existir aquel precepto o si se sigue el criterio establecido por el artículo 204 bis a), en aplicación del principio de subsidiariedad expresa, la pena podría ser la de *prisión mayor* en grado máximo y multa, al valorarse junto a las lesiones la agravación específica de alevosía (art. 420 i.f.) —que debe estimarse, sin embargo, implícita en el tipo de tortura (144)— y la de prevalimiento de carácter público del artículo 10,10 del Código penal (145). Ciertamente que esta última solución no deja de ser insatisfactoria pues no permite en sede penal, salvo accesoriamente (artículos 45 ss. C. p.), imponer sanciones privativas de derechos —quizá

(142) En este sentido, es de destacar, la necesidad sentida y expresada por los juzgadores del caso *Onaindía* (cit. *supra*, nota núm. 83) de «proceder a una nueva y distinta regulación del delito de tortura, respetando el nuevo orden de valores consagrados por la Constitución española, estableciendo una penalidad proporcionada a la importancia de los derechos fundamentales violados por tal clase de conductas», *vid.* «*Diario 16*» de 28-X-1984, cit., p. 6.

(143) En el mismo sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 286.

(143 bis) *Vid.*, en contra, la opinión de ORTS BERENGUER que comparte, sin embargo, la idea de su inconveniencia, «Alternatividad expresa». *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V, vol. II, Madrid, 1985, pp. 691 ss. y en especial p. 693.

(144) Si se comparten las consideraciones expuestas *supra* en el texto correspondiente a nota núm. 89. Estas, a mi entender, se ajustan a los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para la estimación de la alevosía. Sobre ellos, ampliamente, CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 544 ss.

(145) Cfr. *supra*, nota núm. 80.

más efectivas que la propia privación de libertad para estos supuestos (146)— y que deberán ser acordadas, en su caso, por vía disciplinaria (147). Más adecuado resultaría, por tanto, elevar la cuantía de las penas previstas para el delito de tortura, como sucesivamente han propuesto sin éxito el texto socialista de 1977 y el presentado por el Grupo Mixto en diciembre de 1984.

Una problemática interesante —ya esbozada en páginas anteriores— suscita el análisis de la *tipicidad subjetiva* del artículo 204 bis. Aparece éste configurado en su estructura típica como delito de resultado cortado, siquiera sea en sus dos primeros párrafos donde es expresa la exigencia de que el autor —aquí, funcionario público— oriente su acción a la obtención de un resultado externo, trascendente —en este caso, la confesión o testimonio del sujeto pasivo— que está más allá del tipo objetivo —de la acción o del resultado típicos— y cuya efectiva producción no se exige para ver consumado el delito (148).

La cuestión más fundamental que plantea la existencia de este elemento subjetivo del injusto —caracterizado como de «tendencia interna trascendente»— en el tipo de tortura es la de determinar si su presencia posibilita la comisión doloso eventual o culposa de los delitos a que remite o bien exige el dolo directo. Ello es particularmente importante de dilucidar en relación a conductas que se hallan ya recogidas en su ámbito —v. gr., lesiones u homicidio— o que pudieran ser incorporadas al mismo —como el aborto violento del artículo 412 del Código penal—. Piénsese, por ejemplo, en los casos, lamentablemente no infrecuentes, en que el funcionario, excediéndose en sus métodos violentos de presión sobre el detenido para obtener del mismo una confesión o testimonio, le ocasiona la muerte o lesiones más graves de las queridas. Estos resultados más graves, en muchos casos podrán imputársele a título doloso eventual —por ser altamente probable su producción y haberse el autor, pese a todo, conformado con ellos—, pero en otros, deberán estimarse imprudentes, cuando aún siendo previsible falte su representación o bien, el autor menosprecie el grado de peligro de su conducta precedente o sobrevalore su habilidad confiando en que dichos resultados no sobrevendrán (149). En el primer

(146) Siquiera sea desde un punto de vista preventivo especial, como medida aseguradora. *Vid.*, sobre ello, las consideraciones de OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, p. 466, así como la bibliografía que cita a pie de página, nota núm. 1638. También, BACIGALUPO, «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latino-americanos», *C.P.Cr.*, núm. 2, 1977, p. 14.

(147) *Vid.* arts. 87 ss. de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (T. A. aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de febrero), no modificada en cuanto a sanciones por la reforma legal de 2-VIII-1984.

(148) Cfr. por todos, JESCHECK, *Tratado...*, cit., I, p. 437. En cuanto a las formas imperfectas de ejecución relativas a los delitos que en el seno del art. 204 bis se contemplan, se seguirán las reglas generales.

(149) Estos son, en general, los criterios que la doctrina toma en consideración para la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente. Para una exposición más completa de las distintas posiciones de los autores en torno a esa distinción, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a ed., Madrid, 1980, pp. 175 ss.

caso, la conducta del funcionario habrá de calificarse de homicidio o lesiones —de la gravedad que resulte— dolosas (con dolo eventual); en el segundo, concurrirán sendos supuestos de preterintencionalidad —heterogénea u homogénea— a resolver por las reglas del concurso de delitos del artículo 71 del Código penal (150).

El problema surge, pues, a la hora de determinar si aquel homicidio o aquellas lesiones doloso-eventuales deben entenderse comprendidas en el tipo de tortura y, por tanto, agravadas conforme a las reglas que el artículo 204 bis establece o bien contentarse con aplicarles la agravante genérica del artículo 10,10; y si en los casos de preterintencionalidad, los resultados más graves causados imprudentemente deben valorarse al margen de aquel precepto aplicándole la agravación correspondiente únicamente a las lesiones dolosas iniciales.

Parecería lógico, en principio, no sustraer ninguno de esos comportamientos del marco de la tortura pues lo cierto es que tanto el homicidio como las lesiones más graves —previstos ambos en la enumeración de delitos que contiene el artículo 204 bis— se han causado en el curso de un proceso final dirigido a la obtención de una confesión o testimonio de la víctima o, lo que es lo mismo, su producción ha estado motivada por la persecución de esa finalidad en concreto, por lo que mal puede decirse que al faltar el dolo (directo) en su comisión, al no estar aquella muerte o aquellas lesiones resultantes directamente preordenadas al fin, falta ese fin (151). Contrariamente, podría argumentarse que la intención de obtener una confesión subsiste en el funcionario cuando se excede en el maltrato de la víctima o cuando la misma naturaleza del maltrato permite prever como posible o como probable la producción de un resultado más grave no buscado directamente por el agente pero que acepta (dolo eventual) o bien espera o confía en que no sobrevenga (culpa consciente) o ni siquiera se representa (culpa inconsciente); por lo que, siguiendo la redacción del artículo 204 bis, podría afirmarse que el autor —funcionario público— en el curso de una investigación ... y con el fin de obtener una confesión ... ha cometido un delito doloso eventual o imprudente bien de homicidio, bien de lesiones graves ... constitutivo de «tortura».

De seguirse esta vía, habría de imponerse, en el caso de homicidio o lesiones doloso eventuales, la pena señalada en el tipo común correspondiente en su grado máximo; y, si aquellos delitos se hubiesen cometido imprudentemente, habría que determinar, conforme al artículo 71 Código penal, la infracción más grave —entre las lesiones dolosas iniciales y el homicidio o las lesiones culposas resultantes— y elevar su pena al grado máximo superior, según la escala prevista en el ar-

(150) Estas reglas permiten valorar más precisamente que a través de la aplicación de la atenuante 9, 4 los supuestos de preterintencionalidad homogénea. En el mismo sentido, modernamente, HUERTA TOCILDO, «Adiós al homicidio preterintencional», *Revista «La Ley»*, núm. 1.041, de 8-X-1984, p. 5; BUSTOS RAMÍREZ, «El principio de Culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal», *R. F. D.º U. C. M.* núm. 6, 1985, p. 168.

(151) En otro sentido, la opinión de MIR PUIG referida al infanticidio, cuya estructura se asemeja bastante a la del delito de tortura, *Adiciones...* cit., p. 423; y *Derecho Penal*, cit., p. 219.

título 78 Código penal y dentro de los límites marcados por el propio artículo 71. Si con esta solución no se alcanzan resultados punitivos satisfactorios o más satisfactorios que con la solución contraria que, como ahora se verá, es la que patrocina la doctrina dominante, no es sino porque el mismo legislador no los permite al imponer en el marco del artículo 204 bis un criterio demasiado tímido de agravación, al que por lo demás nos tiene acostumbrados cuando se trata de delitos de funcionarios. Con todo, esta vía permite justificar la presencia en el primer párrafo del precepto de delitos como el homicidio que, en otro caso, carecería de sentido —como decíamos: «nadie mata a otro para obtener su confesión»—; o, de aborto violento, en el supuesto de que entrara a formar parte, como se ha propuesto del artículo 204 bis. En la actualidad, este delito deberá valorarse al margen del mencionado artículo de forma que, de producirse el aborto a consecuencia de las violencias realizadas sobre mujer embarazada para obtener su confesión, se calificarán como tortura, según su entidad y, por tanto, según el párrafo 1.º o 2.º del artículo 204 bis, aquellas violencias, que se pondrán en concurso (ideal) —ya agravadas— con el delito de aborto del artículo 412 y la pena resultante será la del delito que aparezca más grave en su grado máximo, como prescribe el artículo 71 Código penal. Si el delito más grave es el provocado por las violencias (normalmente lesiones) y concurre ya en su grado máximo, el único recurso será el de imponer la pena más alta que autorice ese grado máximo, sin pasar a otra superior en la escala.

En definitiva, ésta sería la solución que habrían de alcanzar quienes, por razón de la presencia de un elemento subjetivo de las características señaladas en el tipo de tortura, negaran la posibilidad de su comisión a través de conductas preterintencionales (152) —tales como las ejemplificadas del homicidio o las lesiones— pues éstas deberán entonces ser valoradas al margen del artículo 204 bis que, en su caso, sólo alcanzaría a las lesiones dolosas iniciales, si es que podían ser determinadas (153).

Lo que, en último término, queda por explicar a los que así piensan es la razón por la cual debe rechazarse la posibilidad de realizar hechos imprudentes motivados por la persecución de un fin que resulta ser jurídico-penalmente relevante (154). Podrá afirmarse, en efec-

(152) Expresamente referida a este delito, únicamente cabe citar la opinión de RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 719. En general, sustentan este criterio, POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla, 1972, pp. 321 ss. Asimismo, pese a las excepciones que formulan a la regla genérica, MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 218-219; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 238; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, P. G., Valencia, 1982, p. 409; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, p. 106.

(153) En cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar consumación o simplemente tentativa en relación a esas lesiones iniciales, pueden seguirse las indicaciones de MIR PUIG, «Preterintencionalidad y límites al art. 50 del Código penal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 97 y 98.

(154) En el mismo sentido, BACIGALUPO, «El delito fiscal en España», *R.F.D.º U.C.M.*, núm. 56, 1979, p. 92. También es de esta opinión GÓMEZ BENÍTEZ, pese a las consecuencias negativas que posteriormente extrae en re-

to, que el autor, en la persecución de determinado fin (aquí obtener una confesión); no quiere determinado resultado (v. gr., muerte) —y, por ello; precisamente, su conducta no será dolosa— pero, difícilmente podrá decirse si ese resultado previsible llega a alcanzarse por descuido del autor, que el mismo nada tiene que ver con el fin trascendente que servía de motor a su conducta —que le ha motivado a actuar, siquiera sea imprudentemente— y, por tanto, que al desaparecer la intención —la malicia del artículo 565 Código penal— desaparece *necesariamente* con ella todo fin relevante que se hubiere propuesto el autor en su actuar. Y si lo que sucede es que en estos casos de delitos de tendencia interna trascendente se requiere que la conducta o el resultado típicos sean *queridos* como medio para obtener el fin de que se trate (dolo directo), entonces, dudosamente podrá admitirse, como en general hace la doctrina mayoritaria (155), que sea posible su comisión doloso-eventual, pues en esta forma de dolo, el elemento volitivo que se exige —cuando se exige (156)— en ningún caso puede identificarse con aquel *querer* —que sugiere preordenación hacia determinada meta—, sino que aparece descrito por una vaga noción de aceptación, asentimiento o conformidad (157).

Aquí, pues, la doctrina al negar la oportunidad de comisión imprudente de determinados delitos portadores de elementos subjetivos del injusto, se anticipa sin suficiente fundamento —el art. 565 C. c. no ofrece, en mi opinión, el sustento deseado (158)— a la decisión del legislador que debe ser, en definitiva, la que determine con ayuda de criterios político criminales y, por tanto, a través de un sistema más racional de punición de la culpa, los casos en que ésta puede ser apreciada por el intérprete. Ciertamente que esa trascendental reforma, que cuenta hoy con el apoyo unánime de los autores y que muy probablemente pasará a ser realidad con el nuevo Código penal (159), no pon-

lación a estos delitos en base a la estructura de la cláusula abierta de incriminación de la imprudencia del art. 565 (*Teoría...*, cit., p. 238). Tales consecuencias, expuestas ya por MIR, no pueden sin embargo aceptarse con carácter genérico como se ha hecho constar *supra* en texto correspondiente a la nota núm. 150 y en las consideraciones que siguen.

(155) A excepción de QUINTANO RIPOLLEÉS en relación, por ejemplo, al delito de infanticidio, de estructura similar a la del tipo del art. 204 bis, *Vid. Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, Madrid 1962, pp. 461-462. También en este sentido, como corresponde a su concepción del dolo eventual que asimila sustancialmente a la culpa BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, cit., p. 215; «El principio de culpabilidad», cit., p. 172.

(156) Vid. entre los partidarios de la teoría de la probabilidad, las opiniones de GIMBERNAT ORDEIG, *Ob. cit.*, pp. 187 ss. y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, pp. 100-102.

(157) Se trata, pues de un «querer» —entrecorrido—. *Vid. COBO VEL ROSAL/VIVES ANTÓN*, *Ob. cit.*, III, p. 171. También MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 205-207; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, P. G., I, Madrid, 1981, p. 41.

(158) Del mismo parecer, BACIGALUPO, «El delito fiscal», cit., p. 92.

(159) En efecto, tanto el Proyecto de Código penal de 1980 como el más firme candidato a convertirse en nuevo Código, es decir, la Propuesta de Anteproyecto de 1983, adoptan ya un sistema de incriminación cerrada de la imprudencia o, como se dice en la introducción a este último texto, sus-

drá fin a los problemas que plantea el actual artículo 204 bis (160), cuya deficiente estructura merece ser, en todo caso, revisada.

No hay razón, en efecto, para que la tipicidad de este delito deba determinarse por remisión a otros tipos comunes (de delito o falta) (161), y su única *ratio* sea la de agravar la penalidad de aquéllos. El delito de tortura merece tener un concepto y una autonomía propios. En este sentido, cabe plantearse la necesidad de una fórmula que, en referencia a conductas y no a resultados, sea capaz de describir el injusto típico de esta particular figura delictiva. Si la tortura es siempre, por definición, violencia —sea física o psíquica— ésta debe pasar a ser entonces el núcleo (concepto base) del tipo objetivo; otros datos esenciales como la condición de funcionario público en el sujeto de la acción y esa singular posición de superioridad (poder-disponibilidad) que éste debe ostentar frente al particular (detenido o preso) —y que permite esos excesos característicos de estas situaciones— le conferirán a este delito la naturaleza especial que le es propia, así como su gravedad específica, sin que otras referencias expresas de orden local, temporal o circunstancial vengan a introducir confusión en el tipo, recortando inconvenientemente las oportunidades de su aplicación. La posibilidad de inculpar, además, otros hechos más graves que puedan seguirse o acompañar a aquellas violencias (lesiones, muerte...) debe estar asimismo contemplada en el precepto —como lo estuvo en su día en los que le precedieron (162)— bien a través de la técnica poco deseable de los delitos complejos (163), bien a través de una remisión concreta a las reglas del concurso de delitos con una cláusula, eso sí agravatoria, para impedir que en su aplicación se pierda el desvalor propio y más grave que deben expresar y exteriorizar en pena los hechos constitutivos de tortura.

También en su vertiente subjetiva son precisas importantes modificaciones tendentes a ampliar los límites que el artículo 204 bis impone a la punibilidad de este delito. Este objetivo no puede alcanzarse,

tituyen «la imprudencia como tipo autónomo por las figuras individualizadas de "crimina culposa"»...», *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal* (en adelante, PANCP), 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 12.

(160) Es de destacar que los citados textos de reforma mantienen sustancialmente la estructura que presenta en la actualidad este precepto (vid. art. 628 del Proyecto y art. 562 de la Propuesta), si bien introducen algunas modificaciones importantes como la desaparición del perturbador elemento subjetivo de «obtener una confesión o testimonio» y una cierta elevación de las penas señaladas en el tipo para las conductas en él previstas.

(161) En este sentido tiene razón DEL TORO cuando se decanta a favor de la estructura que presenta el pfo. 4.º del precepto, de más «correcta elaboración» que los restantes. *Ob. cit.*, p. 291. Sobre otros problemas de orden conceptual que suscita el art. 204 bis, tal como aparece configurado en la actualidad, *vid. pp.* 289-291.

(162) Así, por ejemplo, en el art. 499 del C. p. de 1822 o art. 450 del C. p. de 1928.

(163) En contra de esta técnica se pronuncia, con razón, un sector mayoritario de la doctrina. Cfr. por todos, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 218 (y la bibliografía que cita en apoyo de esta tesis).

como es obvio, a través de la permisión de formas imprudentes en relación a la conducta base de violencias sino, en todo caso, a través de la conveniente inclusión en el precepto de otras finalidades distintas a la de «obtener una confesión o testimonio» que, como es sabido, es la única que figura en su redacción actual (163 bis). Motivaciones tales como el simple intimidar o atemorizar, infligir un castigo, desacreditar o humillar a la víctima, deben pues pasar a formar parte del tipo de torturas que se propone, siempre que el medio empleado en su relación sean aquellas violencias físicas o psíquicas y su ejecutor ostente la cualidad de funcionario público.

4 b) *Propuesta de lege ferenda de un precepto incriminador de la tortura (y otros tratos inhumanos y degradantes)*

La incorporación de las notas señaladas a un nuevo precepto, podrían dar como resultado el que sigue:

«El funcionario público que ejerciere violencias físicas o psíquicas sobre una persona detenida o presa, con el fin de obtener de la misma una confesión o testimonio, intimidarla, castigarla o humillarla, será castigado como reo de tortura con las penas de prisión mayor si las violencias tuvieran la consideración de graves y de prisión menor si hubieren sido menos graves o leves, pudiendo en este último caso imponer la pena en grado mínimo. En todo caso se acordará la pena de inhabilitación especial para cargo público.

Estas responsabilidades deberán exigirse sin perjuicio de cualesquiera otras en que hubiere incurrido el culpable. En caso de concurso, se autorizará al juez para que si la pena resultante en su grado máximo no fuera adecuada a la gravedad del hecho cometido, pueda imponer la superior en grado».

En mi opinión, el precepto que se propone permitiría obviar muchos de los problemas que el artículo 204 bis, con su deficiente técnica legislativa, plantea en nuestros días y facilitaría, es de esperar, una represión más efectiva y racional de la práctica de la tortura.

Entre sus ventajas, podrían destacarse, a mi juicio, las siguientes:

a) En primer lugar, se prescinde de la innecesaria mención que el vigente artículo 204 bis hace al concepto de «autoridad» junto al de «funcionario público», siendo así que esta condición es presupuesto mínimo de aquella y, por tanto, que toda autoridad es también funcionario público, a efectos penales (164). Es bastante, entonces, una referencia expresa a esta última cualidad respecto del sujeto activo de este delito.

b) No se especifica el momento ni el lugar de realización del hecho, evitando de esta forma distinciones superfluas como las que con-

(163 bis) Con las limitaciones señaladas *supra* en texto correspondiente a notas núm. 132 y ss.

(164) *Vid.* DEL TORO, en CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, II, p. 730. También, QUERALT, «El concepto penal de funcionario público», *C. P. Cr.*, 1985, núm. 27, pp. 491 ss.

tiene el actual precepto («en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito», «en el curso de una investigación policial o judicial», «... en instituciones penitenciarias»...), que van en detrimento de una necesaria economía legislativa en la descripción típica.

c) No se precisa tampoco, en forma expresa, la naturaleza de la función a que los sujetos activos de este delito deben hallarse adscritos, si bien aquélla deberá entenderse limitada a los casos en que sea *policial* (de «policía judicial», según los términos del art. 283 LECrim. que, en su amplitud, incluye asimismo a los *funcionarios de prisiones* encargados bien de la vigilancia y seguridad de los centros, bien de la observación y tratamiento de los internos (165), *fiscal, judicial* o en su caso, *médica*, tanto en el ámbito civil como en el militar (166). En mi opinión, esa restricción implícita en el tipo viene sugerida por la condición de preso o detenido —«retenido»— (167) o, si se quiere, privado de libertad por cualquier razón (sea en el curso de un proceso legal de investigación o no) que se exige en el sujeto pasivo de este delito y que aparece fundada en el deber especial que a aquellos funcionarios en particular incumbe de velar por la seguridad de quienes se hallan en esas específicas situaciones (art. 17 C. E.) (168); deber éste que se muestra capaz de generar una posición de garantía en los mismos respecto de los bienes jurídicos que se tutelan en este precepto.

Esa limitación expresa referida a los sujetos pasivos de este delito (169) obedece a la necesidad de evitar que cualquier funcionario

(165) Vid. art. 283, 7 de la LECrim. en relación con los arts. 276 ss. del Reglamento Penitenciario de 8-V-1981, *Ordenamiento penitenciario*, cit., pp. 136 ss. Aquella disposición parece que sigue en vigor tras la publicación reciente de la L.O.P.J., cfr. *supra* nota núm. 122.

(166) Con las restricciones que en razón de la materia y de los sujetos establece el nuevo Código penal militar de 9 diciembre 1985 (art. 1 ss.), en cuyo articulado es de destacar la tipificación expresa del «maltrato de obra» y de la aplicación de «trato inhumano o degradante» por parte de un superior a un inferior (arts. 104 y 106, respectivamente) que se conminan con pena de 3 meses y un día a 5 años de prisión. Antes de la reforma resulta de interés consultar el Auto de 24 marzo 1983, R. 2180.

(167) Este término, que parece querer expresar la «brevedad» de la detención, no es sino un instrumento que encubre, bajo un concepto jurídico inexistente, la existencia de una verdadera detención, que así aparece desprovista de las garantías jurídicas que normalmente la acompañan. En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias», *R. F. D.º. U. C. M.*, núm. 64, 1982, p. 41.

(168) Vid. el comentario a este precepto de J. DE ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Ob. cit.*, pp. 152 ss. Es de observar también en cuanto a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, lo establecido en la Orden del Ministerio del Interior de 30-IX-1981, cuyo principio núm. 9 establece a su cargo «el deber de velar por la vida y la integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encontraren bajo su custodia, dejando siempre a salvo el honor y la dignidad de las mismas», *BOE* de 2-X-1981, núm. 236.

(169) Se adecúa, por lo demás, a lo establecido en el art. 2 del Proyecto de Convención Europea contra la Tortura, donde se señala que ésta «se aplicará en todas las circunstancias y en todos los lugares, a todas las

—dados los términos tan amplios con que el artículo 119 del Código penal describe esa cualidad— pudiera estimarse incluido en el tipo de torturas, sobre todo para el caso de «violencias psíquicas» (piénsese que es raro el funcionario que no puede ejercer desde la esfera de poder que normalmente ostenta (170) presiones capaces de producir sufrimientos psicológicos o profundos sentimientos de angustia en un particular).

d) Se introduce en el ámbito de conductas típicas el concepto de «violencias psíquicas» que se conminan con una pena autónoma, ofreciéndose de esta manera un cauce apropiado para su punición que el Código penal vigente no posibilita en la misma medida a través de otros preceptos (171). Los únicos instrumentos con que cuenta para reprimir esa clase de violencias —coacciones, amenazas, lesiones de los artículos 421 en relación al 420, 1.º y 4.º, 422, 582, 583, 1.º ó 585, 1.º (faltas)— se muestran las más de las veces inadecuados o, en su caso, incapaces de expresar la gravedad característica de estos hechos que se conceptúan como de «tortura no corporal». Por tales, podría entenderse, según la definición que ofrece la Comisión de Derechos Humanos, el empleo de «medios de presión distintos de las sevicias corporales capaces de causar un sufrimiento psicológico, ocasionando a la víctima un sentimiento de angustia» (172).

e) La alevosía debe ser una nota constitutiva del tipo de tortura pese a no constar en la redacción propuesta esa exigencia expresa, tantas veces repetida a lo largo de este trabajo, de que el particular se halle «a merced» del funcionario que realiza las conductas violentas. Esa circunstancia junto a la de «abuso de poder» que representan tales conductas, constituyen el fundamento de la gravedad específica de las penas previstas en el precepto. La presencia conjunta de ambas circunstancias en el ámbito del «nuevo» artículo 204 bis permitiría, de otra parte, distinguir el desvalor característico de este delito del que implica la concurrencia de la agravante 10, 10 del Código penal, que quedará reservada así para los supuestos en que o bien el sujeto pasivo no sea detenido ni preso, o bien, siéndolo, la actividad violenta del funcionario no sea alevosa (173).

personas privadas de libertad por cualquier motivo que esto sea, incluidas las personas retenidas a las fines de las investigaciones por parte de las autoridades civiles o militares encargadas del mantenimiento del orden, las personas en situación de detención preventiva, administrativa o reeducativa, las personas perseguidas o penadas por cualquier delito...». *Revista de Derechos Humanos*, primavera de 1983, cit., p. 39. Este es también el criterio seguido por la Ley argentina núm. 23.097 (B.O. 29-10-1984) que da contenido al nuevo art. 144,3 del Código penal.

(170) En este sentido, DEL TORO, en CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, II, p. 730.

(171) En el mismo sentido, la definición que ofrece BERISTAIN, *Ob. cit.*, p. 13. También resalta este aspecto DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 292.

(172) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 840.

(172 bis) Así parece entenderlo también respecto del actual art. 204 bis el Tribunal Supremo. *Vid.* Considerando núm. 11 de la STS. de 5 julio de 1985. *Repertorio...*, cit., p. 3333.

(173) *Vid.* CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 671 ss. y, en especial, p. 677.

f) Se incluyen, de acuerdo con las definiciones más modernas de tortura (174), otras finalidades diferentes de las de obtener confesión o testimonio de la víctima, tales como la de infligirle un castigo, intimidarla o humillarla. De esta forma, se evitan limitaciones injustificadas a la punibilidad de los hechos que se contemplan en el precepto.

g) Se posibilita, pese a ser partidaria de obviarla, la distinción entre tortura y tratamientos inhumanos y degradantes si es que se quiere adecuar la descripción típica del artículo 204 bis a los términos de la prohibición constitucional contenida en el artículo 15 del texto de 1978. De acuerdo con ello, serían propiamente *tortura* las violencias más graves inferidas con cualquiera de los fines previstos en el precepto penal y, *tratamientos inhumanos o degradantes* —o bien «malos tratos» si se quiere utilizar (175) esa eufemística expresión de tan difundido uso—, los demás casos. La distinción entre lo inhumano y lo degradante deberá realizarse entonces en atención al fin perseguido por el actor: si es el de obtener una confesión o testimonio, castigar o intimidar a la víctima será lo primero; si humillarla, lo segundo (176).

h) Podrá exigirse, ahora sin dificultad, respecto de la conducta típica básica (las violencias físicas o psíquicas) el dolo, como, de otra parte, requieren la mayor parte de las definiciones internacionales que se ocupan de la tortura (177), pero se posibilitarán las formas imprudentes respecto de los resultados más graves que pudieran concurrir.

i) Se especifica, en cuanto a la pena de inhabilitación especial que se prevé en el precepto, su referencia exclusiva a cargo público, en los términos descritos por el artículo 36 del Código penal, lo que significa que la privación de cargo o empleo que esta pena implica sólo afectará a aquel que le hubiere permitido realizar las violencias típicas, aprovechando la situación de preso o detenido del sujeto pasivo (178). Su duración *temporal* deberá ser determinada por el juez, a su arbitrio, dentro de los límites legales (art. 30 C. p.).

j) Se sacrifica la técnica del delito complejo, poco conveniente, por la del concurso de delitos, si bien acompañada de una cláusula agravatoria para evitar que se pueda perder el desvalor característico de los hechos constitutivos de tortura.

(174) Cfr. *supra*, nota núm. 28.

(175) Como hace el PANCP. en su art. 562, 1.º.

(176) No convence, pues, el criterio jerárquico que emplean los órganos de la Convención de Derechos Humanos, basado no sólo en el fin sino también en la gravedad de la lesión causada. Sobre ello, *vid.* ampliamente *supra*, nota núm. 36 y texto correspondiente a la misma.

(177) Así, las indicadas en nota núm. 25, *supra*.

(178) De esta forma, se resuelve en los términos que me parecen más convenientes, la polémica surgida con motivo de la naturaleza, unitaria o múltiple, de esta pena de inhabilitación especial. Sobre ello, *vid.* ampliamente, OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pp. 425 ss., a cuyas conclusiones me adhiero (pp. 441 ss.). Es de observar el carácter perpetuo que asigna a esta pena la moderna Ley argentina de 1984 en referencia al delito de tortura (art. 144, 3.º C. p.).

4 c) Otros problemas dogmáticos de interés

Pero otras cuestiones restan todavía por tratar antes de dar por finalizado el análisis dogmático del delito de tortura.

La primera se refiere a la admisibilidad de posibles *causas de justificación* en relación a este ilícito penal. En general, la opinión de autores y organismos de carácter internacional resuelve restrictivamente esta cuestión. El propio Proyecto de Convención para la supresión de la tortura, elaborado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en Siracusa, en diciembre de 1977, rechaza expresamente, en sus artículos 5 y 6, la posibilidad de apreciar las eximentes de obediencia debida y estado de necesidad en relación a la tortura (179) y, en nuestro país, Del Toro interpreta la expresión *en ningún caso* contenida en el artículo 15 de nuestra Constitución como indicativa de la voluntad legislativa de excluir la apreciación de cualquier «excusa jurídica» en relación a aquella conducta (180).

Ciertamente que el empleo de aquella expresión en el aludido texto constitucional es susceptible de un entendimiento alternativo más estricto —tal como el de que la tortura queda prohibida también para el caso de situaciones excepcionales «de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» (181)— pero nada impide, en mi opinión, aceptar la versión de aquel autor dentro de una interpretación amplia de aquellos términos constitucionales, según la cual, el recurso a la tortura (y otros tratos inhumanos o degradantes) por parte de funcionario público no podrá considerarse idóneo ni en circuns-

(179) Cfr. DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 271.

(180) *Ob. cit.*, p. 281.

(181) Como cabe desprender de lo establecido expresamente en el artículo 15.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma en nov. de 1950 (*Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Ob. cit.*, p. 77) o también del art. 3 de la Declaración contra la tortura, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9-X-1975, donde se declara que «Ningún Estado permitirá o tolerará la tortura ... No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura... (AMNISTÍA, I, *Informe, cit.*, p. 223). Asimismo es de observar que, según la legislación española referente a los estados de alarma, excepción y sitio (L. O. 4/1981 de 1 de junio), aquéllos no pueden motivar una suspensión de los derechos contenidos en el art. 15 de la Constitución (derecho a la vida e integridad física y moral y a no ser sometido a tortura ni pena o tratos inhumanos o degradantes). Con todo, es de observar que, a diferencia de lo que sucede en los casos en que se declara el *estado de excepción* donde no se autoriza una limitación relativa a lo establecido en el art. 17.3 (donde se enumeran garantías frente a la tortura tales como el derecho a la asistencia de abogado o a no ser obligado a declarar) (art. 16 de la L. O. citada), en los supuestos de *estado de sitio* se permite expresamente la suspensión temporal de los derechos consagrados en aquel precepto constitucional (art. 32, 3.º de la misma ley). Debe entenderse, pese a ello, que en materia de tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, prevalece la prohibición genérica de su uso, *en todo caso*.

tancias políticas de normalidad ni de excepcionalidad como medio de solución de conflictos por muy trascendentales que sean los intereses privados o estatales en juego.

Esta conclusión encuentra, por lo demás, apoyo en el marco mismo de la justificación donde rigen como límite a la defensa de aquellos intereses los principios de *necesidad* y *menor lesividad posible*, cuyo exigible cumplimiento resulta incompatible con el ejercicio de la violencia característica de la tortura. Esta, pues, no podrá invocarse como medio de defensa para repeler la agresión personal de un preso, en el caso —por ejemplo— de revuelta en el interior de un establecimiento penitenciario, porque la tortura presupone el aprovechamiento de un estado de indefensión, esto es, que la víctima se halle bajo el control del actor y si, en estas condiciones; aquélla es maltratada se estará ante un supuesto de *exceso extensivo* en la defensa —con la consiguiente ausencia del elemento subjetivo de justificación— que no está amparado por el ordenamiento jurídico (182). Tampoco parece plausible, por tanto, alegar el ejercicio legítimo de un cargo para justificar la violencia empleada sobre una persona imposibilitada de defensa —v. gr., después de haber vencido o no una resistencia inicial— pues, en tal caso, aquélla no es racionalmente necesaria ni en abstracto ni en concreto para el ejercicio de la función pública, por lo que, como en el anterior supuesto, debe negarse también aquí la exención tanto completa como incompleta de responsabilidad criminal. Y si nos atenemos a la finalidad exigida en los primeros párrafos del actual artículo 204 bis, cabría destacar asimismo que el obtener una confesión o testimonio de los detenidos no figura entre los deberes asignados a los funcionarios encargados de la investigación de los delitos, por lo que difícilmente podrá invocarse como necesario el empleo de cualquier clase de violencia al servicio de ese objetivo.

Más compleja resulta, sin embargo, la solución de eventuales supuestos donde el logro coactivo o violento de aquella confesión o testimonio pudiera estimarse eficaz para la evitación de males iguales o incluso muy superiores. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que la declaración de un detenido, obtenida por medios violentos, pudiera evitar una larga condena de un inocente o bien salvar la vida de numerosas personas en peligro (rehenes, v. gr.) o altos intereses del Estado (en caso de espionaje, por ejemplo). En tales supuestos, se cumplirá, por lo general, al menos de forma aparente, la exigencia expresa en el tipo legal permisivo del estado de necesidad de que el mal evitado sea superior al producido. ¿Es posible, por tanto, dar por justificada la conducta del funcionario que tortura a otro impulsado por el interés de servir a estos fines valiosos? Ciertamente que no. En primer lugar, porque en virtud del principio de menor lesividad que in-

(182) En este sentido, *vid.* MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 372-373; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 351; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, p. 200.

(182 bis) *Vid.* en parecidos términos el Considerando décimo de la STS. de 5 julio 1985, *Repertorio...*, cit., p. 3332.

fórmula esta causa de justificación (183) deberá recurrirse a otros medios que resulten menos perjudiciales y sean capaces de conjurar el peligro en que se hallan los bienes en conflicto: exigencia ésta que nuestra jurisprudencia entiende de modo *absoluto* (184) y que en los supuestos mencionados podría ser generalmente observada (así, mediante el recurso a una investigación más profunda del caso que prescindiera de la prueba poco fidedigna, por lo demás, de la confesión, a través del cumplimiento de las condiciones que exigen los secuestradores para salvar la vida de los rehenes...). De otra parte, no puede perderse de vista que, a través del uso de la tortura se ponen asimismo en peligro bienes personalísimos de la víctima —por lo demás, presuntamente inocente— que eventualmente deberán ser sacrificados, tales como —aparte obviamente su dignidad, libertad y seguridad— la integridad física o mental o incluso la vida; bienes, en definitiva, *no susceptibles de ponderación* (185), aún menos cuando entran en colisión con intereses impersonales (intereses del Estado, orden público, servicio a la administración de justicia...) (186) o bien cuando, siendo también personales, el poder de decisión recae sobre un tercero ajeno al conflicto (187) (no es lo mismo poner en peligro la vida de otros para salvar la propia que crear un riesgo para la vida de quien la tiene a salvo para evitar que se realice el peligro que amenaza a la de otros). A todo lo cual cabe añadir, la inidoneidad (188) de un instrumento como la tortura para alcanzar resultados ciertos, lo que da idea de su escasa fiabilidad y, por tanto, del riesgo de hacer descansar en su uso la garantía de evitación de eventuales males. Por todo ello y también por el temor fundado de otorgar al Estado una patente de corso para disponer a su antojo y con apariencia jurídica de los bienes individuales más trascendentales en favor de cualesquiera intereses «superiores» siempre a su alcance (no otro pretexto se esgrime en el ejercicio de la violencia institucional que la salvación de bienes tan «altos» como la paz social, la seguridad, la democracia...), debe negarse en estos casos toda clase de justificación.

Otra cuestión distinta es la de si estas eximentes podrían concurrir en forma putativa. Así, en el supuesto de que el funcionario alegara como alternativa exculpatoria (189) su creencia de que las circunstan-

(183) Así también, MIR PUIG, *Derecho...*, cit., p. 357.

(184) Vid. ampliamente, CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 277 ss. También, las acertadas matizaciones de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit.*, III, p. 77.

(185) En este sentido, JESCHECK, *Ob. cit.*, I, p. 494; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit.*, III, p. 81; BUSTOS RAMÍREZ, *Ob. cit.*, p. 249.

(186) Vid. CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, p. 291.

(187) Así parece entenderlo también, BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», *A. D.º P. y C. P.*, 1979, p. 498; Vid. sobre ello, asimismo, MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 506; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, p. 208.

(188) Sobre la trascendencia de este criterio, vid. JESCHECK, *Ob. cit.*, I, p. 494. También, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit.*, III, p. 82.

(189) Además de posibles causas de inimputabilidad concurrentes —pretexto éste que ha servido en muchos casos para la exculpación, siquiera sea simbólica, de estos hechos (para un estudio de las psicopatologías del

cias del hecho le autorizaban a actuar en la forma en que lo hizo. En tales situaciones, la *credibilidad* del error (de prohibición) —examinada anticipadamente al enjuiciamiento de su vencibilidad— es harto difícil tanto si la iniciativa en el ejercicio de la violencia partió del mismo (por interpretar erróneamente «su necesidad», v. gr.) o de una orden de su superior jerárquico (que, pese a serlo, no estimó manifiestamente ilegal) (190), siendo así que, como se ha señalado, hechos como este de la tortura no constituyen «únicamente una infracción del Derecho, sino al mismo tiempo una *vulneración absolutamente insoportable del orden ético-social* de un Estado Democrático de Derecho», a más de que «el efectivo conocimiento de la prohibición es tanto más probable cuando se dé en el ámbito profesional del autor» (191). Con todo, habría que estar al análisis del caso concreto, sin dejar de aplicar —*a sensu contrario*, el Tribunal Supremo (192)— esos valiosos criterios.

Finalmente, quedan por perfilar los aspectos relativos a la *autoría* y *participación* en el delito de tortura. Tratándose éste de un delito especial impropio debe exigirse para ser autor del mismo, ostentar el efectivo dominio del hecho así como la cualificación u otras características (ánimo especial, v. gr.) requeridos por el tipo. Conforme a estos principios, pues, sólo la autoridad o funcionario público encargados de la investigación de los delitos —párrafos 1.º, 2.º y 4.º— o de la custodia o atención de detenidos y presos —párrafo 3.º— podrán ser autores del tipo del artículo 204 bis del Código penal, siempre que, además, actúen con la finalidad exigida de «obtener una confesión o testimonio» de la víctima (sólo en el primer caso) y, dada la importancia de su aportación objetiva, dominen o contribuyan a dominar finalmente el curso del hecho (193). Esto último sucede, tanto si realizan por propia mano (194) los actos constitutivos de tortura (autoría *inmediata* o *directa*) como si para su realización se sirven de otro como instrumento (autoría *mediata*) o ejecutan una parte esencial del plan global (dominio «funcional» del hecho) a partir de una común resolución delictiva (*co-autoría*), ya mediante actos estrictamente típicos

torturador, *vid. Contra la tortura*, cit., pp. 83 ss.)—, podría invocarse en algún caso, la eximente de miedo insuperable del art. 8, 10 del C. p. (piénsese, por ejemplo, en el funcionario que cumple una orden de tortura, pese a conocer su manifiesta ilicitud, por temor a un mal mayor con el que se le ha amenazado).

(190) *Vid.* expresamente sobre ello, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 432-433. Es de observar, de otra parte, que el propio Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (adoptado por N. U. el 17-XII-1979), cit., establece en su art. 5, que ninguno de estos funcionarios «podrá ... invocar la orden de un superior ... como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». Cfr. AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 225.

(191) Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, «La distinción...», cit., p. 5.

(192) Como cabe deducir de los términos en que resuelve la sentencia de caso Almería de 16-V-1983, que comenta el autor citado en nota precedente, cfr. «*La Ley*», núm. 700, cit., pp. 1 ss.

(193) Conforme a la definición de JESCHECK, *Ob. cit.*, II, p. 898.

(194) Entendiendo por tal, como señala MIR PUIG, «la realización de la base ejecutiva...», *Derecho Penal*, cit., p. 314.

(v. gr., ejerciendo propiamente las violencias sobre la víctima) o de cooperación necesaria durante la fase ejecutiva (v. gr., sujetándola u ofreciendo medios o instrumentos imprescindibles para la tortura) (195).

Asimismo, puede apreciarse autoría, esta vez en comisión por omisión, cuando el funcionario, teniendo la posibilidad de intervenir en el hecho (dominio «potencial» del mismo) para evitarlo, no lo hace, en contra de lo que prescribe su deber de actuar (196). En el ámbito de los delitos de omisión no resulta, pues aplicable el criterio del dominio del hecho para distinguir al autor del partícipe ni, por tanto, es relevante para determinar el grado de responsabilidad por el hecho la mayor o menor importancia de su aportación al mismo (197). En estos delitos es ya autor el que infringiendo su deber de garante (198) no interviene para impedir el hecho de otro o la decisión de otro de cometer el hecho (en este caso, de violencias constitutivas de tortura), interceptando u obstaculizando su realización (199). Desde este punto de vista, sólo es imaginable la participación cuando el supuesto típico requiere para la autoría *exigencias adicionales*, tal como, v. gr., elementos subjetivos especiales que no se cumplen en el omitente (tal vez, el caso del funcionario médico que siendo garante de la salud de los detenidos de cuya atención está encargado —y sin ánimo específico— no interviene para evitar su lesión). En tales casos, el que omita actuar será sólo cómplice (200).

(195) Estos últimos contemplados en el núms. 1 y 3, respectivamente, del art. 14 del C. p. Los primeros —autores directos— se hallan previstos en los diferentes tipos de la Parte Especial, y los segundos —autores mediatos—, salvo los que actúan forzando al «hombre de delante» (art. 14, 2.º), también. El Proyecto de 1980 y el PANCP. de 1983 los contemplan ya de forma expresa a estos últimos en sus arts. 32 y 27. *Vid.* sobre ello, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 319 y 332, donde, sin embargo, discrepa en parte de la construcción expuesta al estimar preferible reservar el art. 14,3 para supuestos de participación («complicidad»). En este extremo, mi opinión se adecúa a la expresada por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., pp. 128 y 134.

(196) Así, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, p. 315.

(197) En otro sentido, JESCHECK que califica al omitente garante (que no interviene en el hecho doloso comisivo de otro) de «cómplice». *Ob. cit.*, II, p. 967. *Vid.* la crítica de esta posición en STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pp. 316-318.

(198) Que «faltando a los deberes de su cargo ... permitieren...», dice el pfo. último del art. 204 bis. Entre esos deberes del cargo está el de velar por la seguridad de los que se hallan bajo su custodia (*vid. supra* nota número 168), lo que origina un deber de garante respecto de los bienes jurídicos más personales de los mismos. *Vid.* también una estructura similar a la de este precepto en el par. 340 del StGB alemán relativo a las lesiones realizadas por funcionario público.

(199) En este sentido, cfr., por todos, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pp. 316 a 319. En nuestro país, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 608. Para una visión general de esta cuestión, *vid.* BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español. II: El hecho punible*, Madrid, 1985, pp. 194-195. Resulta admisible asimismo la co-autoría, si bien se trata de un recurso innecesario, *vid.* STRATENWERTH, *Ob. cit.*, p. 316.

(200) Así, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, p. 318. Si, además, no es garante, su omisión deberá inculparse por los arts. 371 o 338 bis en su caso.

· Merece, por último, prestar atención a los supuestos de intervención de *extranei* («no cualificados») en el delito de tortura. El caso más frecuente parecería ser el del mercenario, experto en torturas, que es convencido por un funcionario para ejercerlas sobre determinado detenido con el fin de obtener del mismo cierta confesión. Tres posibilidades se ofrecen para resolver este supuesto: la de calificar la conducta del *intraneus* (funcionario) como inducción a un delito de tortura y la del *extraneus* (no funcionario) como autoría del delito común correspondiente (sea de coacciones, lesiones...), lo que presupone romper el título de imputación (201); la de mantener la unidad de éste, calificando la aportación del *intraneus* de inducción al delito común que realiza el que ostenta el dominio del hecho (*extraneus*); o bien, finalmente, la de entender que se trata de un supuesto especial de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, lo que implica introducir una nota subjetiva de *pertenencia* en la definición de dominio que es característica de la autoría en los delitos de comisión dolosos (202). En los delitos especiales (propios e) impropios aquella pertenencia del hecho no podría corresponder al *extraneus* porque carece de las condiciones típicas necesarias, lo que permite que «pase —se señala— en forma de autoría mediata al hombre de atrás que determina (mediante inducción o cooperación) la causación del tipo...»; aquí, pues, «la pertenencia sólo puede corresponderle al hombre de atrás, porque el intermediario no puede arrebatarla» (203). Conforme a esta última construcción, habrá de entenderse que el *intraneus* en el caso expuesto es autor del delito de tortura pese a no ser «señor» del hecho (204) y que el *extraneus* responderá también como autor por el delito común que hubiere realizado. En el caso contrario de que fuere este último el que indujera a un funcionario (*intraneus*) a torturar a un detenido, éste respondería por autoría del tipo del artículo 204 bis, aquél como inductor a este delito (aquí prevalece como puede observarse la segunda de las soluciones apuntadas).

Esta original vía permitiría, de acuerdo con la opinión más extendida (205), calificar de «tortura» los hechos constitutivos de tal que

· (201) En contra, un amplio sector de la doctrina española, *vid.* MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 341 y la bibliografía por él citada. También, BUSTOS RAMÍREZ, *Ob. cit.*, pp. 335-336 y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho penal*, cit., II, p. 255. Ampliamente; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, 1974, pp. 55 ss.

· (202) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal* cit., pp. 314-315.

(203) Esta construcción, que es habitual respecto de los delitos especiales propios (cfr. por todos, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pp. 243-244), la aplica en nuestro país a los especiales impropios MIR PUIG *Adiciones...* cit., II, pp. 934-935. En contra de esta solución, expresamente, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 159; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, II, pp. 253 ss.

(204) En la terminología de WELZEL, *Ob. cit.*, p. 145.

(205) Así, BERISTAIN, «Lagunas...», cit., p. 13. La segunda hipótesis analizada, al querer mantener la unidad del título de imputación, obligaría a calificar al *intraneus* que induce al *extraneus* a un delito de tortura, de inducción al delito común realizado por el autor (coacciones, lesiones, homicidio...), nunca al del art. 204 bis. Es de hacer notar, sin embargo, que

fueran realizados por funcionario público, bien directamente bien a través de otros que actúen a instigación suya. Si bien, este resultado se puede obtener asimismo mediante la opción señalada en primer lugar que, en mi opinión, es preferible y conforme a la cual sólo el funcionario respondería por este delito especial —sea como autor, sea como partícipe— porque, en definitiva, únicamente él puede infringir los deberes específicos que el tipo del artículo 204 bis presupone para su comisión (206).

IV. MEDIDAS PREVENTIVAS FRENTE A LA TORTURA. ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD PROCESAL VIGENTE

Pero ni la existencia de una normativa penal adecuada a los fines de reprimir convenientemente los hechos constitutivos de tortura ni todo el edificio dogmático a su servicio, son suficientes para erradicar la práctica de este singular delito: primeramente, porque su ámbito de decisión es limitado, al tratarse de instancias que intervienen *a posteriori*, cuando aquellos hechos han sido ya realizados (207); y también porque su efectividad depende, en último término, de la voluntad de quienes están llamadas a aplicarlas. Es por ello que se señala la necesidad de proceder contra la tortura a través de *tácticas preventivas* que van desde el reforzamiento de garantías procesales y la evitación de leyes —generalmente «de excepción»— que las ignoran favoreciendo aquellas práctica hasta la exigencia de dotar de una adecuada formación e instrucción —que comprenda, en todo caso, el rechazo a la tortura— a los que, por razón de su función, participan en el proceso de detención, interrogatorio, custodia o administración de justicia, pues es en el curso de estos procesos donde los derechos del particular se ven más amenazados y corren un mayor peligro de ser vulnerados. En definitiva, unas y otras, medidas indicativas de la voluntad del Estado de prescindir de la práctica de tan cruel procedimiento y que lamentablemente no pueden decirse cumplidas en nuestro país. De su análisis me voy a ocupar someramente en este apartado (208).

la mayoría de las definiciones que se ofrecen de tortura suelen considerar al *extraneus* del supuesto aquí expresado como autor también de este delito. Es común, pues, encontrar la expresión: «el funcionario público u otra persona a instigación suya...». *Vid.* en este sentido, el art. 1 de la Declaración de N. U. de 3-XII-1975; art. VIII del Proyecto de Código Penal Internacional y el Proyecto de Convención y supresión de la tortura de 1977, ya citados. Esta última posición no me parece, en todo caso, compartible.

(206) A idénticos resultados llega la doctrina alemana por aplicación del par. 28, II del StGB —precepto equivalente al art. 60,1 del Código penal español, que sería también aquí aplicable—. Cfr. JESCHECK, *Ob. cit.*, II, pp. 903 y 904 i.f.

(207) Ello no le resta, con todo, importancia. Es precisa una política represiva adecuada de la tortura como lo es también la configuración de medidas reparadoras, aún cuando éstas sólo puedan exigirse *a posteriori*. Así, también, AMNISTÍA I, *Informe*, cit., pp. 74 y 79 ss.

(208) Se seguirá en este análisis, en gran medida, las indicaciones sugeridas por AMNISTÍA I. para la prevención de la tortura, *Informe*, cit., pp. 76 ss.

Podría pensarse a la vista de los derechos que la Constitución de 1978 reconoce al detenido —en sus arts. 17 y 24, sobre todo—, que su seguridad y defensa están básicamente garantizadas y, con ellas, la desaparición de la tortura. Si bien, ésta no deja de ser una impresión pasajera que va olvidándose a medida que se analizan en profundidad los textos legales que desarrollan esta normativa y, en especial, los que, por vía excepcional (209), regulan la suspensión de aquellos derechos en aplicación de lo establecido en el artículo 55,2 de aquel texto fundamental.

Así pues, si genéricamente parecen asistir al detenido garantías tan relevantes como el de su presunción de inocencia, derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, defensa letrada desde el momento de la detención e imprescindible duración de ésta, tutela efectiva de jueces y tribunales, derecho al juez natural, *habeas corpus*, derecho a ser informado inmediatamente a la detención de las razones de la misma y de estos y otros derechos que constitucionalmente se le reconocen... (210); en la práctica legal, esas garantías se desvanecen muchas veces bajo la presión de intereses varios que con el pretexto de ser representativos del «interés general», de la lucha por «la defensa del orden democrático» (211) no sirven en realidad a otro objetivo que al reforzamiento de la represión y del autoritarismo que es característico de los Estados de Derecho de nuestros días (212), gracias al protagonismo creciente que el poder ejecutivo ostenta en ellos al margen de toda real fiscalización (213).

1. NORMAS PROCESALES QUE RESTRINGEN LAS GARANTÍAS DE DEFENSA DEL DETENIDO O PRESO

Sólo en esta forma son explicables, por ejemplo, las restricciones que la LECrim., recientemente reformada (214), o la Ley General Penitenciaria imponen al derecho de defensa de detenidos y presos para

(209) Como afirma GÓMEZ BENÍTEZ, «el binomio "excepcionalidad-normalidad" no contiene realmente ninguna contradicción esencial para el Estado de Derecho...» (vid. también, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción a Democracia autoritaria y capitalismo maduro* de Ferrajoli/Zolo, Barcelona, 1980, pp. 10-11)... «Ese proceso de excepcionalidad no constituye más que ... la culminación de su transformación». Quizá lo alarmante, como señala el autor, sea la cimentación de ese «autoritarismo excepcional en un consenso activo de mayorías» lo que «genera un claro proceso de fascistización social», «Crítica...», cit., pp. 49 a 51.

(210) En general, garantías apuntadas por AMNISTÍA I. para la protección del detenido frente a la tortura, *Informe*, cit., pp. 76 ss.

(211) Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción*, cit., pp. 9 y 10. También, ampliamente, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., pp. 80 ss.

(212) Lo que les ha valido la calificación de «Estado autoritario o absoluto de Derecho». Vid., respectivamente, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 49; STAME, «Teoria dello Stato e controllo sociale», *Questione Criminale*, gennaio-aprile, núm. 1, 1979, pp. 212-213 y, en general, pp. 193 ss.

(213) Así, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción*, cit., p. 12.

(214) En cuanto a sus arts. 520 y 527, por Ley O. 14/1983 de 12 de diciembre (BOE del día 28).

situaciones de *normalidad*; restricciones que se multiplican y extienden desmesuradamente hasta constituir, como se ha apuntado, una auténtica «red jurídica de efectos "aislantes" del detenido o preso» (215) para los supuestos de *excepcionalidad*, normalmente identificados con estrategias de represión del terrorismo.

Es de observar, en efecto, en cuanto al primero de los aspectos señalados, cómo la LECrim. en su artículo 520, 4.º prescinde del requisito de la «inmediatez» en cuanto a la asistencia letrada al detenido. Pese a que en párrafos precedentes (pfo. 2.º c) reconozca el «derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto», en el que ahora se critica (pfo. 4.º), el legislador se limita a exigir que «la autoridad judicial o los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso... comunicarán ... al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o ... el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un abogado de oficio. El abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas contadas desde el momento de la comunicación... Si transcurrido el plazo ... no compareciere ... podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere...».

Un análisis somero de este precepto permite observar, de una parte, el amplio espacio de tiempo en que el detenido puede hallarse desasistido de letrado, siendo así que la Ley no exige la comunicación *inmediata* de la detención al Colegio de Abogados, lo que puede ocasionar que la policía, por ejemplo, agote el plazo legal de setenta y dos horas antes de ponerse en contacto con el mencionado colectivo o deje pasar la mayor parte del mismo sin dicho aviso, quedando así vacío de contenido el «derecho a la irrenunciabilidad de la defensa» que se reconoce también legalmente (pfo. 2.º c) i.f.) (216). Este, de otra parte, se infringe claramente, *en todo caso*, cuando se condiciona al consentimiento del detenido o preso el comienzo de las diligencias de prevención para el caso de que el abogado designado no compareciese injustificadamente al lugar donde aquéllos se encuentren (217).

(215) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 60.

(216) En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, «Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica por la que se desarrolla el art. 17,3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación a los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 1, 1983, pp. 164-165.

(217) Así también, LACASTA ZABALZA, «En torno a los derechos del detenido (obstáculos y limitaciones de una praxis constitucional)», en GARCÍA DE ENTERRÍA/SÁNCHEZ AGESTA/ y Otros», *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1982, p. 220. *Vid.* en el mismo sentido del texto la Exposición de Motivos del Grupo Comunista a las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley O. contra las actuaciones de las bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55,2 de la Constitución» (actual «Ley antiterrorista»). *Boletín*, Comisión de Justicia y Libertades Públicas, año I, núm. 1, pp. 8 y 9.

Asimismo, en el ámbito penitenciario, la Ley de 1979 posibilita en su artículo 51, 5.º la suspensión de comunicación de los internos con su abogado defensor mediante decisión «motivada» del Director del establecimiento y sin control judicial previo (218); y, en su artículo 36, 3.º se condiciona la obtención de servicios médicos de profesionales ajenos a las instituciones penitenciarias a que «eventuales razones de seguridad lo permitan».

Esta garantía de asistencia médica «independiente» (219) aparece también limitada en la regulación que ofrece la LECrim. (220), donde, además, no se exige su práctica preceptiva al comienzo de la detención. Esta, ciertamente, puede ser solicitada por el abogado defensor del detenido (art. 520, 6.º a), pero, como antes se ha señalado, la propia presencia de aquél durante las primeras fases del interrogatorio puede ser obviada gracias a las lagunas que consiente o inconscientemente contiene aquella Ley, y, además, puede suceder que el mismo, de estar presente, no la solicite, en cuyo caso, al no ser obligatoria no llegaría a realizarse.

De otra parte, la forma misma de concebir el legislador la asistencia letrada, para los casos en que se obtenga, resta garantías de defensa al detenido. Se trata, en efecto, según se desprende del artículo 520, 6.º de la LECrim., de una asistencia puramente *pasiva* en que el abogado —«convidado de piedra» del acto (221)—, se limita a dar con su presencia física una «apariencia de legalidad» a cuantas diligencias se realizan sin su intervención. Sólo, *a posteriori*, cuando éstas hubieren finalizado podrá «entrevistarse reservadamente con el detenido» (pfo. 6.º c). De esta manera, como se ha afirmado, se vulnera lo establecido en el artículo 17, 3.º de la Constitución, donde lo que se garantiza es «la asistencia del abogado al *detenido*» y no «a su *interrogatorio*» (222).

Finalmente, carece de justificación el amplio margen de detención preventiva que la legalidad vigente autoriza —esta vez con respaldo constitucional (art. 17, 2.º)— para el ejercicio de las diligencias policiales de prevención. Si éstas, como la LECrim. establece, se limitan a invitar al detenido a firmar el atestado y, caso de no hacerlo, a expresar las razones de su negativa (art. 293, 2.º), no se explica la dilatación del plazo de entrega del detenido a disposición del juez hasta las setenta y dos horas siguientes a su detención. El plazo, pues,

(218) Así lo interpreta también GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 59.

(219) Cfr. AMNISTÍA I., *Informe*, cit., pp. 76-77.

(220) Donde las facultades de elección de personal médico parecen corresponder a la autoridad bajo cuya tutela se encuentra el detenido. Sería de desear, en todo caso, como garantía de responsabilidad máxima de los funcionarios que prestaran servicios médicos a detenidos y presos, la suscripción por nuestro país de los (seis) Principios de Ética Médica, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18-XII-1982, cit.

(221) Así, LACASTA ZABALA, *Ob. cit.*, p. 221.

(222) Así J. DE ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Ob. cit.*, p. 154. Sobre la necesidad de una intervención activa del abogado en cuantos extremos requieran su presencia, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, *Ob. cit.*, pp. 165-166; AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 74.

de veinticuatro horas que tradicionalmente ha sido el acogido por nuestra legislación histórica y que subsiste aún en el artículo 496 de la LECrim. debe estimarse suficiente, como límite máximo autorizado —la exigencia legal debería ser de *immediatez*—, para, tras la realización de las diligencias referidas, efectuar el traslado del detenido ante la autoridad judicial (223). La práctica de cualesquiera otras de las diligencias que autoriza el artículo 282 de la LECrim. deberían hacerse al servicio directo de juzgados, tribunales o del Ministerio Fiscal, una vez que el detenido se hallare a disposición de éstos, lo que implica la efectiva creación de un cuerpo de policía judicial, independiente de la gubernativa y auxiliar de aquellos órganos (224): una vieja aspiración, expresada por amplios sectores de opinión de nuestro país, que sólo parcialmente es satisfecha por la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (225).

2. LA LEGISLACIÓN PROCESAL EXCEPCIONAL COMO FACTOR CONDICIONANTE DE LA TORTURA

Esta situación de inseguridad que las leyes en vigor —en concreto la de «ejercicio del derecho de defensa y de asistencia de abogado y del tratamiento de detenidos y presos (226) y la Ley General Penitenciaria de 1979— *garantizan* al detenido o preso «común», se hace aún mucho más insoportable en el marco de la legislación «excepcional» aplicable a elementos terroristas, donde la ausencia generalizada de control judicial sobre las iniciativas del poder gubernativo se hace todavía más patente, otorgándose a la policía amplias esferas de poder autónomo, difícilmente justificables (227).

Así sucede, sin duda, en el ámbito de la moderna Ley antiterrorista de desarrollo del artículo 55, 2.º de la Constitución —de 26 de diciembre de 1984—, cuyos aspectos más sobresalientes en cuanto al debilitamiento cuando no supresión de garantías procesales, pueden resumirse como sigue:

(223) Sobre esta cuestión del plazo, *vid.* GIMENO SENDRA, *La detención* (obra conjunta con VIVES ANTÓN), Barcelona, 1977, pp. 100 ss.; y la visión actualizada y completa de PORTILLA CONTRERAS, *Ob. cit.*, pp. 158 ss.

(224) Así también, PORTILLA CONTRERAS, *Ob. cit.*, p. 163.

(225) *Vid.* los arts. 443 ss. de esta Ley O. 6/1985 de 1 de julio, y el comentario de la misma, cuando aún se hallaba en proyecto, por PECES MORATE, «Justicia y policía», en *Revista de Derechos Humanos*, núm. 9, febrero-marzo, 1985, pp. 15 ss.

(226) Recogida en el Cap. IV del T. VI del L. II de la LECrim., art. 520 ss.

(227) Este es, de otra parte, un signo distintivo de toda legislación «de orden público», como destaca CASELLI, «Criminalità politica organizzata e problemi della riposta dello Stato», *La violenza interpretata*, a cura de Renzo Villa, Bologna, 1979, p. 250. Sobre la situación paralela sufrida en otros países, en especial Italia y Alemania, *vid.* FERRAJOLI, «Ordine pubblico e legislazione eccezionale», *Questione Criminale*, 1977, pp. 361 ss.; BARATTA/SILBERNAGL, «La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale», *Dei delitti e delle pene*, núm. 3, 1983, pp. 543 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», *cit.*, pp. 68 ss.

a) Se deja a la iniciativa de la autoridad policial «sin necesidad de previa autorización o mandato judicial» la detención de los presuntos responsables de acciones terroristas (art. 16) y la aplicación de la normativa antiterrorista (228), así como la imposición del régimen de incomunicación por el tiempo que se estime necesario (art. 15), con los efectos previstos en el artículo 527 de la LECrim., según los cuales quedarán suspendidos, aparte otros derechos (visitas, correspondencia...), los de libre designación de abogado —que deberá hacerse de oficio (229)—, la posibilidad siquiera sea *a posteriori* de entrevistarse con él y la de poner en conocimiento de familiares y allegados el hecho de la detención y el lugar de custodia donde en cada momento se halle el detenido. Es de hacer notar, además, que la aplicación del régimen de incomunicación, cuando afecta a detenidos o presos en instituciones penitenciarias, aislará a éstos de todo contacto con su abogado defensor o procurador que lo represente, sin que la ley especifique si, en tales casos, es preceptiva una orden judicial (art. 51, 2.º L.G.P.) (230).

b) Se autoriza la prolongación de la detención preventiva durante siete días más de los que genéricamente establece el ordenamiento constitucional, lo que da como resultado un plazo total de *diez días* de eventual incomunicación. Esta medida, que se justifica en la Ley en su «necesidad ... para los fines investigadores» (?) no tiene otra finalidad, si se recuerdan las facultades que a la policía competen en esta fase (art. 293, 2.º LECrim., cit.), que la de garantizar un espacio incontrolado para el ejercicio policial de la tortura y otras prácticas ilegales (231). Ilustrativa resulta, en este sentido, la argumentación que ofrecía en 1978 Peces Barba —actual Presidente del Congreso—, frente a la dilatación del plazo de detención ¡hasta las 72 horas! que autoriza el artículo 17 de la Constitución: «Pero ¿para qué se necesi-

(228) De esta forma se accede, como señala GÓMEZ BENÍTEZ a «la afirmación de la sospecha como categoría jurídica fundamental del nuevo derecho de policía», sobre todo y precisamente en estos casos en que la intervención policial se realiza al margen de los órganos judiciales, «Crítica...», cit., p. 53. Es de observar que según los resultados que nos proporciona la Memoria del Grupo de Investigación y Seguridad de la Audiencia Nacional, aproximadamente sólo uno de cada tres de los detenidos a que se aplica la Ley antiterrorista ingresa posteriormente en prisión, *vid.* «Uno de cada tres», *Terrorismo y Contraterrorismo, Revista de Derechos Humanos*, febrero-marzo, 1985, núm. 9, p. 12.

(229) Como señala PORTILLA CONTRERAS, esta medida supone «poner en tela de juicio la profesionalidad de un colectivo al que se convierte en presuntos cómplices de presuntos inocentes...». Sobre la disminución de garantías de defensa que estos efectos —éste y el que le sigue— comportan para el detenido, *vid.* este autor, *Ob. cit.*, pp. 165-166. Una postura más moderada es mantenida por GIMENO SENDRA, «Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista», *Documentación Jurídica*, cit., II, páginas 1260-1262. En contra también, con argumentos plenamente convincentes, AMNISTÍA I., *Informe*, cit., pp. 74 ss.

(230) En este sentido, también, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit, p. 59.

(231) En los mismos términos se pronuncia RODRÍGUEZ GUERRERO, «La Ley Antiterrorista rompe el sistema constitucional», *Terrorismo y Contraterrorismo*, cit., p. 10. También, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 63, y AMNISTÍA I. en su Informe de 1985 cuyos puntos más fundamentales se resumen en la relación de el *Diario «El País»*, de 9-X-1985, p. 17.

ta ... que un detenido esté más de veinticuatro o más de cuarenta y ocho horas en poder de la autoridad policial? Si es verdad que la autoridad policial no puede ni siquiera obligar a declarar, ¿por qué tiene que estar el detenido en las dependencias policiales? ¿Qué se pretende hacer con él? ¿Es que vamos a volver a las prácticas del franquismo, en las cuales los detenidos subían seis o siete veces a recibirles declaración sin que constase en ningún acta y luego de esas siete declaraciones o las que fuera se producía una única declaración por escrito? ¿Es que se olvida el valor de la confesión en el proceso penal ... que no tiene ningún valor ... como lo justifica la no obligación de juramento, como lo justifica la presunción de inocencia?...» (232). Ciertamente, esa es la cuestión.

La «necesaria intervención judicial» que el artículo 55, 2.º de la Constitución prescribe para la adopción de esta clase de medidas excepcionales, queda en la Ley reducida a términos puramente ficticios al estimar «bastante» que la propuesta de dilatación del plazo de detención preventiva «se ponga en conocimiento del juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención» (art. 13) y, aún cuando se autorice a éste a «requerir información o conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste...» (art. 14).

Es de hacer notar, en efecto, que la intervención del juez —figura aquí meramente «contemplativa»— no es inmediata pues la policía tiene facultades para mantener la detención y la incomunicación durante tres días por lo menos (233); y, tratándose de un juez «especial», ubicado en Madrid, sus facultades de control —aun cuando se posibilite la mediación del Juez de Instrucción del Partido— son mínimas (234). Es de tener en cuenta, además, que —salvo petición expresa del órgano judicial— la autoridad policial bajo cuya custodia se halla el detenido, no tendrá obligación de informarle de cuantas actividades desarrolle en el curso de esos días —hasta diez— de detención preventiva, lo que «propicia —como se ha apuntado— un trasvase de facultades jurisdiccionales a órganos policiales» (235).

(232) *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, 1981, p. 308. *Vid.*, también, las consideraciones críticas que sobre este extremo formula MARTÍNEZ FRESNEDA, *Ob. cit.*, pp. 55 y 56.

(233) *Vid. Informe* sobre la legislación antiterrorista de 1982 de la Asociación pro Derechos Humanos, elaborado técnicamente por Martín Pallín y Gimbernat Ordeig, p. 9. Como razonablemente señala J. M. Bandrés, esta ley es de mayor dureza, rigidez y más atentatoria a los derechos humanos que la propia ley de excepción (de 1-VI-1981), donde se exige la comunicación al juez a las veinticuatro horas de la detención (art. 16,2). *Vid. Diario «El País»* de 22-IV-1985, p. 16.

(234) Así también, en el *Informe* de la Asociación pro Derechos Humanos, cit., p. 9; M. GARCÍA, «Argumentos para la inconstitucionalidad de una Ley», *Terrorismo y Contraterrorismo*, cit., p. 6. Explícitamente lo expresa asimismo el Grupo Comunista en exposición de motivos y enmienda núm. 23 al Proyecto cit., *Boletín*, cit., pp. 9 y 19.

(235) *Informe de la Asociación pro Derechos Humanos*, cit., p. 10.

c). Finalmente, como ya se ha adelantado, la Ley encomienda el conocimiento de las causas por terrorismo a «la jurisdicción ordinaria» (?) representada por «los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional» (art. 11), sitos en Madrid, lo que impide definitivamente el exigible control jurisdiccional de la aplicación de la Ley Antiterrorista por parte de los Cuerpos de Seguridad del Estado (236).

De otra parte, y como se ha afirmado con razón, esta ruptura del principio de inmediación implica asimismo una frustración del derecho constitucional de «habeas corpus» (art. 17, 4.º C. E.), «al obligar a precipitados e injustificados traslados de los ejercientes de aquel derecho (art. 3 de la L. O. 6/1984, de 24 de mayo) y de la persona del detenido de la periferia al centro» (237), pues sólo en el centro, es decir, en Madrid, se encuentra el juez competente —Juez Central de Instrucción, según el artículo 2, 2.º de aquella Ley— para conocer de la solicitud de «habeas corpus» en relación a supuestos de terrorismo. Todo lo cual, termina por ocasionar «la inhibición de la Magistratura» en la lucha contra aquella forma de delincuencia, «con la particularidad —se señala—, de que, si bien bajo la égida del Tribunal de Orden Público (antecedente inmediato y homólogo de la Audiencia Nacional, pese a los intentos legitimadores de que esta última ha sido objeto) esta descongestión de "enojosos asuntos" de tales tribunales ordinarios se traducía en una mayor independencia de los tribunales, con la Audiencia Nacional puede mantenerse todo lo contrario, puesto que la única "inmediación" que se obtiene con el mantenimiento de este órgano jurisdiccional es la de la Audiencia Nacional con el Ministerio del Interior» (238).

3. CONCLUSIÓN

Si, pues, a estas criminógenas medidas de excepción —más que favorecedoras, *provocadoras* de la tortura por la situación de aislamiento que procuran al detenido— se suman otras circunstancias como: la ausencia de un registro detallado de los lugares de custodia donde consten para su control los aspectos relativos a la fecha de la detención, identidad del cuerpo y personas que la llevaron a cabo, fecha y duración de cada sesión de interrogatorio, funcionarios que lo realizaron y personas asistentes al mismo, momento del reconocimiento médico y asistencia letrada, etc...; la imprevisión de una separación de funciones entre custodia e interrogatorio, correspondiente a distintos cuerpos de seguridad; la falta, asimismo, de un reglamento interno a aplicar por el Cuerpo de seguridad que lleva a cabo los interrogatorios (239) o también de un código de conducta sobre trato a los detenidos, que

(236) Así, GIMENO SENDRA, «Nuevas perspectivas...», cit., p. 1250. Esta circunstancia motivó en su día la presentación de una enmienda (núm. 20) por parte del Grupo Comunista para la supresión del contenido de aquel precepto, *Boletín*, cit., p. 18.

(237) GIMENO SENDRA, «Nuevas...», cit., p. 1250.

(238) GIMENO SENDRA, «Nuevas...», cit., p. 1250.

(239) A ello me he referido ya *supra* en nota núm. 101.

prohibiera taxativamente la tortura y el maltrato y el obtener declaraciones mediante el ejercicio de la violencia o con amenazas de utilizarla (240), siquiera fuera a través del convencimiento, o mejor de la *certeza*, de la nula eficacia probatoria de los resultados que obtuvieran con esas conductas ... (241) ..., resulta, cuando menos «fundada» la subsistencia de aquella práctica en nuestro país.

Ello, sólo en parte puede atribuirse a la «falta de sensibilidad y formación» de los llamados a aplicar las leyes (242), y sí, sobre todo, a la voluntad implícita de quienes, desde las altas jerarquías del poder, las propician y las crean. Por ello, hay que asentir ante la afirmación de Amnistía Internacional de que «es posible acabar con la tortura... Lo que falta es la voluntad política de los gobiernos para dejar de torturar: así de sencillo y de difícil» (243).

Granada, marzo de 1986

(240) La normativa existente en nuestro país sobre «la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», recogida en una reciente O. M. de 30-IX-81 cit., tan sólo contiene un principio (núm. 11) donde conmina a estos funcionarios a observar siempre «un trato correcto y esmerado en sus relaciones con todas las personas». Sobre esta significativa ausencia, BERISTAIN, «Lagunas...», cit., p. 2.

(241) *Vid.* todas estas medidas desarrolladas en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe* (1984), cit., pp. 75 a 79.

(242) Como señala MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 601.

(243) *Informe* (1984), cit., p. 4.

