



Universidad de Valladolid

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA Y PROCURA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

**EL DELITO DE TORTURA:
CONTEXTO SUSTANCIAL Y
PROCESAL EN LA LEGISLACIÓN
ESPAÑOLA**

Ismael Velázquez Ramírez

Tutor – Roberto José Cruz Palmera

CURSO 2024/2025

RESUMEN

El delito de tortura está tipificado en España en el Título VII del Código Penal, en los artículos 174 a 176, junto a otros delitos contra la integridad moral. Su regulación en España siguió un proceso largo e inconsistente, hasta la promulgación del Código Penal de 1995. De manera similar al resto del ordenamiento jurídico, la regulación de la tortura ha ido avanzando en consonancia con la situación política y social del país, y se ha visto igualmente influenciado por el contexto internacional y el proceso de integración europea que emprendió España incluso durante el régimen franquista.

Los instrumentos normativos, institucionales y judiciales para la persecución de la tortura se han desarrollado notablemente en las últimas décadas, a pesar de lo cual se trata de una práctica lejos de erradicarse. Los problemas procesales derivados de la restricción de derechos fundamentales en el marco del régimen de incomunicación impiden prevenir la comisión de estos delitos efectivamente, perjudican la labor de los agentes jurídicos y ponen en duda la integridad misma del ordenamiento jurídico democrático.

Palabras clave: Tortura, delito, integridad moral, Código Penal, jurisprudencia, derechos humanos, derechos fundamentales.

ABSTRACT

Torture as a crime is typified in Spain in its Penal Code's Title VII, articles 174 to 176, alongside other crimes against moral integrity. Its regulation in Spain followed a long, inconsistent process until the enactment of the 1995 Penal Code. In a similar way as the rest of the legal order, the regulation of torture has advanced in coherence with the political and social situation in the country, and has been influenced by the international context, specially by its european integration process, even during the franquist regime.

The normative, institutional and judicial instruments for prosecution of torture have developed notably during the last decades, although this criminal practice is far from eradication. The procedural problems derived from fundamental rights restrictions inside the incommunicado regime doesn't allow to prevent effectively the perpetration of these crimes, harming the intervention of the legal agents and arising doubts about the integrity of the legal democratic order in itself.

Keywords: Torture, crime, moral integrity, Penal Code, jurisprudence, human rights, fundamental rights.

ÍNDICE

- INTRODUCCIÓN – 4

- **I. La tortura: tipificación en el Código Penal y jurisprudencia sustancial en España – 6**
 - ❖ 1º.- Evolución histórica de la tortura en el Derecho español codificado – 6
 - ❖ 2º.- Tipificación de la tortura: bien jurídico protegido, modalidades y especificidades dentro de los delitos contra la integridad moral – 9
 - ❖ 3º.- Tipos específicos de tortura y otros delitos contra la integridad moral – 14
 - ❖ 4º.- Penalidad de los delitos contra la integridad moral – 18

- **II. El delito de tortura en el Derecho Internacional – régimen jurídico en el marco del Consejo de Europa – 21**
 - ❖ 1º.- La prohibición de la tortura en el Derecho Internacional – 21
 - ❖ 2º.- La tortura en el marco del CEDH – El TEDH y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes – 24
 - ❖ 3º.- Jurisprudencia del TEDH respecto a España sobre delitos de tortura – 26

- **III. Riesgos procesales en relación a la comisión de delitos de tortura en España – el régimen de incomunicación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal – 31**
 - ❖ 1º.- El régimen de incomunicación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal – 32
 - ❖ 2º.- El derecho de defensa ante el régimen de incomunicación – la indefensión y el riesgo de tortura - 34

- IV. CONCLUSIONES – 40

- Referencias bibliográficas - 42

INTRODUCCIÓN

El delito de tortura, regulado en el Título VII del Código Penal, constituye el tipo penal más relevante en lo referido a la rendición de cuentas por parte del Estado por la actuación de sus propios agentes. Siendo cierto que dicho Título recoge también supuestos en los que el sujeto activo no se vale de un cargo de autoridad o funcionario público para infligir un trato degradante – artículo 173 –, resulta evidente que el motivo principal para la censura penal de este tipo de conductas consiste en su empleo por parte de los mismos, dado el elevado riesgo de que estos se valgan del poder que les otorga el Estado para extralimitarse en sus funciones, con el fin de cumplir con el objeto de su cargo o, más grave aún, para someter al sujeto pasivo a un sufrimiento injustificable, abiertamente delictivo y criminal.

La regulación de los delitos de tortura en España se ha visto siempre marcada por varios factores: por un lado, el propio desarrollo del ordenamiento jurídico en su conjunto, envuelto siempre en conflictos de trascendencia histórica como fue la Transición española, la ruptura con el Estado franquista y sus instrumentos de represión sistemática; por otro lado, el contexto internacional en el que el Estado se ha visto envuelto desde entonces, con su incorporación a numerosas organizaciones y Tratados Internacionales, entre los que destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos como un factor vinculante en lo que respecta al tratamiento de estos delitos en todas sus fases.

Este contexto político y social sitúa a la tortura en el foco de la legitimidad del ordenamiento jurídico. La línea que separa los problemas de abuso de poder por parte de algunos agentes de la autoridad, del uso institucional sistemático de la violencia estatal contra las personas es extremadamente fina a ojos de la opinión pública, y no es para menos: la impunidad de los crímenes cometidos por el franquismo en España es una herida abierta que tuvo su continuidad en la violencia política ejercida durante la Transición, un proceso que tiende a presentarse erróneamente como pacífico y conforme a las normas elementales de un ordenamiento jurídico democrático.

La tortura, por tanto, ha sido históricamente en España una herramienta del poder político, de modo que los principales factores de riesgo para que estos delitos se sigan cometiendo



han de situarse en conflictos de tipo político y social. La llegada del orden constitucional y su prolífica producción normativa, aparentemente más garantista que el desfasado ordenamiento franquista, no ha conseguido eliminar estos conflictos, los cuales constituyen los principales factores de riesgo que propician la existencia y/o la impunidad de la tortura.

La actuación del Estado ante los conflictos políticos de carácter violento optó por la contención y el control de la situación antes que por su resolución efectiva, mermando en el proceso los derechos fundamentales de los detenidos, investigados y acusados por delitos de terrorismo y otros de carácter político. Entre los derechos violentados por este desarrollo normativo destaca el derecho de defensa, cuya limitación supone un atentado contra el ejercicio de la abogacía y contra la presunción de inocencia, poniendo en tela de juicio todo el sistema de garantías constitucionales que, en principio, situaría a España entre los ordenamientos jurídicos democráticos de Europa occidental.

Tampoco han sido infrecuentes los supuestos de tortura que han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por cuestiones tan graves como la insuficiencia de las investigaciones, rayana en el encubrimiento de estos delitos. A pesar de ello, el grueso de los cambios legales y jurisprudenciales al respecto ha sido admitido sin mayores disensiones por los países firmantes del Convenio, evidenciándose así las limitaciones del mismo, limitaciones que contribuyen a la reafirmación legal de métodos represivos ilegítimos en detrimento de su persecución penal.

I. LA TORTURA: TIPIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y JURISPRUDENCIA SUSTANCIAL EN ESPAÑA

1º.- Evolución histórica de la tortura en el Derecho español codificado

El delito de tortura en España no fue regulado de forma específica hasta la Transición. Históricamente, su práctica fue sistemática en la época absolutista y hasta mediados del siglo XIX: “El empleo de la tortura como medio de prueba constituía el reflejo del sistema penal vigente en esa época, que consideraba al reo –aun cuando sólo pesara sobre él la sospecha de que había cometido un delito– merecedor de castigo sin consideración de las circunstancias en que se consiguiera su confesión o, menos aún, de las circunstancias en las que cumpliera la pena que se le impusiera. Ello llevaba a que siempre, ante la ausencia de pruebas, se buscara la confesión del sospechoso empleando el tormento, y se presumiera que mentía si no reconocía la comisión de los delitos que se le atribuían”¹.

Este contexto de arbitrariedad situó su abolición como una de las grandes reivindicaciones de los juristas liberales de la época: “*En nuestro país, Lardizabal, siguiendo el pensamiento de Montesquieu y, sobre todo el de Beccaria, considera la tortura inútil, injusta y desigual, a la vez que rechaza el proceso penal inquisitivo en su Discurso sobre la pena (1782). En esta misma línea se pronuncia el licenciado José Marcos Gutiérrez en el tomo primero de su obra, Práctica criminal de España (1804), donde define el tormento como práctica bárbara, absurda e injusta*”². Tal reivindicación culminó con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, al establecer por primera vez un proceso penal estrictamente regulado y regido por principios típicos de un Estado de Derecho.

Esto demuestra el atraso relativo del ordenamiento jurídico español, en consonancia con las dificultades que padeció la revolución liberal durante todo ese siglo. Para que llegase la criminalización y tipificación de la tortura, primero el Estado tenía que desprenderse

¹ Bassino Balta, Ariana (2016). *¿Es posible el descargo de la imputación en el delito de tortura?* THÊMIS, Revista de Derecho, n.º 68, pp. 115-116.

² Fernández Torres, María José (2013). *El Delito de Tortura y su relación con Otros Atentados Contra la Integridad Moral*. Tesis Doctoral dirigida por María Dolores Fernández Rodríguez, Universidad de Murcia, pp. 31-32.

de ella como práctica habitual, de modo que en los Códigos Penales de la época apenas se penalizaban conductas generales de abuso de autoridad, o formas específicas de maltrato hacia las personas, estando ausente un concepto integral de tortura³.

Posteriormente, la inestabilidad política y social de principios del siglo XX se vio reflejada en la regulación de la tortura como delito, con la promulgación y posterior derogación del Código Penal de 1928, seguido del Código Penal republicano de 1932, de orientación humanista y centrada en los derechos individuales, pero muy escueto y poco desarrollado. Tras el golpe de Estado de 1936 y la posterior victoria franquista en la guerra civil, los pocos avances en la tipificación dejaron paso a una auténtica vuelta al pasado más negro de la práctica institucionalizada de la tortura en España.

Dentro de este marco de arbitrariedad absoluta, las únicas conductas sancionadas por el régimen consistían en un difuso *abuso de superioridad*, concepto que deja patente la lógica tiránica del franquismo: la tortura no era un delito, sino un abuso de derecho. Su sanción dependía de una valoración *ad hoc* sobre lo excesivo del ensañamiento en su ejecución, convirtiéndose en un cálculo de intereses cuyo único criterio verdadero era el perjuicio que pudiera causar a la imagen del régimen o las represalias que pudiese tomar la población en respuesta a la represión.

La crisis económica y política interna a partir de la década de 1960, así como la situación internacional, causaron precisamente un recrudecimiento de estos problemas, que se convirtieron en una verdadera amenaza insurreccional para el Estado. La posición del mismo sobre la tortura siguió entonces un proceso contradictorio, pasando de su ejercicio ampliado para contener la movilización social y la lucha armada organizada – reforzada además por la profesionalización de la represión política con la fundación del Tribunal de Orden Público en 1963 –; a su posterior rechazo y prohibición generalizada en la Constitución de 1978⁴.

La justificación para este giro radical frecuentemente sigue el razonamiento de que los cambios políticos durante la Transición fueron tan profundos que socavaron las bases del

³ Rodríguez Mesa, M. J. (2000). *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Comares, Granada, p. 131.

⁴ Constitución Española (CE), España (1978). Artículo 15: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*”.

régimen franquista por completo, sentando firmemente los principios de un Estado social y democrático de Derecho contrario al anterior.

Sin embargo, los hechos muestran que existe una continuidad con el anterior ordenamiento jurídico-político, como así lo demuestra el proceso de tipificación de la tortura como delito, que comienza con la Ley 31/1978, de 17 de julio, de modificación del Código Penal para tipificar el delito de tortura. Esta ley muestra dos características imposibles de obviar: primero, es una modificación del Código Penal franquista de 1973. Segundo, su promulgación es anterior a la CE de 1978.

Ambas circunstancias evidencian la falta de ruptura con el estatus jurídico franquista de la tortura, siendo más reveladora si cabe la redacción del entonces nuevo artículo 204 bis CP⁵, que ni siquiera menciona el término en sí. Esto muestra que la urgencia con la que se redactó tal modificación respondía más a la necesidad de legitimidad mediática del proceso de la Transición que a una intención real de tipificar con rigor la tortura y de romper con la propia práctica político-judicial del Estado hasta el momento.

A pesar de todo, inmersa en un contexto de violencia política y presiones internacionales, la Transición siguió adelante y configuró un ordenamiento jurídico integral, codificado y profesionalizado en las siguientes décadas. En cuanto a los delitos contra la integridad moral, su regulación seguiría siendo superficial hasta más adelante, pues la prioridad del

⁵ Ley 31/1978, de 17 de julio, de modificación del Código Penal para tipificar el delito de tortura (CP), España (1978). Artículo 204 bis CP: *“La Autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos uno y cuatro del título ocho y capítulo seis del título doce de este Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial”*.

Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en los artículos quinientos ochenta y dos, quinientos ochenta y tres, número uno, y quinientos ochenta y cinco, el hecho se reputará delito y serán castigados con las penas de arresto mayor y suspensión”.

En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la Autoridad o funcionario de Instituciones Penitenciarias que cometiere, respecto de detenidos o presos, los actos a que se refieren los párrafos anteriores.

La Autoridad o funcionario público que en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad, será castigado con la pena de arresto mayor e inhabilitación especial.

Igualmente se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la Autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.

Estado siguió siendo otra distinta a su tipificación: la abolición de la pena de muerte, otra muestra del recurrente atraso relativo de España respecto a los Estados de su entorno.

La tipificación finalmente llega con el Código Penal de 1995, una nueva regulación imperiosamente necesaria para dejar atrás el desfasado Código franquista: *“En esta decisión pesó, sin duda, la presión internacional ejercida a raíz del V Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra el 1 de septiembre de 1975 5. En el documento acordado se instaba a los estados miembros a adoptar medidas contra la tortura 6, incluyendo su sanción como delito, junto a obligaciones procesales de investigación, vedando la opción de tolerarla en circunstancias excepcionales”*⁶. Su promulgación se produce aún bajo la influencia de un contexto político violento y represivo. El uso del terrorismo de Estado para hacer frente a las organizaciones armadas clandestinas como ETA o GRAPO causó una crisis política que – junto a otros factores – terminó con el Gobierno de Felipe González – el cual había desarrollado profusamente todos los aparatos del Estado, incluida la Administración de Justicia y las FCSE –, y que tuvo su reflejo en el contenido sustancial del novedoso Título VII, que adopta un enfoque integral sobre la tortura, concibiéndola como un ataque específico a la integridad moral del sujeto pasivo.

2º.- Tipificación de la tortura: bien jurídico protegido, modalidades y especificidades dentro de los delitos contra la integridad moral.

El tipo básico del delito de tortura, partiendo de la prohibición general del art. 15 CE, se recoge en el artículo 174.1 del Código Penal: *“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales,*

⁶ Roig Torres, Margarita (Enero de 2014). *Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la << tortura de rescate >> (Rettungsfolter)*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º11, p. 300.

la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.”⁷.

Sus elementos básicos son los que siguen: como **elemento material**, encontramos el menoscabo de la integridad moral de la persona: “*el Tribunal Constitucional normalmente alude a la dignidad como objeto de tutela superior en la tortura. (...) De todas formas, en algún caso se refiere directamente a la protección de la integridad física y moral*”⁸. La dignidad de la persona es, en último término, el elemento a proteger; pero el elemento material del delito de tortura, el que se ve directa y principalmente menoscabado, es la integridad moral.

Además de esto, se delimitan los supuestos recogidos en el mismo a aquellos en los que el **sujeto activo** es autoridad o funcionario público, constituyéndose como **delito especial**, quedando relegados el resto de supuestos de menoscabo de la integridad moral a lo previsto en el art. 173 CP⁹. Esta consideración de autoridad o funcionario público se regula en el art. 24 CP, incluyendo a aquellas personas que “*tengan mando o ejerzan jurisdicción propia*”¹⁰ y a quienes por ley o por elección de autoridad “*participen en el ejercicio de funciones públicas*”¹¹.

En cuanto a su carácter como delito especial, existe cierto debate: “*La doctrina, prácticamente de forma unánime, lo considera un delito especial impropio por su correspondencia con un delito común. Ahora bien, se trata de una afirmación que es preciso matizar(...). Se trata de un delito donde lo esencial de su regulación (...) es la amplitud con la que ha sido descrito el comportamiento típico y que implica que cualquier atentado a la integridad moral, insisto cualquier, puede ser calificado como delito de tortura cuando el autor del mismo es un funcionario público o autoridad*”. La correspondencia con el tipo general del artículo 173 es parcial, porque “*mientras que en el delito de tortura se castiga cualquier atentado a la integridad moral que tenga origen en un funcionario público o autoridad, sea o no grave, en el delito común de trato*

⁷ Código Penal (CP), España (1995). Art. 174.1.

⁸ Roig Torres, Margarita (Enero de 2014). *Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la << tortura de rescate >> (Rettungsfolter)*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º11, pp. 301-302.

⁹ *Ibidem*, art. 173.1, párrafo 1º: “*El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”.

¹⁰ *Ibidem*, art. 24.1 CP.

¹¹ *Ibidem*, art. 24.2 CP.

degradante los comportamientos abarcados en el tipo serían exclusivamente aquellos que consistieran en un menoscabo grave a la integridad moral”¹².

El Tribunal Supremo insiste en su jurisprudencia que, tal y como está expresado en el art. 174 CP, dicha autoridad o funcionario público debe actuar “*con abuso de su cargo*”¹³, aprovechándose de su posición respecto al sujeto pasivo, extralimitándose en el proceso de las funciones que ese cargo le atribuye formalmente. Esta exigencia es fundamental en la diferenciación típica de la tortura respecto de otros delitos de su Título. La condición de cargo público es un elemento disuasorio y/o intimidatorio especialmente eficaz para proceder a la realización de un acto degradante, además de ser uno de los grandes factores de riesgo que pueden motivar dicha realización

Un agente de la autoridad en funciones, cuyo deber es utilizar todos los medios a su alcance para obtener un resultado exigido por su condición – o por los intereses particulares que puede permitirse satisfacer por razón de la misma –, es capaz de transgredir con relativa facilidad la barrera de lo lícito en el ejercicio de sus potestades con tal de obtener dicho resultado, aprovechándose de una posición dominante que potencialmente puede abrumar al sujeto pasivo de una forma que ninguna persona que careciera de esta condición sería capaz, asegurando – al menos en potencia – tanto la consecución del objetivo inicial como su impunidad por el trato degradante infligido. De ahí la mayor severidad en las penas impuestas para estos delitos dentro de su tipo diferenciado, que se describirá más adelante.

Como **elemento teleológico**, el tipo exige una finalidad indagatoria, punitiva o discriminatoria. Según el Tribunal Supremo, en la tortura concurre: “*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*”.¹⁴

La *tortura indagatoria* persigue la obtención de información mediante el atentado contra la integridad moral del sujeto pasivo, siendo las investigaciones judiciales un contexto propenso – no exclusivo – para la comisión del delito en esta modalidad.

¹² Rebollo Vargas, Rafael (2000). *Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura*. Universidad de Barcelona, ADPCP, Vol. LIII, p. 136.

¹³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, España (2001). *STS 3309/2001, de 23 de abril de 2001*.

¹⁴ Tribunal Supremo, Sala Segunda, España (2004). *STS 2646/2003, de 26 de noviembre de 2004*.

La *tortura punitiva* implica la aplicación de un castigo a la persona por un hecho que ésta cometió o del que se tiene sospecha, fundada o no, de su comisión por ella. Este hecho no tiene que ser necesariamente un delito o acto ilícito de naturaleza jurídica. Lo relevante de esta modalidad no es, por sí solo, el carácter represivo de la misma, puesto que cualquier sanción por parte de autoridad o funcionario público genera algún tipo de sufrimiento en la persona que la recibe; sino su carácter ilegal por innecesaria, incompetente y/o desproporcionada.

Por último, la *tortura discriminatoria* se incluyó en el Código Penal a partir de la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre¹⁵. Para conceptuar esta discriminación, la jurisprudencia y doctrina se remite a lo dispuesto en el art. 22.4 CP, el cual hace referencia a motivos “*referentes a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*”¹⁶.

En cuanto al **sujeto pasivo**, éste puede serlo aún cuando no es la víctima inmediata de las acciones del sujeto activo, dado que éste último actúa necesariamente con una finalidad tasada que puede requerir la causación de un daño – o amenaza del mismo – hacia un tercero relacionado con el sujeto pasivo.

Volviendo al bien jurídico protegido, la tortura se configura principalmente en el Código Penal como un delito contra la integridad moral. Siendo una conducta pluriofensiva, pues también se vería afectado el correcto funcionamiento de los mecanismos del Estado, se sitúa la integridad moral en el foco de la tipificación. El artículo 15 CE recoge expresamente el derecho a la integridad moral y la prohibición de la tortura, de manera que “*la propia Constitución, en tanto que texto con valor normativo directo, permite que los derechos fundamentales sean protegidos por cualquier tribunal o juzgado en cualquier procedimiento, sin necesidad de una previa legislación especial que los regule.*

¹⁵ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), España (2003). Artículo 1, apartado sexagésimo segundo.

¹⁶ Código Penal (CP), España (1995). Art. 22.4 CP.

*Así, el derecho a la integridad física y moral constituye un derecho subjetivo por su mera incorporación a la Constitución*¹⁷.

El contenido del artículo 9 CE complementa esta prohibición: *“En tanto contenido esencial del mencionado derecho, la prohibición de la tortura vincula a todos los poderes públicos, sin que sea posible ninguna legislación, decisión judicial o actuación administrativa que justifique la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes”*¹⁸. Mientras que *“Las Constituciones de países europeos como Alemania y Francia no prohíben expresamente la tortura”*, en España la prohibición es absoluta ya desde el mismo texto constitucional, de manera que, atendiendo a su tenor literal, a la protección de la integridad moral de las personas se añade una exigencia específica de responsabilidad ante el orden constitucional por parte de todos sus agentes.

Tanto la propia mención del término como este nuevo enfoque centrado en la víctima del delito fueron novedades de especial relevancia, atendiendo siempre al atraso de la normativa española en su tipificación; constituyendo definitivamente su autonomía frente a otros tipos penales como las lesiones o la agresión sexual. La tortura se convierte así en un delito independiente, no requiriéndose el perjuicio de otro bien jurídico protegido penalmente para reputarse como tal.

En cuanto a la integridad moral, el Tribunal Supremo definió este bien jurídico como *“un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, este es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento”*¹⁹. La propia redacción del art. 174 CP establece un rango relativamente amplio de supuestos de atentado contra el sujeto pasivo. Esta caracterización abierta resulta adecuada para identificar el resultado lesivo de conductas que, por sus objetivos altamente específicos – obtener informaciones en el marco de una investigación, penalizar al sujeto pasivo como forma de represalia política; etcétera – pueden materializarse en formas muy variadas, imposibles de tipificar explícitamente *ex ante*.

¹⁷ Silva Medina, Rodrigo (2013). *El delito de tortura: Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 174 del Código Penal*. Tesis doctoral dirigida por Ramón Ragués i Vallés, Universidad Pompeu Fabra, p. 21.

¹⁸ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, España (2004). *STS 1218/2004, de 2 de noviembre de 2004*.

Como delito contra la integridad moral, con requisitos teleológicos estrictos, la caracterización subjetiva de la tortura solo puede darse en forma de dolo. No existe la imprudencia en los delitos del título VII, y la doctrina duda de que pueda darse el dolo eventual en estos supuestos, pudiendo ser el dolo directo de primer o segundo grado en función de si el daño íntegro fue intencionado o si parte de él se asumió como necesario para el fin que motivó el acto delictivo, respectivamente.

Debido a ese mismo elemento teleológico, no se puede equiparar estrictamente la tortura a ningún otro delito, a pesar de las similitudes – en lo referente al menoscabo de la integridad moral – que guarda con el tipo penal del art. 173 CP, por lo que es un delito propio. Lo que sí comparte con el resto de delitos del Título VII es la necesidad de que se produzca el daño a dicho bien jurídico. La tortura es un delito de resultado, exige que se le cause un perjuicio al sujeto pasivo. Esta precisión del resultado necesario es importante en los supuestos de tortura indagatoria: lo relevante del delito no es que el sujeto activo consiga la información que buscaba con su conducta, sino que el ataque a la integridad moral, estando motivado por esa finalidad inquisitoria, efectivamente se produzca. Siendo los bienes jurídicos a proteger la integridad moral de la víctima y la integridad del Estado de Derecho, no tendría sentido situar en el foco – y mucho menos, considerar como requisito indispensable – la consecución por parte del sujeto activo de una confesión, pues el problema que merece un castigo penal, más allá de que en muchos supuestos podría resultar ilícito el propio hecho de obtener según qué información; es el modo en que la ha obtenido: abusando de su cargo y practicando un trato degradante.

3º.- Tipos específicos de tortura y otros delitos contra la integridad moral

El artículo 173 inaugura el Título VII, castigando en su apartado 1 todo trato degradante que menoscabe la integridad moral de la persona. Es un artículo especialmente extenso, al incluir en su seno conductas de acoso de diversa naturaleza, incluidas en el mismo a través de sucesivas reformas – el delito de acoso del art. 172 ter no aparece como tal en el Código Penal hasta la reforma de 2015²⁰ –, tales como el acoso laboral – que también implica una relación de superioridad respecto el sujeto pasivo –, el acoso inmobiliario, la

²⁰ LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), España (2015). Art. 1, apartado noventa y uno.

violencia doméstica y las vejaciones sobre el cónyuge, excónyuge o persona con análoga relación de afectividad hacia el sujeto activo.

Los supuestos del artículo 174.2²¹ – que sí son calificados de tortura – se encuentran prácticamente subsumidos en el 174.1, dado que la base que ofrece el mismo es suficientemente sólida por sí misma, si bien no resulta innecesaria la inclusión expresa de las torturas cometidas en instituciones penitenciarias y centros de menores; dado el elevado riesgo por parte de detenidos, internos o presos de padecer tratos degradantes por parte de los funcionarios de sus centros.

Cabría argumentar, además, que no es exactamente el mismo tipo penal, puesto que no se exigiría un elemento teleológico específico – indagatorio, punitivo o discriminatorio – en cada supuesto para considerarse tortura, bastando la propia relación continuada de inferioridad entre el sujeto pasivo y la autoridad o funcionario de su centro como justificación para calificar con mayor gravedad los tratos vejatorios a los que éstos pudieran someter a aquel.

Los supuestos recogidos en el art. 175 CP sí constituyen otro tipo penal diferenciado²², viniendo a complementar la tipificación del 174.1 para supuestos en los que el fin no consiste en *“obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido”*. Según el Tribunal Supremo: *“la diferencia entre el tipo penal de tortura del art 174 CP 95 y el delito residual de atentado contra la integridad moral cometido con abuso de cargo por autoridad o cargo público, “ fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior ”, del art 175 CP , no estriba en la gravedad de la afrenta a la dignidad de las víctimas (pues expresamente se sancionan en ambos preceptos tanto los atentados graves como los que no lo son), sino en la ausencia en el tipo penal del artículo 175 del elemento teleológico -“con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o*

²¹ Código Penal (CP), España (1995). Artículo 174.2: *“En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiére, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”*.

²² *Ibidem*, artículo 175: *“La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años”*.

por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación"- que exige el artículo 174".²³

En principio, el bien jurídico protegido sería el mismo, la integridad moral del sujeto pasivo, siendo la diferenciación de tipos un mecanismo para graduar la gravedad de las penas impuestas en función de los fines perseguidos. El atentado grave del art. 175 se castiga con un máximo de cuatro años de prisión, frente a los seis años de prisión de su homólogo del 174.1.

Esta distinción no es casual si se tiene en cuenta la ausencia de cualquier otra mención explícita a los efectos que tiene la tortura sobre el ordenamiento jurídico. Al situar la integridad moral del sujeto pasivo como único bien jurídico a proteger, en principio quedaría al margen el propio Estado de Derecho como ente afectado por su práctica. Al incluir en la redacción del art. 174.1 esa mención al móvil inquisitorio y/o penalizador, el legislador pretende aparentemente incluir la defensa de ese Estado de Derecho a través de la severidad mayor de las penas a imponer en estos supuestos. Como señala el Tribunal Supremo: *“Es cierto que (...) el concepto de tortura en nuestro ordenamiento penal positivo sea (es) más amplio (...) que el prevenido en el art 1º de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, pues prescinde de la exigencia de gravedad. (...) En consecuencia, la gravedad del atentado constituye una circunstancia determinante de la aplicación de una modalidad agravada”,* pero no de un tipo penal agravado, de manera que *“en los supuestos en los que el Tribunal sentenciador considera que concurre un atentado a la integridad de las víctimas que no sea grave (...) la acción será igualmente tipificada como tortura del art. 174, siempre que concurra el elemento teleológico”.*²⁴

En cuanto al artículo 176 CP, establece la comisión por omisión para los tipos descritos²⁵, como modalidad equivalente a la comisión directa, en línea con lo dispuesto en el art. 11 CP²⁶. La reforma impuesta por la Ley 31/1978, de 17 de julio, también incluía una

²³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, España (2022). STS 861/2022, de 3 de noviembre de 2022.

²⁴ Tribunal Supremo, Sala Segunda, España (2013). STS 601/2013, de 11 de julio de 2013.

²⁵ Código Penal (CP), España (1995). Artículo 176: *“Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos”.*

²⁶ *Ibidem*, art. 11: *“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:*

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

disposición prácticamente idéntica en el derogado art. 204 bis CP, extendiendo así la responsabilidad penal a toda autoridad o funcionario que conociera y permitiera actos de tortura cometidos por compañeros de profesión. Esta regulación permitiría una concurrencia de penas en caso de que el sujeto activo de torturas por omisión realizara además actos de encubrimiento.

Esta concurrencia se da también en los supuestos recogidos por el artículo 177 CP, que menciona expresamente el castigo separado por cada delito diferenciado que cometiera el sujeto activo en el curso de las torturas, como pudieran ser los de lesiones, daños, atentados contra la libertad sexual²⁷. Esta regla concursal puede traer dificultades de calificación en supuestos concretos, especialmente cuando dichos delitos diferenciados sean de carácter leve, pues podrían ser entendidos como parte integrante del propio delito de tortura. Existe división en la doctrina al respecto, pero siguiendo la línea de lo dispuesto en el propio artículo 177, se aplicarían las reglas del concurso real de delitos, juzgando cada uno por separado a pesar de su levedad.

La tipificación de la tortura en el Código Penal se contrapone al contenido del art. 177 bis, que recoge los supuestos de trata de seres humanos. La trata sería un delito autónomo, de mayor gravedad atendiendo a su naturaleza organizada y a la gravedad de sus finalidades delictivas, recogidas en su apartado 1²⁸. La tortura en estos supuestos aparecería como un acto subsumido en este tipo penal, empleando el abuso de superioridad para, a través de tratos degradantes, imponer su control sobre la víctima y traficar con su persona. La concurrencia de ambas circunstancias se recoge en el art. 177.5²⁹, en relación al art. 177.4 apartado a), estableciendo así las reglas del concurso medial de delitos.

²⁷ *Ibidem*, art. 177 “Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley”.

²⁸ *Ibidem*, art. 177 bis.1: “(...) a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
c) La explotación para realizar actividades delictivas.
d) La extracción de sus órganos corporales.
e) La celebración de matrimonios forzados (...).”

²⁹ *Ibidem*, art. 177.5 CP: “Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriera además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior”.

4º.- Penalidad de los delitos contra la integridad moral

Las penas que establece el Código Penal para los delitos del Título VII son relativamente dispares. Los delitos contra la integridad moral del art. 173 CP se castigan con menos severidad que los delitos de tortura. El tipo básico del 173.1 – así como en los supuestos de acoso laboral e inmobiliario – impone una pena de prisión de entre seis meses y dos años, elevándose este máximo a tres años en el supuesto de violencia doméstica del 173.2 CP.

Frente a esto, las torturas del 174.1 impone una pena de prisión de dos a seis años de prisión para el atentado grave, y de uno a tres años si no lo es; además de entre ocho y doce años de inhabilitación absoluta. Para el tipo penal del art. 175 las penas también son severas: prisión de dos a cuatro años para el atentado grave, de uno a tres años para el resto de supuestos; más una inhabilitación especial de dos a cuatro años.

El Título VII no establece criterios específicos para graduar la gravedad de la conducta delictiva dentro de cada subtipo. Sí es este el caso del delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, que en sus sucesivos apartados establece la imposición de penas de prisión de entre cinco a ocho años, en su mitad superior o superior en grado. En el caso de la tortura, la gravedad del atentado se determina atendiendo al supuesto específico, siguiendo criterios como la duración de la conducta – pudiendo llegar a ser un delito permanente –, la propia gravedad del daño causado a las víctimas – aunque si se lesiona otro bien jurídico, como la integridad física o la libertad sexual, dicha gravedad se valoraría al juzgar esos delitos separadamente –, y prestando especial atención al reglamento disciplinario al que estuviera sometido el sujeto activo por razón de su cargo.

La penalidad para los delitos de tortura debe valorarse, ciñéndonos al tenor literal de su codificación en el Título VII, como adecuada y proporcional en su severidad. Las penas de prisión que establece son largas – a pesar de que sólo los supuestos de mayor gravedad superan los cinco años de prisión –, y también lo son las de inhabilitación. A todo ello debe añadirse las reglas concursales con otros delitos relacionados con esta conducta, que permiten castigar separadamente la tortura de otros atentados contra bienes jurídicos individuales, pudiendo imponerse así penas sucesivas que, en principio, generaría un

efecto disuasorio de especial entidad en las autoridades y funcionarios públicos que pudieren ejercer de sujetos activos del delito.

El contraste, previamente descrito, entre la tipificación en el Código Penal español y la normativa europea en materia de tortura, excluyéndose en el primero la exigencia de gravedad de la conducta, refuerza esta conclusión. El elemento teleológico es fundamental en un delito pluriofensivo como es la tortura. Si ésta no se regulara de forma separada – con la mayor severidad que esto implica respecto de la regulación del resto de delitos de su Título –, viendo sometidas sus cualidades exclusivamente a una valoración cuantitativa de la gravedad de la conducta ofensiva sobre el sujeto pasivo y/o sobre las víctimas, no se estarían señalando con el rigor necesario los elementos que motivan su codificación. Bien podrían subsumirse, en tal caso, los supuestos de tortura como meros concursos entre delitos de lesiones y atentados contra la integridad moral; con las consecuentes dificultades para el establecimiento de penas, a las que podría añadirse la menor relevancia procesal que se atribuiría a los supuestos en los que no se superara el mínimo abstracto de cinco años de prisión exigido por el artículo 82 LOPJ para el conocimiento de los asuntos en primera instancia por la Audiencia Provincial correspondiente.³⁰

Tal y como reitera el Tribunal Supremo en su jurisprudencia: *“Es posible que pueda considerarse contradictorio calificar una acción como tortura cuando el atentado a la integridad moral de la víctima no sea grave. Pero cualquier intento, basado en apriorismos, de corregir al Legislador en esta materia, vaciaría de contenido el supuesto legal, expresamente prevenido en el tipo, de torturas no graves, y conduciría a una ruptura del modelo legislativo, pues la diferenciación entre el tipo prevenido en el art 174 y en el 175 no puede fundamentarse en la gravedad del atentado (ambos contienen expresamente dos modalidades de sanción, una para atentados graves y otra para los que no los son), sino en su finalidad”*.³¹

Estas referencias al legislador y al contenido de los preceptos del Código Penal, defendiendo la intención con la que éste redactó los mismos, no es casual. La mayor

³⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, España (1985-2025). Art. 82.1: *“Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal:*

1.º De las causas por delito, a excepción de los que la ley atribuye al conocimiento de las Secciones de lo Penal de los Tribunales de Instancia o de otros Tribunales previstos en esta ley”.

³¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, España (2013). *STS 601/2013, de 11 de julio de 2013*.



exigencia de rigor judicial para los supuestos de tortura es necesaria, dada la ya mencionada prominencia histórica de esta práctica en España y la necesidad de erradicar su utilización como herramienta punitiva del Estado contra sus ciudadanos.

II. EL DELITO DE TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL – RÉGIMEN JURÍDICO EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA

La tipificación del delito de tortura en España fue un proceso tan influenciado por las difíciles circunstancias internas del país durante todo el siglo XX, como por el contexto internacional. De la misma manera que el ordenamiento jurídico español se ha desarrollado y profesionalizado profundamente en consonancia con el curso de los acontecimientos históricos del país, el Derecho Internacional ha seguido un proceso aún más relevante si cabe en este sentido. Así, *“La tortura es una conducta proscrita por el derecho internacional, tanto a nivel de tratados e instrumentos internacionales, como a nivel de costumbre internacional general o jus cogens. Se trata, por tanto, de una prohibición universal e inderogable para los Estados. Además, se trata de un delito de lesa humanidad, por lo que es imprescriptible”*³².

La proliferación de las Organizaciones Internacionales y su estructuración estricta a nivel jurídico – y no exclusivamente político – a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial supuso un salto cualitativo en cuanto al grado de vinculatoriedad del Derecho Internacional, abriendo camino al establecimiento de cada vez más normas imperativas – *ius cogens* – en los Tratados y Declaraciones Internacionales para cuestiones especialmente relevantes, entre las que por supuesto destacan los Derechos Humanos y la prohibición universal de conductas que atenten contra los mismos, incluida la tortura y los tratos degradantes.

1º.- La prohibición de la tortura en el Derecho Internacional

A este respecto, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU definió en su Informe de 2006 a la Asamblea General la norma de *ius cogens* de la siguiente manera:

“32) Relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas: ius cogens. Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido

³² Matías Meza-Lopehandía, G. (20 de enero de 2015). *Tipificación del delito de torturas: derecho internacional y legislación extranjera*. Informe para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 3.

y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena de 1969), es decir, toda norma «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario».³³

Acto seguido, la misma Comisión incluye la tortura entre las normas de *ius cogens*:

“33) Contenido del *ius cogens*. Los ejemplos de normas de *ius cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el apartheid y la tortura, así como las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación”.³⁴

Esa mención al concepto de tortura se apoya en la definición y caracterización que hizo la ONU sobre este delito en la Convención de 1984, que recoge las líneas generales aplicables a todos los Estados parte para su prohibición: “a la vista del articulado de la Convención – en particular, del art. 1 – cabe caracterizar la noción internacional (mínima) de tortura como un delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión. (...) Desde el prisma del bien jurídico protegido (...) la humanidad y dignidad (...) apuntando, en último término, a la integridad física (incolumidad) y moral”³⁵.

La prohibición de la tortura es considerada como una norma imperativa de Derecho Internacional Humanitario en los Tratados que la regulan y, en consecuencia, en los ordenamientos jurídicos estatales que los suscriben. Esta prohibición no puede ser derogada formalmente por ninguna otra norma jurídica, lo cual en principio blinda su aplicación práctica.

Sin embargo, y de manera similar a la situación política y social en España, esta prohibición choca con obstáculos estructurales difíciles de superar. Uno de ellos, tal y como indica el título del informe de Naciones Unidas previamente citado, es la

³³ Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas (2006). *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones. Capítulo XII: Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Oficina de Asuntos Legales de Naciones Unidas. Obtenido de:

<https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ De la Cuesta Arzamendi, José Luis (1992). *La tortura como abuso de poder: aspectos penales*. Fragmento de *La criminología frente al abuso de poder*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, p. 152.

fragmentación del Derecho Internacional. A pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU recoge en su artículo 5 la prohibición de la tortura, su valor práctico es meramente declarativo y necesita de un desarrollo normativo que depende de la labor interna de otras Organizaciones Internacionales y, sobre todo, de cada Estado.

Este es el motivo que explica la gran pluralidad de normas jurídicas que recogen la prohibición de la tortura: los Convenios de Ginebra de 1949, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura de 1984, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes; etcétera.³⁶ Si bien es cierto que el contenido básico de estos textos tiende a ser similar, y que determinados Estados tienden a adherirse a todos ellos por igual, como es el caso de España; el mero hecho de emplear tan diversas normas jurídicas para regular la misma conducta no solo muestra los problemas existentes para su efectivo cumplimiento, sino que los dificulta al existir disparidad entre los Estados firmantes de unos y otros convenios. Basta con comprobar cómo la abrumadora mayoría de Estados del mundo forman parte de Naciones Unidas, a pesar de lo cual la tortura es una práctica habitual en muchos de ellos.

La vinculatoriedad de esta prohibición internacional es, por tanto, una quimera, por lo menos a nivel mundial. Los avances más relevantes en este sentido se circunscriben a nivel regional, especialmente en los países europeos. El impacto sobre los mismos de los dos conflictos bélicos a escala mundial, con la consecuente formación y consolidación de la UE, ha permitido una homogeneización de los ordenamientos jurídicos y una coordinación superior entre los mismos, características que se han traducido en importantes instrumentos jurídicos para la prohibición, prevención y persecución penal de la tortura en buena parte del continente.

Entre ellos destacan los desarrollados en el seno del Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

³⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja (2025). *Prohibición y represión de la tortura y otras formas de malos tratos – Ficha técnica*. CICR, pp. 1-2. Obtenido de: <https://www.icrc.org/es/content/prohibicion-y-represion-de-la-tortura-y-otras-formas-de-malos-tratos-ficha-tecnica>

2º.- La tortura en el marco del CEDH – El TEDH y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes

El reconocimiento por parte de España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos implica un mayor nivel de garantías para la persecución penal de los delitos de tortura, teniendo en cuenta que se trata de un órgano judicial situado por encima de los propios órganos judiciales españoles, incluido el Tribunal Constitucional. La posibilidad de que cualquier persona, física o jurídica, tenga legitimación activa ante el TEDH; así como la exigencia de agotamiento previo de los recursos judiciales internos, son características que, en principio, habilitan a este Tribunal a fiscalizar efectivamente la acción de la justicia en España respecto a las torturas.

El contenido básico de la prohibición de la tortura se encuentra en el artículo 3 CEDH: *“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*³⁷. Siendo su contenido sustancial una cuestión más desarrollada en la normativa interna de los Estados firmantes, la fortaleza de esta prohibición proviene de las disposiciones de Derecho procesal del propio CEDH, como la creación del TEDH *“con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio”* – art. 19 –, la extensión de su competencia a *“todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio”* – art. 32 –, la legitimación activa de Estados parte y de toda *“persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes”* – arts. 33 y 34 –, la participación de Estados firmantes en cualquier asunto llevado por el Tribunal – art. 36 –; e incluso el derecho a una *“satisfacción equitativa”* – art. 41 – por parte del Tribunal si el Derecho interno de un Estado condenado por violar el CEDH no puede reparar suficientemente con sus instrumentos propios el perjuicio causado a la otra parte.

La existencia del TEDH ofrece un nivel de garantías superior para el enjuiciamiento de la tortura, pero carece de funciones preventivas más allá de su función revisora y de la fuerza disuasoria que ejerce sobre posibles desviaciones en la actuación conforme a Derecho de los Estados. Debido a esto, desde el propio Consejo de Europa se promulgó

³⁷ Consejo de Europa (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)*. Artículo 3.

el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes, que entró en vigor en 1987³⁸. Cabe señalar, como dato representativo, que la promulgación en España del Código Penal de 1995 fue motivada en parte por la ratificación de este Convenio y la necesidad de adaptarse a sus exigencias sustanciales y procesales.

La principal función del CEPT fue la creación – artículo 1 – y regulación del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*. Este Comité recibe la autorización de todos los Estados Parte – art. 2 – para realizar visitas en su territorio allí donde los mismos tengan bajo custodia a personas privadas de libertad, imponiendo a su vez la obligación a estos Estados de permitir dichas visitas y de cooperar para facilitar que éstas se desarrollen, previa notificación, conforme a lo planeado por el Comité y sus miembros – arts. 3, 7 y 8 –.

El fin de estas visitas consiste en la redacción de “*informes sobre los hechos comprobados*” – art. 10 –, informes que tienen carácter confidencial, siendo posteriormente publicados y, en su caso, facilitados al TEDH, cuyas competencias en virtud del CEDH se mantienen intactas – art. 17 –.

En referencia al CEDH y al TEDH, el CEPT considera en el apartado 13 de su Informe explicativo: “*que este sistema, basado en quejas presentadas por las personas o los Estados alegando vulneraciones de los derechos humanos, podría complementarse de un modo muy útil por un mecanismo no judicial de carácter preventivo cuya misión fuera examinar el trato dado a las personas privadas de libertad con miras a reforzar, si procede, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

Esta motivación deja patente el hecho de que las principales situaciones de riesgo para la comisión de delitos de tortura se dan en los centros penitenciarios, en relación a las personas privadas de libertad. Aunque esto no sea un dato sorprendente, sí es preciso apuntar que ese riesgo se extiende también a los propios mecanismos de persecución y prevención de la tortura.

³⁸ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987). *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*. Consejo de Europa. Obtenido de: [https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Convenio%20Europeo%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Tortura%20\(1987\).pdf](https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Convenio%20Europeo%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Tortura%20(1987).pdf)

El propio CEPT permite a los Estados parte – art. 9.1 – “*dar a conocer al Comité sus objeciones a la visita en el momento previsto por el Comité o en el lugar por él determinado*”. Dicho artículo precisa que esta posibilidad se limita a “casos excepcionales” en los que existen “*motivos de defensa nacional o de seguridad pública (...) desórdenes graves (...) por el estado de salud de una persona o con motivo de un interrogatorio urgente (...) en relación con un delito grave*”. La redacción de estos motivos es generalista y poco precisa, dejando la puerta abierta al encubrimiento por parte del Estado interesado de las circunstancias que pudiera recabar el Comité, problema que se agrava al establecer la necesidad de “*llegar a un acuerdo sobre medidas que permitan al Comité ejercer sus funciones*” – art. 9.2 – con dicho Estado.

Puede ser razonable tener en cuenta la imposibilidad de establecer un mecanismo que supere estas limitaciones de las labores de prevención y persecución de la tortura, en un contexto supranacional como es el que establece el Consejo de Europa en sus instrumentos jurídicos vinculantes, a la hora de valorar su eficacia. Siempre habrá tensiones entre las autoridades de los Estados Parte y la propia autoridad del TEDH y del Comité, pues a pesar de que hayan suscrito los Convenios, siempre tiene la capacidad de no colaborar en su aplicación efectiva si las consecuencias sancionadoras son insuficientes. Pero el reconocimiento honesto de estas limitaciones no es suficiente, como es lógico, para superarlas.

3º.- Jurisprudencia del TEDH respecto a España sobre delitos de tortura

Más allá de los problemas prácticos que afronta el TEDH para la erradicación de la tortura, es cierto que su casuística ha permitido revelar con cierta precisión la prominencia de este tipo de delitos, así como el verdadero alcance de las investigaciones internas realizadas por los Estados Parte del CEDH. En el caso de España, si bien es cierto que no se encuentra entre los países con más sentencias condenatorias por parte del Tribunal³⁹, sí que tiene un historial relevante de condenas relacionadas con la prohibición del art. 3 CEDH.

³⁹ Mena Roa, Mónica. (23 de marzo de 2021). *Los países con más condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Obtenido de: <https://es.statista.com/grafico/24494/paises-con-mas-sentencias-condenatorias-del-tedh-por-al-menos-una-violacion-del-cedh/>

El criterio del Tribunal a la hora de valorar los asuntos sobre torturas atiende a dos modalidades de violación de esta prohibición: un Estado – y sus agentes – pueden vulnerar el art. 3 CEDH en su vertiente sustancial – cometiendo actos de tortura, tratos inhumanos o degradantes – o en su vertiente procesal/procedimental – no investigando las posibles torturas, o haciéndolo de forma insuficiente o arbitraria –. Este criterio es fundamental para la acción del Tribunal, pues las posibilidades de probar en su instancia las violaciones sustanciales son limitadas teniendo en cuenta que la parte denunciante ya ha pasado por todas las vías judiciales internas sin éxito.

El Tribunal Constitucional lo expresa de la siguiente manera: *“para declararse una violación sustancial del art. 3 del CEDH debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad. En este sentido, abunda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que las acusaciones de malos tratos deben ser apoyadas «por elementos de prueba apropiados», pudiendo dicha prueba «resultar de un conjunto de indicios o de presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisos y concordantes»”*⁴⁰. Por tanto, el TEDH acoge la posibilidad de revisar supuestos de violación sustancial del art. 3 sin excederse en la exigencia de unos medios de prueba perfectamente esclarecido.

Por otra parte, la vertiente procesal *“cobra relevancia «cuando el tribunal no puede llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio debido, al menos en parte, al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes» (STEDH de 17 de octubre de 2006, Danelia c. Georgia, § 45). En estos casos, el Tribunal Europeo Derechos Humanos recuerda que, cuando un individuo afirma de manera argumentada haber sufrido, de manos de la policía o de otros servicios equiparables del Estado, malos tratos contrarios al artículo 3 CEDH, esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 CEDH de «reconocer a toda persona bajo su jurisdicción, los derechos y libertades definidos [...] [en el] Convenio», requiere, implícitamente, que haya una investigación oficial efectiva”*⁴¹.

La sanción de la vertiente procesal es necesaria para que las obligaciones positivas establecidas en los Convenios obtengan un respaldo jurisdiccional efectivo, pues la

⁴⁰ Tribunal Constitucional, Sala Segunda, España (2008). STC 166/2021, de 4 de octubre de 2021.

⁴¹ *Ibidem*.

legislación penal de los Estados – entre ellos España – se centra en la protección sustancial de la integridad moral antes que en el autocontrol de la propia responsabilidad del Estado, aunque ésta no quede totalmente abandonada. La jurisprudencia del Tribunal respecto a España confirma este razonamiento: entre 2004 y 2013, se dictaron seis sentencias condenatorias por violación del art. 3 CEDH. Solo en una de ellas, la condena se basaba en motivos sustanciales⁴².

Entre los supuestos de violación de la prohibición en su vertiente procesal encontramos el *Asunto Martínez Sala y otros contra España*, en el que el Tribunal absolvió a España de los cargos por torturas por falta de pruebas, pero si emitió condena por la falta de investigación, argumentando no estar “*convencido de que estas investigaciones fuesen lo suficientemente profundas y efectivas para cumplir con las exigencias del art. 3*”.⁴³

El Tribunal se enfrentó a un supuesto más grave en el *Asunto San Argimiro Isasa contra España*, dado que en el curso del procedimiento en España la práctica de la prueba fue muy insuficiente, faltando informes cruciales sobre las lesiones sufridas por el demandante, e incluso inadmitiendo pruebas videográficas que reproducían lo sucedido durante la detención. En otro supuesto similar, el *Asunto Beristain Ukar contra España*, el Gobierno español no aportó los dos primeros informes médico-forenses realizados durante la detención hasta que se los solicitó el TEDH, obviándolos durante todas las instancias del procedimiento interno a pesar de ser los más relevantes a la hora de valorar posibles lesiones.

En el *Asunto B.S. contra España*, una mujer que ejercía la prostitución y que fue detenida por agentes de la Policía Nacional denunció lesiones y malos tratos por parte de los mismos, pero los Tribunales optaron por denegar el reconocimiento de los agentes solicitado por la demandante, sobreseyéndose la causa al centrarse exclusivamente en los informes de la policía. La condena del TEDH se fundamentó en la sanción de esas decisiones por su arbitrariedad y falta de rigor judicial para un supuesto tan grave.

Las vulneraciones de la vertiente procesal del art. 3 CEDH, además de ser más numerosas que las violaciones sustanciales de este precepto, suelen acompañar a éstas cuando sí son

⁴² Miralles Ruiz-Huidobro, Rocío (Septiembre de 2013). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por Torturas. Informe “El tiempo de los derechos*, n.º 31, p. 18. Institut de Drets Humans de Catalunya. Obtenido de: https://www.idhc.org/wp-content/uploads/20130900_TEDH_InformeTortura-1.pdf

⁴³ *Ibidem*, p. 5.

apreciadas por el Tribunal. El *Asunto Iribarren Pinillos contra España* es una muestra de ello. Las heridas provocadas en el demandante por el lanzamiento de bombas de humo y gas lacrimógeno, que le alcanzaron el rostro, no fueron apreciadas como delito por los Tribunales españoles. Según el Tribunal Supremo, estas se debían “*al destino*”⁴⁴, a una pura coincidencia en el fragor de los disturbios, y no a una actuación desproporcionada de los agentes – que tampoco se investigó suficientemente –; obviando a criterio del TEDH la relación de causalidad entre el lanzamiento de los objetos y las lesiones.

En otra Sentencia posterior, del año 2018, el Tribunal condenó a España en el *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España*. Detenidos ambos por delitos de terrorismo, durante toda la cadena de custodia fueron brutalmente agredidos y amenazados por agentes de la Guardia Civil, tal y como recogieron los sucesivos informes médico-forenses. Una vez los demandantes acudieron al TEDH, el Gobierno de España alegó una versión de los hechos simple y escueta, argumentando que los demandantes trataron de fugarse al procederse a su detención, siendo durante el forcejeo cuando se habrían causado todas las lesiones. Asimismo, alegó entre otros motivos la falta de legitimación activa de los demandantes por no haber agotado todos los recursos internos porque “*los demandantes sólo han invocado ante el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva, que ampara el artículo 24 de la Constitución, sin haberse referido de manera alguna al derecho a la integridad física y a la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes que garantiza el artículo 15 de la Constitución y el artículo 3 del Convenio*”⁴⁵.

El Tribunal admitió la demanda, desestimando el motivo al argumentar que “*se debe aplicar la regla del agotamiento de las vías de recursos internos con cierta flexibilidad y sin un formalismo excesivo*”, teniendo que “*tomar en consideración las circunstancias del caso*”, las cuales mostraban que los demandantes sí estaban agotando la vía interna al recurrir el sobreseimiento de una causa por torturas apelando a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, inevitablemente relacionada con el art. 15 CE y el art. 3 CEDH.

Estos ejemplos de jurisprudencia del TEDH sobre supuestos de tortura en España demuestran la vocación del CEDH por la persecución efectiva de estos delitos – dentro de su limitado marco de actuación –. Como el Tribunal indica en la sentencia del *Asunto*

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2009). *Asunto Iribarren Pinillos c. España*, 8 de enero de 2009.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2018). *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, 13 de febrero de 2018.

Martínez Sala y otros contra España, la prohibición del art. 3 es inderogable, no tolera excepciones “*incluso en las circunstancias más difíciles, cualesquiera que sean las conductas imputadas a la víctima*”⁴⁶.

Precisamente son las conductas más gravemente castigadas por el Código Penal español, como son los delitos de terrorismo, en las que más frecuentemente se producen actos de tortura; pues dado el especial interés en obtener información al respecto que concierna a la seguridad del Estado, y la profunda aversión que pueden generar estos delitos en los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se dan las condiciones propicias para la existencia de un ánimo indagatorio o punitivo. Es digna de mención la coherencia y consecuencia mostrada por el TEDH al sancionar estas torturas a pesar de los poderosos intereses que las motivan.

Cabe señalar, sin embargo, que las condenas del TEDH a los Estados no se caracterizan por ser especialmente severas. A modo de ejemplo, en el *Asunto Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal contra España*, el Tribunal impuso a España una indemnización de 30.000 y 20.000 € respectivamente, cuantías que de ninguna manera compensan el daño sufrido por los demandantes y que difícilmente disuadirán al Estado, ni a sus agentes, de cometer actos similares en el futuro, teniendo en cuenta los intereses políticos en juego a la hora de investigar delitos de terrorismo.

A esta falta de contundencia se suman las deficiencias de los informes del Comité de Prevención de la Tortura, que no se encuentran tanto en su contenido, sino, de nuevo, en las medidas que pueden implantar, o más bien en la imposibilidad de implantarlas. Los informes contienen fundamentalmente “recomendaciones” dirigidas al Estado cuyos centros de internamiento han sido visitados por el Comité. Estas recomendaciones no pasan de ser llamadas de atención sin fuerza coactiva, propuestas insistentes para que los Estados Parte mejoren sus formas de actuación en los procedimientos penales y en la investigación de supuestos de tortura, quedando a la propia voluntad de los mismos la resolución efectiva de tales deficiencias, que – como es de esperar – vuelven a aparecer recurrentemente sin mejoras significativas en informes posteriores.

⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2004). *Asunto Martínez Sala y otros c. España*, 2 de noviembre de 2004.

III. RIESGOS PROCESALES EN RELACIÓN A LA COMISIÓN DE DELITOS DE TORTURA EN ESPAÑA – EL RÉGIMEN DE INCOMUNICACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

En su Informe sobre la jurisprudencia del TEDH sobre torturas en España, el Instituto de Derechos Humanos de Catalunya concluye, apoyándose en numerosas sentencias del Tribunal y en el criterio del Comité de Prevención de la Tortura – descrito en el apartado anterior –:

“La situación de la tortura en España no es una práctica generalizada pero sí está lejos de ser una práctica erradicada, tal y como indican los informes del Comité de Prevención de la Tortura (CPT). La Comisión de Derechos Humanos en 2004 insistía en que el problema de la tortura en España se encontraba no en el hecho de que fueran prácticas sistemáticas, sino en que el sistema acababa permitiendo que se dieran estas situaciones”⁴⁷.

Estas conclusiones resultan alarmantes de por sí, si nos ceñimos a su tenor literal que atribuye al Estado un carácter “permisivo” en relación a la comisión de delitos de tortura. Pero se debe ir más allá, pues como señalé en el apartado introductorio, esa diferenciación entre “permisividad” y “prácticas sistemáticas” es muy difícil de realizar en la práctica, asemejándose más a una excusa eufemística que a un hecho constatado.

La historia del Derecho procesal penal español no hace más que reafirmar esto. Como he expuesto en apartados anteriores, los delitos de tortura en España son especialmente prominentes en centros penitenciarios y en relación a delitos de terrorismo. En esta línea, la regulación que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el régimen de incomunicación implica una auténtica consagración de ambas situaciones de riesgo para la Comisión de delitos de tortura. No solo eso: según el Relator Especial de la ONU, *“la detención incomunicada prolongada (...) equivale en sí a una forma de trato cruel,*

⁴⁷ Miralles Ruiz-Huidobro, Rocío (Septiembre de 2013). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por Torturas. Informe “El tiempo de los derechos*, n.º 31, p. 41. Institut de Drets Humans de Catalunya. Obtenido de: https://www.idhc.org/wp-content/uploads/20130900_TEDH_InformeTortura-1.pdf

inhumano o degradante”.⁴⁸ El Comité de Prevención de la Tortura también se ha pronunciado continuamente al respecto de esta legislación, remarcando especialmente el límite de 48 horas de incomunicación como margen máximo para proteger suficientemente los fines de la investigación penal. Superar ese margen sería “*injustificable*”⁴⁹, es decir, constituiría en sí mismo un trato inhumano o degradante, además de otras posibles figuras jurídicas de especial gravedad: violación de derechos fundamentales, detención ilegal; etcétera.

1º.- El régimen de incomunicación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el régimen de incomunicación en su artículo 509. En su apartado 1, establece los dos motivos habilitantes: “*a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal*”. En su apartado 2, establece una duración máxima de cinco días, que se incrementa hasta diez días en supuestos de pertenencia a banda armada o de terrorismo.⁵⁰

Este contenido fue introducido a raíz de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Dicha reforma supuso la transposición de la Directiva 2013/48/UE de 22 de octubre de 2013, la cual estableció esos dos motivos habilitantes – traspuestos en la LECrim literalmente de los artículos 3.6 y 5.3 de la Directiva –, y provocó la reducción de límite máximo de tiempo de incomunicación, que anteriormente se fijaba en hasta trece días. Aún así, el actual límite máximo es muy superior a las 48 horas que pide el Comité de Prevención de la Tortura,

⁴⁸ Van Boven, Theo (2003). *Informe sobre Derechos Civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura*. Theo Van Boven en su visita a España. E/CN/CR/29/3, p.10.

⁴⁹ Miralles Ruiz-Huidobro, Rocío (Septiembre de 2013). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por Torturas*. Informe “El tiempo de los derechos”, n.º 31, p. 29. Institut de Drets Humans de Catalunya. Obtenido de: https://www.idhc.org/wp-content/uploads/20130900_TEDH_InformeTortura-1.pdf

⁵⁰ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LECrim), España (2015). Art. 509.

y ello a pesar de la escasa prominencia de los delitos de terrorismo en España desde la promulgación de dicha reforma desde su promulgación en 2015.

Los problemas del régimen de incomunicación no se circunscriben a su duración máxima, sino que las propias circunstancias de la incomunicación son especialmente habilitantes para colocar a la persona procesada en una situación de riesgo frente a los agentes de la autoridad que la custodian. El art. 527 LECrim ha sido siempre el foco de fuertes controversias en la doctrina por su contenido duramente restrictivo de derechos⁵¹. Tras la reforma de la LO 13/2015, se ha limitado la aplicación de dichas restricciones, pudiendo el juez establecerlas individualmente en lugar de aplicarse conjuntamente en todo supuesto que encaje en el art. 509.

Estas restricciones consisten en la privación de los siguientes derechos: “a) *Designar un abogado de su confianza. b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. c) Entrevistarse reservadamente con su abogado d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención*”. Tanto la incomunicación en sí como cada una de esas posibles restricciones “*será acordada por auto*”, y deberán motivarse “*las razones que justifican la adopción de cada una*”.

Cabe destacar que la reforma de la LO 13/2015 excluye la restricción al derecho a comunicar la situación de privación de libertad a la persona deseada por parte del detenido, posiblemente por tratarse de “*uno de los aspectos del régimen de la incomunicación que más críticas recibió en los diversos informes internacionales*”, debido a su “*injustificada proporcionalidad*” que en último término resulta “*poco efectiva para cumplir con los objetivos de la incomunicación*”⁵².

A pesar de estas ligeras modificaciones, por la propia redacción del artículo el legislador parece tener la intención de reiterar la existencia de garantías procesales en todo momento, a pesar de lo cual se antoja difícil asumir la existencia de las mismas cuando su contenido establece la limitación de importantes derechos fundamentales a través de un simple auto judicial. Evidentemente, el problema no es este mecanismo, sino el

⁵¹ *Ibíd*em, art. 527.

⁵² Juan Sánchez, Ricardo (2017). *El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español*. *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, n.º 4/2017, p. 20. Obtenido de: <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1341.pdf>

contenido restrictivo del art. 527 LECrim, cuyo contenido esencial se mantiene tras la reforma, en contra de lo recomendado por el Comité contra la Tortura.

2º.- El derecho de defensa ante el régimen de incomunicación – la indefensión y el riesgo de tortura

El principal riesgo favorable a la comisión de delitos de tortura que genera la incomunicación es la indefensión de la persona incomunicada. Esta indefensión ha de entenderse en sentido amplio, material, como en sentido estricto, procesal, en los supuestos en los que se impide la libre elección de abogado por la persona incomunicada. La argumentación empleada reiteradamente por los sucesivos gobiernos de España defiende la negación de este derecho a los detenidos por terrorismo *“ya que evita que se puedan destruir pruebas o indicios relevantes, desaparezcan medios empleados en atentados, la huida de cómplices o colaboradores, todo lo cual sucedía en el pasado a causa de la colaboración criminal de abogados próximos al entorno de ETA”*.⁵³

Esta infame “teoría del entorno” empleada por la Audiencia Nacional en la persecución de delitos de terrorismo desde la década de 1980 continúa en esencia vigente en las actuaciones judiciales españolas, como lo demuestra la restricción a la libre designación de abogado del art. 527.1 LECrim. Siendo el objetivo de esta restricción *“impedir que el abogado de confianza del incomunicado (generalmente un sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo) al que la ley supone afinidad ideológica, pueda planificar, concretar o incluso cometer otros delitos con su cliente”*, sus consecuencias son verdaderamente graves, puesto que *“Desaparece (...) la presunción de inocencia no ya sólo para el detenido, sino también para el abogado que pueda designar. (...) Se trata de una medida preventiva y no sancionadora de comportamientos anteriores tipificados: se trata de impedir un riesgo indefinido, de reaccionar por simple sospecha de que pudiera cometer un delito”*.⁵⁴

La propia normativa constitucional dista bastante de la lógica interna de este articulado, hasta el punto de que ni siquiera la plantea: *“La Constitución no hace alusión explícita*

⁵³Human Rights Watch (2005). *Informe “¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España”*, Vol. 17 N° 1(D) 2005, sobre las Notas verbales de la Misión Permanente de España ante la ONU, p. 37.

⁵⁴Olarieta Alberdi, Juan Manuel (1991). *La crisis del derecho de defensa*. Madrid, Jueces para la democracia, n.º 14, p. 77.

alguna a restricciones de derechos que tengan por objeto el proceso, ni siquiera en el marco de los delitos de terrorismo. (...) La restricción que se opera sobre la doble manifestación del derecho a la defensa, impidiendo la libre designación del abogado y la posterior comunicación con el mismo de forma reservada, supone ignorar la más básica de las garantías inherentes a la condición de imputado, cual la posibilidad de ejercitar de forma inmediata y plena el derecho de defensa”⁵⁵.

La imposibilidad de designar un abogado libremente destruye la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. La confianza mutua y la reserva de las comunicaciones son la esencia de la profesión de la abogacía y de la asistencia y defensa letradas. La normativa internacional y la jurisprudencia española así lo confirman: “En el artículo 6.3 c) del Convenio de Roma, se establece que *«todo acusado tiene como mínimo, derecho a defenderse por sí mismo, o solicitar la asistencia de un defensor de su elección y, si no tiene los medios para remunerarlo poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio cuando los intereses de la justicia lo exijan»*.

Y en el artículo 14.3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, se preceptúa que toda persona acusada de un delito tendrá derecho *«a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección, a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciese de medios suficientes para pagarlo»*.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) n.º 931/2021, de 1 de diciembre: *«(...) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea enumera los derechos básicos que la Unión ha de respetar, así como los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, y constituye un instrumento jurídicamente vinculante, elaborado para reconocer formalmente y dar visibilidad al papel que desempeñan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión. En su artículo 48 2º «garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa»*.

El artículo 31 de la Directiva 2013/48/UE establece expresamente que *«Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por*

⁵⁵ Pérez Machío, Ana Isabel (Diciembre de 2008). *La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?* Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, p. 183.

un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva».⁵⁶

Por lo expuesto, la normativa internacional establece el derecho a escoger un abogado de libre elección, de manera que la defensa sea efectiva, y esta normativa es vinculante, forma parte del *ius cogens* de manera que debe ser respetada. Toda norma jurídica debe interpretarse conforme a ellas, por imperativo legal del art. 10.2 CE⁵⁷. La negación de este derecho supone la violación de este artículo, en relación con los artículos 17.3 ⁵⁸ y 24.2 CE⁵⁹, que garantizan la asistencia de abogado al detenido y la defensa letrada para toda persona procesada, respectivamente.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reafirmado en su jurisprudencia histórica la constitucionalidad del art. 527 LECrim, entre la que destaca la Sentencia 196/87, de 11 de diciembre. Precisamente lo ha hecho apoyándose en esa diferenciación entre el artículo 17.3 – asistencia – y el art. 24.2 – defensa –, de manera que se justificaría la limitación de la libre elección de abogado en la fase de “asistencia”, por ser esta puramente técnica y justificándose así la menor incidencia de la restricción en los derechos del procesado.

En dicha Sentencia, se refleja textualmente lo siguiente: “*El art. 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al «detenido» en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según*

⁵⁶ Escudo Legal (2022). *Derecho de defensa, efectividad de la defensa e indefensión*. 28 de enero de 2022. Obtenido de: <https://escudolegal.es/penal/derecho-de-defensa-efectividad-de-la-defensa-e-indefension/>

⁵⁷ Constitución Española (CE), España (1978). Artículo 10.2: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

⁵⁸ *Ibidem*, art. 17.3: “*Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca*”.

⁵⁹ *Ibidem*, art. 24.2: “*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”.

declaran las SSTC 21/1981, de 15 de junio, y 48/1982, de 5 de julio, y, por tanto, en relación con el «acusado» o «imputado».⁶⁰

Por un lado, esto plantea problemas a la hora de establecer los límites de la incomunicación, pues la detención incomunicada puede extenderse por un máximo de 72 horas. Por tanto, pasado ese plazo habría que poner al detenido a disposición judicial, naciendo entonces el derecho de defensa – y de libre designación de abogado – en mitad del plazo ordinario de 5 días que establece el art. 509.2 LECrim.

Pero el problema de esta escisión entre la detención y el resto del proceso penal en relación al derecho de defensa del detenido se expresa totalmente al entrar en flagrante contradicción con el art. 118.1 LECrim, que establece la detención como una modalidad de imputación procesal: *“Toda persona a quien se atribuya un hecho punible **podrá ejercitar el derecho de defensa**, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, **haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento**”*. Debido a esta contradicción, el legislador tuvo que establecer como única excepción en su apartado d), que recoge precisamente el *“derecho a desinar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527”*.⁶¹

Esta excepción es abiertamente inconstitucional, y también lo es la escisión del proceso penal en dos fases, hasta el punto de que *“implica un regreso a la situación preconstitucional, en la que el derecho de defensa sólo aparecía tras el auto de procesamiento, mientras que ahora basta con cualquier forma de imputación, incluso aunque sea implícita. Si con la detención nace el derecho de defensa, con ella nace también el derecho a elegir el abogado que debe prestársela”*.⁶²

Tanto la normativa internacional, como la interna – incluyendo la CE y el propio contenido de la LECrim –, así como la doctrina jurídica, y las recomendaciones del Comité de Prevención de la Tortura, son contrarias a impedir la designación libre de abogado. Sin embargo, el TC y los órganos jurisdiccionales españoles persisten en su aplicación. Ni siquiera su propia argumentación sobre “el entorno” en los delitos de

⁶⁰ Tribunal Constitucional, España (1987). STC 196/87, de 11 de diciembre de 1987.

⁶¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), España (2015). Artículo 118.1.

⁶² Olarieta Alberdi, Juan Manuel (1991). *La crisis del derecho de defensa*. Madrid, Jueces para la democracia, n.º 14, p. 78.

terrorismo se sostiene, porque la prohibición de designación no se dirige contra un abogado específico, o contra un grupo de abogados, sino que se excluye en general.

El riesgo para la comisión de delitos de tortura en este contexto procesal es inmenso. La indefensión fáctica en que se sitúa la persona custodiada, esto es, la relación de inferioridad susceptible de dar lugar al abuso de superioridad, es total desde el momento en que la persona ni siquiera puede confiar plenamente en su abogado.

La opacidad de la situación de incomunicación supone de por sí un obstáculo difícilmente salvable para la investigación de las torturas. El Comité de Prevención de las Torturas evalúa otros riesgos derivados de este régimen, como la ausencia del derecho a ser atendido por un médico de elección propia, que podría “*suministrar una salvaguarda adicional contra los maltratos*”⁶³; o la denegación de las pruebas aportadas por la parte demandante, cuestión que podría ser zanjada implementando “*sistemas de grabación que cubran todas las dependencias policiales del país y que se instale en las celdas y salas de interrogación y no se limite a las áreas comunes*”⁶⁴. Pero la relevancia de estos problemas palidece ante la imposibilidad de designar abogado libremente. Poco importa no poder ser reconocido por un médico elegido, si no se puede elegir a la persona encargada de denunciar las torturas que puedan cometerse.

La vinculación entre la incomunicación y la práctica de torturas en España es muy clara, a la vista de lo expuesto. Tanto la legislación especial, como la jurisprudencia se han decantado por un enfoque abiertamente punitivo que inevitablemente recuerda a doctrinas sobre la suspensión permanente de derechos a determinadas personas: “*Jakobs y Cancio (2003) realizan una clara diferencia entre ciudadano y enemigo, apostillando a posteriori que el «Derecho penal del ciudadano» es el Derecho de todos, mientras que el «Derecho penal del enemigo» es el de aquellos que forman contra el enemigo; pero ¿quiénes son estos enemigos? La respuesta queda expuesta por estos mismos autores, al considerar enemigos a los autores de delitos económicos, terroristas, criminalidad organizada, relacionada con delitos sexuales, delitos vinculados con las drogas y aquéllos que han huido de modo permanente del Derecho, y la sociedad.*

⁶³ Miralles Ruiz-Huidobro, Rocío (Septiembre de 2013). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por Torturas. Informe “El tiempo de los derechos*, n.º 31, p. 30. Institut de Drets Humans de Catalunya. Obtenido de: https://www.idhc.org/wp-content/uploads/20130900_TEDH_InformeTortura-1.pdf

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 32.

En consecuencia, existen dos tipos de derechos, siempre desde el punto de vista del jurista alemán, Günther Jakobs, un Derecho penal ordinario para el ciudadano totalmente garantista, incluyendo el ciudadano que delinque pero que no atenta contra el Estado y un segundo Derecho penal del enemigo, oponible a las no personas, que es la consideración última que sufre el enemigo permanente al ordenamiento jurídico de un Estado, por tanto queda claramente excluido de los derechos vinculados a los ciudadanos”⁶⁵.

El régimen de incomunicación en España no escapa a este razonamiento, ya que por mucho que se consideren con mayor gravedad los delitos de terrorismo, la incomunicación se aplica a presuntos terroristas, no a sujetos condenados. El Estado trata como a “enemigos” no ya a los terroristas, sino a los posibles terroristas, aunque luego no lo sean. Las consecuencias de esta manera de afrontar ese problema – que, en definitiva, es más político que judicial – son catastróficas para el Derecho, y concretamente para el delito de tortura, pues de este contexto solo puede resultar el mantenimiento de los principales factores de riesgo para su perpetuación.

⁶⁵ Gutiérrez Mayoral, Francisco; Giner Alegría, César Augusto (12 de diciembre de 2022). *Análisis de los derechos de detenidos incomunicados por delitos de terrorismo y derecho penal del enemigo. Incidencia del Derecho penal del enemigo en la reducción de derechos de detenidos incomunicados por delitos de terrorismo*. Diario La Ley, n.º 10.186, Sección Tribuna, pp. 6-7.

CONCLUSIONES

Los delitos de tortura en España han sido y continúan siendo objeto de interminables discusiones doctrinales acerca de su contenido sustancial, procesal, su regulación internacional, sus mecanismos preventivos y el grado de vinculatoriedad que tienen para los órganos jurisdiccionales españoles los esfuerzos por perseguir estas conductas de forma efectiva.

La progresiva tipificación de los mismos, con el foco instaurado en el daño causado a la integridad moral, ha permitido delimitar el objeto de discusión tanto en la teoría jurídica como en la práctica judicial de todos los operadores. Las limitaciones en la integración internacional de los instrumentos jurídico-políticos de protección, como el TEDH y el Comité de Prevención de la Tortura, son importantes obstáculos para la erradicación de la tortura en España y en todo el mundo; pero dicha erradicación deviene en imposible cuando es la propia actuación de los poderes del Estado la que crea las condiciones para que se perpetúe, perjudicando así a las víctimas, a los profesionales de la abogacía, a “entornos” políticos enteros, y a la propia categorización del Estado como democracia avanzada.

La delgada línea entre la “permisividad” y la tortura sistemática se antoja difícil de apreciar, en atención a lo expuesto. Volviendo a las conclusiones que abrían el último capítulo, lo que sí resulta incuestionable es que la tortura *“no es una práctica generalizada”* en España. La gravedad de las condenas del TEDH en los asuntos anteriormente expuestos no quita que, numéricamente, los supuestos de tortura son relativamente escasos en comparación con épocas pasadas.

La cuestión que se plantea aquí es si ese descenso se debe al cambio en el carácter del Estado hacia un modelo jurídico democrático a partir de la Transición, o si ha sido la desmovilización política generalizada lo que ha convertido en relativamente innecesaria la práctica de la tortura. A la vista del carácter claramente preventivo de la legislación procesal penal aplicable a los delitos de tortura, cabe plantear si es precisamente esa intención preventiva – en una forma profesionalizada en comparación al régimen franquista –, la que ha predominado en la configuración de todo el ordenamiento jurídico



español, no solo a nivel penal, sino a todos los niveles jurídicos, sociales, económicos y políticos; facilitando así el control y la neutralización de todos los movimientos políticos enfrentados al Estado.

Desde luego, los delitos de tortura y su configuración jurídica son un indicador muy útil para resolver tal dilema. El problema es, a mi entender, que los mismos intereses que motivan la práctica de la tortura – indagatorios, punitivos y discriminatorios – son los que impiden responder libremente la cuestión.

REFERENCIAS

- Bassino Balta, Ariana (2016). *¿Es posible el descargo de la imputación en el delito de tortura?* THÉMIS, Revista de Derecho, n.º 68.
- Boletín Oficial del Estado, España (2025). Obtenido de: <https://www.boe.es/>
- Comisión de Derecho Internacional, Naciones Unidas (2006). *Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones. Capítulo XII: Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*. Oficina de Asuntos Legales de Naciones Unidas. Obtenido de: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja (2025). *Prohibición y represión de la tortura y otras formas de malos tratos – Ficha técnica*. CICR. Obtenido de: <https://www.icrc.org/es/content/prohibicion-y-represion-de-la-tortura-y-otras-formas-de-malos-tratos-ficha-tecnica>
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987). *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes*. Consejo de Europa. Obtenido de: [https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Convenio%20Europeo%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Tortura%20\(1987\).pdf](https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Convenio%20Europeo%20Prevenci%C3%B3n%20de%20la%20Tortura%20(1987).pdf)
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis (1992). *La tortura como abuso de poder: aspectos penales*. Fragmento de *La criminología frente al abuso de poder*, Universidad del País Vasco, San Sebastián.
- Escudo Legal (28 de enero de 2022). *Derecho de defensa, efectividad de la defensa e indefensión*. Obtenido de: <https://escudolegal.es/penal/derecho-de-defensa-efectividad-de-la-defensa-e-indefension/>

- Fernández Torres, María José (2013). *El Delito de Tortura y su relación con Otros Atentados Contra la Integridad Moral*. Tesis Doctoral dirigida por María Dolores Fernández Rodríguez, Universidad de Murcia.
- Gutiérrez Mayoral, Francisco; Giner Alegría, César Augusto (12 de diciembre de 2022). *Análisis de los derechos de detenidos incomunicados por delitos de terrorismo y derecho penal del enemigo. Incidencia del Derecho penal del enemigo en la reducción de derechos de detenidos incomunicados por delitos de terrorismo*. Diario La Ley, n.º 10.186, Sección Tribuna, Madrid.
- Human Rights Watch (2005). Informe “¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España”, Vol. 17 N° 1(D) 2005, sobre las Notas verbales de la Misión Permanente de España ante la ONU.
- Juan Sánchez, Ricardo (2017). *El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español*. In *Dret*, Revista para el análisis del Derecho, n.º 4/2017. Obtenido de: <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1341.pdf>
- Matías Meza-Lopehandía, G. (20 de enero de 2015). *Tipificación del delito de torturas: derecho internacional y legislación extranjera*. Informe para la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Mena Roa, Mónica. (23 de marzo de 2021). *Los países con más condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Obtenido de: <https://es.statista.com/grafico/24494/paises-con-mas-sentencias-condenatorias-del-tedh-por-al-menos-una-violacion-del-cedh/>
- Miralles Ruiz-Huidobro, Rocío (Septiembre de 2013). *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a España por Torturas*. Informe “El tiempo de los derechos”, n.º 31. Institut de Drets Humans de Catalunya. Obtenido de:

https://www.idhc.org/wp-content/uploads/20130900_TEDH_InformeTortura-1.pdf

- Olarieta Alberdi, Juan Manuel (1991). *La crisis del derecho de defensa*. Jueces para la Democracia, Madrid, n.º 14.
- Pérez Machío, Ana Isabel (Diciembre de 2008). *La detención incomunicada en los supuestos de terrorismo: ¿una medida lesiva de derechos humanos?* Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián.
- Rebollo Vargas, Rafael (2000). *Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura*. Universidad de Barcelona, ADPCP, Vol. LIII.
- Rodríguez Mesa, M. J. (2000). *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Comares, Granada.
- Roig Torres, Margarita (Enero de 2014). *Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la << tortura de rescate >> (Rettungsfolter)*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 11, Madrid.
- Silva Medina, Rodrigo (2013). *El delito de tortura: Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 174 del Código Penal*. Tesis doctoral dirigida por Ramón Ragués i Vallés, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2025). Base de Datos HUDOC, Consejo de Europa. Obtenido de:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDC%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDC%22,%22CHAMBER%22]})