

CUESTA ARZAMENDI, José Luis: El delito de tortura. Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

Hace unos pocos años, en un importante trabajo, se lamentaba M. Maqueda ante la necesidad de enfrentarse en nuestros días con la realidad de una práctica que la filosofía de la razón y del sentimiento, propia del Siglo de las Luces, parecía haber desterrado definitivamente del mundo civilizado (1). Pero si después de dos siglos de que Verri le sugiriese a Beccaria que escribiese un trabajo sobre métodos de juzgar y de castigar (2) y de que éste hiciese una llamada a la suavidad de las penas denunciando como tiránica la crueldad, se sigue trabajando, necesariamente, para desentrañar y acabar con la práctica de la tortura, es porque ésta existe y porque la vieja razón humanitaria se ha mostrado insuficiente. A fin de cuentas, decía Céline, el hombre es frecuentemente humano de la misma manera que una gallina vuela. Sin embargo, el viejo sueño de la razón y del sentimiento sigue vigente y si a nuestra vista, como expresaba Voltaire, «vemos la contrariedad, la dureza, la incertidumbre, la arbitrariedad», puede todavía mantenerse la voluntad de perfeccionarlo todo que atribuía a su siglo y dentro de ella la de «perfeccionar las leyes de que dependen nuestras vidas» (3). En esta voluntad de perfeccionamiento de la ley puede encuadrarse el libro que comentamos, «El delito de tortura», que además de meritorio empeño, contiene una ordenada sistemática, un valioso análisis crítico de su actual regulación en el Código penal así como acertadas propuestas.

Aunque dividido en cuatro capítulos, el libro puede enmarcarse en dos grandes apartados, expuestos y analizados básicamente desde una perspectiva técnico-jurídica. El primero hace referencia al concepto internacional de tortura y gira especialmente alrededor de la Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1984 de lucha contra la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes. El segundo se refiere a la tortura en el Derecho español, centrándose fundamentalmente en el artículo 204 bis del Código penal en relación con el artículo 15 constitucional, si bien también plantea el autor otras normas del propio Código penal como son, el artículo 421.3, lesiones con tortura, o el artículo 504.4, producción de tortura con motivo u ocasión del delito de robo, así como otras referencias normativas como el artículo 5.1 del Reglamento penitenciario.

En relación con la Convención de las Naciones Unidas aprobada el 10 de diciembre de 1984, puede recordarse que fue ratificada por España casi tres años más tarde, el 19 de octubre de 1987, incluyendo en el instrumento de ratificación dos declaraciones por las que se reconoce la competencia del Comité, regulado en los artículos 21 y 22, para recibir y examinar las comunicación en que el Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención, o para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte. Sin embargo, como indica el autor, (pp. 20 y 21), estos mecanismos de acceso y en todo caso de

(1) M. MAQUEDA, La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, en ADPCP, 1986, p. 423.

(2) J.A. DELVAL, Introducción a C. Beccaria, De los delitos y de las penas; Madrid, 1968, p. 13.

(3) Fr. M. VOLTAIRE, Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias, en C. Beccaria, obr. cit., p. 160.

aplicación de los términos de la Convención son criticables por su carácter limitado ya que su operatividad es siempre «a posteriori», careciendo de eficacia preventiva y siendo incluso escasa como respuesta ya que la única sanción prevista es la publicación por el Comité de los resultados de las investigaciones que practique.

Respecto al contenido de la Convención, estableciendo el precedente de la Declaración sobre la protección de las personas contra la tortura y otros tratos y penas crueles inhumanos o degradantes de 1975, y tras delimitar la tortura como categoría diferente de las penas y tratos inhumanos o degradantes (artículo 1 y artículo 16 respectivamente), expone el autor las obligaciones de los Estados que la suscriban, tanto en el ámbito interno como en el internacional y los mecanismos de aplicación. Sobre la definición concreta de la tortura contenida en el artículo primero, el autor destaca como rasgos singulares los siguientes: la pluralidad de bienes jurídicos protegidos; su consideración como delito especial por razón de sus sujetos activos: funcionarios y demás personas que ejercen funciones públicas; su consideración como delito de resultado en tanto consiste en infligir «a una persona dolores o sufrimientos graves»; su calificación de doloso derivado de la expresa intencionalidad en la causación del sufrimiento grave y de la expresa referencia a fines y, en relación con ello, causación intencional «versus» fines propuestos, su calificación como delito de «intención transcendente» o delito de tendencia. Por último se expone la posibilidad de comisión por omisión, así como referencias a formas imperfectas de ejecución, a formas de participación, a limitaciones de posibles causas de justificación y a las circunstancias modificativas.

Los rasgos anteriormente expuestos son ampliamente analizados por el autor. Así, respecto a su dimensión pluriofensiva se plantea que la criminalización internacional de la tortura protege no solo bienes jurídicos individuales, como la dignidad y humanidad que asumen dimensión de interés internacional en la Convención, sino que también, dada la especial consideración del sujeto activo y su relación, tiempo-espacio, de dominio sobre la víctima, alcanza a bienes jurídicos supraindividuales, como es el debido funcionamiento de los servicios públicos. Junto a una restrictiva interpretación respecto a los autores del delito de tortura, se plantea sin embargo el ámbito de la responsabilidad penal. El mismo artículo 1.1 de la Convención hace referencia a la «instigación» y al «consentimiento o aquiescencia» por parte del funcionario público en torturas inflingidas por otras personas. Indica el autor la vía de la autoría mediata o el recurso al «actuar en nombre de otro». Respecto al resultado delictivo, se valora positivamente la inclusión del sufrimiento mental grave junto al físico, lo que permite incluir la amenaza en el delito de tortura, si bien la exigencia de gravedad plantea problemas ante la ausencia de concreción, remitiendo al juez su definición. Ante ello, el autor propone superar el problema que está en el fondo de la tipificación de la tortura como delito de resultado a través de una construcción típica del delito de tortura como delito de actividad, actuando el posible resultado posterior en relación a la graduación de la pena, si bien, entiendo, puede haber respecto de ellos, en esa nueva configuración, la eventualidad dolosa, cuestión, esta última, apuntada al tratar, seguidamente, la consideración del delito como doloso, dada la exigencia expresa de intencionalidad de persecución de determinados fines. En relación con los fines, se analiza la oportunidad o no de algunos de ellos, por «castigo» o por «discriminación» y el carácter exhaustivo o abierto de la relación de fines, optándose por una interpretación abierta en base al artículo 1.2 de la Convención

que no impide regulaciones nacionales o internacionales que tengan un mayor alcance. La posición en el delito de tortura del sujeto activo permite considerar conductas omisivas, de «tolerancia», derivadas de un posible «consentimiento o aquiescencia», así como omisiones impropias. En relación con posibles formas de participación admite el autor el encubrimiento a pesar de no tener referencia expresa en el texto. El artículo 2.2 y 2.3 sirve para plantear los límites a posibles justificaciones penales («en todo caso») y, por último, en relación con la Convención, se hace referencia a la posible presencia de circunstancias modificativas conectadas con técnicas comisivas que en última instancia pueden depender de la configuración más o menos amplia de la conducta delictiva.

El segundo de los grandes apartados en que puede dividirse esta obra, se refiere, como se ha apuntado más arriba, a la presencia del delito de tortura en el Derecho español. Desde la inequívoca declaración del artículo 15 constitucional, se exponen y analizan otras expresiones normativas de la prohibición de la tortura tanto en el Código penal como en otras normas penales complementarias. Dentro del Código penal y junto a la tipificación del delito de tortura del artículo 204 bis, se hace referencia al artículo 501,4 en el que la presencia del término tortura procede de la reforma de 1983, y al artículo 421,3 que contempla el «empleo de tortura» como agravación del delito de lesiones desde la reforma de 21 de junio de 1989. El autor comenta ambas referencias como carentes de sentido técnico o propio derivado de la definición del delito de tortura constituido en el artículo 204 bis y desde la óptica, podía añadirse, del concepto internacional de tortura que se ha visto en la Convención de las Naciones Unidas, en cuanto ambas referencias son ajenas a la condición funcional, o asimilada, de los posibles sujetos activos.

Junto a las acertadas apreciaciones del autor sobre la discutible presencia de estas referencias normativas, realizadas a partir de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, respecto al artículo 501.4, y sistemáticas en relación al 421.3, cabe, entiendo, un ulterior comentario de carácter político-criminal y también sistemático. Si la referencia básica sobre la conducta constitutiva del delito de tortura en nuestro Código penal se encuentra en el artículo 204 bis, que delimita sujetos activos y situaciones comisivas singularizadas por la indefensión o dependencia de los sujetos pasivos, la presencia del término tortura en los artículos 501.4 y 421.3 puede entenderse doblemente perturbadora. En primer lugar por su falta de sintonía con los rasgos normativos del artículo 204 bis y en segundo lugar porque parece avalar una dirección discursiva manifestada desde opiniones no precisamente rigurosas con las garantías jurídicas del detenido o preso, que de manera confusa viene a plantear que como tortura pueden calificarse numerosos comportamientos, coincidan o no con el tipo penal, con lo que se produce la consecuencia de desdibujar los rasgos propios del tipo de tortura en términos de opinión pública, vanalizando su propia dimensión.

El análisis del artículo 204 bis parte de los precedentes legislativos y parlamentarios hasta llegar a su actual presencia que, procedente del año 1978, se ha visto modificada en el segundo párrafo del artículo por la eufemísticamente titulada Ley de Actualización del Código penal de 1989, tras la incorporación del artículo 204 bis a) por la Reforma «urgente y parcial» de 1983. El mencionado tipo delictivo es analizado desde diversas perspectivas sistemáticas en relación a su ubicación, bien jurídico protegido e inadecuación de las penas previstas, para a conti-

nuación analizar los diversos contenidos que encierra en sus distintos párrafos.

Opta el autor por una más precisa colocación sistemática dentro de los «Delitos contra la Constitución», asumiendo la crítica a la rúbrica «delitos contra la seguridad interior del Estado» por ser «flagante expresión del pensamiento autoritario del legislador de 1944» (E. Octavio de Toledo). Se entiende que la prohibición de la tortura constituye una garantía constitucional desde el punto de vista formal y material y se plantea también, aunque se rechaza ante el posiblemente desproporcionado crecimiento del Título, una posible incardinación en el nuevo Título relativo a los «Delitos contra la comunidad internacional», dada la presencia de la *Convención y la protección internacional contra la tortura*. Del mismo modo, se apunta una mejor ubicación, menos relegada y más cercana al delito de detenciones ilegales, así como más preeminente, dada la importancia del bien jurídico protegido, dentro de los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes». Respecto al bien jurídico protegido en el artículo 204 bis, reconociendo el autor las vinculaciones estrechas entre las conductas prohibidas y las garantías procesales, considera que los tipos contenidos en el 204 bis desbordan a aquellas y su protección alcanza un mayor ámbito relativo a las «garantías personales, libertad en cuanto plasmación de los valores constitucionales humanidad y dignidad) de los afectados por las tres vertientes básicas, —la policial, la judicial y la penitenciaria—, del funcionamiento de la Justicia» (pp. 122 y 123). Desde esta consideración de pluralidad de los bienes jurídicos protegidos y desde la especial necesidad de la tutela penal de los mismos, se critica la benignidad sancionatoria llegándose a dudar de si efectivamente se están protegiendo penalmente tales bienes jurídicos o si no nos encontramos ante una apariencia protectora, ante un supuesto más, podría decirse, de protección «simbólica» (Baratta).

El análisis de contenido del precepto continúa contemplando los diversos tipos que contiene, su dependencia o su regulación autónoma, en base a la estructura típica, confusa sin duda, de los distintos párrafos del artículo 204 bis. Para ello se comienza por el párrafo cuarto de la norma del que se rechaza su consideración como tipo residual y al que se le atribuye una función propia de protección específica de la adecuación a la legalidad de los interrogatorios en materia penal. Los párrafo primero y segundo del artículo 204 bis, con identidad de presupuestos típicos, referencias intencionales en ambos, y caracterizados por la causación de resultados comisivos, se singularizan como supuestos propios de «tortura indagatoria». Se atribuye al párrafo tercero del artículo 204 bis la realización del tipo cuando se produzca en el ámbito penitenciario, con cualidad diversa de los sujetos activos, *distinto ámbito de realización, ausencia de la intencionalidad presente en el primer párrafo*, y remisión a los párrafos anteriores en relación a los actos cometidos. Respecto al párrafo quinto del artículo, siguiendo los análisis sobre el comportamiento omisivo realizados por Silva Sánchez, se separa el autor de su calificación como delito de omisión impropia o de comisión por omisión para presentarlo como supuesto de «omisión referida a un resultado legalmente tipificado y que se equipara directamente por la misma ley a la omisión».

El autor finaliza con una valoración que siendo positiva respecto a la presencia de un artículo específico en el Código penal que tipifique la tortura, es notablemente crítica respecto al contenido de dicha presencia. El alcance del artículo 204 bis C.P., más reducido que el concepto internacional «mínimo», con la consi-

guiente protección deficiente e incompleta agudizada por llamativa benignidad sancionatoria, permiten al autor proponer una nueva construcción del tipo penal de tortura en base no tanto a la producción de resultados, como al «empleo de violencia o intimidación por parte de funcionarios con el fin de obtener una declaración o información o con cualquiera de los fines señalados por la Convención». Tal nueva tipificación debería estar acompañada de un conjunto de disposiciones que permitiesen eliminar, en palabras del autor, «espacios de impunidad, secretismo, ausencia de control y demás ocasiones propicias... en el ámbito de la intervención policial y penitenciaria» (p. 220).

Estas últimas reflexiones con las que el autor finaliza «El delito de tortura» sugieren un último comentario general sobre la obra. Es indudable que el autor acomete su objeto de estudio «El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código penal» de modo riguroso, con manifiesta comprensión a los referentes materiales objetos de protección, con cuidada sistemática y con análisis críticos y aportaciones valiosas, amplitud que este comentario, necesariamente breve, no ha abarcado totalmente. Sin embargo, la propia lectura de la obra sugiere desarrollos más amplios procedentes de la comprobación de que los «espacios» u «ocasiones propicias» a los que el autor se refiere, su regulación, no son ajenos sino relacionales, copartícipes, de la protección penal frente a la tortura. Es cierto que con ello se desborda el objeto de la obra pero la búsqueda de la voluntad político criminal en la protección contra la tortura lleva también a ellos.

Se cita en la obra que comentamos (p. 21, nota 31) la indicación del Comité de Derechos Humanos que plantea como una de las vías más eficaces de lucha contra la tortura y tratos inhumanos y degradantes el registro sistemático de las detenciones, la superación de las situaciones de incomunicación mediante la apertura de posibilidades de comunicación de los detenidos con médicos, abogados y familiares (con presencia de estos en el interrogatorio, en especial con menores) y el establecimiento de un régimen estable de visitas a los lugares de detención por parte de personas nombradas por organizaciones independientes, nacionales e internacionales. Estas consideraciones llevan a que junto al desarrollo del artículo 15 constitucional quepa plantear cómo han sido desarrollados otros contenidos constitucionales como los de los artículos 17.2 en relación con el 55.2, el 17.3, 17.4 y 25.2 porque pueden permitir comprender que la tortura no es sinónimo de una peste feroz sino que se incuba en complejos procedimientos jurídicos, con técnicas minuciosas, como regulación jerárquica del sufrimiento y fría persecución de fines (Cacciari). El análisis de estos desarrollos en relación con los derechos del detenido, la duración de la detención, la asistencia letrada, la comunicación y la incomunicación, el procedimiento «habeas corpus», los poderes policiales en regulaciones de excepción y de excepción «normalizada», los procedimientos de urgencia, el aislamiento penitenciario (puede verse STC 2/1987) junto a la regulación penal sustantiva permite contemplar un complejo conjunto normativo en el que las deficiencias mostradas en la obra que se comenta, parecen encontrar acomodo en regulaciones restrictivas de derechos y la «veritas indagatio per tormentum» puede descubrirse en una lectura normativa del sufrimiento.