



Revista

ISSN 2007-4700

Perennial

MÉXICO

Número 14 • 15

Marzo de 2018 • febrero de 2019

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura*

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal

RESUMEN: En muchas ocasiones se ha acusado a Beccaria de plagiar las ideas que exponían otros. Pese a ser esto parcialmente cierto, no cabe duda de su mérito por haber sintetizado muchas de estas ideas en un breve opúsculo, redactado de forma sencilla y brillante, que ha conseguido mantener su vigencia durante dos siglos y medio. En todo caso, por lo que se refiere al razonamiento en relación con la tortura, el rechazo que Beccaria hace de la misma es total, sin ningún tipo de reservas o excepciones, y no solo por razones puramente utilitaristas, sino también por razones humanistas y de justicia.

PALABRAS CLAVE: Cesare Beccaria, críticas, pena de muerte, tortura, utilitarismo.

ABSTRACT: In many instances Beccaria has been accused of plagiarize ideas exposed by other authors. Although this is partially true, there is no doubt that his merit for having synthesized a lot of these ideas in a short booklet, written in a simple and brilliant way, has manage to maintain its validity during two and a half centuries. Nonetheless, as far as the reasoning related to torture is concerned, the rejection that Beccaria had to it is whole, without any reservation nor exception, and not only because of purely utilitarian reasons, but also because of justice and humanist motives.

KEYWORD: Cesare Beccaria, criticisms, death penalty, torture, utilitarianism.

SUMARIO: 1. La columna infame. 2. La opinión de Beccaria sobre la abolición de la tortura: ¿humanismo, justicia o utilitarismo? 3. La actual relativización de la prohibición de la tortura. 4. Conclusión final.

Rec: 10/09/2018 | Fav: 21/09/2018

* Originariamente este trabajo fue el texto utilizado para una conferencia pronunciada por su autor en el Congreso sobre la actualidad del pensamiento de Beccaria, que tuvo lugar en Villa Vigoni, Lago de Como, Italia, en septiembre del 2015. Agradezco la versión que del mismo hizo al italiano Víctor Manuel Macía Caro. Posteriormente, el texto en italiano, aún inédito, ha sido traducido al alemán por Thomas Vormbaum y publicado en el Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, 2017. La presente versión española ha sido revisada y reelaborada por el autor para el homenaje al querido amigo y compañero Juan Terradillos, como reconocimiento a su larga y fecunda trayectoria como profesor universitario y a su compromiso con los valores democráticos.

Non vi é libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser persona, e diventi cosa (Beccaria, Degli delitti e delle pene, cap. XX)

1. La columna infame

Cuenta el gran escritor Alessandro Manzoni (1785/1873), nieto, por cierto, de Cesare Beccaria, en una breve narración destinada a formar parte de su inmortal novela *I promessi sposi*, pero publicada luego como narración autónoma con el título de *Storia della colonna infame* (1842), que a principios del siglo XVII fueron ejecutados en Milán, tras serles amputada una mano, mutilados con tenazas candentes, quebrantados en la rueda y, por último, degollados, al cabo de seis horas de agonía, un barbero y un comisario de sanidad, acusados de haber propagado la peste que en aquel momento asolaba a los habitantes de dicha ciudad, esparciendo venenos y untando las paredes de las casas con un unto amarillo. La condena fue precedida de un juicio en el que naturalmente, según el modelo inquisitivo vigente en la época, los acusados fueron sometidos a crueles torturas hasta que confesaron ser los autores de tales “maleficios” y, en consecuencia, de la propagación de la peste.

En conmemoración de tales sucesos se erigió en 1630 en la ciudad de Milán una columna con inscripciones en latín, de no mala redacción, según testimonio de un viajero inglés que llegó a verla en 1700, en la que se narraban estos hechos. La columna fue derribada poco después por el pueblo enfurecido como protesta por un proceder tan inhumano de la justicia. Manzoni utiliza este caso para demostrar no solo la ignorancia y la superstición en la que se movían los tribunales de justicia de aquella época, sino también la inhumanidad y la brutalidad de un sistema probatorio como la tortura, que hacía confesarse culpables de graves crímenes inexistentes a personas totalmente inocentes.

Sin embargo, a este sistema bárbaro de obtención de prueba y de castigo que muchas veces acompañaba a la pena de muerte le quedaba todavía mucho para desaparecer y así lo demuestra el espeluznante relato de la ejecución del regicida Damiens que recoge Foucault en las primeras páginas de su archiconocido ensayo *Vigilar y castigar*, de las cuales como muestra se recoge aquí solo el primer párrafo (véase Michel Foucault, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p.11):

Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, adonde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, “en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.

A partir de este párrafo, la descripción que hace Foucault de esta ejecución es larga y no ahorra los detalles sobrecogedores del sufrimiento atroz a que fue sometido este pobre sujeto, pero puede obviarse aquí, por escabroso y por haberse reproducido ya en muchos lugares.

En España, todavía a finales del siglo XVIII, en plena época de la Revolución Francesa y de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, hubo una polémica en Sevilla entre el canónigo de la Catedral, Pedro de Castro, partidario acérrimo de la tortura, y el fiscal de la Audiencia Juan Pablo Forner, contrario a la misma, quien, sin embargo, prudentemente, como señala Francisco Tomas y Valiente (*La tortura en España*, 2ª ed., 1994, p.237 ss.), y para no levantar las sospechas de la Santa Inquisición, se abstiene de citar en su libelo autores de aquella época tan notoriamente contrarios a la tortura como Voltaire, Filangieri o el mismo Beccaria, lo que no es difícil de entender si se tiene en cuenta que en aquella época las “veleidades ilustradas” le habían costado el puesto al asistente de la Ciudad de Sevilla, el ilustrado Pablo de Olavide, que estuvo por orden de la Inquisición algún tiempo preso. Pocos años antes (el 24 de agosto de 1781, en pleno reinado de ilustrado Rey Carlos III) había sido quemada en auto de fe en el Prado de San Sebastián de Sevilla, una beata de 45 años, ciega desde los 12, porque al parecer hacía afirmaciones (y las practicaba) como que si el cuerpo pecaba, pero el alma no consentía, no había en ello (es decir, en el acto sexual) pecado alguno. Y a tal efecto, se dejaba azotar desnuda por sus confesores, a los que seducía,

habiendo también alguna sospecha de lesbianismo con otras monjas compañeras del convento.

2. La opinión de Beccaria sobre la abolición de la tortura: ¿humanismo, justicia o utilitarismo?

En este contexto histórico, que se acaba someramente de describir, se publica la obra de Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene* (1764, que aquí se cita por la novena edición de Feltrinelli Editore, Milano, 2003, prefazione di Stello Rodota, cura di Alberto Burgio, traducción de las citas al español realizada por el autor de este artículo). Y es en este contexto en el que hay que juzgar su aportación a la crítica del Derecho Penal y Procesal Penal que había en su tiempo, que, con razón, podríamos calificar con palabras de Giuseppe Bettiol, como “un Diritto penale de sangue e de lacrime”.

En muchas ocasiones se ha acusado a Beccaria de falta de originalidad, de ser incluso un plagio de muchas de las ideas que exponían otros miembros de la famosa Academia dei Pugni, principalmente de los hermanos Verri, y de algunos famosos enciclopedistas y autores ilustrados de aquella época, como Montesquieu y Rousseau. Aun reconociendo la verdad en parte de estas afirmaciones, no cabe duda de que el principal mérito de Beccaria es haber sintetizado muchas de estas ideas, que él hizo suyas, en un breve opúsculo, redactado de forma sencilla y brillante, que ha conseguido mantener su vigencia durante dos siglos y medio y ha establecido las bases fundamentales de un Derecho Penal liberal, humano y democrático.

También se acusa a Beccaria de utilizar en sus razonamientos argumentos puramente utilitaristas, sobre todo en lo que se refiere a la abolición de la pena de muerte. Es cierto que en Beccaria abundan este tipo de argumentos, no en vano su obra aparece en un momento en el que la Economía política surgía con vigor y era objeto de estudio y análisis como nunca lo había sido antes. Poco tiempo después de la aparición de la obra de Beccaria, se publicó la obra fundamental en esta materia de Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (1776), y el mismo Beccaria fue profesor de Economía y funcionario encargado de cuestiones relacionadas con la economía. Es lógico, pues, que en sus críticas al sistema penal de su época utilizara argumentos utilitaristas, que, en definitiva, conmueven más a los políticos y a los detentadores del poder

que los argumentos humanitarios, pietistas o simplemente de justicia. Desde este punto de vista la obra de Beccaria es también un programa político criminal dirigido a las clases dirigentes de su época para convencerles de la necesidad de modificar el sistema penal entonces vigente, al que, por supuesto, critica también por su crueldad, su inhumanidad y su injusticia. En sus distintos capítulos se mueve entre los dos polos del sistema penal: la utilidad y necesidad de las penas, por un lado, y el humanitarismo y la justicia, por otro. Utilidad y Justicia, que, según Radbruch, son los dos polos entre los que tiene que moverse el sistema penal. Ello se ve claramente en Beccaria cuando se analizan los capítulos en los que se ocupa de la tortura y de la pena de muerte.

Ciertamente, en el capítulo dedicado a la pena de muerte (XXVIII, de la edición que aquí se maneja), predominan los argumentos utilitaristas. Tras un razonamiento en el que siguiendo la teoría del contrato social se pregunta:

¿Cómo puede pasarse del mínimo sacrificio de la libertad de cada uno al máximo de entre todos los bienes como es la vida?

Y continúa diciendo:

La pena de muerte no puede ser un derecho, sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque se juzga necesaria y útil la destrucción de su ser. Pero si se demuestra que la muerte no es útil ni necesaria, habrá vencido la causa de la humanidad.

Y seguidamente añade dos motivos por los que considera que la pena de muerte es un poder útil y necesaria para salvar la “seguridad de la nación”. Uno es de carácter político:

La muerte de un ciudadano puede llegar a ser, por tanto, necesaria cuando la nación quiere recuperar o puede perder su libertad, o en tiempos de anarquía, cuando se cometan desórdenes fuera de las leyes.

El otro es un argumento puramente preventivo:

Cuando la muerte fuese el único freno para disuadir a otros de la comisión de delitos, segundo motivo por el que puede creerse que la pena de muerte es justa y necesaria.

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Es evidente que Beccaria aplica argumentos utilitarios que le llevan a admitir, si bien de forma excepcional, que la pena de muerte sea útil y necesaria, aunque desde el primer momento señala que nunca puede ser un derecho, ante lo cual ofrece como alternativa a la misma la esclavitud o lo que hoy entenderíamos como prisión perpetua; algo que todavía hoy mantienen muchos penalistas que no viene al caso citar en este momento. Tiene razón, por tanto, Thomas Vormbaum (*Storia moderna del Diritto penale tedesco, Una Introduzione*, 2ª ed., 2013, p.38 ss.) cuando considera que el razonamiento de Beccaria contra la pena de muerte está supeditado a una visión utilitarista de la misma, anteponiendo la *utilitas* y la *necesitas* por encima de la *iustitia*.

Sin embargo, no me parece convincente que se critique a Beccaria por su argumentación utilitarista, cuando el máximo representante de la idea de la Justicia como imperativo categórico que debe dominar al Derecho Penal por encima de cualquier utilitarismo, el filósofo idealista alemán Immanuel Kant, considera en su *Metaphysik der Sitten* que la pena de muerte también debe ser aplicada:

Cuando, por ejemplo, un pueblo habitante de una isla decide separarse y dispersarse por todo el mundo...

En este caso dice Kant:

El último asesino que se encontrase en prisión debería ser ajusticiado en primer lugar, para que todo el mundo lleve la pena de su conducta, y la sangre vertida no recaiga sobre el pueblo que no haya reclamado ese castigo, porque este pueblo podría entonces ser considerado como cómplice de esta violación de pública de la justicia.

Algo que me parece tanto o más rechazable que las excepciones utilitaristas que admite Beccaria para su aplicación (sobre la tesis de Kant en relación con la pena de muerte, de otra opinión, Vormbaum, *Storia*, cit., p. 50).

En todo caso, por lo que se refiere al razonamiento de Beccaria en relación con la tortura (capítulo XVI de la edición que aquí se maneja), el rechazo que hace de la misma es total, sin ningún tipo de reservas o excepciones, y no solo por razones puramente utilitaristas, sino también por razones humanistas y de justicia. Tras un rechazo casi visceral a la práctica de

la tortura, a la que califica como “una crueldad consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones” y como una “infame perversión de la verdad”, Beccaria expone las razones por las que la tortura, debe ser abolida. Su punto de partida es que la tortura además de inhumana e injusta, es inútil y contraproducente para conseguir los fines que se le asignan. A diferencia de lo que sucede con la pena de muerte, Beccaria no admite alguna excepción que pueda justificar la tortura en algún caso. Ni la “seguridad de las naciones”, ni “la anarquía”, ni el “desalentar a otros de la comisión de delitos”, que son los motivos por los que excepcionalmente admite que pueda imponerse la pena de muerte, son invocados para justificar la tortura.

Sin duda, podrá decirse que sus argumentos en favor de la abolición de la tortura son también utilitaristas, pero su utilitarismo es en este caso ingenuo, pues parte de unas premisas fácticas que desgraciadamente no coinciden con la realidad. Como después veremos, la tortura existe y se emplea todavía hoy en día, de forma más o menos encubierta, aunque ilegal, no porque sea inútil, sino porque a pesar de todos los argumentos que expone en su contra Beccaria son muchos los que consideran que es útil y funciona bien tanto como instrumento de averiguación de los delitos como de prevención y castigo de los mismos. Sin un rechazo ético y fundamentalmente humanitario, la tortura seguiría existiendo en el sistema penal, e incluso como en la época de Beccaria, como un medio completamente legal. No me parece, por tanto, acertada la opinión de Kai Ambos, quien en un artículo crítico y bastante despectivo respecto a la originalidad y honestidad de la obra de Beccaria indica que “Beccaria rechaza la tortura principalmente por fundamentos utilitaristas y solo secundariamente por razones humanitarias” (véase Ambos, “Cesare Beccaria y la tortura, Comentarios críticos desde una perspectiva actual”, en *Revista Internacional de Derecho penal contemporáneo*, 36, 2011, p. 28; también en alemán: “Cesare Beccaria und die Folter, Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht”, en *ZStW*, 122, 2, 2010, p. 504-520).

En mi opinión esta crítica es injusta y desacertada, tanto desde el punto de vista personal como científico, porque lo que no puede discutir Ambos ni nadie es que, en este caso, el utilitarismo que emplea Beccaria es siempre un utilitarismo en favor de la abolición de la tortura, nunca para admitirla. Y en esto creo que hay

una diferencia esencial con el utilitarismo que emplea para admitir, excepcionalmente, por ejemplo, la pena de muerte. Si el utilitarismo sirve también para abolir prácticas tan aberrantes, crueles e inhumanas como la tortura, entonces ¡Viva el utilitarismo!, cualquiera que sea el sentimiento de humanidad y de justicia que esté detrás del mismo, que en el caso de Beccaria no hay por qué poner en duda. De la obra de Beccaria se pueden decir muchas cosas, que es poco original, que es más un panfleto político criminal de escaso nivel teórico que una profunda reflexión sobre el Derecho Penal, etc., pero lo que no se puede decir en ningún caso es que Beccaria no esté completa y absolutamente en contra de la tortura. Solo ya por eso merece nuestra consideración y respeto, sobre todo si se tiene en cuenta cómo se practicaba todavía en aquella época, sin ningún tipo de reparos y con toda la crueldad. Baste solo recordar los casos que hemos citado anteriormente de “la columna infame”, “el regicida Damiens” o “la beata de Sevilla” (*vid. supra* I) para comprender por qué la obra de Beccaria y su razonamiento en favor de la abolición de la tortura tuvo entonces un valor excepcional y por qué, como después veremos, sigue teniéndolo en la actualidad.

Varios son los argumentos que expone Beccaria en contra de la tortura. En primer lugar, tras calificarla con dureza como “una crueldad”, la considera como una pena anticipada que se aplica a alguien cuando aún no se sabe si es o no el autor de un delito:

¿Cuál es, por tanto, aquel derecho, si no es el de la fuerza que da el poder a un juez de imponer una pena a un ciudadano, mientras duda si es culpable o inocente?

Tras este argumento, verdaderamente irrefutable, pues no cabe duda del carácter punitivo y doloroso que tiene la tortura, tanto más cuando aún no se sabe si el torturado ha cometido o no un delito, Beccaria aduce un segundo argumento que hoy en día constituye la base del *nemo tenetur se ipsum accusare*, es decir, del derecho a no declarar, a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. A este respecto dice Beccaria que la tortura convierte al acusado en acusador de sí mismo:

Pero añado algo más, pues con ello se pretende confundir todas las relaciones al exigir que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado.

Un tercer argumento de Beccaria en contra de la tortura es:

Que el dolor se convierta en el núcleo de la verdad, que el criterio de la misma resida en los músculos y en las fibras de un miserable. Esto es el medio seguro para absolver a los delincuentes robustos y de condenar a los débiles inocentes. Un criterio digno de un caníbal.

“Otro motivo ‘ridículo’ [*sic.* literalmente] de la tortura es la purgación de la infamia”. En este caso, Beccaria alude a una visión casi mística y religiosa que considera que la única forma de purgar una infamia (es decir, un delito) es la tortura, para conseguir la confesión “como esencial para la condena”. Una concepción que para Beccaria “tendría un origen parecido al misterioso tribunal de la penitencia, la confesión de los pecados como parte esencial del sacramento”. Un argumento que demuestra la antipatía con la que Beccaria miraba la confusión entre delito y pecado, y la nefasta influencia que el pensamiento religioso de la Iglesia católica, aun sin nombrarla, por ejemplo a través de la Inquisición, había tenido en la configuración del sistema punitivo estatal. No es extraño, por tanto, que la Iglesia católica, por esta y otras ideas que le afectan directamente, haya mantenido la obra de Beccaria en el índice de libros prohibidos. El rechazo de la tortura como forma de “purgación de la infamia” es total, añadiendo al final del párrafo que dedica a este tema que:

La tortura misma causa una real infamia en quien es su víctima. Por tanto con este método se repara la infamia con otra infamia.

Otro argumento contra la tortura es su equiparación a los Juicios de Dios, que en la Edad Media se llevaban a cabo para demostrar la inocencia del sospechoso de haber cometido un delito. Se le hacía poner la mano en el fuego o en el agua hirviente, y si no se quemaba, era inocente, y si se quemaba era culpable.

La única diferencia entre la tortura y la prueba del fuego y del agua hirviente, es que el éxito de la primera parece depender de la voluntad del reo. Y el de la segunda de un hecho puramente físico y extrínseco: pero esta diferencia es solo aparente, no real.

Actualidad del pensamiento de Beccaria contra la tortura

Pero en lo que coinciden ambas es que se busca la verdad a través del dolor, un medio inhumano y cruel que incide más en el débil que en el fuerte y que, en todo caso, hace que los que no pueden soportarlo confiesen el delito, aun si haberlo cometido.

Es superfluo —dice— dar mayor claridad citando los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron culpables en los espasmos de la tortura.

Pero la inutilidad de la tortura se demuestra aún más cuando, como indica Beccaria,

No vale la confesión hecha durante la tortura si luego no es confirmada con el juramento tras haber cesado la misma y si el reo no confirma el delito de nuevo es torturado.

Es decir, primero se tortura para conseguir la confesión, pero si esta no es ratificada con el juramento después de la tortura, se vuelve a torturar, y así hasta que se consigue que el torturado ratifique lo que ha dicho bajo tortura. Y aún más criticable es todavía que cuando el torturado ya se ha declarado culpable del delito que se le acusa, se le pueda seguir torturando para averiguar si ha cometido también otros:

Tú eres reo de un delito, por tanto es posible que lo seas de otros cientos delitos; me pesa esta duda, y quiero asegurarme con mi criterio de la verdad: las leyes del tormento, porque eres reo, poder ser reo y porque quiero que sea reo.

Y, finalmente, aduce en contra de la tortura un argumento puramente utilitarista, cuando:

la tortura de un acusado para descubrir a los cómplices de su delito.

Pues, como dice seguidamente, no es “justo atormentar a los hombres por los delitos de otros”, mezclando un argumento utilitarista, más o menos discutible, con una profunda idea filosófica, la de que nadie puede ser torturado como medio para descubrir los delitos de otros.

En el razonamiento de Beccaria contra la tortura, del que aquí solo se han seleccionado algunos párrafos, se alegan ciertamente motivos puramente utilitaristas, pero sobre la base de un profundo rechazo por razones humanitarias y de justicia porque conculca la

libre voluntad, la presunción de inocencia y el derecho a que el acusado no sea acusador de sí mismo. Pero si el razonamiento utilitarista puede ser, por razones fácticas, discutible, en la medida en que en la práctica se puedan conseguir determinados resultados positivos para la investigación y prevención del delito a través de la tortura, lo que lleva a Beccaria a rechazar la tortura es, en definitiva, su injusticia intrínseca, la violación que supone de derechos fundamentales como la libertad, la presunción de inocencia o el derecho a permanecer en silencio o a no declarar contra sí mismo, derechos fundamentales que se reconocen hoy como derechos humanos en la mayoría de las constituciones y de las declaraciones internacionales de derechos humanos, y, en definitiva, hacer valer lo que dice, aunque solo sea de paso, en el capítulo XX sobre la violencia, la frase con la que encabezamos este trabajo:

No hay libertad cuando las leyes permiten que en algunos eventos el hombre deje de ser persona, y se convierta en cosa.

Este es también el gran mérito del razonamiento de Beccaria en el tema de la tortura. Lo que hay que preguntarse ahora es si hoy en día se puede mantener el mismo razonamiento y mantener la prohibición de la tortura, tal como hacía Beccaria hace ya 250 años, de un modo absoluto y sin excepciones. Y de esto me ocuparé en el epígrafe siguiente.

3. La actual relativización de la prohibición de la tortura

Ciertamente, con y sin Beccaria, antes y después de que apareciera su *Dei delitti e delle pene*, la práctica de la tortura, tanto como forma de castigo como método de investigación, o como prevención de la comisión de un delito, ha sido una constante a través de los siglos, tal como se refleja en miles de documentos históricos, literarios y artísticos. Los castigos corporales y los tormentos que hoy nos producen horror eran una realidad cotidiana en la administración de justicia en los países que hoy presumen, sin embargo, de un pasado artístico y cultural de primera magnitud. Solo el espíritu ilustrado que surge en el siglo XVIII, la desvinculación del Derecho natural del Derecho divino y su conceptualización como un puro producto de la

razón humana, la elevación de la libertad, la igualdad y la fraternidad y posteriormente la dignidad humana a la categoría de valores supremos fueron desterrando progresivamente del ordenamiento jurídico penal codificado de los países más cultos y avanzados la tortura como instrumento de castigo y de investigación judicial.

Desde entonces la erradicación de la tortura ha ido ganando paulatinamente terreno hasta el punto de haber dado lugar a una convención internacional contra la tortura ratificada por la casi totalidad de los Estados integrantes de la comunidad internacional, e incluso en caso de guerra la Convención de Ginebra de 1949, creadora del Derecho humanitario, también la prohíbe (apartado 1.a y c del artículo 3). En este sentido se puede decir que la tortura, a diferencia de lo que sucede todavía con la pena de muerte, ha pasado definitivamente, al menos desde el punto de vista jurídico, al museo de la historia, y como tal es un tema de frecuente investigación entre los especialistas en historia del Derecho.

Sin embargo, este panorama idílico de erradicación de la tortura en el ámbito jurídico nacional e internacional no deja de ser una mera declaración de principios que confrontada con la realidad práctica se queda muchas veces, en unos países más que en otros, en una mera declaración retórica vacía de contenido. Pero lo más preocupante no es el abismo existente entre la prohibición jurídica de la tortura y su práctica frecuente como medio de investigación o incluso de castigo, sino que recientemente se estén elevando voces en el ámbito de la política, y también en el académico, cada vez con mayor contundencia y claridad consideran que, en casos extremos (por supuesto), no debe excluirse completamente que se apliquen a los sospechosos medidas de coacción física (la psíquica casi se da por supuesto) para obtener alguna información valiosa que impida un atentado terrorista o que pueda salvar a alguien en peligro inminente de muerte o de graves daños. Aunque para ello se aducen casos concretos, como el de la coacción física a un sospechoso de haber puesto o de saber dónde está puesta una bomba que puede explosionar en cualquier momento en un lugar concurrido de personas (caso de las llamadas *ticking-bombs*) o a un sospechoso de haber secuestrado a un niño para que revele dónde lo tiene escondido y así poder salvar su vida (caso Daschner, en Alemania). La verdad es que de un modo más o menos explícito, y dada la creciente amenaza generalizada de

ataques terroristas, se admite no solo que el particular afectado directamente por la amenaza pueda emplear la tortura, sino que sean los funcionarios del Estado los que puedan emplear medidas de coacción física y tratos crueles e inusuales bajo una cobertura legal, o por lo menos con la promesa implícita de impunidad, considerando, con diversos argumentos, que el hecho estaría justificado o por lo menos exento de responsabilidad penal (para más detalles sobre este tema, me remito a mi artículo “Estado de necesidad y tortura, ‘Necessitas non habet legem’?”, en *Homenaje a Santiago Mir*, Barcelona, 2017).

Esta opinión se ha extendido recientemente, sobre todo cuando, a raíz del atentado contra las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, las tropas americanas y sus aliados invadieron Afganistán, país en el que se presumía se entrenaban los terroristas; y luego Irak para derrocar el régimen tiránico de Saddam Hussein, con la alegación, que después se demostró falsa, de que este disponía de “armas de destrucción masiva” dispuestas a ser lanzadas contra Estados Unidos, Israel y otros países del mundo occidental. Como consecuencia de estas guerras, muchos de los prisioneros habidos en ellas fueron conducidos a prisiones como la de Abu Ghraib, o la base americana en Guantánamo (e incluso a prisiones secretas de países no revelados), en los que claramente y con pruebas fehacientes que así lo demuestran, fueron sometidos a tratos inhumanos, crueles y degradante, unas veces totalmente gratuitos, simplemente para diversión de los que los practicaban o como forma de humillación de los prisioneros, pero también a severos interrogatorios en los que se emplearon distintas formas de tortura para obtener información relevante en la lucha antiterrorista. Frente a eso, la administración norteamericana del presidente George W. Bush no solo admitió estos hechos, sino que de un modo u otro los ha justificado, o por lo menos asumido como algo inevitable e incluso necesario, sin que, salvo en alguna contada ocasión, se haya procedido contra los autores de tales prácticas.

Es evidente que con ello se relativiza la prohibición absoluta de la tortura y, a diferencia de lo que mantenía Beccaria y de lo que se dice en los textos jurídicos nacionales e internacionales, se admite, en algunos casos y en determinadas circunstancias, para obtener datos que puedan servir para prevenir la comisión determinados delitos, o como un medio probatorio que puede conducir a una condena penal.

Todo este movimiento político a favor de la tortura ha ido acompañado en los últimos años, tanto en los Estados Unidos como en otros países, del desarrollo paralelo de un discurso tendente a justificar su utilización en algunos casos extremos y como una forma eficaz y admisible jurídicamente de luchar contra el terrorismo. Pionero en esta tendencia ha sido el profesor de Derecho de la Universidad de Harvard, Alan Dershowitz. En el año 2001 y tras una gira de conferencias por Israel, Dershowitz dice que se sintió abrumado sin saber qué responder cuando le preguntaron su opinión sobre qué es lo que había que hacer cuando se detenía a un terrorista que había puesto una “bomba de relojería” (*ticking-time-bomb*) a punto de estallar y no se tenía otra forma de encontrarla y desactivarla que “sacándole” por la fuerza esa información.

A partir de entonces y a la vista de la reciente jurisprudencia creada por aquel entonces por el Tribunal Supremo de Israel en relación con la posibilidad de emplear en los interrogatorios un “cierto grado de coerción física” para obtener información sobre posibles atentados terroristas, reflexionó posteriormente sobre el tema y a su vuelta a los Estados Unidos escribió un libro *Why terrorism works* (Yale University Press, 2004), en el que llega a la conclusión de que un cierto grado de coerción, literalmente tortura controlada, puede ser admisible en algunos casos. El libro comienza con un ataque directo a las convenciones de Ginebra y a la Convención contra la Tortura, a las que considera “más como un obstáculo, que como una forma de solución del problema”, y propone claramente la práctica de una “tortura controlada” no directamente letal, bajo la supervisión de un tribunal de justicia que diría hasta dónde se puede llegar. Igual que en la Inquisición. Lo que Beccaria decía irónicamente que requería de un matemático que midiera la intensidad del dolor en los músculos y huesos del torturado para saber cuál es su nivel de resistencia, Dershowitz lo asume sin el menor reparo. Naturalmente, también justifica los llamados “asesinatos selectivos” y otras formas más o menos contundentes para luchar eficazmente contra el terrorismo. En una palabra, para Dershowitz, el terrorismo funciona porque el Estado no sabe contraatacar con sus mismas armas, luego, la solución es que el Estado actúe también contra los terroristas (o contra los que sospeche que puedan serlo) con las mismas armas de terror que estos emplean contra él. Es decir, frente al terrorismo contra el Estado, el terrorismo de Estado. *Tertium non datur*.

Afortunadamente, su propuesta no ha sido muy bien recibida en los medios jurídicos académicos americanos y ha provocado muy agudas y fundadas críticas, de las que no podemos ocuparnos aquí en estos momentos (véase por ejemplo las críticas de Jeremy Waldron, *Torture, Terror and Trade-Offs, Philosophy for the White House*, Oxford University Press, New York 2010, que además de a Dershowitz critica también la opinión de otros autores americanos como Bybee o Yoo, quienes consideran que los malos tratos inflingidos a los prisioneros de Guantánamo no entran en el concepto de tortura, o que en todo caso las prohibiciones contenidas en las convenciones de Ginebra no tienen aplicación en los USA). Pero es una buena muestra de cómo en algunos medios académicos americanos la “cruzada contra el terrorismo” enarbolada por el presidente Bush (y en el caso de Dershowitz la sensación de continua amenaza terrorista islamista que se vive en Israel y que hoy se ha extendido a muchos países de la Unión Europea) ha calado hondo y está encontrando eco en personas que objetivamente y en teoría deberían estar más a favor de los principios constitucionales y del respeto a los derechos humanos de lo que suele estarlo el ciudadano medio.

El argumento básico que se emplea para justificar la tortura en ciertos casos extremos es generalmente el *estado de necesidad*, el conflicto de deberes y la ponderación de los intereses en juego. No cabe duda de que los casos más extremos siempre serán objeto de discusión y difícilmente se llegará a un acuerdo, sobre todo si se analizan desde el prisma de la distinción tan cara a la Dogmática penal alemana entre *justificación* y *exculpación*, porque lo que desde el punto de vista individual puede llegar a constituir una causa de exculpación por miedo insuperable o cualquier otra causa de inexigibilidad que excepcionalmente impedirían reprocharle al sujeto la acción que realizara en una circunstancia tan extrema, pretende convertirse de forma general e incluso reconocida legalmente en una “licencia para matar” (o para torturar). Es como si la reacción humana y lógica del padre que se abalanza contra el asesino y violador de su hija pequeña intentando matarlo, la convirtiéramos en una especial causa de justificación reconocida expresamente en la ley que autorizara a todos los padres de los menores asesinados a que mataran o torturaran al asesino de sus hijos. En todo caso se trata de una paráfrasis que difícilmente puede ser trasplantada a los casos de tortura sistemática de los presuntos o reales terroristas,

porque no se dan en este caso generalmente las razones de urgencia y la angustia personal que se da cuando el sujeto resulta directamente afectado, y porque la mayoría de las veces la tortura se produce de una forma rutinaria, como cualquier otra actividad que desarrolle profesionalmente el funcionario que la practica, que luego se va tranquilamente a su casa a ver la televisión, a departir cómodamente con su familia o comentar con sus amigos en el bar de la esquina los resultados del campeonato de baseball.

La reacción de rechazo que produce todavía en el ámbito jurídico europeo la posibilidad de admitir la tortura, incluso en casos extremos, no es compartida por el Profesor Günther Jakobs, quien en un trabajo en el que defiende su conocida tesis de la necesidad de admitir junto a un Derecho penal con todas las limitaciones y garantías propias del Estado de Derecho, lo que él llama un “Derecho Penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), en el que esas garantías quedarían sensiblemente reducidas o incluso eliminadas para conseguir la “seguridad cognitiva”, en lo que se refiere a la tortura dice lo siguiente (*vid.* “Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni della giuridicità”, en *Diritto politico e diritto penale del nemico*, a cargo de Gamberini y Orlando, Bologna 2007, p. 128 y ss):

C. Tortura?

Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras, las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad. Todavía una vez más, con otras palabras, en Derecho existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: Si el Estado puede permanecer en Derecho siempre y frente a todos.

Lo menos que se puede decir de este párrafo de Jakobs es que es ambiguo. Desde luego, si se mira su afirmación desde el punto de vista del trato que

reciben los presos de Guantánamo y de las tácticas en los interrogatorios que practican algunos agentes de sus servicios secretos o militares con los sospechosos de terrorismo, no cabe duda de que el Estado más poderoso militarmente del mundo no permanece precisamente en este caso en el ámbito del Derecho. Más bien sucede lo contrario, con ello se coloca en la situación de un “Estado de no Derecho”. En Alemania, se emplea la expresión *Unrechtsstaat* para denominar al Estado creado por el régimen nazi en 1933 y que se prolongó hasta su derrota en 1945. Las consecuencias que produjo ese Estado para su propio país, y para otras naciones del mundo, son conocidas: la Segunda Guerra Mundial con sus casi 50 millones de muertos, los horrores de los campos de exterminio, el Holocausto y el exterminio de millones de personas. Y estas consecuencias que todavía hoy están en la memoria de todos nos deben llevar a reflexionar un poco más detenidamente sobre qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que “el Estado no siempre se atiene o permanece en el Derecho”. Si se trata de la descripción de una realidad, Guantánamo es, desde luego, un ejemplo viviente y lacerante de este modelo de Estado, como lo fueron en su día Auschwitz o Birkenau, y como lo son tantas y tantas otras atrocidades que se han cometido en el mundo en nombre de la *razón de Estado*. Pero si de lo que se trata es de justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la “seguridad cognitiva”, que otros llaman “seguridad nacional” o “políticas securativas”, entonces se debe decir claramente que el Estado de Derecho deja de serlo para convertirse en un Estado de no Derecho, y que el Derecho Penal del Estado de Derecho con todas sus garantías deja entonces el paso libre a un “Derecho Penal del enemigo” con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se deriven.

Este es el peligro que, en el fondo, siempre anida en cualquier construcción jurídica teórica que pretendiendo ser meramente descriptiva puede terminar prescindiendo de cualquier referencia valorativa mínimamente humanitaria, como es la prohibición de la tortura, y justificar desde una perspectiva funcionalista cualquier exceso que se cometa en nombre de la *razón de Estado*. Algo que, desde luego, por lo que se refiere a la tortura, Beccaria nunca hizo. Desde luego, si algo demuestra la historia y particularmente la

historia del Derecho es que la cultura y la más refinada técnica jurídica no siempre son incompatibles con la más cruel barbarie. Ciertamente los juristas, como los intelectuales en general, no pueden impedir la barbarie, pero sí negarse a justificarla o a presentarla como una exigencia de la razón. A veces, como reza el título del famoso aguafuerte de Goya, “el sueño de la razón produce monstruos” (me he ocupado en diversos trabajos sobre la idea Jakobs en relación con el “Derecho penal del enemigo”, para más detalles me remito a mis monografías *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, editorial Hammurabi 2ª ed., Buenos Aires 2008; y *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008).

4. Conclusión final

En este breve trabajo me he ocupado fundamentalmente de la actualidad del razonamiento de Beccaria contra la tortura. Pero sería injusto reducir todo el discurso de Beccaria a la abolición sin excepción de la tortura, y, con algunas excepciones, de la pena de muerte. Quiero también destacar aquí, aunque sea solo de forma breve, la importancia de la obra de Beccaria en la evolución del Derecho Penal del “ancien régime” hacia un Derecho Penal liberal, más humano y justo, respetuoso con los derechos fundamentales del acusado o del delincuente. En su obra hay muchas afirmaciones que son hoy de plena actualidad y constituyen las bases del Derecho Penal de un Estado social y democrático de derecho. En toda ella hay continuas invocaciones al principio de legalidad, a la separación de poderes, a las garantías procesales y materiales del acusado, a la humanización, suavidad (*dolcezza*) y proporcionalidad de las penas, a la libertad y a la dignidad humana, que no pueden considerarse como ideas puramente utilitaristas, sustituibles por otras, según convenga en cada momento histórico; sino que reflejan profundas convicciones de

Justicia, de las que creo Cesare Beccaria estaba plenamente convencido. Todo ello fue lo que hizo que en aquel momento la primera edición de su fundamental obra tuviera que publicarse de forma anónima, que la Iglesia católica la incluyera en el índice de libros prohibidos y que en muchos países, como España, fuera prohibida muchos años su publicación, hasta el punto de que su primer traductor español (Juan Antonio de las Casas) tuvo que poner una nota aclaratoria en la que advertía que no estaba de acuerdo con las ideas que se vertían en el libro. Y todo eso es lo que, paradójicamente, le sigue dando plena actualidad y vigencia en nuestros días.

No tengo tiempo para ocuparme de otras muchas cuestiones de actualidad que se encuentran en la obra de Beccaria (me remito para ello al libro colectivo publicado por la Universidad Sergio Arboleda, Bogota, 2016, *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del estado, Doscientos cincuenta años después*, compilado por Fernando Velásquez, Renato Vargas Lozano y Juan David Jaramillo Restrepo, con aportaciones de Velásquez, Ferrajoli, Ambos, Agudelo, Matus, Trapani, Escobar, Elbert, Llovet, Posada, Wolffhügel y Ramírez; y también la brillante introducción, estudio preliminar y notas de Nodier Agudelo Betancur, a la edición de la versión española de la obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ediciones Nuevo foro, Medellín 2016). Solo quiero como conclusión recordar las palabras finales con que concluye *Dei delitti e delle pene*, que hoy por hoy, independientemente de cualquier valoración que se pueda hacer de su obra en otros aspectos, tienen, a mi juicio, plena vigencia:

De cuanto se ha visto hasta ahora puede deducirse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso legislativo más ordinario de las naciones: Para que la pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, ésta debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibilidades en las circunstancias, proporcionada a los delitos y fijada legalmente.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES