

LOS TRATOS INHUMANOS EN EL DERECHO PENAL DE LA PROHIBICIÓN DEL TORMENTO Y EL CASTIGO DE LA CRUELDAD DE LOS INDIVIDUOS A LA LLAMADA TORTURA DE NECESIDAD¹

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal, Universidad Rovira i Virgili, España.

Resumen. Abordar como penalista el tema de la crueldad es especialmente complejo, pues todo lo que rodea a los castigos, desde la historia más pretérita hasta hoy, está teñido de dolor causado al hombre por el hombre. Son muchos los enfoques posibles del tema. El jurista puede tener presente la valoración antropológico-cultural, la psicológica, la política, pero, sobre todo, ha de ocuparse de la crueldad ante el derecho, y, reducido a esa óptica, este pequeño estudio recorrerá algunos aspectos del problema: el movimiento ilustrado hacia la abolición del tormento y la tortura, la prohibición de los tratos inhumanos en el derecho internacional, la respuesta punitiva a la crueldad cuando la ejercen los individuos, y, por último, los intentos de justificar la inevitabilidad del recurso a la tortura en algunas situaciones.

I. LA PROHIBICIÓN DE LOS TRATOS CRUELES E INHUMANOS: GÉNESIS Y CONTRADICCIONES DE UNA REGLA ESENCIAL

No hay que engañarse sobre la extensión y abundancia de la crueldad en el mundo “antiguo”, aceptada como algo normal, justo y necesario. Tanto que si

¹ Contribución al Seminario: Ensayos para una teoría de la crueldad humana, Madrid 13 de octubre de 2014.

pensamos en los tormentos que aplicaba la Inquisición o bien, siempre sin salir de la historia propia, podemos reconocer comportamientos de extrema crueldad en episodios de nuestro pasado que se presentan con tintes épicos. Por ejemplo, la conquista de América. Como denunciaron en su tiempo Antonio de Montesinos y Bartolomé de las Casas², y describe, en libro reciente, A. Espino³, y es solo un ejemplo, las masacres, asesinatos, amputaciones de manos y pies, heridas curadas con aceite hirviendo, violaciones...fueron lo normal en las batallas que tuvieron lugar durante la conquista de América. Se dirá, y es verdad, que no era mejor lo que aguardaba a los españoles que caían en manos enemigas.

Se dice y se repite que es muy difícil valorar la crueldad con la mentalidad de nuestro tiempo, como si nuestro tiempo pudiera mirar al pasado con la tranquilidad de que ciertas cosas ya no suceden, cuando eso es del todo falso. Los espectáculos de crueldad se prodigan por todo el planeta, y hoy vemos decapitaciones, fusilamientos masivos, lapidaciones, rostros desfigurados con ácidos, seres humanos quemados vivos y podríamos seguir. Se dirá que esas son prácticas perseguidas allí donde se hacen, lo cual en bastantes casos no es verdad, pero lo cierto es que la crueldad está viva y presente en nuestro mundo. Teniendo presente, pues, que hay una cierta auto-complacencia en mirar al pasado como algo superado, podemos recordar algunos datos que anteceden a la formal consecución de la abolición del tormento en Europa.

El siglo XVIII marca sin duda un hito en la historia de la humanidad en el camino hacia la racionalidad política y el reconocimiento de los derechos del individuo frente al Poder. En política se registran sucesos trascendentales como la Revolución norteamericana y la Revolución francesa. En la filosofía política y penal aparecen las obras de Montesquieu, Voltaire⁴, Rousseau, Adam Smith, Beccaria, Filangieri.

En ese ambiente, y a la vez que se luchaba por los ilustrados en pro de la abolición del tormento, surgieron los penitenciaristas humanistas, que iban a determinar los primeros grandes cambios sobre la concepción de los sistemas penitenciarios, brutales e inhumanos en su tiempo. Su precursor, según se reconoce generalmente, fue el inglés John Howard, a través de su destacada obra “El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales” aparecida en 1777. En ella denunciaba las condiciones de

² La crueldad no fue una deriva exclusiva de los españoles. Como señala Martínez Baracs, con ocasión del comentario crítico a la nueva edición de la obra más importante de De las Casas, “... la sensación que le queda al lector no es de simple condena a los españoles, porque Las Casas nos confronta con el problema de fondo que es el de la crueldad humana, particularmente en las guerras de conquista y depredación de pueblos diferentes. En esto los amerindios no fueron una excepción...”. («Relectura de la crueldad humana»). En *Letras Libres*, enero de 2014, reseña a Fray Bartolomé de las Casas. *Brevisima relación de la destrucción de las Indias*. Edición, estudio y notas de J. M. Martínez Torrejón, Madrid, Real Academia Española, Galaxia Gutenberg, 2013).

³ Espino López, A. *La conquista de América: Una revisión crítica*. Barcelona, RBA Ediciones, 2014.

⁴ Es de enorme interés la voz “Suplicio” que escribe Voltaire en su *Diccionario Filosófico*.

enfermedad, inmoralidad, miseria y corrupción que había en los presidios ingleses. Y ahí aparecía la primera propuesta de un régimen penitenciario: Howard reclamaba que las cárceles fueran instituciones ordenadas y regidas por responsables honestos y que se clasificara a los delincuentes por grupos y que cada grupo tuvieran un moderado régimen de trabajo.

En realidad, es en esa época cuando nacen las “prisiones” en el sentido que tiene hoy esa palabra. Con ellas se intentaba superar los campos de trabajo, las galeras, los encadenamientos en mazmorras, y, además, desterrar el tormento⁵ y la pena de muerte, que en el Antiguo Régimen eran un siniestro y popular espectáculo que se celebraba en calles y plazas como medio de “terror penal” de segura eficacia. Aquella era una idea de lo “justo” solo compatible con la convicción de que el delincuente era un no-ser, al que se podía descuartizar si se consideraba que eso era lo proporcionado, y viene, como no, a la memoria el suplicio de Robert Damiens en la plaza de la Grève de Paris, recordado por Beccaria.

Una secuela de las ideas de Howard sería el llamado sistema filadélfico⁶, que impulsó un cuáquero ultrareligioso, William Penn, fundador de la colonia Pennsylvania. El régimen consistía en el aislamiento permanente en la celda y el silencio continuado, con la obligación de leer la Biblia y otros libros religiosos, porque de ese modo lograría la reconciliación con Dios. El sistema excluía penas corporales y reducía mucho la pena de muerte. Hay que tener en cuenta que hasta entonces lo normal era que las celdas fueran espacios grandes donde se amontonaban 30 ó 40 presos, y a veces se mezclaban hombres y mujeres. Era normal tanto la homosexualidad como la prostitución. Ahora bien, de eso se pasó al aislamiento celular absoluto de cada condenado, lo cual fue calificado por el gran penitenciarista inglés William Roscoe como la “máxima crueldad con que se puede tratar a un ser humano”⁷.

La prohibición del tormento y de las penas degradantes se fue imponiendo en Europa, lentamente a partir de comienzos del siglo XIX. En el concreto caso de España todavía en el reinado de Carlos III la tortura era considerada legítima y ade-

⁵ Para conocer la escalofriante amplitud y variedad de los tormentos aplicados en Europa entre los siglos XVI y XVIII, conviene leer la relación que de las “penas aflictivas” hace Toribio Núñez en “Ciencia social según los principios de Bentham”, Imprenta Real, Madrid, 1835, p.163 y ss.

⁶ El nombre del sistema procede de su implantación por la Philadelphia Society for Relieving Distraessed Presioners.

⁷ A Roscoe lo invoca Charles Lucas. «De l’emprisonnement solitaire». En *Revue Encyclopédique*, t. XLVI, Paris, 1830, p.23 y ss. En la actualidad el aislamiento es considerado un castigo destructivo, y su frecuente uso como sanción o en cárceles especiales es objeto de atención para diferentes observatorios sobre tortura y tratos inhumanos. Información sobre el tema en Shalev, S. *A Sourcebook on Solitary Confinement*. London, Mannheim Centre for Criminology, London School of Economics, 2008.

cuada a derecho, y, por eso mismo Cuando los ilustrados se oponían y condenaban⁸ el uso del tormento eran tildados de traidores al orden natural y legal⁹. Para muestra de ello basta con la obra que Alfonso de Acevedo escribió sobre el tormento, con el fin de desterrarlo de los tribunales escribió, en 1770, su obra (originariamente en latín) “Ensayo acerca de la tortura o cuestión del tormento; de la absolución de los reos que niegan en el potro los delitos que se les imputan, y de la abolición del uso de la tortura principalmente en los tribunales eclesiásticos”. Acevedo defendía la necesidad de suprimir el tormento, texto que provocó un auténtico revuelo en su época, al punto de que fue contestada por Pedro de Castro –Catedrático de Teología en Bolonia y Canónigo de Sevilla– con su “Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación del tratado que escribió contra ella el doctor d. Alfonso María de Acevedo”. Lo peor es que, por muchas razones, ganaron los defensores de la tortura, cuyo uso era tenido como una indisoluble potestad del Estado¹⁰.

Para admiración de los ilustrados, desde hacía mucho tiempo, en la justicia inglesa se había proscrito el tormento (no la abundancia de la pena de muerte) por ser indigno de la condición humana¹¹. En España hubo que esperar más, y la abolición de la tortura legal no llegó hasta las Cortes de Cádiz¹², y, como consecuencia, la prohibición por Real Cédula de 25 de julio de 1814. En comparación con otros Estados europeos la abolición en España fue tardía. Suecia la abolió en 1722, Prusia en 1754, Dinamarca en 1770, Rusia en 1774, Austria y Polonia en 1776, Francia en 1780, y Holanda en 1798., Noruega en 1819 y Portugal en 1826¹³.

⁸ Forner, J.P. *Discurso sobre la tortura*, con Estudio preliminar de S. Mollfuleda, Barcelona, Crítica, 1990.

⁹ Scandellari, S. «La polemica sull’abolizione della tortura nella Spagna della seconda metà del secolo XVIII». En *Archivio Storico e Giuridico sardo di Sassari*, vol. 1, 1994, p. 103 y ss.

¹⁰ A favor de las opiniones de Acevedo se manifestaron personajes de la importancia de Jovellanos, Forner, Sempere y Lardizábal, quien expresamente, en el Discurso sobre las penas, rechazó la obra de Castro.

¹¹ La tortura fue abolida en Inglaterra y Gales en 1641, y en Escocia en 1708.

¹² El proceso de abolición comenzó realmente en las Cortes de Cádiz. En esa misma ciudad apareció el 22 de abril de 1811 un Decreto de las Cortes, que abolía la tortura y las prácticas de los “apremios”, que eran acciones físicas sobre los reos destinadas a afligirles. Pero al regresar al poder, Fernando VII anuló la Constitución de 1812 y todos los Decretos de las Cortes. Eso suponía la reimplantación teórica de la tortura “legal” (la ilegal tal vez no ha desaparecido nunca) –hasta que se abolió definitivamente por Real Cédula de 25 de julio de 1814. Sobre el proceso penal en España a inicio del XDIX, y lo que eran los apremios, “Tratados de legislación civil y penal, obra extractada de los manuscritos del señor Jeremias Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont, miembro del Consejo Representativo de Ginebra, y traducida al castellano por Ramón Salas”. Madrid, Imprenta de D. Fermin Villalpando), Tomo III, Cap.XX, p.163 y ss.

¹³ La abolición legal de la tortura no tiene nada que ver con la realidad de la tortura a detenidos y otros excesos crueles. Basta pensar en el período del Terror en Francia, las atrocidades del nazismo, el gulag soviético, el trato a los presos políticos en el Portugal de Oliveira o en la España de Franco, etc. Los datos históricos son solamente eso.

II. CONTRADICCIONES: LA PENA DE MUERTE Y LA ESCLAVITUD

Sabemos que el tormento “legal” desapareció a inicios del s.XIX, mientras que la pena de muerte aun no ha desaparecido ni siquiera en el mundo “desarrollado”, y basta citar su abundante aplicación en Estados Unidos, lo cual pone de manifiesto algo que cuando se lee a los protagonistas intelectuales del siglo XVIII queda en la penumbra: la distinta actitud ante el tormento o la tortura legal y la pena de muerte, que es tratada como algo totalmente diferente.

Cuando se mira al pasado sorprende comprobar que la lucha contra la tortura y el uso legal del tormento no conlleva un paralelo rechazo de la pena de muerte, cual si esta no fuera un “suplicio”, cuando en la lista de los horrores ocupa el primer lugar, sin entrar, además, en las muy diversas maneras de ejecutar la pena de muerte (con descuartizamiento, emasculación, evisceración, empalamiento, etc.), tantos horrores que se llega a comprender la razón por la que el doctor Guillotin entendía que la máquina que llevaba su nombre suponía una “humanización” del modo de ejecutar la pena de muerte¹⁴.

Así como respecto del tormento puede decirse que los ilustrados, españoles o extranjeros, lo condenaban unánimemente, no se puede decir lo mismo de la pena de muerte. Entre los precursores de lo que sería el Siglo de las Luces se encuentra, sin duda, John Locke, padre del liberalismo, que escribió, sobre el castigo justo para el asesino: “...debe ser destruido como un león o un tigre, una de esas bestias salvajes, con las cuales los hombres no pueden tener sociedad ni seguridad, y sobre esto está fundada la gran ley de la naturaleza, El que derrame sangre de hombre, por el hombre su sangre será derramada...”.

Mucho se ha escrito sobre la historia de la lucha por la abolición de la pena de muerte, e innegablemente muchos personajes representativos del siglo XVIII alzaron claramente su voz contra ella. Así por ejemplo, Beccaria, Voltaire, Jean-Paul Marat, en cuyo Plan de législation criminelle, se excluía la pena de muerte, de la que tanto uso haría después la Revolución que él mismo defendió. Pero también muchos ilustrados adoptaron una actitud de reserva o tibieza en relación con la pena de muerte.

¹⁴ En realidad el médico Joseph Ignace Guillotin, no fue el inventor, pues reprodujo una máquina que ya se conocía, aunque tal vez la profusión de su uso durante el período del Terror fomentó el “honor” de que se le diera su nombre. Máquinas similares había en Alemania en el siglo XIII, Alemania (Fallbeil), en Inglaterra (Gibbet), Escocia (Maiden) o Italia (la mannaia). La vinculación entre la guillotina y la Revolución francesa es el motivo por el que en su novela El siglo de las luces, Alejo Carpentier hace que el personaje que quiere establecer los principios revolucionarios en el Caribe viaje portando una guillotina en la proa del barco (sobre el tema, Pérez Mink, D. «La guillotina de Alejo Carpentier. En torno a ‘El siglo de las luces’». En *La llegada de los bárbaros: la recepción de la literatura hispanoamericana en España, 1960-1981*, coord. por J. Gracia y J. Marco, Madrid, Edhasa, 2004, p.352 y ss.

Bentham, y era otra forma de posicionarse, rechazó la pena de muerte, por su inutilidad tanto para el castigo como para la prevención, porque aun con la pena de muerte sigue existiendo criminalidad, lo que denota una postura eventualmente favorable si se probara la utilidad.

Otros ilustrados no asumieron esa postura abolicionista, sino que como máximo aconsejaban un uso “moderado”. Karl Hommel, el traductor al alemán de la obra de un abolicionista como Beccaria, se mostraba partidario de un uso “limitado” de la pena de muerte. Nuestro Lardizábal se mostró partidario de la pena de muerte, e incluso entró en un análisis de los argumentos abolicionistas de Beccaria para rebatirlos¹⁵.

La emperatriz de Rusia, Catalina la Grande, amiga de Voltaire, y considerada ilustrada, restableció la pena de muerte que había sido abolida en el precedente reinado de Isabel I (1741- 1762). En Inglaterra, que es considerada por muchos la “cuna” de la Ilustración, ni siquiera se planteó la supresión de la pena de muerte y apenas se produjeron reformas penales significativas durante el s. XVIII, a cuyo fin eran más de trescientos los delitos que podían ser castigados con la muerte, situación que no comenzaría a variar, y aun muy lentamente, hasta 1810¹⁶. En cambio, en una Monarquía absoluta como la austríaca la pena de muerte se abolió en 1787, aun cuando fue posteriormente restablecida.

El propio Gaetano Filangieri, que tanto había influido en los ilustrados españoles, aceptaba la pena de muerte, y Jovellanos advertía que era éticamente inaceptable aunque políticamente comprensible, especialmente pensando en los criminales que, según mostraba el delito cometido, habían perdido la condición de persona acercándose a la de bestia¹⁷. Pero la defensa de la pena de muerte era aun mucho más amplia: Kant y Hegel, los grandes filósofos inspiradores de las teorías absolutas de la pena, y reconocidos patriarcas de la filosofía del derecho, fueron también partidarios de la pena de muerte. El retribucionismo kantiano, que para su autor suponía la única y obligada vía de realizar la justicia, le llevaba a afirmar que la muerte del criminal era un imperativo categórico porque era la única retribución adecuada para quien ha quitado la vida a otro. Y aun más lejos llegó Hegel, para quien la pena de muerte devolvía al delincuente la condición de ser racional, pues “quien ha cometido

¹⁵ Una exposición crítica de los argumentos de Lardizábal puede verse en Betegón, J. «Lardizábal: “Discurso sobre las penas” (nota con motivo de su reedición)». En *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, Madrid, Universidad Complutense, 1985, p.678 y ss. A los argumentos allí vertidos creo que se puede añadir otro: el temor de Lardizábal a contrariar a la Corona.

¹⁶ Vid.: Carbasse, J.M. «La peine de mort». En *Que sais-je?*, PUF, Paris 2011; Arroyo Zapatero, L. «La experiencia de la abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña». En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1981, p.48 y ss.

¹⁷ Vid.: Sánchez Corredera, S. *Jovellanos y el jovellanismo. Una perspectiva filosófica*. Biblioteca de Filosofía en español, Fundación Gustavo Bueno, Oviedo, Pentalfa ediciones, 2004, p. 104.

un homicidio ha reconocido para sí el homicidio como ley que a él debe aplicársele”, a pesar de que el propio Hegel tuviera sus dudas acerca de sus propias tesis¹⁸.

También hay que recordar que las Cortes de Cádiz no abolieron la pena de muerte en la Constitución de 1812. El Estatuto de Bayona, de 1808, había prohibido la tortura, pero no la pena de muerte, como tampoco lo haría el CP de 1822.

En suma: aunque hubo importantes ilustrados que se pronunciaron contra la pena de muerte, puede afirmarse que la intensidad y generalidad de la oposición al tormento no se dio en modo alguno con la pena de muerte, que habría de llegar con plena vigencia a la segunda mitad del siglo XX.

Otra contradicción (para nosotros) fue la tibieza de muchos ilustrados en relación con el problema de la esclavitud. Es cierto que figuras como Diderot o Rousseau sostuvieron que ningún ser humano puede ser propiedad de otro. Pero también es cierto que muchos ilustrados famosos nada dijeron sobre el tema, o bien incurrieron en insalvables contradicciones, como sostener que no se podía esclavizar a un pueblo por el solo hecho de haberle vencido, para luego añadir que en el caso de los negros era justificable por su inferioridad. Voltaire, en los Ensayos sobre las costumbres y el espíritu de las Naciones se manifestó a favor de la esclavitud, pero diciendo que “...se nos reprocha este comercio: un pueblo que trafica sus hijos es aún más condenable que el comprador. Este negocio demuestra nuestra superioridad; lo que nos da una maestría para tenerlos...”. Montesquieu, que consideraba impensable la esclavitud en Francia, se manifestaba comprensivo en relación con la necesidad, por razones económicas, de la esclavitud de los negros, a quienes, además, consideraba seres inferiores.

En España, se ha dicho siempre, no hubo un negocio de trata de esclavos comparable al que pudo haber en Inglaterra, Portugal u Holanda. Pero no hay que engañarse: los mismos ilustrados aprobaban esa clase de comercio, comenzando por Campomanes, que tan importante fue para la difusión de la obra de Beccaria y de Filangieri, defendía que era imprescindible el libre cambio de esclavos¹⁹, que se estableció en 1789, y se mantendría hasta finales del siglo XIX.

Los ilustrados españoles, pues, convivieron tranquilamente o sin especiales preocupaciones por el problema de la esclavitud. Ese clima de indiferencia no se alteró hasta que en 1802 Isidoro de Antillón pronunció un profundo discurso²⁰ en la Academia Matritense de Derecho Español y Público, en sesión dedicada al problema

¹⁸ Mizrahi, E. «La legitimación hegeliana de la pena». En *Revista de Filosofía*, Vol. 29 Núm. 1, 2004, p. 21.

¹⁹ Fernández Durán, R. *La corona española y el tráfico de negros: del monopolio al libre comercio*. Ecobook, 2011, p. 381 y s.

²⁰ De Antillón y Marzo, I. *Disertación sobre el origen de la esclavitud de los negros. Motivos que la han perpetuado*. Imp. en Mallorca, Domingo, 1811.

de la esclavitud, exigiendo la abolición de la esclavitud en los territorios españoles de ultramar el 2 de abril de 1802 en la Real Academia Matritense de Derecho Español y Público. Ese discurso no tuvo consecuencias inmediatas, pero algunos años después, cuando se reunieron las Cortes de Cádiz, en las que el propio Antillón fue también diputado, sus argumentos fueron utilizados por otros diputados abolicionistas, como Guridi, Argüelles y García Herreros, en el debate sobre la necesidad de abolir la esclavitud²¹. Pero de nada sirvió, y la Constitución de Cádiz, fruto tardío del pensamiento ilustrado, mantuvo la esclavitud, a pesar de que Agustín de Argüelles recordó a todos que Inglaterra había abolido la esclavitud en 1807: había demasiados intereses económicos ligados al negocio de esclavos, incluyendo en su defensa, especialmente, a diputados americanos²².

III. LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE LOS CASTIGOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

III.1. Las proclamas internacionales

En la cultura penal de nuestro tiempo es lugar común la proscripción de los castigos crueles o inhumanos (lo cual también lo suscriben Estados²³ que mantienen

²¹ Forcadell Alvarez, C. «Isidoro de Antillón y Marzo: de provinciano ilustrado a mito de la nación libera». En *Revista de Historia Jerónimo Zurita*, nº 87, 2012, p. 45.

²² El 8 de febrero de 1815, el Congreso de Viena, celebrado a raíz de la derrota final de Napoleón, decidió también la abolición de la trata de negros. En su virtud los Estados presentes (entre ellos España) se comprometerían a no permitir ni en sus puertos, ni con naves de su pabellón, esa clase de comercio. Pero España se negó invocando los irrenunciables beneficios que ese negocio reportaba. Se acordó compensar económicamente a España a cambio de la promesa de suspender el comercio entre África y América, pese a lo cual España siguió tolerando esa clase de comercio, y así siguió hasta 1837, en que se abolió la esclavitud en la España metropolitana pero permitiéndola en Cuba y Puerto Rico, únicos territorios que España conservaba en América, cuyas oligarquías exigieron la continuidad bajo la amenaza de independizarse o solicitar la anexión a Estados Unidos. En Puerto Rico la abolición no llegaría hasta 1873 y en Cuba, hasta 1880. A su vez, cada una de las Repúblicas americanas tuvo su propio proceso de abolición de la esclavitud, que no siempre fue subsiguiente a la independencia (República Dominicana, 1822, Chile, 1823, Provincias Unidas de Centroamérica, 1824, México, 1825, Bolivia, 1827, Uruguay, 1837, Nicaragua, 1838, Paraguay, 1842, Ecuador, 1851, Colombia, 1852, Argentina, 1853, Perú y Venezuela, 1854, Brasil, 1888).

²³ La Convención está firmada por: Afganistán, Albania, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belarus, Bahréin, Bangladesh, Bélgica, Belice, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, Corea del Sur, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Djibuti, Ecuador, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Honduras, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Letonia, Lesoto, Líbano, Libia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malawi, Mali, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Moldava,

la pena de muerte y cuyos sistemas penitenciarios pisotean sistemáticamente los derechos humanos). En el plano de los documentos esenciales sobre esta cuestión se sitúa, en primer lugar la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. La Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó el 10 de diciembre de 1984, y está considerada uno de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos. Entró en vigor el 26 de junio de 1987. La Convención contra la Tortura expresamente establece que por “tortura” debe entenderse “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

La Convención tuvo sus antecedentes en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que había sido aprobada el 9 de diciembre de 1975 (Resolución 3452 XXX), y su finalidad fue desarrollarla. Dicha Declaración se presentaba como lógico desarrollo del artículo 5 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 sobre la tortura (“nadie será sometido a tortura o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes). A su vez, la Declaración, había sido precedida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea de ONU el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 25 de marzo de 1976, en el cual se proclamaba que “Nadie será sometido a tortura o a trato o castigo cruel, inhumano o degradante. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentación médica o científica”.

En el ámbito europeo tenemos el Convenio Europeo para la protección de los derechos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950²⁴, cuyo artículo 3 declara que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas

Mónaco, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nepal, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Checa, República democrática del Congo, Rumania, Santa Sede, San Vicente y las granadinas, Senegal, Seychelles, Sierra leona, Somalia, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tayikistán, Togo, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yemen, Yugoslavia, Zambia.

²⁴ En la actualidad, vid.: Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de

o tratos inhumanos o degradantes”; el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en el Consejo de Europa, en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

El grado de intervención del derecho internacional es, pues, máximo. Pero a pesar de eso quedan zonas oscuras. Concretamente se presentan precisamente cuando se tiene que determinar lo que debe entenderse por “tortura”, “trato inhumano”, o “degradante”. En relación con la tortura las definiciones son aparentemente precisas. La Declaración de 1975²⁵ precisaba que tortura es “...todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos...” Se trata pues de una definición (que se repite en la Convención sobre la Tortura) relativamente acotada en cuanto a víctimas (personas privadas de libertad) y responsables (funcionarios o personas que actúen bajo control de ellos), y algo menos en lo que concierne a la acción misma (sufrimientos graves físicos o mentales), lo cual deja abiertos espacios de inconcreción.

Tiene además un punto importante a considerar: la exclusión de componentes subjetivos o de finalidad perseguida en la configuración de la tortura. Con ello se sale al paso de pretendidas exclusiones de la tortura en nombre de que el objetivo no era simplemente causar dolor, sino conseguir una información relevante. Otro punto a tener en cuenta (para cuando más adelante entremos en el tema de llamada tortura de necesidad) es que también se prohíbe a los Estados el derecho a alegar circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁶.

En la interpretación de los conceptos de tortura y trato inhumano o degradante (para el Convenio Europeo antes citado), la Comisión Europea de Derechos Huma-

las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

²⁵ Se repite en el art.1 de la Convención.

²⁶ Esa declaración es importante y coherente con la que hace el art. 4 de la Convención: “Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”. Pero evidentemente eso no anticipa la extensión que cada jurisdicción nacional quiera dar a la eximente de estado de necesidad.

nos se pronunció con motivo del caso “Dinamarca, Noruega, Suecia y Los Países Bajos c. Grecia”, estableciendo que el grado del sufrimiento que se provoca sobre el individuo distingue a la tortura de los tratos o penas inhumanos y a estos últimos de los tratos o penas degradantes. Para que un acto llegue a ser calificado como tortura “...debe atravesar tres niveles. Primero, debe subsumirse dentro de alguno de los supuestos que definen a un trato degradante. Luego, para ser categorizado como trato inhumano, debe causar un sufrimiento mental o físico severo, aplicarse deliberadamente y carecer de justificación en las circunstancias particulares del caso. Por último, para ser calificado como tortura, el acto debe ser una forma agravada de trato inhumano y perseguir un propósito determinado...”²⁷.

Claro está que esa explicación, en la medida en que abría la puerta a la “justificación de la tortura” había de provocar protestas, pues, aunque no se dijera, la intención era condenar al entonces gobierno de Grecia, pero se quería dejar a salvo la posibilidad de extender la calificación de tortura al tratamiento que en el Reino Unido se daba a los acusados de pertenecer al IRA. Esa influencia se vería claramente poco después, cuando en el caso Irlanda-contrá Reino Unido la Corte Europea decidió que las técnicas de interrogatorio usadas en Inglaterra eran tratos inhumanos y degradantes, pero que no provocaron un sufrimiento de tal intensidad y crueldad como para ser considerados como tortura. Ante unos hechos similares, el TEDH, en el caso Chipre c. Turquía entendió que sí había tortura, pues ésta es una situación objetiva, independiente de razones o finalidades²⁸.

Desde entonces los criterios del TEDH han ido evolucionando relativamente en sentido ampliatorio, consciente de que las exigencias de que para apreciar tortura el castigo haya de ser deliberado y obedezca al propósito de obtener información o confesiones produce una indudable restricción. Por tal motivo se apreció tortura en un caso de palizas a un detenido sospechoso de traficar con droga, rechazando que la finalidad de obtener informaciones excluyera la tortura²⁹.

Hay que añadir que no ha sido esa la posición del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que si bien, por una parte, no ha elaborado una doctrina tan detallada como la del TEDH, no ha abierto la puerta a exclusiones de la tortura en nombre de la justificación o la finalidad perseguida.

²⁷ Alonso de Escamilla, A. «La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos». En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, 1, 1990; en concreta referencia a la tortura y al caso Irlanda c. Reino Unido, p.186 y ss.; Bueno, G. «El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos». En *Nueva Doctrina Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 606.

²⁸ Bueno, G. op.cit., p. 609.

²⁹ Información del caso en «El Tribunal de Estrasburgo condena a Francia por un caso de tortura». En *Diario El País*, 29 de julio de 1999.

Menos dificultades aparentes ha habido en la concreción de lo que ha de entenderse por tratos inhumanos o degradantes, pues el sistema elegido ha sido el de la exclusión o subsidiariedad, esto es: el trato inhumano o degradante es el que causa dolor físico psíquico, coloca a la víctima en situación de humillación profunda, le hace sentirse en total indefensión y a merced de quien los aplica, tratado cual si fuera un animal, etc., pero no llega a ser tortura. Ciertamente que se puede hablar de inconcreción, pero también hay que aceptar que la relación de actos inhumanos o degradantes podría ser interminable, y, por ello mismo, sería inviable incluirla en una Ley. Ese criterio de subsidiariedad ha sido también el seguido por el TEDH. El artículo 16.1 solo permite entender que la diferencia entre tortura y trato inhumano depende de la intensidad del sufrimiento provocado³⁰. Pero hay que notar que en artículo 16.1 no se alude a finalidades que haya de perseguir quien inflige esos tratos.

Por otra parte, y tal vez por eso mismo, la Convención sobre la tortura no aporta grandes precisiones sobre lo que debe entenderse por “dolores graves, físicos o mentales”, y por eso mismo el margen de arbitrio que puede haber en su apreciación es significativo, especialmente en lo que se refiere al dolor “mental”. Igualmente, la exigencia de una finalidad u objetivo (obtener información) deja en un limbo conceptual los casos en los que el maltrato físico es gratuito, por mero deseo de afirmar el poder o aterrorizar a las personas, con lo cual es teóricamente posible que esa clase de acciones se puedan degradar a la condición de trato inhumano o degradante, en la medida en que, de acuerdo con el artículo 16.1 de la Convención contra la tortura, para la apreciación del trato inhumano no es preciso perseguir objetivo alguno.

En todo caso, la determinación completa de lo que es inhumano o degradante o cruel no puede ser catalogado a priori. Un ejemplo: el aislamiento, con incomunicación, aun disponiendo de medios de alimentación e higiene, puede transformarse en un tormento si se prolonga excesivamente, o bien la observación constante, cual moderna panóptica, que puede resultar degradante al comportar la supresión total de la intimidad. Se trata solo de dos ejemplos, pero ilustrativos, pues tanto valen para el régimen penitenciario como para un delito de secuestro.

³⁰ Convención sobre la tortura, Art. 16 1. “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la quiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

III.2. Derecho español

El CP español dedica un título (el VII del Libro II) a las torturas y otros delitos contra la integridad moral³¹. No voy a hacer aquí una exposición del análisis doctrinal de estos delitos, pues no es el objetivo de estas páginas. El art.174³² define la tortura siguiendo puntualmente la Convención, que España ratificó por Instrumento de 28 abril 1989 entrando en vigor el 1 de septiembre de ese mismo año.

Paralelamente a lo que sucede en el derecho internacional, la distinción entre tortura y trato inhumano se establece en la intensidad. Pero el derecho español complica el tratamiento del problema, pues, a diferencia de lo que puede ver en los instrumentos jurídicos internacionales, amplía la incriminación a cualquier otro atentado a la integridad moral, y trata en otro artículo el sometimiento a trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral, lo cual puede conducir, como señala Tamarit al despropósito de que quepa calificar como torturas supuestos que por carecer de la nota de gravedad no colmarían las exigencias del tipo de trato degradante. En esta misma línea de decisiones legislativas discutibles se puede incluir como que se profundice en el concepto de sufrimiento mental, mencionado expresamente la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. Pero ese paso ampliatorio queda diluido, en cuanto a la amatividad, cuando el precepto incluye, como cierre, cualquier otro atentado a la integridad moral, lo cual además se repite en el artículo 175, que castiga al funcionario que atentare contra la integridad moral sin incurrir en lo dispuesto en el art.174. Todo sumado produce un auténtico caos conceptual.

III.3. Situaciones objetivas inhumanas o degradantes

En los últimos párrafos hemos examinado someramente las declaraciones internacionales y el derecho español en lo que concierne a la tortura y los tratos inhumanos. Pero hay otra dimensión del problema que también conviene traer a colación:

³¹ Sobre este Título, vid., por todos, Tamarit Sumalla, J.M. *Comentarios al Código penal español*. 6ª ed., dir. por G. Quintero, vol. I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p.1059 y ss.

³² Art. 174: 1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.
2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

las situaciones inhumanas. Es común referirse a los tratos que unas personas dan a otras directamente, y los podemos calificar como torturas o actos inhumanos, pero no se emplea esa calificación cuando se trata de condiciones objetivas en las que una o muchas personas pueden verse. A esa reflexión se le puede objetar, lógicamente, que requiere establecer con precisión dónde comienza lo cruel o lo inhumano. Que las leyes o las Constituciones recojan esa prohibición, no significa que la realidad penal la contradiga.

En muchos Estados del planeta cuyos sistemas proclaman la prohibición de los malos tratos y el respeto a la dignidad humana, los establecimientos penitenciarios, si es que merecen ese nombre, son en sí mismos una “máquina cruel” de destrozarse seres humanos. No hace falta citar países concretos, pero en muchos existen prisiones superpobladas, que están gestionadas desde hace años por los propios reos. El autogobierno sustituye al Estado, y la consecuencia es la corrupción y violencia. El siguiente paso es previsible: cientos de muertes a causa de motines, incendios o luchas internas por el control de los presidios.

En la lista de tragedias puede citarse al incendio de la prisión de Comayagua, donde en 2012 murieron calcinadas 362 personas, pero la lista puede ampliarse terriblemente. De acuerdo con informaciones aparecidas en enero de 2014³³ se filmó en video, por los propios presos del complejo penitenciario de Pedrinhas, en Maranhão, al norte de Brasil, la escena de tres cuerpos muertos y decapitados, con sus cabezas rodando, a lo que se añadía a unas imágenes que mostraban a un preso descuartizado en un contenedor del mismo presidio.

Algunos gobernantes ya han asumido la calificación que merece la situación: un sistema penitenciario que lance a un ser humano a las fauces de un monstruo en el que va a sufrir extorsiones, palizas y posiblemente la muerte, es inhumano y cruel³⁴. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recuerda a los Estados miembros³⁵ que la CIDH recuerda que el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a los derechos de las personas privadas de libertad. Esto hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material del Estado de garantizar la vida e integridad personal de los reclusos. El deber de garantizar implica que éste debe tomar todas las medidas necesarias para prevenir situaciones de riesgo que, como la presente, amenacen gravemente los derechos fundamentales de los reclusos.

³³ Vid. diario El Mundo.

³⁴ A raíz de la muerte de 81 reos por un incendio en una cárcel, suceso que conmocionó a Chile, el presidente Piñera declaró que el sistema penitenciario era “inhumano” (cfr. El País, 8 de diciembre de 2010). Fiscal de la Corte Suprema: Sistema penitenciario es “inhumano”. La fiscal de la Corte Suprema chilena, Mónica Maldonado, señaló que el sistema penitenciario es “inhumano, degradante y cruel”.

³⁵ Comunicado de prensa de 10 de agosto de 2012, a raíz de la muerte de siete internos en una cárcel brasileña.

En este sentido, los Estados tienen el deber de garantizar que los centros penitenciarios cuenten con estructuras adecuadas y seguras, así como con medios idóneos, planes de acción y personal suficiente y capacitado para mantener la seguridad en los centros penales y hacer frente a este tipo de situaciones de emergencia.

¿Puede afirmarse que eso sucede solo en países que no forman parte de la Unión Europea? No lo creo. En España existen centros penitenciarios, aunque sean la minoría, en donde está garantizado el hacinamiento, la inexistencia de intimidad, las amenazas, todo ello en un clima de violencia que incluye, eventualmente la sodomización violenta. El sistema es, por eso solo, cruel, pues ninguna justificación de la prisión puede acoger eso.

Se dirá, también, que esos ejemplos se circunscriben al mundo penitenciario. Pero tampoco es verdad: son conocidos tratos de humillación y desprecio, o de dolor innecesario, sufridos en la prestación de servicios sanitarios, y no hace falta entrar en la polémica sobre los “límites éticos” de los cuidados paliativos. Y si se quiere ampliar el círculo, podemos entrar en el tema de los desahucios en determinadas circunstancias, sin alternativas, expresamente declarados violaciones de los derechos humanos por el TEDH³⁶.

La crueldad y la “inhumanidad” son, pues, una especie de gas invisible que aparece en las más variadas situaciones. De nuevo el Derecho, y en especial el Derecho penal, reconocerán que su capacidad es limitada y que solo puede actuar en situaciones extremas, pero también de eso habría mucho que discutir.

III.4. La crueldad de los individuos y su valoración penal

La lucha contra los tratos crueles, inhumanos, degradantes, se ha centrado, como es lógico, en la promoción de acuerdos internacionales orientados a su prohibición, y se ha pasmado también en la introducción de preceptos penales que tipifican su práctica. Pero también está presente, y mucho más aún, la crueldad con la que unos individuos tratan a otros. Los criminales “individuales”, pueden cometer inimaginables atrocidades.

El CP español, como sabemos, tipifica (art.173 CP) los tratos inhumanos y degradantes que pueda realizar un particular. Además de esa incriminación genérica, tenemos otras disposiciones penales en las que expresa o tácitamente aparece la crueldad, la degradación, el trato inhumano o la humillación.

La agravante de ensañamiento es sin duda la más significativa expresión de la intervención del derecho penal contra la crueldad. Eso quiere decir que reine acuerdo acerca de su contenido jurídico, pues en este tema es fuerte la presión de la “interpre-

³⁶ Plataforma de afectados por la hipoteca (PAH) “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos paraliza el desahucio de una madre con dos hijos en el barrio de Vallecas”, Mundo Obrero, 14/01/2013.

tación popular”, que llega a incluir las puñaladas a un muerto. Es opinión unánime que la brutalidad cruel, el aumento deliberado del dolor, comporta un aumento de la antijuricidad. Que el aumento sea deliberado no significa que haya que probar una «complacencia» del ejecutor, basta con que sea una acción decidida, dolosa, y no consecuencia de un repentino episodio de violencia. Más complicada es la admisión del ensañamiento ejercido por medios morales, como serían las vejaciones no violentas o que no causan por sí mismas dolor físico con las que se acompañará la ejecución del delito. Pero creo que es más prudente, en esos casos, apreciar un concurso de delitos con el de infligir tratos degradantes.

El castigo de la trata de seres humanos ha de tenerse como una decisiva aportación penal a la, lucha contra los tratos inhumanos y degradantes, en ejecución, por supuesto, de un amplio elenco de disposiciones y acuerdos internacionales. Recordemos que se tipifica la esclavitud, la extracción de órganos, los trabajos forzados. Muy cerca de estos delitos se han de incluir los relativos al forzamiento a la prostitución y el tráfico de personas con ese fin.

La propia definición básica de las lesiones (...el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental) da entrada a posibles acciones en las que el daño psíquico de las agresiones físicas puede superar a la entidad material de ellas, sin perjuicio de que además esté contemplada la agravación por ensañamiento.

En un plano algo menor, pero sin perder el componente de lucha contra los tratos inhumanos y degradantes, hay que incorporar la crueldad en las agresiones sexuales, por el carácter particularmente degradante o vejatorio de la acción, así como la discriminación racista en el trabajo.

IV. LA LLAMADA TORTURA DE NECESIDAD

Nuestro tiempo ha conocido nuevas formas de terrorismo, y no voy a entrar ni en ello ni en las especializaciones que el derecho penal, procesal y penitenciario ha registrado a consecuencia de ello. El problema no es solo ese, siendo importante, sino la irrupción de una nueva manera de plantear la lucha contra la criminalidad, comenzando, por supuesto, por el terrorismo, pero sin limitarse a él. En el mundo occidental se habla repetidamente de lo censurable que es la existencia de la prisión especial de Guantánamo, en la que, según Amnistía Internacional, y en nombre de la “guerra global” declarada bajo la presidencia de Bush, EE.UU. utiliza la tortura física y psicológica como práctica rutinaria para “extraer información”³⁷.

³⁷ En 2012 Amnistía Internacional publicó el informe ‘Guantánamo: A Decade of Damage to Human Rights’. Un estudio jurídico, Rodríguez de las Heras, L. «Derecho Internacional Humanitario y lucha contra el terrorismo: El caso Guantánamo». En *Eunomía, Revista de Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo-agosto 2014, p.174 y ss.

Guantánamo puede ser un ejemplo, pero el problema profundo, y es el que aquí interesa es el de la creciente idea de que en la lucha contra cierta clase de crímenes, especialmente los terroristas, el Estado no ha de tener limitación alguna, pudiendo hacer uso de todos los recursos que tenga a su alcance, incluida la tortura, si con ella se puede conseguir que el detenido diga, por ejemplo, dónde está la persona secuestrada o desactive una bomba de relojería³⁸, y ante esa posibilidad reaccionan los que estiman, con razón que el derecho no puede renunciar a sus principios en nombre de la excepcionalidad de la situación³⁹ ni puede admitir que los derechos de los detenidos son provisionales.

Esas ideas no gozan del consenso que se pueda suponer en un Estado de Derecho, ya sea la Administración norteamericana o el Estado de Israel en su lucha contra los palestinos⁴⁰. De esas concesiones a la tortura discrepaba, y es una opinión importante por cuanto Alemania produjo una ley que autorizaba el derribo de aviones secuestrados, que fue derogada por el Tribunal Constitucional, cuyo Presidente Hans-Jürgen Papier manifestó, al dar lectura al fallo "...la protección de la dignidad del hombre es estricta y no puede abrirse a limitaciones", así como que "la dignidad humana no es susceptible de ser relativizada, limitada o ponderada con otros intereses públicos o privados"⁴¹.

Pese a que esa pueda ser la "postura natural" de un jurista, no han faltado prestigiosas voces discrepantes que opinan lo contrario, y, como significativa muestra basta citar por todos a Niklas Luhmann, quien rechaza la idea misma de que hay principios o normas irrenunciables y, por lo tanto, en un caso como el de la bomba de relojería o si se planteara la posibilidad de abatir al avión que se dirige a estre-

³⁸ Sobre este problema se produjo un amplio debate en Alemania. Es de gran interés el artículo de Luis Greco «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs». En *InDret*, 4, 2007.

³⁹ Algunos de estos problemas los abordé en mi artículo «Las decisiones extremas ante el derecho penal», en *Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. Vid., también Molina, F. «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema ¿es justificable la tortura?». En *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos : IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las Universidades de Madrid*, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005, coord. por R. Alcácer Guirao y A. Cuerda Riezu, 2006, p. 265 y ss.

⁴⁰ Concretamente, el Tribunal Supremo de Israel consideró inconstitucional el recurso a la violencia sobre detenidos, pero exceptuando precisamente el caso de las bombas de relojería, en el cual, siempre que una ley expresamente lo regulara, se podría aceptar. La cuestión se planteaba a propósito de la excepciones que contenían los artículos 8 y 9 de la ley israelí sobre la Dignidad Humana (Basic Law on Human Dignity) de 5 de agosto de 1995. La solución buscada (la específica cobertura legal que legitime la excepción), conduce precisamente a uno de los puntos capitales en este problema: la posibilidad misma de que el derecho regule a priori su propio decaimiento.

⁴¹ Cfr. A propósito de estas declaraciones, J. Luther, "Razonabilidad y dignidad humana", cit. p. 313.

llarse contra un edificio habitado, pero en cuyo interior viajan personas inocentes, no viene al caso invocar el respeto a la dignidad humana y renunciar a derribar el avión o recurrir a la tortura como solución para encontrar la localización del artefacto⁴².

Luhmann añade, además, y eso es lo más importante para un penalista, que la eventual legitimidad de la tortura en esos casos límite –no sería correcto decir que Luhmann también estaba refiriéndose a Guantánamo, entre otras cosas porque cuando expuso las ideas que comentamos todavía no existía la cárcel de seguridad de Guantánamo, que se creó en 2002–, tendría que estar expresamente acogida en las legislaciones de las democracias modernas, con lo cual no se trata ya de dejar en manos de los Tribunales la apreciación de un eventual estado de necesidad, sino de incluir en la ley un principio general de decaimiento posible de los derechos humanos.

El artículo 2 de la antes citada Convención sobre la Tortura declara que ninguna situación excepcional puede permitir a un Estado justificar la tortura. Doctrinalmente se añade que no es posible argumentar sobre la necesidad de equiparar armas entre quien interroga y el detenido, y ni siquiera se admite que pueda haber una valoración de la vida y de la dignidad humana que conduzca sostener que unas vidas valen menos que otras, o que unos individuos son más o menos dignos que otros⁴³.

En este delicadísimo asunto es fundamental el orden del razonamiento: si se tortura a un detenido porque es la única manera de localizar la bomba que puede hacer volar la escuela llena de niños, por ejemplo, el juzgador deberá ponderar los intereses en conflicto. Pero sería un pavoroso salto atrás aprobar a priori la procedencia y justificación de la tortura.

No se puede olvidar que la eximente de estado de necesidad la invoca quien viene acusado de un delito, y por eso mismo todas las situaciones subsumibles en

⁴² Luhman, N. *Gibt es in unsere Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg, C.F. Müller, 1993. En opinión de Luhmann si el terrorista es capturado antes de que la bomba explote, es admisible levantar la “norma irrenunciable” de la dignidad humana en este evento, para obtener la confesión sobre la ubicación de la bomba y la manera de desactivarla. Luhmann sugirió entonces la aplicación de tortura con la vigilancia de jueces internacionales, observación televisada de la escena en Ginebra o Luxemburgo, y dirección a distancia mediante el uso de aparatos de telecomunicación. Para Luhmann, esta no es una solución “satisfactoria”, pero “sería peor no hacer nada y ofrendar inocentes al fanatismo de los terroristas”. Un importante análisis de esas ideas, y del ulterior debate habido en Europa sobre esa cuestión y la del derribo de aviones, vid. el excelente artículo de Jorg Luther “Razonabilidad y dignidad humana”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, número 7, Enero-Junio de 2007. En relación con esas ideas vid. también, Juan-Luis Pintos, “Algunas consideraciones sobre los Derechos Humanos en sociedades policontexturales”, Santiago de Compostela / Braga, 1999, en *Justiça e direitos humanos*, Braga, Universidade do Minho, Centro de Estudos Humanísticos, 2001, p. 157-169.

⁴³ Ribotta, S. «Reflexiones sobre la tortura». En *Papeles El tiempo de los derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Número: 5, 2011, p.6 y s.

la eximente son situaciones excepcionales en la que la única salida, según el acusado, ha sido realizar un tipo de delito, por lo tanto, una decisión excepcional pues todo delito es una excepción a la normalidad y no por eso se acepta como regla la exención de responsabilidad ni la atenuación.

Partiendo de ello es imposible regular a priori que la tortura es delictiva salvo que sea precisa, como si se pudiera establecer una analogía e identidad valorativa entre la violencia coactiva y proporcional que ha de aplicarse para practicar una detención justificada y la aplicación de tortura a un detenido con el fin de salvar un bien jurídico. Es por ello incompatible afirmar que se prohíbe la tortura salvo que haga falta, porque eso es lo mismo que renunciar al principio mismo, y ahí entra la conocida tesis de Roxin: la superioridad moral del Estado de Derecho sobre el delincuente proviene de que nunca se vale de los medios que usa el criminal⁴⁴.

La tortura sobre un detenido, porque sabe dónde está la bomba o el niño secuestrado, constituye en todo caso un acto contra su dignidad humana, que no pierde esa condición por el reconocimiento de la dignidad de las personas que pueden perder la vida si la bomba no se desactiva. De ahí extraemos dos conclusiones que a buen seguro a nadie satisfacen, pero que nos ponen en la senda de la renuncia a esperar encontrar una respuesta inequívoca del derecho: que la prohibición de la tortura como trato incompatible con la dignidad del hombre no puede admitir excepciones en nombre de la tesis de que ningún principio es permanente; y que el reconocimiento de la dignidad del agresor no supone olvido de la dignidad de las posibles víctimas.

La antes citada tesis de Luhmann, que se quiera o no aceptar, constituye el epicentro del debate sobre este problema, tiene un “atractivo fatal”, en tanto que magnifica las ideas de eficacia y legitimidad de las democracias para defenderse frente a los que las quieren destruir. Pero no es posible caer en tan simplista valoración, sino que es preciso analizarla pues tiene muchos más seguidores de lo que en apariencia se pueda pensar.

Como antes dije, el punto de partida de Luhmann parece fácilmente comprensible: no hay regla sin excepción, y las prohibiciones internacionales de la tortura no pueden ser una excepción a la posibilidad de excepción. A favor de que, efectivamente, la prohibición de la tortura no admite excepciones, se ha pronunciado el TEDH (S.7-7-1989), en la que manifestó que la prohibición de excepciones a la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes que hace el art.15.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (que da base al Título VII del Libro II de nuestro Código penal) no admite excepciones, ni en nombre de la lucha contra el terrorismo ni tampoco contra otros fenómenos criminales graves

⁴⁴ Roxin, C. *¿Puede llegar a justificarse la Tortura?* Trad, J. González Navajas, México DF, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Conferencias magistrales, 2010.

como el tráfico de drogas, que tanto preocupa a los Estados modernos. La posición del TEDH sobre la inderogabilidad de la prohibición de la tortura se concreta en los casos Soering c. Reino Unido, 7 de julio de 1989, Öcalan c. Turquía, de 12 de marzo de 2003 y Jalloh c. Alemania, de 11 de julio de 2006⁴⁵, y esa posición es la misma que la del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Posteriormente, en Sentencia de 11 de julio de 2006 (caso Jalloh contra Alemania⁴⁶).

El rechazo a la imposibilidad de admitir excepciones parte de un principio intangible: el respeto a la dignidad humana no decae nunca, y, menos aún, para los funcionarios públicos. Sucede, no obstante, que muchos analistas jurídicos del problema rechazan precisamente ese planteamiento de partida en torno a la dignidad. En síntesis la objeción se presenta del siguiente modo: todos los derechos fundamentales, y, con ellos los que tienen la consideración declarada de derechos humanos, son expresión y consecuencia de la dignidad del hombre, por lo que no es correcto oponer esa dignidad frente a otros intereses como si en esos otros intereses no estuviera también presente la dignidad. Es cierto que desprestigiar la integridad de los detenidos ofende a su dignidad como personas; pero también se produce el mismo resultado si se desprestigia la vida y la dignidad de aquellos a los que se quiere salvar.

Ahora bien, si no se plantea el problema como enfrentamiento entre dos posibles ofensas a la dignidad, sino como conflicto entre la vida de unos y la seguridad de los otros, la conclusión puede ser otra. Si se compara la destrucción directa de dignidad y la integridad del detenido por el propio Estado, como decisión fatal que se toma al servicio del objetivo de salvar la vida de otros, se romperá el pretendido conflicto entre dignidades humanas.

El contra-argumento a lo que acabo de decir es fácil de formular: la muerte de los que están en el objetivo (cuando la bomba explote) puede presentarse como algo absolutamente seguro, y no meramente probable, con lo que la cuestión vuelve a plantearse como opción entre las vidas de unos y la dignidad del detenido y su derecho a no ser torturado. El que tenga que tomar la decisión tendrá que ponderar los vidas y valores enfrentados sin pretender invocar a la dignidad humana como criterio presente solamente en relación con uno u otro sujeto (el detenido y el o los que pueden morir).

En suma, por la vía de la dignidad, entendida como sustrato de todos los derechos fundamentales, no es posible derivar una solución; pero tampoco es posible encontrar una respuesta del derecho dejando a la dignidad del hombre relegada a la

⁴⁵ De acuerdo con la buena selección que hacen Mieres, J.L.; Presno, M.A.; Sarmiento, D. *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Civitas, 2007.

⁴⁶ En el caso se forzó, usando violencia, a un detenido a ingerir eméticos a fin de que expulsara la droga que portaba en su estómago. El Tribunal estimó que el modo en que se ejecutó la acción era inicuo y atentaba contra la dignidad.

condición de mero principio inspirador y retórico, pues entonces el paso al enfrentamiento entre intereses sería inevitable por voluntad del derecho. La dignidad ha de ser algo más y algo diferente. En problemas como los referentes, y es un ejemplo, a la eutanasia y los cuidados paliativos que pueden acortar la vida, es precisamente la dignidad humana quien marca la extensión del derecho a la vida y del deber de protegerla que otros tienen.

¿Es posible alguna reflexión final? Posiblemente muchas, y a buen seguro lo que el jurista cree que habría que hacer en una situación límite no se corresponderá con lo que opinan legítimamente otros ciudadanos. Las leyes son modestos esfuerzos que han hecho los humanos para poder convivir dominando a los instintos, o a eso tan temible que se designa como justicia popular. Las decisiones o sentencias que en nombre de las leyes se adoptaran en una situación de emergencia serían acusadas, tal vez, de estar desconectadas de la realidad, y de ser meramente simbólicas. De nada serviría aducir que instituciones como el estado de necesidad nacieron precisamente para situaciones extremas, y que es ahí donde se han de ponderar y valorar los intereses y derechos enfrentados. Pero la reacción sería, probablemente, contraria, y primaría la ideología de guerra, frente a la que decae el gobierno de las leyes, lo cual tampoco podría someterse a la objetivación jurídica, habría que confiarlo a la conciencia de los que tengan que decidir.

