

ESTUDIOS

Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito

FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ–MAGARIÑOS

Doctor en Derecho

(En memoria de Don Francisco Tomás y Valiente)

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Antecedentes remotos.–3. La Edad Media y el Renacimiento.–4. El siglo XVIII y Beccaria.–5. Contra las ideas ilustradas.–6. La polémica de Castro contra Acevedo.–7. Abolición de la tortura.–8. Alonso Martínez y la lucha contra el proceso inquisitivo.–9. Las codificaciones.–10. El delito de tortura tras la llegada de las elecciones democráticas de 1977.–11. La reforma de la Ley Orgánica 3/1989.–12. El Código Penal de 1995.–13. La reforma de la LO 15/ 2003 de 25 de noviembre.–14. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La tortura junto a la guerra, el terrorismo, el genocidio es un fruto del árbol de la violencia, el cual nutre sus raíces de un sentimiento tan propio del ser humano como el odio. Es un ataque concreto a la dignidad humana –en cuanto rebaja al hombre al nivel del animal o de las cosas, al no reconocer su personalidad– asemejándose en este punto la esclavitud, la marca o la proscripción. La razón de este artículo es desentrañar las raíces de la tiranía, de lo absurdo, de lo arbitrario así como desvelar la identidad de un grupo de intelectuales que en su época lucharon por desterrar la barbarie de nuestro ordenamiento.

Como refiere Torio ¹, la pena de muerte, la tortura y las penas corporales comprometen estructuras valorativas profundas y contra tales hechos se reacciona con una actitud absoluta, pura, que consiste y se agota en la convicción de que no deben ser.

¹ Vid. TORIO LÓPEZ, Ángel, «La prohibición constitucional de los tratos inhumanos o degradantes», *Revista del Poder Judicial*, núm. 4, diciembre 1986, pp. 69 y ss.

Esta forma de aproximación al objeto ha de ser completada y, más exactamente, superada. La lucha contra la inhumanidad y la violación de la dignidad del hombre exige también una aproximación analítica, que evidencie la proscripción histórica de formas inhumanas y degradantes, progresivamente abandonadas.

Se ataca la dignidad humana, pues al sujeto pasivo se le niega su condición de persona, convirtiéndolo en un mero objeto. De suerte que la víctima –como refiere De la Cuesta Arzamendi– queda degradada en su misma condición humana, al ser considerada como «algo» sometido a la voluntad de un tercero, de un extraño: «tu cuerpo es débil, tan débil que basta que te haga sufrir para que digas y hagas lo que yo quiera; no actuarás conforme a tu voluntad, sino conforme a la mía».

No resulta fácil explicar la evolución de la tortura en nuestro país donde con el devenir del tiempo pasó de ser un reputado instituto procesal ínsito dentro del sistema inquisitivo a un delito execrable. Detrás de esta aparentemente inexplicable metamorfosis late un peregrinaje de ideas y concepciones que han acompañado a nuestro país desde los oscurantismos inquisitivos a una nueva era, donde este país, alejándose de fundamentalismos del pasado (nunca suficientemente confesados), procura convertirse en un espacio apto para la convivencia.

La Historia es una de las grandes maestras de la vida, y en este país a menudo desacreditamos su misión. Siempre se aprende y avanza más analizando los errores que regodeándose en los aciertos. Resulta difícil evolucionar cuando nunca ha existido un auténtica conciencia colectiva que admita y repudie los excesos cometidos, la renuencia a admitir estas graves equivocaciones, es paralela al intencionado olvido.

En la actualidad no podemos considerar desaparecida su práctica, que –como ponen de manifiesto los informes de las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos y hasta el propio Relator especial de Naciones Unidas²– todavía hoy sigue vigente (incluso de modo sistemático) en no pocos países, a pesar de lo dispuesto en constituciones y legislaciones internas.

2. ANTECEDENTES REMOTOS

En la antigua Grecia los ciudadanos son libres con dignidad y honor, en caso de disputa declaran pero no pueden ser sometidos a tortura. La importancia del honor de un ciudadano dividía las pruebas en «naturales», que se obtenían fácilmente de la palabra del miembro de la polis, y «forzadas» que se obtenían de los que no tenían ningún *status* de honor o de ciudadanía discernible: o sea los extranjeros, los esclavos, los que tenían ocupaciones vergonzosas o aquellos cuya deshonra era reconocida públicamente. Se vincula el concepto de dignidad y honor a esta «prueba», el hombre libre que miente comete perjurio y su honor queda manchado, por el contrario la fiabilidad de la declaración de un esclavo no puede provenir del honor (ya que se le niega la posibilidad de poseer dicha condición) sino en la reacción que sobre él provoca el tormento.

² Informe del Relator Especial, Sr. P. Kooijmans, con arreglo a la resolución 1991/38 de la Comisión de Derechos Humanos (Séptimo informe) E/CN.4/1992/17, p.112.

En la ley romana más antigua, como en la ley griega, sólo los esclavos podían ser torturados si eran acusados de un crimen. Como en el modelo griego, los propietarios romanos de siervos poseían el derecho absoluto de castigar y torturar a sus esclavos cuando sospechaban que eran culpables de delitos contra la propiedad. Este derecho no fue abolido en la ley romana hasta el 240 d. C. por un rescripto del emperador Gordiano.

No obstante, los hombres libres podían ser también torturados durante el Imperio y después, en un conjunto cada vez más amplio de casos establecidos por la normativa imperial. Las viejas distinciones republicanas entre hombres libres y esclavos, y en el seno de hombres libres entre patricios y plebeyos, acabaron con las guerras sociales y la caída de la República. Las nuevas distinciones que aparecieron hablan de dos tipos de ciudadanos: los «honestiores» (privilegiados que se constituían en la égida gobernante) y «humiliores» (aquellos que se dedicaban a ocupaciones humildes, pobres y desarraigados). Esta última era más vulnerable a este método de interrogación. No obstante, al hallarnos en una monarquía en la que la figura del emperador era divinizada, todos eran súbditos de su poder y nadie permanecía inmune a este doloroso mecanismo procesal, pues cualquiera estaba sujeto a la razón de Estado y todo delito era, en cierta forma, un *crimen maiestatis*.

Ulpiano, en el siglo III, mantenía que «*Por quæstio* (tortura) hay que entender el tormento y el sufrimiento del cuerpo con el fin de obtener la verdad. Ni el interrogatorio propiamente dicho ni el temor ligeramente inducido están relacionados con este edicto...». Sin embargo el insigne jurista, ya en esa época, desconfiaba abiertamente de la tortura, así el Digesto XLVIII, 18, 23 declara:

«Las declaraciones arrancadas por medio de la tortura son poco seguras, incluso peligrosas y traicionan a la verdad, puesto que unos endurecidos y dispuestos al dolor de tal modo que no puede sonsacársele nada, mientras otros prefieren para evitar el dolor aceptar no importa qué mentira. No es preciso dar fe en todo caso a tal procedimiento, ni negarle toda confianza.»

Con las invasiones germánicas, las hordas invasoras se asimilan en la figura de los *honestiores* y no aceptan, en principio, la utilización de la tortura. Sin embargo, sí podían ser objeto de tortura los esclavos acusados de crímenes, las mujeres de hombres de rango asesinados por ellas y los hombres libres públicamente declarados traidores, desertores o cobardes. Esto era así incluso con anterioridad a que los germanos rebasaran el *limes* del imperio pues así lo refleja Tácito en su obra *Germania* quien afirma que la tortura no era una practica admitida de los germanos en relación con sus hombres libres.

3. LA EDAD MEDIA Y EL RENACIMIENTO

Como afirma Grau³, con la caída de Roma, el mundo civilizado retrocedió a pasadas singladuras históricas, mas la Edad Media no alumbró nuevas torturas sino que usó de las antiguas, con algunas excepciones como el caso de la tortura de la cuerda⁴.

³ Vid. GRAU, Joaquín, «Historia del castigo. La crueldad en las antiguas civilizaciones», Bruquera, Barcelona, 1962, pp. 138-139.

⁴ La cuerda, consistía en sujetar al reo en una mesa y luego dar vueltas a un cordel arrollado a sus brazos y piernas produciendo estiramiento de las articulaciones y un fuerte dolor. Otras formas de tortura

En el siglo X se produjo en Italia el redescubrimiento del Derecho Romano del Corpus Iuris Civilis (Derecho Romano Justiniano), que se encontraba en unos libros que el emperador de Oriente Justiniano había mandado realizar en el siglo VI. En este contexto de recepción de un orden jurídico desconocido surge esta escuela de juristas, a la cual se le denominó «de los Glosadores» por utilizar principalmente la Glosa en sus análisis del Corpus Iuris Civilis.

Al ser el Derecho Romano Justiniano muy vasto y complejo, y al constituir un Derecho nuevo en Occidente, se hizo necesario que alguien se encomendara a la tarea de aclarar su sentido para lograr su comprensión y posterior aplicación en el contexto del Sacro Imperio Romano Germánico, que se sentía continuador de la tradición del Antiguo Imperio.

La escuela de la Glosa comenzó a desarrollarse a fines del siglo XI en la Universidad de Bolonia. Aquella institución nació como una Escuela de Derecho en 1088 y sus primeros profesores, en el contexto de la Recepción, fueron los cultivadores de este tipo de análisis jurídico.

Sin embargo, estas ideas necesitaron de un proceso de fermentación de casi dos siglos y fue en el siglo XII cuando se produce en Europa una revolución del Derecho y la cultura jurídica que comportaba la conciencia de la necesidad de crear leyes universalmente obligatorias y aplicables a toda la Europa cristiana. Con anterioridad bastaba al acusado negar bajo confesión la realidad del crimen para que este permaneciera impune, mas si se sospechaba del perjurio del acusado éste podía ser sometido a la ordalía o juicio de Dios, en la convicción de que la divinidad no iba a permitir que el malvado permaneciera impune.

Es necesario situarnos dentro del contexto punitivo de la época, así Téllez Aguilera⁵ nos describe un paisaje «donde *«la Blutarche» (venganza de sangre) y el talión encuadran un catálogo penal caracterizado por la crueldad: muerte, amputaciones, quema de carnes...todo ello revestido de una macabra escenificación»*.

Las Partidas recoge dos modos de tormento. El de azotes y el consistente en colgar a un hombre por los brazos y colocarle pesos en la espaldas y en las piernas, pero mientras la primera sólo se utilizó como pena, la segunda si se utiliza como instrumento procesal bajo la acepción de «tormento de la garrucha»⁶.

Como refiere Tomás y Valiente⁷ la tortura como institución jurídica procesal se forja en la Baja Edad media. Aparece el marco del proceso inquisitorial, y con él la necesidad de pruebas y dada la falta de mecanismos para encontrarlas originó que la confesión se convirtiera poco a poco en la «reina de las pruebas» principalmente en los procesos por delitos capitales⁸. La dificultad de hallar evidencias contra herejías

eran el tormento del agua (también denominado *toca*) mediante el cual se vertía agua sobre el rostro del torturado impidiéndole respirar. El garrote era un suplicio que se desarrollaba entorno a una tabla sostenida por cuatro patas con garrotes que se ajustaban hasta producir dolor.

⁵ Vid. TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «Los Sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad», Edisfer, Madrid, 1998, p. 30.

⁶ En el Tormento de la garrucha el torturado era atado de las manos, elevado y dejado caer violentamente sin llegar al suelo, lo que provocaba intensos dolores en las articulaciones.

⁷ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, «La tortura en España», Ed. Ariel, p. 94.

⁸ Así en las Siete Partidas podemos percibir que las dificultades en materia probatoria es una de las justificaciones al tormento: «Cometen los omes a fazer grandes yerros, e malos, encubiertamente, de manera que non pueden ser sauidos, nin prouados. E porende tuuieron por bien los sabios antiguos, que fiziesen tormentar a los omes, porque pudiesen saber la verdad ende ellos». Se señala que se somete a tormento a

y desviaciones del canon oficial sometía a presuntos albigenses, cataros y dulcinistas a la expectativa del tormento.

Tras el IV Concilio de Letrán (1215-1216) la tortura se convierte en la reina de las pruebas. Como comenta Grima Lizandra⁹, el tormento se transforma en el instituto procesal fundamental del procedimiento penal, en consecuencia, se produce una minuciosa regulación de su significado y límites. Así se exige la ratificación de lo confesado bajo tortura a las veinticuatro horas con la limitación de tres sesiones tras la retractación¹⁰. Mas, como comenta el autor, pocos eran los desgraciados capaces de soportar tres sesiones, máxime cuando, aun resistiendo no existía obstáculo para que pudieran ser libremente condenados en el futuro.

Se aplicaba sin distinción a toda persona del pueblo llano sin distinción de sexo ni edad, incluyendo pero se exceptuaba, como vimos, a los nobles, las embarazadas y a los menores de catorce años, viejos decrepitos, hijosdalgo y nobles¹¹. Si hay varios acusados se empezará por el más débil o el más indiciado, se aplicarán por grados aumentando se progresivamente el sufrimiento.

Fue en el año 1233 cuando surge el Tribunal de la Inquisición como una curia especial para la detección, juicio y castigo de la herejía. En principio, se creó para luchar contra la herejía albigense y con el tiempo proyectó su halo sobre diferentes opciones ideológicas a la ortodoxia oficial. Como comenta Lynch¹², en España dado que no hubo desde la era de Pelagio arraigo de corrientes heréticas, el temor a la apostasía de los judaizantes congregó su celo. Con el tiempo también será utilizada para erradicar otras corrientes filoprotestantes como los iluministas o los alumbrados, más tarde se encontrará en la brujería o hechicería y finalmente se utilizará para erradicar el pensamiento filosófico de naturaleza racionalista y librepensador (atacando especialmente el pensamiento de Voltaire, Rousseau y los enciclopedistas).

En cuanto instituto de la justicia ordinaria, después de las fragmentarias reflexiones de los primeros glosadores sobre la tortura, apareció en Bolonia entre 1263 y 1286 una obra anónima y sin título que fue unánimemente denominada *Tractus de tormentis*. En ella la tortura merecía un tratamiento sistemático, examinándose sucesivamente su concepto, sujetos pasivos, grados, efectos, etc. Fue el punto de partida de una copiosa literatura en torno al tema a lo largo de los siguientes siglos hasta finales del siglo XVI (en 1588 publica todavía Farinacio su *manual Praxis et theoricæ criminalis*).

aquél presunto delincuente que esté preso y que haya sido sorprendido infraganti o que existe en su contra prueba de un testigo y que además fuere hombre de mala fama o vil. (Vid. «Código de las Siete Partidas», partida 7.^a, título XXX).

⁹ Vid. GRIMA LIZANDRA, Vicente, «Los delitos de torturas y tratos degradantes por funcionarios públicos», Tirant lo Blanch, 1.^a ed., Valencia 1998, pp. 28-30.

¹⁰ La necesidad de ratificación de lo declarado bajo tortura era exigida en la Partidas. Así la ley 4. tit. 30. Part. 1, proclama: «Y si entonces no reconociese el yerro (*el reo*) débele el juzgador dar por inocente, porque la confesión que fue hecha en el tormento, si no fuere confirmada después sin presión, no es valedera». La otra ley es la 5. tit. 13. Part. 3. que dice así: «Por presión de tormentos o, de heridas, o por miedo de muerte, o de deshonra que quieren hacer a los hombres, *confiesan*, a veces algunas cosas que de su grado no las confesarían. Y por ello decimos, que la confesión que fuere hecha en alguna «destas» maneras no debe valer ni perjudicar al que la hizo. Pero, si aquél que fue atormentado reconociese después, por su llana voluntad y sin tormento, aquello mismo que confesó cuando le hacían violencia, (...), valdrá bien así como si lo hubiese confesado sin presión alguna».

¹¹ Vid. Partida 7.^a, Libro II.

¹² Vid. LYNCH, John, «Los Austrias» (trad. Faci, Juan), ed. Crítica, Barcelona, 2000, p. 31.

La negación del dogma hacía del hombre un sectario, un criminal contra la unidad de la fe y por ende debía ser objeto de castigo. Mas como era un crimen interno, difícilmente verificable, bastaba la delación de un tercero para, una vez sometido al rol del tormento, verificar la denuncia. En una sociedad teocrática donde iglesia y Estado son dos ejes complementarios del Poder (no existe separación Iglesia-Estado) el paso de esta institución procesal canónica al de la criminalidad común es algo prácticamente automático.

En la creencia de la era, existía una similitud entre la idea de delito y de pecado, entre pena y penitencia, como un reflejo más de la presencia viva de las ideas religiosas en el mundo de entonces. Como resultado de dicha línea de pensamiento, se forjó una concepción teocrática de la realidad¹³. Por ello, se entiende que la Justicia es una imposición por haber pecado (*quia peccatum est*), la pena se fundamentaba en la necesidad de reponer el orden divino y se justificaba por sí misma (*quia peccatum est nec peccetur*). Como un reflejo más de la presencia viva de las ideas religiosas en el mundo de entonces, no es extraño que se creyera que nada mejor para saber si un hombre es culpable, que su propia confesión y puesto que esta no se producía de hecho espontáneamente, había que recurrir a medios violentos para lograrla, con los cuales se pretendía vencer la instintiva resistencia a la autoacusación.

Como refiere Tomás y Valiente¹⁴, el hecho de que los jueces insistieran al reo en el acto del suplicio para que «dijera la verdad» (*quaestio ad eruendam veritatem*), cuando este se declaraba inocente, para el juez no podía ser otra que la confesión.

Como vimos, las carencias procesales de la época son una de las causas del auge del instituto de la tortura, los medios de prueba conocidos estaban entonces poco desarrollados (caso de la prueba documental-penal) o muy desacreditados (prueba testifical) o quedaban subsumidos en el mismo tormento (confesión).

Ello explica, en cierto modo, esa tendencia hacia el uso excesivo del mismo y a considerar la confesión del reo como una prueba perfecta. No es extraño que se creyera que para conocer si un hombre era culpable había que recurrir a cualquier vía para obtenerla. Pero hay que tener otras circunstancias propias de la época: los jueces tenían legalmente parte en las penas pecuniarias por ellos impuestas, que ellos eran al tiempo en el mismo proceso inquisidores y juzgadores y que la condena de los reos culpables reportaba un mérito a su trayectoria profesional como prueba patente de su eficacia en la represión del crimen. Como consecuencia, existía una acusada tendencia a que se exacerbara el celo judicial en la aplicación del tormento sobre el sospechoso, se loaba la habilidad y la dureza empleada por el Inquisidor para conseguir revelaciones utilizando una variopinta gama de los más reprobables artilugios.

Así de la pluma de Bartolo da Sassoferrato (1313-1357) y su discípulo Pedro Baldo de Ubaldis, Irnerio, Acursio, Vacario, Placentino, Canaro, Hipólito Marsili,

¹³ El poder de la Inquisición está convenientemente analizado en por RÁBADE OBRADÓ, M.^a Pilar, «El proceso inquisitorial contra Juan del Río», *Anuario de Estudios medievales*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1998, pp. 695-708. La autora analiza el ajusticiamiento de un canónigo, judío converso de Toledo acusado de judaizar, las críticas durante su encarcelamiento a la Inquisición fueron el motivo principal de que fuera condenado a la hoguera.

¹⁴ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, «La tortura en España», *op. cit.*, pp. 101-102. El autor comenta la experiencia personal descrita por Quevedo y Hoyos, de la que fue protagonista como juez del proceso: Quevedo y Hoyos se recogió en su interior suplicando a Dios que el reo dijera la verdad y se acusara: «en este instante volvió a mirarme (el reo) con rostro alegre, y al punto confesó sin darle buelta ninguna; ratificase y del hize justicia, y en verdad que murió santamente y a mi juicio bien arrepentido».

Giulio Claro y muchos otros autores aparecen numerosas glosas, escritas con más o menos originalidad y experiencia forense, que tienden a perfilar los rasgos de una institución que por su escaso tratamiento legal exigía, como tantas otras de entonces, una labor innovadora por parte de los doctores.

En España existe un cúmulo de autores (Antonio Gómez, Gregorio López, Antonio de la Peña, Monterroso y Alvarado, Suárez de Paz, Cantera Burgos, Castillo de Bova-dilla, Hevia Bolaño, Alonso de Villadiego, Quevedo y Hoyos, Fernández de Herrera) que sin llegar a profundizar en una crítica a la institución se limitan a comentarla superficialmente, dando por descontado la necesidad de su existencia. Se trata de hombres del foro deseosos de reflejar en sus obras los usos que ellos mismos obser-vaban en la praxis cotidiana de su profesión, y de influir en la vida practica aconsejando a los neófitos y corrigiendo posibles errores y abusos en la *lex artis* de lo que consideran una prestigiosa institución procesal.

Más los propios excesos en la practica de la totura provocaron que el propio Papa Sixto IV promulgara una Bula en la que prohibía categóricamente que la Inquisición se extendiese a Aragón (aunque finalmente la autorizase). Pero lo significativo de esta Bula¹⁵, es la reprobación sin ambages a la labor del Tribunal inquisitorial de Castilla, afirmando el Pontífice que:

«Muchos verdaderos y fieles cristianos, por culpa del testimonio de enemigos, rivales, esclavos y otras personas bajas y aún menos apropiadas, sin pruebas de ninguna clase, han sido encerradas en prisiones seculares, torturadas y condenadas como herejes relapsos, privadas de sus bienes y propiedades, y entregadas al brazo secular para ser ejecutadas, con peli-gro de sus almas, dando un ejemplo pernicioso y causando escándalo a muchos.»

Se cita en general, como precursor de la idea de abolición del tormento a Juan Luis Vives, ya en el año 1542, posteriormente le hicieron críticas aisladas los juristas y pensadores Quintiliano, La Bruyere, Pierre Bayle y Montaigne. Tomás Cerdán de Tallada afirmaba que en el siglo XVI las penas aplicadas por la Justicia de Castilla eran mucho más suaves que las que se aplicaban en Francia.

Sin embargo, por poner un ejemplo, García Cárcel¹⁶ estima que entre 1575 y 1610 fueron torturados en el tribunal de Toledo aproximadamente un tercio de los encausa-dos por herejía. En otros períodos la proporción varió notablemente. La tortura era siempre un medio de obtener la confesión del reo, no un castigo propiamente dicho.

La distribución de las penas varió mucho a lo largo del tiempo. Las condenas a muerte fruto de los procesos inquisitoriales fueron frecuentes sobre todo en la prime-ra etapa (según García Cárcel¹⁷, el Tribunal de Valencia condenó a muerte antes de 1530 al 40% de los procesados, pero después el porcentaje bajó hasta el 3%).

La obra más conocida escrita en Castilla durante los siglos XVI y XVII sobre la tor-tura fue la publicada por Antonio Quevedo y Hoyos en 1632, escrita en los inicios de su ejercicio de su carrera judicial. En ella se hace eco de los tratados existentes en la

¹⁵ Vid. KAMEN, Henry, *La Inquisición española: Una revisión histórica*, Ed. Crítica, Barcelona, 1992, p. 53.

¹⁶ Vid. GARCÍA CÁRCCEL, Ricardo, *La Inquisición*, Anaya, Madrid, 1990, p. 43.

¹⁷ Cfr. GARCÍA CÁRCCEL, Ricardo, *op. cit.*, p. 39.

materia por los juristas castellanos e italianos, su pretensión era realizar una obra sistemática sobre la aplicación de los suplicios.

Entre 1550 y 1700 existe un posicionamiento global bastante homogéneo entorno a la tortura, y todos los teóricos parecen preocupados –con mayor o menor intensidad– por la praxis, por el «cómo» realizar el tormento más que en replantearse si nos hallamos ante una institución legítima, aunque tampoco faltasen protestas formales de las Cortes¹⁸.

Para entender es proceso es preciso ubicarnos en aquel oscuro, radical y sangriento siglo xvi en Europa donde, pasados los efluvios del medievo, amanece una nueva era donde ya nada es lo que era y nadie conocía qué es lo que podía acaecer.

4. EL SIGLO XVIII Y BECCARIA

Existe un viejo proverbio chino según el cual las flores más hermosas nacen del fango. Si existe un siglo vital para la historia de la humanidad fue el siglo xviii. No sólo por un ser un siglo magnífico merecedor de la atención por sus avances científicos, sino porque en él aparecieron una serie de ideas humanitarias que fueron calando progresivamente en la conciencia popular. Estas ideas buscaban desterrar del planeta lo absurdo, lo irracional lo arbitrario y sustituir el antiguo orden por otro más humano basado en la justicia, la humanidad y la razón. Lógicamente no todas las ideas fueron positivas, pero al centrarnos en lo negativo corremos el riesgo de dejar entre renglones cuanto se avanzó.

Como refiere Dickens¹⁹ *«Era el mejor de los tiempos, era el peor de los tiempos, la edad de la sabiduría, y también de la locura; la época de las creencias y de la incredulidad; la era de la luz y de las tinieblas; la primavera de la esperanza y el invierno de la desesperación. Todo lo poseíamos, pero no teníamos nada; caminábamos en derechura al cielo y nos extraviábamos por el camino opuesto»*.

En 1764 aparece en Livorno un manuscrito anónimo titulado escuetamente *«De lo delitos y de las penas»*. Contemplando el libro bajo los ojos de hoy en día, parece difícil calibrar el porqué inicialmente fue publicado bajo el régimen del anonimato. Para comprender bien las ideas ilustradas es necesario conocer aunque sólo sea desde un plano elemental, cual era la situación sociopolítica que reaccionó con extrema dureza frente a tan humanitario epítome.

Corría el año 1714 cuando por consecuencia de las vicisitudes del Tratado de Utrecht el Ducado de Milán (denominado el Milanésado) pasa a depender del férreo yugo del imperio austriaco, concretamente del emperador Carlos VI, otrora pretendiente de la Corona hispánica.

A finales de 1750, un grupo de jóvenes aristócratas milaneses se reúnen para leer los escritos recientes salidos de las plumas ilustradas francesas. Fue por aquel entonces

¹⁸ Vid. Vid. KAMEN, Henry, «La Inquisición española: Una revisión histórica», *op. cit.*, pp. 78-81. Las Cortes de Castilla pidieron al rey la reforma de los procedimientos de la Inquisición al menos en las siguientes fechas: 1518, 1520, 1523 y 1525. Las Cortes de Aragón, al menos en 1518.

¹⁹ Vid. DICKENS, Charles, «A tale of two cities», Washington Square Press, Ed., Nueva York, 1996, pp. 3-6.

cuando este pequeño grupo de intelectuales inquietos, de carácter ansioso propio de las aguas del Mediterráneo, entran en lo que superficialmente parecen ser vacuas polémicas que se desarrollan en el salón de los Verri. Inconscientes de la trascendencia que en el futuro van a tener sus opiniones, fundan un diario *Il Caffè*, donde reflejan dichas disputas teóricas que en principio no parecen tener ninguna trascendencia práctica. En las tertulias nos encontramos a un joven y comodón marqués²⁰, Cesare Beccaria, que cuando se publica el librito tiene tan sólo veintiséis años, a Pietro Verri amigo inseparable (pese a que dista con el anterior nada menos que doce años) completando el núcleo duro del grupo el hermano menor de éste, Alessandro. Algo magnífico vio Pietro en aquel insulso joven para constituir tan férrea amistad. El hermano mayor de los Verri, que pasaba por ser un oscuro intelectual, tenía una minúscula fama en el mundo ilustrado lo que le permitía cultivar ciertas amistades entre los intelectuales franceses.

Beccaria reacciona contra la institución de la tortura de una forma terminante, así encabeza el título XII de su obra, dedicado a la misma, de un modo categórico afirmando «*que es una crueldad consagrada por el uso en la mayor parte de las naciones*» para proclamar sin tapujos «*no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados*»²¹.

El marqués indignado contra tamaña aberración pone en solfa los paralelismos que existen entre la tortura con los juicios de Dios, las pruebas de fuego y el agua hirviendo²²:

«la única diferencia que existe entre la tortura y las pruebas de fuego es que el resultado de la primera parece depender de la voluntad del reo y el de las segundas es un hecho puramente físico y extrínseco, pero esta diferencia es sólo aparente no es real. Hay tan poca libertad ahora para decir la verdad entre espasmos y desgarros, como la había entonces para impedir sin fraude los efectos del fuego y del agua hirviendo.»

Junto a las consideraciones humanitarias tampoco faltan raciocinios derivados de la propia lógica²³:

«Una extraña consecuencia que se deriva necesariamente del uso de la tortura es que el inocente se coloca en peor condición que el culpable; pues, si a ambos se les aplica el tormento, el primero tiene todas las combinaciones contrarias; porque o confiesa el delito y es condenado, o es declarado inocente y ha sufrido una pena indebida. Pero el culpable tiene

²⁰ Quintiliano SALDAÑA, poco respetuoso con la grandeza de su obra, escribe del italiano: «Este radical de peluca perfumada y guante blanco...este aristócrata, tímido y comodón no merecía el pase a la posteridad como autor de un famoso libro revolucionario. La historia de la libertad esta cargada de despropósitos». A su vez resulta significativa a la no menos despectiva opinión de su compatriota Lombroso quien diagnóstica sobre el marqués como un ser: «epileptoide, a menudo alucinado, a menudo pervertido, hasta la locura moral en el sentimiento y hasta el infantilismo y la imbecilidad en la inteligencia». También TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO (introducción a *De los delitos y de las penas*, *op. cit.*, pp. 12, 19 y 20) no se recata en desaprobar el carácter abúlico del marqués. Así lo define como «un ser quietista, poco ambicioso y con poca curiosidad vital», o «como un «hombre poco dinámico, poco combativo y cuya afición más espontánea fue la economía política».

²¹ *Vid.* BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas* (trad. Tomás y Valiente, francisco), Ed. Aguilar, 1ª Ed, Madrid, 1982, p. 95.

²² *Vid.* BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria, *op. cit.*, p. 97.

²³ *Vid.* BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria, *op. cit.*, p. 99.

una posibilidad a su favor pues cuando ha resistido con firmeza la tortura debe ser absuelto como inocente, ha cambiado una pena mayor por otra menor. Así, mientras que el inocente no puede más que perder, el culpable puede ganar».

5. CONTRA LAS IDEAS ILUSTRADAS

Dei delitti e delle pene era la consagración de las ideas ilustradas de Montesquieu, Rousseau y Voltaire (quien en su *Diccionario filosófico*, condena la tortura) las cuales proyectaban una reforma, aportando un sentido humanitario, a las leyes penales y procesales. El decisivo influjo que tuvo sobre las concepciones jurídico-penales de su tiempo. Junto a esta obra, fue también fundamental la obra de otro autor italiano, Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, publicada en 1780 y traducida en cinco volúmenes al español entre 1787 y 1789, pero fue prohibida por la Inquisición al año siguiente, 1790, como ya antes lo había sido la de Beccaria en 1777.

También en nuestra patria se sentía la necesidad de la humanización de las leyes penales. Tomando como referencia a Luis Vives, dos siglos después, Feijoo, en su *Teatro crítico universal*, la rechazó en la décima de sus paradojas políticas y morales afirmando: «*La tortura es medio falible en la inquisición del delito*».

Cadalso, en la segunda de sus *Noches lúgubres*, dedicó algunos párrafos a la tortura en las cárceles. Pero serán Jovellanos y Meléndez Valdés quienes mostrarán un mayor afán en desterrar la tortura judicial de nuestras leyes. Jovellanos, en su obra teatral *El delincuente honrado*, de 1773 (dedicada a poner de relieve lo injusto de la ley vigente entonces contra los duelistas) en la que se critica el arcaico modo de proceder de muchos magistrados, se refiere incidentalmente a la tortura con estas palabras:

«La tortura. ¡Oh nombre odioso! ¡Nombre funesto! ¿Es posible que en un siglo en que se respeta la humanidad y en que la filosofía derrama su luz por todas partes, se escuchen aún entre nosotros los gritos de la inocencia oprimida?»

También Juan Meléndez Valdés (1754–1817) expone más explícitamente su actitud ante la tortura judicial es en un discurso que pronunció al inaugurarse la Real Audiencia de Extremadura en 1791²⁴:

«¡Ah! si nuestras gloriosas vigiliass hiciesen con el tiempo menos dura la condición del delincuente en sus prisiones; si alcanzasen a hacer mias común su arresto...; si lograsen desterrar, ahuyentar para siempre del templo augusto de la justicia esa práctica dolorosa, inútil, indecente, ese horrible tormento proscrito ya de todas las naciones, indigno de la honradez española, y mal traído a nuestras sabias Partidas por las leyes del imperio; si arrancasen un solo inocente del suplicio ...».

²⁴ Sobre la transcendencia que tuvo su discurso en el Derecho penal de la época, Vid. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Ángel, «Treinta de mayo de 1790. La Real Audiencia de Extremadura (1790-1990)», *Revista del Poder Judicial. Número especial XVI: Bicentenario de la Audiencia Territorial de Cáceres*, 1990, pp. 39-50.

Fue Meléndez Valdés el penalista español que más coincidía con el modo de pensar y sentir de Beccaria. Pues, Lardizábal (a quien analizaremos posteriormente) disienta del autor italiano en un tema tan importante como la pena de muerte; Vizcaíno Pérez, más práctico del foro que jurista de formación ilustrada escribía a veces párrafos que estaban en franca contradicción con el marqués italiano. Sin embargo, Meléndez Valdés era más afín, incluso en su forma de ser; había más calor, una mayor humanidad, más clara inclinación a la defensa del delincuente como hombre; a pesar de su profesión de Fiscal, tiende siempre a moderar las penas y a imputar la sociedad una parte de los actos delictivos que se cometen²⁵.

El primer autor español que se refiere a la obra de Beccaria, aunque sin citar a su autor, es Alfonso María de Acevedo²⁶, a quien, pese a las reticencias de Tomás y Valiente, puede considerarse como el adelantado de los autores españoles opuestos al tormento. Con el fin de desterrarlo de los tribunales en 1770 escribió una obra titulada *De reorum absolutiōe*, en la que, con independencia de la valoración que hagamos de sus argumentos, es innegable su decidida actitud contraria a la tortura, declarando manifiestamente en ella, «*que qualquier especie de tortura es contraria a los principales derechos de la naturaleza, y a los más solemnes pactos de la sociedad*».

La publicación de esta obra y la posterior traducción española del libro de Beccaria (1774) provocaron la reacción de una parte de los elementos más opuestos a la Ilustración²⁷. La traducción de *Dei delitti e delle pene* desencadenó las iras del fraile jerónimo Fernando de Zevallos (o Cevallos, como también se le conoce), quien incluyó en el tomo V de su obra *La falsa filosofía* (publicada en Madrid en 1775) un fuerte ataque contra las ideas del autor italiano con la consiguiente defensa de la tortura y de la pena de muerte.

El monje acusa al jurista italiano de inspirarse en los pensadores materialistas. Lo hace desde las páginas de un confuso florilegio en el que defiende la tortura y el regalismo más absoluto, combatiendo paralelamente a los filósofos. Es la de Cevallos una personalidad tradicional y autoritaria, no sin cierta altanería y soberbia.

El contexto penológico de la España del siglo XVIII es cuando menos inquietante. Cuello Calón²⁸ indica que se aplicaba la pena de hoguera a los herejes, sodomitas²⁹, incendiarios y monederos falsos. También se imponía a brujos y brujas, mientras que

²⁵ Así TOMÁS Y VALIENTE; FRANCISCO [Introducción a De los delitos y de las penas, *op. cit.*, p. 47] refiere un fragmento de su Discurso pronunciado en la inauguración de la Real Audiencia de Extremadura en 1791. «...condenar un delito sin considerar el germen oculto que acaso tiene en la misma sociedad las causas necesarias que lo produjeron y los medios políticos de extirparlas en su raíz, puede multiplicarlo en vez de destruirlo».

²⁶ Así lo manifiesta TORIO, Ángel, «Beccaria y la Inquisición española», *ADPCP*, Madrid, 1971, p. 392.

²⁷ Refiere TORIO, Ángel, «Beccaria y la Inquisición española», *ADPCP*, Madrid, 1971, p. 394, que la razón principal de la de la repulsa del santo oficio contra el libro era que la institución venía dando muestra de gran actividad contra la literatura informada por la ideología racionalista y secularizante, que afectó tanto a Montesquieu como la totalidad de las obras de Rousseau, al Beccaria tributario de los dos autores franceses la obra fue por efecto censurada. El inquisidor general don Felipe Beltrán y la Cueva propugnó al Ministro Roda en carta de febrero de 1777 el que se incluyera *in totum* entre los libros prohibidos por las siguientes razones: «por ser obra capciosa, dura e inductiva a una impunidad cuasi absoluta, y que promueve el Tolerantismo, así en materias pertenecientes a la Fé, como en orden a las costumbres y ofensiva a la legislación Divina y Humana, particularmente a la criminal, tanto a la eclesiástica como a la civil».

²⁸ Vid. CUELLO CALÓN, Eugenio, (csr.) *La moderna Penología*, 1958, pp. 216 y 256 y ss.

²⁹ Partida VII, XXI, 2 y Pragmática de los Reyes católicos en Medina 1497, que pasó a la Nueva Recopilación, VIII, 21,1.

los envenenadores y traidores, los asesinos por precio o los salteadores de caminos eran arrastrados y ahorcados. El descuartizamiento fue conocido también en España hasta el siglo XVIII. La marca, con el hierro candente en forma de L, era aplicada en el reino de Felipe V a los ladrones, como accesoria de la pena de galeras o, como medio de identificación. Carlos III de España ordenó *manu militari* a los gitanos integrarse en un plazo de noventa días, debiendo en dicho plazo realizar un oficio, transcurrido ese plazo eran detenidos sin formación de causa, aplicándosele en la espalda un hierro candente, los gitanos sellados que reincidían eran reos de muerte. Los azotes siguieron aplicándose a principios del siglo XIX.

Pero como afirma Francisco Tomas y Valiente:

«Los Argumentos esgrimidos durante los siglos XVI, XVII, y primera mitad del XVIII, contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma de esta institución, fue por que se dirigían aisladamente contra ésta y no contra todo un sistema procesal-penal del que la tortura era una pieza básica y consustancial.»

Es importante resaltar la idea de Tomas y Valiente porque la tortura por lo general nunca trabaja como un elemento aislado en una determinada sociedad al contrario tanto ayer como hoy la tortura funciona como un engranaje dentro de una maquinaria represiva, y tiende a repetirse cuando en un ciclo histórico se produce un evento autoritario. Así los presuntos excesos de la prisión Abu Graib serían impensables dentro del marco de la sociedad estadounidense, más cuando un gobierno adopta un talante represor en una zona como secuela inherente aparece el fenómeno torturador.

Volviendo a la abolición de la tortura, cuando se le empezó a asestar golpes al sistema político dominante se logró abolir el tormento, gracias a la labor de los hombres de la Ilustración que tuvieron el espíritu crítico necesario que terminó con esta aberración del ser humano.

En España, Juan Antonio de las Casas, un arrojado ilustrado, traduce y se imprime en Madrid por Joach(qu)ín Ibarra en 1774 el tratado de Beccaria³⁰. Las críticas certeras a todo el sistema, alcanzará influir en juristas Españoles, Acevedo, Sempere y Guarinos, Valdés, el novohispano Lardizábal y Uribe, etc.

Mención aparte merece la figura del honesto abogado Ramón de Salas, docente de la Universidad de Salamanca, difusor de las teorías de Beccaria, impugnador de la Inquisición y protector de los judíos, preso y enjuiciado en 1795 por el Santo Oficio. Este repudiado y ninguneado filántropo alejado de los claustros, escribe y razona con humanidad acerca de los delitos y las penas. Aún en el siglo XIX será criticado por Menéndez y Pelayo por ser «volteriano» y «heterodoxo». Es la suya un ansia incontenible de liberar al hombre acosado por la barbarie. Testigo de la miserable condición de los presos en las cárceles de España, escribe: *«Los cabellos se me erizaban y un temblor general se apoderaba de mí al considerar el desprecio inhumano que las leyes hacían de la libertad, del honor y de la vida de los hombres.»*

³⁰ El Consejo Real dudó en autorizar o no la edición, al fin adoptó una actitud permisiva pero autoritaria y amenazante al mismo tiempo. En la primera página del libro se lee: *«NOTA: El Consejo conformándose con el parecer del señor Fiscal, ha permitido la impresión y la publicación de esta obra sólo para instrucción pública, sin perjuicio de las leyes del Reino y su puntual observancia; mandando para inteligencia de todos poner en el principio esta nota.»*

Recordemos que la corriente contrarrevolucionaria, heredera del pensamiento reaccionario español de la segunda mitad del siglo XVIII, se manifestó a través de diversas obras apologeticas condenatorias de los principios de la Ilustración y de la Revolución francesa, como las de Fray Fernando de Zeballos y Mier (*La Falsa filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas convencidas del Crimen de estado*, Madrid, 1775-76, 6 vols.)³¹, el padre Antonio José Rodríguez (*El Filoteo*, Madrid, 1776) y Fernández de Valcarce (*Desengaños filosóficos*, Madrid, 1787-97, 4 vols.).

Pero, herencia de la Contrarreforma, a pesar de la actitud de algunos ministros de Carlos III, entre otros Pedro Rodríguez de Campomanes, el ambiente no es propicio para que *De los delitos y de las penas* circule libremente; la obra fue considerada liberal y extranjera por las fuerzas tradicionalistas hispanas.

Tres años más tarde, en Madrid, un edicto de la Inquisición de 20 de junio de 1777, reiterado en 1790, prohíbe y condena el libro y lo incluye en el Índice. Se percibe cierta pugna con el secular Consejo Real (o de Castilla) que no lo había prohibido. De hecho, para ellos el mundo debe ser un «jardín de los suplicios»³².

6. LA POLÉMICA DE CASTRO CON ACEVEDO

En 1770 y en latín se publica en Madrid un libro de Alfonso María de Acevedo combatiendo la tortura *Ensayo acerca de la tortura o cuestión del tormento*, estudio –a juicio de Tomás y Valiente³³– mediocre y poco sólido. Aunque se percibía la lectura de la obra de Beccaria, fue escasa la influencia de un libro sobre el otro.

Paradójicamente este insulso libro concentró las iras de los sectores más reaccionarios del estamento eclesiástico. Dentro de esta corriente de pensamiento, encontramos, como estandarte, la figura de Pedro de Castro, canónigo de la Metropolitana de Sevilla y autor de un tratado que titulado *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron, e impugnación del tratado que escribió contra ella el doctor D. Alfonso María de Acevedo* publicado en Madrid en 1778.

Visto con los ojos de hoy en día, este inhumano libro, destinado a impugnar las filantrópicas ideas de Acevedo, puede ser reputado como un catálogo de desatinos, mas en su época mereció por parte de sus coetáneos (en consonancia con la legislación que regía en el momento) la consideración de un reputado tratado.

³¹ Impresa de Antonio Sancha 1775 interesa en relación a la tortura el tomo V, pp. 353 y 383. dentro de espíritu reaccionario Zeballos reacciona contra las «absurdas opiniones innovadoras» que tratan de abolir la pena de muerte. El monje argumenta a favor de la pena capital en base a que si Dios da la vida, Dios puede quitarla y «lo mismo puede decirse de cualquier otro que en nombre de Dios y por sus ordenes quitase la vida a ciertos hombres, aún por parte de estos no hubiese culpa». Dentro de su concepción teocrática para Zeballos dado que el *ius puniendi* no es sino la facultad da aplicar penas a las culpas, está claro que ese derecho siempre es justo y, por lo tanto, la pena de muerte también.

³² Este tipo de afirmaciones contribuyó a divulgar en el extranjero una imagen internacional muy negativa de la Inquisición española y, por ende, de España. Imagen que se extrapola a todos los ámbitos. Así por ejemplo en la literatura y en la opera (sobre el particular veáse GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Castigos, delitos y bel canto*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 66). El autor cita L'Áfricaine de Meyerber, La Gioconda de Amilcare Ponchielli o el más famoso, Don Carlo de Giuseppe Verdi.

³³ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, (Introducción a) *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 41.

Las acerbas críticas del canónigo a Acevedo desembocaron en una sonora polémica. No obstante, como refiere Tomás y Valiente³⁴, la disputa no fue muy confrontada, pues aunque Acevedo no puede ser considerado como un decidido adversario frente a este instituto procesal, sólo en la última parte muestra su decidido ataque frente a la institución, mientras en las tres primeras partes se muestra poco resuelto en sus ofensivas. Sin embargo, es innegable que Acevedo llega a afirmar frases reprobatorias a la tortura tales como «*cualquier especie de tortura se opone a los principales derechos de la naturaleza y a los solemnes pactos de las sociedades*».

En el año 1774, Pedro de Castro, como vimos indignado con Acevedo, presentó a la Academia de Historia una obra que había titulado *Lo que va de Alfonso a Alfonso*, con el fin de ridiculizar de este modo a Alfonso de Acevedo al contraponerlo a Alfonso el Sabio (y quizá también al teólogo y filósofo del derecho penal del siglo xvii, Alfonso de Castro). En el texto, se satirizaba y ninguneaba a Alfonso de Acevedo frente al legislador sabio y prudente que reguló el tormento en Las Partidas.

La Academia, con muy buen sentido, se negó a aprobar el reaccionario libro del canónigo, quien, no contento con el rechazo, lo presentó al Colegio de Abogados, el cual, en oposición al criterio de la Academia, autorizó la publicación cambiando solamente el detonante título de la obra, que pasó a llamarse *Defensa de la tortura*.

En ella encontramos encendidos alegatos tales como:

«Es un manifiesto absurdo decir que el tormento se da para que los reos confiesen...Se da para saber la verdad del mismo acusado. Y es la razón porque entre cincuenta reos infamados, apenas se dará uno que siendo inocente se vea en tal aprieto, y porque siendo regular el negar el delito aun por los menos animosos, y tan feroces los más de aquellos a quienes se decreta el tormento, como lo indica cualquiera de sus atrocidades, es consiguiente que los endurecidos en maldades vengan con su ferocidad el tormento.

La luz natural manifiesta que la negación en un tormento de un infame indiciado de delito capital no prueba su inocencia tanto como la confesión su culpa.»

La siguiente afirmación del apologista sólo puede encuadrarse dentro de la historia de las atrocidades de la humanidad; la técnica de cometer injusticias para impartir Justicia es defendida por el canónigo³⁵:

«Y aunque no falte el caso en que uno u otro inocente haya confesado el delito que no cometió y perecido afrentosamente a causa de faltarle constancia en el tormento para afirmar su inocencia, este daño particular no puede preponderar de ningún modo al beneficio común de que fueron y han sido muchos los malvados que experimentaron por él su merecido castigo.»

Con inusitado sadismo y abierto desprecio a la más elemental justicia llega a afirmar:

³⁴ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La Tortura en España*, op. cit., p.126.

³⁵ Vid. DE CASTRO, Pedro, *Defensa de la tortura*, p. XIII.

«no es necesario quitar al tormento el nombre de pena, para salvar lo justo de él, porque la sospecha justa es punible.»

En su lucha por proteger la tortura, el autor no duda en auxiliarse en argumentos derivados del amor a la patria y a nuestras tradiciones:

«Afirmar el doctor Acevedo que la tortura es un prejuicio, es un horrible dogma, es una cruel opinión, una acción inicua y execrable, y en fin una tiranía [...] y llamar audaces patronos de ella o ineptos pragmáticos a los autores que la defendieron [...] son proposiciones éstas que en el modo y en la sustancia podrán muchos guardarlas de arrojarlas.»

«Pero al paso de estas ilustres dotes que le hermocean [a la obra de Acevedo] es preciso confesar que se hace reparable en ella el alto punto de una exquisita declamación que resuena por todas sus partes, cuando debiera aplicarse para este intento la insinuación, el respeto y la protesta, y se hace sensible cierto aire insultante y ofensivo de nuestras leyes patrias, cuya justicia y sabios cuerpos de ellas deben siempre hacer honor de nuestra Nación Española, aun comparada con la Griega, Romana y las otras que hoy presumen de cultas; y de nuestros Augustos Monarcas que las establecieron para el gobierno público y barrera de la malicia, y las han confirmado permitiendo sin escrúpulo alguno su vigor y observancia.»

La lamentable obra del Padre Castro cruzó las fronteras y produjo notorio desagrado en el extranjero, causando la indignación de Brissot de Warville (1754–1793), a la sazón editor de la *Bibliothèque de Législation*, quien censura abiertamente a nuestro país por dar acogida a semejante libro³⁶. Posteriormente, denunciando la situación en España, Masson de Morvilliers publica un artículo muy crítico sobre España en la *Encyclopédie méthodique*, artículo que provocó las iras de Floridablanca.

En 1778, el Colegio de Abogados de Madrid terció en la *Disputatio* inclinándose decididamente a favor del canónigo sevillano considerando que la tortura era una prueba «justa, útil y necesaria». Pues «aunque no falte caso en que uno u otro inocente haya confesado el delito que no cometió y periculado afrentosamente a causa de faltarle constancia en el tormento para afirmar su inocencia, este daño particular no debe preponderar de ninguna manera al beneficio común, de que fueron y han sido muchos los malvados que experimentaron por él su merecido castigo».

³⁶ No obstante tampoco Francia puede presumir de ser, en aquella época, un modelo de defensa de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el prestigioso magistrado galo Muyart de Vouglans escribió en 1767 una *Refutation du traité «Des délits et des peines»*, obra que repudia agriamente la totalidad de la obra de Beccaria. La dureza del represivo derecho penal absolutista francés se combinaba con medidas como las *lettre de cachet*, órdenes de detención de un individuo sin límites de tiempo, que colocaban a cualquier súbdito (salvo a la nobleza) en una situación de total desamparo frente al *Ancien Régime*. Sobre la dramática situación penitenciaria de las cárceles galas del momento, ver HOWARD, John *The State of the prisons in England and Wales with preliminary observations, and account of some foreign prisons*, Ed. Routledge/Thoemes Press, London, 2000 (Reproducción de la Ed. De Warrington, 1777), p. 93. También mi artículo *Crónica de la vida de John Howard, alma mater del Derecho penitenciario*, ADPCP, Tomo LVIII, Fascículo I, enero-abril de 2005, pp. 144 y ss o TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, Edis-ofer, Madrid, 1998.

En su dictamen³⁷ acerca de la célebre *Disputatio*, los abogados madrileños declaran que la razón pesa sobre el canónigo de Sevilla pues «*la tortura es una institución justa, útil y necesaria*». Igualmente el Colegio matritense aprovecha la oportunidad para justificar no solo la pena de muerte, sino la pragmática dada por Felipe V en 1734 según la cual toda persona mayor de diecisiete años que cometiese un delito de hurto cualquiera que fuera la cantidad, dentro de las cinco leguas del rastro y distrito del término del lugar donde se hallare situada la Villa y Corte era reo de muerte³⁸, y asimismo que en los delitos de lesa majestad «*haya de trascender el suplicio del delincuente y extenderse a su misera descendencia*».

Finalmente se considera que el libro de Acevedo es «*peligroso*», el Ilustre Colegio de Letrados matritense censura a este autor pues a parte de «*cándido*», «*su declamación injuriosa y audaz*». Como réplica, se alaba la propuesta del Padre De Castro a quien parece necesario «*agradecer y aprobar su impugnación*» para que sirva de abuso al público de aviso «*de lo que sea o pueda serle nocivo*».

Entre quienes se alinean explícitamente a favor de Acevedo y/o en contra de Castro, se cuentan la Real Academia de la Historia, Lardizábal, Elizondo los redactores de El Censor, Sempere y Guarinos, Juan Pablo Forner y, siquiera parcialmente el Colegio de Abogados de Madrid.

Entre los que hacen lo propio a favor de Castro y/o en contra de Acevedo, se hallan Zevallos, el ya mencionado Colegio de Abogados Matritense y hasta cierto punto el propio Castro que, repartiendo mandobles a diestra y siniestra, hace las veces de varios apologistas.

Hemos de recordar que dos años antes al Dictamen, en 1776, el ministro don Manuel de Roda y Arrieta (Secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia entre 1765 y 1782) promovió un importante oficio dirigido al Consejo Real propugnando reformas penales y procesales tan avanzadas como la supresión de la pena de muerte³⁹.

Pero la respuesta más extensa y mejor fundada que recibió Castro fue la que salió de la pluma del ilustre magistrado, miembro y secretario de la Real Academia Española, don Manuel de Lardizábal y Uribe⁴⁰. Éste, tras el frustrado proyecto de reforma

³⁷ Lo firma en Madrid a 6 de junio de 1778 el Decano don Vicente García Hernández, el secretario don Mateo Alonso de Prado y otros seis licenciados.

³⁸ Vid. Pragmática de Felipe V de 1734, que puede verse en la Novísima Recopilación, XII, 4,3.

³⁹ Por aquel entonces el único país que rechazó, por lo menos formalmente, la pena de muerte fue la Rusia de Catalina II (excepto por el delito de traición).

⁴⁰ Nació el 22 de diciembre de 1739 en la hacienda de San Juan del Molino, Tlaxcala, y murió en Madrid el 25 de diciembre de 1820. Descendiente de familia vascongada, su tío don Juan Antonio de Lardizábal y Elorza fue obispo de Puebla. Lardizábal llegó a redactar un borrador del que hubiera constituido el primer Código Penal Español. No llegó a elaborarse y promulgarse dicha Compilación Legal debido a la lentitud de los trámites burocráticos y, sobre todo, por la resistencia de los sectores más reaccionarios y tradicionalistas, enfrentados éstos a las políticas reformistas llevadas a cabo por los miembros más ilustrados del Consejo de Carlos III. Así, los trabajos de este fallido Código Penal, iniciados en 1787, quedaron interrumpidos en 1789, año en que se produce la Revolución Francesa, seguida, en nuestro país, de una fuerte reacción conservadora. Lardizábal fue un ilustrado. Pero como otros, tal es el caso de Jovellanos (con el que trabajó en la primera edición bilingüe –latín y castellano– del renovado Fuero Juzgo) o del Padre Feijoo, fue un ilustrado cristiano. Pese a que todo lo sometían a la crítica y a la razón, nunca abandonaron sus convicciones religiosas.

En todo caso, y teniendo en cuenta el momento histórico que le tocó vivir, fue un verdadero adelantado en sus ideas, respecto a cómo debía configurarse el Derecho Penal de la época. Así, fue el primero

de la legislación penal de 1776, publicó en 1782 su célebre *Discurso sobre las penas*, que es el más importante tratado de derecho penal español del siglo XVIII.

A pesar del fuerte rechazo que originó la obra del marqués italiano, en la obra de Lardizábal se sostienen soterradamente la aplicación de la mayoría de las doctrinas de Beccaria. Nos encontramos, pues, con la ruptura, a base de fuerzas antagónicas, del pensamiento jurídico y tradicional. Para Salillas⁴¹ el libro del marqués italiano no tuvo en nuestro país un eco directo, sino tan sólo el reflejo, por la obra trascendental del jurista criollo.

Como refiere Tomás y Valiente el reformismo de Lardizábal es moderado y cauto⁴². Defiende la pena de muerte y lo hace contradiciendo de forma expresa los argumentos de Beccaria a favor de su supresión⁴³, y siempre que «se use de ella «con la mayor sobriedad y con toda la circunscripción posible»⁴⁴. Bien es cierto que su defensa de la pena capital queda mitigada a aquellos supuestos en que sea «conveniente y necesaria al bien de la república».

Indiscutiblemente, Lardizábal aparece como la gran figura penalista del siglo XVIII en nuestro país. El jurista criollo no es un mero seguidor de Beccaria (...) porque añade a la divulgación del estado de las leyes criminales y la justicia que efectúa éste su contacto con la realidad del Derecho, frente al tono retórico del italiano, más calma en la Exposición y menos patetismo⁴⁵. Como refiere García-Pablos y Molina⁴⁶, la obra de Lardizábal estaba dirigida a expertos –no al gran público, como la de Beccaria– y «su mayor originalidad reside en la teoría de la pena, por su utilitarismo relativo o moderado, terreno en el que probablemente supera a Beccaria».

Como el jurista indiano resalta que las mismas leyes de su tiempo y los autores más adictos al tormento lo confiesan, que el miedo y el dolor pueden obligar a uno a imputarse un delito que no ha cometido; puede, por consiguiente, peligrar, y en efecto ha peligrado innumerables veces, la inocencia en el tormento; y esto sólo bastaba para abolirle, según el espíritu de otras leyes, porque *más santa cosa es* (dice una de

en defender en España el principio de legalidad para los delitos y para las penas, rechazando el arbitrio judicial. La pena debía ser proporcionada al delito, siendo lo menos rigurosa que fuera posible y siempre segura.

Junto a su labor político-jurídica, hay que destacar su labor doctrinal. Publicó varios libros, todos ellos dedicados al Derecho Penal. Destaca su *Discurso sobre las penas*, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma. Sus últimos años fueron de dolor y de destierro. En 1794, tuvo que salir del país, con destino a Francia, junto a su hermano Miguel, el cual llegaría a ser después, en el primer gobierno de Fernando VII, Ministro de Indias. El destierro vino debido a su enfrentamiento político con Godoy. No sería hasta el año de 1814 cuando regresaría, coincidiendo su regreso con la vuelta de Fernando VII a nuestro país. Sus últimos 6 años de vida, que son los del llamado Sexenio Absolutista del soberano, estuvieron presididos por el silencio forzado por la situación política del momento, y por la enfermedad, muriendo al poco de la sublevación liberal de Riego, el día de Navidad de 1820, dos días después de haber cumplido los 81 años de edad.

⁴¹ Vid. SALILLAS, Rafael *Evolución penitenciaria en España*, vol. I, Madrid, 1918, p. 96.

⁴² Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura en España*, op. cit., p. 251.

⁴³ Vid. LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas. Contrahído á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, J, Ibarra, Madrid, MDCCLXXXII, pp. 167-182. (También facsímil por la Revista de Estudios Penitenciarios, Núm. 174, julio-septiembre de 1966, pp. 627-746).

⁴⁴ Vid. LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, op. cit., p. 185.

⁴⁵ Así lo afirma FIGUEROA NAVARRO, M.ª del Carmen, «El proceso de formación de nuestra legislación penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2000, p. 332.

⁴⁶ Vid. GARCÍA PABLOS Y MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistema de respuesta al crimen)*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 310-311.

ellas) y más derecha, no imponer al hombre la pena que mereciese por yerro que hubiese hecho, que imponerla al que no la mereciese. Y aunque se alega que en la prueba más autorizada y legal, cual es la de testigos, puede peligrar alguna vez la inocencia, pues ya por malicia, ya por ignorancia, ya por otros motivos pueden deponeer falsamente. Pero hay la notable diferencia, que en la prueba de testigos puede suceder esto por accidente; pero en la del tormento debe suceder por su misma naturaleza⁴⁷.

Hemos analizado brevemente el rechazo de las propuestas racionales por parte de los sectores tradicionalistas. Tomás y Valiente⁴⁸ observa que muchas de las ideas sociales de la Ilustración, las de Voltaire, Beccaria y otros, sólo se imponen en el heredero directo de ésta, es decir, en el Estado liberal.

El resultado de los esfuerzos de Acevedo y Lardizábal –a los que debemos añadir los ya referidos de Jovellanos, Forner, Meléndez, Vizcaíno Pérez y Sempere– contribuyó en gran medida a que la pena y la prueba del tormento se abolieran definitivamente en España. Debe precisarse, sin embargo, que tales esfuerzos fueron eficaces más en el plano estrictamente legal –conseguir que desapareciese de nuestra legislación– que en el práctico, pues, como todos los autores citados reconocen, la tortura había dejado ya entonces de aplicarse en España. Faltaba solamente, por tanto, excluirla del ordenamiento legal, lo que se consiguió por fin –tras el frustrado intento de Manuel de Roda de reforma de la legislación penal, en 1776– en la Constitución de Bayona de 1808.

Pero también es necesario reseñar que hubo en aquella época ciertos espíritus tibios que no entraron a tomar parte en la polémica pues aunque personalmente no simpaticen con ella, no postulan su desaparición, pues entienden que es una institución clásica por lo que en todo caso deberá ser respetada.

Dentro de estos colaboracionistas pasivos de esta abominable práctica nos encontramos a De Elizondo⁴⁹ quien reproduce en su «Práctica» la doctrina clásica sobre el tormento. Con parecidos argumentos (aunque también sin citar ningún caso en concreto) encontramos en Álvarez de Posadilla⁵⁰ quien estudia el tormento en 1796.

Paralelamente Vizcaíno Peréz⁵¹, Fiscal de la Audiencia de Galicia, se siente obligado a justificarse ante el lector por explicar qué es el tormento y que problemas

⁴⁷ Lardizábal ataca la tortura fundamentalmente con argumentos de lógica y de derecho positivo más que de signo humanitario. Así refiere como las leyes obligaban a los jueces que cuando examinen a los reos, debiendo formular por preguntas generales y nunca por particulares o sugestivas. La razón que da la ley es: *que tal pregunta formulada de forma no directa no sería buena, porque podría suceder que le daría ventaja para decir mentira*. El jurista se cuestiona que si la pregunta de un juez, hecha sin violencia ni amenazas, sólo por dirigirse a objeto determinado puede inducir al reo a decir mentira, ¿cuánto más podrá y deberá inducirle el rigor del tormento, cuando se le da determinadamente para que confiese el delito que se le imputa? Y si los dolores le pueden obligar a mentir contra sí mismo, ¿cuánto más podrán obligarle a mentir contra otro, cuando se le atormenta para que descubra cómplices? Si las preguntas sugestivas están prohibidas justamente por la ley, porque pueden inducir a decir mentira, el tormento, que no sólo puede inducir, sino también forzar a decirla, ¿por qué no se ha de prohibir igualmente?

⁴⁸ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1973, p. 227.

⁴⁹ Vid. DE ELIZONDO Y ÁLVAREZ, FRANCISCO ANTONIO, *Práctica universal forense de los tribunales de esta Corte, Reales Chancillerías de Valladolid y Granada y Audiencia de Sevilla*, 5.ª ed., Madrid, 1783, pp. 273 y ss.

⁵⁰ Vid. ÁLVAREZ DE POSADILLA, JUAN, *Práctica criminal por principios, o modo o forma de instruir de los procesos criminales de las causas de oficio de Justicia contra los abusos introducidos*, vol. II, Valladolid, 1794, pp. 351 y ss.

⁵¹ Vid. VIZCAÍNO PÉREZ, VICENTE, *Código y práctica criminal: arreglado a las leyes de España / que para dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos reales*, Vol. II, imprenta de la Viuda de Ibarra, Madrid, 1797, pp. 356 a 424.

encierra. Su tibieza, cargado de escrúpulos y recelos parece patente: en un principio el autor recuerda que legalmente su uso está permitido, en otra parte confiesa que es muy difícil decidirse en favor o en contra de la abolición, al final tranquiliza su conciencia pues dada la vigencia formal se ve en la necesidad de estudiarla, pero que «es una materia que le horroriza con solo imaginarla».

Finalmente Vilanova y Mañes⁵² necesita justificarse por estudiar el tormento aun reconociendo que está en decadencia su empleo, analiza críticamente la tortura, para sorprendentemente declararse, no sin cierta timidez, partidario de dicha institución.

Sea como fuere, la ausencia de una derogación expresa de la tortura, cuando en todos los países de nuestro entorno estaba abolida (algunos como Inglaterra desde tiempo inmemorial) es una mancha en el reinado de Carlos III, que por diversas circunstancias, no hizo valer su política reformista en el ámbito judicial. Durante el lamentable y convulso reinado de Carlos IV dicha reforma aparecía como impensable pues el laborioso ex Guardia de Corps era tan inepto como poco dado a introducir reformas humanitarias en nuestro Ordenamiento.

7. ABOLICIÓN DE LA TORTURA

Las raíces históricas de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes se remontan al *Bill of Rights* en la Inglaterra en 1689 donde aparecen prohibidos los castigos crueles e inusuales. Kreimer⁵³ señala que con su incorporación al derecho fundamental de Inglaterra se pretendía limitar en parte las torturas y bárbaros castigos que habían sido excesivamente frecuentes bajo los Estuardos, cuando la picota, el arrancar las vísceras, la decapitación y el descuartizamiento eran penas plenamente legales. La prohibición pasa después a formar parte de la Constitución de Virginia de 1776, en la que literalmente se transcribe la fórmula de la declaración inglesa. En 1791 es recogida en la enmienda octava de la Constitución de Estados Unidos, en la que se proclama que «no será requerida fianza excesiva, ni impuestas penas excesivas, ni impuesta pena cruel o inusual».

Con anterioridad a Beccaria, en el mundo continental, la tortura fue abolida por Federico II de Prusia el Grande en 1754. Siguieron los príncipes alemanes entre 1767-1770. Gustavo III la abolió totalmente en Suecia en 1772 (el Código de 1734 la había, derogado salvo crímenes extraordinarios), la emperatriz María Teresa hizo lo propio para Austria en 1776⁵⁴, la Toscana en 1789 y los Estados Pontificios en 1798.

⁵² Vid. VILANOVA Y MAÑES, Senén,, *Materia criminal forense, o tratado universal teórico y práctico, de los delitos y delinquentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, Vol.II, Imprenta de Don Tomás Alban, Madrid , 1807, pp. 220 y ss.

⁵³ Sobre la enorme trascendencia que ha tenido la eliminación de la tortura en el derecho anglosajón y las inquietudes derivadas de su reaparición Vid. KREIMER , Seth F., «Torture Lite, Full Bodied», *Torture and the Insulation of Legal Conscience*, Journal of nacional Security Law&Policy, vol. 1, núm. 2, 2005, pp.187 y ss.

⁵⁴ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, en la introducción a *De los delitos y las penas*, op. cit., p. 21, refiere que en Milán, patria de Beccaria, se resiste a acatar dicha disposición lo que obliga al célebre ministro Kaunitz a insistir al Senado milanés para que la acaten. Posteriormente, en el reinado del emperador José II se emite un Decreto de 11 de septiembre de 1789 dirigido al ducado milanés donde se declara completamente abolida la tortura en cualquiera de sus formas y en toda ocasión, desautorizando el empleo de ella que últimamente venía haciendo el Senado.

En Francia, Luis XVI la suprimió totalmente por edicto de 8 de mayo de 1788 por medio de su primer ministro el banquero suizo Jacques Necker. La justificación aportada fue más utilitaria que humanista, así se justifica la abolición por que no conduce a la seguridad del conocimiento de la verdad, prolonga ordinariamente sin resultado el suplicio y puede equivocar a Jueces poco experimentados.

Como auténtica vergüenza nacional para España, el primer texto legal que abole la tortura es otorgado por un rey títere extranjero, José Bonaparte, que no consolidó su Corona. Fue en 1808 cuando el artículo 133 de la Constitución de Bayona de 1808 (que transcribió el artículo 114 del tercer proyecto) reproduce casi textualmente el artículo 82 de la Constitución francesa del año VIII. Dicho texto no abolía la tortura pues la práctica ya había sido derogada pro la legislación absolutista de Necker en 1788, el texto rezaba así:

«El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley es un delito.»

Cuando don Agustín de Argüelles presentó a las Cortes, en su sesión de 2 de abril de 1811, una proposición pidiendo la abolición de la tortura, el entusiasmo de los diputados fue unánime, algunos solicitaron que se aprobara la propuesta sin discusión, y realmente se habría aprobado por aclamación sincera, sino hubieran surgido inconvenientes técnicos que hacían necesaria una redacción reflexiva que se convertirá, casi un año después, en el artículo 303 de la Constitución de 1812.

Una vez vencido Napoleón, al volver Fernando VII, este artículo y aquel Decreto quedaron, como es sabido, derogados por un Decreto de Valencia de 4 de mayo de 1814. Pero en realidad no tenía sentido alguno autorizar la tortura, pues desprestigiada había caído en desuso y había sido abolida tanto por los legisladores de Cádiz como por los de Bayona e incluso, obedeciendo a la corriente de opinión dominante, una Real Cédula de de 25 de julio de 1814 abolieron legalmente la tortura y cualquier clase de apremios o coacciones contra los reos o testigos.

Tras el exitoso pronunciamiento de Riego en Cabezas de San Juan, el pensamiento iluminista parece haber alcanzado el poder en nuestro país. Como refiere Santamaría Lambás⁵⁵ fueron en esos años cuando se acentúa en alto grado un proceso de secularización de las instituciones. Así el 9 de marzo de 1820, durante el trienio liberal, se decreta la abolición de la Inquisición. Igualmente mediante un Decreto LV de 22 de octubre de 1820 que promulga la libertad de pensamiento. En aquella era todo el esfuerzo del gobierno liberal iba dirigido a que los miembros del clero jurasen la Constitución de 1812. En consonancia y como reacción, el referido autor advierte un posicionamiento global de la Iglesia a favor del absolutismo representado por la figura de Fernando VII.

El reglamento Provisional de la Administración de la Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción de 26 de septiembre de 1835 prohibió las preguntas capciosas, sugestivas y las coacciones, las amenazas y los engaños a los acusados (art. 89). Del mismo modo en el artículo 7 se prohibía que se mortificara con hierros ataduras y otras vejaciones que no fueran necesarias para la seguridad del arrestado o preso.

⁵⁵ Vid. SANTAMARÍA LAMBÁS, Fernando, *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, p. 45.

En 1836, el gran penalista Joaquín Francisco Pacheco intentaba explicar porque los antiguos aplicaban el tormento, haciendo ver que la justicia criminal había perseguido un doble fin: la seguridad del Estado y la garantía del inocente. Mas, como en la política de la monarquía absoluta dominó siempre el primer fin sobre el segundo, a nadie importaba que pereciera inocente en el tormento, pues lo principal era garantizar la seguridad del Estado. Como viva prueba que en aquella época las circunstancias habían cambiado escribe:

«Por fortuna vivimos en otros tiempos. Los derechos del estado y de los individuos pueden hoy combinarse más fácilmente, y esos crueles y bárbaros quedan sólo para la historia, como estudio para la filosofía y lección para los legisladores.»

8. ALONSO MARTÍNEZ Y LA LUCHA CONTRA EL PROCESO INQUISITIVO

De nada serviría abolir formalmente la tortura si pervivía el marco material que otrora le sustentaba y le daba cobijo: el proceso inquisitivo. La tortura fructificó en España como una secuela de este proceso, y de nada servía atacar el fruto cuando la raíz del mal, el auténtico problema subsistía en nuestra legislación. Ya Beccaria se apercebía que era imposible sustituir la tortura por otras pruebas más objetivas sin sustituir al mismo tiempo todo el proceso penal «ofensivo» por otro de carácter «informativo»⁵⁶.

El sistema inquisitivo se basaba en reglas tales como el secreto⁵⁷, la delación anónima, la posibilidad de aplicar el tormento, la primacía de la prueba de confesión y la escritura, etc. Por ende, el proceso inquisitivo parecía diseñado como un instrumento idóneo para cometer todo género de excesos contra el imputado, sin posibilidad por parte de éste de protegerse contra las diatribas del poder.

La «ley provisional para la organización del Poder judicial» de 1870 mandó al Gobierno proceder a la reforma del proceso penal, con inclusión del juicio por Jurado. La primera codificación procesal española estará claramente influenciada por la nor-

⁵⁶ Así opina TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. Acotaciones a *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 197.

⁵⁷ La importancia de la publicidad está convenientemente destacada por GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO/ HERCE QUEMADA, VICENTE, *Derecho Procesal Penal*, Madrid. 1972 p. 242, al decir que «En el proceso penal vigente, en oposición al procedimiento secreto inquisitivo, los principios de publicidad y oralidad son correlativos. La significación de la publicidad no sólo es política, sino técnico-jurídica. Su valor está, por un lado, en que contribuye a asegurar la confianza de la opinión en la administración de justicia. Una sentencia basada en elementos que sólo el juzgador conoce podrá ser justa; quienes ignoren lo dicho y hecho ante el juez carecerán de base para apreciarlo y pueden no estimarlo así. El proceso secreto produce desconfianza en la confianza popular y, a la larga, desinterés por la justicia; viene ésta a perder su función social y educadora. Por otro lado, la satisfacción que otorga –al ofendido por el delito, en caso de condena; al honor del inocente erróneamente inculgado, en caso de absolución– únicamente es plenamente sentida si opera a la luz del día. Con la publicidad, no sólo el acto jurisdiccional puede a su vez ser juzgado socialmente. Exponiendo su conducta a la crítica; a las partes y sus representantes les será más difícil actuar en el juicio arbitrariamente. La publicidad representa asimismo un aguijón para la conciencia de peritos, testigos, etc». La STS de 29 de julio de 1998 (Delgado García) [RJ Ar. 1998\5855] establece su repudio frente al secretismo pues «nunca se destacará suficientemente el ejercicio material del derecho de defensa pasa por el conocimiento cabal de la imputación, pues sólo uno puede defenderse de lo que previamente se conoce».

mativa francesa⁵⁸ (*Code d'instruction criminelle* de 1808) y tratará de influenciar las ideas liberales en el marco de nuestro lúgubre proceso criminal.

Si hay un texto legal memorable en los anales de nuestra literatura jurídica es la Exposición de Motivos de la Ley de enjuiciamiento Criminal. En la misma, un hombre culto y honesto, reflexiona sobre los avatares de su tiempo intentando imponer un poco de cordura y racionalidad en un sistema que como el mismo sustenta se halla «*plagado de vicios y peligros, plagado de una atmósfera malsana que llega a la asfixia sin sentirla*».

Su propósito era lograr un nuevo modelo de coexistencia donde los hombres «*sean verdaderamente libres y puedan tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, libertad, su fortuna, su dignidad, su honor*». Como refiere Vives Antón⁵⁹, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 pretendía introducir un cambio sustancial en nuestro modo de enjuiciar, abandonando los errores del pasado se busca dar un poco de claridad y justicia a un método enjuiciativo que posibilitaba enormes abusos. Se proponía «*rendir culto en los progresos de la ciencia, rompiendo con el procedimiento escrito, inquisitivo y secreto, para sustituirle con los principios tutelares de libertad, de contradicción, de igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad*», «*De hoy más*», se afirma en su famosa Exposición de Motivos, «*las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio!*» .

Los liberales españoles del siglo XIX eran muy conscientes de la futilidad formal de la abolición de la tortura si el inculpado se hallaba inerte ante el juez que le iba a castigar. Por ello se busca desesperadamente erradicar el sistema inquisitivo. El Ministro consciente de que en su época no era viable eliminarlo en la fase de instrucción intenta «*llevar en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo*». Para ello, le confiere dos derechos que el propio magnate reputa, con singular acierto, preciosos: el primero es la asistencia letrada desde el momento que se dicta el auto de procesamiento, el segundo es la posibilidad de participar y visionar el imputado todas las pruebas en su contra, así el reconocimiento judicial, inspección ocular, análisis químicos y autopsias. Junto a ello se establece la obligación por parte del Juez de notificar todas las resoluciones al imputado, «*salvo que la publicidad y contradicción de las mismas representen un peligro para la sociedad*» (secreto del sumario).

El otrora ministro de Justicia refiere que en el procedimiento que regía hasta 1882 «*no se daba intervención alguna al inculpado*», donde el instructor a la par que decisor pronuncia su sentencia manifestando «*todas las preocupaciones y perjuicios que hizo nacer en su animo la instrucción*». Se crea un marco de investigación donde los instructores «*animados en su espíritu y hostil se engendra en su patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos del procesado, descuidando consignar los datos que puedan favorecerle*». El juez inquisidor formula un juicio de opinión contra el imputado «*descendiendo a la arena del combate para convertirse en acusador, con el riesgo inminente de que la excitación del amor propio ofusque o perturbe su inteligencia*».

⁵⁸ Así también opina, ALMAGRO NOSETE, José, *Derecho Procesal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 30.

⁵⁹ Vid. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», *Revista del Poder judicial* Núm. Especial II, Madrid, 1988, pp. 93–94.

Por ultimo afirma que *«habiendo sido educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la justicia y de coadyuvar rectamente en su recta administración, (a diferencia del ciudadano inglés) han formulado ideas falsas sobre la política judicial y se han desviado cada vez más de los tribunales, mirando con lamentable recelo a los Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles, repugnando figurar como testigos en los procesos»*.

9. LAS CODIFICACIONES

Podemos distinguir con Rodríguez Mesa⁶⁰ claramente dos etapas después de la abolición del tormento hasta 1978 cuando, con la llegada de la democracia, surge un tipo específico de torturas (aunque sólo en 1995 se adopta oficialmente dicho nombre).

A su vez dentro del primer grupo, existen otras dos subclasificaciones: de un lado los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1928 que tipifican conductas generalizadas de abuso de sus funciones por parte de funcionarios públicos, del otro desde el Código de 1870 (con la excepción del reseñado de 1928) donde estas conductas sólo se castigan en relación a ámbitos relacionados con la intimidad concretamente con el registro de papeles de un súbdito español y efectos que se hallaren en su domicilio.

El Código penal de 1822 (arts. 499 a 499) titulado *«Delitos y culpas cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»* sanciona las conductas de violencia, maltrato y humillaciones que estos sujetos puedan incurrir en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido el artículo 245 del referido Código castiga junto a supuestos de detención ilegal, el maltrato injusto a detenidos. Mas dicha protección, establecida sólo para ámbitos de reclusión y penitenciarios, resultaba patentemente demasiado fragmentaria.

Sin embargo este precepto no es enteramente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, ya desde antiguo hallamos preceptos encaminados a proteger a los presos contra sus carceleros. Las Partidas (Part. VII, tít. XXIX, ley 11) prohíben que *«les den malas prisiones e que le fagan mal en otras muchas maneras»*. La Novísima recopilación (lib. XII, tít. XXXVIII, ley X) ordena que no se les apremie más de lo debido, ni les den malas prisiones ni tormento, ni otro daño.

El Código Penal de 1848 incorpora prohibiciones específicas de maltrato o rigor indebido con detenidos y presos estableciendo una línea continua que llega hasta la actualidad.

En su artículo 291 castigaba con la pena de suspensión y multa cualquier vejación injusta o el empleo contra personas de apremios ilegítimos e innecesarios para el

⁶⁰ Vid. RODRÍGUEZ MESA, M.^a José, *Torturas y delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 130.

desempeño del servicio respectivo por parte de empleados públicos o como resultado de un acto de servicio. En el artículo 300 del Código Penal de 1850 se repite literalmente en el Código Penal de 1848.

Con el denominado Código de estío de 1870 se abandona la técnica de castigar conductas generalizadas de abuso de funciones y se limita a castigar los supuestos de vejación injusta contra las personas y daño innecesario a los bienes cometidos con ocasión del registro de papeles y efectos durante un registro domiciliario.

Sorprendentemente, el artículo 410 del Código Penal de 1928 (redactado en el marco de la dictadura de Primo de Rivera) castiga un supuesto de exceso de poder castigando con la pena de inhabilitación absoluta y multa al funcionario público, que con ocasión del ejercicio de sus funciones emplee o haga emplear, sin motivo legal, violencia innecesarias para la ejecución.

Como comenta Rodríguez Mesa⁶¹ desde la derogación del Código penal de 1928 hasta la aparición de la reforma de 1978 existió un vacío jurídico que causaba una notoria desprotección particularmente relevante en relación a este delito. Ello, obviamente, no significa que dichas execrables conductas quedaran impunes mas sólo se les imponía la agravante de abuso de superioridad. Más dicha penalización resultaba a todas luces insatisfactoria y pierde de vista el propio desvalor de la tortura como conducta autónoma.

La protección frente a los excesos de la autoridad acaecidos durante el curso de un registro domiciliario se ve repetido mediante las tipificaciones paralelas que se realizan en el artículo 205.3 del Código Penal de 1932, el artículo 191.4 del código Penal de 1944 que pervive con dicho número en el texto refundido de 1973⁶². Finalmente dicha protección se ha consagrado en el artículo 534. 2 del Código penal vigente.

En relación a detenidos y presos tras el artículo 245 del Código Penal de 1822, el Código de 1848 castiga con la leve pena de suspensión «al funcionario de prisiones que impusiere a los presos y sentenciados privaciones indebidas o usare con ellos de un rigor innecesario». Dicho precepto se irá repitiendo en las sucesivas codificaciones, así el artículo 287.3 del Código Penal de 1848, el artículo 231.6 del Código de 1870, el artículo 201 del CP de 1932, el artículo 187. 5 del CP de 1944 y 1973⁶³. Finalmente, el artículo 533 de nuestro actual Código Penal castiga al funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones, o usare con ellos de rigor innecesario será castigado con la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Como vimos dicha protección era insuficiente no sólo por la especificidad del sujeto pasivo sino también por lo concreto del ámbito en que se desarrolla.

⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ MESA, M.^a José, *op. cit.*, p. 131.

⁶² Sobre dicho penal comentaba CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal, (conforme al nuevo Código penal, Texto refundido de 1944)*, tomo II, Barcelona, 1946, p. 71, por vejación injusta deben entenderse los malos tratos de hecho o palabra o los daños y molestias innecesarios, entendiendo el autor que si las vejaciones fueren constitutivas de delito se penarán conforme al precepto penal correspondiente, pudiendo existir concurso ideal de delitos (art.71 del referido cuerpo legal derogado).

⁶³ Vid. CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, p. 61. El autor explica que por rigores innecesarios deben entenderse los que no pueden justificarse por la necesidad de conservar el orden o garantizar la seguridad en la prisión, sino que haya de atribuirse a un espíritu de arbitrariedad y tiranía.

10. EL DELITO DE TORTURA TRAS LA LLEGADA DE LAS ELECCIONES DEMOCRÁTICAS DE 1977

La Declaración de 1975 [Resolución 3452 de la Asamblea General de Naciones Unidas] sostenía que la tortura es una forma agravada y deliberada de aquellos tratos. En otras palabras, los tratos inhumanos o degradantes no son tortura por dos motivos: primero, porque son menos graves los sufrimientos (físicos o mentales) que causa el atentado a la integridad moral que ocasiona; y segundo, porque no se busca deliberadamente el sufrimiento (grave) para satisfacer alguna de las tres finalidades de la tortura (indagatoria, punitiva o intimidatoria), sino que persigue alguna otra (que, según las SSTC 120/1990 y 137/1990 y la STS de 22 de septiembre de 1995, es la de humillación o vejación).

tras la muerte de Franco la primera proposición de ley de las Cámaras Democráticas surgidas tras las elecciones de 1977 fue la tipificación expresa del delito de torturas. Fue mérito del grupo parlamentario socialista la voluntad expresa de abominar este tipo de conductas, pero también fue mérito de todas la Cámaras votar unánimemente para tipificar conductas que comportaban un lamentable fantasma del pasado. Como resalta Barquín Sanz⁶⁴, el hecho de que fuera la primera normativa dentro del marco de la nueva España democrática nos da una idea de la importancia política que adquiriría este tema en aquellos inciertos años.

La creación de este nuevo delito poseía un factor pedagógico⁶⁵; indicaba, por un lado, la preocupación del legislador, el cual está señalando que el problema está ahí, que no se trata de un tema muerto o ya desaparecido, sino que desgraciadamente todavía existe; y por otro lado, indica también que se trata de prácticas absolutamente reprobables pero los instrumentos legales que en el momento existían para combatirla, eran sumamente deficientes.

El problema principal radicaba en creer que con la tipificación se había alcanzado la solución o que ello supone la solución del problema.

Tras diversas modificaciones sobre la original proposición desemboca en la Ley 31/1978 de 17 de julio («BOE» 1978/72, de 20 de julio). El primitivo texto que consistía en una serie de agravaciones sobre ciertos comportamientos de resultado contra la integridad física y la voluntad.

Como refiere Barquín Sanz el legislador siempre ha tenido un problema de índole semántico en relación a la voz tortura. En el texto punitivo derogado se emplea esta denominación en la cualificación de los tipos, así robo con torturas y lesiones con tortura pero no lo usaba en la tipificación del antiguo artículo 204 bis.

En realidad el objeto de la regulación del artículo 204 bis del CP no establecía un tipo específico que englobara todas las torturas, sino tan solo tipificaba conductas aisladas relacionadas con la misma⁶⁶. Con una estructura interna complicada y nada fácil de desentrañar se comprendían en su seno, junto a la sanción de los interrogato-

⁶⁴ Vid. BARQUÍN SANZ, Jesús, *Comentarios al Código penal*, (Dir. COBO DEL ROSAL, Manuel). Tomo VI, 1999, p. 340.

⁶⁵ Así RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «El derecho a la vida y a la integridad física. La prohibición de la tortura», *Revista del Poder Judicial. Número especial I: Derechos Humanos*, 1988, p. 44.

⁶⁶ Así lo señala BARQUÍN SANZ, Jesús, *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001, pp.78 y ss.

rios irregulares en materia penal (párrafo IV), que algunos consideraron el tipo básico de tortura, supuestos de tortura indagatoria –causación de dolores o sufrimientos físicos o mentales con el fin de obtener una confesión o declaración (párrafos I y II)– y de maltrato.

La tortura ha sido definida por la Convención contra la Tortura y Malos Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España el 21 de octubre de 1987, en su artículo 1.1 y 2 como:

«1. Se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.»

Anteriormente el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realizado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de abril 1977 que prohíbe la tortura⁶⁷.

El artículo 5 de la Declaración Universal de Derecho Humanos de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 establece que «nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Es visible en él el influjo de la enmienda octava de la Constitución de Estados Unidos sobre la prohibición del castigo o trato cruel. En tal declaración se apoya posteriormente el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de Roma (4 de noviembre de 1950). El artículo 3 del Convenio proclama que «nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes». Para la Comisión y Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, el artículo 3 del Convenio de Roma merece ser entendido no como una prohibición global de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, sino como un conjunto de tres prohibiciones distintas, aunque próximas, por suponer todas ellas tratamientos ilícitos de parte de la autoridad⁶⁸.

⁶⁷ Artículo 7 de la Resolución 2200 de la Asamblea General de la ONU (XXI), de 16 de diciembre de 1966: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

⁶⁸ Entre los casos que han estudiado la Comisión y el Tribunal, destacan por su repercusión los siguientes: Irlanda v. Reino Unido, Tyrer, Campbell y Cosans, Tomasi v. Francia, Class v. Alemania, Ribbitsch v. Austria y Aksoy v. Turquía. También resulta de interés el Caso Sargin y Yagci v. Turquía –que no llegó al Tribunal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una de las escasas sentencias en que ha apreciado tortura (STEDH 18 diciembre 1996, Caso Aksoy v. Turquía) ha considerado tortura los graves sufrimientos causados a la víctima mediante la aplicación del método de la suspensión por los brazos con la finalidad de obtener confesiones o informaciones y que llevaron a la parálisis temporal de ambas extremidades.

Esta declaración coincide con el artículo 15 de la Constitución, que proclama, además, el derecho a la vida y establece la abolición de la pena de muerte para tiempos de paz⁶⁹.

Tal definición se corresponde con la idea iniciada por el V Congreso de la ONU para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1 de septiembre de 1975. Ideas también acogidas por el viejo artículo 204 bis del Código Penal que ha de analizarse en todo caso de acuerdo con los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10.2 de la CE, 7 del Pacto Internacional de Nueva York de 1966, el artículo 3 del Convenio de Roma y el artículo 6 de la Ley General Penitenciaria⁷⁰.

El delito de tortura se introduce en el Derecho penal español, aunque sin identificarlo así, por Ley Orgánica 31/78 de 17 de Julio en el artículo 204 bis del Código Penal dentro de los delitos contra la Seguridad Interior Estado, (ampliado por la Ley Orgánica 3/1989), respecto al cual la doctrina señala certeramente que estamos ante un delito en el que es el abuso de poder lo que le da sustantividad, junto con el atentado contra las garantías penales o procesales.

En la tipificación de la tortura se hacen palpables las consecuencias del cambio de régimen autoritario por uno democrático cuando introduce como delito *sui generis* el art. 204 bis. Dicho tipo se encuadra dentro del Secc 2.^a del capítulo II del CP «De los delitos cometidos por funcionarios públicos el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes».

Como refiere Barquín Sanz⁷¹ el art.204 bis no estaba estructurado como un delito sino como una pluralidad de infracciones, por lo que la expresión singular sólo sería procedente en sentido figurado, del mismo modo que se habla del delito de robo o de amenazas.

También el artículo 182 del Código Penal militar⁷² (LO 13/ 1985, de 9 de diciembre) tipifica la conducta de tortura. Dicha normativa es consecuencia del artículo 3 de las Cuatro Convenciones de Ginebra de 12 de julio de 1949 ratificadas por España que se refiere a las normas básicas aplicables a todo conflicto armado, incluyendo en ellas los no internacionales o internos que prohíben en cualquier tiempo y en cualquier lugar la torturas y los tratos inhumanos.

11. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 3/1989

Mediante dicha reforma se trata de tipificar ciertas conductas aisladas que sin ser infracciones de resultados, sino actos típicos de mera actividad eran patentemente

⁶⁹ Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, («BOE» 28 de noviembre 1995) de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra excluyó dicha pena de nuestro ordenamiento jurídico, si bien hay que reseñar que la última no tiene rango constitucional, por lo que todavía sería posible teóricamente su introducción en nuestro actual Estado democrático.

⁷⁰ Artículo 6 LOGP. «Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra».

⁷¹ Vid. BARQUÍN SANZ, Jesús, «Malos tratos de obra que constituyen tortura», *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1992. p. 75.

⁷² Artículo 182 CPM «El que durante las distintas fases de la tramitación de un procedimiento judicial militar ejerciere coacciones, violencia o intimidación con el fin de impedir una confesión, testimonio, informe o traducción será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Si se cometiera este delito con los fines del apartado anterior, se les impondrá la misma pena, sin perjuicio de la correspondiente por el delito cometido».

encuadrables dentro del capítulo de torturas. Aunque la reforma, tal como argumenta Barquín Sanz⁷³, supuso una notable mejora no dejaba de ser un remiendo a una mala técnica de tipificación.

El artículo 204 BIS, párrafo 2.º por el cual si se produjere (cuyos verbos nucleares eran golpear o maltratar de obra), el hecho merece la consideración de delito y se les impone la pena de prisión en su grado mínimo a medio, cuando los actos ejecutados sea una falta del artículo 585 (amenazas y coacciones) el hecho se reputará igualmente delito y será castigado con las penas de arresto mayor y suspensión.

12. EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Como refiere Tamarit Sumalla⁷⁴ la técnica actual dada *ex novo* por la redacción se aparta radicalmente de la del artículo 204 bis del CP de 1973, pues como refiere el autor la técnica de agravación sobre los tipos comunes constituía un expediente poco imaginativo y en consecuencia había recibido abundantes críticas doctrinales. La redacción actual del tipo ha sido dada por la LO 15/2003 de de 25 de noviembre (que entró en vigor el 1 de octubre de 2004).

Como vimos, la mayoría de la doctrina había manifestado su abierto descontento hacia la redacción del artículo 204 bis del CP de 1973 (aun con las mejoras introducidas en el párrafo 2.º por la LO 3/1989) y reclamaban la redacción de un tipo autónomo radicalmente nuevo y que no estuviera vinculado a otras infracciones penales⁷⁵.

Con acierto, critica Barquín Sanz que la mayor parte de las novedades del nuevo Código están ausentes dentro de lo que reputa rúcana Exposición de Motivos. En este contexto, aunque la tortura se encuentra explícitamente en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 lo hace de un modo muy somero cuando advierte que:

«... se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y se ha procurado diseñar con especial medida el recurso al instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de ellos: sirva de ejemplo, de una parte, la tutela específica de la integridad moral (...). Al tutelar específicamente la integridad moral, se otorga al ciudadano una protección más frente a la tortura....»

Dentro del lado positivo, como señala González Cussac⁷⁶, al mantener el delito de tortura en nuestro texto punitivo y perfeccionar su nivel técnico, se ponía de ma-

⁷³ Vid. BARQUÍN SANZ, Jesús, «Malos tratos de obra que constituyen tortura», *op. cit.*, pp.75 y ss.

⁷⁴ Vid. TAMARIT, SUMALLA, Josep María, *Comentarios al Nuevo Código penal*, (Dir. Quintero Olivares, Santiago / Coord. Morales Prats, Fermín), Thomson/ Aranzadi, p. 936.

⁷⁵ Así se posicionaba DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código penal*, Bosch, Barcelona. 1990, p. 220. También en «Actualización del Código Penal y delito de tortura», *Actualidad Penal*, Núm. 40, p. 463. Del mismo modo, MAQUEDA ABREU, M.ª Luisa, *La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 39, 1986, p. 467.

⁷⁶ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, núm. 2, 1996, pp.69-86.

nifiesto la clara voluntad del legislador para erradicarla, pero a la vez confirma su desdichada presencia en ciertos ámbitos.

No existe una auténtica consonancia doctrinal acerca de cuál es el bien jurídico protegido en este delito. Frente a la mayoría de la doctrina que opina que se castiga la mayor intensidad del sufrimiento (así Tamarit Sumilla, Portella Contreras y Muñoz Conde; otros como Muñoz Sánchez⁷⁷ entienden que dicha intensidad ya se hallaba prevista con carácter general dentro del art. 173.1 del Código Penal mientras que el artículo 174 sería un tipo específico (especial impropio) dirigido a penalizar las infracción de deberes especiales. En mi opinión, no debería existir ningún problema en formular una tesis híbrida, pues parece obvio que se trata de un delito pluriofensivo donde protegiéndose con carácter general la dignidad humana, ésta defensa se enfoca hacia la protección de la actuación de los agentes destinados a salvaguardar el orden público (art. 104 de la CE).

El párrafo primero del artículo 174 describe la conducta típicamente relevante con cierta prolijidad, a través de la expresión de una serie de manifestaciones del comportamiento que, en una primera lectura, podría dar a entender que la calificación de tortura está reservada a ciertos hechos consistentes en causar sufrimientos físicos o mentales o suprimir o disminuir las facultades cognoscitivas o volitivas de una persona, con lo que los más graves atentados contra la integridad moral vendrían delimitados objetivamente a través de la selección de determinados comportamientos y resultados y la exclusión de otros. Pero no es así y la enumeración resulta meramente ejemplificativa⁷⁸, dado que viene a estar rematada por una cláusula de cierre: «o que de cualquier otro modo atentare contra su integridad moral».

Con el nuevo Código penal el sistema penológico ha variado sustancialmente. El delito de tortura tiene señalado específicamente una pena específica dependiendo que el comportamiento sea grave o no, pero si además se produce lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima se castigarán los hechos por separado conforme a la norma concursal del artículo 177 del CP.

Según la jurisprudencia del TS quien en sus sentencias 23 de abril de 2001 (FJ 1.º)⁷⁹ y de 26 de noviembre de 2004 (FJ 6.º)⁸⁰ delimitan dentro de su estructura típica la existencia de los siguientes elementos:

a) El elemento material constituido por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

⁷⁷ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Monografías Tirant lo Blanch Núm.20, Valencia, 1999, pp. 56-59. El autor entiende que no se pueden desplazar las tesis del derecho internacional al interno pues la dinámica de los tipos 173/174 del CP hacen que, en este caso se penalicen, especialmente las conductas referidas a los deberes internos.

⁷⁸ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXI, 1998, p. 93.

⁷⁹ RJ. Ar. 2001/ 3567, STS 701/2001 (2.ª), de 23 abril, (Granados Pérez).

⁸⁰ RJ Ar. 2004/ 8062, STS 1391/2004 (2.ª), de 26 noviembre, (Sánchez Melgar).

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido.

El vigente Código Penal ha venido a ampliar este elemento teleológico al incorporar, junto a la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer. Se persigue dar cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.

Las penas previstas para los hechos graves y para los que no son graves coinciden por completo en cuanto a la privativa de derechos: inhabilitación absoluta de ocho a doce años, y parcialmente en cuanto a la privación de libertad continuada: de dos a seis años en el primer caso, de uno a tres años en el segundo. Esta concomitancia parcial llama la atención de De La Cuesta Arzamendi, que la califica de *curiosa*, para a continuación insistir con buen criterio, a nuestro juicio, en que el problema sustancial es la delimitación entre los supuestos graves y no graves⁸¹.

Desde el punto de vista punitivo, parece de todo punto ilógico que el mismo criterio seguido en la determinación de la pena en el artículo 174 no se emplee de nuevo en el artículo 175. Sin duda, habrá argumentos para mantener una relación de mutua exclusión en las penas (como en el art. 175) o una cierta coincidencia entre ellas (como en el art. 174); lo que resulta poco sostenible que dentro del mismo Código, en dos disposiciones sucesivas que emplean el mismo criterio de gravedad / no gravedad delimitador de la pena opte en un caso por una solución y en el otro por la opuesta. Ambos tipos utilizan, directa e indirectamente, un mismo concepto jurídico indeterminado que se hallan interrelacionados («o de cualquier otro modo» que debe entenderse implícito por remisión en «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior»). Lo que denota, aparte una mala técnica legislativa, la dificultad de precisar un haz muy genérico de conductas.

Como resalta la jurisprudencia (así la STS de 16 de abril de 2003)⁸², el nuevo artículo 175 del CP es un tipo residual, cuyos límites definitorios exigirán un adecuado examen jurisprudencial, aunque pudieran estar en la ausencia de una vía de investigación delictiva, dándose una relación de homogeneidad y subsidiariedad entre ambos tipos delictivos.

El artículo 176 del CP tipifica claramente *ad hoc* un supuesto de comisión por omisión, que, en caso de no haberse previsto legalmente, también sería inculparable vía el artículo 11.a) del CP el claro papel de garante que tienen las autoridades y funcionarios públicos en relación a los detenidos y presos. La *ratio iuris* del precepto, bajo mi punto de vista se encontraría en dos sentidos, en castigar reseñando específicamente la repulsa que le da al legislador este tipo de conductas y, de otro lado, extrapolar los supuestos de comisión por omisión cuando la tortura no se efectue en el marco de una detención legal o prisión.

En estos casos la STS de 19 de noviembre de 2003 (FJ 6.º)⁸³ resalta la importancia que tiene, en este caso, que el imputado tenga conocimiento de la realización de las

⁸¹ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», *op. cit.*, p. 97.

⁸² RJ Ar. 2003/ 4381, STS 294/2003 (2.ª), de 16 abril (Sánchez Melgar).

⁸³ RJ Ar. 2003/ 9246, STS 1559/2003 (2.ª), de 19 noviembre (Martínez Arrieta).

torturas y no actúe en la forma exigida en el ordenamiento para impedir las o perseguirlas

13. LA REFORMA DE LA LO 15/ 2003 DE 25 DE NOVIEMBRE

Modifica la redacción original pero incluye dentro del elemento subjetivo del injusto la expresión «o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación» que ha sido añadida de conformidad con la redacción a la Convención de la tortura y que, por causas ignotas, no fue introducida en la reacción original.

Se cumple así, introduciendo en nuestra legislación positiva el móvil discriminatorio, en la recomendación hecha a España en noviembre de 2002 por el Comité de tortura de la ONU.

14. CONCLUSIONES

Reza un viejo proverbio francés *«de todas las desgracias se extrae algo bueno»* quizá la concienciación de los errores cometidos en el pasado nos permita conocernos mejor a nosotros mismos.

Nuestro ordenamiento constitucional se constituye sobre el desarrollo de la libertad, o como refiere, con más propiedad, Ruiz Vadillo⁸⁴ *«la armonía del ordenamiento jurídico es la plataforma indispensable del desarrollo de la persona humana»*.

Sin embargo, nunca deberíamos olvidar (como ya hemos visto) que su labor también puede prostituirse denigrarse y convertirse en un método para el avasallamiento de la dignidad humana. No se ajusta a la verdad que todos los que practicaron la tortura en el pasado eran seres abyectos, crueles o inaprensivos. Sin embargo, se construyó un ambiente en el que personas, que anhelaban ser honradas y justas, cometían, con cierta indiferencia determinadas barbaridades que resultan difíciles de comprender para el ser humano contemporáneo.

El silencio es el principal cómplice del delito de tortura. Cuando el culpable es un agente de policía o un soldado, sus compañeros suelen presenciar el delito pero no denuncian nada en aras a un mal entendido compañerismo. Su silencio respecto a lo que han visto u oído constituye a menudo un obstáculo insalvable en la lucha contra la tortura y contribuye de modo decisivo a perpetuar la impunidad. Por eso la lucha contra la tortura exige una actuación activa, una concienciación social de que depende de toda la sociedad la lucha para erradicar esta práctica. Pues no sólo es el torturado y su familia el sujeto pasivo del delito sino por extrapolación toda la sociedad. De hecho, una de las peores consecuencias de este delito es que causa una gran desconfianza del individuo hacia el Estado.

⁸⁴ Vid. RUIZ VADILLO, Enrique, *Derecho civil, Introducción al estudio teórico práctico*, 18.ª, Ed. Ochoa, Logroño, 1991-1992, p. 19.

No creo que los españoles de hoy sean mejores que los de otras épocas pasadas. Lo interesante de este análisis es comprobar como la inercia supo crear un sistema o una atmósfera, que aunque al igual que el de hoy en día, anhelaba alcanzar la Justicia, era terriblemente opresiva y cruel.

Fueron los iluministas, acogidos a una defensa a ultranza del espíritu de la razón y las ideas humanitarias, los que nos indicaron cuál era el camino. Progresivamente, paso a paso, van desarmando tan maquiavélico mecanismo. Pero, cuando menos, resulta sorpresivo y pasmoso advertir la abierta indiferencia al dolor ajeno que muestran los ejecutores de aquel infausto sistema.

Tampoco cabe acumular todas las culpas al paroxismo religioso que se vivió en nuestro país. Pues, si es cierto que los sectores más integristas del sistema (De Castro, Cevallos) eran religiosos, también lo es que los paladines del iluminismo (Lardizábal y Acevedo) estaban imbuidos en un espíritu católico, sólo la personalidad de Salas, de tendencias claramente agnósticas, desentona en aquel debate en donde la Iglesia no fue cuestionada, sólo sus métodos de actuación.

Analizando meticulosamente y con rigurosidad aquellas siniestras prácticas, uno se pregunta ¿Cómo se pudo llegar a tal situación? ¿Cómo evitar en el futuro que se repitan hechos tan lamentables? A mi juicio la respuesta nos la marca Ulpiano en *su tria iura praecepta* cuando introduce el canon moral ético de actuación básico *alterum non laedere*. Pues sólo cuando se respeta la dignidad del otro, podemos aspirar a alcanzar un marco adecuado de convivencia.