

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso / 4º
Convocatoria: Septiembre 2015/2016

El Tormento Judicial

The Judicial Torment

Realizado por el alumno/a D Alba María Hernández Díaz

Tutorizado por el Profesor/a D Aurelio B Santana Rodríguez

Departamento: Historia Del Derecho y de las Instituciones

Área de conocimiento: Historia Del Derecho y de las Instituciones

➤ **Índice:**

Abstract.....	pág. 4-5
Introducción.....	pág. 6-7.
1. Antecedentes históricos del tormento.	
1.1 Su origen y sus etapas.....	pág. 8-12.
1.2 La llegada del tormento a España hasta el Antiguo Régimen.....	pág.12-16.
2. Estudio Histórico del tormento en el Derecho procesal del Antiguo Régimen.	
2.1 El Derecho procesal.....	pág. 16-23.
2.2 Los Principios del Proceso Inquisitivo.....	pág. 23-24.
2.3 El tormento como medio de prueba.....	pág. 24-26.
2.3.1 La Práctica Judicial.....	pág. 26-27.
2.3.2 La Doctrina Judicial.....	pág. 27-28.
2.3.3 El Procedimiento.....	pág. 29-33.
2.3.4 Las Clases de tormento.	pág. 33-35.
2.3.5 La Confesión del reo.....	pág. 35-36.
3. La Abolición del tormento en España.	pág. 37.
3.1 La Ilustración y las ideas de Beccaria	pág. 37-39.
3.2 La Abolición por las Cortes de Cádiz	pág. 40-43.
4. La diferencia entre la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Derecho del Antiguo Régimen.	pág. 43-50.
5. La Codificación.....	pág. 50-53.
6. La visión de las Constituciones españolas sobre la tortura y los Tratados Internacionales.....	pág. 50-53.
Conclusiones.....	pág. 58-60.
Apéndice.	



I.....pág. 60-61.
II.....pág. 61-65.
Bibliografía.....pág. 65.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar el tormento como medio de prueba, sus orígenes históricos, como sus períodos, su llegada a España y cómo se convierte en una institución fundamental en la fase probatoria del proceso penal del Antiguo Régimen, pues era el medio que habitualmente utilizaban los jueces para hacer confesar al reo su culpabilidad, vulnerando así un posible principio de presunción de inocencia establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. También se analizará, su última etapa, así como su difícil abolición en España y en toda Europa. Se comparará la fase probatoria del derecho procesal del Antiguo Régimen frente a la fase probatoria del derecho procesal positivo establecido en la actual y recientemente modificada Ley de Enjuiciamiento Criminal. En resumen, se estudiará la evolución que ha tenido el tormento como medio procesal en España.

ABSTRACT

The objective of this Project is to analyze the torment as a means of evidence, its historical origins and its stages, its arrival to Spain and how it becomes a fundamental institution in the evidentiary phase of the penal process in the *Antiguo Régimen*, since it was the means used frequently by the judges to make the “accused” confess his culpability, violating/jeopardizing the presumption of innocence located in the *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Furthermore, it will be analyzed its final stage, as well as its difficult abolition in Spain and throughout Europe. Its evidentiary phase in procesal law of the *Antiguo Régimen* will be compared to its evidentiary phase in the current procesal law and recently modified *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. In summary, it will be studied the evolution of the torment as a procedural tool in Spain.

Introducción

El uso del tormento en los juicios causó polémica entre los filósofos y juristas a finales del Antiguo Régimen. En el caso de la España, su utilización era parte del proceso penal, era una prueba judicial anterior a la sentencia y a la pena. Por tanto, el tormento no era una forma de castigo; a pesar de la crueldad en la mortificación del cuerpo del acusado, era solo un instrumento de confesión. Sin embargo, con el devenir del tiempo, el tormento pasó de ser un reputado instituto procesal dentro del sistema inquisitivo a un delito castigado por el Código Penal.

En la actualidad, no se puede considerar desaparecida su práctica que como pone de manifiesto los informes de las organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos y las Naciones Unidas todavía sigue vigente en no pocos países, a pesar de lo dispuesto en constituciones y legislaciones internas.

Por ello, la erradicación de la tortura en el mundo es uno de los grandes desafíos que asumieron las Naciones Unidas a sólo unos pocos años de su fundación. Para garantizar a todas las personas una protección suficiente contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el transcurso de los años la Organización fue adoptando normas de aplicación universal que finalmente fueron consagradas en declaraciones y convenios internacionales. La adopción el 10 de diciembre de 1984 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes por la Asamblea General de las Naciones Unidas señaló la culminación del proceso normativo en el ámbito de la lucha contra la tortura.

Al elaborar ese texto, las Naciones Unidas no se limitaron a consignar por escrito en una serie de artículos todo un conjunto de principios y votos piadosos cuya aplicación y observancia nada ni nadie garantizaría. También instituyeron un órgano de vigilancia, el Comité contra la Tortura, que se encargaría fundamentalmente de velar por la observancia y la aplicación de la Convención. Su texto, que consta de 33 artículos y al que se han adherido o que han ratificado 58 Estados al 1 de enero de 1992, entró en vigor el 26 de junio de 1987, actualmente ya son 146 países. Y en virtud del artículo 17 de la Convención se creó el Comité contra la Tortura, que entró en funciones el 1 de enero de 1988. Tal órgano está compuesto por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

Recientemente, el secretario general, Ban Ki Moon, en el XIX Día Internacional de las Naciones Unidas en Apoyo de las víctimas de la tortura, ha mostrado su preocupación por estas prácticas a pesar de la prohibición absoluta de estas. Además, incide en la responsabilidad de los Estados para velar por las víctimas de la tortura así como recoge la Convención contra la tortura, ratificada por los Estados por ello, es vinculante a estos y a todos los miembros de la comunidad internacional aunque ese estado no haya ratificado los Tratados Internacionales en los que se prohíbe explícitamente la tortura pues la tortura se considera un crimen en el Derecho Internacional y forma parte del Derecho Internacional consuetudinario.

En definitiva, en este trabajo se pretende estudiar el tormento judicial del Antiguo Régimen hasta la actualidad, por lo que se analizará su origen, sus etapas, su proceso, las clases de tormento, su abolición y como se ha transformado en la actualidad.

1. Antecedentes históricos del tormento

1.1 Su origen y sus etapas

La historia del tormento comienza en el Occidente, concretamente, en la antigua Grecia y alcanza su periodo de *esplendor* entre los siglos XII y XVIII:

La primera etapa, se encuentra en la antigua Grecia pues es donde por primera vez se tiene la necesidad de regular la manera de dirimir conflictos, siendo de gran importancia el estatus que poseía el individuo ante la sociedad por lo que el tormento solo era aplicable a esclavos, extranjeros, personas que desempeñaran una actividad vergonzosa y aquellos cuya deshonra fuera pública. Los hombres libres, quienes tenían una dignidad y honor, no eran susceptibles en ningún caso de ser atormentados.

La segunda etapa, se encuentra en la Antigua Roma, en la que al igual que Grecia, las penas de tormento eran exclusivas de los esclavos a quienes sus propietarios podían atormentar si sospechaban que hubieren cometido algún delito en contra de la propiedad. Más tarde, tras las guerras sociales entre Patricios y Plebeyos, nace una nueva distinción en la que los ciudadanos se dividen en dos tipos, *honestiores* y *humiliores*. Los primeros eran privilegiados y constituían la clase gobernante efectiva del Imperio; los segundos eran el resto del pueblo, los que se dedicaban a ocupaciones humildes, los pobres y desarraigados. Los *humiliores* eran susceptibles de la aplicación de todas las penas de tormento que antes estaban reservadas para los esclavos. Los *honestiores* podían ser atormentados en los casos en que fueran culpables de traición y otros crímenes específicos, sin embargo, esto

no es aplicable a nuestro estudio pues se trataba la pena como tormento mientras que lo se pretende analizar el tormento como medio de prueba.

La tercera etapa, en la época clásica romana, los filósofos, juristas y literatos manifestaron su objeción en contra del tormento, pero esto no era provocado por un espíritu de humanidad o pensamiento moral ante el dolor humano, sino por la posibilidad de que los esclavos al ser atormentados, pudieran ser inducidos a testificar en contra de sus amos.

La cuarta etapa, en el Derecho Germánico, se consideraba algo parecido al *honestior* romano y por tanto no aplicaban penas de tormento salvo en los casos de esclavos acusados de crímenes, las mujeres de hombres de rango asesinados por ellas y los hombres libres públicamente declarados traidores, desertores o cobardes, quienes eran deshonorados.

La quinta etapa, en la Edad Media, el derecho penal durante la Alta Edad Media en Europa, especialmente entre los siglos IX y XII, tenían una vertiente jurídico-privado. El sistema jurídico estaba basado en la prueba y no en el tormento, por lo tanto, siempre debía existir un acusador y un acusado que comparecían ante un juez, el primero tenía la carga de la prueba, el segundo podía solo jurar su inocencia. Solo en algunos casos el acusador podía solicitar como medio de prueba la aplicación de tormento para obtener la confesión del acusado. Así pues, el juramento era la prueba más fuerte que la parte acusada podía brindar. Y también existía la ordalía y el combate judicial. En aquellos casos en que la reputación del acusado era mala y la acusación conllevaba la pena capital, se podía recurrir a la ordalía o juicio de Dios para determinar si decía la verdad.

La sexta etapa, la llamada edad de oro, del tormento judicial, siglos XII al XVIII, tras una revolución en el Derecho y la Cultura Jurídica, surge la creciente necesidad de crear leyes universalmente obligatorias y

aplicables en toda la Europa Cristiana. Esto trae como consecuencia la entrada de un procedimiento inquisitorial que desplazó al viejo procedimiento acusatorio. En esta nueva etapa del procedimiento legal se pensaba que todo individuo tenía derecho a un medio de defensa; la prueba se convertiría en el elemento base de todo juicio. Esto parece correcto, solo que al ser difícil encontrar pruebas, la confesión adquiere una relevancia suprema y el tormento se consolida como la forma más eficaz para obtener confesiones. En casos de crímenes capitales en los que se carecía de pruebas y la autoridad no tenía un juicio claro basado en el juramento de inocencia del acusado, dada su poca credibilidad, se atendía al principio de que el poder divino otorgaría fuerza al acusado para demostrar su inculpabilidad. Entonces el individuo era atormentado, esperando que de ser inocente Dios le daría la fuerza para soportar el castigo. Inicialmente esto se aplicaba solo en Tribunales civiles, posteriormente fue adoptado por los eclesiásticos, cuando surge la Santa Inquisición, quienes creían que la coexistencia entre gente de fe y herejes, agnósticos, ateos, etc., era impensable, por tanto, todos aquellos que estuvieran en este contexto, atentaban contra la unidad y el orden social. En resumen, debía ser atormentados para confesar su delito y comenzar a expiar sus culpas.

La etapa de la abolición del tormento que comienza entre los siglos XVIII hasta el XIX, surgiendo así el periodo conocido como la “Ilustración”, que pone fin a un oscurantismo ideológico, definiendo al hombre en un orden natural como un ser de bondad, un ser de luz, el cual no podía ser lastimado por su semejante. Es así como los estados Civilizados comienzan a abolir el tormento de sus legislaciones, bajo el principio de que, si bien un ser humano puede caer en circunstancias que lo lleven a cometer actos de tipo delictivo, el Estado no puede en ningún caso combatir

la oscuridad en la cual cayó el individuo, con actos del mismo tipo. Esta búsqueda de abolir el tormento, tomó mucho tiempo y fue conseguida gracias a que los nuevos pensadores dejaron de escribir en lenguas selectivas como el latín y en medios a los que solo tenían acceso las minorías, comenzando a difundir sus ideas en textos simples, fáciles de leer, entender y conseguir. Dos grandes representantes de este movimiento son Voltaire con su *Diccionario Filosófico* y Beccaria con su libro *De los delitos y de las Penas*. El primer Estado que abolió el tormento fue el reino de Prusia en 1754, seguido de Suecia, el Reino de las Dos Sicilias, el Gran Ducado de Baden, de Mecklemburgo, de Brunswick, de Sajona, el reino de Dinamarca, etc. Y así sucesivamente los distintos reinos poco a poco fueron suprimiendo el tormento. En el caso de España no llegaría hasta el año 1808.

Sin embargo, el optimismo jurídico de los siglos XVIII y XIX se vino abajo cuando en las primeras décadas del siglo XX retornó el tormento y desde entonces no dejó de aumentar su frecuencia e intensidad con la aparición de los estados totalitarios, surgiendo nuevamente la supremacía del Estado sobre los derechos de los individuos. Y una serie de Estados comenzaron a ignorar el papel protector de la ley, primero en contextos políticos extrajurídicos y luego en contextos jurídicos comunes. Por ello, llega la URSS, la España y la Italia fascista y finalmente la Alemania nazi bajo el Tercer Reich, la tortura reapareció bajo la autoridad estatal extraordinaria, revolucionaria y del partido, y más tarde bajo la autoridad legal ordinaria.

En la actualidad, la tortura está presente en la guerra moderna, es decir, a la necesidad de obtener información rápida y eficaz y la creación de medios para realizar interrogatorios adecuados para espías, prisioneros, etc.

Y desgraciadamente en el terrorismo y la amenaza que representa, es decir, a la idea de supervivencia de un Estado todopoderoso, que por medios violentos logra retener su supremacía. Esto suele ocurrir en países demócratas que caen en la tentación de las prácticas inhumanas para lograr sus objetivos.

1.2 La llegada del tormento a España hasta el Antiguo Régimen

Apenas se ha escrito sobre la historia del tormento en España, sin embargo, el derecho romano fue la gran influencia de la llegada del tormento, pues en una primera fase, el derecho de Roma, es el que introduce el tormento y formaliza su uso por parte de los tribunales.

Los visigodos se limitarán a conservar suavizando y humanizando ese instituto legal, herencia del romanismo, que chocaba y repugnaba profundamente a sus tradiciones. Una vez conquistada Hispania se introdujo el derecho romano por lo que el derecho primitivo quedaría bajo la influencia romana del Antiguo Imperio Romano, el cual, ya aplicaba el tormento.

Es tal su influencia que los reyes visigodos, en la creación de sus leyes, las cuales, van a estar bajo el influjo romano, llegaría el Código de Eurico o el Edicto de Teodorico que tradicionalmente se ha atribuido al rey ostrogo Teodorico II y que, sin embargo, el historiador italiano Giulio Vismara¹ considera que el autor de este Edicto no es el rey ostrogo, sino Teodorico II, el rey visigodo. Pues bien, aún queda resto de la influencia romana al encontrar tres disposiciones acerca del tormento típicamente romanas.

¹ Citado por Tomás y Valiente, Francisco en *el Manuel de Historia del Derecho*, pág. 101

Posteriormente, el *Codex theodosianus* que contenía 15 títulos referentes al tormento, el *Breviario alariciano* que tienen nueve leyes acerca del tormento de las 21 leyes teodosinas referentes al tormento judicial. Y es fundamental destacar que el *Breviario* no contiene leyes visigodas, sino que era una compilación del derecho romano postclásico en su vertiente de *leges e iura*².

Por otro lado, encontramos el *Liber Judiciorum* que aspira a ser una regulación jurídica completa; en no menos de trece leyes aborda el problema del tormento judicial.

En la segunda fase, de la recepción del Derecho Romano, el tormento judicial había desaparecido y corresponde al Derecho Común de la escuela de Bolonia, a sus romanistas y canonistas a base del *Corpus Iuris Civilis*, de las *Decretales* y de los códigos del *Digesto* o del Decreto ese instituto y de haberlo difundido por los diversos países cristianos. Así en Castilla, el tormento olvidado, será reintroducida y puesta en vigor por las *Partidas*³.

La reaparición del tormento judicial va ser obra del derecho culto y romanizante de Alfonso X y sus juristas de formación bononiense. Ya en el primer cuerpo legislativo de este tipo, *El Especulo*, promulgado para los tribunales del Rey, de su corte, o de sus oficiales, alcaldes del rey, etc. Por medio de esta obra se restaura el tormento en los tribunales tanto para los sirvientes que dan testimonio como para los acusados, aunque sean hombres libres⁴.

² Tomás y Valiente, Francisco, *Manuel de Historia del Derecho*, pág. 102-104

³ Tomás y Valiente, Francisco, *Manuel de Historia del Derecho*, pág. 194 y 200; 233-235

⁴ Tomás y Valiente, Francisco, *Manuel de Historia del Derecho*, pág.235

En cuanto al tormento, es la séptima Partida⁵, la destinada al derecho procesal en su título 30 con nueve leyes a los tormentos. Su aplicación no era igual para todos los hombres libres pues existían una serie de inmunidades fundadas en la nobleza, posición social, estudios, edad, etc... La inmunidad de estas personas, salvo la de la mujer encinta por su carácter temporal, no era absoluta pues en caso de acusación de alta traición, ni tan siquiera los caballeros se veían libres del tormento. Y el tormento no solo se practicaba contra los reos no privilegiados en las causas criminales. Además, el tormento no podía ser aplicada sin expreso mandamiento del Juez, que necesitaba para ello presunciones o sospechas ciertas y los ministros ejecutores, como los alguaciles, solo podrán proceder por mandato del Juez y siempre en presencia de este que hará tomar constancia por escrito de cuanto se digiera en el tormento. Contra el mandamiento judicial que ordena el tormento, la legislación de las Partidas admite la “alzada” o apelación a pesar de tratarse de una sentencia interlocutoria.

Además, recoge dos modos de tormento: el de azotes y el consistente en colgar a un hombre por los brazos y colocarle pesos en la espalda y en las piernas, pero mientras la primera sólo se utilizó como pena, la segunda si se utiliza como instrumento procesal bajo la acepción de “tormento de la garrucha”.

En el Antiguo Régimen, en el Derecho de Castilla, encontramos un título de las Partidas (la séptima Partida, título 30), varias leyes dispersas de esa misma fuente y algunas posteriores del Derecho Real se ocupan de este problema. Además, la doctrina de los doctores, interpretada por jueces singulares y por los Tribunales colegiados, desempeñaba la función de completar la insuficiencia normativa. Es conocida por la obra de Piero

⁵ *La séptima Partida de Alfonso X*

Fiorelli⁶, la figura de la “tortura o tormento judicial” constituida por los juristas del *mos italicus* con base más o menos directa en las fuentes romanas, especialmente en el Digesto, en Código Justiniano, y en las sentencias de Paulo. Gran número de constituciones imperiales sobre el tormento se recogieron también en el *Codex theodosianus*, algunas de las cuales aparecen después en el código Justiniano, de modo análogo, nueve de las veintiunas leyes teodosianas sobre el tormento se incluyeron en el *Brevario de Alarico*. Y según Fiorelli gran parte de esas fuentes romanas pertenecían cronológicamente a la época del Bajo Imperio⁷.

Y, por tanto, el tormento fue admitido y parcialmente regulado tanto por el Derecho romano como por más antiguos ordenamientos, la institución fue definitivamente construida por la doctrina de la Baja Edad Media.

Después de las fragmentarias reflexiones de los primeros glosadores sobre el tormento apareció en Bolonia entre 1263 y 1286 una obra anónima y sin título que fue únicamente denominada y citada como *Tractatus de tormentis*; el tormento recibía en ella un tratamiento sistemático, examinándose sucesivamente su concepto, sujetos pasivos, grados, efectos, etc⁸.

Se discutió y discurrió mucho sobre el tema del tormento en Europa desde el siglo XIII al XVIII, desde que el Derecho canónico y el Derecho estatutario italiano fueron admitiendo el tormento, hasta la abolición en casi

⁶ Fiorelli, Piero, *La tortura Giudiziaria nel ditrito Comune*, Giuffré, 1954

⁷ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 2, *La tortura, Teoría y Práctica de la Tortura Judicial en las Obras de Lorenzo Matheu I Sanz (1618-1680)* pág. 777-778

⁸ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, pág.810.

Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1 cap. 2, *La tortura, Teoría y Práctica de la Tortura Judicial en las Obras de Lorenzo Matheu I Sanz (1618-1680)* pág. 778

Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, pág.810-811.

todas las monarquías europeas a finales del siglo XVIII o principios del XIX. Y quienes aplicaban el tormento eran los jueces, quienes, elegían unas o u otras doctrinas, uno u otros textos, y a la larga, basándose en las diferentes legislativas existentes entre los Derechos reales, y en estas variaciones doctrinales, se construyó en cada ordenamiento jurídico una práctica peculiar sobre los medios materiales del tormento, los indicios, la confesión o los efectos probatorios de esta, es decir, sobre los distintos elementos constitutivos del tormento judicial.

2. Estudio Histórico del Tormento en el Derecho Procesal del Antiguo Régimen

2.1 El Derecho Procesal

En 1543, el jurista español, doctor en leyes al servicio de la Casa del Infantado, Pedro Medina⁹ escribió: “No se ejecutan en nuestra España las crueles justicias y tormentos que en otras naciones: nadie empala, a nadie quebrantan los huesos ni aprenden, a nadie mata o condena la voluntaria pasión o deliberación del juez, ni se admite solo arbitrio de jueces particulares: solo la ley juzga; establecida y admitida en la república, es la que mata y condena al delincuente: nadie se puede quejar con razón”¹⁰. Pero, nada tiene que ver lo que dicen estas palabras con la verdadera y cruda realidad del proceso penal del Antiguo Régimen.

En el siglo XV ya estaba en Castilla plenamente establecido el procedimiento inquisitivo en materia penal. Su aceptación sustituyó al

⁹ Citado por Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (s siglos VXI, XVII y XVIII), del proceso penal y del Estado de la Administración de Justicia*, pág. 297

¹⁰ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (s siglos VXI, XVII y XVIII), del proceso penal y del Estado de la Administración de Justicia*, pág. 297-299

procedimiento acusatorio, dominante en el Derecho local altomedieval que se ha atribuido normalmente a la influencia del Derecho romano canónico de la Recepción bajomedieval y más en concreto del procedimiento penal canónico. Hay diversos autores que han manifestado la aparición si no de un procedimiento inquisitivo iniciado de oficio, si al menos de *inquisitiones* como medios de indagar la verdad incrustada dentro del procedimiento acusatorio, antes de que se generalizara la recepción romana-canónica de tal institución. Como afirma el profesor Cerda¹¹: “el proceso inquisitivo aparece en los derechos medievales europeos y también en los españoles, antes y no por obra exclusiva de la Recepción romano-canónica”. Pues los reyes durante la Baja Edad Media no abandonaron por completo la persecución de los delitos a la iniciativa acusatoria de los particulares, sino que intentaron la averiguación de la verdad penal “material” por medio de pesquisadores reales. Debido a esta iniciativa real, los pesquisadores y pesquisas aparecerán en algunos Fueros municipales, como medios de prueba insertos en un procedimiento penal acusatorio y transformándolo parcialmente. Después y teniendo en cuenta estos antecedentes, el Derecho procesal-penal canónico de la Recepción consagraría y haría arraigar en el Derecho castellano leones el procedimiento penal inquisitivo, principalmente a través de las leyes de la Partida tercera y de otros textos alfonsinos. Por lo tanto, dicho proceso se estructura, iniciado de oficio por el juez, que será quien dirigirá las investigaciones, acumulando pruebas, y quien normalmente juzgará de los resultados que de ellas se hayan desprendido.

En los siglos posteriores, los textos de Partidas y del Fuero Real fueron completados por algunas leyes reales; pero en conjunto los reyes se

¹¹ Citado por Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta...*, pág. 299

limitaron casi exclusivamente a beneficiarse del tratamiento que esta institución alcanzó en aquellos cuerpos legales alfonsinos. Y es que “la introducción del procedimiento criminal de oficio era el necesario complemento para el nacimiento del Derecho penal del Estado”¹². Con él se trataba de absorber la justicia penal entre partes, elevándolo al ámbito del interés público y poniéndolo bajo la tutela del poder real; se quería superar la “verdad” admitida entre los implicados en cualquier asunto criminal; y se procuraba el fortalecimiento del poder del rey que con tan gran instrumento lograba ser temido y conseguí imponer su voluntad y dominio en muchas ocasiones. El procedimiento penal inquisitivo ha sido siempre un arma autoritaria e intimidativa, tanto cuando quien la he esgrimido ha sido el Estado como cuando fue ampliamente utilizada por la Iglesia. Todas las cortes europeas bajomedievales comienzan a emplear el *ius punendi* como arma política y por esto es lógico el procedimiento penal inquisitivo dentro de las respectivas jurisdicciones reales ordinarias¹³.

Una vez establecidos los antecedentes del proceso penal, ahora se procede a su explicación. El proceso penal en Castilla podía comenzar: bien con la pesquisa, bien por denuncia o bien por acusación.

La pesquisa era una diligente y legítima investigación que hacía de oficio el juez para inquirir y saber los delitos que se cometían y de ese modo castigar a sus autores, además, había varias especies de pesquisas, las leyes de la Partida tercera aluden a la pesquisa general, que es la realizada para conocer que delitos se han cometido y quienes los cometieron, pero debido a las difamaciones y por las muchas molestias fueron prohibidas por una ley del Fuero Real que paso a la Recopilación de 1567 y otra de Alfonso XI y

¹² Citado por Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*....., p.300-301

¹³ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*....., p.300-301

parece deducir que el juez de tales pesquisas había de ser el propio rey. Otro tipo de pesquisa era la llamada particular o especial, la cual, era la forma normal y tenía lugar en relación con las recientes y conocidas ejecuciones de un delito, del cual se ignoraba quien fuese el autor.

Las fases del proceso inquisitivo eran las siguientes: el juez ordenaba al escribano que abriese cabeza de proceso inquisición, dirigida a aclarar el delito cometido, del cual, se tenía noticia concreta y directa; seguidamente se procedía a “información sumaria”, que comprendía las primeras indagaciones efectuadas por el juez; si de ellas resultaba algún sospechoso, se le encarcelaba, y en muchas ocasiones se le embargaban judicialmente sus bienes. Hasta entonces todo había sido secreto para el sospechoso culpabilidad. Después el juez continuaba buscando *aliquias probationes contra reum*, y principalmente procuraba adquirirlas a través de interrogatorios de testigos y de la confesión del reo; tras haber interrogado el juez inquisidor a los testigos, se daba al reo relación de los nombres aquellos, por si quería interponer “repulsas” contra ellos. En la fase final se procedía a la publicación de los testimonios y demás pruebas, a la acusación formal, hecha por el Promotor Fiscal normalmente, y al escrito de defensa; por último, se daba sentencia de tormento para intentar conseguir la confesión del reo sobre su propia culpabilidad o sobre la de sus posibles cómplices, o bien se pronunciaba sentencia definitiva, por lo general condenatoria¹⁴.

El proceso penal por “denunciación” difería con la fase inicial, pues la denunciación era la simple puesta en conocimiento de la justicia de la comisión de un hecho delictivo, pero con la importante característica de que el denunciante mencionaba ante el juez la persona que, según él, había

¹⁴ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta.....*, p.301-302

ejecutado el delito. En muchos procesos el Fiscal aparece como denunciante, aunque quizá hubiese tenido noticia del hecho a través de algún delator más o menos profesional. Y para facilitar la denuncia y con ella la persecución de muchos delitos, la ley penal solía advertir que se mantendría en secreto el nombre del delator-denunciante.

Atendiendo que las pesquisas se iniciaban de oficio, por el juez, y la denuncia casi siempre, al menos formalmente, procedía del Fiscal o de los Alguaciles, los procesalistas solían considerar que los delitos se podían perseguir o bien de oficio o bien a instancia de parte.

El proceso comenzado por acusación de la parte se abría con la presentación de la querrela por delito cometido por la persona acusada. El querellante-delator una vez presentada su denuncia desaparecía procesalmente, incluso conociéndose su nombre, sustituyéndolo el Fiscal por lo que no tenía que actuar ni probar nada, aunque gozaba en muchos casos de posibilidad de percibir una parte de la pena pecuniaria pagada por el denunciado-condenado. En los delitos privados, con la única excepción del adulterio, también solía el juez proceder de oficio sin petición expresa de la parte ofendida.

En cuanto a la pesquisa no siempre era iniciada por el juez real ordinario de un lugar. Con frecuencia al menos a lo largo de los siglos XVI y del XVII, venían de la corte pesquisadores o jueces comisario del poder del rey y de su Consejo para hacer la inquisición. Pero debido a los abusos cometidos al exigir las costas a los culpados, provocó la reacción negativa de los procuradores que lo denunciaron ante las Cortes de 1592-1598, y

como veremos no solo se quejaron de las costas sino también por los innumerables abusos cometidos por los jueces en la materia del tormento¹⁵.

Ahora se debe nombrar al sistema de pruebas¹⁶ para poder comprender el procedimiento inquisitivo pues solo ciertos medios de valor legalmente reconocido, las pruebas legales, servían para demostrar la verdad de los hechos alegados. El valor de tales medios probatorios estaba también previamente determinado, la prueba tasada. La teoría de la prueba en materia penal fue obra de los doctores del Derecho común y por lo mismo fue utilizada con ligeras variantes por los tribunales de los diversos países europeos. A pesar del casuismo de la doctrina se elaboran algunos conceptos formales de los que luego se hacía uso particularismo legal y doctrinalmente según las circunstancias del caso. De este modo se distinguía entre la “información” que consistía en simples dichos y afirmaciones pronunciados entre el juez por alguien, sin que este prestara juramento; el indicio o presunción, que era ya una razonable conjetura acerca de la participación de alguien en un hecho delictivo. Por otro lado, la prueba incompleta podía ser aquella que se producía al existir contra alguien el testimonio de un solo testigo fidedigno. Y, finalmente, *la plena et legitima probatio* (la prueba plena y legítima probatoria)

Todas estas formas de conocer la verdad eran manejadas por los jueces, de manera que las primeras informaciones, por lo general secretas, producían siempre indicios contra alguna persona, tras los cuales se podían provocar la confesión del indiciado o acaso obtener varios testimonios coincidentes contra él; en el peor de los casos difícil sería que los indicios,

¹⁵ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*....., p. 303

¹⁶ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*....., p. 310-311

interpretados en relación con un solo testimonio, no permitieran formular una semiplena prueba de la culpabilidad del indiciado.

Por tanto, la confesión del acusado era la prueba perfecta, y en caso de no obtenerla se producía espontáneamente la existencia de indicios contra un sospechoso permitía al juez someterlo a tormento pues era la única forma de que el atormentado confesara su culpabilidad en el acto del tormento y también su ratificación en la confesión después del tormento, pero no si el atormentado sostenía antes, durante y después del tormento su inocencia. El tormento como medio de provocar la confesión era una pieza esencial del proceso inquisitivo por lo que esta fue sometida a duras críticas por el humanismo¹⁷. Y por otro lado, estaba la gran prueba testifical que era norma básica de los Doctores del Derecho Común, una prueba que se consideraba tasada pues era el juez quien debía valorarla forzosamente con arreglo al criterio dominante en Derecho y el acuerdo de dos testigos contra alguien le obligaba a condenarlo¹⁸.

Una vez finalizada la fase probatoria, se pronunciaba la sentencia, y en Castilla las sentencias penales casi nunca están expresamente fundadas en hechos que se reconocen probados ni en textos concretos del Derecho vigente, lo que actualmente se denomina falta de motivación. Por lo que dotaba a los jueces de gran indeterminación a cada sentencia y de la máxima libertad a los jueces, sobre todo en cuanto a la aplicación e interpretación del Derecho vigente¹⁹.

¹⁷ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas ,Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta.....*, p. 311

¹⁸ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas ,Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta.....*, p. 313

¹⁹ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta.....*, p. 317-318

2.2 Los Principios del Proceso Inquisitivo

Los principios fundamentales en el proceso Inquisitivos eran:

Dirección judicial del proceso: El juez dirige el proceso y posee para ello un poder muy amplio, discrecional, un enorme y temible arbitrio judicial. Como en todo proceso(son todas las actuaciones abiertas desde que se tiene noticia de la posible comisión de un delito hasta la ejecución de la sentencia eventualmente condenatoria), el juez no solo juzga, sino que, antes de juzgar, investiga los hechos, dirige la indagación (actualmente las investigaciones judiciales), busca culpable, acumula pruebas contra ellos, esta actividad llamada inquisitoria o indagatoria disminuye las garantías de imparcialidad que tiene el reo por parte del juez pues este indaga y además juzga, el mismo juez realiza ambas acciones.

Bipartición del proceso en una fase sumaria o inquisitiva y en una ulterior fase judicial en sentido estricto: En esta segunda fase, el inquisidor se convertirá en juez entre dos partes: el Promotor Fiscal que acusaba a los reos, y estos, asistidos por sus abogados. El Fiscal esgrimía ante el juez las pruebas por estas recogidas en la fase sumaria, contra las cuales tenía que defenderse en esta segunda fase el reo.

Predominio del secreto: Toda fase sumaria o puramente inquisitiva era secreta para los sospechosos contra los cuales hubiera indicio de culpabilidad.

La confesión de culpabilidad: Era considerada como prueba plena, como la reina de las pruebas. Los indicios de culpabilidad acumulados contra alguien a través de la fase sumaria impulsaban al Tribunal a solicitar de él en la fase final del proceso de confesión de que tales indicios era señal cierta de su verdadera culpa. Si la confesión se obtenía libremente, la prueba

se consideraba como fuerte, pero si el presunto culpable no confesaba su culpa voluntariamente, se podía someter a tormento²⁰.

Y en caso de aplicar el tormento, si el atormentado insistía en mantener hasta el final su inocencia, tal declaración de inocencia no equivalía a una prueba de esta y el reo podía ser condenado en virtud de otras posibles pruebas. Pero si el atormentado confesaba su culpa, esta se consideraba probada, con tal de que el mismo reo ratificará su confesión de culpabilidad horas después de haber cesado el tormento y si no ratificaba su confesión, el tormento podía proseguir hasta que volviese a confesar y si tras esta segunda confesión se negaba de nuevo a la ratificación, el tormento podía ser reanudado por tercera vez.

2.3 El tormento como medio de prueba

Una vez analizado, los orígenes, como sus etapas, así como los antecedentes del tormento en España, como el proceso penal del Antiguo Régimen que nos sirve de base para explicar el tormento como medio de prueba en la fase probatoria del Antiguo Régimen.

Pues bien, el uso del tormento a finales del Antiguo Régimen causó polémica entre los filósofos y juristas en distintos países de Europa. El problema del tormento era complicado pues, en el caso de la Monarquía española, se trataba de una parte del proceso penal, por lo que supuso un verdadero lastre para su abolición.

En la España del Antiguo Régimen, el uso del tormento era parte del proceso penal, era una prueba judicial anterior a la sentencia y a la pena. Por tanto, el tormento o tortura no era una forma de castigo, a pesar de la

²⁰ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 6, *El derecho procesal*, pág....5364-5365; *El Tormento*, pág. 5370

crueldad en la mortificación del cuerpo del acusado, era solo un instrumento de confesión. El tormento judicial en sentido estricto persigue tres finalidades concretas:

En palabras de Alonso Romero: “Era una prueba del proceso penal destinada a provocar por medios violentos la confesión de culpabilidad de aquel contra quien hubiese ciertos indicios; o dirigida, a veces, a obtener la acusación del reo contra sus cómplices, o también a forzar las declaraciones de los testigos”²¹.

De las tres, la más importante era la primera: el tormento como medio de obtener una confesión de culpabilidad del propio reo que por sí mismo no estaba dispuesto a hacer. Y con ella su autocondena, al ser la confesión la mejor prueba con que contaba el juez para castigarle. Algunos autores aceptaban la práctica solo en delitos atroces en los que convenía el castigo rápido de hombres malvados, otros se mostraron claramente en contra de su aceptación. “El tormento solo tenía eficacia como instrumento de ataque contra el reo, nunca puede ser su medio de defensa”²².

Francisco Tomás y Valiente señala que “uno de los puntos clave de la construcción doctrinal del tormento es el relativo a los indicios, para someter a alguien a tormento era necesario que precedieran ciertos atisbos de culpabilidad contra él”, además de los indicios, se debía tomar en cuenta la gravedad de estos”²³.

Debemos insistir en que la aplicación del tormento era solo una fase dentro del proceso penal, utilizado para administrar justicia, con la impartición de justicia se buscaba el bien público, el provecho de la

²¹ Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pág. 245.

²² Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*, p.255

²³ Tomás y Valiente, Francisco, *Obras Completas*, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, pág. 813 y 818

Republica, utilizando para ello la represión. Y junto a la finalidad represiva, la función intimidatoria. El tormento era una prueba peligrosa, sin embargo, se afianzó como pieza ineludible del sistema represivo en su doble utilidad: inquisitiva e intimidatoria.

Por este motivo, el tormento ha sido el instituto más llamativo de todo el proceso penal del Antiguo Régimen, el cual, se afianzó y se conservó durante siglos, como una de las funciones más relevantes dentro del proceso penal pues así lo exigía el sistema represivo imperante en la Administración de Justicia²⁴.

Y como considera Fiorelli²⁵ “entra dentro del concepto de tormento cualquier procedimiento con el que, doblegando con fuerza o artificio la contraria voluntad, se trata de conseguir del imputado u otro sujeto procesal una confesión u otra declaración útil para la averiguación de hechos no acertados de otra manera, con el fin último de definir el juicio fundado la sentencia sobre la verdad así obtenida”.

2.3.1 La Práctica Judicial

Los juristas castellanos fueron conscientes de la falibilidad del tormento con vistas a conseguir la verdad objetiva de los hechos. Y la eficacia del tormento para conseguir los diversos fines que con él se pretendían es indudable pues se puso su utilidad por encima de cualquier otro tipo de consideraciones. Y siempre fueron evidentes sus peligros en cuanto a un inocente débil confesaría con toda probabilidad para escapar del dolor mientras que el culpable robusto podría aguantar en su negativa, sospendiéndolos con sus ventajas la balanza se inclinó favorablemente hacia

²⁴ Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*,p. 244-245

²⁵ Fiorelli, Piero, *La tortura Giudiziaria nel ditrito Comune*, Giuffré ,1954

esta últimas y el tormento se afianzó como pieza ineludible del sistema represivo en su doble utilidad inquisitiva e intimidativa.

En cuanto a la regulación normativa al tormento fue muy escasa, al margen de las Partidas, el único texto en que se aborda de una manera global su tratamiento, apenas hay disposiciones que se ocupen de ella. La insuficiencia normativa fue compensada con la importante aportación doctrinal a este campo que hizo objeto a del tormento de un estudio sutil y casuístico en el que se pretendía dejar resueltos todos los problemas que la aplicación del tormento en sus distintos supuestos pudiera plantear. También contribuyeron los autores, al justificar doctrinalmente determinadas prácticas, a burlar algunas de las reglas con las que las Partidas limitaban su utilización y que hacían del tormento un medio extraordinario y estrictamente subsidiario al que solo deberían acudir los jueces en defecto de otros remedios. Pero la práctica fue todavía más allá y los jueces siempre tendieron a ampliar en beneficio de sus atribuciones los preceptos legales y doctrinales. Y en cuanto a sus abusos, apenas se intentó poner remedio pues nuevamente el silencio normativo se hace cómplice de una situación contra legem conocida y aceptada, además fue respaldada más o menos con el apoyo de la doctrina se impuso sin problemas²⁶.

2.3.2 La Doctrina judicial

Tras esta pequeña introducción, se va analizar la doctrina del tormento que queda dividida en cuatro partes: concepto, fines, sujetos y causas del tormento pueden agruparse constituyendo un conjunto de

²⁶ Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*,p. 245-247
Tomás y Valiente, Francisco, *Obras Completas*, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, p. 813 y 814

cuestiones previas y esenciales; tras ello hay que estudiar los indicios son suficientes contra alguien para someterlo a tormento; en tercer lugar se aborda el análisis de la ejecución material del suplicio (medios, intensidad, duración, posibles responsables derivadas de exceso.); finalmente se cierra con la valoración de sus efectos (confesión, ratificación, purga y reiteración).

Las definiciones de los autores son incompletas, pero se entiende que se aplica como medio de prueba subsidiario y en que el tormento persigue la indagación de la verdad. El juez de la causa debe conseguir aclarar la verdad de los hechos y en consecuencia poder dictar de oficio sentencia de tormento, pues así era la doctrina dominante²⁷.

Cierto es que el tormento solo era admitido como medio de prueba subsidiario, pero en la práctica no siempre respetaban los jueces ese carácter. Pues los medios de prueba conocidos, estaban técnicamente poco desarrollados (prueba documental-penal) o muy desacreditados (prueba testifical) o quedaban subsumidos en el mismo tormento (confesión). Y por ello la confesión fue considerada como la prueba perfecta y la finalidad real no era tanto la búsqueda de la verdad objetiva, como la obtención de una confesión por la que alguien se declarara culpable de ahí que los jueces insistieran al reo en el acto del suplicio para que “dijera la verdad” cuando este se declaraba inocente pues para el juez la “verdad” no podía ser otra que la confesión. Por consiguiente, el tormento era un combate entre dos partes: una encarnada por el juez y que representaba la administración de la justicia real, interesada a obtener una confesión que satisfaría a todos y la otra parte por el reo que aun cuando fuera culpable sabía que su vida y quizás su libertad estaban en sus manos, o en su capacidad de resistencia al dolor.

²⁷Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, p. 814-816

2.3.3 Procedimiento

La aplicación del tormento se dirige hacia el reo indicado de culpabilidad, pero también hay otras especies de tormento: el ejecutado en la persona del reo con el fin de declararse quienes fueron sus cómplices, el llamado “tormento en cabeza ajena” y el aplicable a ciertos testigos.

Para averiguar quiénes fueron los cómplices del reo ya convencido, solo era necesario atormentar a este. Sin embargo, la regla básica del tormento del Derecho común, que permitía obtener del reo la confesión de un hecho propio, pero no de la deposición contra otras personas, pero hay en ciertos casos en los cuales el juez puede atormentar al reo convencido para preguntarle por sus cómplices. Y para el jurista Castillo de Bobadilla²⁸ que da por válido el tormento en cabeza ajena en cualquier delito, e incluso permite en otros dos casos el tormento del reo convicto de culpabilidad así cuando se le aplique para que confiese que no mató en defensa propia y cuando siendo los delitos atroces se dé suplicio al reo ya condenado para que confesando pueda ejecutarse en él la pena de muerte, interpuesta la apelación. Por el contrario, el tormento contra los testigos estaba regulado en las Siete Partidas, para aquellos casos en que el testigo se contradijera o actuara maliciosamente en ocultación de la verdad. Y en este caso, había diversos privilegios personales pues la sociedad era estamental, por lo cual,

²⁸ Castillo de Bobadilla, Jerónimo, del Confejo del Rey Don Felipe III, nuestro Señor, y fu Fifcal en la Real Chancilleria de Valladolid, Tomo Primero, *POLÍTICA PARA CORREGIDORES Y SEÑORES DE VASSALLOS EN TIEMPO DE PAZ, Y DE GUERRA. Y PARA JUEZES ECLESIAÍSTICOS Y SEGLARES y de Sacas, Aduanas, y de Refidencias, y fus oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes*, edición Facsimil, editada por el Instituto de Estudios de Administración local Madrid, 1978.

los nobles, las personas “constituidas en dignidad”²⁹ como los doctores, consejeros del rey... estaban exceptuados de la prueba del tormento, también gozaban del mismo privilegio por causa de debilidad los menores de catorce años, y por causa de su estado, la mujer embarazada. Pero en la práctica, se introdujo un abuso consistente en atormentar a hidalgos y caballeros por delitos distinto a los de lesa Majestad en contra de la prohibición legal, de ello, se quejaron a la Corte de Valladolid de 1544 pero su protesta fue inútil, pero lo volvieron a intentar en 1548.

La construcción doctrinal del tormento es relativa a los indicios pues para someter a alguien al tormento era necesario que precedieran ciertos atisbos de culpabilidad contra él. Una ley de las Partidas afirmaba que para dar tormento el juez necesitaba tener “presunciones o sospechas ciertas” contra el preso. La ley nombraba dos sospechas por las cuales queda justificado el atormentar al reo: una, la de que sea opinión común que aquel hombre cometió el delito; otra, la de que este le sea de probado por la deposición de un solo testigo de una buena fama. Sin embargo, todos interpretaron que su enumeración era simplemente ejemplificativa y en ningún modo exhaustiva cuya consecuencia sería que cada uno de debía exponer que indicios estimaban suficientes para poder atormentar y debido a su gran complejidad de hacer una enumeración y ante la inutilidad de sus intentos, concluyeron que no se podía dar una regla cierta siendo lo más oportuno y conveniente dejar la valoración de los indicios suficientes para el tormento al arbitrio del juez a la vista de la calidad del delito y demás circunstancias. Esta era la doctrina dominante que justificaba por sí misma la inutilidad de toda enumeración casuística y ninguna disposición

²⁹ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, p. 813 y 814

normativa se pronunció sobre esta materia ni intentó nunca poner cortapisas a la valoración arbitraria de los indicios³⁰.

Una de las garantías que tenía el reo era la necesidad de que se le notificase el auto judicial por el cual se le sometía a tormento, y la posibilidad de apelar con efecto suspensivo contra dicho auto. Pero la costumbre, en la práctica, era la no observancia de este precepto, tal garantía estaba reconocida en las Partidas. Y hasta que los Jueces Superiores no se pronunciasen sobre la apelación, el inferior debía dejar en suspenso la aplicación del tormento y se entendía que la confesión era nula si se realizaba antes de la decisión del recurso y de este modo evitar que los jueces disfrutasen del arbitrio para la disponibilidad del tormento. Sin embargo, en la práctica, esto no sucedía así, pues los jueces superiores no reprobaban esta práctica ya que ellos mismos la ponían en uso. Por lo generalmente, se solía hacer en la Sala de alcaldes de casa y corte y el auto de tormento se pronunciaba cuando el reo estaba ya en el lugar de tormento. Inmediatamente se procedía a su ejecución ya que el auto solo adquiría existencia formal después de haberse puesto por escrito en las actas, lo que se hacía estando ya el reo en el tormento.

La apelación del mismo solo podía hacerse materialmente después de que el reo había sido atormentado y su decisión de recurrir no tendría sentido por lo que esto servía para dejar sin efecto la regla de las Partidas, pues en ellas se hablaba de que podía apelarse del auto de tormento cuando este se hubiese emitido “a tuerto”, cosa inconcebible en los Tribunales Superiores que nunca actúan a la ligera sino que examinan siempre las causas con gran atención y estudio como corresponde a la preparación de sus miembros. Varias disposiciones reprobaban esta práctica y exigieron la

³⁰ Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*, p. 248-251

necesidad de la notificación de la sentencia de tormento a las partes para que pudieran apelar de la misma, a la vez que exigían el cumplimiento de las leyes sobre esta materia, así todas estas disposiciones dirigidas a la Audiencia de Valladolid y de Granada ya que ni si quiera se decidía el tormento por auto o sentencia.

Las quejas por parte de los procuradores fue la causa de que se solicitara al Rey en las Cortes 1592-1598 debido a los innumerables abusos cometidos por los jueces en la materia del tormento. Y, por lo que, se ordene guarda puntualmente “la forma del derecho” ya que no puede haber buen gobierno en la república cuando la ley está sujeta a la voluntad del juez sino cuando el juez ejecuta puntualmente lo que mande la ley, por lo que el rey accede de modo general del mandando guardar el Derecho. También sus quejas fueron debido a que muchos jueces atormentaban a los reos con nuevos géneros de tormento exquisitivos y que por ser tan crueles y extraordinarios, que nunca jamás los imagino la ley³¹.

La ejecución propiamente dicha del tormento comenzaba con el triple apercibimiento hecho al reo para que dijera la verdad, conminándole con el tormento si no confesaba al instante, y tomándole juramento. A veces esta conminación era fingida, es decir, sabiendo el juez que por razón de la persona o por la insuficiencia manifiesta de los indicios no podía atormentar al reo, procedía, a hacerle “conminación de tormento y terror verbal” con el fin de atemorizar al reo y forzarle confesar. El tormento había de ser dirigido por el juez de la causa y ejecutado materialmente por el verdugo sin más testigo que el escribano, quien estaba obligado a tomar nota de todo lo que se digiera o sucediese en el acto del suplicio.

³¹ Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*, p. 248-250

Las preguntas dirigidas por el juez al reo atormentado debían ser indirectas y no sugestivas para que de este modo el reo no pudiese mentir. Es principio general que la intensidad y duración del suplicio quedan al arbitrio del juez, quien debe graduarlas según las circunstancias del caso y la complexión física del reo.

2.3.4 Las clases de tormento³²

Los procedimientos e instrumentos empleados para el tormento, en las Partidas recogen dos modos de tormento: el de azotes y el consistente en colgar a un hombre por los brazos y colocarle pesos en la espalda y en las piernas. La primera forma no se empleó como del tormento, aunque sí como pena. La segunda recibía el nombre vulgar de “tormento de la garrucha”; hacia la segunda mitad del siglo XVI parece que solo se aplicaba a delitos atroces, pero su uso se perdió hasta finales del XVII. Algunos autores describen como poco usuales y muy horribles se empleaba también a veces el fuego y así muchas más formas de tormento.³³

Las clases de tormento que se practicaban en el Antiguo Régimen eran las siguientes:

El primer modo, con el objetivo de afligir al reo, se le echaba agua por la nariz, tapándole la boca, considerándose un método peligroso.

Segundo modo, el ladrillo: se le ponía agua muy caliente a los pies del reo, habiéndolos dejado bien fríos, previamente.

Tercer modo, el moxcon: se colocaba el ombligo del reo de tal forma que causaba grandísimo dolor, que casi perforaba las tripas.

³² Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*, p. 252-253

³³ Tomás y Valiente, Francisco, *Obras Completas*, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, p. 820-822

Cuarto modo, la cabra: se encerraba a una cabra por varios días, sin darle de comer, por lo cual, una vez realizado este proceso, se juntaba sal a los pies del reo, esta se soltaba y debido al gran apetito, esta lamía los pies del reo, lo cual, al lamerlos, despellejaba la piel de los pies.

Quinto modo, se colocaban unos garrotes entre los pies y las manos de los reos, y luego se apretaba con cordeles tan fuerte que estiraba los pies y las manos, con lo cual los reos padecían un inmenso dolor.

Sexto modo, llamado el fuego: se untaba los pies del reo y luego se pretendía fuego por lo que padecían un intolerable dolor.

Séptimo modo, lo llaman el Sueño Italiano: al reo se le colocaba en un instrumento similar a un reloj de arena, lleno de clavos con las puntas colocadas en la parte de adentro y al ser tan estrecho, el reo apenas cabe por lo que no se puede mover sin clavarse los clavos.

Octavo modo, lo llaman la garrucha: en este se siente tanto dolor que era preferible que le cortaran al reo sus manos y según afirma Francisco Bruno³⁴ quiere el reo más morir que padecer tanto dolor.

Ante los diversos modos, los Tribunales castellanos el tormento que con frecuencia practicaban el de agua y cordeles, puesto el reo en el potro, se le rodeaban los miembros con cuerdas, que se iban apretando poco a poco y en ciertos casos muy graves, la garrucha, el reo, atadas las manos a la espalda, era elevado del suelo por las mismas, permaneciendo así el tiempo que el juez estimase oportuno. En cambio, los jueces inferiores solo podían utilizar el tormento de los cordeles, a veces endurecido echándoles agua para que al acogerse produzcan mayor dolor o en casos muy atroces, la garrucha. A los jueces superiores se les permitía mayor libertad, estando facultados para aplicar tormentos insólitos, en opinión de la doctrina.

³⁴ Citado por Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*, p. 253

En el caso de aplicar al reo el tormento del potro, este se conminaba tres veces por el juez para que confesara, antes de comenzar la ejecución real del tormento. Si aquel persistía en su negativa, el juez ordenaba entonces al verdugo que fuera dando vueltas a las cuerdas, a la vez que excitaba al reo para que dijese la verdad. En cuanto a la duración e intensidad, nada dice las disposiciones legales, por lo que los autores, dispusieron que quedara al arbitrio del juez y en cuyo caso, el reo muriese o sufriera un daño irreparable en su cuerpo durante el tormento, solo era castigado el juez cuando se pudiese demostrar que había habido dolo en su actuación, pero no si había ejecutado el tormento con todos sus requisitos, pues como dispone Castillo de Bovadilla, lo que se hace “con permiso de la ley” no merece pena y “el daño que uno siente por culpa, a si se le debe imputar”.

2.3.5 La Confesión del Reo

La confesión arrancada en el tormento debía ser ratificada libremente después de pasada las veinticuatro horas para que tuviera valor probatorio, en este sentido, se mantuvieron sin alteración las reglas de las Partidas, también, lo relativo a la posibilidad de reiterar el tormento una o dos veces más en razón a la calidad del delito perseguido³⁵.

En caso de la negativa del reo ante la confesión aplicándole el tormento, había tres soluciones o alternativas:

El reo negativo purga los indicios anteriores y en consecuencia debe ser absuelto.

³⁵ Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....*, p. 252-256

El juez puede dejar la causa indecisa y esperar a que sobrevengan nuevas pruebas legítimas y verdaderas para poder condenar al reo.

La negativa del reo no tiene ningún valor y en consecuencia el juez puede condenarlo en base a los indicios o pruebas antecedentes.

En cuanto a la primera solución se mantuvo por algunos autores y lo llamaban el “efecto purgativo” por lo que era merecedor de la absolución. En cuanto a la segunda solución, según el jurista Antonio Gómez si acepta que cuando hubiese indicios y presunciones contra el reo, este podría ser condenado a una pena arbitraria. Y en cuanto, a la última solución por los autores González Suárez de Paz, Hevia Bolaños y Lorenzo Matheu³⁶ argumentan que su negativa no afectaría para nada a la fuerza de los testimonios existentes contra él, y en consecuencia el reo podría ser condenado a la pena ordinaria, si aquellos eran suficientes para constituir la prueba plena, o extraordinaria, en el caso de pruebas imperfectas. Pues el tormento solo tiene eficacia como instrumento de ataque contra el reo, nunca puede ser un medio de defensa. En cambio, en las Partidas, exigía para la absolución del reo el que este no hubiera confesado ni existiesen pruebas contra él, mientras que la opinión contraria no cuenta con ningún respaldo normativa

En definitiva, la falta de unanimidad y los titubeos de la doctrina produjeron inseguridad jurídica, por causas como la insuficiencia en la regulación, discordancia en la elaboración doctrinal sobre aspectos decisivos, excesivo margen al arbitrio judicial, artimañas, abusos, silencio normativo en torno a ellos.

³⁶ Citado por Alonso, María Paz, El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII.....,p. 252-256

3. La abolición del tormento en España

En palabras de Tomás y Valiente “los argumentos esgrimidos durante los siglos XV, XVII y primera mitad del XVIII contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma institución, fue porque se dirigían aisladamente contra esta y no contra todo el sistema procesal-penal del que el tormento era una pieza básica y consustancial” ya que aquellos quienes censuraban el tormento partían tácitamente de la aceptación de estos principios generales en los que se asentaba el proceso penal. Por eso, su posición, lógica y justa en cuanto se refiere al ataque propiamente dicho, era insostenible si no se la llevaba a sus últimas consecuencias: la reforma completa del sistema procesal penal, y aún de las bases más profundas del ordenamiento jurídico.

3.1 La Ilustración y las ideas de Beccaria

Este espíritu crítico y reformista es el típico de los hombres de la ilustración pues ellos, pretendían modificar los fundamentos jurídicos de la sociedad, partiendo de una distinta y más benévola consideración del delincuente, de otra idea del delito, de otros principios de la política real en materia de represión penal, de nuevos principios ordenadores del proceso penal y en esta visión sistemática, racional, desairado del argumento de autoridad y del conservadurismo inmovilista, encajaba perfectamente la censura al tormento y la exigencia de que fuera eliminado. Y el propulsor de este movimiento comenzó con un manuscrito de Beccaria titulado escuetamente “De los delitos y de las penas” en 1764, y con ello, comenzó el siglo XVIII de Beccaria, que luchaba por la abolición del tormento

judicial. En los juristas españoles de la Ilustración como Lardizábal, Sempere y Guarinos, entre tantos, la influencia de Beccaria fue tan intensa que conviene exponer los argumentos del penalista italiano contra el tormento, porque fueron después fielmente reproducidos, en especial por Lardizábal e indirectamente también por los demás³⁷.

Beccaria comienza por retorcer la calificación jurídica del tormento: puesto que es este un padecimiento físico, es una pena, pero las penas solo se aplican al delincuente condenado; por tanto, no hay derecho a imponer a un ciudadano una pena mientras se duda de su culpabilidad.

El uso del tormento es cruel e irracional, su origen puede radicar en una interpretación abusiva de ideas religiosas; así, de la confesión de los pecados como parte esencial del sacramento de la penitencia.

El suplicio no deja al reo en libertad para declarar, y su respuesta al interrogatorio hecho en el potro es casi indudablemente afirmativa a la culpabilidad. Pues solo hombre de gran robustez puede darse la resistencia al dolor necesaria para superar el tormento en silencio por lo que se cuestiona el éxito de tal medio de prueba.

Y en todo tormento se coloca al inocente en peor situación que al culpable. Aquel, confiese o no, habrá sufrido al menos una pena indebida, el tormento, mientras que el culpable tiene ante sí una posibilidad favorable: la de resistir al tormento y eludir así la justa pena que le corresponde por el delito cometido.

Con algunos de sus argumentos podemos apreciar la sencillez de estos, así como la novedad de su conexión sistemática con otras reformas, y el espíritu racionalista, humanitario y optimista. Todo ello, determino su enorme e inmediato influjo en España como en el resto de Europa. Aunque

³⁷ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, p. 826-828

por muy rápido que fuera el cambio de mentalidad de los juristas, hubo sin duda serias resistencias que vencer, en tanto en relación con otras instituciones, como en lo que se refiere al tormento judicial. El forcejeo entre los reformistas, cuyo número crecía ininterrumpidamente, y los aferrados a la defensa del tormento.

En 1770 se produjo en España una importante polémica entre Alfonso María de Acevedo y el canónigo don Pedro de Castro, el primero con su obra influida por las ideas de Beccaria, este se mostraba enemigo del tormento y a juicio de Tomas y Valiente era mediocre y poco sólida. Tuvo su importancia debido a la polémica que tuvo con don Pedro que le pareció un ataque peligroso a una institución necesaria y juzgándose en la obligación de escribir contra Acevedo.

A finales del siglo el tormento cayó en desusos, sin embargo, al no estar abolido oficialmente, los jueces podían aplicarlo. El hecho de que, no obstante, la vigencia de leyes pesimistas, su práctica decayera notable y rápidamente, es síntoma del cambio de mentalidad operado en la segunda mitad del siglo. Si en 1770 Acevedo escribía contra interpretaciones abusivas del tormento respecto al reo negativo, y entre 1783 y 1804 son numerosos los testimonios demostrativos del poco uso del tormento, parece clara la influencia de la polémica ya descrita y la generalización entre los juristas del espíritu de la Ilustración.

3.2 La abolición por las Cortes de Cádiz

También la abolición llegó a España y esto se produjo en el período de 1808 a 1814. Se hubiera podido anticipar con Carlos III cuyas juristas tanto lo esperaban, pero tal reformismo no se hizo apenas en el ámbito

jurídico-penal puesto que el Rey era más un Monarca absoluto que ilustrado y tal paso supondría el cambio hacia el reformismo.

El primer texto constitucional español que abolió el tormento fue el Estatuto de Bayona o también llamada Carta de Bayona que era una carta promulgada en la ciudad francesa de Bayona el 6 de julio de 1808 por José Bonaparte como rey de España e inspirada en el modelo de estado constitucional bonapartista. Su origen procede de la crisis del Antiguo Régimen absolutista en España en marzo de 1808, tras producirse el Motín de Aranjuez contra Godoy y el propio rey Carlos IV, abdica en su hijo Fernando el 19 de marzo pero antes de que su hijo pueda consolidarse como rey, Napoleón Bonaparte convoca a Fernando VII en Bayona para que renunciase a la Corona española y por lo cual Napoleón nombró rey de España a su hermano José Bonaparte I que reinaría en España como José I hasta 1813 mientras tenía lugar la Guerra de la Independencia.

El Estatuto daría el primer paso hacia abolición del tormento, aunque en sus primeros proyectos no se mencionaba el tormento. Pero en el tercero se reprodujo casi textualmente el artículo 82 de la Constitución francesa del año VII. Sin embargo, este artículo no abolía el tormento pues en Francia fue la Monarquía Absoluta la que tomó esta medida, pero sí prohibía cualquier rigor ilegal empleado en la prisión o detención de los reos. Y por medio de este se introdujo la abolición legal del tormento en el artículo 114 del tercer proyecto que pasó a ser el 133 del Estatuto de Bayona con esta redacción definitiva³⁸:

³⁸ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, p. 833-835
Tomás y Valiente, Francisco, *Manuel de Historia del Derecho*, pág. 436-437

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

En cuanto a la parte española no dominada por los franceses, estos provocando el levantamiento antifrancés del 2 de mayo de 1808 inició una guerra de independencia nacional para rechazar al enemigo que tan pérfidamente ha invadido España. Pero en esta lucha contra los franceses se involucró un movimiento revolucionario contra el absolutismo político y en términos más profundos contra las bases del Antiguo Régimen, adoptando todo ello las características de un verdadero proceso constituyente.

Por lo que, una vez más, el liberalismo llevaba a ejecución reformas propuestas y defendidas por los ilustrados. Las garantías individuales era una de las ideas básicas del liberalismo, por lo que, uno de los modos legales de proteger al individuo era asegurarle contra el uso del tormento y por ello no bastaba que en 1810 ya no fuese de uso vigente, sino que había que abolirlo por medio de una ley.

Una vez constituidas las Cortes de Cádiz, el diputado, Agustín Argüelles presentó a las Cortes en sesión del 2 de abril de 1811 una proposición pidiendo la abolición de la tortura y que fue aprobada por unanimidad de los diputados. Después de la sesión del 2 de abril la Comisión de justicia quedó encargada de redactar el proyecto de decreto, que presentó a las Cortes el día 21 del mismo mes. Tal proyecto comenzaba con un extenso preámbulo condenatorio de la tortura y apremios, y de la arbitrariedad, crueldad y barbarie de los jueces y seguía la parte dispositiva con la abolición de la tortura y de los apremios utilizados contra los reos y testigos.

En la sesión del día 22 de abril quedo aprobado por unanimidad el texto del decreto de abolición del tormento:

Las Cortes generales y extraordinarias, con absoluta unanimidad y conformidad de todos los votos, decretan: Quede abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía española, y la práctica introducida de afligir y molestar los reos.....

Meses después fue incorporado en el artículo 301 de la Constitución de 1812 que luego paso a ser el artículo 303 de su texto definitivo y que mucho más escueto que el decreto de 22 abril de 1811³⁹, decía:

No se usará nunca del tormento ni de los apremios

Al volver Fernando VII de su cautiverio en Francia, este artículo de la Constitución y aquel decreto quedaron derogados por el decreto dado en Valencia el 4 de mayo de 1814. Aunque ya no tenía sentido autorizar la tortura pues había caído en desuso y la habían abolido tanto los legisladores de Bayona como los de Cádiz. Por lo que Fernando VII publicó el 25 de julio de 1814 una Real Cédula mandando a los jueces no emplearan tormentos ni apremios contra reos o testigos:

Que, en adelante, no puedan los jueces inferiores ni los superiores usar de apremios ni de género alguno de tormento personal para las declaraciones de los reos ni de los testigos, quedando abolida la práctica que había de ello...

4. Derecho Procesal Actual en comparación con el Derecho Procesal del Antiguo Régimen.

³⁹ Ver el apéndice, el Decreto LXL de 22 de abril de 1811: Abolición de las torturas y de los apremios, y prohibición de otras prácticas aflictivas.

La abolición legal del tormento judicial en España fue definitiva e irreversible, por lo que muchos de los juristas del s XIX quedaron satisfechos de que el tormento hubiese desaparecido de las leyes y de la práctica judicial. Y por supuesto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (su antecesora la Ley de Enjuiciamiento de 1872) no admite ni en su articulado ni en la Exposición de Motivos firmada por el ministro Alonso Martínez, ninguna clase de tormento o de medios coactivos contra el imputado o investigado o contra el testigo, y toma medidas contra cualquier posible exceso en este sentido, sea por parte del juez o por parte de otros funcionarios⁴⁰.

De la exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal importa destacar la cuidadosa diligencia por eliminar vicios o abusos antecedentes a su entrada en vigor y que el legislador quiso corregir con ella; abusos o excesos que se cometían dentro de la fase sumaria y al amparo del excesivo secreto sumarial, cuyo secreto el legislador quiso reducir para ampliar las garantías del imputado y dentro de ese mismo enfoque llevando en cierta medida el sistema acusatorio al sumario del mismo.

Por lo demás, el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es particularmente meticuloso al regular, en la fase sumaria, pero cuando ya se ha dictado auto de procesamiento, la declaración prestada por el procesado. Entre las disposiciones a destacar son las siguientes:

- En su artículo 389 indica *que tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza.*

⁴⁰ Tomás y Valiente, Francisco, Obras Completas, Tomo 1, cap. 5, *La Tortura Judicial y sus Posibles Supervivencias*, pág. 881-883.

- En su artículo 391 declara que el juez podrá ordenar al procesado, *pero sin emplear ningún género de coacción....*
- En su artículo 392 admite la posibilidad de que el procesado rehúse contestar al interrogatorio.
- En su artículo 406 no otorga valor probatorio definitivo a la confesión del procesado, sino que aun en ese supuesto el Juez instructor deberá buscar pruebas que permitan establecer la verdad material.
- En su artículo 393 prohíbe que el interrogatorio se prolongue mucho tiempo, y ordena al juez que lo suspenda para que el procesado descanse y se recupere.
- En su artículo 394 dispone que el Juez que infringiere estas normas (en especial las de los artículos 389 y 397) será corregido disciplinariamente a no ser que incurriere en mayor responsabilidad.
- Análogas precauciones se establecen, por ejemplo, en el artículo 439 en orden de las declaraciones prestadas por los testigos en el sumario.

De esta forma, legalmente está abolido el tormento como medio para provocar confesiones o testimonios en el proceso penal y está expresamente prohibidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tampoco aplica medios coactivos en sus interrogatorios.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha ido evolucionando progresivamente por lo que el proceso penal del Antiguo Régimen nada tiene que ver con el actual proceso penal tanto es así que recientemente ha sido modificada la Ley de Enjuiciamiento Criminal por medio de la Ley Orgánica 13/2015 que pretende el fortalecimiento de los derechos

procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución.

Y por la Ley 42/2015 que pretende implantar ciertas medidas que, sin necesidad de Ley Orgánica permita evitar dilaciones innecesarias en el proceso, sin disminuir los derechos de las partes. En definitiva, las reformas trasponen en el ordenamiento interno la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

Ahora bien, las grandes diferencias con el proceso penal del Antiguo Régimen y el actual proceso penal son abismales.

Es fundamental destacar que el proceso penal vigente ha evolucionado hasta ser un sistema mixto que surge de la combinación de los sistemas inquisitivo y acusatorio. Éste sistema descansa en los siguientes principios⁴¹:

- La separación de la función de investigación y la función de juzgar.
- Del resultado de la instrucción depende de que haya acusación. El juzgador ha de basarse en las pruebas del juicio oral.

⁴¹ Montero Aroca, Juan; Gómez Redondo, Juan Luis; Monton Redondo, Alberto; Barona Vilar, Silvia, *Manual Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 22 edición, pág. 24-47

➤ El acto del juicio es oral, público y se rige por el principio de inmediación, dependiendo la sentencia de la apreciación por el juez.

En cuanto al proceso penal se dirige a probar la culpabilidad o inocencia del investigado, absolviéndole o imponiéndole una pena. Se caracteriza por regirse por el derecho público, estar informado por el principio de legalidad, necesidad y oficialidad. El papel del Ministerio Fiscal tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal ante la sospecha de la comisión de un delito público, así como la prohibición de solicitar la incoación o de personarse en los procesos por delito privado.

Asimismo, el Proceso Penal exige la previa de investigación, por tanto, se distingue dos fases: la fase de instrucción y la fase de enjuiciamiento.

En la fase de instrucción tiene por objeto preparar el juicio oral mediante la determinación del hecho punible y la de su presunto autor. Se basa en el principio de imparcialidad del órgano decisor para evitar el prejuzgamiento acerca de la culpabilidad del investigado, por lo la fase de instructora se encomienda al juez de instrucción; órgano distinto del de enjuiciamiento. Además, este está sometido al imperio de la ley por lo que sus actos están sujetos a la ley y no a su libre albedrío, como recoge el artículo 117.1 de la Constitución Española:

La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

Finalmente, si procediera, comenzará el juicio oral en el que se realizará la actividad probatoria, de cuyo resultado procederá la condena o absolución del presunto acusado

Este principio de imparcialidad del juez está consagrado en el artículo 24.2 Constitución Española:

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. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estarán obligados a declarar sobre los hechos presuntamente delictivos.

Como se explicó anteriormente, en el proceso penal actual rige en la fase de investigación el principio inquisitivo y en la fase oral predomina el principio acusatorio. En cuanto al principio inquisitivo, el juez actúa por iniciativa propia mientras que, en el principio acusatorio, el tribunal adopta una posición pasiva mientras que las partes, acusación y defensa contienden en igualdad de condiciones ante el juez, que dirige el debate y después dicta sentencia. Esta sentencia puede ser impugnada por medio del recurso correspondiente ante el órgano jurisdiccional competente. Además, dependiendo del delito cometido a enjuiciar, este se resolverá por el proceso correspondiente pues hay diversos procesos como los ordinarios, abreviado, de enjuiciamiento rápido, especiales, etc.

La fase que más importante, sin duda, es la fase probatoria aquella que está dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener a convicción del juez o del tribunal decisor sobre los hechos por ellas

afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios⁴²:

- Igualdad
- Contradicción
- Garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba.
 - Publicidad (salvo razones de seguridad u orden público como los juicios de los menores, secretos de Estado, delitos contra libertad sexual
 - Oralidad

Es fundamental que la prueba aportada sea pertinente, necesaria y útil, los medios de prueba deben estar propuestas en los escritos de acusación y defensa y se entenderá que la prueba es suficiente cuando sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. El procedimiento probatorio se divide en la fase de proposición, la fase de admisión y la fase de ejecución.

Por lo que los elementos típicos de la prueba penal será la presunción de inocencia (toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, artículo 24CE), la carga de la prueba (aportación de las pruebas por ambas partes) y la libre valoración del juez como dispone el artículo 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal: *El tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas prácticas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia*

⁴² Montero Aroca, Juan; Gómez Redondo, Juan Luis;*Manual Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 22 edición, pág. 300-307

dentro del término fijado en esta Ley. Esto quiere decir que el órgano enjuiciador, en su conciencia y según la experiencia asumida en el acto del Juicio Oral, donde se habrán practicado las pruebas en su presencia, deberá tenerlas en consideración para fundamentar con ellas una sentencia en sentido condenatorio o en orden a la absolución del acusado.

En cuanto a los medios de prueba son diversos y ya la confesión del acusado no es la prueba fundamente pues este tiene el derecho a no declararse culpable, por lo que podemos encontrar la prueba documental, testifical, de la víctima, pericial, testimonial, etc... Incluso, con las innovaciones tecnológicas se puede considerar como prueba un mensaje de WhatsApp, aunque la reciente STS 300/2015 de 19 de mayo advierte de las cautelas con que ha de ser abordada la prueba de una comunicación bidireccional, dadas las posibilidades de manipulación de los archivos, por lo que se considera indispensable que se practique una prueba pericial en caso de que la documental sea impugnada. No obstante, la práctica de esta pericial está rodeada de numerosos obstáculos de muy diversa naturaleza.

Como ya se estudió en el Derecho Procesal del Antiguo Régimen se estableció plenamente el procedimiento inquisitivo y la confesión era la prueba más importante de ahí la necesidad de aplicar el tormento judicial, el juez no era imparcial y no estaba sometido bajo al imperio de la ley sino a su arbitrio. Sin duda, alguna, el proceso ha evolucionado estableciendo las garantías constitucionales y procesales como trasponer las disposiciones procedentes de las Directivas o Reglamentos de la Unión Europea.

5. La Codificación

En efecto, si bien en el ámbito procesal la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 vino a asegurar las garantías procesales al detenido durante el curso de la investigación policial o judicial, los códigos penales españoles no ofrecieron un tratamiento de las conductas de tortura adecuado a su naturaleza.

Los primeros códigos otorgaron a la tortura y los tratos inhumanos o degradantes una cierta regulación específica, pues si bien no tipificaban expresamente el delito de tortura se incriminaba los malos tratos o violencias que el funcionario público cometiera en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la pena que le correspondiera por el delito común cometido. Estos preceptos permitían subsumir en ellos la mayoría de los supuestos de tratos inhumanos o degradantes y de tortura.

Por lo que hay dos etapas después de la abolición del tormento hasta 1978 cuando, con la llegada de la democracia, surge un tipo específico de torturas, aunque solo en 1995 se adopta oficialmente dicho nombre.

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

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

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

El Código Penal de 1848 incorpora prohibiciones específicas de maltrato o rigor indebido con detenidos y presos estableciendo una línea continua que llega hasta la actualidad. En el artículo 291, incriminando al empleado público que en el desempeño de sus actos de servicio *cometiere cualquier vejación injusta contra las personas, o usare apremios ilegítimos o innecesarios....* Se entiende que la pena que imponía era sin perjuicio de la que correspondiera por el delito común que en su caso cometiera.

En el Código Penal de 1928 se mantuvo una disposición que castigaba con pena de inhabilitación especial, *sin perjuicio de las demás penas en que incurra si los actos de violencia fueran constitutivos de delitos* al funcionario público que *en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, empleare o haga emplear sin motivo legítimo, violencias innecesarias para la ejecución de los actos propios de su cargo.*

Los restantes códigos, por el contrario, no dieron un tratamiento específico a las conductas de tortura, ya que a partir del Código Penal de 1870 las disposiciones que en los códigos anteriores permitían subsumir los supuestos de tortura resultan inaplicables a dichos actos, al exigirse que la vejación injusta contra las personas fuera cometida por el funcionario público “con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano”. Sólo se mantuvieron los preceptos que castigaban el uso de privaciones indebidas o rigor innecesario, cuyo ámbito de aplicación quedaban circunscritos a los funcionarios de prisiones.

Con esta regulación, los comportamientos de tortura o tratos inhumanos o degradantes sólo podían sancionarse si daban lugar a un resultado de un delito común. No existía, por tanto, un tratamiento específico del delito de tortura. Y desde derogación del Código Penal hasta la aparición de la reforma de 1978 existió un vacío jurídico que causaba una notoria desprotección particularmente relevante en relación a este delito. Pero esto no significa que dichas conductas quedaran impunes pues le imponían la agravante de abuso de superioridad. Pero este vacío legislativo se va a colmar en 1987 con la introducción del art. 204 bis, que tipifica como figura independiente el delito de tortura.

Y finalmente llegó el Código Penal de 1995 que recoge la tortura como un delito independiente señalado por una pena específica dependiendo que el comportamiento sea grave o no, pero si además se produce lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima se castigarán los hechos por separados conforme a la norma concursal del artículo 177CP, los artículos 173 y 174 CP⁴³.

Sin embargo, a pesar de que en España aboliera definitivamente el tormento y en muchos otros países, a finales del siglo XIX el tormento ha seguido siendo empleado; ya no como institución legalmente regulada, ni tampoco como medio de prueba ante los Tribunales sino más bien como un recurso utilizado en la persecución y averiguación de delitos de tipo político. En la actualidad aún sigue presente en la guerra moderna por la necesidad de obtener información rápida y eficaz y la creación de medios para la realización interrogatorios adecuados para espías, prisioneros, etc. Se debe destacar dos cárceles en las cuales se aplicaban torturas, tratos

⁴³ Rodríguez Mesa, M^a José, *Torturas y delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Ed, Comares, Granada, 2001, pág. 130-131

inhumanos y vejaciones a los presos. En la primera la cárcel Abu Graib se aplicaba la tortura a los presos de Irak por parte de los cuerpos militares de Estados Unidos, una vez ocupada Irak, tras las diversas denuncias en 2004, y en 2006 se cerró la cárcel y los presos fueron trasladados a otros centros penitenciarios de Irak. El segundo escándalo de Estados Unidos, es la cárcel de Guantánamo en Cuba. En ambos casos son símbolo del abuso sistemático de los derechos humanos. A diferencia de la primera, esta ya está cerrada, mientras que la segunda aún sigue funcionando a pesar de la promesa de su cierre por parte del actual Presidente de Estados Unidos Obama.

6. La visión de las Constituciones españolas sobre la tortura y los Tratados Internacionales:

Como se aprecia anteriormente, el primer texto constitucional que se promulga a favor de la abolición del tormento judicial es el Estatuto de Bayona de 1808 impuesto por los franceses, y a posterior por la Constitución Española de 1812 en el artículo 303. En cuanto a las siguientes Constituciones Españolas 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 no recogen el tormento en ninguno de sus artículos por lo que se entiende que el tormento había desaparecido. En la actual Constitución Española, sin embargo, si hace una importante mención en su 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.

En cuanto a la visión de los Tratados Internacionales destacamos la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 (Resolución 3452 de la Asamblea General de Naciones Unidas), y su finalidad fue desarrollar el su finalidad fue desarrollar el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 sobre la tortura:

Nadie será sometido a tortura o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1975 define en su artículo 1.1 y 2 la tortura:

1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona e instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero una información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

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

La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 fue adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París. Ninguno de los de los 56 miembros de las Naciones Unidas votó en contra del texto, aunque Sudáfrica, Arabia Saudita y la Unión Soviética se abstuvieron. La Declaración de los Derechos Humanos es el estándar común a ser alcanzado por todos los pueblos y naciones y en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco de 26 de junio de 1945. Esta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, California, Estados Unidos, ratificada por los 50 de los 51 originales a los países miembros. En este caso Polonia, miembro original que no estuvo en la Conferencia firmó más tarde. Esta fue ratificada al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

El Preámbulo establece:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos

a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra

a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,

a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional,

a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Y con tales finalidades

a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos,

a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y

a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos,

Hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios

Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas.

Por otro lado, los Tratados Internacionales ratificados por los países de Europa como el Convenio de Roma de 1950 llamado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953, ratificada por España el 21 de octubre de 1987.

Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. Se inspira expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

El Convenio ha sido desarrollado y modificado por diversos protocolos adicionales que han añadido el reconocimiento de otros derechos y libertades al listado inicial o han mejorado las garantías de control establecidas. Por otra parte, el número de Estados miembros se ha ido incrementando hasta abarcar casi todo el continente europeo. Su antigüedad y desarrollo lo convierten en el más importante sistema de protección de los derechos humanos en el mundo. En su artículo 3 recoge la prohibición de la tortura:

Prohibición de la tortura Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Por medio de este Convenio se crea el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos también denominado Tribunal de Estrasburgo o Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sus siglas son TEDH), este órgano es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Por lo que, si cualquier persona considera haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos en este Convenio o cualquiera de sus Protocolos adicionales, mientras se encontraba bajo la jurisdicción de un Estado Miembro del Consejo de Europa que haya agotado sin éxito los recursos jurisdiccionales disponibles en ese Estado, puede denunciar contra dicho Estado ante este Tribunal.

Por otro lado, para la Comisión y Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, el artículo 3 del Convenio de Roma merece ser entendido no como una prohibición global de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, sino como un conjunto de tres prohibiciones distintas, aunque próximas, por suponer todas ellas tratamientos ilícitos de parte de la autoridad. Un ejemplo de las sentencias del Tribunal es la Sentencia recaída

en el asunto de Beristain Ukar contra España, donde hay una violación del artículo 3 de la Convención por parte de España⁴⁴.

Conclusiones:

Primera: El tormento o tortura se define como la acción de infligir sufrimientos agudos al reo para conseguir su confesión o, para infligirle un castigo por un delito cometido. Tras el estudio realizado del tormento judicial se puede observar que su origen fue en Grecia y este se fue propagando por todo el mundo, hasta tal punto de llegar a ser parte de la aplicación judicial en España, pues se convirtió en el instituto más importante de la fase probatoria, como el mejor medio para conseguir la confesión del reo pues esta se consideraba como la prueba perfecta.

Segunda: Aunque, el tormento no se puede considerar un medio fiable para conseguir que el acusado declarase toda la verdad. Puesto que aquellas personas con menos resistencias físicas y por tanto más sensibles al dolor, aceptaban su culpabilidad con tal de ponerle fin al sufrimiento al que estaban sometidos. Por el contrario, los verdaderos delincuentes, dotados normalmente de un gran vigor físico y mucho más resistentes al dolor, muchas veces lo soportaban, y conseguían librarse de la pena. Pero también, este medio servía para confesar no solo el hecho delictivo cometido sino también otros hechos delictivos, así como dar a conocer posibles cómplices.

⁴⁴ Ver en el Apéndice, la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 8 de marzo de 2011, *Asunto Beristain Ukar contra España*.

Por lo que el juez aplicaba el tormento con libre albedrío y sin ninguna limitación. Y era tanto el afán de aplicarlo que ni si quiera algunos nobles pudieron librarse de tan horrendo castigo.

Tercera: Sin embargo, el tormento fue abolido, pero no fue nada fácil y menos cuando tales prácticas son parte del proceso penal, como en el caso de España. Las ideas de la ilustración, de los grandes pensadores y juristas como Beccaria consiguieron propulsar el cambio hacia la abolición. Y así fue, muchos de los Estados fueron poco a poco aboliendo el tormento, el primero fue Prusia seguido de Suecia.... En España, tal abolición llegaría por medio del primer texto constitucional el Estatuto de Bayona, sin embargo, llegaría oficialmente con la primera Constitución Española de 1812 recogida en su artículo 133.

Cuarta: Luego, llegaría la codificación y por supuesto la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estos impedían el uso, y ya en la ley se establecía un Proceso Penal muy diferente al que antes se conocía, dejando atrás la práctica del tormento como medio probatoria, limitando y sometiendo al juez al imperio de la ley, así como aplicando el principio de inocencia y la imparcialidad del juez. A pesar de que el juez tiene libre valoración en la fase probatoria, tal valoración siempre tiene que estar amparada por la ley, y los medios de prueba tienen que ser útiles, pertinentes, necesarios y por supuesto lícitos.

Quinta: Sin embargo, en la actualidad, la práctica del tormento o tortura se produce no por los jueces, sino por los funcionarios públicos que por medio del poder de superioridad que ostentan frente al presunto delincuente infringen la ley, provocando tratos inhumanos o degradantes a los mismos, vulnerando el artículo 3 del Convenio de Roma de 1950 y el propio artículo 15 de la actual Constitución Española.

Pues bien, se producen maltratos en las manifestaciones, a los detenidos por presuntos delitos de terrorismo en los interrogatorios, o los maltratos a extranjeros e internos en los centros penitenciarios. Y por estos motivos el TEDH ha condenado a España en seis ocasiones por la falta de investigación de las torturas. Motivo por el cual, hay que preocuparse para que estos ataques no se sigan produciendo ya que si en su momento España se caracterizaba de aplicar el tormento como medio probatorio por los jueces ahora se aplica en otros casos por los funcionarios públicos.

También, existen diversos países que por la necesidad de obtener información de manera rápida y eficaz aplican la tortura.

Sexta: Finalmente, todas las naciones deben respetar los derechos que vayan en contra de la dignidad humana como también su integridad, porque los actos que vayan en contra de estas garantías fundamentales están condenadas por las diversas declaraciones que tratan sobre este tema, pero más que un tema que sea obligatorio por la legislación debe ser una cuestión de conciencia que tengan todos los Estados.

Apéndice:

I. Decreto LXL de 22 de abril de 1811

Abolición de las torturas y de los apremios, y prohibición de otras prácticas aflictivas.

Las Cortes generales y extraordinarias, con absoluta unanimidad y conformidad de todos los votos, decretan: Quede abolido para siempre el tormento en todos los dominios de la Monarquía española, y la práctica introducida de afligir y molestar los reos por los que ilegal y abusivamente llaman apremios: y prohíben los que se conocían con el nombre de esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, qualquiera que fuese su denominación, uso; sin que ningún juez, tribunal ni juzgado, por privilegiado que sea, pueda mandar ni imponer la tortura, ni usar de los insinuados; apremios baxo responsabilidad y la pena, por el mismo hecho de mandarlo, de ser destituidos los jueces de su empleo y dignidad, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular, derogando desde luego

qualesquiera ordenanzas, ley, órdenes y disposiciones que se hayan dado y publicado en contrario. Lo tendrá entendido al Consejo de Regencia, y dispondrá lo necesario a su cumplimiento, haciéndolo imprimir, publicar y circular. Dado en Cádiz a 22 de Abril de 1811. Diego Muñoz Torrero, Presidente. Juan Polo y Catalina, Diputado Secretario. Miguel Antonie de Zumalacarregui, Diputado Secretario. Al consejo de Regencia. Reg. Fol. 94.

II. Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, 8 de marzo de 2011, *Asunto Beristain Ukar contra España*. (Resumen)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido en sala compuesta por: Josep Casadevall, presidente, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, Luis López Guerra, Mihai Poalelungi, Kristina Pardalos, jueces, y por Santiago Quesada, secretario judicial, Tras haber deliberado a puerta cerrada el 8 de febrero de 2011, Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esta fecha:

1. En el origen del caso se encuentra una demanda (no 40351/05) dirigida contra el Reino de España y cuyo nacional, Don Aritz Beristain Ukar («el demandante»), ha acudido al Tribunal el 9 de noviembre de 2005 en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante está representado por los señores D. Rouget y A. Larrate Aldasoro, abogados en San Juan de Luz y en Hernani, respectivamente. El gobierno español («el Gobierno») está representado por su agente, Don I. Blasco, Abogado del Estado. Jefe ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Ministerio de Justicia.

3. El demandante alega, en particular, haber sufrido malos tratos durante su detención y arresto en Madrid. Se queja, también, de la ausencia de investigación después de sus declaraciones referidas a los hechos denunciados y del sobreseimiento dictado.

Antecedentes de Hechos

1. El 5 de septiembre de 2002 a las 17 h, el demandante fue detenido en San Sebastián por su presunta participación en altercados callejeros violentos (kale borroka). Estuvo en detención incomunicada hasta el 10 de septiembre, primero en un cuartel de la Guardia Civil de esta localidad, y después en la Dirección general de la Guardia Civil en Madrid. Durante su detención, el demandante fue examinado por un médico forense en cinco ocasiones, el 6, 7, 8, 9 y 10 de septiembre.

2. Tras los diversos informes forenses, el 10 de septiembre de 2002 el demandante fue llevado ante el Juez central de instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, donde fue examinado una vez más por un médico

forense, que no constató nuevas lesiones y apreció el carácter satisfactorio del estado general de salud del demandante, tanto a nivel físico como psíquico, en cuanto a la ausencia de signos de ansiedad. Seguidamente, con la asistencia de un abogado, el demandante declaró haber sido objeto de malos tratos durante el período de detención. Indicó que, en el trayecto entre San Sebastián y Madrid, los agentes le habían colocado una bolsa en la cabeza y habían proferido amenazas en contra de su familia. A su llegada a la Dirección general de la Guardia civil en Madrid, fue obligado a quedarse en ropa interior y fue atado en las extremidades mientras que recibía golpes con una pistola. No recibió nada para comer o beber. Acostado sobre una mesa y mientras tenía la cabeza cubierta por una bolsa de plástico, le introdujeron un objeto en el ano. Finalmente, se quejó también de dolores en la pierna. El demandante reconoció que no había dado parte de la totalidad de estos hechos al médico forense y justificó su silencio por su miedo a los agentes de la Guardia civil que le vigilaban.

3. El 30 de octubre de 2002 el demandante denunció ante el juez de instrucción de guardia de San Sebastián los mismos hechos. Éste se inhibió a favor del juez de instrucción no 24 de Madrid, que ordenó la apertura de una información judicial. Por una decisión del 10 de diciembre de 2003, dictó un sobreseimiento provisional y archivó el asunto, debido a la ausencia de prueba de los malos tratos alegados. Y contra esta decisión, el demandante presentó un recurso de reforma y además, el demandante alegó, además, que los informes medico forenses no correspondían al modelo establecido por el Protocolo adoptado por el Ministerio de Justicia español relativo a los métodos que tienen que seguir los médicos forenses en el momento del examen de los detenidos. Por otro lado, se quejó de que el Juez de instrucción no le había oído en persona, ni había oído al médico forense y que tampoco había intentado identificar a los agentes implicados en los hechos denunciados con el fin de interrogarles. Por una decisión del 3 de mayo de 2004, el juez de instrucción no 24 de Madrid rechazó el recurso, basándose en el informe de la fiscalía y en la ausencia de rastros físicos que corroboraba los malos tratos alegados.

4. El demandante interpuso recurso de apelación y por un auto del 14 julio 2004, la Audiencia Provincial de Madrid rechazó el recurso y confirmó el sobreseimiento.

5. Invocando los artículos 15 (derecho a la integridad física) y 24 (derecho a un proceso equitativo) de la Constitución, el demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una decisión notificada el 23 de mayo de 2005, la alta jurisdicción rechazó el recurso por estar privado de contenido constitucional. Consideró que las jurisdicciones ordinarias habían considerado, de modo ampliamente

motivado y razonable, que los delitos denunciados no habían sido probados. Por otro lado, recordó que la acción penal no daba derecho ilimitado a la apertura del juicio oral. En cuanto a la queja derivada del artículo 15 de la Constitución y a la luz de la jurisprudencia establecida por el Tribunal europeo de Derechos Humanos (entre otros, Martínez Sala y otros c. España, no 58438/00, del 2 de noviembre de 2004), consideró que no era posible afirmar que había habido falta de diligencia en la investigación llevada a cabo, porque el resultado de dicha investigación mostraba que no era necesaria una investigación más profunda teniendo en cuenta la falta de verosimilitud de la queja y la ausencia de indicios de malos tratos.

Fundamentos jurídicos:

Normativa utilizada:

La Constitución Española: Artículo 15 y el artículo 24.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal: Artículo 641

La Orden del ministerio de Justicia del 16 de septiembre de 1997 por el que se aprueba el Protocolo que han de utilizar los médicos forenses en el reconocimiento de los detenidos: Artículo 2

1. Sobre la queja derivada del carácter insuficiente de las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades nacionales.

Apreciación del Tribunal

Respecto a la ausencia de una investigación profunda y efectiva respecto a las alegaciones defendibles del demandante, según las cuales habían sufrido malos tratos durante la detención, el Tribunal estima que hubo violación del artículo 3 del Convenio en su aspecto procesal.

2. Sobre las alegaciones de malos tratos en el arresto y en la detención

Apreciación del Tribunal

El Tribunal ha dicho en repetidas ocasiones que el artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en las circunstancias más difíciles, tal como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones, lo cual contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos y según el artículo 15, no sufre ninguna derogación, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación. La prohibición de la tortura o de las penas o tratos inhumanos o degradantes es absoluta, cualesquiera que sean las conductas imputadas a la víctima. No obstante, para que sea aplicable el artículo 3 del Convenio, el mal trato debe alcanzar un mínimo de gravedad. Por otro lado, las alegaciones de malos tratos deben estar apoyadas ante el Tribunal por elementos de prueba apropiados. Para el establecimiento de los hechos

alegados, el Tribunal se sirve del criterio de la prueba «más allá de cualquier duda razonable»; tal prueba puede sin embargo resultar de un conjunto de indicios, o de presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisos y concordantes.

En conclusión, el Tribunal estima que los elementos de que dispone no le permiten establecer, más allá de cualquier duda razonable, que el demandante ha estado sometido a tratos que han alcanzado un mínimo de gravedad, contrarios al artículo 3 del Convenio. En consecuencia, el Tribunal no puede concluir que exista una violación sustantiva del artículo 3 del Convenio en relación con los malos tratos alegados por el demandante en el momento de su arresto y durante su detención preventiva.

Sobre la violación alegada del artículo 13 del convenio

Sobre la admisibilidad: El Tribunal comprueba que la queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal señala por otro lado, que no concurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

Sobre el fondo: Teniendo en cuenta la argumentación del demandante en este caso y los motivos por los cuales ha constatado la violación del artículo 3 en su vertiente procesal (§§ 29 a 35 más arriba), el Tribunal considera que no se plantea ninguna otra cuestión bajo el ángulo del artículo 13 del Convenio.

Sobre la aplicación del artículo 41 del convenio

“Si el Tribunal declara que hubo violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte contratante permite borrar sólo insuficientemente las consecuencias de esta violación, el Tribunal concede a la parte perjudicada, si ha lugar, una satisfacción equitativa”.

Fallo:

1. Declara la demanda admisible;
2. Dice que ha habido violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal;
3. Dice que no ha habido violación del artículo 3 del Convenio en cuanto a su vertiente sustantiva;
4. Dice que no se plantea ninguna cuestión distinta desde la perspectiva del artículo 13 del Convenio;
5. Dice, que el Estado demandado debe abonar al demandante, en tres meses a partir del día en que la sentencia sea definitiva conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, las siguientes cantidades:
 - i. 20.000 EUR (veinte mil euros) por daño moral;
 - ii. 3.000 EUR (tres mil euros) por gastos y costas;
 - iii. Todo importe que pueda ser debido en calidad de impuesto sobre dichas cantidades. Que a partir de la expiración de dicho plazo y hasta el

pago, este importe será incrementado por un interés simple calculado conforme al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos de porcentaje.

Bibliografía:

Alonso, María Paz, *El Proceso Penal en Castilla, siglos XIII-XVIII*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

Castillo de Bobadilla, Jerónimo, del Confejo del Rey Don Felipe III, nuestro Señor, y fu Fifcal en la Real Chancilleria de Valladolid, Tomo Primero, *POLÍTICA PARA CORREGIDORES Y SEÑORES DE VASSALLOS EN TIEMPO DE PAZ, Y DE GUERRA. Y PARA JUEZES ECLESIAÍSTICOS Y SEGLARES y de Sacas, Aduanas, y de Refidencias, y fus oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes*, edición Facsimil, editada por el Instituto de Estudios de Administración local Madrid, 1978.

Escudero, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-jurídicas*, 4ª edición, 1985.

Fiorelli, Piero, *La tortura Giudiziaria nel ditrito Comune*, Giuffré, 1954.

Montero Aroca, Juan; Gómez Redondo, Juan Luis; Monton Redondo, Alberto; Barona Vilar, Silvia, *Manual Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 22 edición, 2014.

Rodríguez Mesa, Mª José, *Torturas y delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Ed, Comares, Granada, 2001.

Tomás y Valiente, Francisco, *Manuel de Historia del Derecho*, Ed, Tecnos, 2004

Tomás y Valiente, Francisco, *Obras Completas*, Tomo 1, cap. 3, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (s siglos VXI, XVII y XVIII), del proceso penal y del Estado de la Administración de Justicia*, 1982.

Tomás y Valiente, Francisco, *Obras Completas*, Tomo 1, cap. 2, *La tortura, Teoría y Práctica de la Tortura Judicial en las Obras de Lorenzo Matheu I Sanz (1618-1680)*, 1982.

Tomás y Valiente, Francisco, *Obras Completas*, Tomo 1, cap. 3, *La última etapa y la abolición de la Tortura Judicial en España*, 1982

Tomás y Valiente, Francisco, *Obras Completas*, Tomo 6, *El derecho procesal; El Tormento*, 1982.