

Garantías procesales del estado de derecho: la abolición de la tortura

Procedural guarantees of the rule of Law: The abolition of torture

Enrique Cesar Pérez-Luño Robledo¹

Universidad de Sevilla, España
epluno@yahoo.es

Resumen

Este trabajo tiene por objeto el estudio, histórico y sistemático, de los motivos y experiencias que fundamentaron la abolición de la tortura en los procesos penales del Estado de Derecho. Se analizan las principales normas internacionales que consagran la prohibición de la tortura, así como las referentes al ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre esa materia. Se estudian también algunas doctrinas y experiencias actuales que pretenden una legitimación de la tortura. Se concluye con la crítica a esas teorías y fenómenos que justifican o recurren a la tortura, por considerarlos incompatibles con las garantías procesales del Estado de Derecho.

Palabras clave: tortura, malos tratos, garantías procesales, derechos fundamentales, Estado de Derecho.

Abstract

This work aims to study, historically and systematically, the reasons and experiences that justified the abolition of torture in criminal proceedings of the rule of law. It analyzes the main international standards that enshrine the prohibition of torture, as well as those concerning the Spanish legal system and our Constitutional Court's jurisprudence on the subject. Some doctrines and current experiences for the legitimacy of torture are also studied. The article concludes with a critique of these theories and phenomena that justify or use torture as being incompatible with the procedural guarantees of the rule of law.

Keywords: torture, ill-treatment, due process of law, fundamental rights, rule of law.

¹ Instituto Interuniversitario Andaluz de Criminología. Universidad de Sevilla. Av. Enramadilla, 18-20, 41018, Sevilla, España.

Planteamiento: tortura y proceso

Este trabajo se propone dar cuenta de los principales retos que para las garantías procesales de los Estados de derecho suponen la pervivencia de determinadas formas de tortura. El estudio se plantea como una reflexión general, pero ello no implica el que pueda abstraerse de la circunstancia cultural en la que ha sido elaborado. Se trata de una investigación llevada a cabo en el seno de la experiencia jurídica española y, por tanto, algunas de sus referencias históricas, normativas y jurisprudenciales se hallan inmediatamente vinculadas a dicha experiencia. No obstante, estimo que el trabajo puede servir de punto de referencia para el estudio comparativo de sus afinidades y discrepancias respecto a otras culturas jurídicas afines, en particular, con las de los países latinoamericanos. La posibilidad de ese estudio comparativo suscita innegable interés, pero el análisis riguroso de su objeto exigiría un libro o, incluso, un tratado; lo que excede, con mucho, a la finalidad del presente ensayo.

A la cultura jurídica humanista de nuestro tiempo le resulta difícil admitir que el trato cruel, inhumano y degradante, en el que la tortura consiste, fue una práctica habitual admitida en el proceso judicial anterior a la aparición de las garantías procesales que caracterizan el sistema jurídico del constitucionalismo liberal. En la historia del proceso, en particular de los enjuiciamientos criminales, se consideró durante siglos que el sometimiento al suplicio de quien era acusado de un delito permitía establecer, de forma concluyente, la veracidad de los hechos que se le imputaban. La barbarie de este sistema fue denunciada, con irónica lucidez, por Voltaire. Según este célebre pensador ilustrado, el recurso a la tortura procesal se inspiraba en la misma lógica con la que el bandido conmina a su víctima. Los bandidos “tienen la costumbre de apretar los pulgares, quemar los pies y preguntar por medio de otros tormentos a los que se niegan a decirles donde guardan su dinero” (Voltaire, 1968, p. 733).

Es mérito de la cultura filosófica y jurídica de la Ilustración² haber puesto de relieve la irracionalidad de la tortura como prueba judicial. A tenor del pensamiento ilustrado, el recurso a la tortura equiparaba, tal como expresa Voltaire, el sistema indagatorio de un proceso judicial a los procedimientos crueles y vejatorios propios de los malhechores. Al propio tiempo, se impugna a la tortura por implicar la imposición de una

pena previa al establecimiento de la culpabilidad y consiguiente condena de un detenido. Rechazan también este procedimiento por su improcedencia e ineficacia para establecer la veracidad de una declaración, ya que el procedimiento obligaba a su víctima a confesar, en la mayor parte de las ocasiones, lo que pretendían sus verdugos, fuera o no cierto. En definitiva, la tortura es descalificada por su oposición abierta a los valores de la dignidad humana y de la integridad de las personas, que se ven abiertamente vulnerados con la aplicación del tormento (Ferrajoli, 1995, *passim*; Martínez Díez, 1962, p. 223ss.; Prieto Sanchis, 2011, *passim*; Tomás y Valiente, 1997, vol. I, p. 757ss.).

A lo largo de la historia el recurso al tormento fue una constante en el desarrollo de los procedimientos judiciales. Fue habitual en los sistemas jurídicos de la antigüedad, incluido el Derecho romano. No han perdido interés las agudas observaciones de Rudolf von Ihering sobre la desigual situación de “Los ricos y los pobres en el Derecho procesal romano”; a tenor de su penetrante estudio se muestra cómo en el Derecho romano preclásico la carga de la prueba en el proceso correspondía siempre a los plebeyos en cualquiera de sus controversias jurídicas con los patricios. Esa carga de la prueba implicaba el sometimiento a tratos crueles y vejatorios: la obligación del plebeyo a tomar en su mano bolas de hierro candente o a la inmersión de su mano en una vasija que contenía aceite hirviendo... Si en cualquiera de estas pruebas inhumanas el plebeyo emitía alguna queja, quedaba probada la falta de veracidad de su declaración (Ihering, 1987, p. 146ss.). En los procedimientos medievales sigue vigente el recurso al tormento y a la tortura, en una atmósfera de oscurantismo jurídico en la que se admitían como prueba procesal fenómenos tan irracionales como el duelo, al que incluso se le denominaba “juicio de Dios”. El espíritu humanista que impregnó el Renacimiento no consiguió erradicar estos sistemas probatorios, que tan sólo eran abolidos tras la crítica implacable de los filósofos y juristas ilustrados, que propician y prestan fundamento ideológico al advenimiento del Estado de Derecho.

Se ha hecho célebre el análisis propuesto por Max Weber para enjuiciar la evolución de los sistemas jurídicos. Desde su atalaya sociológica contempla dicha evolución como un proceso de “racionalización formal y material del derecho”. Según Weber, los sistemas jurídicos han evolucionado, a través del tiem-

² Excedería, con mucho, las posibilidades de extensión de este trabajo un estudio pormenorizado de cuanto supuso la Ilustración como movimiento que se inscribe y da un impulso decisivo a la evolución de la cultura humanista occidental. Sobre esta temática, véase, por todos, Llano Alonso (2002), con amplias orientaciones bibliográficas.

po y de las culturas, desde la irracionalidad material (derecho sustantivo) y formal (derecho procesal) de sus normas e instituciones hasta el arribo a sistemas jurídicos de plena racionalidad material y formal (Weber, 1969, p. 603ss.).

La abolición de la tortura correspondería a una de las grandes conquistas del proceso de racionalización formal de los sistemas jurídicos, que, como se ha indicado *supra*, se alcanzaría con la consagración de los Estados de Derecho.

La abolición del tormento en la Constitución de Cádiz de 1812

En fecha reciente hemos conmemorado el Bicentenario de la Constitución de Cádiz de 1812. Con ese texto se inicia nuestro constitucionalismo moderno y se sientan las bases para el Estado de Derecho. Uno de los principales logros de la Constitución doceañista fue la abolición de determinadas lacras de nuestra historia jurídica. Entre ellas, debe incluirse la prohibición de uno de los aspectos más siniestros de nuestro proceso criminal en el Antiguo Régimen: el tormento, utilizado como elemento de prueba.

En efecto, nuestro proceso de racionalización formal del derecho, por emplear la terminología weberiana, se plasma en el artículo 303 de la Constitución gaditana, que proclama literalmente: “No se usará nunca del tormento ni de los apremios”³.

Conviene recordar que, en los debates de las Cortes constituyentes gaditanas, el 2 de abril de 1811, Agustín de Argüelles presentó a las Cortes una proposición cuyos términos eran los siguientes: “No pudiendo subsistir en vigor en el Código criminal de España ninguna ley que repugne a los sentimientos de humanidad y dulzura que son tan propios de una Nación grande y generosa, sin ofender la liberalización y religiosidad de los principios que ha proclamado desde su feliz instalación el Congreso Nacional, pido que declaren las Cortes abolida la tortura” (España, 1811, p. 809-811; cfr. Sainz Guerra, 2011).

La propuesta de Argüelles suscitó el acuerdo unánime de la Cámara parlamentaria. Fue tal el deseo de los parlamentarios gaditanos de acabar con la tortura, que incluso se llegó a sugerir que dicha propuesta fuese aprobada por asentimiento.

De ese ambiente se hizo eco el diputado Juan Nicasio Gallego, que había pertenecido al grupo de ilus-

trados que formaban parte de la denominada “Escuela Iluminista Salmantina” (cfr. Pérez Luño, 2001, p. 313ss.) Este parlamentario ilustrado, refiriéndose a las normas que habían permitido la aplicación del tormento, afirmó: “Este asunto exige tan poca ilustración, que la mayor solemnidad que pueda dársele, es no detenerse en discutirle; la justicia en este punto es tan clara, y tan repugnante la existencia de estas leyes, que no es necesario tratar de ellas, pues aún no he oído a nadie que tenga la osadía de sostenerlas” (España, 1811, p. 813; cfr. Escudero, 2010, p. 58ss.; Sainz Guerra, 2011).

El historiador José Antonio Escudero ha indicado que la “tortura, prevista en el proceso penal y en el inquisitorial, ya no se practicaba, con lo que el objeto de la propuesta era más bien cancelar legalmente unas viejas prácticas caídas en desuso. Ahora bien, si la tortura efectivamente había desaparecido, no sucedía lo mismo con ciertas corruptelas y extorsiones que en la práctica del proceso la sustituían” (Escudero, 2010, p. 59-60).

Entre tales abusos figuraban los apremios, que consistían en aplicar a los detenidos los grilletes, esposas o cadenas, que vulneraban la integridad física de los imputados y constituían de hecho otras modalidades de tortura. Estas circunstancias determinaron la intervención del diputado de La Mancha, Ramón Giraldo, quien sostuvo la necesidad de ampliar la abolición de la tortura con la abolición de los apremios.

En su intervención, Ramón Giraldo abogó por la supresión de los apremios con estas palabras:

Yo no soy viejo, y he visto hacer uso de varios apremios ilegales aún peores que la misma tortura; porque cuando se daba ésta se observaba por lo menos el orden de que el que se suponía reo, había de ratificar su confesión a las veinticuatro horas sin otro apremio alguno; pero en los tormentos que cito no había tiempo señalado, y no se dejaba de afligir al supuesto reo hasta que confesaba el delito, o se cansaba el juez de atormentarle... En este punto pido que se amplíe la proposición, añadiendo a la palabra tortura la de apremios ilegales (España, 1811, p. 814).

La propuesta de este diputado fue aprobada por unanimidad y pasó así a completarse la abolición de la tortura con la abolición de los apremios, tal como se desprende del texto definitivo incluido en el ya mencionado artículo 303 de la Constitución de Cádiz, que se hallaba incluido en el capítulo destinado a la administración de justicia en lo criminal (capítulo III del título V).

³ Sobre los derechos fundamentales reconocidos en el texto gaditano cfr. Pérez Luño (1983, p. 347ss.; 2009a, p. 243ss.; 2009b, p. 155ss.).

La abolición de la tortura en las organizaciones internacionales y en los Estados de Derecho: la normativa española

El artículo 303 de la Constitución de Cádiz fue el primer antecedente en nuestra historia constitucional del actual artículo 15 de la Constitución vigente de 1978, en el que, entre otras garantías relativas al derecho a la vida, se establece que las personas “en ningún caso puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos”.

Este derecho humano se halla presente en todas las Declaraciones internacionales y en todas las Constituciones democráticas de nuestro tiempo como una garantía básica e insoslayable en el catálogo de sus respectivos derechos y libertades. La prohibición de la tortura se halla presente, en efecto, en la actividad normativa de garantía de los derechos humanos desarrollada por las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

Con referencia a las iniciativas de la ONU, conviene aludir a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 5 prescribe: “Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Deben consignarse, asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículos 26 y 27) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte de 15 de diciembre de 1989; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 14 de diciembre de 1979; así como los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de 17 de diciembre de 1990.

En cuanto a los tratados y declaraciones internacionales o supranacionales de ámbito europeo, es decir, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, cabe citar, en relación con la actividad normativa del Consejo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950, cuyo artículo 3 establece: “Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Son también de suma importancia, como textos abolicionistas de la tortura, el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987 y sus Protocolos 1 y 2; y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en Niza el 7 de diciembre de 2000, cuyo artículo

4 proclama: “Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. El texto de la Carta fue aprobado de forma definitiva en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, con carácter previo a la firma del Tratado de Lisboa, el cual atribuye a dicha Carta el mismo valor jurídico que los Tratados (6 TUE).

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, el desarrollo legislativo del artículo 15 de la Constitución es, predominantemente, de carácter penal y procesal. En este terreno hay que citar, también, aunque aprobada antes de la entrada en vigor de la Constitución, la Ley 31/1978, de 17 de julio, sobre tipificación de delito de tortura.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, la abolición de la tortura y, consiguientemente, de todos los tratos crueles, inhumanos y degradantes constituye el marco inspirador de todo nuestro sistema penal y procesal referente al tratamiento de los detenidos. En el plano procesal, en el que de modo preferente se inscriben estas consideraciones, debe hacerse notar que, aunque la vigente Ley de Procedimiento Criminal no hace referencia expresa a la prohibición de la tortura y los malos tratos al detenido, incluye algunos artículos en los que cabe inferir la observancia de tal prohibición. Así, el artículo 520 bis.3, donde se incluyen determinadas garantías procesales del detenido, se establece que: “Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”. Se quiere con ello evitar cualquier situación abusiva o vulneración de la legalidad procesal y, por eso, también cualquier situación de maltrato inferido de la persona del detenido.

Es también relevante, a estos efectos, cuanto dispone el artículo 525, en el que se prescribe: “No se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse. Esta medida deberá ser temporal, y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario”. Es necesario advertir que las medidas de seguridad no implican o pueden identificarse con formas de tortura o maltrato. Ahora bien, por un argumento *a fortiori*, en su modalidad de *ad minore ad maius*, cabe inferir de este artículo la total proscripción de la tortura. Es decir que si se prohíbe la aplicación de medidas de seguridad, salvo en los casos extraordinarios previstos en la ley procesal, con mayor motivo habrá que entender que quedan prohibidos perjuicios mayores para el detenido como sería cualquier forma de tortura.

Todo lo anterior se corrobora por lo dispuesto en el artículo 526, que expresamente se refiere al control judicial de la situación de los presos o detenidos a efectos de evitar cualquier abuso y, por tanto, cualquier situación de tortura o maltrato. El tenor de tal artículo es el siguiente:

El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efecto por el Fiscal de la respectiva Audiencia; y donde exista este Tribunal, harán la visita el Presidente del mismo o el de la Sala de lo criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio Fiscal y con asistencia del Juez instructor. En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren.

Asimismo, la LECrim. atribuye al Ministerio Fiscal la función de velar por el respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales del imputado en su artículo 773.1 (cfr. Gimeno Sendra *et al.*, 2007, p. 401 ss.).

Estas garantías procesales han tenido puntual recepción por la jurisprudencia, siendo de especial interés la doctrina elaborada en este aspecto por nuestro Tribunal Constitucional.

De cuanto se ha expuesto en este epígrafe se desprende que se ha producido, en las últimas décadas, un desarrollo y reconocimiento de los derechos humanos por las organizaciones internacionales, en especial por la ONU o el Consejo de Europa, y en el constitucionalismo democrático comparado, en particular, en el constitucionalismo español, tendente a la abolición y superación definitiva de la posibilidad de utilizar la tortura en cualquier proceso jurídico. Para la cultura jurídica actual, por tanto, el tema de la tortura es considerado como un capítulo definitivamente olvidado de los aspectos más siniestros de los procedimientos jurídicos de épocas de barbarie remotas, perdidas en la noche de los tiempos. Para los juristas humanistas del presente, la temática de la tortura queda reservada a la curiosidad erudita de algún historiador del Derecho.

Aproximación a la doctrina del tribunal constitucional en materia de tortura

Esa tendencia del humanismo jurídico contemporáneo dirigida a la definitiva erradicación de la tortura y de cualquier trato cruel inhumano o degradante,

en la esfera penal y procesal, ha tenido puntual eco en nuestra jurisprudencia constitucional. Nuestro Tribunal Constitucional ha seguido la orientación hermenéutica humanitaria, pretendiendo dotar de eficacia a las garantías procesales constitucionales y tomando como referencia y apoyo decisiones relevantes de otras instancias jurisdiccionales constitucionales y, en particular, del Tribunal de Estrasburgo. Así, por ejemplo, se remite expresamente al Tribunal Europeo para la protección de los Derechos Humanos, que en su Sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), al interpretar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, declaró la prohibición derivada de dicho artículo de cualquier trato que “acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”. El TC considera que estos razonamientos se hallan en plena concordancia con cuanto prescribe el art. 15 de la Constitución española, “que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución” (STC 65/1986, FJ 4.). En el mismo sentido se han pronunciado las SSTC 89/1987, FJ 2.Y 150/1991, FJ 7. Debe hacerse hincapié en que el TC ha empleado estas mismas argumentaciones para hacer referencia, no a las penas o sanciones sino, de forma más general, a cualquier trato o comportamiento (SSTC 120/1990, FJ 9 y 137/1990, FJ 7).

Para el TC, la tortura y tratos inhumanos o degradantes “son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente” (STC 120/1990, FJ 9.). En el mismo sentido las SSTC 137/1990, FJ 7 y 215/1994, FJ 5.A.

Un estudio reciente sobre los aspectos doctrinales, históricos y normativos de la tortura

La difusión del humanitarismo y el desarrollo de las garantías procesales propias de los Estados de Derecho parecían haber contribuido a la erradicación definitiva de la tortura en la esfera jurídica y política contemporánea. Esa convicción determina la sorpresa y, en cierto modo, la frustración e indignación que produce en la consciencia jurídica de nuestro tiempo comprobar que la tortura no es un mero residuo de

la irracionalidad del Derecho del pasado, objeto de un interés meramente retrospectivo, sino una realidad que ofende al presente.

Nos permite tomar conciencia de esa realidad ominosa un libro, recientemente publicado (La Torre y Lalatta Costerbosa, 2013). Dicha obra plantea los supuestos de legalización de la tortura en el mundo actual y la consiguiente degradación de las conquistas del Estado de Derecho. Son autores del libro dos prestigiosos universitarios italianos. El profesor La Torre es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad italiana de Catanzaro y de Teoría del Derecho de la Law School de la Universidad de Hull en Inglaterra. Con anterioridad había sido profesor en el Instituto Universitario Europeo de Florencia y en las Universidades de Bolonia y Messina. Nos hallamos, por tanto, ante un autorizado y solvente representante de la cultura jurídica europea actual, que es digno continuador de la prestigiosa tradición italiana de filósofos del Derecho. En nuestro panorama bibliográfico ha tenido excelente acogida su libro: *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho* (La Torre, 2008). Por su parte, Marina Lalatta Costerbosa es profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bolonia y autora de relevantes publicaciones sobre cuestiones relativas a las proyecciones jurídicas de la bioética y a la incidencia del razonamiento moral en el Derecho.

La temática de esta obra se estructura de forma que suscita el interés y la actualidad de su contenido. El libro se divide en dos partes. En la primera se desarrolla una aproximación histórica a la utilización de la tortura en los sistemas jurídicos del pasado. Componen esta parte tres capítulos, en los que sucesivamente se aborda el papel que correspondió a la tortura como instrumento de persecución y de suplicio político (La Torre, 2008, p. 23ss.); los esfuerzos históricos encaminados a la abolición de la tortura, al impugnar su irracionalidad y crueldad, su inutilidad, su improcedencia como fuente de inseguridad social y su carácter ilegítimo e injusto (La Torre, 2008, p. 57ss.); y los empeños jurídicos de una época más reciente dirigidos a la prohibición de la tortura en los ordenamientos jurídicos internos y en el orden jurídico internacional (La Torre, 2008, p. 85ss.).

La segunda parte de la obra plantea, desde una perspectiva sistemática, la tensión entre la tortura y el Derecho. Esta parte se halla también integrada por tres capítulos. En el capítulo cuarto se alude al cambio de paradigma representado por aquellos fenómenos jurídico-políticos regresivos que pretenden hoy una restauración de la tortura, mostrándose la debilidad de los argumentos morales, políticos y jurídicos que se aducen

para justificarla (La Torre, 2008, p. 93ss.). Es objeto del capítulo quinto un desarrollo más detenido de los argumentos morales y jurídicos que se oponen a la tortura para llegar a la conclusión de su falta de legitimidad (La Torre, 2008, p. 109ss.). La obra se cierra con un sexto capítulo en el que se establece, a través de una cuidada argumentación, la abierta incompatibilidad de la tortura con los elementos inspiradores y funcionales del Estado de Derecho y contra el significado y alcance de los derechos humanos (La Torre, 2008, p. 167ss.). Se plantea aquí también la total incompatibilidad entre la admisión de la tortura y la profesión de los ideales éticos del cristianismo, por parte de los juristas.

La Torre y Lalatta Costerbosa (2013, p. 18, 179) recuerdan la célebre frase de Martín Lutero: “*Juristen, böse Christen*” (“los juristas son malos cristianos”). Con este aserto, Lutero quiso contraponer la actitud de sometimiento de los juristas a la estricta legalidad y a su cumplimiento inexorable frente al espíritu cristiano que propugna la misericordia, la piedad y el perdón. En la tradición popular germana, la frase de Lutero ha evocado también, críticamente, la mentalidad acomodaticia y, en el peor de los casos, cómplice de los juristas respecto a los designios, expresados bajo la forma de la legalidad, de quienes detentan el poder. Se advierte, sin embargo, en el libro de referencia que la tortura no sólo se opone a los valores de la ética cristiana, sino que contradice también a los principios de la deontología jurídica. En efecto, a partir de las premisas jurídicas humanistas de la Ilustración, la tortura fue rechazada como incompatible con una concepción racional de los procesos criminales (La Torre y Lalatta Costerbosa, 2013, p. 180ss.).

Teorías y experiencias actuales de legitimación de la tortura

En la mencionada obra de La Torre y Lalatta Costerbosa tan solo existen dos breves alusiones a la teoría del “Derecho Penal del enemigo”. Ello se debe a que esta teoría no se dirige directamente a legitimar la tortura, pero de manera indirecta constituye un soporte doctrinal para quienes abogan por su implantación.

Como es notorio, la expresión “Derecho Penal del enemigo” se debe al penalista germano Günther Jakobs. Con dicho término se quiere aludir a un Derecho Penal, orientado políticamente, que reserve las garantías penales y procesales propias del Estado de Derecho para los ciudadanos, es decir, para los sujetos que cumplen las normas y se adhieren a los valores del ordenamiento jurídico, que deben ser tratados, por eso

mismo, como “amigos” del sistema jurídico político democrático. Por el contrario, quienes suponen una amenaza real o potencial contra el Estado de Derecho por su decidida hostilidad a sus normas y valores deberán ser tratados como enemigos del sistema y a ellos, no se les deberán aplicar las garantías jurídicas reservadas a los ciudadanos (Jakobs y Cancio Meliá, 2006, p. 47ss.; Jakobs *et al.*, 2008, *passim*; Polaino-Orts, 2009, *passim*; Gómez Marín, 2007, *passim*).

El “Derecho Penal del enemigo” hace referencia a las normas que en los Códigos Penales sancionan penalmente conductas, sin que se haya lesionado un bien jurídico. Estas normas, por tanto, no castigan al autor por haber cometido un crimen, o sea, una acción tipificada como delito, sino por el hecho de considerarlo peligroso.

La necesidad de defender la seguridad jurídica de los ciudadanos frente a ataques de grupos terroristas o de la criminalidad organizada más peligrosa legitiman, según Jakobs, frente a quienes no cabe establecer garantías procesales y penales que serían utilizadas por esos “enemigos” del orden jurídico y político democrático a través del fraude de la ley o del abuso del Derecho. Según Jakobs, hay que mantener separados ambos tratamientos (el de los ciudadanos y el de los “enemigos”), pues obedecen a dos lógicas distintas (Jakobs y Cancio Meliá, 2006, p. 47ss.).

Entre los críticos de esta teoría, se puede aducir la tesis de Raúl Zaffaroni. Este autor argentino recuerda como ha sido tratado penalmente el “enemigo” en la Historia del Derecho Penal. A su entender, la admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho, salvo los supuestos de guerra, siempre ha sido el germen o la manifestación de la destrucción autoritaria de las garantías penales y procesales del Estado de Derecho. Lo que es preocupante es que los legisladores democráticos están produciendo normas que tienen la naturaleza del derecho penal del enemigo (Zaffaroni, 2006, *passim*).

Conviene recordar que un jurista legitimador del sistema político del nazismo, Carl Schmitt, utilizó la dialéctica “amigo/enemigo” como criterio orientador del concepto de “lo político”. En su opinión, el criterio “amigo/enemigo” es una expresión de la necesidad de diferenciar a los miembros de la sociedad, distinguiendo aquellos que comparten unos valores o ideologías frente a quienes los combaten. Conlleva un sentido de afirmación de sí mismo (nosotros) frente al otro (ellos). Así, pues, es posible observar el contenido positivo de la relación “amigo/enemigo” como conciencia de la igualdad y de la otredad, de lo que une a un determinado grupo de personas por su identidad, frente a lo que las

separa de la identidad de los otros. Este criterio, según Schmitt, no tiene un carácter privado sino público. La oposición o antagonismo de la relación “amigo/enemigo” se establece *si y sólo si* el enemigo es considerado público y hostil (Schmitt, 1999, p. 37ss.).

Aunque Günther Jakobs ha pretendido eludir su caracterización del “Derecho Penal del enemigo” de cualquier rasgo antidemocrático y autoritario, remitiéndose incluso al pensamiento kantiano para fundamentar sus tesis, lo cierto es que su doctrina recuerda más a las posturas totalitarias de Carl Schmitt. En efecto, el “Derecho Penal del enemigo” recuerda esa dialéctica “amigo/enemigo”, que justifica la oposición y el tratamiento jurídico distinto entre las personas “buenas”, a las que corresponde el disfrute de los derechos, y los “enemigos”, es decir, los “malos”, que no deben disfrutar de los beneficios jurídicos (garantías penales y procesales), del orden jurídico.

La difusión de estas teorías se ha visto acompañada por experiencias de distintos Estados de Derecho que han recurrido a determinadas formas de tortura para su lucha contra las organizaciones terroristas. Es el caso del Estado de Israel en su persecución de los grupos terroristas palestinos, así como el de Gran Bretaña en su lucha contra el terrorismo del IRA. También el Estado español ha sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo por determinadas prácticas policiales en la lucha contra la banda terrorista de ETA (Miralles Ruiz-Huidobro, 2013).

Tiene especial interés aludir al denominado “caso Daschner”, que tuvo lugar en la República Federal de Alemania en septiembre del año 2002. En el aeropuerto de la ciudad de Francfort a.M. fue detenido por la policía el presunto secuestrador de un niño de 11 años. El detenido se negó a hablar, obstinándose a no contestar a las preguntas de la policía. Ante tal situación, el Jefe de la Policía Wolfgang Daschner comenzó a presionar a sus colaboradores para utilizar la tortura. Los colaboradores se resistieron a cumplir esa orden por considerarla contraria a los procedimientos del Estado de Derecho. Finalmente prevalece la orden de Daschner y, después de haber previsto lo necesario: un médico dispuesto a “asistir” a la tortura y un “especialista” en tal práctica, se amenaza formalmente de tortura al detenido, que amedrentado confiesa su crimen. En torno al caso se suscitó un vivo debate y se inició un procedimiento penal contra Daschner. El debate fue muy intenso y amplio. Los juristas alemanes se involucraron con pasión, y surgió la sorpresa de que muchos defendían la posibilidad de la tortura. Esta ya no es considerada como un tabú en un

Estado de Derecho; aunque Daschner fue condenado, no se le aplicó ninguna sanción⁴.

En época reciente, la opinión pública internacional y la propia cultura jurídica liberal y democrática se han sentido conmovidas por la denuncia de las crueldades, vejaciones y humillaciones perpetradas en las prisiones norteamericanas situadas en la isla de Cuba, en la base de Guantánamo, y en territorio Iraquí de Abu Ghraib. Es notorio que desde principio de 2003 se sucedieron numerosos casos de abuso y tortura en las prisiones de Guantánamo y Abu Ghraib.

La Casa Blanca, en la etapa de la presidencia de Bush, se refirió a los prisioneros en Abu Ghraib y otras prisiones en Irak y Guantánamo como *combatientes enemigos* a los cuales no se les aplica tortura, sino “técnicas agresivas de interrogatorio”. El Presidente Bush manifestó, en varias ocasiones, intentando contestar a las críticas contra estas prácticas contrarias al Derecho internacional humanitario, que la Convención de Ginebra no era aplicable en estos casos, puesto que los terroristas no usan uniforme y no se rigen por las normas de la guerra. Al regreso de su viaje por Sudamérica después de asistir a la Cumbre de las Américas en Mar del Plata, Argentina, en noviembre de 2005, George W. Bush declaró en Panamá que los Estados Unidos no llevaban a cabo ningún tipo de tortura. La afirmación sucedía en momentos en que una propuesta de ley patrocinada por el Senador McCain, prohibiendo “el trato cruel, inhumano y degradante” a prisioneros detenidos por el gobierno de los EE. UU, por contravenir al Estado de Derecho y a las propias garantías procesales del sistema jurídico norteamericano, que estaba siendo debatida en el senado.

Tras la elección como Presidente de Barack Obama, se han sucedido una serie de iniciativas jurídicas tendentes a poner fin a los procedimientos de tortura y a exigir responsabilidades a cuantos estuvieran implicados en esas prácticas abiertamente contrarias al respeto de los derechos humanos.

La doctrina Bush así como la de los juristas norteamericanos que han intentado legitimarla ha hallado eco en algunos juristas europeos, en especial, en la doctrina penalista germana. Estas pretendidas legitimaciones de la tortura y de otros procedimientos de violencia, en muchas ocasiones, enmascarados con eufemismos tales como “técnicas agresivas de interrogatorio”, contradicen frontalmente la legislación internacional y las garantías jurídicas procesales del constitucionalismo democrático.

Conviene recordar y subrayar que la legislación sobre la tortura ha querido de manera expresa evitar la redefinición o la manipulación lingüística de su concepto. La tortura queda siempre equiparada a todo tipo de trato inhumano y cruel. Por ello, la prohibición de la tortura lleva aparejada también la prohibición de formas de crueldad menor.

Para corroborar este planteamiento, pueden aducirse el artículo 3 de la Convención europea de los derechos humanos, el ya mencionado *supra* artículo 15 de la Constitución española de 1978, y también el artículo 2.11 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos, y degradantes de 1987. Estos textos pretenden evitar que se ponga el listón de la tortura muy alto, y que de esta manera queden impunes otras formas menos graves de maltrato, pero que suponen vejaciones y humillaciones.

Conclusión

La inquietante actualidad de la problemática de la tortura como instrumento probatorio en los procesos criminales invita a prolongar sus consideraciones tal como se ha realizado al recordar la jurisprudencia de nuestro TC en materia de tortura. De cuanto se ha expuesto, se desprende que la utilización de la tortura y los intentos actuales por legitimarla constituyen una inquietante experiencia, que nos alerta sobre los riesgos de involución que amenazan uno de los pilares básicos del Estado de Derecho: las garantías procesales.

Es necesaria una toma de consciencia de la cultura jurídica de nuestro tiempo que someta a un tajante juicio crítico a las prácticas y a las doctrinas que pretenden legitimar la tortura. Es necesario también que exista un compromiso jurídico y político activo con los esfuerzos por erradicar definitivamente cualquier modalidad de violencia física o psíquica en el sistema probatorio de los Estados de Derecho.

La tortura fue, en épocas pasadas, un instituto jurídico al que recurrieron todas las formas de despotismo. Uno de los principales logros del constitucionalismo liberal fue el consagrar como garantía procesal irrenunciable del Estado de Derecho la abolición de la tortura y de otros fenómenos análogos a ella. Esta conquista del humanismo jurídico fue garantizada por las Constituciones, la legislación y la jurisprudencia de las sociedades democráticas, por la cual cualquier residuo de crueldad debe ser expulsado del sistema probatorio de un proceso debido (*due process of Law*). Pero esas ga-

⁴ Sobre el caso Daschner vid. La Torre (2013, n. 28, p. 29 ss.).

rantías procesales del Estado de Derecho se encuentran ahora en crisis y desafiadas tanto en la teoría como en la práctica del Derecho. A este último una vez más se le relaciona con la fuerza, la violencia y el sufrimiento. El sufrimiento, el mal, se nos dice, tiene que ser compensado y reequilibrado con el sufrimiento, con mal. El terror ilegal se combate con el terror legal. Y en todo caso la tortura sólo es un mal menor (La Torre y Lalatta Costerbosa, 2013, p. 18ss. y 179ss.).

Es necesario un compromiso activo de la teoría jurídica dirigido a desvirtuar y desenmascarar las tesis permisivas o, en el peor de los casos, legitimadoras de la tortura en el mundo actual. Se evidencia así este nuevo drama del Derecho de nuestro tiempo, en el que superviven lacras incompatibles con los valores de juristas que pretenden ser actores de un ordenamiento constitucional y liberal.

Referencias

- ESCUADERO, J. A. 2010. *Las Cortes de Cádiz: génesis y reformas*. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 73 p.
- ESPAÑA. 1811. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/diario-de-sesiones-de-las-cortes-generales-y-extraordinarias--5/>. Acceso el: 23/12/2015.
- FERRAJOLI, L. 1995. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 991 p.
- GIMENO SENDRA, V.; TORRES DEL MORAL, A.; MORENILLA ALLARD, P.; DÍAZ MARTÍNEZ, M. 2007. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid, COLEX, 896 p.
- GÓMEZ MARÍN, V. 2007. *El derecho penal de autor*. Valencia, Tirant lo Blanch, 853 p.
- IHERING, R. Von. 1987. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 316 p.
- JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. 2006. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, Thomson-Civitas, 152 p.
- JAKOBS, G.; POLAINO NAVARRETE, M.; POLAINO-ORTS, M. 2008. *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*. México, Flores Editor, 206 p.
- LA TORRE, M. 2013. Amistades peligrosas: Tortura y Derecho. *Derechos y Libertades*, 28:25-38.
- LA TORRE, M. 2008. *La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid & Dykinson, 410 p.
- LA TORRE, M.; LALATTA COSTERBOSA, M. 2013. *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*. Bologna, Il Mulino, 205 p.
- LLANO ALONSO, F. 2002. *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*. Madrid, Dykinson, 222 p.
- MARTÍNEZ DÍEZ, G. 1962. La tortura judicial en la legislación histórica española. *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXII:223-300.
- MIRALLES RUIZ-HUIDOBRO, R. 2013. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por torturas. *Informe del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña*, 31:1-45.
- PEREZ LUÑO, A.E. 2001. Ilustración y utilitarismo en la Universidad de Salamanca. *Salamanca: Revista de Estudios*, 47:313-339.
- PEREZ LUÑO, A.E. 1983. Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812. *Anuario de Derechos Humanos*, 2:353-389.
- PEREZ LUÑO, A.E. 2009a. Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812. In: A.E. PEREZ LUÑO, *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*. Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 243-256.
- PEREZ LUÑO, A.E. 2009b. Razón jurídica y libertades en la Constitución de Cádiz de 1812. In: L. PEÑA; T. AUSÍN (org.), *Memoria de 1808: Las bases axiológico-jurídicas del constitucionalismo español*. Madrid, Plaza y Valdés, p. 155-175.
- POLAINO-ORTS, M. 2009. *Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona, Bosch, 688 p.
- PRIETO SANCHIS, L. 2011. *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid, Iustel, 190 p.
- SAINZ GUERRA, J. 2011. La Constitución de 1812: de las reformas penales y procesales a la abolición de la tortura. In: J. A. ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*. Madrid, Espasa, p. 247-276.
- SCHMITT, C. 1999. *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza Editorial, 153 p.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. 1997. La tortura en España. In: F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. 1, 273 p.
- WEBER, M. 1969. *Economía y sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 660 p.
- VOLTAIRE. 1968. Tortura. In: VOLTAIRE, *Obras. Diccionario Filosófico*. Barcelona, Vergara, vol. I, 927 p.
- ZAFFARONI, E.R. 2006. *El Derecho Penal del enemigo*. Madrid, Dykinson, 224 p.

Submetido: 04/07/2015
Aceito: 31/08/2015