

La tortura y lo inhumano. Fundamento de su prohibición absoluta

Luis Arroyo Zapatero¹

Prof. Dr. dr. h.c. mult

I. Introducción. II. En el principio era Beccaría. III. Nacimiento del crimen de tortura. IV. Delitos contra la humanidad y genocidio: genética de dos conceptos. V. Conclusiones finales.

Se debe hoy de nuevo hablar de la tortura por tres razones: La primera, porque la tortura y el debate sobre la misma, especialmente la judicial, alumbrado por Cesare Beccaria y Pietro Verri es el primer momento de la modernidad penal de Europa, de la Europa de la razón y de las luces. La segunda, porque la emergencia del terrorismo internacional y global del islamismo radical ha inducido a la recuperación de las prácticas de la tortura e incluso de las ejecuciones extrajudiciales, y también las llamadas torturas de salvamento². Y la tercera, porque está reciente la publicación del libro póstumo de Jorge Semprún, con sus recuerdos más íntimos de la resistencia, de los campos nazis y de la tortura: "Ejercicios de supervivencia", en el que se incluye un valioso debate sobre la tortura con Jean Améry, de comunes experiencias como víctima de la tortura y de deportado en campo de concentración, desaparecido

¹ Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Miembro correspondiente de la Académie de Sciences Morales et Politiques de Francia. Universidad de Castilla-La Mancha.

² V. CLAUD ROXIN, *¿Puede llegar a justificarse la tortura?*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F. México, 2010. Sobre las modernas tipologías ver el volumen monográfico del *Journal of International Criminal Justice*, mayo 2008: The Law of Cruelty. Torture as an International Crime.

años antes. Es, además, un tema apropiado para dedicarlo a un sensible y solidario procesalista como Vicente Gimeno Sendra.

I. INTRODUCCIÓN

Un frío día de finales del invierno de Castilla emprendimos camino a Salamanca desde nuestra Universidad de Valladolid, acompañando a nuestro maestro de Derecho penal Marino Barbero Santos, quien escribe y otro joven del mismo curso que también llegaría a ser catedrático de Derecho penal, e incluso rector en la universidad que entonces visitábamos, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Era el año 1971 y en Salamanca tenía lugar un seminario sobre "Problemas actuales de Derecho Penal". El profesor Barbero Santos debía pronunciar una conferencia que la autoridad ya había querido suspender en otras ocasiones, que consistía en una crítica a la justicia militar y a los tribunales especiales que eran los que enjuiciaban los delitos de las organizaciones políticas que empleaban la violencia armada. Debe recordarse que apenas había pasado unos meses desde que tuvo lugar el llamado juicio de Burgos contra varios fundadores de la organización terrorista ETA y en el que se habían pronunciado seis condenas a muerte, conmutadas solo tras una gran movilización nacional e internacional. El ambiente se cortaba en el aula del viejo edificio de la Universidad que este año cumple 800 años y los aplausos fueron tremendos. En el coloquio se levantó un catedrático de Historia del Derecho de aquella Universidad que en la primera jornada había hablado sobre "la tortura judicial y sus posibles supervivencias". Pero en la conferencia no habló solo de la tortura judicial, sino de la policial de aquellos interminables años finales del franquismo. Pero el título tenía una explicación: la censura, siempre estúpida, además de molesta, había añadido el adjetivo "judicial" para autorizar el libro que Tomás y Valiente preparaba y que fue así publicado en 1973 con el definitivo título de *La tortura en España* y sustituyendo la referencia a lo judicial por la adición "estudios históricos". El último censor era juez y así "el púdico manto de la historia cubría los excesos y disimulaba las supervivencias" dice el autor en la introducción contenida en sus *Obras Completas*³.

Con la democracia Francisco Tomás y Valiente fue magistrado y presidente del Tribunal Constitucional. Al concluir su fructífero periodo regresó a la Universidad Autónoma de Madrid y allí en su modesto despacho, con la puerta entreabierta para la libre entrada de los alumnos, vio asomar el arma que lo ametralló. Y es que treinta años después de su conferencia sobre la tortura, ETA seguía matando y ha seguido haciéndolo hasta el año 2010 y muy significativamente en el año 2006, cuando pusieron una gigantesca bomba que destruyó uno de los cuatro bloques de aparcamientos de la terminal del aeropuerto de Madrid, dando muerte a dos inmigrantes que dormían en su vehículo, y que podía haber matado a 200. Un caso penoso, pues

³ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Obras*, volume one, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 761 y sigs.

además ha terminado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sentencia reciente de este mismo 2018 en la que el Tribunal de Estrasburgo condena a España porque, frente a la sentencia de la Audiencia, el Tribunal Supremo no supo reconocer que en el caso se habían producido lesiones, aunque no tortura. El detalle de lo que ETA ha supuesto de dolor y de miedo es estos cuarenta años de la vida española, el sobreesfuerzo de y en los cuerpos de seguridad, con la consiguiente desprotección frente a otras amenazas, los miles de personas que han debido vivir con escolta en toda España, etc., puede verse en el texto de la nota que se acompaña⁴.

La tortura policial estuvo siempre presente, especialmente en mis años de estudiante. Producía una tremenda inquietud y desazón la pregunta común a todo militante antifascista de la época: ¿será posible resistir la tortura, se podrá evitar delatar a los compañeros?

II. EN EL PRINCIPIO ERA BECCARÍA

La denuncia de la tortura llegó a España, como casi todo lo bueno para el sistema penal, de la mano del Marqués de Beccaria. Su librito era bien conocido por la intelectualidad y los políticos cultos de la época. Con palabras del último párrafo de los delitos y de las penas terminaba –sin citar la fuente– una obra dramática de gran éxito, equivalente hoy a una gran telenovela, compuesta por Melchor de Jovellanos, entonces Fiscal jefe de Sevilla y que luego llegaría a presidente del gobierno en los ultimísimos años del siglo XVIII, o Meléndez Valdés, fiscal y poeta, Sempere y Guarinos o Valentín Foronda, autor éste de un escrito feroz contra la tortura, que no fue publicado hasta decenios más tarde.

Beccaria llegó a España y un diplomático destinado en Madrid auguró mucho éxito al libro. Pero Beccaría llegó, fue visto y leído, pero no venció⁵. Beccaria y los impulsores de la traducción que no eran otros que el propio gobierno de la nación en el tiempo del rey Ilustrado Carlos III, que había sido originariamente el rey de Nápo-

⁴ Puede verse en mi *Criminality and Urban Context in Spain. Current Issues in International Crime and Prevention and Criminal Justice*, 2005, ISPAC, Milán, págs. 193-214; *Criminalidad y contexto Urbano en España, Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, 2007, págs. 37-62.

⁵ Sobre esa recepción de Beccaria en España me he ocupado en mi *Luis Arroyo Zapatero and Juan Bordes Caballero, Francisco de Goya: Against the cruelty of capital punishment/Contra la crueldad de la pena de muerte!* Madrid 2013. <http://blog.uclm.es/academicforabolition/files/2016/04/ap27.pdf>, "Cesare Beccaria y la abolición de la pena capital", en *Dei delitti e delle pene a 250 anni della pubblicazione. Lezione di Cesare Beccaria*, CNPS, Giuffrè, Milan 2015, p. 61-68; más reciente en ARROYO/NIETO/ESTRADA, *Metáfora de la crueldad. La pena de muerte desde el Marqués de Beccaria al tiempo presente*, UCLM, Cuenca, 2017, donde se encuentra el texto completo de QUINTERO OLIVARES: *Beccaria y el iluminismo italiano en la cultura jurídica*; también Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Beccaria en nuestra América*, Revista Penal México, 8, 2015, págs. 53 y sigs, 23 y sigs. Accesible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/15196>.

les, fue derrotado por la Inquisición. Todo está dicho por el Gran Inquisidor. En el expediente administrativo del conflicto entre el Consejo real y el inquisidor general puede leerse que este último alerta o denuncia que Beccaría reclama la impunidad de los delitos y la blasfémica abolición de la pena de muerte. El ministro de justicia que quiere aplacar al inquisidor alega que el Marqués no pretende la impunidad de los delitos "sino proporcionar las penas por amor a la humanidad". La autorización inicial fue del gobierno, impulsada ni más ni menos que por el fiscal general, Campomanes, y también por la Academia de la Historia, de la que este era presidente. Sugiere el Secretario de Justicia del momento, don Manuel de la Roda, que si no puede publicarse en todo el dicho libro se expurgue, excluyendo frases o párrafos, a lo que el Inquisidor responde que ni expurgando frases o párrafos deja el libro de proclamar ideas dignas de condenación que están esparcidas por todo el texto (p. 396). Por fortuna el edicto de prohibición fue adoptado cuando el libro ya estaba impreso y aunque muy reservadamente se difundió en España y en América. Naturalmente, además del argumento de la impunidad y de que la propuesta de abolición de la pena de muerte era una blasfemia, el inquisidor denunciaba el contractualismo, lo que sin duda daba que pensar a los reyes. Al Inquisidor también le molestaba en grado sumo la denuncia de la tortura, porque se presentaba como si fuera un asunto puramente inquisitorial y no de todo el sistema de justicia. Tras las críticas severísimas a la tortura dentro de España en aquellos años lo peor es que la denuncia de ésta hacía quedar en ridículo a la Inquisición completa, pues nadie podría creer ya que bajo la tortura no se confesara cualquier cosa.

III. NACIMIENTO DEL CRIMEN DE TORTURA

El crimen de víctima individual más grave de todos es sin duda la tortura y creo que se pone bien de manifiesto en el debate póstumo entre Jean Améry y Jorge Semprún. Jean Améry era un judío austriaco que se llamaba realmente Hans Mayer (Viena, 1912)⁶. Huyó a tiempo a Bélgica antes del *Anschluss*, pero no tuvo suerte cuando los nazis invadieron Bélgica. Se incorporó de inmediato la resistencia y fue detenido y sometido a torturas por la Gestapo. Después fue deportado a Auschwitz y desde allí en las marchas de la muerte a Buchenwald y Bergen Belsen donde fue liberado el 1945. Estuvo destinado en trabajos forzados en Auschwitz III, Buna Monowitz, la fábrica criminal de la IG Farben. Tardó más de 20 años en escribir sobre su experiencia en la

⁶ Jean AMÉRY, *Más allá de la culpa y la expiación, Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, traducción: Marisa Siguan Boehmer, Editorial Pre-textos, Barcelona 2001, Traducción: Eduardo Aznar Anglés. Amery, de nombre original Mayer, de Viena, 1912, huye a Bélgica tras la anexión nazi de Austria, cuando ocupan Bélgica se compromete con la resistencia y es detenido y torturado. Como judío es enviado al campo de exterminio de Auschwitz. En las marchas de la muerte termina pasando por Buchenwald y Bergen Belsen, donde es liberado. Sólo escribe sobre su experiencia a partir de 1964. Tras la obra citada publica *Sobre el suicidio*, un discurso sobre la muerte voluntaria, Jean Améry *Obras completas* en 9 vols. Edit. por Irène Heidelberger-Leonard, Klett-Cotta, Stuttgart 2002-2008.

tortura y en los campos: “Más allá de la culpabilidad y de la expiación”, en 1964, que completó con “Sobre el suicidio. Un discurso sobre la muerte voluntaria”. Tarde escribió sobre su experiencia y como muchos deportados que vivieron el mal absoluto se quitó la vida, en 1978; como Primo Levi y otros tantos marcados por el horror nuevo.

No lo hizo así Jorge Semprún, de quien puede afirmarse que es el español y europeo más ejemplar y significativo del siglo XX. Tras la guerra civil española, refugiada su familia aristócrata, católica y republicana en París, es estudiante de filosofía en la Sorbona y se incorpora a la resistencia en el París ocupado, en una de las redes vinculadas a De Gaulle, a pesar de su relación con el Partido Comunista español y su proximidad a las FTP (*Franc-Tireurs et Partisans*). Durante un año realiza sabotajes y recogida de paracaidistas y es finalmente delatado por una víctima de la tortura. Es torturado a su vez por la Gestapo y enviado al campo de los presos políticos de toda Europa: Buchenwald. Su extraordinario conocimiento de español, francés y alemán le lleva a ser destinado a los servicios administrativos y estadísticos del campo y participa en el comité clandestino internacional de resistencia, así como en el levantamiento final antes de la llegada del ejército americano. Tras la guerra trabaja en la UNESCO, situada en el hotel Mayestic, precisamente donde había estado la sede del alto mando alemán en Francia. Miembro del comité central y ejecutivo del PCE es enviado como responsable máximo al interior de España en 1953 donde vive milagrosamente casi diez años, rodeado de obreros, universitarios, poetas novelistas y directores de cine (página 87 “siempre ha habido poetas en los círculos de escritores comunistas españoles”), hasta la primera crisis del movimiento comunista europeo. Su sucesor en la clandestinidad, Julián Grimau, fue detenido a los pocos meses y fusilado entre grandes movilizaciones internacionales. Fue expulsado del PCE en 1964, hoy diríamos que por “eurocomunista” *avant la lettre*. Publica por entonces su primer libro sobre los campos en Francia, *El largo viaje*, que obtiene un relevante premio que le sitúa en el espacio de la literatura y luego en la cinematografía, como guionista y amigo de Costa Gavras y Alain Resnais. En el contexto de este trabajo sobre la tortura merece ser evocada la película *La confesión*⁷. Semprun compone una extraordinaria relación del horror de los campos, que completa en obras posteriores como *La escritura o la vida* en 1994 y *Viviré con su nombre, morirá con el mío*, en 2001⁸.

Interviene en la política española de la democracia como ministro de cultura de Felipe González entre 1988 y 1991. Y dedicó sus últimos años a servir a la memoria

⁷ *L'Aveu*, dirección de Costa GAVRAS y Guión de Jorge Semprún, Francia 1970, con Yves Montand y Simone Signoret.

⁸ *La escritura o la vida*, de Jorge Semprún (*L'écriture ou la vie*), Ed. Tusquets, col. Andanzas, Barcelona 1995, cito por esta edición; y *Viviré con su nombre, morirá con el mío*, Tusquets, Barcelona 200; Sobre el personaje v. Franziska AUGSTEIN, *Lealtad y traición, Jorge Semprún y su siglo*, Tusquets, Barcelona 2010, original *Von Treue und Verrat. Jorge Semprún und sein Jahrhundert*. C. H. Beck, München 2008, Soledad FOX MAURA, *Ida y vuelta. La vida de Jorge Semprún*, Debate, Barcelona 2016; Mirjan LEUZINGUER (Hrg.) *Jorge Semprún. Frontières*, Frankfurter Studien zur Iberomanía und Frankophonie, Narr Francke, Tübingen 2018.

de la lucha contra el nazismo y de la denuncia del comunismo estalinista, con personalidades como Elli Wiessel y Dominique Villepin, con quien ha reivindicado el mejor concepto de Europa⁹. Mas en ninguno de los libros publicados en vida abordó el asunto de la tortura, de la que sí se sabía que había sido víctima. Lo dejó sin embargo escrito y se ha publicado en 2016, cinco años tras su fallecimiento en París a los 87 años, con prólogo de su amigo Mario Vargas Llosa los *Ejercicios de supervivencia*. La portada se ilustra con la foto de la orquestina del campo, que acompañaba la salida de los comandos al trabajo en el exterior y a su regreso y sonaba también durante las ejecuciones en las respectivas *Appellplatz*. Tras ellos arrastraban un carromato con los condenados (págs. 110-112).

En esta obra póstuma aborda Semprún su experiencia bajo la tortura y ofrece una opinión que contrasta con la de Jean Améry en la obra antes citada (*Más allá de la culpa y la expiación*). Semprún siempre fue optimista, baste recordar que participa en la rebelión de la organización clandestina del campo cuando advierten que las SS van a abandonar el mismo y se preparan para ejecutar a todos los que quedan. De hecho, el 24 de abril, cuando se acerca el primer jeep americano, se cruza con ellos un escuadrón de cientos de cadáveres vistiendo trajes a rayas, en perfecta formación de marcha y enarbolando un armamento inverosímil, que se cierra con un escuadrón que enarbola los terribles *Panzerfaust*, como relatan el propio Semprún y los dos protagonistas del jeep americano, Flick y Tenenbaum¹⁰.

Y es que las víctimas puramente políticas de la represión nazi resistieron mejor el dolor y el terror. Los que lo sufrieron porque además eran judíos, o solamente por esta última razón, lo tuvieron más difícil. La persecución política tiene un sentido humano comprensible, la persecución racial es animal e inhumana. Los oficiales americanos vieron si unos *Hungry looking men* muy distintos a cuantos habían encontrado desde su entrada en Alemania, un viaje el de los corresponsales de guerra de primera línea que ha relatado maravillosamente en toda su tragedia Annette Wieviorka¹¹. Los de Buchenwald no miraban con ojos tristes y mirada perdida. Éstos marchaban armados con armas variopintas y entre los últimos armados con *Pantherfaust* iba precisamente Semprún. Armas conquistadas y portadas con un júbilo exuberante que “simbolizaba no solo la libertad recobrada, sino mucho más, una dignidad reconquistada”.

Por otra parte, si el destino común en los campos era intentar sobrevivir, algunos tuvieron el privilegio de salvar vidas de los demás, lo que daría lugar luego a

⁹ *L'homme européen*, Plon, Paris 2005.

¹⁰ Jorge SEMPRÚN, *Ejercicios de supervivencia*, página 21 y los dos oficiales citados en *Buchenwald, a Preliminary Report*. Vid. en <https://ia800500.us.archive.org/16/items/EdwardTenenbaumEgonFleckPreliminaryBuchenwaldReport/Edward%20Tenenbaum%20Egon%20Fleck%20preliminary%20Buchenwald%20Report.pdf> <https://www.eucmh.be/2017/04/26/buchenwald-a-preliminary-report-12th-army-group-04-1945/>.

¹¹ 1945. *Cómo el mundo descubrió el horror*. Taurus, 2016.

debates y críticas. Pero a Semprún le fue confiada la tarea de encontrar la identidad de muertos para ocultar la de los que querían hacer vivir: “viviré con su nombre, morirá con el mío”. Semprún relata que fue instruido por un resistente que asistía al jefe de red Henri Frager en lo que le esperaba si era detenido por la Gestapo y quien le presentó por orden y efectos los instrumentos y modos de cada procedimiento. El dolor seco, fulgurante, pero poco persistente, más volátil de la porra de madera no era comparable al dolor sordo, más soportable al impacto, pero bastante más hondo y duradero de la porra de goma que envolvía plomo (página 36). Un día de otoño de 1944 llegó a Buchenwald una treintena de detenidos que iban especialmente destinados a un determinado bloque, la mayoría franceses y algunos británicos. El comité internacional clandestino recibió indicaciones especiales para salvar a algunos de los más valiosos para los aliados y la resistencia europea. Entre ellos venía señalado uno que más de cincuenta años después alcanzaría la celebridad mundial con su “*¡Indignaos!*”¹². Stefan Hessel, en un librito de memorias, no recuerda que le cambiaran el nombre con el de un muerto para que pudiera vivir, es decir no recuerda que le salvaron la vida, es más, critica lo que él cree inmensos poderes de los comunistas de la red clandestina. Sin embargo, en la gestión suya y de su grupo fue determinante, además de la organización y de los comunistas del campo, un notorio sindicalista demócrata-cristiano austriaco, también preso desde los primeros momentos del Hitlerismo, Eugen Kogon. Al ser sociólogo con doctorado, los americanos a la hora de la liberación le encargaron un libro sobre los campos que hizo fortuna: *Der SS-Staat*¹³. Semprún expone que en sus encuentros con viejos resistentes en los años posteriores sin hablar de nada podía comprobar con una especie de temor y de extraño júbilo que todos poseían un bien que les era exclusivo, que les separaba del común de los mortales: el recuerdo de la tortura (página 52). “Tanto Frager –su jefe en la resistencia francesa que llegó con el grupo de Stefan Hessel– como yo, coincidíamos en que sería absurdo e inhumano, incluso nefasto para una justa concepción del humanismo posible del hombre, considerar la rígida resistencia la tortura como un criterio moral absoluto. Un hombre no es auténticamente humano solo porque haya soportado la tortura. Los valores y las virtudes propiamente humanas, es decir lo bastante esenciales para fundamentar la trascendencia de sus ideales del yo altruista, no pueden concebirse ni superarse únicamente a tenor de la capacidad de resistir la tortura”. (página 54) “La experiencia de la tortura no es únicamente ni siquiera principalmente, la del sufrimiento, la de la abominable soledad del sufrimiento. Es también, sobre todo, sin duda, la de la fraternidad” (página 57). Esta convicción que expresa con Frager poco antes de que este fuera ejecutado, la experimentó Semprún en sus diez años de clandestinidad madrileña en la España de los más duros años del franquismo, en los que no fue delatado por ninguna de las muchas víctimas de la tortura

¹² Stéphane HESSEL, *¡Indignaos!*, prólogo de José Luis Sampedro, Destino, Barcelona 2010.

¹³ Eugen KOGON, *El Estado SS. El sistema de los campos de concentración alemanes*. En segunda edición española de la de 1965, ahora con Alba Editorial, Barcelona 2005. Traducción de Enrique Gimbernat.

que le rodearon, ni por ello descubierto, lo que le reafirmaba en que la resistencia a la tortura es esa experiencia de la fraternidad.

De los métodos de tortura que le fueron explicados y por su orden, Semprún superó el colgamiento con las manos esposadas al cuerpo y desde atrás y llegó hasta la bañera, a la que la Gestapo echaba agua helada, comida podrida y cosas repugnantes, que logró superar a pesar de una fobia previa a la inmersión en el agua. Le dejaron en paz y reconoce que no sabía lo que habría hecho de continuar el viacrucis con la extracción de las uñas, las descargas eléctricas... Y es que nada prepara adecuadamente para la tortura: "no se puede anticipar carnalmente dicha experiencia, la tortura es imprevisible, impredecible, en sus efectos en sus estragos, en sus consecuencias sobre la identidad corporal. Nadie puede prever ni precaverse contra la posible rebelión de su cuerpo bajo la tortura, exigiendo beatamente-bestialmente, de su alma, de su voluntad, de su ideal del yo una capitulación sin condiciones, vergonzosa, pero humana, demasiado humana (páginas 36-37). Y continúa: "lo que es inhumano, en verdad, sobrehumano, en cualquier caso, es imponer a su cuerpo una resistencia sin fin al sufrimiento infinito. Imponer a su cuerpo que solo aspira a la vida, aún desvalorizada, miserable, aún recorrida por recuerdos humillantes, la perspectiva lisa y glacial de la muerte".

El que se ve inmerso en el dolor de la tortura siente su cuerpo como nunca antes. Su carne se realiza totalmente en su autonegación. Esta idea de Améry la confirma cuando recuerda que, en el lugar de sus torturas, tuvo la sensación de no haber tenido nunca cuerpo "como si me encarnase en el dolor, como si me hiciera sin descubrir al mismo tiempo que el cuerpo, la fragilidad, sus miserias, su finitud" (página 64) y protesta contra Améry cuando lee que este afirma que "aquel que ha sido sometido a la tortura es incapaz en lo sucesivo de sentirse en su *casa-en-el-mundo*. La confianza en el mundo desaparece ya con el primer golpe recibido la tortura acaba con esa confianza de modo completo e irrecuperable" (página 66).

Estoy personalmente más con Semprún cuando dice que "esa afirmación es el reflejo de una profunda herida personal, de una horrible desesperación, de un secreto íntimo que estalla de repente, violento". Para Semprún la experiencia enseña que no será la víctima, sino el verdugo, quien no se sentirá más en su casa en el mundo. La víctima, por el contrario, y no sólo si sobrevive a la tortura, aferrada a su silencio de multiplicarse sus vínculos con el mundo, de arraigar, ramificarse, proliferar, las razones de sentirse-en-su casa-en el mundo (cfr. página 67). Las más de las noches al sueño pertenecía la pesadilla de estar "dentro" del cuadro de Joaquín Patinir, *El paso de la laguna Estigia*, que tanto le había impresionado de niño cuando visitaba los domingos con su padre el Museo del Prado¹⁴. Siempre, pues, entre el cielo y el infierno.

Creo que esta reflexión de Jorge Semprún en su diálogo con Améry permite a todos, especialmente a los jóvenes, acercarse a comprender la esencia y la fuerza

¹⁴ <https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/el-paso-de-la-laguna-estigia/>.

destructora de la tortura y así entender con los ojos de hoy que es contra lo que luchamos. Es esa capacidad destructora de la tortura lo que provoca nuestra rebelión, incluso cuando la víctima no es el defensor de una bandera y una causa tan noble como la resistencia contra los nazis y los fascistas. Ese *estar como en casa en el mundo* no creo que se extienda a los terroristas de nuestro tiempo, asesinos de militares y civiles, de hombres, mujeres y niños arrebatados por la pasión criminal del dogmatismo, del fanatismo político y religioso o del nacionalismo. Pero también negamos al Estado el ejercicio de la tortura sobre ellos. El Estado que tortura rompe la línea de la civilización, de la humanidad.

Como han podido ver, nos referimos a la tortura tradicional, a la de los golpes, la dislocación de miembros, el agua, ya sea en la bañera o en el paño de tela en la boca. La imaginación de los torturadores no es grande. Cuando conocimos los métodos de tortura del gobierno de Bush propuestos por su fiscal general me sorprendió, pues creí estar leyendo de nuevo un capítulo de *El Quijote* de Cervantes, el XXII, donde relata las causas y desventuras de los que van conducidos en cadenas para servir a su majestad el Rey en sus galeras, como *Galeote*. Dice de uno el guardia que iba por "cantar", claro, por cantar en el tormento del agua: inmovilizado el reo en horizontal se le introduce un trapo húmedo en la boca y se desprende sobre él agua gota a gota y con cada una sobrevienen las *ansias de la muerte* por ahogamiento. Me emocionó intensamente ver a Barak Obama firmando su primera ley: el acta de derogación de la autorización de la tortura¹⁵.

La tortura es el acto de causar un dolor y humillación insoportable físicamente y humillante en lo espiritual como tal es enemigo el enemigo principal han de preocuparnos también los malos tratos "inhumanos y degradantes". La evocación de las experiencias y valoraciones de Améry y Jorge Semprún nos ayudan sin duda a entender la relevancia de los principios de la proscripción total de la tortura consagrada en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Se trata de la proscripción más radical de trato por parte del Estado a sus ciudadanos, lo que se calificó como uno de los delitos contra la humanidad.

Nos recuerda Mireille Delmas-Marty¹⁶ que la noción política del crimen contra la humanidad y la civilización fue acuñada por vez primera por Chateaubriand al conocer en 1799 la masacre de prisioneros que Napoleón había llevado a cabo en Jaffa, Egipto, dando muerte a más de 3.000 prisioneros. Pero sin embargo solo adquiere esa denominación jurídica de crimen en el estatuto de Núremberg y en su sentencia, si bien con ciertas confusiones imprecisiones no relevantes ahora.

¹⁵ BASSIOUNI, Ch. *The institutionalization of torture by the Bush Administration*, Intersentia, Antwerp 2010, con quien vimos la retransmisión de la firma en el Centro de Estudios Constitucionales, para fundar la red internacional contra la pena de muerte.

¹⁶ Mireille DELMAS-MARTY e. a., *Le Crime contre l'Humanité*, Puf, Paris 2009, p. 3.

Y para precisar bien este surgimiento del concepto jurídico merece la pena traer aquí el relato que ha elaborado Philip Sands sobre el modo y razones en que aparece la idea de una ley internacional que impidiera a los Estados hacer cualquier cosa con sus ciudadanos, que fue la preocupación fundamental de Hersch Lauterpacht, cuyo librito inspiró a todos los redactores de la Declaración Universal, incluida Eleanor Roosevelt, y luego de la Declaración europea.

IV. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD Y GENOCIDIO: GENÉTICA DE DOS CONCEPTOS

En los últimos años se han publicado numerosas monografías sobre los crímenes del nacional-socialismo y sobre la construcción de la respuesta aliada de las primeras Naciones Unidas a los mayores responsables nazis con su enjuiciamiento por un Tribunal penal internacional. Sus efectos sobre el concepto de la responsabilidad penal en estructuras de poder y sobre el nacimiento del Derecho penal internacional son evidentes hoy.

La cuestión de la atrocidad de los hechos y de sus autores la logró trasladar Jonathan Littell —un judío norteamericano que escribía en francés y vivía en Barcelona— con su Premio Goncourt de 2005, *Las Benévolas*¹⁷ y en 2010 Christian Ingrao publicó una síntesis de su extraordinaria tesis de Estado, en español, *Creer y destruir*¹⁸.

El interés por Nüremberg en todas sus dimensiones ha comenzado a manifestarse ampliamente, sobre todo desde el tiempo de la creación de la Corte Penal Internacional. A su vez, se han abierto los archivos de la Comisión de Naciones Unidas para Crímenes de Guerra, cerrados en las primeras semanas de la guerra fría a fines de 1948, que se había convertido en el “secreto mejor guardado” en este campo, como dice William Schabas al introducir el primer congreso en 2013 sobre esta cuestión¹⁹. El pasado 2017 se produce la aparición de la obra de Philippe Sands, editada con el poco acertado título en inglés y en español, *Calle Este-Oeste*, en contraste con el de la edición francesa: *Retour à Lemberg*. Es un libro imprescindible, que pone de manifiesto la génesis de las ideas que sustentaron las innovaciones jurídicas fundamentales que cristalizaron en Nüremberg y la vida de los personajes y peripecias vitales de quienes las elaboraron. Sands, profesor de Derecho Internacional en Cambridge y abogado en litigios de Derechos Humanos ante tribunales internacionales.

¹⁷ *Las Benévolas*, RBA, Barcelona 2007.

¹⁸ *Creer y destruir. Los intelectuales en la máquina de guerra de las SS*, traduc. José Ramón Monreal, Acantilado, Barcelona 2017.

¹⁹ *The United Nations War crimes Commission and the origins of international criminal justice*, Criminal Law Forum 2014, p. 1. ARIEH KOCHAVI: *Prelude to Nuremberg Allied War Crimes Policy and the Question of Punishment*, North Carolina University Press, en el 2005. DAN PLESCH, *Human rights after Hitler: The Lost History of Prosecuting Axis War Crimes*, Georgetown Uni. Press, 2017.

les era bien conocido por sus libros sobre Derecho ambiental internacional, Armas nucleares y Tribunal Internacional de Justicia y sobre Delitos contra la humanidad. Pero lo que le va a hacer de conocimiento universal es este libro que un buen día decidió componer en la búsqueda de los orígenes de su familia, proveniente de esa tierra de Centroeuropa que en cuarenta años llegó a pertenecer con sus gentes incluidas sucesivamente a Austria, Polonia, Alemania, Unión Soviética y hoy a Ucrania. Su capital Lemberg, en alemán, o Liov o León, era ciudad relevante con Universidad a la que acudían a estudiar desde todos los lugares de la región que lleva el nombre de Galitzia. Una región multiétnica, multicultural y multinacional. Pero de todas las "nacionalidades" o culturas, la que llevó la peor parte bajo todas las dominaciones fueron los judíos, víctimas primero de desplazamientos de limpieza étnica y luego del exterminio directo.

El abuelo de Sands había huido ya a Viena a estudiar y de allí tuvo la suerte de emigrar a Francia antes de que Hitler cerrara las fronteras y echara la zarpa sobre todos los judíos. Solo su madre y una tía, en una espectacular aventura, se salvaron entre decenas de parientes. Lo que le sorprende además es que esa misma Universidad de Lemberg a la que le han invitado a dar una conferencia, era en la que con apenas cuatro años de diferencia había estudiado el padre de su maestro Hersh Lauterpacht, fundador del Derecho internacional científico en Gran Bretaña y otro personaje relevantísimo para nuestro campo, Rafael Lemkin. Así, a la propia búsqueda detectivesca del destino de su familia incorpora el proceso vital de los juristas citados que van a encarnar respectivamente dos grandes principios jurídicos contemporáneos. En primer lugar, Lauterpacht, que construye la idea de una declaración de derechos humanos garantizados internacionalmente frente a los Estados, a los que se había de negar el derecho sobre la vida y la libertad de "sus" ciudadanos. Lemkin, más conocido para el público en general, es el creador del concepto de genocidio y que, aunque no lograra introducirlo en el catálogo de los delitos de Núremberg, logró convencer después a todo el mundo y dio lugar a la Convención Internacional contra el Genocidio en 1948.

Sobre Lemkin hay numerosas publicaciones, Antonio Elorza y Araceli Manjón-Cabeza han preparado en 2015 la edición de sus escritos en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid²⁰, entre los que se incluye la ponencia que solo pudo remitir a los organizadores del Congreso de la Unión Internacional por la Unificación del Derecho Penal que organizó en Madrid Don Luis Jiménez de Asúa. Lemkin, fiscal entonces en Varsovia, no fue bien visto por su Ministerio de Justicia para viajar a Madrid. Les debió parecer demasiado que otro judío más compareciera como polaco principal y además como cualificado interviniente en el Congreso, junto con Emil Stanislas Rappoport, catedrático de Varsovia y magistrado

²⁰ Raphaël LEMKIN: *Genocidio. Escritos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015. Ahora está disponible su titánica obra autobiográfica, Totalmente extraoficial, edición de Donna Lee-Freeze y Joaquín González Ibáñez, Berg Institute, Madrid 2018.

del Tribunal Supremo, quien tras más de un año preso por los nazis fue a la liberación nombrado su presidente. A pesar de todo, y aunque su trabajo no fue objeto de debate, logró que se publicara con las actas del Congreso. Tuvo Lemkin en esos años una intensa actividad académica, traduciendo la legislación penal soviética y prestando atención general a los nuevos Derechos penales autoritarios, especialmente de Italia. Huyó a tiempo de la invasión de Polonia y se refugia en Estocolmo donde comienza a recolectar todos los boletines oficiales alemanes generales y de los territorios ocupados, que obtiene merced a sus contactos con diversas embajadas, construyendo un gigantesco archivo que trasladará penosamente desde Suecia, pasando por las URSS, hasta llegar a Seattle, para instalarse como profesor invitado en la campestre Universidad de Duke, donde con tan rica documentación que había ido incrementando con sus contactos en Washington compone el tratado expositivo del horror legislado por los nazis: *Axis Rule in occupied Europe*, que publica su patrocinador en EEUU el Carnegie Endowment para la Paz Internacional en la temprana fecha de agosto de 1944. A partir de estos trabajos fue capaz de encontrar un nombre para la atrocidad que cuando tuvo conocimiento de ello Winston Churchill exclamó que era un delito “*sin nombre*”: el genocidio²¹. Lauterpacht, había terminado sus estudios de doctorado en la London School of Economics en 1925, tras pasar por la Facultad de Derecho de Lemberg, de la que expulsaban a los judíos, y de Viena, donde fue alumno de Hans Kelsen. Abandonó Polonia camino de Inglaterra al fracasar por razones de discriminación racial en la obtención de la cátedra en Lemberg, con el propósito de continuar allí su formación en Derecho penal internacional y de que su joven esposa pudiera seguir sus estudios musicales. Toda su obra traía causa en la preocupación de impedir que los Estados gozaran un derecho de vida y muerte sobre sus ciudadanos, y conseguir el reconocimiento de que todos los seres humanos merecen una protección internacional frente a cualquier despotismo, frente a la mera protección de los grupos sociales y otras minorías que se estableció tras Versalles, con especial intensidad para la recién constituida Polonia independiente, que protestó airadamente, y que en estos días vuelve a protestar frente a los reclamos del Consejo de la Unión Europea.

Mientras Lemkin compone sus “*Axis Rule*” en Duke y construye el concepto de genocidio como un instrumento de protección singular de los grupos y las minorías, Lauterpacht que desconfía de esa protección de grupos, construye una teoría general de la protección internacional de los derechos humanos de todo individuo, que ofrecería en 1945 como *An International Bill of the Rights of Man*, en el que emerge el concepto de “crímenes contra la humanidad”²². Solo en Nüremberg llegaron a conocer Lauterpacht y Lemkin que sus respectivas familias han sido aniquiladas, el

²¹ William SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge Univ. Press, 2019.

²² *An International Bill of the Rights of Man*, reimpresión de la edición de 1945, edición e introducción de Philip SANDS, Oxford, 2013. Ana Filipa VRDOLJAK: “Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20 no. 4, 2010, p. 1163–1194.

primero muy probablemente cuando el Fiscal soviético leyó la acusación inicial y ofreció el dato del exterminio de la comunidad judía de Lemberg. Durante el juicio pudieron ver de cerca de entre los veintidós acusados al Gobernador General de Polonia, Hans Frank, anteriormente asesor jurídico de Hitler y Ministro de Justicia, que había sido responsable directo en el territorio del exterminio de los judíos y de las familias de los dos juristas citados, por la mano de Wachter, gobernador de Galitzia, de más de 130.000 personas en un solo mes, agosto de 1942. Lo hizo público el Fiscal ruso en la presentación de la acusación.

Philip Sands recibió una casual invitación a la Universidad de Lemberg que aceptó con el interés acrecentado por conocer el lugar de sus ancestros e intentar entrar en contacto con algún familiar superviviente. En ese momento anuncia la detectivesca búsqueda de información sobre su familia y sobre los demás protagonistas, en archivos oficiales y en los particulares de Europa y América. La de su propia familia requiere también labor de detective, pero logra esclarecer las razones por las que su abuelo emigra en 1938, su abuela se queda en Viena, pero su hija, madre de Sands se traslada a París con solo unos meses de vida. Reconstruye la vida —y la muerte— de casi todos y descubre así el terrible destino de la judería europea. ¡siquiera Einstein pudo salvar a sus dos hermanas. La abuela de Sands vivió en la misma calle de la pequeña ciudad cercana a Lemberg en la que lo hizo que el propio Hersch Lauterpacht, en la Lembergstrasse, en las eras germánicas, o calle Este-Oeste en todas las otras. Mark Mazower²³ en su recensión a la obra de Sands dice que la mayor parte del material más apabullante del libro es personal. Así, conocemos que Lauterpacht se inspiraba para escribir su tema de los derechos humanos en la música y letra de la *Pasión según San Mateo* y que, a su vez, era la que más repetidamente se interpretaba en el castillo del “Rey” de la Polonia ocupada, quien a la vez se llevaría al otro mundo a la familia del primero y a todos sus congéneres. Sabemos también que su ejecutor Otto von Wachter, reclamado por los soviéticos junto con Frank se libró de los juicios y de la ejecución protegido por el Obispo nazi Hudal, rector del colegio teutónico de Santa María del Anima, en la clandestinidad de Roma, donde tempranamente falleció de una hepatitis galopante adquirida en la frías y contaminadas aguas de Tíber en 1949, para su consolución en el Hospital del Espíritu Santo. Tiene razón Mazower, hay mucho de “personal” en el libro.

V. CONCLUSIONES FINALES

En definitiva, es en Núremberg, en los hechos que se someten a juicio y en la vida de sus protagonistas como se puede entender hoy el grito que el mundo dio por la

²³ “East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity”, by Philippe SANDS, in *Financial Times*, may 20, 2016.

dignidad de la persona²⁴ y contra los crímenes de lesa humanidad y las razones que alumbraron tanto el nuevo intento de gobierno del mundo que representó la conferencia de San Francisco, la creación de la organización de las Naciones Unidas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Es siguiendo el testimonio de las experiencias de quienes sufrieron la tortura y el exterminio como se puede entender hoy que los dos mayores crímenes y, por lo tanto, las dos más radicales prohibiciones, sean la tortura y el genocidio.

El derecho a no ser víctima de la tortura es, dentro de los derechos fundamentales, el que se formula sin restricción alguna y ocupa este derecho el segundo lugar en el elenco de derechos fundamentales de la declaración, pero incluso el derecho a la vida tiene restricciones, no así el derecho a excluir la tortura de los comportamientos del Estado y de sus agentes. La misma norma se ha reafirmado en textos normativos posteriores a la Declaración Universal y al Convenio Europeo, así, en el artículo 7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; en la Convención Americana sobre derechos humanos de 1969, en su artículo cinco; en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradante, de 10 de diciembre de 1984; en los estatutos de los tribunales Internacionales *ad hoc* y en el Estatuto de Roma de 1998; en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en su artículo cuatro, así como en la jurisprudencia recaída sistemáticamente en los respectivos ámbitos jurisdiccionales.

El artículo tercero de la Convención europea de derechos humanos lo proclama así: “Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradante”. La “prohibición de la tortura”, tal y como se intitula el artículo tres, y los tratos inhumanos y degradantes, como dice William Schabas²⁵, es citado frecuentemente como uno de los más absolutos y sagrados de los derechos humanos fundamentales. Su sentido fundamental es hacer frente a las “necesidades” de la lucha contra el crimen y de la propia razón de estado. Schabas reproduce un texto presentado por el parlamentario británico laborista Seymour Cocks en la asamblea consultiva que creó el texto del convenio: “La Asamblea consultiva aprovecha la oportunidad para declarar que toda forma de tortura física que se realice por la policía, autoridades militares, miembros de organizaciones privadas, son incompatibles con la sociedad civilizada y constituyen delitos contra la humanidad y han de ser prohibidas” y declara que “esta prohibición debe ser absoluta y que la tortura no puede ser permitida por ningún motivo, ni tampoco para obtener información para salvar una vida, ni para la seguridad del Estado”. La Asamblea cree “que sería mejor para una sociedad el perecer que permitir que se produzca esta reliquia de los tiempos bárbaros”. Aunque este texto no se aprobó finalmente sí se adoptó el seco y

²⁴ V. Elaine WEBSTER, “Interpretation of the Prohibition of Torture: Making Sense of ‘Dignity’ Talk”, en *Human Rights Review* vol. 17 (2016), págs. 371-390, con muy numerosas referencias valiosas.

²⁵ William A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2015, pp. 154 y sigs.

lapidario texto reproducido antes, y es que la prohibición se entiende efectivamente como absoluta e inderogable y constitutiva de *ius cogens* y como un elemento básico de la cultura contemporánea²⁶.

La prohibición radical, obligatoria y de *ius cogens* descalifica por completo cualquier intento de legitimar las excepciones que se aducen en favor del pretendido derecho penal del enemigo, o de las llamadas torturas de salvamento, como ha justificado ampliamente Francisco Muñoz Conde en su reciente trabajo publicado en homenaje a Santiago Mir²⁷ y me permito concluir como él, acudiendo a Massimo La Torre²⁸: es del todo ilegítimo que el Estado actúe *senza pietà* y acuda a la tortura.

²⁶ V. el muy completo ensayo de Jesús GARCÍA CIVICO, *La Tortura. Aspectos jurídicos, sociales y estético-culturales*, Tirant, Valencia 2019, esp. pp. 211 y sigs.

²⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Estado de necesidad y tortura. *Necessitas non habet legem?*", en *Libro Homenaje a Santiago Mir*, BdF, Buenos Aires 2017, pp. 769 y sigs. En el mismo sentido sobre la tortura y, además sobre los supuestos de asesinatos selectivos de criminales y de inocentes M. GÓMEZ BENÍTEZ, "Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable", en *Libro Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid 2008, pp. 949 y sigs.

²⁸ MASSIMO LA TORRE/MARINA LALATTA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bolonia 2013.