

REVISIÓN DEL DELITO DE TORTURA TRAS LA RECIENTE STEDH DE 7 DE OCTUBRE DE 2014 DE CONDENA A ESPAÑA. EL DEBATE SOBRE LA «TORTURA DE RESCATE» (*RETTUNGSFOLTER*)

Margarita ROIG TORRES

Profesora titular de Derecho penal. Universitat de València

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación de la tortura en el ordenamiento español. 2.1. Delimitación del delito de tortura. 2.1.1. Tutela de la integridad moral. 2.1.2. Elementos del delito. La gravedad de la conducta como punto de inflexión. 2.2. La obligación positiva de investigación del estado y el canon reforzado de motivación judicial. III. Posición del TEDH sobre la tortura. 3.1. Diferencia entre tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes. 3.2. Infracción por los estados miembros del artículo 3 CEDH. 3.2.1. Vulneraciones procesales. La Sentencia de condena a España de 7 de octubre de 2014. a) Extradición. b) Falta de investigación oficial eficaz. 3.2.2. Violaciones sustantivas. El caso *Gäfgen v. Deutschland* de 1 de junio de 2010. IV. ¿Queda algún resquicio para la «tortura de rescate» (*Rettingsfolter*)? 4.1. El resurgimiento del debate en torno al polémico ejemplo de Luhmann. 4.2. La discusión en Alemania a partir del caso «Daschner». 4.3. Su antagonismo con el Estado de Derecho. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen: El estado español ha sido condenado por séptima vez en la STEDH de 7 de octubre de 2014, por incumplir la obligación declarada por la Corte a partir del artículo 3 CEDH, de efectuar una «investigación oficial eficaz» de las denuncias de tortura. En este trabajo se analiza el artículo 174 CP a la luz de la jurisprudencia reciente. A continuación se toma en consideración la postura del Tribunal Constitucional y del TEDH, tanto en lo que hace a la delimitación de las conductas constitutivas de tortura, como de los requisitos procesales relativos a este ilícito. A partir de aquí se trata de discernir si la nueva «ideología de la seguridad» ha minado las garantías de los implicados en este delito. Finalmente, se aborda la polémica relativa a la posible admisión de la tortura en casos extremos, es decir, lo que se conoce como la «tortura del rescate».

Palabras clave: tortura; seguridad; integridad moral; Tribunal Europeo de Derecho Humanos; artículo 174.

Abstract: The Spanish state has been convicted for the seventh time in the 7th of October 2014 sentence of the European Court of Human Rights, for violating the Court's stated obligation from the article 3 ECHR, since an «effective official investigation» was not made after allegations of torture. In this work, article 174 of the Spanish penal code is examined the light of recent case law. Then, the position of the Constitutional Court and the ECHR are taken in consideration, concerning the delimitation of the conduct constituting torture as the procedural requirements relating to this crime. From here it is to discern whether the new «security ideology» has undermined the guarantees of those involved in this crime. Finally, the controversy concerning the possible admission of torture in extreme cases is studied, which is known as the «rescue torture».

Key Words: torture; security; moral integrity; European Court of Human Rights; article 174.

I. Introducción

Hace más de dos décadas desde que LUHMANN abriera el debate en torno a la legitimidad del estado para practicar la tortura en supuestos límite, a través de su célebre ejemplo, conocido como la «bomba de tiempo». En 1992, durante una intervención en la Universidad de Heidelberg, planteó la posibilidad de recurrir a ella en caso de detener a un terrorista antes de explotar el artefacto activado, a fin de obtener su confesión sobre el lugar donde estaba situado y la forma de desconectarlo. A su juicio, en esa situación límite cabría levantar la «norma irrenunciable» contenida en el artículo 1 de la Ley Fundamental alemana que proclama la dignidad humana como una garantía inviolable.

Sin embargo, lejos de quedar en el limbo del discurso jurídico, la cuestión de la renunciabilidad de garantías y derechos esenciales, sigue siendo el principal punto de inflexión en el tratamiento de ciertos delitos y particularmente del terrorismo.

En EE.UU. esta polémica se zanjó tras el atentado del 11 de septiembre de 2001, aprobando la «USA Patriot Act» de 2001, que da carta blanca a la omisión de derechos fundamentales de detenidos terroristas. El recurso al enfoque del coste-beneficio (*cost-benefit*), reveló la tortura como un mal claramente menor frente a los daños ocasionados por esos delincuentes. Esta visión condujo en ese mis-

mo año a la aprobación en el Reino Unido en la «*Antiterrorism Crime and Security Act*», con restricciones análogas.

En Alemania, en cambio, el caso de «Wolfgang Daschner», un policía que ordenó a un inferior amenazar al secuestrador de un niño con utilizar violencia si no revelaba dónde estaba el menor, localizándolo cuando ya había fallecido, avivó la discusión en torno a la denominada «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*). Las respuestas y los argumentos manejados han sido muy dispares. Desde la conocida postura favorable de BRUGGER, quien mantiene incluso el deber del estado de utilizarla, encuadrándola en la legítima defensa, hasta la férrea oposición de un grupo de autores (SCHLINK, HINDELDORF...), que ensalzan las normas internacionales y los valores proclamados por la Ley Fundamental.

En este contexto, sin duda, la doctrina más elaborada es el ya consagrado como «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*) que JAKOBS contrapuso al «Derecho penal del ciudadano» (*Bürgerstrafrecht*), justificando la aplicación de menores garantías en el primer caso. Quien se ha apartado del sistema con carácter persistente, deja de ser tratado como persona y se desvanece la obligación del estado de respetar su dignidad y sus derechos esenciales. Bajo este enfoque tiene cabida la tortura como medio para obtener la información necesaria para preservar los bienes de los ciudadanos.

En nuestro país, la doctrina mayoritaria ha resuelto el interrogante formulado por LUHMANN destacando el valor absoluto del artículo 15 CE y de las normas europeas que prohíben la tortura. Con carácter general, el llamado «Derecho penal de la seguridad», donde la protección de los ciudadanos adquiere primacía absoluta sobre los derechos de los delincuentes, ha sido ampliamente contestado desde los principios del Derecho penal liberal. Con algunas precisiones, como las efectuadas por DÍEZ RIPOLLÉS, que considera este sistema garantista como un modelo analítico inadecuado para explicar las modificaciones legales emanadas de esa nueva «ideología de la seguridad», aun compartiendo las deficiencias de fondo que se achacan a este proceso normativo¹. No obstante, como es sabido, SILVA SÁNCHEZ propone la implantación de un Derecho penal de «tres velocidades», donde en último término tendría cabida una legislación de emergencia en la que se combinaría la aplicación de penas privativas de libertad con una mayor flexibilización de los principios y reglas

¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

de imputabilidad penales, pensado para personas que se han revelado enemigas del sistema, a través de su reincidencia, habitualidad, profesionalidad delictiva o integración en organizaciones criminales estructuradas².

Pues bien, en el marco de esta discusión dogmática, y con la reminiscencia de los atentados *yihadistas* como telón de fondo, se advierte un significativo incremento de las condenas a estados miembros por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— por la comisión de torturas. España ha sido objeto de sanción hasta siete veces en los últimos años, la última el 7 de octubre de 2014, si bien en todos los casos debido a una falta de investigación oficial eficaz. Por otra parte, con frecuencia los rotativos de los medios de comunicación se hacen eco de supuestos de torturas practicadas, no solo en el escenario acostumbrado de Guantánamo, sino también a manos de funcionarios españoles. Hace unos días salía a la luz el procesamiento de cinco militares españoles pertenecientes al destacamento de la Legión desplegado en Diwaniya (Irak), por las agresiones inferidas a unos prisioneros iraquíes en la base española³, aunque más tarde se desestimaba su procesamiento por desconocerse la identidad de las víctimas.

Por otra parte, llama la atención el elevado número de resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en asuntos relacionados con torturas, si se parte de la premisa comúnmente aceptada de que se trata de un delito de aplicación más bien marginal. Sin embargo, una ojeada a la jurisprudencia revela que no son tan escasas las condenas por estos hechos, teniendo en cuenta además la gravedad de la conducta y de las penas que llevan aparejadas. Esto conduce a pensar que quizá esas acciones, practicadas por agentes de la autoridad, están de alguna manera respaldadas por ese sentir popular que antepone la seguridad ciudadana a los derechos de quienes delinquen,

² SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 163 y ss.

³ Diario *El País*, 1 de octubre de 2014. Este mismo día el diario *La Vanguardia* publicaba que según la resolución del Comité de Derechos Humanos de la ONU, España violó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al extraditar a Marruecos a un sospechoso de terrorismo a pesar de la posibilidad fehaciente de que fuera torturado. Además, incumplió sus obligaciones derivadas del Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, al realizar la extradición pese a la solicitud expresa del Comité de paralizar dicha decisión mientras se analizaba el caso. Unos días antes, el 17 de septiembre, la *Cadena Ser* retransmitía un video donde se apreciaban los malos tratos ejercidos por un policía en un Centro de Internamiento de Extranjeros, a un interno que iba a ser expulsado.

idea que en los últimos años ha secundado la clase política y se ha visto plasmada en la legislación.

En este contexto surgen diversas cuestiones respecto a la trayectoria del delito de tortura en nuestro país en las últimas décadas. En primer lugar, cabe plantearse si el «Derecho penal de la seguridad», del que son buena muestra las últimas reformas del Código penal y de modo singular el actual Proyecto, ha supuesto también una disminución de las garantías y de los derechos de los detenidos en nuestro ordenamiento. Para comprobarlo interesa examinar la regulación legal y su interpretación jurisprudencial. En segundo lugar, las resoluciones del TEDH recaídas contra España parecen indicar que se ha producido cierta relajación en la persecución de estas conductas por parte de las instituciones. En este sentido, conviene analizar las garantías exigidas por el TEDH y por el Tribunal Constitucional en el proceso relativo a estos delitos, para determinar en qué medida se vulneran y si los órganos judiciales las omiten de forma sistemática o se trata de fallos aislados.

A continuación me referiré al delito de tortura del artículo 174 CP, revisando la interpretación de algunos aspectos a la luz de la última jurisprudencia. Después aludiré a la postura del TEDH con miras a precisar tanto los presupuestos que requiere para apreciar tortura, como las garantías necesarias en el procedimiento relativo a este ilícito. Finalmente, me ocuparé de la polémica suscitada en torno a la denominada «tortura de rescate» (*Rescuefolter*), es decir, sobre la posibilidad de considerarla justificada en circunstancias extraordinarias. Me centraré en Alemania donde ha habido un amplio debate doctrinal a partir del caso «Daschner», puesto que esas tesis se toman como punto de partida para abordar el tema en otros países y en particular en nuestro ordenamiento.

II. La regulación de la tortura en el ordenamiento español

2.1. Delimitación del delito de tortura

2.1.1. Tutela de la integridad moral

El legislador de 1995 tomó la firme determinación de blindar estas figuras con un régimen de protección reforzado, desplazándolo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos a los que

atentan contra la integridad moral⁴, sancionados con fuertes penas de prisión, que incluso en los casos de menor gravedad se elevan a los tres años, alcanzando los seis años cuando el atentado es grave, además de una pena de inhabilitación de ocho a doce años. En esta decisión pesó, sin duda, la presión internacional ejercida a raíz del V Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra el 1 de septiembre de 1975⁵. En el documento acordado se instaba a los estados miembros a adoptar medidas contra la tortura⁶, incluyendo su sanción como delito, junto a obligaciones procesales de investigación, vedando la opción de tolerarla en circunstancias excepcionales.

Las posturas, en punto al objeto de tutela, giran en torno a derechos individuales, bien en sentido amplio referido a los derechos fundamentales⁷, o más confinadamente a la integridad moral⁸, confi-

⁴ El delito de tortura fue introducido en el artículo 204 bis CP por la Ley 3/1978, de 17 de julio.

⁵ En los párrafos 290 a 301 contiene una Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Con ella da cumplimiento a la Resolución 3218 (XXIX) de la Asamblea General, en cuyo párrafo 4 instaba al V Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, a que considerase las medidas que se debían adoptar para la protección de todas las personas sometidas a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁶ El párrafo 292, en su artículo 1 contenía la siguiente definición de tortura: «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 haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. Esta tortura constituye una forma agravada y deliberada del trato o pena cruel, inhumano o degradante».

⁷ Díaz Pita entiende que el bien jurídico protegido son los derechos fundamentales de los ciudadanos, en primera línea, junto con el abuso de poder del funcionario, en estrecha conexión con los anteriores. DÍAZ PITA, M. M.: «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. I, 1977, pág. 49.

⁸ CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 892 y ss; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal», en *La Ley*, Tomo 6, 1996, pág. 1669; GARCÍA ARÁN, M.: «La protección penal de la integridad moral», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 1241 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 2, 1996, págs. 69 y ss; GRIMA LIZANDRA, V., en BOIX REIG, J. (Dir.): *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Iustel, Madrid, 2010, pág. 257; PORTILLA CONTRERAS, G., en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Marcial Pons, 1996,

gurándolo un sector doctrinal como un delito pluriofensivo que afecta, además, al correcto ejercicio de la función pública. A mi modo de ver, la protección de la integridad moral es inequívoca, atendiendo a las conductas prohibidas y a la redacción del artículo 174 CP, como enfatiza el propio Título VII al agrupar todas las ofensas contra este bien⁹. Pero, en la medida en que se precisa una extralimitación por parte de la autoridad o funcionario en el ejercicio de las funciones, y este especial desvalor lo individualiza del atentado menos grave contemplado en el artículo 175 CP, creo que se protege un bien jurídico doble, integrado por la integridad moral como valor primordial pero también por el adecuado desempeño de esas atribuciones¹⁰.

No obstante, aunque el derecho a la integridad moral goza de entidad propia, como se desprende del artículo 15 CE, el Tribunal Constitucional normalmente alude a la dignidad como objeto

págs. 277 y ss; RODRÍGUEZ MESA, M. J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000, págs. 91 y ss; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6.ª edición, Civitas, Pamplona, 2011, pág. 140; y, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia española nacional e internacional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F./NÚÑEZ PAZ, M. A./GARCÍA ÁLVAREZ, I (Coord.): *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez barbero*, 2007, (versión electrónica en www.unifr.ch).

⁹ ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 449,

¹⁰ De esta opinión, REBOLLO VARGAS, R., en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Coord.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 241; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en Díez Ripollés, J. L./ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 48. Muñoz Conde entiende que el bien jurídico protegido es el correcto y legítimo ejercicio de la función pública por parte de sus representantes en aras de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 185. De la Cuesta añade que se busca asegurar un «marco infranqueable» para la intervención de la autoridad y del estado como base mínima del «funcionamiento de una colectividad democrática». DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Tortura y otros atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pág. 86. Por su parte, Bernardo del Rosal considera que, además de la integridad moral, se vulneran las garantías legales y constitucionales del detenido. DEL ROSAL BLASCO, B., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 217. También Lascurain Sánchez mantiene que es un delito de abuso de poder, que daña las elementales garantías procesales del individuo. LASCURAIN SÁNCHEZ, J., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 508. La nota de abuso de poder la destacaba, bajo la regulación anterior, MAQUEDA ABREU, M. L.: «La causación de muerte con el fin de obtener una confesión», en *La Ley*, Tomo 3, 1988, págs. 769 y ss.

de tutela superior en la tortura¹¹, siguiendo la senda marcada por el TEDH en relación con el artículo 3 CEDH¹². De todas formas, en algún caso se refiere directamente a la protección de la integridad física y moral¹³. Esa postura conecta con su concepción de la dignidad como un valor supremo que el Derecho no puede cercenar¹⁴ y que constituye el fundamento de los derechos reconocidos a la persona por el hecho de serlo, entre ellos, la integridad física y moral, junto al honor, la libertad de ideas y creencias, la intimidad, o la propia imagen¹⁵. En este sentido, ha señalado que *«el artículo 15 CE garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular»*¹⁶.

Por otra parte, sobre la distinción de las tres conductas prohibidas en el artículo 15 CE, ha declarado que *«tortura»* y *«tratos inhumanos o degradantes»* son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan

¹¹ Véanse, por ejemplo, las SSTC 224/2007, de 22 de octubre (F. J.3), 34/2008, de 25 de febrero (F. J.5), 52/2008, de 14 de febrero (F. J.2), 63/2008, de 26 de mayo (F. J.2), 123/2008, de 20 de octubre (F. J.2), y, 12/2013, de 28 de enero (F. J.3).

¹² STEDH dictada en el caso *Martínez Sala y otros contra España* de 2 de noviembre de 2004 (párrafo 121).

¹³ En la STC 182/2012, de 17 de octubre, donde a raíz del archivamiento de una denuncia por torturas, subrayó que «el derecho a la integridad física y moral, conforme a la jurisprudencia del TEDH, en su vertiente procesal, impone al estado una obligación positiva de protección, que abarca la exigencia de suficiencia y eficacia de la investigación criminal» (F. J.2). En parecidos términos, la STC 63/2010, de 18 de octubre (F. J.3).

¹⁴ La STC, en Pleno, 120/1990, de 27 de junio, relativa a la alimentación forzosa de unos reclusos en huelga de hambre, determinaba lo siguiente: «proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 CE implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona»..., la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre..., constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (F. J.4). En el mismo sentido, la STC 57/1994, de 28 de febrero (F. J.3).

¹⁵ Al respecto, DE LA MATA BARRANCO, N. J./PÉREZ MACHÍO, A. I.: «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal», en *Revista Penal*, n.º 15, 2005, págs. 19 y ss.

¹⁶ STC, en Pleno, 120/1990, de 27 de junio (F. J.8). El recurso de amparo fue presentado por varios miembros del PCE y del GRAPO, que solicitaban la anulación del auto judicial en el que se declaraba el derecho-deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica, que incluía la alimentación forzosa cuando la vida de dichos internos en huelga de hambre corriera peligro. Los demandantes entendían que dicha resolución violaba el artículo 15 CE.

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 vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente»¹⁷.

Pero, aunque los términos «vejar»¹⁸ y «humillar» no tienen significados idénticos, a menudo se interpretan como sinónimos, requiriendo en las tres modalidades de abuso un rasgo de humillación hacia la víctima. Por eso, me parece importante destacar algunas resoluciones donde el propio Tribunal ha afirmado que para apreciar tratos inhumanos o degradantes *«es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena»*¹⁹. De manera que a tenor de estas declaraciones los sufrimientos, y el envilecimiento o humillación, son efectos alternativos, anudándose estos últimos tan solo a los tratos degradantes²⁰.

¹⁷ STC, en Pleno, 120/1990, de 27 de junio (F. J.9); y SSTC 137/1990, de 19 de julio (F. J.7), 57/1994, de 28 de febrero (F. J.4), y, 34/2008, de 25 de febrero (F. J.5).

¹⁸ «Vejar», según el Diccionario de la Real Academia Española, significa «maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer».

¹⁹ En el caso enjuiciado en la STC 65/1986, de 22 de mayo, el recurrente alegaba que las penas que le habían sido impuestas por un delito de malversación de caudales públicos con la agravante de reiteración era desproporcionada y, por tanto, contraria al artículo 15 CE. El Tribunal niega este argumento: «respecto a la supuesta infracción del artículo 15 CE..., basta señalar que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no 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. Tales consideraciones fueron claramente expresadas por el TEDH, en su Sentencia de 25 abril 1978 (caso Tyrer), al interpretar el artículo 3 CEDH, y son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 CE, que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 CE... Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se impuso al recurrente una pena de privación de libertad y otra de inhabilitación absoluta, penas que, independientemente de su mayor o menor extensión, no pueden ser calificadas de inhumanas o degradantes en el sentido antes indicado. Desde este punto de vista no puede inferirse tampoco que el citado artículo 15 contenga en modo alguno un principio de proporcionalidad de las penas aplicables al caso presente» (F. J.4). Esa distinción, entre las citadas conductas, se efectúa también en las SSTC 89/1987, de 3 de junio (F. J.2), y, 137/1990, de 19 de julio (F. J.7).

²⁰ Véase, un comentario en este sentido, en GARCÍA ARÁN, M.: «La protección penal de la integridad moral», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, cit., 1249.

A continuación, el Tribunal Constitucional suele traer a colación la definición de tortura recogida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²¹, consistente en infligir intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, así como la doctrina del TEDH, que para considerar violado el artículo 3 CEDH exige la provocación de un sufrimiento, o de una humillación o envilecimiento, que alcance un mínimo de gravedad²².

Es importante apuntar, también, que no admite ninguna excepción a la interdicción de las conductas recogidas en el artículo 15 CE: *«la prohibición se configura en la Constitución española y en los Tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales»*²³.

Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional el derecho a la integridad física y moral es ante todo una garantía de la inviolabilidad de la persona, de su derecho a ser tratada como un ser libre y no como un objeto, con capacidad para decidir responsablemente sobre su comportamiento. Además, reviste carácter inalienable, sin que pueda sacrificarse en aras de otros derechos fundamentales. Ahora bien, no expresa de modo terminante si todo atentado a la integridad moral implica un tratamiento humillante, o si es necesario sólo en los tratos degradantes, pudiendo consistir la tortura en un sufrimiento que no conlleve esa nota de envilecimiento. Si bien, en algunas

²¹ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, en vigor desde el 26 de junio de 1987 y para España desde el 20 de noviembre.

²² Artículo 2: «1. Todo estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura».

Artículo 4: «1. 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. 2. Todo estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad».

²³ STC 34/2008, de 25 de febrero (F. J.5).

resoluciones utiliza una fórmula disyuntiva que orienta hacia esta última lectura.

En sede doctrinal se han defendido nociones distintas, al interpretar la integridad moral en el marco del Título VII, una más amplia, que la identifica con la inviolabilidad de la persona²⁴, y otra más estricta, que la define como el derecho a no padecer sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos vejatorios o humillantes²⁵.

²⁴ CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, cit., págs. 894 y ss; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal», en *La Ley*, cit., págs. 1669 y 1670; GARCÍA ARÁN, M.: «La protección penal de la integridad moral», en Díez RIPOLLÉS, J. L. (Coord.): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, cit., pág. 1245; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en *Estudios de Derecho Judicial*, cit., págs. 69 y ss; GARCÍA ARÁN, M.: «La protección penal de la integridad moral», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, pág. 1251; y, RODRÍGUEZ MESA, M. J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, cit., pág. 165. Muestra su desacuerdo Portilla Contreras, señalando que se protege la integridad psíquica y salud en general. PORTILLA CONTRERAS, G., en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 279. Por otra parte, esta interpretación se acomoda al significado que le atribuyó el legislador constitucional en el artículo 15 CE. El término «moral» se introdujo en el Dictamen de la Comisión del Senado. El senador Zarazaga Murillo justificaba su inclusión en estos términos: «en el motivo de la modificación para añadir el término «moral» defendemos que, además del derecho a la vida, el derecho a la integridad obviamente no debe limitarse a lo físico, sino que necesariamente debe extenderse al de carácter moral. Aunque el precepto trata sin duda de tutelar todos aquellos elementos que componen la integridad de la persona humana, su redacción puede dar lugar a equívocos. Por tanto, creemos que, o se expresa únicamente en el texto la integridad de la persona humana, sin adjetivar a dicha integridad de «física» o, por el contrario, se ha de hablar también de la adjetivación de esa integridad como «moral»... Con la doble alusión a la integridad «física» y «moral»..., se quiere, en definitiva, garantizar la «integridad personal» en el sentido de «incolumidad personal». RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1982, págs. 81 y 82.

²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Tortura y otros atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., págs. 71 y ss; GRIMA LIZANDRA, V., en BOIX REIG, J. (Dir.): *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 258; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 24; y, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F./NÚÑEZ PAZ, M. A./GARCÍA ÁLVAREZ, I (Coord.): *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez barbero*, 2007, (versión electrónica en www.unifr.ch). Maqueda Abreu indica que para alcanzar la calificación de «tortura», los sufrimientos infligidos deben haber superado los niveles antecedentes de «degradantes» e «inhumanos, del mismo modo que este último estadio presupone el precedente. MAQUEDA ABREU, M. L.: «La tortura y otros

Asimismo, el Tribunal Supremo tampoco ha mantenido una postura uniforme sobre este punto. Siguiendo el enfoque del Tribunal Constitucional, define la integridad moral como manifestación directa de la dignidad humana²⁶ y sitúa su esencia en la inviolabilidad de la persona: *«una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero ésta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales ..., la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto»*²⁷.

A partir de esa premisa, en algunos casos ha precisado que en los delitos contra la integridad moral haya un trato vejatorio o humillante: *«no hemos de confundir los excesos innecesarios en la ejecución de su cometido, que no tienen por qué producir humillación o vejación en la víctima, de la agresión a la integridad moral. De las primeras deberá responderse como lesiones..., la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada*

tratos inhumanos y degradantes», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, Tomo 39, 1986, pág. 433.

²⁶ «La integridad moral —como manifestación directa de la dignidad humana— comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano». STS 588/2000, de 6 de abril (F. J.2). También la STS 465/2013, de 29 de mayo (F. J.4).

²⁷ STS 922/2009, de 30 de septiembre (F. J.1). En igual dirección se pronuncia la STS 255/2011, de 6 de abril: «con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa «cosificarlo», circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana» (F. J.4). E, igualmente, en la STS 985/2012, de 27 de noviembre: «la integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto (F. J.4). En igual dirección, las SSTS 255/2012, de 29 de marzo (F. J.11), y 325/2013, de 2 de abril (F. J.4). No obstante, en algunos casos apunta la dignidad como bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral. Así, por ejemplo, en la STS 255/2012, de 29 de marzo (F. J.11). En la STS 1315/2007, de 5 de enero, se citan la dignidad humana e integridad moral (F. J.2).

de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque»²⁸.

En cambio, en otras resoluciones ha censurado esa concepción por encerrar una confusión con el derecho al honor: «*se han sostenido interpretaciones que no pueden ocultar una superposición de la integridad moral con el honor, como cuando se sostiene que dar un trato degradante es «humillar, deshonrar, desprestigiar o envilecer, afectando la dignidad de la persona»*». No obstante, a juicio del Tribunal la separación con los delitos que atañen al honor reside, no en esa nota de envilecimiento, sino en la duración y persistencia de la degradación en el atentado contra la integridad moral²⁹.

Pues bien, a mi modo de ver no es imprescindible ese cariz humillante para completar el tipo del artículo 174 CP. A diferencia del artículo 173 CP, donde se sanciona expresamente a quien inflige a otra persona «un trato degradante», en los artículos 174 y 175 CP se castiga a quien atenta contra «la integridad moral». Además, en el delito de tortura se tipifica de forma individual la supresión o disminución de las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, con lo que parece preservarse la capacidad de determinación del sujeto en sí o indemnidad personal, sin asociar esa connotación de humillación o envilecimiento. Por otra parte, este concepto de tortura es el que ha sostenido el TEDH al resolver las demandas basadas en la violación del artículo 3 CEDH. Para apreciar esa modalidad extrema de abuso, ha requerido que se haya provocado a la víctima un sufrimiento grave y cruel, diferenciándolo del trato degradante, que ha definido como un tratamiento humillante o vejatorio, de menor entidad que la tortura. En consecuencia, entiendo que, en sede de principios, en el artículo 174 CP no es necesario tampoco un acto de envilecimiento³⁰. No obstante, teniendo en cuenta el carácter de

²⁸ STS 159/2011, de 28 de febrero de 2011 (F. J. 6). Con un contenido similar, la STS 891/2008, de 11 de diciembre (F. J.1).

²⁹ STS 2101/2001, de 14 de noviembre (F. J. 13). En la STS 489/2003, de 2 de abril, se mantiene esa postura en cuanto a la separación entre el tipo del artículo 173 CP y los delitos contra el honor. Respecto a la distinción entre los artículos 173 y 174 CP señala lo siguiente: «el delito de torturas es un subtipo agravado por la búsqueda de finalidades específicas previstas en el tipo penal, el fin de obtener una confesión o información o de castigarla por la comisión de un hecho o su sospecha, lo que nos sugiere que descartadas las finalidades del tipo agravado nos queda como núcleo del delito, la realización de actos degradantes y envilecedores» (F. J.5).

³⁰ De esta opinión, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal», en *La Ley*, cit., págs. 1669 y 1670; REBOLLO VARGAS, R., en CÓRDOBA RODA, J./

imposición que conlleva, al doblegarse la voluntad de la víctima y someterla a la del autor, lo normal será que esa circunstancia se dé.

2.1.2. Elementos del delito. La gravedad de la conducta como punto de inflexión

El concepto de tortura tipificado en el artículo 174 CP parte del recogido en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: «a los efectos de la presente Convención se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, 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 otros, 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».

Pero, esta definición es significativamente más amplia que la contenida en el artículo 174 CP, en cuanto a las conductas, finalidades y sujeto activo, dado que nuestro legislador ha optado por regular distintos delitos contra la integridad moral, en función de esos elementos. Los cometidos por particulares se encuadran en el artículo 173 y si el autor es autoridad o funcionario, se aplican los artículos 174 o 175 CP en atención al fin que guíe la conducta. Lógicamente esta escisión comportará diferencias en cuanto al objeto de tutela y la penalidad en las respectivas figuras.

La relación de intencionalidades coincide en mayor medida con las contempladas en el artículo 174 CP desde la incorporación, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, del móvil discriminatorio. De todas formas, el factor teleológico sigue siendo más amplio en la

GARCÍA ARÁN, M. (Coord.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, cit., pág. 240; y, GARCÍA ARÁN, M.: «La protección penal de la integridad moral», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, cit., pág. 1251. Torío López diferenciaba entre los ataques a la humanidad y a la dignidad, es decir, entre penas o tratos inhumanos o degradantes. En los primeros predomina la crueldad, o sea, la imposición de un dolor o sufrimiento, físico o psíquico, injustificable. Los ataques a la dignidad se caracterizan por su sentido degradatorio, es decir, por el envilecimiento de la personalidad que le es inherente. TORÍO LÓPEZ, A.: «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Revista del Poder judicial*, n.º 4, 1986, págs. 69 y ss.

Convención, al incluir el dolor o sufrimiento causado con el objetivo genérico de intimidar o coaccionar. Por otra parte, la alusión en este precepto al funcionario o autoridad es equivalente a la del artículo 1 del Convenio, en la medida en que el autor ha de encontrarse en el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, se incluye expresamente como tortura la realizada por otra persona, como consecuencia de la incitación o inducción del empleado público, o que cuenta con su consentimiento. En cambio, en nuestro Derecho se configura como un delito especial impropio, pues cuando el atentado contra la integridad moral lo comete un particular, o una autoridad o funcionario al margen de su cargo, entra en juego el artículo 173 CP. Salvo que concurren los presupuestos de la autoría mediata, pues entonces la responsabilidad del autor directo se mantendrá en el ámbito del artículo 174 CP. Cuando el empleado público practica la tortura con el visto bueno de un superior obligado legalmente a impedirlo, esos hechos tendrán encaje en los artículos 174 y 176 CP, por este orden. Igualmente, la tortura realizada con el propósito de obtener información o confesión de un tercero, prevista en el Convenio, es abarcada también por el artículo 174 CP.

Asimismo, la conducta está más perfilada en este precepto, en tanto el sufrimiento prohibido se ha de causar mediante el empleo de «condiciones o procedimientos», expresión que ha sido leída por un sector doctrinal como una exigencia de cierta permanencia en el uso de esos métodos³¹. En este sentido, efectivamente, el verbo utilizado, «someter», unido a tales términos, parece implicar cierta persistencia en la actuación abusiva, dejando paso a la calificación como trato degradante cuando la acción sea breve pero lesiva de la integridad moral, o a los delitos contra la integridad física si se produce una lesión que no conlleva vejación o humillación. Como veremos, en las condenas por tortura acordadas por el TEDH también se da esa nota de continuidad o reiteración. Además, la Corte valora esa persistencia para calibrar si el abuso es bastante grave para conculcar el artículo 3 CEDH. Así, en el caso *Ireland v. United Kingdom*, de 18 de enero de 1978, consideró que las cinco técnicas de interrogatorios que había empleado el Gobierno británico sobre los miembros del IRA detenidos, no constituían tortura como las había calificado la Comisión, pero sí tratos degradantes al haberse aplicado «de manera conjunta». También el Tribunal Supremo requiere esa firmeza, señalando que las condiciones o procedimientos típicos «comportan

³¹ CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en V. V. A. A.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 218; y GRIMA LIZANDRA, V., en BOIX REIG, J. (Dir.): *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 283.

algo más que una actuación policial puntual y abusiva..., exigiéndose una actuación de cierta contumacia y persistencia en la acción delictiva por el funcionario público, y en ello consiste la diferencia entre este delito autónomo y el de lesiones con la agravante de prevalerse el culpable de su carácter público»³². De acuerdo con ello afirma, por ejemplo, que «restregar una fregona por la cara de la víctima, durante un considerable tramo de tiempo» constituye tortura³³.

Por otra parte, según el artículo 1 del Convenio la tortura consiste en causar intencionalmente «dolores o sufrimientos graves». Queda comprendido el padecimiento físico y psíquico. El artículo 174 CP sanciona el sometimiento de la persona 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». Luego, mediante esta cláusula abierta se hace patente que la tortura consiste siempre en un atentado a este derecho fundamental, que se erige en objeto de tutela. En la norma europea parece pensarse también en la integridad física, concebida de manera autónoma, puesto que la conducta puede realizarla un particular, con el consentimiento de quien ejerce funciones públicas, con alguno de los fines indicados, incluido el de intimidar o coaccionar a la víctima. Cabe reputar tortura, por ejemplo, la lesión causada por cualquier ciudadano a una persona detenida, con permiso del agente que la custodia, por venganza o represalia, o para disuadirla de determinado comportamiento futuro.

Ahora bien, en la norma europea se precisa que el dolor o sufrimiento sea «grave». Asimismo, tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional exigen que el hecho revista cierta entidad, incluso para los tratos degradantes, que constituyen el estadio menor de los abusos prohibidos en los artículos 3 CEDH y 15 CE, respectivamente. En cambio, el tenor literal del artículo 174 CP dificulta esta lectura, puesto que prevé penas distintas según el atentado a la integridad moral sea grave o no.

Partiendo de esa diferencia penológica, un amplio sector doctrinal ha defendido la aplicación del artículo 174 CP a todos los ataques contra la integridad moral, aunque no sean graves³⁴. Así lo ha

³² STS 1685/2003, de 17 de diciembre (F. J.2).

³³ STS 985/2012, de 27 de noviembre (F. J.4).

³⁴ CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en V. V. A. A.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 219; DEL ROSAL BLASCO, B., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.):

entendido también el Tribunal Supremo en algunas resoluciones³⁵. Ciertamente, los demás requisitos contemplados en el tipo, el abuso del cargo y la concurrencia de finalidades específicas, dotan de una mayor lesividad a la conducta ofensiva para la integridad moral. Aun así, creo que hay que tener presentes las declaraciones de los citados órganos, y la severidad de la pena aplicada, a la hora de calibrar si un comportamiento lesiona ese bien jurídico y si da lugar a la realización del tipo. De forma que el hecho ha de tener gravedad suficiente para estimar lesionada la integridad moral³⁶.

2.2. *La obligación positiva de investigación del estado y el canon reforzado de motivación judicial*

En el orden procesal, el Tribunal Constitucional sigue los dictados del TEDH en cuanto a la interdicción de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes. Expresamente ha señalado que, «*sus consideraciones, al interpretar el artículo 3 CEDH, son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 CE, que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 CE*»³⁷.

En consecuencia, ha marcado unas directrices particularmente severas en lo que hace al alcance de la investigación oficial de las denuncias por tortura. Toma como punto de arranque la jurisprudencia de la Corte europea que extrae de la prohibición del artículo 3 CEDH, obligaciones positivas para los estados signatarios y, en particular la de actuar con la mayor diligencia posible en la averiguación

Derecho penal. Parte especial, cit., pág. 230; GRIMA LIZANDRA, V., en BOIX REIG, J. (Dir.): *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 285; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en Díez RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, cit., pág. 53; TAMARIT SUMALLA, J., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, 6.^a edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1081; y, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F./NÚÑEZ PAZ, M. A./GARCÍA ÁLVAREZ, I (Coord.): *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez barbero*, cit., (versión electrónica en www.unifr.ch).

³⁵ SSTS 985/2012, de 27 de noviembre (F. J. 4), 601/2013, de 11 de julio (F. J.5) y 718/2013, de 1 de octubre (F. J.1).

³⁶ Entienden que el atentado a la integridad moral ha de presentar cierta gravedad, REBOLLO VARGAS, R., en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Coord.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, cit., págs. 272 y 273; y, FELIP I SABORIT, D., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2011, pág. 115.

³⁷ STC 34/2008, de 25 de febrero (F. J.6).

de los hechos y la identificación de los responsables. En concreto ha afirmado que *«el derecho a la integridad física y moral, conforme a la jurisprudencia del TEDH, en su vertiente procesal, impone al estado una obligación positiva de protección, que abarca la exigencia de suficiencia y eficacia de la investigación criminal»*³⁸.

En consecuencia, ha declarado que *«el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige..., según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas..., se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial»*. Por ello, *«la tutela judicial será así suficiente y efectiva ex artículo 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria»*. Reproduce, en este punto, lo dicho por el TEDH.

A continuación precisa lo que se entiende por investigación oficial eficaz: *«se vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito siempre que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas, ya que..., de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos»*. Añade, además, que la tutela judicial del derecho a no sufrir estas conductas puede exigir que se inicie o avance en una investigación allí donde quizás en otro tipo de supuestos podría advertirse una base insuficiente³⁹.

En cuanto a las diligencias relevantes, señala que se ha de estar al caso concreto, pero de nuevo trae a colación las declaraciones del TEDH, apuntando como referentes esenciales, los reconocimientos

³⁸ SSTC 69/2008, de 23 de octubre (F. J.6), 182/2012, de 17 de octubre (F. J.2), y, 12/2013, 28 de enero (F. J.2).

³⁹ SSTC 224/2007, de 22 de octubre (F. J.2), 52/2008, de 14 de febrero (F. J.2), 34/2008, de 25 de febrero (F. J.2 a 7), 107/2008, de 22 de septiembre (F. J.2), 123/2008, de 20 de octubre (F. J.2), 40/2010, de 19 de julio (F. J.2), 63/2010, de 18 de octubre (F. J.2), 131/2012, de 18 de junio (F. J.2), 12/2013, de 28 de enero (F. J.2 a 4), y, 153/2013, de 9 de septiembre (F. J.2 a 4).

médicos, unidos al derecho de acceso a la asistencia letrada y el derecho a informar a un tercero de la detención⁴⁰.

Por lo tanto, existe una coincidencia plena con la postura de la Corte europea en cuanto a la singular obligación que incumbe al estado de iniciar y mantener la investigación oficial cuando se presente una demanda verosímil de tortura, mientras exista una posibilidad razonable de obtener pruebas respecto al hecho y los culpables. Desde luego, este mandato contrasta con el elevado número de condenas a España por el Tribunal de Estrasburgo por falta de una investigación oficial eficaz.

El propio Tribunal Constitucional apunta una idea que pone sobre la pista acerca de los motivos que pueden llevar a algún órgano judicial a desistir de ahondar en la exploración de los hechos, bajo la convicción de que la acusación es falsa, sobre todo cuando se trata de detenidos por actividades terroristas. En este sentido, apunta el riesgo de que la imputación a los agentes de la autoridad responda a razones espurias: *«deberá el Juez tener presente la posibilidad de que la presentación de la denuncia forme parte de una estrategia destinada a abrir o mantener abierto el mayor tiempo posible el proceso penal, para erosionar el crédito de las instituciones democráticas o para obtener la identidad de los agentes intervinientes en la lucha antiterrorista, poniendo en peligro su vida o la continuidad de su labor»*⁴¹. También en las sentencias del TEDH relativas a España, sale a la luz una presunta consigna de la banda terrorista ETA, exhortando a sus miembros a denunciar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por torturas en caso de ser detenidos. En el caso *Martínez Sala y otros contra España* de 2 de noviembre de 2004, el Gobierno adujo que durante el registro llevado a cabo en el domicilio del interesado, en ejecución de una orden judicial, se halló un manual de instrucciones a seguir en caso de detención (párrafo 54).

Es sintomático que de las siete condenas a España por torturas habidas hasta ahora, cinco se referían a detenidos por delitos de terrorismo, dos por disturbios en manifestaciones celebradas en el País Vasco, en el marco de la *Kale borroka*, y sólo una por un hecho ajeno a ese contexto. Al menos en esos procedimientos las reticencias del juzgador respecto a la veracidad de las denuncias parece estar en la base de una instrucción deficiente.

⁴⁰ STC 182/2012, de 17 de octubre (F. J.5).

⁴¹ STC 12/2013, 28 de enero (F. J.3)

Pero, en respuesta a este argumento, el Tribunal Constitucional recuerda también que «*los derechos protegidos en el artículo 15 CE son de tal relevancia que exigen la mencionada diligencia y eficacia en la investigación de las denuncias que se realicen sin el temor de que se abuse de las mismas, ya que el ordenamiento penal contiene tipos disuasorios, entre otros los delitos contra la administración de justicia, al tratar de la acusación y denuncia falsa y de la simulación de delitos*»⁴². Igualmente, el TEDH ha hecho oídos sordos a esas razones aducidas en su descargo por el estado español y ha reiterado el deber de observar la mayor diligencia en el esclarecimiento de estos hechos.

Por otra parte, la fiabilidad de las denuncias procedentes del entorno del terrorismo también ha sido un punto clave en los informes emitidos por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa⁴³, acerca de las presuntas torturas cometidas en España. En ellos se refleja la opinión de las autoridades españolas sobre la falsedad de las inculpaciones por parte de detenidos en aplicación de medidas antiterroristas, respondiendo al ardid de ETA para desprestigiar el sistema de justicia penal. En el informe de 6 de febrero de 2004⁴⁴ se recomendaba la grabación audiovisual de las detenciones, así como que los sometidos a régimen de incomunicación⁴⁵ sean sistemáticamente llevados ante el Juez antes prolongar la detención más allá de las setenta y dos horas, además de concederles

⁴² STC 69/2008, de 23 de octubre (F. J.6).

⁴³ Los artículos 17 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, prevén la creación de un órgano de control, el Comité contra la Tortura, compuesto por diez expertos independientes, con la función de supervisar el cumplimiento por los estados parte de las obligaciones derivadas de la CEDH, a través de cuatro mecanismos: informes periódicos estatales (art. 19), procedimiento de investigación por *notitia criminis* (art. 20), reclamaciones de un estado miembro contra otro (art. 21), y, comunicaciones individuales (art. 22). Al respecto, OCHOA RUIZ, N.: «La jurisprudencia del Comité de las Naciones Unidas contra la tortura», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 20, 2004, pág. 521.

⁴⁴ E/CN.4/2004/56/Add.2, 6 de febrero de 2004 (párrafos 29, 32,37, 38, 39). El informe se refiere a la visita realizada a España del Relator Especial (Theo van Boven) los días 5 al 10 de octubre de 2003.

⁴⁵ El artículo 55.2 CE establece que una ley orgánica podrá regular la suspensión de los derechos recogidos en los artículos 17.2 (plazos de la detención preventiva) y 8.2 y 3 (entrada en el domicilio y secreto de las comunicaciones), en las investigaciones relativas a bandas armadas o elementos terroristas. De acuerdo con ello, en los artículos 509 y 520 bis LECrim se prevén reglas especiales.

el derecho a designar a un médico y a un abogado de su elección⁴⁶. El Relator Especial del Comité concluye que ha recibido «información fidedigna que le induce a creer que, aunque la tortura y los malos tratos no son sistemáticos en España, el sistema de detención practicado permite casos de tortura o malos tratos, en particular de personas detenidas en régimen de incomunicación por actividades terroristas»⁴⁷.

Pero, aun situándonos en ese clima de tensión en el que se desenvuelven los hechos, llama poderosamente la atención que, cuando no han transcurrido todavía dos años desde la última condena a España por no investigar cumplidamente una denuncia de tortura, el estado vuelva a ser sancionado, sumando ya un total de siete condenas por idéntica causa. Da la impresión que la concepción del terrorista como *enemigo* que está proliferando en la sociedad, ha hecho mella también en los órganos judiciales y se traduce en su tarea cotidiana de instruir los asuntos que incumben a sospechosos de esas actividades. Pero, todavía sorprende más la respuesta del Ministerio de Justicia a la última sentencia de la Corte europea, que lejos de anunciar el compromiso de hacer cumplir las garantías de nuestro Estado de Derecho, hace pública su decisión de encomendar a los servicios jurídicos del estado que estudien la posibilidad de recurrir la resolución⁴⁸. En realidad, a estas alturas ya no debería extrañarnos que la preocupación fundamental del Ejecutivo sea la opinión de los ciudadanos en cuanto a la actuación de los poderes públicos, en lugar de la observancia de los principios constitucionales, cuya defensa parece un *lujo* cuando se habla de terrorismo. De esa vocación mediática ya han dado buena muestra los sucesivos Gobiernos en las últimas

⁴⁶ A tenor del párrafo 1 del artículo 520 bis LECrim, la detención policial podrá prolongarse hasta un límite máximo de cuarenta y ocho horas cuando se trate de personas por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, es decir, la integración o relación con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. Esta prolongación ha de solicitarse dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención y autorizarse por el Juez competente en las veinticuatro horas siguientes. Por consiguiente, esas personas podrán ser mantenidas en custodia policial hasta un máximo de cinco días. El párrafo 2 del artículo 520 bis LECrim establece también que el Juez podrá decretar la incomunicación. Por otra parte, según el artículo 509 LECrim, en el caso de personas cuya prisión se haya acordado por alguno de los delitos señalados en el artículo 384 bis LECrim o de otros cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, podrá prorrogarse la incomunicación, previa autorización judicial, por otro plazo no superior a cinco días. Por consiguiente, la incomunicación de estos detenidos puede durar hasta diez días consecutivos (cinco en detención policial y cinco en prisión provisional).

⁴⁷ Párrafo 41.

⁴⁸ Diarios *El País* y *El Mundo*, de 7 de octubre de 2014.

décadas, propiciando el bautizado como «populismo punitivo», en alusión a la importancia que hoy tienen los intereses electorales en las decisiones de política criminal.

III. Posición del TEDH sobre la tortura

De las declaraciones del TEDH en esta materia creo conveniente destacar los siguientes puntos: la definición de tortura y su delimitación de los tratos inhumanos y de los degradantes, y, las vías por las que un estado puede incurrir en una violación del artículo 3 CEDH⁴⁹. Dentro de este apartado veremos que la Corte distingue las infracciones procesales, de las sustantivas. A su vez, las primeras pueden producirse, bien por conceder el estado la extradición cuando existe un riesgo real de que el sujeto sufra esos abusos en el lugar de destino, o bien por falta de investigación suficiente de las denuncias presentadas por estos hechos. La vulneración sustantiva se da cuando empleados públicos realizan conductas constitutivas de tortura o malos tratos.

3.1. Diferencia entre tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes

La distinción entre las tres conductas se recogió por primera vez en el caso *Ireland v. United Kingdom* de 18 de enero de 1978⁵⁰. El Tribunal parte de una premisa común, señalando que para inscribirse en el artículo 3 CEDH, «*el maltrato debe revestir un mínimo de gravedad*». Ahora bien, «*la valoración de este mínimo es relativa, depende de las circunstancias del caso, tales como duración del maltrato, efectos físicos o mentales y en algún caso, sexo, edad y estado de salud de la víctima*». Además, declara que la prohibición contenida en el artículo 3 CEDH no permite excepciones «*ni siquiera de suceder una emergencia pública que amenace la subsistencia de la nación*» (párrafo 163)⁵¹. En cuanto a la separación entre la tortura y el trato inhu-

⁴⁹ Artículo 3: «Nadie podrá ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

⁵⁰ Las siguientes SSTEDH pueden consultarse en su página oficial, (<http://hudoc.echr.coe.int/default.htm>).

⁵¹ «A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas del CEDH y de los Protocolos n.º 1 y 4, el artículo 3 no permite excepciones y al amparo del artículo 15, párrafo 2, no cabe derogación de esta norma, ni siquiera de suceder una emergencia pública que amenace la subsistencia de la nación» (párrafo 163).

mano o degradante puntualiza que: «esta distinción deriva principalmente de una diferencia en la intensidad del sufrimiento infligido..., el primero de estos términos debe llevar añadido un estigma especial frente al trato inhumano que causa intencionadamente un sufrimiento muy grave y cruel» (párrafo 167)⁵².

Por lo tanto, la cuestión planteada sobre la posibilidad de estimar justificada la tortura en condiciones extraordinarias, es resuelta en sentido negativo por el TEDH declarando de forma rotunda que la proscripción del artículo 3 CEDH no admite ninguna salvedad.

Respecto a los comportamientos excluidos, subraya que lo que cualifica a la tortura respecto de las otras dos violaciones es la mayor intensidad del sufrimiento infligido, definiéndolo ampliamente como «muy grave y cruel». Además, esta incidencia se ha de medir en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas. Por otra parte, no diferencia el trato inhumano del degradante, asimilación que es frecuente en sus resoluciones. De manera que la apreciación de si el hecho reviste la severidad mínima para catalogarla como tortura o trato inhumano o degradante, y el encuadre en una de estas categorías queda al criterio de los Tribunales nacionales y de la propia Corte en caso de recurso.

Asimismo, no especifica la naturaleza del sufrimiento, de modo que puede ser físico o psíquico⁵³. Tampoco alude a los autores, de ahí que se omita la referencia a finalidades concretas y a la presencia de abuso. En realidad, el TEDH se ocupa de determinar tan solo el nivel de sufrimiento que alcanzará la categoría de tortura. También esta forma de describirla es la más usual en las sentencias dictadas en este tema. De todos modos, en algunos casos acoge la definición

⁵² Puede verse un comentario en, ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: estudio de casos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, 1990, págs. 175 y ss.

⁵³ El TEDH analiza las cinco técnicas de «interrogatorios profundos» utilizadas por el Reino Unido respecto a los irlandeses detenidos: a) Permanecer de pie junto al muro: se obligaba a los detenidos a estar de pie durante varias horas, con los brazos y piernas separados, apoyando los dedos en la pared y con las piernas hacia detrás, de forma que el peso del cuerpo recayera en los dedos. B) Encapuchar: se colocaba una bolsa de color negro o azul marino en la cabeza del detenido, manteniéndole así excepto durante el interrogatorio. C) Sometimiento a ruido: se situaba al detenido en una habitación donde había un ruido continuo, alto y con zumbido. D) Falta de sueño: hasta la llegada del interrogatorio no se dejaba dormir al detenido. E) Privación de comida y bebida: se sujetaba al detenido a una dieta estricta (párrafo 96). La Comisión apreció tortura (párrafos 147 y 165). En cambio, la Corte estimó que estas técnicas suponían un trato inhumano o degradante, al aplicarlas de forma acumulada, pero no eran tortura (párrafos 166 y 167).

de tortura del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Pues bien, a diferencia de esa noción genérica, el artículo 174 CP alude a las condiciones y procedimientos que pueden lesionar la integridad moral, e igualmente enumera algunos resultados que se consideran lesivos, aunque esta descripción se cierra con una cláusula abierta donde se admite cualquier otra ofensa a ese derecho fundamental. En cambio, paradójicamente no se exige que el atentado a la integridad moral sea grave, e incluso se asocian penas distintas según lo sea o no. Por lo tanto, el primer motivo de escisión entre esta definición inicial de tortura del Tribunal de Estrasburgo y la recogida en nuestro ordenamiento, lo constituye la entidad de la ofensa. Obviamente, esto no significa que la norma española conculque la jurisprudencia europea, dado que requiere elementos adicionales que pueden dotar a la conducta de la lesividad suficiente para reputarla delictiva en todo caso. No obstante, como decía, atendiendo a las consideraciones tanto del TEDH como del Constitucional español, conjugadas con el principio de proporcionalidad, entiendo que es necesario que el abuso presente un mínimo de seriedad para estimar lesionada la integridad moral, y realizado el delito.

La doctrina mantenida en este caso para las torturas y los tratos inhumanos o degradantes fue más tarde aplicada a las penas, mencionadas también en el artículo 3 CEDH. En el caso *Tyrer v. United Kingdom* de 25 de abril de 1978⁵⁴, el Tribunal señala que lo que importa a efectos de esa disposición es que la persona «*haya sido humillada no por la condena sino por la ejecución de esa pena*». Para considerarla degradante ha de conllevar «*un nivel particular y distinto al nivel habitual de humillación*» (párrafo 29)⁵⁵. Como antes indicaba, «*esta apreciación es relativa, depende de todas las circunstancias del caso y en particular de la naturaleza y contenido de la pena misma y de la forma y métodos de ejecución*» (párrafo 30). Además, añade que para atribuir la condición de degradante «*podría ser suficiente que la*

⁵⁴ Cuando el demandante tenía quince años golpeó a otro niño, por lo que fue condenado a tres latigazos. Fue azotado en presencia de un médico y de su padre, bajándole los pantalones y la ropa interior y colocándolo boca abajo, siendo sujetado por dos policías. El menor sufrió magulladuras (párrafo 9).

⁵⁵ «De hecho, en la mayoría de los casos esto —humillación— puede ser un efecto de la condena judicial inherente a las necesidades del sistema penal. Sin embargo..., sería absurdo mantener que una pena impuesta judicialmente es degradante en el sentido del artículo 3, «con carácter general» partiendo de su usual y quizá siempre inevitable elemento de humillación» (párrafo 29).

víctima sea humillada a sus propios ojos aunque no lo sea a los ojos de los otros» (párrafo 32).

Por lo tanto, el menoscabo de la integridad moral no requiere la presencia de terceras personas. La Corte deja de nuevo en manos del órgano judicial la decisión de cuándo la ejecución de una pena es degradante, fijando como único indicador la gravedad de la humillación.

Posteriormente, en el caso *Campbell & Cosans v. United Kingdom* de 25 de febrero de 1982, matizó que «amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, al menos un trato inhumano» (párrafo 26)⁵⁶. Pero, recuerda que la pena degradante exige cierto grado de seriedad (párrafo 28). Sobre esta base, concluye que en el supuesto examinado, de unos niños amenazados con sufrir castigos corporales en un centro educativo, los sufrimientos no alcanzaron el estadio inherente a las torturas e incluso a los tratos inhumanos⁵⁷.

Vuelven a identificarse los tratos inhumanos y los degradantes, con la puntualización de que pueden realizarse a través de una amenaza. Además, la Corte deja la puerta abierta para calificar esta conminación como tortura, según haría en el caso «Dascher».

De acuerdo con la interpretación del artículo 3 CEDH expresada en estas resoluciones, tanto la tortura como los tratos inhumanos y los degradantes se darán sólo si se causa a la víctima un sufrimiento físico o psíquico grave, que puede ser provocado por cualquier conducta, incluida la amenaza de ocasionarlo. A su vez, la consideración como una u otra categoría depende de la entidad concreta del padecimiento causado, reservándose la tortura para los supuestos en que sea grave y cruel. Por otra parte, el trato degradante supone la humillación de la víctima. No obstante, la Corte utiliza a veces los términos degradante e inhumano como equivalentes, aun cuando en éste no se precisa en sentido técnico esa connotación. Así se

⁵⁶ El Tribunal considera que la situación en la que se hallaban los hijos de las demandantes no llegó a constituir tortura ni trato inhumano en el sentido del artículo 3: nada prueba que sus sufrimientos hayan sido del grado inherente a estos conceptos (párrafo 27).

⁵⁷ La Corte señala que una amenaza recaída sobre una persona muy insensible puede no afectarle casi y, pese a ello, revestir carácter degradante; y a la inversa, una persona con una sensibilidad inusual puede resultar afectada como consecuencia de una amenaza que sólo se puede considerar degradante mediante una alteración del significado común de este término... Jeffrey Cosans pudo sentirse inquieto y nervioso en el momento en que iba a ser azotado, pero esto no es suficiente para que concurra trato degradante conforme al artículo 3 (párrafo 30).

deduce de la propia definición que aporta de trato inhumano, como sufrimiento físico o psíquico, al que separa de la tortura por su gravedad, pero sin añadir la nota de envilecimiento. En todo caso, la trascendencia del delito debe apreciarse a la vista no sólo de los efectos físicos y psicológicos, sino también de las circunstancias concurrentes, entre ellas la duración del maltrato y las características personales de la víctima. En cambio, no se exige que el abuso se prolongue o tenga cierta permanencia, aunque en todas las acciones sancionadas como tortura que apuntaré, hubo cierta perseverancia en la extralimitación. Al margen de estos criterios, el Tribunal no da otras indicaciones para discernir los tres abusos prohibidos. Sí niega categóricamente cualquier justificación o disculpa que pueda llevar a eximir de sanción al responsable.

3.2. Infracción por los estados miembros del artículo 3 CEDH

Como he apuntado, los estados pueden incurrir en un quebrantamiento del artículo 3 CEDH, tanto por la realización por empleados públicos de las conductas prohibidas en esta norma, como por motivos procedimentales, en concreto, por acordar la extradición existiendo un riesgo cierto de que el deportado sea sometido a malos tratos, o por una deficiente investigación de las reclamaciones por estos hechos. Paralelamente, el TEDH diferencia entre una violación «sustantiva» de dicha disposición, en el primer caso, y otra «procesal», en los dos últimos. Comenzaré por estos supuestos y a continuación apuntaré algunas condenas concretas por la ejecución material de torturas.

3.2.1. Vulneraciones procesales. La Sentencia de condena a España de 7 de octubre de 2014

a) Extradición

El estado que entrega a un sujeto a otro país incumple el artículo 3 CEDH si hay razones de peso para pensar que puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por España, dispone que «ningún estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». Nótese que no se alude a los tratos inhumanos o degradantes.

El punto de partida de esta doctrina se encuentra en la sentencia del caso *Soering v. United Kingdom* de 7 de julio de 1989⁵⁸. El Tribunal explica que el hecho de que la Convención contra la Tortura recoja la citada prohibición no significa que ésta no fuera ya inherente al artículo 3 CEDH (párrafo 88)⁵⁹. En consecuencia, afirma que «*la decisión de un estado contratante de extraditar a un fugitivo puede dar lugar a una cuestión en virtud del artículo 3 y por lo tanto, comprometer la responsabilidad del estado según el CEDH, cuando se hayan mostrado razones fundadas para creer que el interesado, si es extraditado, se enfrenta a un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes en el país solicitante*» (párrafo 91). De esta forma, amplía el círculo de tutela a los tratos inhumanos o degradantes, omitidos en la Convención.

En el supuesto enjuiciado, el demandante había cometido delitos de asesinato en el estado de Virginia, por lo que de concederse su extradición a Estados Unidos, se enfrentaba a una posible condena a pena de muerte. Pese a ello, el TEDH reconoce que «*la pena capital está permitida bajo ciertas condiciones por el artículo 2.1 CEDH*» (párrafo 101)⁶⁰. Sin embargo, las circunstancias que la acompañan pueden determinar la violación del artículo 3 CEDH⁶¹. En el caso del Sr. Soering concluye que, «*teniendo en cuenta el largo período de*

⁵⁸ El demandante, Jens Soering, de nacionalidad alemana, estaba detenido en Inglaterra a la espera de su extradición a Estados Unidos para ser juzgado por asesinato (párrafo 11). En el momento de los hechos, Jens y Elizabeth Haysom, estudiaban en Virginia, de donde escaparon, siendo detenidos en Inglaterra (párrafo 12). El demandante confesó el asesinato de los padres de Elizabeth por oponerse a su relación (párrafo 13). El Tribunal de Bonn solicitó su extradición al Reino Unido (párrafo 16). El Gobierno británico informó a las autoridades alemanas de que Estados Unidos había pedido la extradición (párrafo 19). El Fiscal americano certificó que en caso de ser condenado Jens Soering se remitiría al Juez una petición en nombre del Reino Unido para que la pena de muerte no se ejecutara. Pero, las autoridades de Virginia informaron al Reino Unido de que el Fiscal pretendía pedir la pena de muerte (párrafo 20). El Secretario de Estado acordó la entrega del demandante a Estados Unidos. Pese a ello, el solicitante no fue extraditado en virtud de las medidas cautelares adoptadas por el TEDH (párrafo 24).

⁵⁹ Se reitera que «el artículo 3 no prevé excepciones en virtud del artículo 15, ni en tiempo de guerra ni de otra emergencia nacional» (párrafo 88).

⁶⁰ Artículo 2.1: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena».

⁶¹ «La manera en que se impone o ejecuta, las circunstancias personales del condenado a muerte y una desproporción con la gravedad del delito cometido, así como las condiciones de detención en espera de ejecución, son ejemplos de factores capaces de llevar el tratamiento o castigo recibido por el condenado en la proscripción en virtud del artículo 3» (párrafo 104).

tiempo transcurrido en el corredor de la muerte en condiciones extremas..., y las circunstancias personales del solicitante, sobre todo su edad y estado mental, su extradición a Estados Unidos lo expondría a un riesgo real de tratamiento más allá del límite permitido por el artículo 3» (párrafo 111)⁶².

Así pues, antes de resolver la extradición, los estados miembros deben evaluar la situación en el país requirente y denegarla si existe riesgo de que la persona sufra torturas o malos tratos. Si no lo hace, el TEDH puede prohibir al estado requerido que la practique, bajo apercibimiento de infringir el artículo 3 CEDH, y en caso de haberse verificado ya los hechos abusivos, le impondrá una indemnización para el afectado. Esta interpretación peculiar de dicho precepto, forma parte de una teoría por la que ciertas prohibiciones del CEDH se traducen en una obligación positiva de investigación para los estados signatarios. Como razona el Tribunal, sólo de esta forma se pueden prevenir esas conductas prohibidas⁶³.

b) Falta de investigación oficial eficaz

El TEDH ha condenado también a los estados miembros por quebrantamiento del artículo 3 CEDH, por falta de una «*investigación oficial eficaz*» respecto a la existencia de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes. Como he apuntado, España ha sido sancionada en siete ocasiones.

La primera condena tuvo lugar en la sentencia dictada en el caso *Martínez Sala y otros contra España* de 2 de noviembre de 2004⁶⁴. El

⁶² Esos mismos argumentos se mantuvieron en el caso *Saady v. Italy* de 28 de febrero de 2008 (párrafos 125, 127, 134, 135 y 136), concluyendo que la decisión de Italia de deportar al demandante a Túnez quebrantaría la prohibición del artículo 3 CEDH si se llevara a cabo.

⁶³ Ampliamente, sobre el caso *Klein c. Rusia*, SCHNEIDER, J.: «La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de extradición a propósito del caso Klein c. Rusia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXI, n.º 91, 2010, págs. 65 y ss.

⁶⁴ El 29 de junio de 1992, poco antes de los Juegos Olímpicos de Barcelona, los quince demandantes, presuntos partidarios de un movimiento independentista catalán, fueron detenidos (párrafo 13). Estaban acusados de los delitos de pertenencia o colaboración con a banda armada, tenencia de explosivos, posesión ilegal de armas y terrorismo (párrafo 91). Tras presentar las denuncias de malos tratos, el Juzgado de Instrucción solicitó un informe al médico forense que examinó diariamente a los detenidos (párrafo 92). El Juez dictó sobreseimiento provisional porque, según esos dictámenes, no se apreciaron malos tratos. El recurso de reforma fue desestimado, añadiendo que era difícil identificar a los presuntos responsables, resolución que

Sr. Martínez Sala junto con otros catorce demandantes, denunciaban haber sufrido torturas durante su detención por pertenencia o colaboración con banda armada y terrorismo, entre otros delitos⁶⁵. La Corte, partiendo del canon de la prueba «más allá de toda duda razonable»⁶⁶, rechaza esta violación. En cambio, declara que sí ha habido una infracción del artículo 3 CEDH en su vertiente procesal (párrafo 60). El Tribunal «*considera que cuando una persona presenta una reclamación creíble de haber sufrido a manos de la policía u otros agentes del estado, un abuso grave contrario al artículo 3, esta disposición, combinada con el deber general de todo estado miembro establecido por el artículo 1 CEDH de asegurar «a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el CEDH», requiere la necesidad de que haya una investigación oficial efectiva. Dicha investigación, tomando como ejemplo la resultante del artículo 2⁶⁷, debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables»* (párrafo 156). En este supuesto, no está convencido de que esta indagación haya sido suficientemente exhaustiva y efectiva. El Tribunal destaca que el Juzgado de Instrucción se basó para rechazarlo, en la dificultad de identificar a los autores del abuso, siendo así que las quejas se referían a los agentes que interrogaron a los demandantes durante la detención (párrafo 159). En consecuencia, en virtud del artículo 41 CEDH impone a España una indemnización en favor de los recurrentes (párrafo 161).

En el caso *Iribarren Pinillos contra España* de 8 de enero de 2009, se volvió a sancionar a nuestro país por razones semejantes. El demandante fue gravemente lesionado por una bomba de humo arrojada por la policía durante una manifestación. El Tribunal Supremo

fue confirmada por la Audiencia Provincial (párrafo 93). El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo, señalando que no existe un derecho ilimitado a obtener la práctica de las pruebas solicitadas (párrafo 94).

⁶⁵ Los abusos alegados consistieron en golpes en la cabeza y la cara, privación de sueño y comida, y vendado de los ojos y de la cabeza, causando sensación de asfixia (párrafo 123).

⁶⁶ Las denuncias de malos tratos deben ser acreditadas ante la Corte mediante las correspondientes pruebas. En la elaboración de las mismas, el Tribunal adopta el estándar de la prueba «más allá de toda duda razonable»; tal evidencia todavía puede ser el resultado de un conjunto de pruebas o presunciones no refutadas suficientemente graves, precisas y concordantes (párrafo 122).

⁶⁷ En relación con esta norma el TEDH ha determinado que el estado tiene la obligación de realizar una investigación pública con examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en la que se ha cometido el homicidio. Véase, MARTÍ SÁNCHEZ, S./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J.: «Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis», en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 5, 2007, pág. 94.

anuló el resarcimiento concedido, atendiendo a la participación del afectado en las acciones ilegales, al considerar que la actuación de las Fuerzas de Seguridad no fue desproporcionada. El TEDH insiste en la necesidad de desplegar una investigación oficial que permita determinar con diligencia y celeridad tanto las circunstancias de la infracción, como los responsables⁶⁸. Por el contrario, en el proceso denunciado no se identificó al policía que lanzó el dispositivo (párrafo 51). A juicio de la Corte, el recurrente no estaba obligado a soportar por sí solo el efecto del impacto. Pese a ello, los Tribunales nacionales le negaron toda compensación, sin valorar la gravedad de sus lesiones, ni examinar si ese medio fue necesario y proporcionado (párrafo 56). El Tribunal de Estrasburgo declara violado el artículo 3, fijando una indemnización (párrafo 58).

En esa misma dirección se falló en el caso *San Argimiro Isasa contra España* de 28 de diciembre de 2010. El denunciante afirmaba haber sido víctima de malos tratos durante su detención por presuntos delitos de pertenencia a banda armada, terrorismo, tenencia de armas y tentativa de asesinato⁶⁹. Estuvo incomunicado durante cinco días, siendo interrogado por agentes de la Guardia Civil en presencia de un abogado nombrado de oficio y examinado diariamente por un médico forense⁷⁰. El asunto fue sobreesido en virtud de los informes y las declaraciones de los facultativos, al señalar que las lesiones observadas eran compatibles con las prácticas de la detención. Esta conclusión la hacían extensiva a la rotura de una costilla que apreciaron en el detenido tras su ingreso en prisión, pese a que

⁶⁸ «En el campo de los daños causados como resultado de sucesos ocurridos bajo la responsabilidad de los Gobiernos, inscribible en el artículo 3 CEDH, las autoridades competentes deben ejercer con diligencia y prontitud las acciones y movimientos necesarios para llevar a cabo investigaciones específicas, en primer lugar, para determinar las circunstancias en que se ha producido tal violación y el fallo en la aplicación del marco regulador y, en segundo lugar, para identificar los agentes u órganos del estado que participaron de alguna forma, en el desarrollo de los hechos» (párrafo 50).

⁶⁹ Golpes en la cabeza, sesiones de asfixia colocando un saco de plástico alrededor de la cabeza y humillaciones y vejaciones sexuales, amenazas de muerte y violación (párrafo 10).

⁷⁰ El día de la detención, el médico forense observó en el recurrente varias contusiones y hematomas, considerándolas compatibles con la detención (párrafo 7). En otro informe, constató nuevas lesiones menores, como hematomas superficiales en la cara y el hombro, sin explicar su posible origen (párrafo 8). Ante el Juzgado Central de Instrucción el denunciante declaró haber padecido malos tratos. Fue examinado por un médico forense, quien señaló que no había detectado ningún signo de violencia con un origen cronológico distinto al de las lesiones reflejadas en el primer informe (párrafo 9). Fue ingresado en el Centro penitenciario de Badajoz, donde el médico advirtió que tenía una costilla rota (párrafo 10).

en su historial no figuraba el informe médico preceptivo⁷¹. El TEDH reitera la necesidad de abrir una «*investigación oficial efectiva*» (párrafo 34). Pone de relieve que no se siguió el Protocolo del Ministerio de Justicia español, respecto a los exámenes médicos de detenidos⁷², al faltar el citado dictamen (párrafos 36 y 39). Asimismo, se desoyeron las recomendaciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa —CPT—⁷³, y en particular, la posibilidad de que los sometidos a incomunicación llamen a un médico de su elección, con carácter suplementario al designado por el Juez (párrafo 38). La Corte estima que estas lagunas, junto con los fallos sistemáticos comprobados por el CPT en sus visitas a España, debieron llevar a los Tribunales a investigaciones más profundas y efectivas (párrafos 40 y 41)⁷⁴. En consecuencia, declara violado el artículo 3 CEDH en su dimensión procesal (párrafo 45). Por el contrario, niega la infracción sustantiva de esta disposición. Señala que en caso de

⁷¹ Una vez interpuesto el recurso de apelación, el Juez de instrucción solicitó una aclaración del informe médico inicial en lo que concernía a la costilla rota (párrafo 15). El subdirector médico del centro penitenciario corroboró que el expediente del denunciante no contenía el informe médico obligatorio del momento del ingreso. No obstante, constató que en el expediente había una anotación sobre una fractura, sin constar la fecha en que se había producido (párrafo 16). El Juez ordenó un nuevo informe pericial, en el que el médico indicó que esa lesión se pudo producir durante la detención (párrafo 17). El Juez de Instrucción archivó el asunto (párrafo 18). La Audiencia Provincial subrayó que el tiempo transcurrido entre la detención y el primer examen médico fue muy corto, lo que confirmaba que las lesiones se habían producido en ese momento. Además, consideró que no era posible identificar a los agentes de la Guardia Civil que participaron en la detención, porque el demandante reconoció que no pudo ver sus caras. Añadió que los vídeos sobre la detención, suponiendo que existieran, serían insuficientes para demostrar que las lesiones no tuvieron lugar entonces (párrafo 19). Fue inadmitido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (párrafo 20).

⁷² El Protocolo de 16 de septiembre de 1997 indica que todo informe debe contener, al menos, los datos personales del detenido, el expediente médico, el reconocimiento médico y la evolución (párrafo 36).

⁷³ En concreto, los informes del Comité emitidos en los años 2000 y 2003, relativos a las visitas que una delegación de esta institución realizó a España en 1998 y 2001, respectivamente, así como en el informe de 2007 concerniente a la visita de 2005 (párrafo 37).

⁷⁴ El TEDH destaca que el sobreesimiento se basó en la dificultad de identificar a los presuntos autores de los abusos, siendo así que el demandante sostiene que no abandonó las dependencias durante la detención y los agentes de servicio podían ser identificables pidiendo los registros de ese período (párrafo 41). Además, la grabación de la detención pudo facilitar la identificación, pero se rechazó su admisión como prueba (párrafo 42). Por otra parte, el TEDH considera que las autoridades españolas debieron adoptar medidas para dilucidar la fecha y las circunstancias de la fractura de la costilla (párrafo 43).

sufrir el detenido lesiones durante la detención, corresponde a las autoridades dar una explicación satisfactoria y convincente (párrafo 58). Pese a todo, no puede establecer más allá de toda duda razonable el uso de una violencia desproporcionada (párrafos 65 y 66).

Una argumentación similar se manejó en el caso *Beristain Ukar contra España* de 8 de marzo de 2011⁷⁵. El solicitante fue detenido en San Sebastián por su presunta participación en altercados callejeros violentos (*kale borroka*) y afirmaba que tanto en ese momento, como durante su incomunicación fue objeto de malos tratos⁷⁶. La Corte entiende que las investigaciones no fueron bastante profundas ni eficaces. En su opinión, el interrogatorio de los agentes encargados del traslado y vigilancia del detenido, que éste solicitó, habrían podido contribuir al esclarecimiento de los hechos (párrafo 33). En conclusión, hubo violación del artículo 3 CEDH en su aspecto procesal (párrafo 34), imponiendo una compensación económica al estado (párrafo 48).

Una nueva condena a España, se acordó en el caso *B. S. contra España* de 24 de julio de 2012. La solicitud de tutela la presentaba una mujer negra que trabajaba en Palma de Mallorca como prostituta, alegando haber sido maltratada por varios agentes de la autoridad. El Jefe de policía de las Islas Baleares declaró que la demandante no pudo ser detenida, al salir huyendo, y negó los hechos imputados. Pese a estar los policías identificados nominalmente se archivó el proceso (párrafos 11 y 12), al no reconocer la recurrente a los funcionarios (párrafo 17). Posteriormente, presentó una segunda denuncia por un nuevo suceso, que tampoco prosperó al no constar la intervención policial y no poderse determinar el origen de las lesiones (párrafos 25 a 27). El Tribunal incide en la necesidad de practicar una investigación oficial eficaz⁷⁷ (párrafo 40) y pone de relieve

⁷⁵ El Tribunal insiste en la necesidad de que los estados realicen una investigación oficial eficaz, cuando se presente una denuncia seria de malos tratos. Si no fuera así, la prohibición legal de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica y sería posible, en algunos casos, que agentes del estado pisotearan los derechos de los sometidos a su control gozando casi de impunidad (párrafo 28). El artículo 3 no prevé restricciones, lo cual contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del CEDH y de los Protocolos y según el artículo 15, no sufre ninguna derogación, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación (artículo 38).

⁷⁶ Afirmaba que recibió golpes en la cabeza, se le colocó una bolsa de plástico en la cabeza provocándole asfixia, y fue objeto de humillaciones, vejaciones sexuales, amenazas de muerte y violación (párrafo 40).

⁷⁷ Sobre el concepto de investigación oficial eficaz, puede verse, VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V.: «Confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de

las irregularidades apreciadas, puesto que en la vista no se identificó a los policías implicados (párrafo 44)⁷⁸, y se rechazaron las periciales médicas que describían las lesiones, por no constar el origen de las mismas, ni la fecha de emisión del documento (párrafo 45). Se declara conculcado procesalmente el artículo 3 CEDH (párrafo 48), reconociendo una indemnización a la afectada (párrafo 64).

Poco después, el estado español fue sancionado otra vez, en la sentencia del caso *Otamendi Egiguren contra España* de 16 de octubre de 2012. El Sr. Eriguren fue detenido por presuntos delitos de pertenencia y colaboración con la organización terrorista ETA, cuando era director del diario *Euskaldunon Egunkaria*. En los informes médico-forenses se indicaba que no se había detectado ningún signo de violencia en el detenido⁷⁹. Ante la Audiencia Nacional narró los abusos (párrafo 10), pero se le negó una copia de la declaración atendiendo al secreto de la instrucción (párrafo 11). En el registro de la Guardia Civil no figuraba la detención del interesado en las fechas señaladas (párrafo 14). Tampoco se le proporcionó copia del video solicitado de sus declaraciones (párrafo 17). El TEDH se refiere a los informes del CPT donde se recogen los requisitos para que una investigación sea efectiva (párrafo 27)⁸⁰, reiterando la obligación de los estados en este sentido (párrafos 38 y 39). En consecuencia, confirma el incumplimiento de la obligación procesal derivada del artículo 3 CEDH (párrafo 42).

«investigación oficial eficaz» en el contexto de la prohibición de la tortura», en *Foro, Nueva época*, vol. 15, n.º 1, 2012, págs. 29 y ss.

⁷⁸ Se rechazó la petición de la demandante de realizar una rueda de reconocimiento detrás de un espejo sin azogar, debido al tiempo transcurrido desde los altercados, y a que los policías llevaban casco en ese momento, lo que haría muy difícil identificarlos (párrafo 44).

⁷⁹ Según ese informe el demandante alegaba que hubo de permanecer de pie la mayor parte del tiempo durante la detención, que fue obligado a realizar flexiones de rodillas y fue amenazado con sufrir la «tortura de la bolsa», causando sensación de asfixia al cubrir la cabeza. En otro informe posterior afirmaba haber sido desnudado y obligado a hacer centenares de flexiones durante los interrogatorios, haber recibido golpes en los órganos genitales y haber sentido un objeto metálico en la sien seguido de un disparo simulado. No obstante, se indicaba que el interesado «[estaba] consciente, orientado en tiempo y espacio, que [tenía un] lenguaje fluido» (párrafo 9).

⁸⁰ El informe del CPT de fecha 10 de julio del 2007 dirigido al Gobierno español, en relación con la visita de 2005, señalaba lo siguiente: el TEDH utiliza dos criterios para determinar si una investigación ha sido efectiva: la investigación debe permitir determinar si el recurso a la fuerza estaba o no justificado en las circunstancias concretas, y deben haberse tomado medidas razonables para asegurar la obtención de las pruebas relativas al incidente (párrafos 156 a 160).

En la reciente sentencia dictada en el caso *Etxebarria Caballero contra España* de 7 de octubre de 2014, se han manejado argumentos similares, declarando la infracción procedimental del artículo 3 CEDH, por faltar la debida «investigación oficial eficaz». El interesado fue detenido por su presunta pertenencia a la organización terrorista ETA, alegando malos tratos mientras se encontraba bajo custodia policial incomunicada. El TEDH reitera la importancia de adoptar medidas que incrementen la calidad de los exámenes médicos forenses, en el sentido de las recomendaciones del CPT. En cambio, niega la vulneración material del artículo 3 CEDH, por no resultar acreditados los presuntos malos tratos. Imputa la falta de pruebas de estos actos, en parte, a la falta de una averiguación profunda por parte de las autoridades españolas⁸¹.

Como vemos, en las sentencias del TEDH se ha consagrado una doctrina en virtud de la cual la interdicción de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes, no sólo conlleva el deber negativo de los empleados públicos de abstenerse de realizar esas conductas, sino también una «obligación positiva» de los estados⁸², que la Corte

⁸¹ El día de la detención, el 1 de marzo de 2011, la detenida fue examinada por un médico forense, advirtiendo contusiones compatibles con las maniobras de la detención. Sin embargo, la demandante declaró haber sido objeto de amenazas, gritos y maniobras de asfixia (párrafo 7). Durante la custodia en régimen de incomunicación, los informes médicos indicaron que no se habían apreciado rasgos de abusos (párrafo 8). La demandante alegó que se le puso hielo en el cuerpo desnudo, fue amenazada, asfixiada con una bolsa, y que se le obligó a ponerse a cuatro patas, siendo objeto de abusos sexuales (párrafo 9). Además, un agente de la Guardia Civil al que llamaban Comisario, la encerró en una habitación, y la golpeó y tocó (párrafo 10). El TEDH considera que no hubo una investigación oficial efectiva, reiterando la obligación de los estados de realizar indagaciones profundas dirigidas a averiguar los hechos e identificar a los culpables. La denunciante estuvo cinco días sin informar a una persona designada por ella de la detención, y sin poder llamar a un abogado (párrafos 43 y 44). Una vez denunciados los hechos, el Juzgado Central de Instrucción se limitó a examinar los informes médico forenses y una copia de la declaración de la detenida. En cambio, denegó el registro solicitado por la denunciante, de las cámaras de seguridad de los lugares donde estuvo detenida, así como la declaración de los agentes encargados de la detención. Tampoco se le realizó el examen psicológico y ginecológico solicitado (párrafo 47). Las diligencias practicadas fueron insuficientes (párrafo 47).

⁸² Respecto a las «obligaciones positivas» fijadas por el TEDH a partir del artículo 1 CEDH, puede verse, RUILOBA ALVARINO, J.: «La sentencia del TEDH en el asunto *Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004, crónica de una muerte anunciada», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, n.º 1, 2005, pág. 218; y, VIGANÓ, F.: «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista Jurídica*, vol. 1, n.º 28, 2012, págs. 42 y ss, (<http://revista.unicuritiba.edu.br>). En relación con la obligación positiva de investigación emanada del artículo 13 CEDH, que reconoce el derecho de toda persona que

infiere de la combinación del artículo 3 con el artículo 1 CEDH⁸³. Esta última norma dispone que los estados miembros «reconocen a las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en el Título I del presente Convenio». Sin embargo este reconocimiento ha sido interpretado por la Corte como un deber positivo de desplegar las actuaciones necesarias para esclarecer los hechos. Esto supone que si una persona presenta una reclamación fidedigna, el estado ha de promover una «investigación oficial efectiva» y esta obligación adquiere autonomía respecto al comportamiento abusivo.

La vulneración del artículo 3 CEDH y la consiguiente responsabilidad estatal puede producirse, pues, no sólo por extralimitaciones materiales o sustantivas, sino también por desatender su traducción procesal. La consecuencia de esta omisión es, en la medida en que ya no es posible borrar los vicios observados, la fijación por el TEDH de un resarcimiento económico que habrá de abonar el estado infractor al perjudicado.

El concepto de «investigación oficial eficaz» ha sido perfilado por el TEDH. Deben tomarse medidas razonables para asegurar la obtención de pruebas suficientes acerca del suceso. La Corte parte del estándar de la acreditación «más allá de toda duda razonable», si bien esta evidencia puede ser el resultado de un conjunto de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes. Esto significa que cuando se presenta una reclamación fiable sobre la existencia de tortura o malos tratos, las autoridades competentes deben promover con diligencia y prontitud las actuaciones necesarias para poner en práctica esa investigación, que ha de ser a la vez rápida y exhaustiva⁸⁴. A estos efectos, se han de adoptar acciones específicas, tanto para precisar las circunstancias del suceso, como para identificar a quienes participaron en el mismo. En particular, se ha de averiguar si el uso de la fuerza fue desproporcio-

haya visto vulnerados los derechos reconocidos en esta norma, a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas en el ejercicio de sus funciones oficiales, GIL Y GIL, A.: «Los crímenes de la guerra española: ¿responsabilidad del estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?», en *InDret*, 2012, págs. 9 y 10, (www.indret.com).

⁸³ Por ejemplo, en el caso *Savriddin Dzhurayev v. Russia* de 25 de abril de 2013, la Corte se refiere a la «obligación positiva» de las autoridades de hacer todo lo posible para proteger al demandante contra un riesgo real e inmediato de la traslado a Tayikistán, y sobre su «obligación procesal» de llevar a cabo una investigación exhaustiva sobre los hechos (párrafo 41).

⁸⁴ Pueden verse los casos *El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* de 13 de diciembre de 2012 (párrafo 183), y *Savriddin Dzhurayev v. Russia* de 25 de abril de 2013 (párrafo 188).

nado para la detención. Para este fin se han considerado adecuados, entre otros elementos, el testimonio de testigos, las pruebas forenses y el visionado de vídeos⁸⁵.

3.2.2. Violaciones sustantivas. El caso *Gäften v. Deutschland* de 1 de junio de 2010

En los últimos años se ha producido un cambio de rumbo en la línea jurisprudencial del TEDH, incrementándose sustancialmente las condenas a estados signatarios por la realización material de conductas de esta índole por autoridades o funcionarios públicos. Apuntaré algunos supuestos que me parecen significativos.

La primera condena se produjo en el caso *Aksoy v. Turkey* de 18 de diciembre de 1996⁸⁶. El TEDH afirmó la carga que compete al estado de justificar las lesiones padecidas por el sujeto durante la detención (artículo 61). Ante la falta de una explicación razonable, dio por probado que la parálisis sufrida en los brazos por el denunciante, presunto miembro del Partido de los Trabajadores del Kurdistan, había sido efectivamente causada por la denominada «horca palestina», practicada durante su custodia⁸⁷. Por lo tanto, se trababa de

⁸⁵ Además, en las resoluciones relativas a España el Tribunal de Estrasburgo corrobora las medidas recomendadas por el CPT para las personas detenidas en régimen de incomunicación: deben poder ser examinadas por un médico de su elección, y en todo caso por uno forense, remitiendo los informes al Juez; comunicar su detención a la persona que designen, tan pronto sea posible y no más tarde de cuarenta y ocho horas; entrevistarse con un abogado en privado en cuanto se produzca la detención; y ser informadas de su situación jurídica y de sus derechos. Se debe prohibir expresamente vender los ojos al detenido o ponerle pasamontañas, obligarle a realizar ejercicios físicos, o a permanecer de pie de manera prolongada. Además, es necesario establecer reglas claras acerca de los interrogatorios, y mejorar la gestión de los registros relativos a los detenidos. Asimismo, se ha de modificar la legislación para impedir la aplicación a los menores del régimen de incomunicación. Se indica que las personas sujetas al artículo 520 *bis* LECrim tendrían que comparecer ante el Juez antes de acordar la prórroga de la detención más allá de las setenta y dos horas. Se sugiere que el Consejo General del Poder Judicial promueva una postura más activa de los órganos judiciales en cuanto a los poderes de vigilancia que les otorga el apartado 3 del artículo 520 *bis* LECrim. También se exhorta a adoptar medidas apropiadas para la grabación en video de las detenciones incomunicadas. Informes del CPT de 13 de marzo del 2003, y de 25 de marzo de 2011, sobre las visitas a España en 2001 y 2007, respectivamente.

⁸⁶ SCHNEIDER, J.: «La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de extradición a propósito del caso Klein c. Rusia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., pág. 76.

⁸⁷ Según el demandante, el día de la detención los policías lo desnudaron, le ataron las manos a la espalda, le colgaron por los brazos y le conectaron electrodos

una conducta constitutiva de tortura, incardinándola en el artículo 3 CEDH (párrafo 64).

En el caso *Nevmerzhitsky v. Ukraine* de 5 de abril de 2005 se condenó al estado por las condiciones en las que realizó la alimentación forzosa del denunciante mientras estaba en huelga de hambre en un centro penitenciario. La Corte recuerda que una medida necesaria desde el punto de vista terapéutico, conforme a las reglas de la medicina no puede en principio considerarse como inhumana y degradante. Sin embargo, la manera en que se obligó al interno a ingerir alimentos debe reputarse tortura⁸⁸, dado que el Gobierno no justificó la necesidad médica (párrafo 98).

En el caso *Savridin Dzhurayev v. Russia* de 25 de abril de 2013, Rusia fue sancionada por varios motivos⁸⁹: primero, por no haber protegido al demandante frente a la violación de los derechos reconocidos en el CEDH, pues, por una parte, concedió su extradición pese a existir un peligro serio de sufrir torturas⁹⁰, y, por otra, no evitó su secuestro y traslado forzoso a Tayikistán, aun cuando las autoridades de Moscú estaban al tanto del peligro de que esto sucediera⁹¹. Segundo, por falta de investigación eficaz de los hechos. Y, tercero, por participación activa u omisiva de agentes estatales en las torturas. La extradición se basó en la acusación pendiente en Tayikistán por pertenencia a organización terrorista, junto a la carta remitida por el Fiscal de ese país donde se afirmaba que el procesado no sería objeto de malos tratos. Durante su deportación fue sometido a torturas⁹², al igual que en el territorio de Tayikistán. Pese a ello, las autoridades rusas se negaron a abrir una investigación penal⁹³.

en los genitales, manteniéndole con los ojos vendados durante esta tortura, que se prolongó unos treinta y cinco minutos. Durante los siguientes dos días, fue presuntamente golpeado repetidamente en intervalos de dos horas o media hora (párrafo 14).

⁸⁸ El denunciante alegaba que fue alimentado por otros internos y no por personal médico, fue atado a una silla y obligado a comer de un tubo conectado a una fuente de abastecimiento (párrafo 90).

⁸⁹ Párrafo 205.

⁹⁰ Según revelaban los informes de la ONU sobre la tortura en Tayikistán y los de Amnistía Internacional (párrafos 104 y 107).

⁹¹ Párrafo 183.

⁹² El demandante fue detenido e introducido en una furgoneta (párrafo 38), donde estuvo día y medio, siendo golpeado y amenazado de muerte (párrafo 39). En el aeropuerto de Moscú, fue entregado a una patrulla de Tayikistán, que le obligó a montar en un avión (párrafo 40). A su llegada a ese país fue entregado a las autoridades (párrafo 41).

⁹³ Párrafos 56 a 63, y 186 a 196.

En el caso *Svinarenko & Slyadnev v. Russia* de 17 de julio de 2014, se aplicó una nueva sanción a este país por tortura. Los solicitantes narraron su confinamiento en una jaula de metal en la sala de vistas ante un Tribunal⁹⁴. El Gobierno argumentó que se había decidido así en interés de la seguridad pública y de conformidad con la legislación interna⁹⁵. La Corte considera que ese hecho constituye una afrenta a la dignidad humana, absolutamente contraria al artículo 3 CEDH⁹⁶.

Pero hay un suceso paradigmático, que avivó la polémica en Alemania y en otros países europeos, en torno a los límites de la prohibición de tortura del artículo 3 CEDH, y la posibilidad de invalidar esta norma en situaciones extremas. Me refiero a la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH, en el caso *Gäften v. Germany* de 1 de junio de 2010 (caso «Daschner»). El demandante secuestró a un niño de once años al que asfixió, escondiendo el cadáver en un estanque. Cobró el rescate y poco después fue detenido. El Sr. Daschner, jefe adjunto de la policía de Frankfurt, ordenó a otro oficial, el Sr. Ennigkeit, que amenazara al secuestrador con hacerle sufrir, y, si era necesario, le causara dolor con el fin de que revelara el paradero del niño. Este oficial le advirtió que si no confesaba, lo entregaría a una persona adiestrada que le produciría un fuerte dolor, y lo encerraría en una celda con dos hombres negros enormes que abusarían sexualmente de él. Finalmente, el denunciante reveló el lugar donde se encontraba la víctima. El Sr. Daschner declaró que pensaba que el niño estaba vivo y que su vida corría peligro, por la falta de alimento y la temperatura exterior, por lo que ordenó amenazar al detenido con el propósito de salvar al menor⁹⁷.

El Tribunal alemán dio por probado que el Sr. Ennigkeit usó métodos de interrogatorio prohibidos. En consecuencia, rechazó como prueba las declaraciones efectuadas por el culpable como consecuencia de esos actos ilegales (*Beweisverwertungsverbot*)⁹⁸, abar-

⁹⁴ Párrafos 84, 100 y 125.

⁹⁵ Párrafo 95. Los denunciantes tenían antecedentes de crímenes violentos cometidos por grupos organizados, por robo, y por intento de violación de una menor (párrafo 96).

⁹⁶ Párrafos 138 y 139.

⁹⁷ Párrafos 10 a 21.

⁹⁸ La Audiencia de Frankfurt condenó tanto al jefe de policía que ordenó las coacciones, como al policía que las efectuó, aduciendo lo siguiente: «no hay causa de justificación de las coacciones... Las normas de policía del estado de Hessen no admiten el uso de la violencia, sino que la prohíben. El deber del estado de proteger la vida ha de observarse con arreglo a la ley. La colisión entre el deber de la policía de obtener información y el derecho a no declarar del culpable ha sido resuelto legal-

cando no sólo las vertidas inmediatamente después de la amenaza, sino todas las adicionales que realizó a partir de ese momento. Sin embargo, admitió ciertas pruebas, como el cadáver del niño, que las autoridades habían conocido gracias a las confesiones obtenidas ilícitamente del solicitante. El órgano judicial ponderó los intereses en conflicto: *«hay que valorar la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales del acusado —en el presente caso, la amenaza de violencia física— y la gravedad del delito por el que se acusaba y que hubo de ser investigado —el asesinato consumado de un niño— y ello hace que en este caso resulte desproporcionado excluir una prueba conocida a raíz de la declaración del acusado —el descubrimiento del niño muerto y los resultados de la autopsia—»*⁹⁹. El imputado fue condenado por asesinato y secuestro, a cadena perpetua¹⁰⁰.

En el procedimiento contra los agentes responsables, el Tribunal rechazó la defensa basada en la «necesidad» del uso de las amenazas, alegando que ese método vulneraba la dignidad humana, consagrada en los artículos 1 y 104 § 1 de la Ley Fundamental, y en el artículo 3 CEDH¹⁰¹. *«La protección de la dignidad humana es absoluta, sin que admita ninguna excepción o equilibrio de intereses»*¹⁰².

mente... Esto significa que no puede conseguirse legalmente la información amenazando con causar dolor ni siquiera para la defensa frente a peligros inminentes... El respeto a la dignidad humana es el fundamento del Estado de Derecho. De manera plenamente consciente el legislador situó este fundamento al principio de la Ley Fundamental. Por el contrario, el derecho a la vida y a la integridad corporal se halla, por primera vez, previsto en el párrafo segundo del artículo 2. La razón de ser se encuentra en la historia del estado...». Puede verse un comentario a esta sentencia en, GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M.: «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia intolerable», en GARCÍA VALDÉS, C. /VALLE MARISCAL DE GANTE, M./CUERDA RIEZU, R./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁZER GUIRAO, R. (Coord.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 950 y ss.

⁹⁹ Párrafos 29 a 31.

¹⁰⁰ Párrafo 33. El Tribunal Constitucional argumentó que el defecto de forma por utilizar medios de investigación prohibidos se subsanó al inadmitir las declaraciones. Tal prohibición está prescrita en el artículo 136 bis § 3 StPO. En cambio, las circunstancias en que las irregularidades procesales pueden conllevar la anulación del proceso penal no se prevén en la ley, por lo que el demandante no justificó esta consecuencia. Además, debió plantear su queja ante el Tribunal Federal (párrafos 41 a 45).

¹⁰¹ El Tribunal rechazó la posibilidad de aplicar tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, incluso aunque la amenaza fuera el único medio de salvar al niño, puesto que las autoridades han de actuar dentro de los límites autorizados al estado por la ley. MAXEINER, J.: *Rettingsfolter («Rescue Torture»): Report on the Gäfgen v. Germany Case*, 2006, (<http://www.ssrn.com>).

¹⁰² Párrafo 48.

La Gran Sala del TEDH señala que el artículo 3 CEDH consagra uno de los valores esenciales de las sociedades democráticas y que no admite excepciones, ni siquiera en las circunstancias más arduas, como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, sin que a estos efectos sea relevante la naturaleza de la infracción presuntamente cometida.

Además, recuerda que la Corte ha apreciado tratamiento «inhumano», entre otros casos, cuando fue premeditado, se aplicó durante horas de un modo continuado y causó lesiones corporales, con intenso sufrimiento físico y mental. Y «degradante», cuando pretendía despertar en sus víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaces de humillar, degradar y romper su resistencia física o moral, o cuando perseguía hacer que la víctima actuara en contra de su voluntad o de su conciencia.

Por otra parte, al tratar de la distinción respecto a los tratos inhumanos o degradantes alude ya a la necesidad de que concorra una finalidad específica para que exista tortura: «*además de la severidad del tratamiento, hay un elemento deliberado en la tortura, como se reconoce en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes o Castigos, que en su artículo 1 define la tortura en cuanto a la imposición intencional de dolor o sufrimientos graves, con el objetivo, entre otras cosas, de la obtención de información, infligiendo castigo o intimidación*»¹⁰³.

Por último, denota que para verificar si hubo una investigación exhaustiva y eficaz, son datos indicativos, la rapidez y expedición de las autoridades, el resultado de las investigaciones y procesos penales, la sanción y las medidas disciplinarias adoptadas. En lo que hace a estos aspectos, la Gran Sala reprocha a los Tribunales germanos la imposición a los condenados de una modesta pena de multa, que además fue suspendida¹⁰⁴. Señala que la reparación completa habría conllevado la exclusión de todas las pruebas obtenidas de forma contraria al artículo 3 CEDH. En consecuencia, considera que el estado alemán no proporcionó al afectado una restitución suficiente y le impone el pago de una suma económica para el denunciante¹⁰⁵.

¹⁰³ Párrafos 87 a 90. El Tribunal recuerda que amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos, tratamiento inhumano (párrafo 91).

¹⁰⁴ Párrafos 121 a 123. Se aplicó la pena de multa a los dos condenados, en lugar de prisión, en virtud de las causas de atenuación. MAXEINER, J.: *Rettungsfolter* («Rescue Torture»): *Report on the Gäften v. Germany Case*, 2006, (<http://www.ssrn.com>).

¹⁰⁵ Párrafos 128 a 132.

Estas resoluciones sirven para completar el concepto de tortura a los efectos del artículo 3 CEDH. Junto a la especial gravedad y crueldad del sufrimiento físico o psíquico dolosamente causado, es necesario que el autor obre con una concreta finalidad, consistente en alguna de las indicadas en la citada Convención. Estos objetivos pueden advertirse en los supuestos seleccionados de condenas por acciones materiales de tortura, aunque su presencia suscita algunas dudas en algún caso, como sucede con la retención de un acusado en una jaula durante su declaración en sede judicial. De todos modos, no es descartable que en la decisión de utilizarla hubiese un componente retributivo junto al de seguridad que adujeron las autoridades nacionales, además de tratar de asegurar la declaración.

De otra parte, a la luz de la última sentencia queda absolutamente desterrada la graduación de bienes en conflicto que permita sacrificar la dignidad en aras de otro valor presuntamente superior como la vida. En opinión de la Gran Sala del TEDH, en el marco del artículo 3 CEDH no tiene cabida esa suerte de ponderación en ninguna situación que se pueda vivir en los estados miembros. Como muestra cita el terrorismo o la delincuencia organizada, que usualmente encarnan la criminalidad más atroz, pero en el último proceso se hace patente que ese rechazo contundente es igualmente aplicable a otros delitos contra bienes jurídicos personalísimos.

IV. ¿Queda algún resquicio para la «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*)¹⁰⁶?

4.1. *El resurgimiento del debate en torno al polémico ejemplo de Luhmann*

Es ya un tópico comenzar las reflexiones sobre las cuestiones más variopintas de Derecho penal, aludiendo al giro que supuso en la política criminal mundial el suceso del «11 S», acentuado en nuestro país por el atentado del 11 de marzo de 2004, que dejó cifras de ciento noventa y dos muertos y mil ochocientos noventa personas heridas. Desde luego, hechos de tal envergadura en tiempos de democracia habían de minar la mentalidad colectiva y generar un

¹⁰⁶ Sobre el origen de este término, HILGENDORF, H.: «Folter im Rechtsstaat?», en *JuristenZeitung*, n.º 7, 2004, pág. 331.

clima comprensible de inseguridad¹⁰⁷, junto a las legítimas aspiraciones de obtener de los gobiernos, elegidos para gestionar los asuntos públicos y procurar el bienestar social, mecanismos de protección reforzados frente a quienes traspasan la barrera de la delincuencia que se considera *normal* incluso en un Estado de Derecho¹⁰⁸. El problema, que en realidad sólo advertimos con crudeza en el ámbito académico, es la traducción de esas demandas sociales que han hecho, principalmente los gobernantes, pero también célebres juristas que abogan por instaurar un Derecho penal *sui generis* con menores garantías para determinados infractores¹⁰⁹. La política de «tolerancia cero»¹¹⁰ que nació como una táctica frente a la pequeña delincuencia

¹⁰⁷ Como dice Pérez Cepeda, el sentimiento de «excepcionalidad permanente» se ha instalado de nuevo en la conciencia colectiva. PÉREZ CEPEDA, A. I.: «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal», en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. M./SOUTO GARCÍA, E. M. (Coord.): *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 95 y 96.

¹⁰⁸ Señala Bernal del Castillo que el incremento de la percepción del valor positivo de la seguridad tiene un efecto político criminal importante. Las sociedades desarrolladas exigen del estado una mayor intervención para garantizar de forma sostenible ese *status* social de bienestar personal de cada uno de los ciudadanos (seguridad integral definida como la ausencia casi total del riesgo). En este marco la delincuencia se percibe como una amenaza al elevado grado de bienestar y al desarrollo social y económico. BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2013, pág. 269.

¹⁰⁹ Como señala Muñoz Conde, en el ámbito académico se han formulado nuevas tesis, que aun asumiendo, aparentemente, el modelo del Estado de Derecho, consideran que en determinadas situaciones o para determinadas personas, debe volverse al viejo Derecho penal «autoritario» que es el único capaz de asegurar la «seguridad cognitiva» de nuestro sistema social, político, jurídico y económico, frente a los que viven al margen de él o quieren destruirlo. Estas tendencias, en realidad, no son nuevas, sino que con nuevos nombres resucitan viejas posiciones autoritarias ya superadas. MUÑOZ CONDE, F.: «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo», en CAMPO MORENO, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128, 2007, pág. 2.

¹¹⁰ La teoría de la «Tolerancia Cero» la aplicó por primera vez William Bratton, jefe de la policía municipal de Nueva York, permitiendo perseguir duramente a la pequeña delincuencia y expulsar a los vagabundos. Para ello, partió de la teoría de la «ventana rota» elaborada por James Q. Wilson y George Kelling en 1992, según la cual combatiendo los pequeños desórdenes habituales se consigue evitar las graves patologías criminales. Tomando como base esta idea, Bratton modificó la forma de actuación policial, actuando frente a mendigos y pequeños infractores, mediante tres técnicas: aumento de efectivos policiales, atribución de nuevas competencias a los policías responsables de cada barrio, e implantación de un sistema informático para garantizar la rápida asistencia. WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2004, págs. 28 y 29. Sobre las estrategias actuales de la

y los grupos marginales¹¹¹, ha sido el *leitmotiv* de las principales reformas en materia penal de los últimos años, no sólo en el Derecho anglosajón sino también en el continental. En el consagrado como «Derecho penal de la seguridad», fruto de esas iniciativas, pasan a un segundo plano la libertad y las garantías heredadas del modelo liberal¹¹² y se busca ante todo dar respuesta a esas demandas ciudadanas de dureza frente a la delincuencia¹¹³.

policía norteamericana puede verse, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 2012, págs. 469 y ss.

¹¹¹ Este modelo ha sido criticado, en tanto se criminaliza a la clase pobre, buscando un mensaje de tranquilidad dirigido a las clases medias y altas, con mayor presencia en los procesos electorales. Al respecto, BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: «Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas», en FARALDO CABANA, P. (Dir.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, (www.prisonobservatory.org); y, MAQUEDA ABREU, M. L.: «La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 449 y ss.

¹¹² Sobre las razones del descrédito actual del Derecho, es de interés, VIVES ANTON, T. S., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 21 y ss.

¹¹³ Véanse, entre otros, BIELEFELDT, H.: «Das Folterverbot im Rechtsstaat», en *Policy Paper*, n.º 4, 2004, págs. 4 y ss, (www.institut-fuer-menschenrechte.de); BORJA JIMÉNEZ, E.: *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2009, págs. 43 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Seguridad ciudadana y seguridad jurídica», en PÉREZ ÁLVAREZ, F./NÚÑEZ PAZ, M. A./GARCÍA ÁLVAREZ, I (Coord.): «*Universitas vitae*». Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, págs. 93 y ss; Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, (<http://criminet.ugr.es/recpc>); Díez RIPOLLÉS, J. L.: «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005, (<http://criminet.ugr.es/recpc>); FARALDO CABANA, P. (Dir.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, (www.prisonobservatory.org); GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal», *Revista Xurídica Galega*, n.º 38, 2003, págs. 19 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Lección Inaugural del Curso 2005/2006, Universitat Jaume I de Castellón, págs. 4 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al Derecho, a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad», en CAMPO MORENO, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas», en *Estudios de Derecho Judicial*, cit., pág. 161; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Tecnocrimen», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, cit., pág. 207; GRACIA MARTÍN, L.: «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profe-*

Pues bien, ese nuevo paradigma ha llevado a mitigar la repulsa social hacia la tortura y a concebirla incluso como una vía legítima para luchar contra los *enemigos* del sistema, especialmente los terroristas¹¹⁴. En un artículo publicado el 5 de noviembre de 2001 en el diario *Newsweek*, titulado «Es tiempo de pensar en la tortura», Jonathan Alter, conocido liberal, afirmaba, «en este otoño de la ira incluso un liberal puede sorprenderse, puesto que sus ideas en el fondo conducen hacia la tortura». Asimismo, un reputado Juez manifestaba, «la Constitución no es un pacto de suicidio». En este escenario se aprobaba poco después la «USA Patriot Act» de 2001, que permite la detención indefinida de cualquier persona sospechosa de realizar actividades peligrosas para la seguridad nacional¹¹⁵.

También en Europa se ha retomado el discurso iniciado por LUHMANN sobre la legitimidad de practicar la tortura en situaciones

sor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 879 y ss; HASSEMER, W.: «Líneas de desarrollo del Derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 377; KEMSHALL, H./WOOD, J.: «High-risk offenders and the public protection», en GELSTHORPE, L./MORGAN, R.: *Handbook of probation*, Willan Publishing, United Kingdom, 2007, págs. 381 y ss; MAGUIRE, M./MORGAN, R./REINER, R.: *The Oxford Handbook of Criminology*, University Press, Oxford, United Kingdom, 2012, págs. 897 y ss; MAQUEDA ABREU, M. L.: «Políticas de seguridad y Estado de Derecho», en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, págs. 1287 y ss; MAQUEDA ABREU, M. L.: «La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, cit., Madrid, 2008, págs. 449 y ss; MEIER, H.: «Darf der Staat ausnahmsweise Foltern?», en *Forum Justizgeschichte*, NDR 4 / Forum 4- Essay, (www.forumjustizgeschichte.de); MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 25 y ss; NAVARRO CARDOSO, F.: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad», en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, cit., pág. 1322; NELLIS, M.: «Dim prospects: humanistic values and the fate of community service», en WINSTONE, J./PAKES, F.: *Community Justice*, Willan Publishing, United Kingdom, 2005, págs. 33 y ss; y, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 20 y ss.

¹¹⁴ Ese cambio de paradigma ha supuesto el paso de la mera prevención a la proactividad. Ampliamente, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Ciberamenazas a la seguridad nacional», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, cit., págs. 161 y ss; y, KAI AMBOS, E.: *El Derecho penal frente a amenazas extremas*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 22 y ss.

¹¹⁵ En Gran Bretaña se aprobó también la «*Antiterrorism Crime and Security Act*» de 2001, que inicialmente, en la Parte 4, permitía al Ministro del Interior detener indefinidamente a un ciudadano no británico sospechoso de terrorismo. Sin embargo, el Tribunal Superior de Apelaciones (*Lords of Appeal in Ordinary —Law Lords-*), en sentencia de 16 de diciembre de 2004, resolvió que esa disposición era contraria al CEDH. La medida fue abolida por la «*Prevention of Terrorism Act*» de 2005.

extremas¹¹⁶. Hemos visto que tanto la el artículo 15 CE, como el artículo 3 CEDH la excluyen rotundamente, y por si quedara alguna duda el Tribunal Constitucional y el TEDH no sólo han rechazado cualquier posible excepción, sino que han resaltado el eminente valor de los derechos fundamentales afectados y de las garantías procesales que han de rodear a la investigación de estas conductas. Pero, precisamente el debate sobre esa posible justificación discurre por un camino periférico al ordenamiento jurídico, de suerte que lo que se plantea es si en algún caso se pueden soslayar esas normas que prohíben la tortura. No en vano, esta cuestión surgió en Alemania, donde esa proscripción no se recoge de un modo tan categórico como en otros ordenamientos, si bien el § 104 de la Ley Fundamental dispone que «las personas detenidas no pueden ser maltratadas psíquica ni corporalmente» y reconoce la inviolabilidad de la dignidad humana en el artículo 1, situándola en un lugar preeminente sobre todos los derechos constitucionales, incluidas la vida y la integridad. Sin embargo, en el Código penal no se tipifica una conducta similar a la del artículo 1 de la Convención europea, sancionándose la coacción para obtener una declaración en el proceso penal (§ 343 StGB)¹¹⁷, junto a los tipos comunes de lesiones (§§ 223 y ss y 340 StGB), y coacciones (§ 240 StGB)¹¹⁸.

Pese a todo, en este tema se ha abierto una brecha entre el Derecho norteamericano¹¹⁹, y el continental, aunque con ciertas sombras, como se advirtió en los denominados «vuelos de la CIA» estadounidenses, donde se transportaba a sospechosos de terrorismo secuestrados en terceros países, para encerrarlos en cárceles secretas, sometiénolos a torturas. Según un informe del Consejo

¹¹⁶ Como destaca Molina Fernández, se ha retomado el tema relativo a la justificación de la tortura en países donde se había abandonado hace tiempo. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 265 y ss.

¹¹⁷ El § 343 StGB establece que «el que como funcionario, que está llamado a la colaboración en el proceso penal, maltrate a otro corporalmente, o ejerza sobre él violencia..., para coaccionarlo o aclarar algo en el proceso...», será castigado con pena privativa de libertad de uno a diez años; en casos menos graves, con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. Además, el § 357 StGB dispone que «un superior, que determina a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo..., merece la pena con la que se conmina este hecho antijurídico». Véase, ROXÍN, C.: «¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 83, 2004, pág. 24.

¹¹⁸ HILGENDORF, E.: «Folter im Rechtsstaat?», en *JuristenZeitung*, cit., pág. 334.

¹¹⁹ En el Derecho norteamericano se ha mantenido una discusión semejante, en torno a las llamadas «*ticking time bomb situations*», a las que luego me referiré.

de Europa, algunos países europeos albergaron prisiones y un número muy elevado colaboró en las «*extraordinary renditions*» (entregas extraordinarias), entre ellos España. No obstante, en 2007 la Fiscalía alemana ordenó la detención de trece agentes de la CIA implicados en dichas operaciones, cuando varios de esos aviones aterrizaron en suelo germano, juzgándolos por detenciones ilegales y coacciones¹²⁰.

Pues bien, en Alemania la posibilidad de privar de derechos a ciertos detenidos parte de la tesis de JAKOBS. Como es sabido, este autor propone la instauración de una legislación excepcional para determinadas categorías de delincuentes, a la que denomina «Derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*)¹²¹, contraponiéndola al «Derecho penal del ciudadano» (*Bürgerstrafrecht*). Mientras en este ordenamiento se trata a los autores de un delito de acuerdo con el principio de culpabilidad¹²², como miembros de la sociedad, el «Derecho penal del enemigo» se aplica a un grupo de individuos, a los que se considera enemigos de la sociedad y que, por lo tanto, no merecen ser titulares de derechos. A juicio de JAKOBS, este régimen debería aplicarse a sujetos que se comportan de manera esencialmente contraria al ordenamiento jurídico, por lo que respecto a ellos no es posible constituir una sociedad. En este sentido, destaca que los terroristas y otras personas que se oponen de modo extremo al ordenamiento, no pueden ser combatidos por medio del Derecho penal¹²³, porque a través de él se somete al estado a un vínculo, que implica la necesidad de respetar al autor del delito como persona. En cambio, las expectativas de conducta personal general de un terrorista no sólo no justifican ese trato, sino que lo hacen sencillamente inapropiado¹²⁴.

¹²⁰ Puede leerse un comentario en, MÜLLER-NEUHOF, H.: «Ein Tabu wird gebrochen», en el Diario Der Tagesspiegel-Politik, de 6 de diciembre de 2005, (<http://www.tagesspiegel.de>).

¹²¹ JAKOBS, G.: «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en *Aufsätze und Urteilsanmerkungen*, Universität Dusseldorf, vol. 3, 2004, pág. 88.

¹²² JAKOBS, G.: «El principio de culpabilidad», (traducido por M. Cancio Meliá), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45, 1992, pág. 1051 y ss.

¹²³ JAKOBS, G.: «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en *Aufsätze und Urteilsanmerkungen*, cit., pág. 92.

¹²⁴ JAKOBS, G.: «Kriminalisierung im Vorgeld einer Rechtsgutsverletzung», en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, págs. 751 y ss; y, JAKOBS, G.: «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, vol. 101, 1989, págs. 516 y ss.

Según este modelo, si el estado debe tratar a su «enemigo» como una no-persona, con la que no puede tener nexos legales, la prohibición de torturar pierde su base jurídica¹²⁵.

No obstante en cuanto a la tortura fue clave la discusión generada a raíz del polémico supuesto de la «bomba con temporizador» planteado por NIKLAS LUHMANN¹²⁶. En 1992 este profesor, junto con el también sociólogo BIELEFELDER, pronunciaron una conferencia en la Universidad de Heidelberg bajo el título: «¿Existen en nuestra sociedad todavía normas irrenunciables?» LUHMANN abrió su intervención planteando al auditorio la siguiente cuestión: «imagine usted ser un oficial de policía de alto rango. En su país hay muchos terroristas, sean de izquierdas o de derechas, asesinatos todos los días, incendios premeditados, sufriendo agresiones y daños muchas personas inocentes. Usted ha capturado al líder de uno de estos grupos. Si lo torturara, probablemente podría salvar la vida de muchas personas, diez, cien, mil. ¿Lo haría? En Alemania la respuesta parece simple. Se observa que la Ley Fundamental, en su artículo 1, establece que la dignidad humana debe respetarse, sin que quepa excepción». Al final de su ponencia concluía: «uno por lo tanto, podría considerar la siguiente solución legal, a pesar de todas las objeciones legalistas derivadas de dicho precepto: la aprobación de la tortura a través de Tribunales internacionales, que podrían supervisar por televisión la escena desde Ginebra y Luxemburgo, controlando la situación remotamente. En general, esta respuesta no es plenamente satisfactoria, pero es peor no hacer nada y permitir el sacrificio de inocentes por fanáticos terroristas».

Con este tono irónico, LUHMANN ponía de relieve que se trata de un conflicto que no puede resolver el Derecho, y en particular el ordenamiento alemán, puesto que la Ley Fundamental proclama la inviolabilidad de la dignidad humana. Pese a ello, en su opinión, se debía aceptar la tortura como un mal menor en situaciones límite.

Más tarde, WINFRIED BRUGGER, profesor de Derecho público y filosofía jurídica de la Universidad de Heidelberg, quiso reforzar este planeamiento teórico con datos empíricos¹²⁷. Para ello planteó

¹²⁵ BIELEFELDT, H.: «Das Folterverbot im Rechtsstaat», en *Policy Paper*, cit., pág. 9.

¹²⁶ MEIER, H.: «Darf der Staat ausnahmsweise Foltern?», en *Forum Justizgeschichte*, NDR 4 / Forum 4- Essay, (www.forumjustizgeschichte.de).

¹²⁷ Brugger reprochó a Luhmann el tono mordaz de su discurso: «la ironía en las palabras de Luhmann no hay que pasarla por alto. Pero es el tipo de ironía que sólo puede permitirse quien no tiene que tratar con la gente real, los delincuentes y las víctimas. Un jurista debería plantearse estos casos concretos y resolverlos adecuadamente».

a casi doscientos alumnos, como examen final, el siguiente caso práctico: «el supuesto sucede en la ciudad natal del lector. Ésta se ve amenazada por un terrorista que ha escondido una bomba química mortal y reclama dinero para desactivarla. Al ir a recoger el rescate, es capturado por la policía y puesto bajo custodia. El chantajista le dice al oficial de modo fehaciente que ha activado el detonador de la bomba antes de ir a por el dinero. El artefacto explotará en cinco horas y matará a todos los habitantes de la ciudad y sus alrededores; esto sería una manera dolorosa de morir, la peor tortura en contra de nadie. A pesar de los requerimientos el detenido no dice donde oculta la bomba. Las amenazas que se le hacen, y todos los medios permitidos de coerción no ayudan en nada. El chantajista exige una gran suma económica, su propia liberación y la de otros camaradas políticos legalmente condenados, y también un avión con tripulación. Una vez en el aire, revelará el escondite del explosivo y el modo de desactivarlo. Como medida de seguridad solicita que se pongan a su disposición en calidad de rehenes diez ciudadanos. La policía cree que, por razones de hecho y de Derecho, no se pueden cumplir estas exigencias, y sólo encuentra un medio de eliminar el peligro: la «extracción» de la información sobre la localización de la bomba, utilizando la violencia si es necesario. ¿Puede?»¹²⁸.

Casi dos tercios de los alumnos respondieron afirmativamente. BRUGGER respaldaba esta postura, planteando la tortura en circunstancias excepcionales como un auténtico deber del estado y un supuesto de legítima defensa de terceros¹²⁹. «El legalismo formal que supone el cumplimiento estricto de la prohibición de la tortura, es manifiestamente injusto en algunos casos, e incluso intolerable». «La clara redacción de la ley, que no permite la excepción en ningún supuesto es inaceptable y absurda». Además, añade que «con respecto a otras normas, la igualdad de derechos supone una contradicción». Recurre a un ejemplo para poner de relieve el «error de calificación» en que incurre el legislador al resolver situaciones dispares: «un policía puede disparar a un ladrón de bancos que amenaza la vida de un grupo de rehenes, si es necesario, y, por otro lado, debe tratar con guantes de seda a quien coloca una bomba química con temporizador y no quiere confesar el lugar donde está

mente... Yo decidí, algo propio de un típico profesor «de cerebro enfermo»: someter a unos alumnos a un caso sobre esta materia, como examen final en Heidelberg».

¹²⁸ BRUGGER, W.: «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?» en *JuristenZeitung*, n.º 4, 2000, págs. 165 y 166.

¹²⁹ BRUGGER, W.: «Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, (<http://www.bpb.de/apuz/29567>).

situada». La proscripción de la tortura, de forma general, dice BRUGGER, conduce a un «escándalo moral». «Hay situaciones en las que la policía no sólo puede, sino que debe torturar. Los ciudadanos inocentes han de ver salvaguardada su seguridad y su vida frente a los culpables. Los primeros tienen, si se quiere, un derecho a torturar a costa de éstos»¹³⁰. No obstante, este autor reconoce que para incorporar la tortura haría falta un cambio legal que no es factible en estos momentos en Alemania, por el peso del pasado todavía cercano¹³¹.

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, se reavivaría la discusión acerca de la admisión de la tortura en condiciones extraordinarias. En este marco serían más las voces partidarias de emplearla como medio de luchar contra los terroristas. Además, en Alemania el caso «Daschner», decantó a un importante sector de opinión en favor de su uso, incluso en situaciones ajenas al terrorismo, en torno al cual había girado hasta entonces la controversia. De esta forma, se iniciaba una nueva etapa que en la literatura se denomina con frecuencia el «regreso a la tortura»¹³² o «cultura de la tortura»¹³³, y al mismo tiempo se destapaba un tema que había sido «tabú» desde la tragedia del Holocausto.

¹³⁰ Meier censura esta postura: «lo que Brugger llama otra solución y modestamente califica como «necesaria corrección del texto de la ley» es nada menos que una revisión de la Ley Fundamental, una revocación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, una anulación de la Convención contra la tortura de las Naciones Unidas... Esta función, sin embargo, corresponde en la Democracia parlamentaria, al legislador. ¿Quién más puede legítimamente hacer «correcciones» a la redacción de la ley?... No puedo imaginar cómo podía seguir Alemania bajo el abrigo de las Naciones Unidas cuando presentara un nuevo artículo de la Ley Fundamental que dijera algo así como: «La tortura está estrictamente prohibida. Se permiten sólo determinadas excepciones. Caben ciertas medidas excepcionales adoptadas por la policía sobre la base de la fórmula de Brugger». Con independencia de que no es posible esa reforma constitucional, por ser «inviolable» la dignidad humana, ese precepto otorgaría a Alemania, con seguridad, un lugar destacado dentro de los denominados «Estados canallas». El hecho de que sea imposible formular la tesis de Brugger como ley general indica que es errónea. De esta forma queda claro que el estado no puede torturar. No cabe torturar excepcionalmente, no cabe hacerlo un poquito, y tampoco cabe por una buena causa». MEIER, H.: «Darf der Staat ausnahmsweise Foltern?», en *Forum Justizgeschichte*, NDR 4 / Forum 4- Essay, (www.forumjustizgeschichte.de).

¹³¹ BRUGGER, W.: «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?» en *JuristenZeitung*, cit., pág. 173.

¹³² WEITIN, T. (Hg): *Wahrheit und Gewalt. Der Diskurs der Folter in Europa und den USA*, Transcript, Bielefeld, 2010, pág. 10.

¹³³ KRASMANN, S.: «Die Folter im Recht», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Heft 4, 2006, pág. 231.

4.2. La discusión en Alemania a partir del caso «Daschner»

Respecto a este suceso, ocurrido en Frankfurt en octubre de 2002, las opiniones recogidas en los medios de comunicación variaban, desde el rotundo apoyo a la pena de prisión para el policía que amenazó al secuestrador con torturarlo, hasta quienes pedían que se le condecorase con la «cruz del mérito federal»¹³⁴. Como he apuntado, el TEDH confirmó la condena de los Tribunales alemanes al subjefe de policía que conminó al detenido con torturarlo.

En la doctrina, KINZIG se plantea la posibilidad de entender justificada la tortura respecto al delito del § 343 StGB, consistente en el uso de coacción para forzar a declarar (*Aussageerpressung*). De acuerdo con el n.º 2 del párrafo 1, del § 11 StGB, cuando agentes de policía que están de servicio, amenazan al detenido con la tortura, serán sancionados con la pena prevista en el aquel precepto. Este autor destaca el alto significado de los dos bienes jurídicos que colisionan, poniendo de relieve que se vulnera la dignidad del secuestrador, pero también la de la víctima, lesionando el derecho del primero para salvar la vida de esta persona¹³⁵. Pese a ello, niega que pueda resolverse la cuestión acudiendo a la ponderación de intereses y a las causas de justificación. En Alemania no sólo la ley procesal penal, sino la propia ley policial, impiden la coacción directa para obtener una declaración. Además cita la normativa internacional y la constitucional que tutela la dignidad. De acuerdo con ello, el agente de policía debe ser castigado, si bien, a su juicio, la motivación de salvar

¹³⁴ BIELEFELDT, H.: «Das Folterverbot im Rechtsstaat», en *Policy Paper*, cit., pág. 4; y, KINZIG, J.: «Not kennt kein Gebot?», en *Zeitschrift für gesampte Strafrechtswissenschaft*, n.º 115, 2003, pág. 791.

¹³⁵ «Dos características se pueden resaltar del caso, que hacen difícil resolver el problema. Primero, el alto significado de los dos bienes jurídicos que colisionan. Se alega que se vulnera la dignidad del secuestrador, pero indiscutiblemente también hubo una injerencia en la dignidad de la víctima... ¿No se trata más bien de un intercambio de papel entre autor y víctima? Finalmente, se lesiona el derecho de otro, aunque para salvar la vida de alguien. Pero, alegándose que se contraponen los intereses de «ciudadano contra ciudadano» no se resuelve el problema. Se ha de tener en cuenta que estamos ante la prohibición de la tortura, algo reconocido como principio en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo plasmado en la Ley Fundamental, sino firmado en Convenios internacionales. La segunda característica de nuestro caso se encuentra en que el acto de tortura..., restringido por atacar a bienes jurídicos tutelados constitucionalmente, transcurre, en el caso de secuestro, en la línea fronteriza entre el proceso preventivo y el represivo. Así que quien aplica la norma debe atender al mismo tiempo al Derecho policial y al Derecho penal. En la esfera punitiva se suma la cuestión del significado de las causas de justificación para explicar la acción del servidor público. KINZIG, J.: «Not kennt kein Gebot?», en *Zeitschrift für gesampte Strafrechtswissenschaft*, cit., pág. 792.

la vida de un niño debe suponerle una pena menor, para permitirle conservar su puesto de trabajo¹³⁶.

La misma opinión manifiesta HEINER BIELEFELDT, representante del Instituto Alemán de Derechos Humanos, reafirmando la validez universal de la prohibición de la tortura. Este autor plantea el riesgo, sobre todo tras los últimos atentados *yihadistas*, de que se haga más «comprensible» y se produzca una erosión gradual de su proscripción. Incluso, advierte, se podría acudir a las reglas del lenguaje de manera deliberada, para evitar una palabra escandalosa como «tortura» y usar, por ejemplo, la expresión «declaración extraída a la fuerza» para suavizar términos. Ante todo, dice este autor, su prohibición incondicional sirve a la protección de la dignidad humana, garantizada por el imperio de la ley de modo absolutamente irrenunciable¹³⁷.

A continuación, se refiere al ejemplo expuesto por BRUGGER. Este profesor es consciente de los riesgos legales y políticos de su tesis, y por eso, limita el uso de la tortura a casos extremos. Sin embargo,

¹³⁶ KINZIG, J.: «Not kennt kein Gebot?», en *Zeitschrift für gesampte Strafrechtswissenschaft*, cit., págs. 793 a 813.

¹³⁷ «La prohibición de la tortura sirve a la protección de la dignidad humana. Esta función se comparte con todos los restantes derechos humanos. Las diversas normas de derechos humanos se complementan entre sí, configurando maneras específicas de garantizar las libertades básicas, en las que la dignidad del hombre como un sujeto responsable con reconocimiento político y jurídico que merece protección. Como objetivo, conseguir las condiciones básicas que garanticen jurídicamente una vida en una sociedad libre y equitativa, adecuada a la dignidad humana, en la que tienen cabida todos los derechos humanos, constitutivos de un conjunto inseparable. La justificación ética de la dignidad humana es crucial para la comprensión de los derechos humanos. Esto es lo que los distingue de ciertas «posiciones jurídicas», que pueden adquirir forma jurídica y permanecer si el legislador lo desea (p.ej. acuerdos de asociación de Derecho internacional). Los derechos humanos no son disponibles, dado que su propio núcleo es «irrenunciable», pues la dignidad humana que contienen, en sentido jurídico-político, no es disponible. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, explica que «el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo». Después del desastre político del régimen de terror nazi y bajo la influencia de la Declaración Universal de los derechos humanos, surgió la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que en su artículo 1.º establece el axioma de la inviolabilidad de la dignidad del ser humano, cuyo respeto y la protección más alta es misión del estado. Esto es seguido por el reconocimiento de que los derechos humanos son inalienables e inviolables. Tanto en aquella Declaración como en el CEDH la prohibición de la tortura es afirmada sin restricción alguna; está absolutamente prohibida. A modo de ejemplo podemos citar la Convención anti-tortura de las Naciones Unidas, firmada en 1984». BIELEFELDT, H.: «Das Folterverbot im Rechtsstaat», en *Policy Paper*, cit., pág. 5.

dice BIELEFELDT, podría convertirse, peligrosamente, en algo más que una excepción: en un «precedente», que puede aplicarse a una situación concreta ulterior, abarcando supuestos más o menos similares. Por otra parte, la idea de que la tortura puede «tener cabida» en la legislación nacional es contradictoria. La imagen de una tortura «incrustada» en el imperio de la ley no sólo es absurda en el plano teórico, sino también inviable en la práctica¹³⁸.

Respecto al «Derecho penal del enemigo» propuesto por JAKOBS, llega a una conclusión parecida. Un estado que incumple los principios del Estado de Derecho, por razones de seguridad, ha perdido por completo su vinculación con el Derecho. Y un estado que etiqueta a un grupo de hombres (o individuos aislados) como «no personas», infringe la prohibición de respetar la dignidad humana. En consecuencia, un estado así ha perdido el predicado de «Estado de Derecho».

Concluye este autor que para ese sistema político no hay alternativa a la prohibición, sin fisuras, de la tortura. Pero, la aplicación sistemática de los derechos humanos no debilita el Estado de Derecho, ni por lo tanto, su autoridad, sino que la fortalece¹³⁹.

Una posición distinta mantiene ERIC HILGENDORF, profesor de la Universidad de Würzburg, que apoya la aplicación de la tortura como último recurso. Parte del dilema suscitado en aquellas hipótesis, como el secuestro de un niño, donde hay dos portadores de dignidades contrapuestas, estando obligado el estado no sólo a respetarlas, sino activamente a protegerlas¹⁴⁰. Además, apunta la necesidad de dejar al margen del discurso la infausta carga histórica. No se debate la vuelta a un estado torturador totalitario, sino si en casos excepcionales, muy bien delimitados, está justificado infligir dolor a

¹³⁸ De igual opinión, KRASMANN, S.: «Die Folter im Recht», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, cit., págs. 227 y ss.

¹³⁹ BIEFELDT, H.: «Das Folterverbot im Rechtsstaat», en *Policy Paper*, cit., págs. 7 a 10. Considera esencial también el respeto a la dignidad humana conforme a los principios del Estado de Derecho, MAIER, E. M.: «Folter und Mechschenwürde. Zur aktuellen Debatte um die «Rettungsfolter»», en *Journal für Rechtspolitik*, n.º 20, 2012, pág. 195.

¹⁴⁰ Como problemas complementarios, apunta la falta de homogeneidad en el concepto de tortura, pues desde su inicial significado, como acto de infligir sufrimientos físicos o mentales, se ha derivado a una concepción que acepta la prohibición absoluta de todo riesgo significativo de tortura. Por otra parte, también el concepto de dignidad humana, que como argumento principal contra la admisión de la tortura se esgrime en este campo, se percibe cada vez como más inadecuado, para garantizar verdaderamente, de un modo universalmente convincente, el resultado de su prohibición. HILGENDORF, H.: «Folter im Rechtsstaat?», en *JuristenZeitung*, cit., pág. 331.

un delincuente con el fin de extraer información, para salvar la vida de un inocente. Roto este tabú, se refiere a los argumentos a favor y en contra¹⁴¹.

La tesis central para su admisión es que gracias a su uso pueden salvarse vidas u otros elevados bienes jurídicos de un inocente (desde su integridad corporal, pasando por la libertad de movimiento hasta su dignidad). Un ejemplo es el niño encerrado por un secuestrador, que muere de hambre porque el culpable, detenido por la policía, se niega a decir dónde lo tiene. En tales hipótesis, de «tortura de salvación», parece que la balanza se inclina a favor de su práctica, por cuanto el derecho a la integridad corporal del secuestrador pesa menos que la vida y la dignidad del niño. Este argumento cobra fuerza cuando no es una vida la que está en juego, sino cientos o miles, como en el caso de un terrorista que coloca una bomba en el centro de la ciudad y amenaza con hacerla explotar, negándose, tras ser detenido, a desvelar el lugar donde la oculta.

¹⁴¹ La lucha contra la tortura sólo tiene perspectivas de éxito cuando existe unidad en el sentido del concepto «tortura». Las distintas iniciativas nacionales e internacionales promovidas contra la tortura —en especial por Amnistía Internacional— han dado siempre valor a una concreta terminología. La utilización tradicional del concepto, —entendiendo tortura como causación de un daño considerable— es obviamente demasiado amplia, porque diversos actos lícitos, extremos, podrían tener cabida en ese concepto. Si, por el contrario, la definición fuera demasiado estricta, sólo cabría hablar de tortura cuando la intención del torturador fuera extraer una información, de modo que no podría calificarse conceptualmente como tal un abuso en la pena o en su ejecución («tortura de ejecución»). En muchos países la tortura sirve para intimidar al pueblo, sin limitar su uso a extraer información. En algunos casos, como en Uganda, en época de Idi Amin, la realizada sobre inocentes parecía ser un simple instrumento de diversión de los gobernantes. La discusión actual versa sobre su uso para salvar así la vida de un inocente. Se puede hablar, por ello, de una «tortura de salvación». Esta clase se dirige, en todo caso, a la extracción de una información, a fin de salvar la vida de una persona. Una definición precisa se encuentra en el artículo 1 párrafo 1, de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, de 10 de diciembre de 1984... En esta definición se pueden distinguir tres elementos: 1.º, un tipo objetivo, que se describe como la producción de un daño o dolor corporal o mental, además de, 2.º, un tipo subjetivo, consistente en el dolo, junto a una determinada intención y, 3.º, una especial cercanía del autor a la violencia estatal. La historia de la tortura muestra que no hay evidentemente ningún límite a lo que unos hombres están dispuestos a hacer a otros. En muchos países los torturadores son sometidos a cursos especiales... En la lista de métodos de tortura caben, por ejemplo, golpes, electroschocs, uso de fuego a partes sensibles del cuerpo, extracción de uñas de dedos de manos y pies, amputaciones, agresiones sexuales, violaciones usando animales, fusilamientos simulados y otras manipulaciones psicológicas. HILGENDORF, H.: «Folter im Rechtsstaat?», en *JuristenZeitung*, cit., págs. 334 y 335.

En cambio, hay razones ético-jurídicas en contra de utilizarla: aunque se limite a circunstancias de necesidad extrema, no podrían evitarse abusos, y la tortura indiscriminada es claramente irreconciliable con los principios del Estado de Derecho. Además, se aduce que hay medios a los que éste no puede acudir ni siquiera en situación de emergencia, porque de hacerlo perdería su legitimidad moral. La admisión de la tortura en un Estado de Derecho implicaría la emisión de normas jurídicas estableciendo cómo torturar, de manera que, por ejemplo, los funcionarios deberían recibir formación como torturadores. Pero, la tesis primordial para rechazarla descansa en la dignidad humana, como fundamento del orden jurídico de la República Federal de Alemania, que no se puede obviar ni siquiera respecto al peor delincuente¹⁴².

HILGENDORF se refiere a la postura proclive de BRUGGER, al que reprocha que soslaye el papel que en la tortura juega la dignidad del detenido. Sin embargo, en este punto muestra su disconformidad con la doctrina mayoritaria, negando que la coacción suponga por sí un ataque a la dignidad¹⁴³. Es cierto, dice, que la Ley Fundamental

¹⁴² HILGENDORF, H.: *Folter im Rechtsstaat?*, en *JuristenZeitung*, cit., págs. 335 y 336.

¹⁴³ Winfried BRUGGER se ha manifestado a favor de la admisibilidad de la tortura en determinadas situaciones excepcionales. Esos casos se caracterizan porque: «existe un claro, directo y relevante peligro contra la vida e integridad corporal de una persona inocente. Ese riesgo lo causa un perturbador identificado. Ese perturbador es la única persona que puede eliminar el peligro, en tanto se mueve en los límites del Derecho... La coacción corporal es el único medio con capacidad de éxito para obtener la información necesaria». BRUGGER admite, en primer lugar, que el Derecho positivo excluye claramente, de modo literal, la tortura. Abarca aquí el Derecho de policía, el Derecho constitucional y el Derecho internacional. La más grave contradicción en este campo yace en la admisibilidad del denominado «disparo de salvación final», que permite disparar mortalmente a un secuestrador para salvar al rehén. Así lo dispone una norma policial, § 54, párrafo 2, bwPolG: «un disparo que con alta probabilidad, lindando la certeza, tenga resultado mortal, sólo es admisible cuando éste es el único medio de salvar una vida realmente en peligro o de evitar graves lesiones a la integridad corporal». BRUGGER deduce de aquí dos principios que traslada al debate de la tortura: por un lado, la policía tiene el deber de proteger al ciudadano del peligro y eliminar este riesgo, y por otro, ha de hacer que se respete la ley y el Derecho, y poner en su lugar a aquellos que infrinjan sus límites. ¿Por qué debería prohibirse la tortura que persigue obtener una información cuando se permite incluso matar al delincuente? BRUGGER ofrece el siguiente ejemplo: «de apuntar un secuestrador a la cabeza de un rehén con una pistola, se permite que la policía le dispare, si es éste el único medio de salvar la vida al rehén. Si un secuestrador conecta al cuerpo del rehén una bomba con temporizador y la pone en marcha, y el mecanismo sólo puede detenerse si se aprieta el código correcto, las normas legales pertinentes excluyen acudir a esta medida». Como resultado, BRUGGER propone como único medio de impedir que la admisión de la tortura contradiga las normas

responde claramente a esta cuestión, al establecer el deber del estado de protegerla. Pero, no dice qué hacer cuando el respeto de la dignidad de una persona (bajo custodia policial), sólo se pueda mantener a costa de admitir que, posiblemente, se lesionará la dignidad de otro. Si el Estado de Derecho tortura, deja de funcionar, e incluso de existir. Pero si no lo hace, pagará el precio de admitir el horrible destino de un inocente. En ambos casos se lesiona la dignidad humana.

Para resolver esta disyuntiva, ofrece tres vías de solución: 1.^a En una situación tan extrema, como el secuestro de un niño, la tortura es justificable desde el punto de vista moral, y quizá incluso necesaria. 2.^a En esas circunstancias, la amenaza y la coacción podrían ser avaladas por el Derecho, por debajo del umbral de la tortura, para evitar un peligro para la vida o graves lesiones corporales. Cabría admitir la coacción e incluso el un dolor físico, pero bajo el límite de respetar la dignidad humana. Por ejemplo, se incluiría apretar las esposas, girar el arma hacia el detenido, o incluso estirarle las muñecas. Se trata de ocasionar un dolor, pero no de tortura. Si bien tales medidas están prohibidas en el marco del proceso penal (§ 136 a StPO)¹⁴⁴, cabría admitirlas como medidas coactivas de acción policial, de forma similar al «disparo mortal final» efectuado para salvar a la víctima. 3.^a Aplicar las causas de justificación previstas en los § 32 y 34 StGB.

Respecto a la primera opción, recuerda que Derecho y moral no coinciden, de manera que en un estado sólo rige un ordenamiento jurídico, pero pueden coexistir diversas moralidades, aun contra-

nacionales e internacionales, acudir a unos criterios teleológicos, que limiten su uso. La propuesta de BRUGGER ha sido hasta ahora rechazada por la doctrina, al no considerar suficientemente fundada su argumentación. En todo caso, parece problemático que BRUGGER no estima esencial hablar de la lesión a la dignidad del secuestrador o del terrorista detenido por la policía. Ese presupuesto no es, en mi opinión, convincente. ¿La coacción del policía, destinada a obtener información del delincuente, realmente debe lesionar su dignidad? La mayoría de autores parecen admitir que una respuesta adecuada debe partir de la tutela de la dignidad humana (§ 1 de la Ley Fundamental). Esto en ningún caso supone que la coacción directa suponga ya por sí un ataque a la dignidad humana». HILGENDORF, H.: *Folter im Rechtsstaat?*, en *JuristenZeitung*, cit., págs. 336 y 337.

¹⁴⁴ El § 136 a, párrafo 1.º, inciso primero, prohíbe mermar «la libertad de decisión de la voluntad del acusado y de ejercicio de la misma mediante abusos»; y, en el inciso segundo, la amenaza con una medida no permitida como ésta. Por otra parte, según el § 136 a, párrafo 3.º, no es utilizable una declaración obtenida de esa forma, incluso si el acusado admite posteriormente tal declaración. Puede verse un comentario al respecto en, ROXÍN, C.: «¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?», en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., págs. 23 y 24.

puestas. Asimismo, señala que es discutible la aplicación de las causas de justificación a un servidor público, en tanto actúa de acuerdo con el Derecho policial. Un amplio sector doctrinal admite el estado de necesidad (*Nothilfe*), del § 32 StGB. En este sentido, razonan que en el caso de Frankfurt el ataque a la vida, dignidad e integridad corporal del niño, justificó las amenazas, estimándolas adecuadas y necesarias, en la medida en que habían fracasado los medios empleados para obtener la información. Pese a ello, HILGENDORF destaca que en las leyes de policía se rechaza terminantemente el uso de la coacción directa por parte de la policía para obtener una información, cuando comporte la provocación de dolor. Esto significa que *de lege data*, tampoco es posible apreciar dicha causa de justificación.

Finalmente, propone la admisión de pequeños actos coactivos que, desde su punto de vista, no deberían estimarse tortura, reservando este concepto para los dolores fuertes y persistentes. Los menores no habrían de subsumirse en esa noción, pues esto supondría la prohibición total de la tortura y con ello el absurdo. Así pues, una solución *de lege ferenda* consistiría en aceptar formas de coacción leves, para obtener información, con carácter excepcional, cuando vayan dirigidas a salvar una vida o lesiones corporales graves. Para ello tendrían que modificarse las leyes policiales. En todo caso, reconoce HILGENDORF que esta propuesta encierra el problema en distinguir entre formas «leves» o «graves» de aplicar esa coacción directa¹⁴⁵.

Por su parte, ROXÍN subraya el carácter innegociable de la prohibición de la tortura, negando la tesis que limita la proscripción a la persecución penal, sin que rija para la defensa frente un peligro. Asimismo, rechaza el argumento esgrimido por BRUGGER respecto a la contradicción con el «disparo final de salvación». Esta equiparación, dice ROXÍN, no es sostenible dada la prohibición legal expresa. Igualmente, excluye la aplicación del estado necesidad o la legítima defensa, en tanto se vulnera la dignidad humana. La protección del estado ha de discurrir siempre dentro de los límites del Estado de Derecho. «Si pudiera hacer escuela la actuación adoptada en Frankfurt tendríamos pronto, siguiendo el camino tomado, un Estado de tortura y no un Estado de Derecho».

¹⁴⁵ Para mantener esta tesis, matiza el significado de la dignidad humana. Su definición precisa de un ensamblaje de derechos subjetivos, como el de no sufrir dolor; la integridad mental, la igualdad o la asistencia mínima. Esta delimitación supone que la tortura impide conductas contrarias a la dignidad humana, pero no actos coactivos leves dirigidos a obtener una declaración. HILGENDORF, H.: «Folter im Rechtsstaat?», en *JuristenZeitung*, cit., págs. 338 y 339.

Ahora bien, sorprendentemente, ROXÍN mantiene una posición opuesta respecto a las denominadas «*ticking time bomb situations*», expresión utilizada para describir la siguiente situación hipotética: un individuo coloca una bomba y a continuación es detenido por la policía, negándose a confesar la ubicación del artefacto, pese a que su explosión es inminente y miles de personas están en peligro¹⁴⁶. En tal coyuntura, ROXÍN admite la posibilidad de una «exclusión de responsabilidad suprallegal». «La ley tiene que ser dura e inflexible en la determinación de lo justo y lo injusto cuando se trata de una norma fundamental como la prohibición de tortura. Pero en la cuestión de si el autor tiene que ser castigado en casos ético-sociales extremos tampoco es necesario que la justicia tenga corazón de piedra sino que puede ser indulgente, como hace en otras situaciones extremas y de conflicto»¹⁴⁷.

Una vez más, comprobamos que la imagen del terrorista como *enemigo* del sistema, postulada de forma insólita por JAKOBS ha sido acogida por un sector de opinión cada vez mayor, concibiendo esa criminalidad como algo *ajeno* al Derecho penal y que debe tratarse al margen de sus normas.

AMELUNG alude también a la colisión que en el caso «Daschner» se observa entre la dignidad del niño secuestrado y la del culpable. Pero es cuestionable la posibilidad de esa ponderación a raíz del artículo 1 de la Ley Fundamental. En caso de aceptarse, prevalecerían los intereses del menor, puesto que los del autor tienen naturaleza criminal. Pero, a su juicio, no se trata de un supuesto común de conflicto de bienes, sino de legítima defensa. Ahora bien, su fundamento jurídico no reside en el artículo 32 StGB, sino en el artículo 1 de la Ley Fundamental, pues la dignidad del autor no abarca la potestad

¹⁴⁶ Un análisis en, LLOBET ANGLÍ, M.: «Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», en *Indret*, 2012, págs. 8 y ss. (www.indret.com). En este sistema destaca la propuesta de Dershowitz de legalizar la tortura en esos casos extremos, estableciendo legalmente los presupuestos y límites. A su juicio, esto es mejor que su práctica al margen de toda normativa. DERSHOWITZ, A. M.: «Torture should be legalized and regulated», en *Is Torture Ever Justified?*, Greenhaven Press, USA, 2005, págs. 22 y ss. Acerca de las propuestas planteadas en Estados Unidos en cuanto a la tortura a terroristas, puede consultarse, LUBAN, D.: «Liberalism, torture, and the ticking bomb», en LEE, S. P. (Ed.), *Intervention, Terrorism, and Torture: Contemporary Challenges to Just War Theory*, Springer, 2007, págs. 249 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, cit., págs. 274 a 277; y, REINHARD, M.: ««Globaler Krieg gegen Terrorismus» und territorial gebrochene Menschenrechte», en *Kritische Justiz*, JG 39, 2006, págs. 151 y ss.

¹⁴⁷ ROXÍN, C.: «¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?», en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., págs. 23 y ss.

de limitar la esfera de derechos de la víctima. «A la dignidad humana no puede apelar quien amenaza el bien de otro o lo coloca en una situación apta para la legítima defensa». En consecuencia, surge el derecho de defensa y la norma constitucional permite la intervención del estado¹⁴⁸.

4.3. *Su antagonismo con el Estado de Derecho*

Ante la disyuntiva planteada, entre el sacrificio de la dignidad y los derechos fundamentales del detenido y la eventual tutela de otros valores esenciales, me parece conveniente recordar algunas ideas que, desde un prisma moral y sin mediar en valoraciones jurídicas, dijeron algunos insignes autores hace ya varios siglos. FRIEDRICH SPEE VON LANGENFELD, en su obra «*Cautio Criminalis*», publicada en 1631, señalaba que emplear tortura para hacer confesar a alguien conduce al absurdo, pues es posible que todo el mundo declare cualquier cosa bajo coacción, por lo que todo el mundo puede ser un hereje. Por lo tanto, las declaraciones así obtenidas son inútiles¹⁴⁹.

Más tarde, CESARE BECCARIA, en su obra «De los delitos y de las penas» (1764), señalaba que la tortura es un medio seguro para absolver a criminales muy vigorosos, que resisten la tortura, y condenar a personas débiles, que admiten los hechos siendo inocentes¹⁵⁰.

Ambos apuntaban ya de modo gráfico los abusos más palmarios a los que podría conducir esa práctica. Hoy, junto a esos razonamientos éticos, hay impedimentos jurídicos que hacen completamente imposible considerar la tortura justificada y, por ende, conforme con el ordenamiento jurídico, por excepcional que sea la situación. La Constitución española, que vio la luz tras muchas décadas de circunstancias extraordinarias y, posiblemente por eso, quiso precisar en el artículo 15 que «en ningún caso» puede someterse a nadie a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Desde luego, nadie duda que el legislador tenía en mente esos supuestos límite que después se han querido mostrar como inusitados, en la medida en que se trata de conductas con frecuencia protagonizadas por agentes del estado para conseguir declaraciones que estiman

¹⁴⁸ AMELUNG, K.: ««Rettungsfolter» und Menschenwürde», en *Juristische Rudschau*, Heft 1, 2012, págs. 19 y 20.

¹⁴⁹ Puede verse un comentario a su obra en, ALLER MAISONNAVE, G.: «Paradigmas de la Criminología contemporánea», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 5, 2011, págs. 177 y ss.

¹⁵⁰ BECCARÍA, C.: *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1969, págs. 111 y ss.

vitales. De todas formas, el Tribunal Constitucional ha querido despejar cualquier duda, declarando que la prohibición de la tortura es absoluta, quedando excluida para todos los supuestos imaginables y con independencia de la conducta pasada o futura del afectado. Además, ha destacado que esa proscripción no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales.

De igual forma, la prohibición categórica de la tortura se desprende de la normativa internacional¹⁵¹. En particular, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 15.2 CEDH, donde se excluye la derogación del artículo 3, incluso en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación¹⁵². Al aplicar estas normas, el TEDH ha afirmado también que la interdicción de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, no permite ninguna concesión. Más nítidamente, si cabe, lo prevé el artículo 3 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975: «ningún estado permitirá o tolerará la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: no podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes»¹⁵³.

También los Tribunales alemanes en el caso «Daschner», representativo de la llamada «tortura de rescate» (*Rettungsfolter*), referida

¹⁵¹ Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948: «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, contiene idéntica disposición.

¹⁵² Artículo 15 CEDH: «1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del Derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7».

¹⁵³ Como subraya GÓMEZ-BENÍTEZ, el Derecho penal internacional humanitario, esto es, referido a la guerra, prohíbe torturar al enemigo prisionero, no sólo en situaciones de riesgo permanente o difuso, como la propia guerra implica, sino también en circunstancias de legítima defensa o riesgo inminente y actual. GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M.: «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia intolerable», en GARCÍA VALDÉS, C. /VALLE MARISCAL DE GANTE, M./CUERDA RIEZU, R./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁZER GUIRAO, R.(Coord.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, cit., pág. 957.

a supuestos *límite* en los que se presenta como medio para salvar bienes esenciales, ha afirmado la primacía incuestionable de la dignidad humana y ha rechazado toda posible justificación.

En nuestro país, el Tribunal Supremo ha señalado, también, que «*el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige..., una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas*»¹⁵⁴. Pero, los órganos judiciales españoles no siempre han sido coherentes con esta lectura y han omitido las medidas de investigación necesarias para condenar a los responsables, negligencia que ha valido la sanción al estado español en siete sentencias del TEDH.

A la vista de todas esas normas, creo que hay que rechazar de plano cualquier posible justificación de la tortura. Sería totalmente kafkiano tratar de introducir una disposición con el fin de dejar sin efecto el artículo 15 CE y las demás previsiones internacionales en determinadas situaciones, amén de la imposibilidad de delimitar taxativamente estos supuestos¹⁵⁵. Por otra parte, parafraseando a BIELEFELDT, un estado que admitiera la tortura, infringiría la prohibición de respetar la dignidad humana y, en consecuencia, perdería «el predicado de Estado de Derecho». En nuestro texto constitucional, la dignidad de la persona se erige en fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE) y, por lo tanto, su preservación es inherente a la forma de estado proclamada en el artículo 1. La respuesta, por tanto, nos viene dada por el propio ordenamiento jurídico, al prohibir categóricamente la tortura como exponente máximo de violación de la dignidad humana y, en consecuencia, su uso en cualquier circunstancia es una vía de hecho antijurídica, sin justificación posible.

Pero, aun en el caso hipotético en que no existieran esas prohibiciones legales, costaría defender la concurrencia de los presupuestos esenciales de las causas de justificación, y en concreto, la necesidad

¹⁵⁴ SSTS 131/2012, de 18 de junio (F. J.2), y, 153/2013, de 9 de septiembre (F. J.2).

¹⁵⁵ Como dice GRECO, «en el mundo de la argumentación jurídica y moral no existen excepciones, entendidas éstas como puntos de vistas relevantes que solamente son relevantes en un sector o *ad hoc*. Cada excepción es la expresión de una regla que le sirve de base, que regula, justamente, cómo debe decidirse en el caso de situaciones excepcionales». GRECO, L.: «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», en *InDret*, 2007, pág. 10. (www.indret.com).

racional del medio empleado, o la situación de necesidad¹⁵⁶. Para ello habría que concluir que solo cabe obtener la información realizando actos lesivos de la integridad moral del detenido, con exclusión de cualquier otro cauce legal, a través de la actividad policial, judicial, etc. En definitiva, supondría afirmar la ineficacia del Estado de Derecho y aceptar como única alternativa una práctica que viola la dignidad humana y la misma condición de persona. Amén de otros escollos, como mantener ese carácter ineludible de la tortura, ante un resultado incierto que puede no materializarse en el daño que se pretende evitar, la dificultad de verificar en todo caso la efectiva colocación del artefacto, su autoría, etc. Por otra parte, en un plano teórico es posible describir con precisión las circunstancias en las que se estima *justo* el sacrificio de la dignidad¹⁵⁷, como hicieron LUHMANN y BRUGGER, en un foro académico, donde se ocuparon de mostrar la certeza y la inmediatez del ataque y la eficacia de la tortura para impedir un mal cuyas dimensiones también destacaron. Pero la realidad cotidiana demuestra que la criminalidad real no responde a esos patrones, de manera que admitir la tortura supondría abrir la puerta a los desmanes característicos de otras épocas fatídicas y de regímenes autoritarios, pero esencialmente incompatibles con las bases de nuestro Estado Democrático y de Derecho. Creo que la escenificación más evidente de estas especulaciones la tenemos en Guantánamo. En este símbolo de arbitrariedad y abusos, convergen las posiciones más discordantes en cuanto a la procedencia de la tortura en situaciones de emergencia, coincidiendo, por insólito que parezca, en la necesidad de erradicar el sistema carcelario instaurado en el enclave cubano.

V. Conclusiones

Hemos visto que el artículo 174 CP castiga severamente el delito de tortura, anudando penas de prisión de hasta seis años, sumadas a la de inhabilitación absoluta con un máximo de doce años, además de las que correspondan por los resultados lesivos provocados

¹⁵⁶ Analiza la viabilidad del estado de necesidad, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos*, cit., págs. 278 y ss.

¹⁵⁷ Véase una crítica a la regla de la «caducidad», que implica la posibilidad de perder la dignidad en, GRECO, L.: «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», en *InDret*, cit, págs. 13 y ss.

(art. 177 CP). Por otra parte, en esa figura se endurece sustancialmente el régimen previsto en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en tanto para el nacimiento del delito no se precisa que la conducta sea grave, asociándose sanciones distintas en función de la entidad. No obstante, como decía, a la luz de las declaraciones del TEDH y del Tribunal Constitucional, en la línea de la norma europea, y haciendo mérito al principio de proporcionalidad, me parece necesario que el hecho encierre cierta trascendencia para apreciar la ofensa típica a la integridad moral. De todos modos, he de reconocer que esta opinión es minoritaria en la doctrina española, aunque la mantienen algunos penalistas de reconocido prestigio.

Por otra parte, tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo, en los procesos incoados por estos delitos, han exigido un canon reforzado de motivación, acorde con la prohibición absoluta de estas conductas y el valor fundamental violado. La tutela judicial efectiva, en las denuncias por torturas comporta, pues, el derecho del afectado a que se desarrolle una investigación suficiente y efectiva, y el correlativo deber del estado de llevarla a cabo. Esto se traduce en la necesidad de mantener la instrucción mientras existan sospechas razonables de la comisión del delito y se revelen como susceptibles de ser despejadas.

De esta forma, los citados órganos se han hecho eco de la doctrina sentada por el TEDH, a partir del artículo 3 CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, de forma análoga al artículo 15 CE, estableciendo la obligación positiva de los estados miembros de garantizar una «investigación oficial eficaz», cuando exista una reclamación verosímil de haber sufrido tales abusos. Este procedimiento ha de comprender todas las diligencias permitidas legalmente a fin de dilucidar los hechos e identificar a los funcionarios implicados.

Por consiguiente, tanto en el plano sustantivo como en el orden procesal, el delito de tortura cuenta con un régimen de protección sólido, que otorga un especial blindaje a sus víctimas, con garantías marcadamente más estrictas que ilícitos que atañen a otros bienes.

Ahora bien, al principio planteaba la posibilidad de que la incipiente «ideología de la seguridad» haya repercutido en el tratamiento de estos hechos. En este sentido, a la vista de la normativa legal y de la doctrina judicial apuntada, habría que concluir que la política criminal emanada de esa nueva corriente, caracterizada por el ensalzamiento de la seguridad ciudadana en detrimento de los principios

del modelo penal liberal, no ha mermado, en cambio, las garantías que rodean al delito de tortura, aparentemente indemnes.

Sin embargo, este panorama formal contrasta con las reiteradas condenas al estado español en los últimos años, justamente por incumplir esa obligación de realizar las actuaciones exigibles para obtener pruebas que conduzcan a la condena de los responsables. Efectivamente, en la práctica forense se observa cierta relajación en la persecución de este delito, especialmente cuando los presuntos abusos recaen sobre personas acusadas de terrorismo. Por eso, decía que la visión popular del terrorista como *enemigo* del sistema, propugnada también por eminentes juristas, parece haber calado en los órganos judiciales, relajándose el rigor con el que instruyen los malos tratos imputados a los agentes de la autoridad encargados de la detención y custodia de esos sospechosos. Bien es cierto, que como ha reconocido el Tribunal Constitucional, algunas de estas denuncias responden a las consignas de determinadas organizaciones terroristas de presentar acusaciones falsas para desprestigiar el sistema jurídico. De hecho, en las resoluciones del TEDH concernientes a estos casos, se constata que muchas de esas reclamaciones coinciden en cuanto a los actos abusivos imputados. En todo caso, es evidente que esta supuesta práctica no puede servir de escudo para esas deficiencias procesales, puesto que el ordenamiento cuenta con mecanismos sobradamente consistentes para perseguir tales falacias.

En suma, pues, sí se advierte una actitud distinta por parte de los Tribunales en el enjuiciamiento de las torturas de los implicados en delitos de terrorismo, quizá influidos por esa mentalidad presente en la sociedad de cariz retributivo, que los concibe como merecedores de un régimen distinto al de otros sectores de la criminalidad, y de una mayor dureza en el tratamiento por parte del estado.

Ahondando en esa propuesta de recrudescimiento de las consecuencias legales para esa delincuencia, se ha planteado, incluso, la posibilidad de acudir a la tortura como medio de luchar contra el terrorismo en situaciones extremas. El supuesto representativo de ese planteamiento es el de la «bomba con temporizador» formulado por LUHMANN, traducido en su versión moderna a la doctrina de las «*ticking time bomb situations*». Se recurre a la hipótesis de colocación de un artefacto por un terrorista, que poco antes de su explosión es detenido, formulando el interrogante de si cabría entonces torturarlo para salvar la vida y los derechos de personas inocentes. Incluso, el suceso vivido en Alemania, relativo al secuestro de un niño, que llevó a la condena de varios policías por las amenazas de tortura rea-

lizadas al detenido, ha llevado a ampliar el discurso inicial a casos ajenos al terrorismo.

En este campo, han sido muchos los argumentos manejados a favor y en contra de la admisión excepcional de la tortura, principalmente en la doctrina alemana. Básicamente, esas tesis basculan en torno la viabilidad de aplicar causas de justificación y los límites marcados por la dignidad de la persona.

A mi modo de ver, en este marco es imprescindible garantizar la plena supremacía de los principios y garantías esenciales del Estado de Derecho a lo largo de toda la investigación y el proceso relativo a estos delitos. El modelo político consagrado en el artículo 1 CE es totalmente irreconciliable con la legalización de la tortura, incluso en esas situaciones consideradas límite, y por descontado con la admisión de vías de hecho al margen de la ley. Por otra parte, descendiendo al terreno práctico, los propios ejemplos descritos como idóneos para la tortura, revelan que es imposible prever de modo taxativo los presupuestos habilitantes. Esta definición sólo cabe en el ámbito teórico o académico en el que tanto la tesis alemana como la anglosajona han sido formuladas. Únicamente en este estadio previo a la regulación positiva se puede afirmar con certeza que el detenido ha colocado el explosivo, que efectivamente va a estallar, que va a matar a decenas, cientos o miles de personas y que la tortura es la única vía y a la vez efectiva de impedirlo.

VI. Bibliografía

- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: estudio de casos», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 43, 1990.
- ALLER MAISONNAVE, G.: «Paradigmas de la Criminología contemporánea», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 5, 2011.
- AMELUNG, K.: ««Rettungsfolter» und Menschenwürde», en *Juristische Rudschau*, Heft 1, 2012.
- BECCARÍA, C.: *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1969.
- BIELEFELDT, H.: «Das Folterverbot im Rechtsstaat», en *Policy Paper*, n.º 4, 2004, (www.institut-fuer-menschenrechte.de).
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Prevención y seguridad ciudadana. La recepción en España de las teorías criminológicas de la prevención situacional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2013.

- BORJA JIMÉNEZ, E.: *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho penal*, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2009.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: «Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas», en FARALDO CABANA, P. (Dir.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, (www.prisonobservatory.org).
- BRUGGER, W.: «Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?» en *JuristenZeitung*, n.º 4, 2000.
- «Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2006, (<http://www.bpb.de/apuz/29567>).
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Seguridad ciudadana y seguridad jurídica», en PÉREZ ÁLVAREZ, F./NÚÑEZ PAZ, M. A./GARCÍA ÁLVAREZ, I (Coord.): «*Universitas vitae*». *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, JL., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en V. V. A. A.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal», en *La Ley*, tomo 6, 1996.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Tortura y otros atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J./PÉREZ MACHÍO, A. I.: «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal», en *Revista Penal*, n.º 15, 2005.
- DEL ROSAL BLASCO, B., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2005.
- DESHOWITZ, A. M.: «Torture should be legalized and regulated», en *Is Torture Ever Justified?*, Greenhaven Press, USA, 2005.
- DÍAZ PITA, M. M.: «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentados contra la integridad moral», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. I, 1977.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03, 2004, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
- «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).
- FARALDO CABANA, P. (Dir.): *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, (www.prisonobservatory.org).
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Ciberamenazas a la seguridad nacional», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- JAKOBS, G.: «Kriminalisierung im Vorgeld einer Rechtsgutsverletzung», en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985.
- «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft*, vol. 101, 1989.
- «El principio de culpabilidad» (traducido por M. Cancio Meliá), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 45, 1992.
- «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en *Aufsätze und Urteilsanmerkungen*, Universität Dusseldorf, vol. 3, 2004.
- GARCÍA ARÁN, M.: «La protección penal de la integridad moral», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (Coord.): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.
- GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M.: «Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia intolerable», en GARCÍA VALDÉS, C. /VALLE MARISCAL DE GANTE, M./CUERDA RIEZU, R./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁCER GUIRAO, R.(Coord.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008.
- GIL Y GIL, A.: «Los crímenes de la guerra española: ¿responsabilidad del estado español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos?», en *InDret*, 2012.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 2, 1996.
- «La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal», *Revista Xurídica Galega*, n.º 38, 2003.

- *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Lección Inaugural del Curso 2005/2006, Universitat Jaime I de Castellón.
- «La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al Derecho, a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad», en CAMPO MORENO, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128, 2007.
- «Tecnocrimen», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GRACIA MARTÍN, L.: «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GRECO, L.: «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», en *InDret*, 2007.
- GRIMA LIZANDRA, V., en BOIX REIG, J. (Dir.): *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Iustel, Madrid, 2010.
- HASSEMER, W.: «Líneas de desarrollo del Derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Edisofer, Madrid, 2008.
- HILGENDORF, H.: «Folter im Rechtsstaat?», en *JuristenZeitung*, n.º 7, 2004.
- KAI AMBOS, E.: *El Derecho penal frente a amenazas extremas*, Dykinson, Madrid, 2007.
- KRASMANN, S.: «Die Folter im Recht», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Heft 4, 2006.
- KEMSHALL, H./WOOD, J.: «High-risk offenders and the public protection», en GELSTHORPE, L./MORGAN, R.: *Handbook of probation*, Willan Publishing, United Kingdom, 2007.
- KINZIG, J.: «Not kennt kein Gebot?», en *Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 115, 2003.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- LLOBET ANGLÍ, M.: «Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», en *InDret*, 2012, (www.indret.com).

- LUBAN, D.: «Liberalism, torture, and the ticking bomb», en LEE, S. P. (Ed.), *Intervention, Terrorism, and Torture: Contemporary Challenges to Just War Theory*, Springer, 2007.
- MAGUIRE, M./MORGAN, R./REINER, R.: *The Oxford Handbook of Criminology*, University Press, Oxford, United Kingdom, 2012.
- MAIER, E. M.: «Folter und Mechschenwürde. Zur aktuellen Debatte um die «Rettungsfolter»», en *Journal für Rechtspolitik*, n.º 20, 2012.
- MAQUEDA ABREU, M. L.: «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, tomo 39, 1986.
- «La causación de muerte con el fin de obtener una confesión», en *La Ley*, tomo 3, 1988.
- «Políticas de seguridad y Estado de Derecho», en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004.
- «La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Edisofer, Madrid, 2008.
- MARTÍ SÁNCHEZ, S./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J.: «Los derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis», en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 5, 2007.
- MAXEINER, J.: *Rettungsfolter («Rescue Torture»): Report on the Gäften v. Germany Case*, 2006, (<http://www.ssrn.com>).
- MEIER, H.: «Darf der Staat ausnahmsweise Foltern?», en *Forum Justizgeschichte*, NDR 4 / Forum 4- Essay, (www.forumjustizgeschichte.de).
- MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?», en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Dykinson, Madrid, 2006.
- MÜLLER-NEUHOF, H.: «Ein Tabu wird gebrochen», en el Diario Der Tagesspiegel-Politik, de 6 de diciembre de 2005, (<http://www.tagesspiegel.de>).
- MUÑOZ CONDE, F.: «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo», en CAMPO MORENO, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 128, 2007.

- *Derecho penal. Parte especial*, 18 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NAVARRO CARDOSO, F.: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad», en *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004.
- NELLIS, M.: «Dim prospects: humanistic values and the fate of community service», en WINSTONE, J./PAKES, F.: *Community Justice*, Willan Publishing, United Kingdom, 2005.
- OCHOA RUIZ, N.: «La jurisprudencia del Comité de las Naciones Unidas contra la tortura», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, n.º 20, 2004.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general y parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.: «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal», en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. M./SOUTO GARCÍA, E. M. (Coord.): *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PORTILLA CONTRERAS, G., en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- REBOLLO VARGAS, R., en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Coord.): *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- REINHARD, M.: ««Globaler Krieg gegen Terrorismus» und territorial gebrochene Menschenrechte», en *Kritische Justiz*, JG 39, 2006.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.): *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Edersa, Madrid, 1982.
- ROXÍN, C.: «¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 83, 2004.
- RUILOBA ALVARIÑO, J.: «La sentencia del TEDH en el asunto *Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004, crónica de una

- muerte anunciada», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, n.º 1, 2005.
- SCHNEIDER, J.: «La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de extradición a propósito del caso Klein c. Rusia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXI, n.º 91, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6.ª edición, Civitas, Pamplona, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, 6.ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- TORÍO LÓPEZ, A.: «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Revista del Poder judicial*, n.º 4, 1986.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXII, 2012.
- VIGAÑÓ, F.: «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista Jurídica*, vol. 1, n.º 28, 2012, (<http://revista.unicuritiba.edu.br>).
- VILLALIBRE FERNÁNDEZ, V.: «Confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de «investigación oficial eficaz» en el contexto de la prohibición de la tortura», en *Foro, Nueva época*, vol. 15, n.º 1, 2012.
- VIVES ANTÓN, T. S., en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Coord.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2004.
- WEITIN, T. (Hg): *Wahrheit und Gewalt. Der Diskurs der Folter in Europa und den USA*, Transcript, Bielefeld, 2010.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: «El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia española nacional e internacional», en PÉREZ ÁLVAREZ, F./NÚÑEZ PAZ, M. A./GARCÍA ÁLVAREZ, I (Coord.): *Universitas Vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, 2007, (versión electrónica en www.unifr.ch).